COMÉRCIO INTERNACIONAL E CONCORRÊNCIA

Desafios e Perspectivas atuais
Volume IV

Organizado por:
Amanda Athayde, Daniel Segalovich & Gabriel Andrade

Organizado por:
Amanda Athayde
Daniel Segalovich
Gabriel Andrade

Comércio Internacional e Concorrência
Desafios e Perspectivas Atuais
Volume IV

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

Brasília
2022

C732 Comércio internacional e concorrência : desafios e perspectivas atuais: volume IV / organizado por Amanda Athayde, Daniel Segalovich & Gabriel Andrade. – Brasília : Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2022.
530 p. : il.

Disponível em ebook
Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-87999-13-9.

1. Comércio internacional. 2. Concorrência. I. Athayde, Amanda (org.). II. Segalovich, Daniel (org.). III. Andrade, Gabriel.

CDU 339

Organizado por:

Amanda Athayde

Daniel Segalovich

Gabriel Andrade

Diagramação e edição: Daniel Segalovich e Gabriel Andrade

Revisão: Amanda Athayde

Capa: Amanda Athayde

Sumário

SOBRE OS ORGANIZADORES.....7

SOBRE AS AUTORAS E OS AUTORES.....9

NOVOS TEMPEROS NO DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL E NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: INTERFACES, OBSTÁCULOS E RESSIGNIFICADOS

Amanda Athayde, Daniel Segalovich e Gabriel Andrade 14

PARTE 1 – TÓPICOS ESPECIAIS DE COMÉRCIO INTERNACIONAL.....30

1. Arbitragem e comércio internacional: resultados e perspectivas a partir do WTO Multi-party Interim Appeal Arrangement (MPIA)

Gabriela Leoni Furtado.....31

2. Do declínio do multilaterismo à fragmentação do sistema de comércio internacional: acenos sobre como a omc pode se manter relevante

Isabelle Ruiz Guero 56

3. O uso das indicações geográficas no acordo de livre comércio entre Mercosul e União Europeia como ferramenta de desenvolvimento regional

Elthon Baier Nunes e Marcos Filipe Sussumu Ueda.....71

4. Acordos verdes na UE, nos EUA e no Canadá: perspectivas e reflexos para o comércio exterior brasileiro.....104

Giulia Murta e Maria Luíza Bengel.....104

***5.* *Rapid response labor mechanism*: o estado da arte do mecanismo alternativo de reclamação por violações trabalhistas no acordo Estados Unidos-México-Canadá (USMCA, 2020).....153**

Fernanda Brandão Cançado.....153

6. Medidas unilaterais dos EUA para conter violações trabalhistas em Xinjiang: uma nova guerra fria contra a China?

Mariana Ozaki Marra da Costa.....175

7. Compras governamentais e mecanismo de *offset*: o que a acessão do Brasil ao GPApode impactar nas políticas de *offset* praticadas em importações públicas?

Raíssa Mamede Lins Brasiliense.....192

8. Padrões privados de gênero: uma nova fronteira no comércio internacional?

Cleideane dos Santos Farias 220

9. Subsídios transacionais e China: um estudo do caso China – Egito e o regulamento de execução (eu) 202/775 da União Europeia

Ana Vitória Ferreira Rocha e Nathália Amorim Pinheiro 241

10. *Global value chains: the governance of global decentralized american automobile industry and its economic and geopolitical risks during the chip crisis - an analysis from Ford Motors company perspective*

Paulo Henrique Bellizia Destro 261

PARTE 2 – TÓPICOS ESPECIAIS DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA 288

11. Crise quanto aos objetivos do direito da concorrência: é a hora de levar o barco devagar

Luiz Guilherme Ros 289

12. Cláusula de concorrência em acordos preferenciais de comércio: um estudo empírico dos modelos EU e EUA

Lucas Chaves e Nicolle Assayag do Lago 313

13. Nem *yuppie*, nem *hipster,* mas Calixto e outras brasilidades: um ensaio sobre as possibilidades distributivas do antitruste brasileiro sob a influência neo-brandeisiana

Fábio Casotti 348

14. Aspectos concorrenciais da cooperação entre empresas para objetivos ambientalmente sustentáveis: convergências e divergências entre teoria e prática

Aline Roberta Veloso Rangel 373

15. *Antitrust enforcement in labor market: developments from an international comparative perspective*

Fernanda Dalla Valle Martino 410

16. Abertura comercial com a adesão ao gpa: cláusulas de transparência e a nova lei de licitações e os impactos no combate à corrupção, no compliance e desafios à sua implementação eficaz

Beatriz Watanabe Silva 431

17. As três fases das discussões sobre gênero e concorrência

Isabel Jardim 448

18. O instituto do *state aid* da União Europeia aplicado aos clubes de futebol: um caminho para o desporto brasileiro?

Igor de Oliveira.....475

19. Responsabilidade de terceiros por infrações antitruste no Brasil, nos EUA e na União Europeia: semelhanças ou diferenças?

Camila Brito e Matheus Martins 504

SOBRE OS ORGANIZADORES

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

Daniel Segalovich é graduando em Direito pela UnB, em que atua como monitor das disciplinas de Direito Comercial 1, na graduação, e Comércio Internacional e Concorrência, na pós-graduação, ambas ministradas pela professora Amanda Athayde. Realizou intercâmbio acadêmico na *Université Libre de Bruxelles*, na qual integrou o programa de mestrado de especialização em Direito Internacional. É membro do Grupo de Estudos de Comércio, Concorrência e Arbitragem (GECC) da Faculdade de Direito da UnB, através do qual representou a instituição no 28th Vis Moot e no I WICADE. Atualmente, estagia em escritório de advocacia na área de Direito da Concorrência.

Gabriel Andrade é graduando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), em Ciências Econômicas pela Universidade Católica de Brasília (UCB) e em Relações Internacionais pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER), tendo realizado Summer School em American Law, Politics & Economy pela Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. É membro da American Bar Association na seção de Antitruste. Atua como monitor nas disciplinas de Direito Comercial 1 (Graduação; UnB), Comércio Internacional e Concorrência (Pós-graduação; UnB) e Compliance Concorrencial (Pós-graduação; IBMEC). É membro do Grupo

de Estudos de Comércio, Concorrência e Arbitragem (GECC) da Faculdade de Direito da UnB, tendo representado a instituição como orador na CAMARB e no Vis Moot. É Editor-Gerente da Revista dos Estudantes de Direito da UnB (RED-UnB), Editor da revista o Eco da Graduação (ECO-UnB) e Editor da Revista Conexões Internacionais (REL-UCB). Atuou como secretário de mesa na 1ª Edição do WICADE. Tem experiência em estágio nacional e internacional na área de Direito Comercial e Antitruste.

SOBRE AS AUTORAS E OS AUTORES

Aline Roberta Veloso Rangel é Coordenadora de Sanções Administrativas no Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo – FDRP/USP. Pós-Graduação em Defesa da Concorrência e Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas – FGV.

Ana Vitória Ferreira Rocha é Analista de Sistemas, formada em Sistemas de Informação pela PUC Minas e Direito pelo UniCEUB. Especialização em Compliance Digital pela Mackenzie. Advogada e consultora em privacidade e proteção de dados. Aluna especial matéria de mestrado da UnB. Integrante do grupo de estudos Direito e Tecnologia da UFMG. Integrante do grupo de pesquisa em transformação digital da Mackenzie. Co-coordenadora do grupo de pesquisa Aba Privacy Lab UniAba/FAC-ED. Vice Presidente da Comissão Nacional de Direito Digital da ABA (Associação Brasileira dos Advogados). Membro da comissão de direito digital da OAB-DF.

Beatriz Watanabe Silva é Mestranda em Transformações no Direito Privado, Empresa, Mercado e Concorrência na Universidade de Brasília (UnB), sob orientação da Profª. Amanda Athayde Linhares Martins. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Graduada na Universidade de São Paulo (USP). Advogada no Bottini & Tamasauskas Advogados.

Camila Torres de Brito é Graduada em Direito pela Universidade de Brasília – UnB, advogada, com especialização em Direito Civil e atuação na área empresarial e contratual.

Cleideane dos Santos Farias é advogada na área de licitações e contratos e aluna especial do mestrado da Universidade de Brasília (UnB).

Elthon Baier Nunes é Procurador Federal, desde 2004 com atuação na área de Previdência Complementar Fechada. Presidente da Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem – CMCA/Previc. Especialista em Direito Tributário pelo IDP e em Direito Processual Civil pela UNISC. MBA em Gestão de Negócios pelo Ibmec.

Fábio Casotti é Pós-graduado em Planejamento e Estratégias de Desenvolvimento (ENAP/2018), Especializado em Regulação Econômica (INATEL/2011), Engenheiro de Telecomunicações (UNI-BH/2006) e Técnico em Eletrônica (CEFET-MG/1999).

Fernanda Brandão Cançado é Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso, pós-graduada em Gestão e Business Law pela Fundação Getúlio Vargas e em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho (em convênio com AMATRA XXIII). Representante de Mato Grosso na Seção Brasileira de Jovens Juristas da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e Seguridade Social (SIDTSS). Advogada. Conselheira Estatual da OAB-MT (2022-2024).

Fernanda Dalla Valle Martino é Mestre (LL.M.) em Direito Concorrencial pela King`s College London. Pós-graduada em Direto Econômico pela GVlaw-SP. Pós-graduada em Direito Internacional pela Escola Paulista de Direito. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Participante do Programa de Pesquisa da Missão do Brasil junto à Organização Mundial do Comércio em Genebra. Membro da Comissão de Estudos da Concorrência (CECORE) da OAB/SP.

Gabriela Leoni Furtado é Mestranda em Direito na Universidade de Brasília (UnB). Bacharela em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). É advogada, atuando como Consultora na B&M Defesa em Comércio Internacional. Possui especialização em Direito Aduaneiro pelo Centro de Estudos em Direito e Negócios (CEDIN) em 2020. Participou de programa de mobilidade acadêmica para a Universidade de Coimbra, com foco em Economia Política e Direito do Comércio Internacional, em 2016/2017. É atual orientadora da equipe de Arbitragem da UERJ para o Willem C. Vis International Comercial Arbitration Moot, e anterior integrante da equipe, tendo recebido premiação individual destinada aos melhores oradores.

Giulia Murta é bacharel e mestranda em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP). Estagiária de pós-graduação no Gabinete da Presidência do Cade. Gerente na Diretoria Acadêmica da Rede Women in Antitrust (2020/2021).

Igor de Oliveira é aluno do Programa de Pós-Graduação do Mestrado Acadêmico da Universidade de Brasília (UnB).

Isabel Jardim é associada da área de Direito da Concorrência no escritório Vilanova Advocacia. Especialista em Defesa da Concorrência e Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Trabalhou como Assistente na Superintendência-geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e como Assessora no Tribunal do Cade. Mãe do João Gabriel (9 anos).

Isabelle Ruiz Guero é advogada de comércio internacional e graduada em direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Lucas Chaves é Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB, 2020).

Luiz Guilherme Ros é sócio do Escritório Silva Matos, com vasta experiência em direito concorrencial, administrativo e regulatório. É Consultor do Programa das Nações Unidas perante o CADE no projeto Control of Data, Market Power, and Potential Competition in Merger Reviews. Foi Vice-presidente do Conselho de Administração da LoopKey S.A. e DPO da LoopKey. Doutorando em Direito Econômico pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Público de Brasília. É membro da Comissão de Direito Regulatório da OAB-DF. É Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas. É bacharel em direito pela Universidade de Brasília. Foi assistente técnico e coordenador substituto na Superintendência Geral do Cade. Foi assessor do Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Marcos Filipe Sussumu Ueda é bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e atua como Chefe de Gabinete no Tribunal Administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

Maria Luíza Bengel é Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Econômico pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV-Law). Advogada de Direito Concorrencial em São Paulo.

Mariana Ozaki Marra da Costa é Advogada do Barretto e Rost Advogados. Aluna Especial do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (PPGD-UnB).

Bacharela em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Secretária- Geral Adjunta da Comissão de Processo Civil da OAB/DF.

Matheus Martins é graduado em Direito pela Universidade de Brasília – UnB, advogado de Direito Concorrencial e Secretário-Geral Adjunto da Comissão de Concorrência da OAB/DF.

Nathália Amorim Pinheiro é Sócia e Coordenadora das áreas de Direito Empresarial e Internacional do Escritório Amaury Nunes. É pós-graduanda em Direito Empresarial (LLM) pelo IBMEC e aluna especial do Mestrado da UnB (linha Direito Internacional e Regulatório"). É egressa dos cursos Direito Societário, Arbitragem internacional e "Law Economics of Transactions" da Universidade de Columbia (NY). Cursa "International Law" no IBMI (Berlin). É membro do grupo de estudos de "Direito Internacional Público e Privado" e do grupo de estudos "Constitucional, Empresa e Mercado", da UnB. É, ainda, egressa do Curso de Atualização e Aperfeiçoamento em Direito Digital, do UniCEUB. Tem experiência em Direito Ambiental (adquirida na Consultoria do Ministério do Meio Ambiente) e em adoção e sequestro internacional de menores (adquirida na Autoridade Central do Ministério da Justiça). É voluntária do "Justiceiras", projeto de acolhimento e orientação jurídica a mulheres em situação de violência doméstica.

Nicolle Assayeg do Lago é Advogada com atuação na área de Contencioso Cível Estratégico. Pós-graduada em Direito Empresarial pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV LAW, 2019). Bacharel em Direito Pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM, 2017).

Paulo Henrique Bellizia Destro é formado em administração com ênfase em comércio exterior pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Possui uma diversificada experiência atuando em órgãos públicos. Atuou como estagiário da Receita Federal na alfândega de São Paulo e no gabinete da Delegacia Especial de Fiscalização de São Paulo, entre 2017 e 2018. Posteriormente foi pesquisador de mercado na Companhia de Armazéns Entrepostos Gerais de São Paulo (CEAGESP) de 2018 a 2021, quando foi cedido para atuar como Investigador de Defesa Comercial e Interesse Público na Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público/SECEX/SECINT/ME, onde permanece até o presente momento.

Raíssa Mamede Lins Brasiliense é advogada graduada em Direito pela Universidade de Brasília.

NOVOS TEMPEROS NO DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL E NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: INTERFACES, OBSTÁCULOS E RESSIGNIFICADOS

Amanda Athayde, Daniel Segalovich e Gabriel Andrade

Comércio internacional e concorrência são, por natureza, inexoravelmente relacionados. Os agentes econômicos de mercado não estão inseridos no vácuo. Estão, sim, embebidos no mercado, que está definido pela ordem jurídica.[1] Essa ordem jurídica do mercado, do ponto de vista internacional, pode se ver diante de regras no comércio multilateral. É assim com as regras advindas da Organização Mundial do Comércio (OMC), aplicáveis de modo multilateral a todos os seus membros, bem como com as regras plurilaterais, regionais ou bilaterais, já que os países ou blocos econômicos podem definir regras próprias para o comércio internacional com seus parceiros. A ordem jurídica do mercado sob o ponto de vista internacional também está pautada pelas regras concorrenciais. Ou seja, se estamos diante de um agente de mercado com atuação transnacional, as operações de fusão e aquisição, por exemplo, possivelmente serão notificadas a todas as autoridades antitruste com relação às quais a jurisdição possa ser atraída, tendo em vista os potenciais efeitos da operação no respectivo país. Igualmente, condutas praticadas por um agente econômico no mercado internacional (sejam elas condutas unilaterais ou coordenadas, como um cartel), caso gerem efeitos no país, podem eventualmente atrair a competência da autoridade antitruste respectiva.[2] Ainda, do ponto de vista nacional, a ordem jurídica do mercado é também balizada pelas normas concorrenciais, já que os agentes econômicos possuem vedações ao abuso de posição dominante, à implementação de práticas coordenadas, bem como devem se submeter à jurisdição da autoridade antitruste quando uma determinada operação entre empresas preencher os requisitos de notificação. Ou seja, não cabe o argumento de que comércio internacional e concorrência são temas diversos e desconectados, de modo que o estudo entre ambas as áreas não só pode, como deve ser estreitado.

Da mesma forma que não se pode falar em concorrência sem comércio, não há incentivos à evolução do comércio sem efetiva concorrência. Caso inseridas em um mercado

[1] IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. In. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, n. 145, p. 44- 49, jan/mar 2007.

[2] Para maiores detalhes sobre repercussões de investigações de crimes corporativos nos Estados Unidos a agentes econômicos brasileiros, sugere-se: ATHAYDE, Amanda. OLIVEIRA, Oscar. Idas e vindas na abordagem de crimes corporativos nos EUA. Há repercussões para os colaboradores em crimes corporativos no Brasil? Portal Jota, 01 de fevereiro de 2022. Disponível em: < https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/idas-e-vindas-na-abordagem-de-crimes-corporativos-nos-eua-01022022 >. Acesso em: 9 fev. 2022.

sem concorrência, as empresas – que, mais uma vez, recorde-se, estão inseridas em um mercado[3] – não teriam incentivos à melhoria de seus produtos e/ou à redução de seus custos, em potencial prejuízo aos consumidores no mercado, que se poderiam se ver diante de produtos de menor qualidade, com menos variedade, menos inovação, e ainda maiores preços. Assim, além de partilharem os mesmos agentes econômicos, comércio internacional e concorrência possuem, enquanto expressões do fenômeno econômico, um mesmo fundamento constitucional no Brasil. Sendo a atividade econômica exercida pelos agentes econômicos, estes agentes estão sujeitos aos princípios gerais definidos pela nova ordem econômica, nos termos do artigo 170 da Constituição Federal.

Não seria por outra razão, portanto, que comércio internacional e concorrência estão ambos sujeitos a pressões de eventos alheios à seara estritamente econômica, mas de relevância social. Responsáveis por acrescentar novas preocupações a esses campos de estudo, temas como meio ambiente, igualdade de gênero e proteção ao trabalhador, dentre outros, passam a trazer novas cores aos debates no comércio internacional e na concorrência. Seriam necessários novos objetivos ao direito antitruste?[4] Seria necessária uma visão mais "humana" do comércio internacional? Mais do que análises e critérios estritamente econômicos, é necessário rediscutir a possível ressignificação dessas áreas, conferindo-lhes, caso já não o tivessem, teor político ou função social. Tal tarefa, definitivamente, não é fácil, e traz ainda maior complexidade a esta ordem jurídica do mercado. Abre-se espaço de terreno argumentativamente neutro para abarcar outras temáticas, naturalmente abrindo espaço pra vieses? Ou esse espaço já é, naturalmente, permeado por uma análise incompleta e não estritamente econômica?

Já não fosse natural a intersecção entre concorrência e comércio, esta se tornou ainda mais patente por ocasião da pandemia de COVID-19. Como pontuam Ruben Maximiano e Lorena Giuberti Coutinho, em publicação para o *2021 Global Forum on Competitio*n da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE),[5] enquanto a crise financeira clama por uma maior intervenção estatal, em suporte às empresas no mercado doméstico e internacional, o auxílio do Estado às empresas passa a impactar significativamente

[3] FORGIONI, Paula. A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado. São Paulo: RT, 2009.

[4] Para maiores detalhes sobre repercussões de investigações de crimes corporativos nos Estados Unidos a agentes econômicos brasileiros, sugere-se: ATHAYDE, Amanda. ROS, Luiz. Os novos objetivos do Direito da Concorrência. Objetivos antitruste mais amplos que o bem-estar do consumidor incluem uma eventual defesa dos cartéis? Portal Jota, 17 de janeiro de 2022. Disponível em: < https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/antitruste-novos-objetivos-do-direito-da-concorrencia-17012022>. Acesso em: 9 fev. 2022.

[5] Maximiano, Ruben; COUTINHO, Lorena Giuberti. Trade and Competition: Best Friends Forever?. Global Forum on Compeition Blog series #1. OECD on the Level, October 19, 2021. Disponível em: https://oecdonthelevel.com/2021/10/19/trade-and-competition-best-friends-forever/. Acesso em 09 fev. 2022.

a concorrência. Tais políticas comerciais, por sua vez, são capazes não apenas de conferir verdadeiras vantagens competitivas, ao gerar eficiências artificiais e amortizar custos, como tendem a privilegiar agentes nacionais em detrimento de acordos multilaterais de comércio. Nesse sentido, a própria OCDE lançou em 2021 o *Recommendation of the Council on Competitive Neutrality*,[6] cujo objetivo reside justamente em fornecer orientações a que intervenções estatais na economia ocorram sem acarretar distorções na concorrência. Essa também parece ser a preocupação externada pela proposta da Comissão Europeia de legislação destinada a regulamentar investigações e procedimentos relacionados à participação de empresas que sejam beneficiárias de subsídios concedidos em terceiros países em licitações públicas e em fusões e aquisições no mercado europeu.[7] Nacionalmente, merece destaque a edição do Decreto nº 10.839, de 18 de outubro de 2021,[8] que se propôs a atualizar a regulamentação dos procedimentos para investigação da existência de subsídios realizados por país estrangeiro e aplicação de medidas compensatórias, nos termos do previsto no Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC) e em linha com as melhores práticas internacionais. Sua entrada em vigor se dá em 16 de fevereiro de 2022.

Também merece destaque a publicação do Documento de Trabalho nº 007/2021 do Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que busca estabelecer um panorama geral de como diferentes países têm estruturado as relações entre defesa comercial e concorrencial, de como suas autoridades atuam frente a casos de defesa comercial de relevância concorrencial e de quando estariam estas aptas a intervir em prol do interesse público. Este documento vem ao encontro de uma série de publicações realizadas pela Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) entre 2019 e 2022, com o objetivo de aumentar a transparência do que são os instrumentos de defesa comercial: "Guia de Investigações Antidumping", "Guia de Interesse Público em Defesa Comercial", "Guia do Cálculo da Margem de Dumping em Investigações Antidumping no Brasil", "Guia do Processo Administrativo Eletrônico (SEI) em Defesa Comercial e Interesse Público", "Guia de Apoio ao

[6] OCDE. Recommendation of the Council on Competitive Neutrality, OECD/LEGAL/0462, 2021 Disponível em: https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0462#mainText

[7] RAMOS, Adriano Macedo. COSTA JR, Newton Batista. GALVÃO, Hearle Vieira. Analysis Of The European Commission's Proposal On Foreign Subsidies That Distort The European Internal Market. *In.* ATHAYDE, Amanda; CINTRA DE MELO, Lílian (Orgs). Comércio Internacional e Concorrência: Desafios e Perspectivas Atuais - Volume III. Brasília: Faculdade de Direito – UnB, 2021. pp. 626-652. Disponível em: <https://www.amandaathayde.com.br/_files/ugd/62c611_766e7608b5b34862aefd5b7769850100.pdf>. Acesso em 09 fev. 2022.

[8] BRASIL. Decreto 10.839, de 18 de outubro de 2021. Regulamenta os procedimentos administrativos relativos à investigação de existência de subsídios e à aplicação de medidas compensatórias. Diário Oficial da União: Brasília, 18 out. 2021.

Exportador Brasileiro Investigado em Processos de Defesa Comercial no Exterior", todos disponíveis publicamente, em português e inglês.[9] A defesa comercial, portanto, serve como uma válvula de escape em um contexto de maior integração e liberalização comercial. Longe de ser consensual, porém, defesa comercial é um tema altamente conflitivo. E o conflito é natural, pois advém da própria natureza instrumento, com a participação de partes interessadas com interesses econômicos antagônicos.

Essa natureza conflitiva da defesa comercial advém do embate entre duas visões de mundo bastante diversas. Por um lado, a indústria doméstica beneficiada pela aplicação do instrumento de defesa comercial tende a ser favorável à defesa comercial, normalmente aduzindo argumentos de que levam praticamente a um "direito adquirido" à sua aplicação, caso preenchidos os requisitos da legislação multilateral e nacional. No outro lado do embate estão os produtores/exportadores afetados pela medida e os usuários do produto afetado pela medida de defesa comercial (como as indústrias nos elos a jusante na cadeia produtiva e os consumidores finais), que serão afetados pelo consequente aumento dos preços recorrentes da medida adicional, e que tendem a ser contrários à defesa comercial, praticamente "demonizando" o instrumento em qualquer circunstância. Ainda com mais nitidez se vê a natureza conflitiva da defesa comercial. Com efeito, a medida de defesa comercial resulta, em termos amplos, em um adicional, de natureza não tarifária, ao imposto de importação do produto, de modo que a aplicação tende a ser aplaudida pela indústria brasileira, dado que neutraliza uma prática desleal de comércio (no caso de investigações *antidumping* e antisubsídios) e tende a reduzir as importações daquele produto.

É por isso que argumentos pró ou contra defesa comercial, sem qualquer "tempero", devem ser vistos com cautela. A cautela é ainda mais importante quando se trata de um caso específico. E ainda mais cuidado deve se ter quando se trata de um argumento, em tese, genérico, mas cujo contexto está permeado por um caso específico. É assim que os argumentos pró ou contra defesa comercial devem ser sempre analisados pela lente do "lugar de fala"[10] daquele interlocutor, a fim de se entender se há um viés prévio, implícito ou explícito, sobre defesa comercial. Há que se atentar, ainda, com o argumento da exceção ou da particularidade. Ou seja, todas as medidas de defesa comercial aplicadas estão certas ou todas estão erradas,

[9] Guias SECEX sobre Defesa Comercial e Interesse Público. Disponível em: < https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/guias>. Acesso em 09 fev. 2022.

[10] Aqui as autoras realizam intencionalmente da expressão "lugar de fala", do livro da autora Djamila Ribeiro, para que se tenha sempre em mente o contexto ao qual cada autor pró ou contra defesa comercial está inserido. RIBEIRO, Djamila. *O que é lugar de fala?*. Belo Horizonte: Letramento, 2017. 112 p. (Feminismos Plurais).

exceto aquela que envolve o interesse econômico específico do interlocutor. Ou aquela que diz que a regra está sim certa, mas que há uma particularidade no setor que justificaria uma exceção.

Sensível à essa crescente necessidade de se pensar comércio e concorrência a um mesmo tempo, a disciplina de "*Comércio Internacional e Concorrência*" buscou compreender então como ambos os campos têm reagido, a nível mundial, a uma nova onda de pressões externas e cruzadas. Ministrado pela Professora Amanda Athayde, com auxílio dos monitores Daniel Segalovich e Gabriel Andrade, coorganizadores deste livro, o curso teve duração de um semestre letivo, na pós-graduação da Universidade de Brasília (UnB). As aulas foram realizadas por meio da plataforma *Microsoft Teams,* ao longo da segunda metade de 2021, mas em referência ao semestre letivo 2021/1, em virtude da pandemia de COVID-19.

Este livro, que é resultado dos seminários realizados ao longo do semestre e dos artigos elaborados pelos alunos ao final da disciplina, soma-se, com tema mais atuais na área de Comércio Internacional e Concorrência, a outras três edições, de 2018, 2019 e 2020, respectivas às disciplinas do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) daqueles anos.[11]

Ao longo do semestre, foram analisados, através de seminários, 9 (nove) tópicos contemporâneos sob a perspectiva do comércio internacional e, na sequência, da concorrência, conforme descrição abaixo. As apresentações foram realizadas sob a mediação de especialistas convidados, advogados, pesquisadores e servidores públicos. Os seminários foram seguidos de discussões, em que se incentivou a contribuição dos demais alunos e o compartilhamento de visões e experiências. Os alunos foram então avaliados segundo suas participações em sala de aula, nas apresentações de seminários e artigos sobre os temas discutidos. Além disso, a disciplina contou com duas aulas inaugurais sobre comércio internacional e defesa da concorrência, ministradas, pelas convidadas Vera Thostensen (Fundação Getúlio Vargas) e Vicente Bagnoli (Mackenzie de São Paulo), respectivamente. Bom deixar claro que a ementa do curso se encontra disponível publicamente, para incentivar futuras pesquisas.[12]

O primeiro grande tema do curso foi relativo às **Crises no Comércio Internacional e no Direito da Concorrência.** No primeiro seminário, buscou-se avaliar: há uma crise do sistema de solução de controvérsias da OMC? Compreendeu-se a recente paralisação do Órgão de Resolução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC), a partir do

[11] Livros anteriores disponíveis em: < https://www.amandaathayde.com.br/livros-organizados>. Acesso em 09 fev. 2022.

[12] Disponível em: <https://www.amandaathayde.com.br/unbposgraduacao>. Acesso em 09 fev. 2022.

"*Report on the Appellate Body of the World Trade Organization"*[13] e "*Statement on a Mechanism for developing, documenting and sharing practices and procedures in the conduct of WTO disputes*",[14] ambos publicados por essa Organização. A debatedora do seminário de comércio internacional foi a advogada Vera Kanzas. Já no segundo seminário, buscou-se avaliar: há uma crise quanto aos objetivos do direito da concorrência? As discussões se voltaram às diferentes visões sobre os novos objetivos do antitruste, com base em artigos de Hebert Hovenkamp[15], "*The looming crisis in antitrust economic*" e Thibault Schrepel[16], "*Antitrust Without Romance*", dentre uma série de outras publicações sobre o tema. A debatedora do seminário de concorrência foi a advogada Priscila Brolio.

O segundo tópico da disciplina foi intitulado **Tensões Políticas no Direito da Concorrência e do Comércio Internacional**. Durante o primeiro seminário, buscou-se avaliar: há uma crise ao multilateralismo, diante das tensões políticas, dos acordos regionais e bilaterais? Partindo-se dos artigos de Robert Anderson[17] e de Jurgen Wandel,[18] foram endereçados os atuais desafios e esforços internacionais na promoção de acordos de livre comércio, de modo a destravar a crise do multilateralismo. A debatedora do seminário de comércio internacional foi Marina Egydio Carvalho. Já no segundo seminário, buscou-se avaliar: quais as interfaces entre regulação, concorrência e os acordos de comércio? Abordou-se a atuação regulatória de agências antitruste, com base na nota *Competition Enforcement and Regulatory Alternative*s,[19] da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

[13] THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE (USTR). *Report on the Appellate Body of the World Trade Organization*. 2020. Disponível em: https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2020/february/ustr-issues-report-wto-appellate-body.

[14] MULTI-PARTY INTERIM APPEAL ARBITRATION ARRANGEMENT (MPIA) - World Trade Organization (WTO) *Statement on a Mechanism for developing, documenting and sharing practices and procedures in the conduct of WTO disputes.* 2020. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=263504

[15] HOVENKAMP, Herbert. *The looming crisis in antitrust economics* (2021). Disponível em: https://awards.concurrences.com/en/awards/2021/academic-articles/the-looming-crisis-in-antitrust-economics;

[16] SCHREPEL, Thibault. Antitrust Without Romance. NYU Journal of Law & Liberty 326 (2020), May 28, 2019. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3395001.

[17] ANDERSON, Robert. D. et al. Competition Policy, Trade and The Global Economy: Existing WTO Elements, Commitments In Regional Trade Agreements, Current Challenges And Issues For Reflection. Staff Working Paper ERSD-2018-12, 31 October, 2018. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201812_e.pdf;

[18] WANDEL, Jurgen. Do free trade agreements promote sneaky protectionism? A classical liberal perspective. International Journal of Management and Economics 55(3), December 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/338190923_Do_free_trade_agreements_promote_sneaky_protectionism_A_classical_liberal_perspective.

[19] ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Competition Enforcement and Regulatory Alternatives – Background note. DAF/COMP/WP2(2021)2. Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, 7 June 2021. Disponível em: https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2(2021)2/en/pdf

(OCDE), e em artigo de Ioannis Lianos.[20] O debatedor do seminário de comércio internacional foi o Professor e Expert da OCDE Paulo Burnier.

O terceiro tema, por sua vez, tratou de **Desigualdade, Comércio Internacional e Concorrência.** O primeiro seminário, partindo da distinção entre crescimento e desenvolvimento e da obra de Stigletz,[21] procurou situar o comércio internacional como via de redução da desigualdade. Isso, porém, sem deixar de se pontuar que haveria, no próprio comércio, assimetrias e desafios a serem superados por países em desenvolvimento. A debatedora do seminário de comércio internacional foi a advogada e professora Karla Borges. O segundo seminário abordou o potencial do Antitruste enquanto elemento de combate à desigualdade e à pobreza, em contraponto à tributação e em função da base teórica utilizada para se justificar uma maior intervenção estatal, com base nos textos de Herbert Hovenkamp[22] e Eleanor Fox.[23] O debatedor do seminário de comércio internacional foi o advogado e professor Rodrigo Fialho.

O quarto tema abarcou a intersecção entre **Meio Ambiente, Sustentabilidade, Comércio Internacional e Concorrência**. Atento aos avanços da pauta ambiental no mundo, o primeiro seminário comparou as recentes propostas verdes da União Europeia, Estados Unidos e Canadá sobre meio ambiente e sustentabilidade no comércio internacional, com foco em suas possíveis repercussões para o comércio brasileiro. Serviram de base para as discussões os artigos de Renata Amaral[24] e de Uri Dadush.[25] A debatedora do seminário de comércio internacional foi consultora internacional Emily Rees. O seminário seguinte se propôs a discutir a pertinência de acordos entre concorrentes a respeito cláusulas de sustentatibilidade, assim como a evolução dos precedentes de autoridades estrangeiras sensíveis à temática. Meio ambiente, sustentabilidade e concorrência são temas convergentes? Há justificativas para práticas ambientais anticompetitivas? Para tanto, a apresentação se apoiou no artigo de Lílian

[20] LIANOS, Ioannis. Competition law as a form of social regulation. https://awards.concurrences.com/en/awards/2021/academic-articles/competition-law-as-a-form-of-social-regulation

[21] STIGLITZ, Joseph; CHARLTON, Andrew. Fair Trade for All: How Trade Can Promote Development (Oxford Press, 2005) Chapter 7: Priorities for a Development Round, 107-114.

[22] HOVENKAMP, Herbert. Antitrust Policy and Inequality of Wealth. CPI Antitrust Chronicle, October 2017. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4513507/mod_resource/content/1/Antitrust%20Policy%20and%20Inequality%20of%20Wealth.pdf.

[23] FOX, Eleanor. Economic Development, Poverty, and Antitrust: The Other Path, 13 SW. J. L. & Trade Americas 211, 212, 2007.

[24] AMARAL, Renata. Spotlight on Brazil, trade and environment: Can the U.S. pressure Brazil without a trade deal?. European Centre for International Political Economy, July 2021. Disponível em: https://ecipe.org/blog/can-the-us-pressure-brazil-without-a-trade-deal/.

[25] DADUSH, Uri. *The EU's Carbon Border Tax is Likely to Do More Harm Than Good*. Policy Center for the New South. Policy Brief, June 2021, PB-21/22.

Melo[26] e do Guia da Autoridade Holandesa da Concorrência sobre Acordos de Sustentabilidade.[27] A debatedora do seminário de comércio internacional foi a advogada Paola Pugliese.

Na sequência, o quinto tópico foi dedicado ao **Direito do Trabalho, Comércio Internacional e Concorrência**. A primeira apresentação abordou a inclusão de cláusulas de direitos trabalhistas em acordos de comércio e sua possível repercussão protectionista, como abordado no artigo de Desiré Leclerq, Daniel Samaan e Raymond Davidson;[28] bem como analisou especificamente a alegada violação de direitos trabalhistas na China e o consecutivo bloqueio comercial norte-americano à importação de certos produtos chineses, tratados no texto Thomas Kaplan, Chris Buckley e Brad Plumer.[29] A debatedora do seminário de comércio internacional foi a professora e consultora Renata Amaral. A segunda apresentação buscou explorar o panorama internacional de casos concorrencialmente envolvendo o mercado de trabalho, a partir de considerações encontradas nos textos de Cristina Volpin e Chris Pike[30] e de Ioana Marinescu e Herbert Hovenkamp.[31] Em paralelo, comentou-se ainda sobre como cartéis de compra poderiam servir de fundamento teórico para o avanço de investigações em mercados de trabalho e sobre a possibilidade de cláusulas trabalhistas serem adotadas como remédios para atos de concentração. A debatedora do seminário de comércio internacional foi a mestre Fernanda Lopes Martins.

Já a sexta rodada de apresentações esteve voltada ao tema de **Compras Públicas, Comércio Internacional e Concorrência.** Inicialmente, a discussão se centrou no Global Procurement Agreement (GPA) e na abertura comercial, nas vantagens que o Brasil obteria ao ratificar o documento e nas alterações legislativas que então o sucederiam, tendo se pautada no

[26] CINTRA DE MELO, Lílian. A relação entre antitruste e sustentabilidade. Conjur, maio/2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-mai-17/lilian-melo-relacao-entre-antitruste-sustentabilidade.;

[27] ACM, Autoridade de Defesa da Concorrência na Holanda. Guidelines 'Sustainability Agreements'. Disponível em: https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-07/sustainability-agreements%5b1%5d.pdf;

[28] LECLERCQ, Desiree. SAMAAN, Daniel. ROBERTSON, Raymond. Labor Provisions in Trade Agreements: Recasting the Protectionist Debate (July 10, 2020). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3668916;

[29] KAPLAN, Thomas; BUCKLEY, Chris; PLUMER, Brad. U.S. Bans Imports of Some Chinese Solar Materials Tied to Forced Labor. *The New York Times*, June 24, 2021. Disponível em: https://www.nytimes.com/2021/06/24/business/economy/china-forced-labor-solar.html.

[30] VOLPIN, Cristina; PIKE, Chris. *Competition Concerns in Labour Markets*. *OECD Competition Papers, 2019.* Disponível em: http://www.oecd.org/daf/competition/competition-in-labour-markets-2020.pdf;

[31] MARINESCU, Ioana E., HOVENKAMP, Herbert J. *Anticompetitive Mergers in Labor Markets*. 94 Ind. L.J. 1031, 2019. Disponível em: https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/anticompetitive_mergers_in_labor_markets.pdf?55736/fa51f6e32fed379b464787b55c209e31145ba052;

artigo de Robert Anderson e Anna Keeping[32] e na Oferta inicial brasileira para adesão ao Acordo sobre Contratações Governamentais.[33] O debatedor do seminário de comércio internacional foi o servidor público Leonardo Lahud. Nesse mesmo sentido, passou-se a discutir no segundo seminário se a adesão do país ao GPA impulsionaria em certa medida o compliance concorrencial, a partir da obra de Paulo Burnier e Victor Fernandes,[34] e, cumulativamente, se a reincidência e a insuficiência das penas atualmente cominadas justificariam a criminalização dos crimes de cartéis em licitação, como discutido em seminário promovido pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) sobre o tema.[35] O debatedor do seminário de concorrência foi o advogado João Victor Freitas.

O sétimo tópico endereçou a intersecção entre **Gênero, Comércio Internacional e Concorrência.** O primeiro seminário tratou da interface entre gênero e comércio internacional e procurou situar os efeitos da abertura comercial sobre disparidade de gênero, não sem a premissa de que a discussão da problemática se mostra essencial ao combate à pobreza, em linha com o artigo de Paula Tavares e Natália Martins[36] e com o texto de Julia Sekkei.[37] A debatedora do seminário de comércio internacional foi a advogada Carla Junqueira Amaral. O segundo seminário abordou a evolução da doutrina sobre gênero e concorrência, evidenciando o persistente enfoque binário dado à problemática, ao que se mostraram relevantes os textos de Chris Pike[38] e o relatório de 2018 da OCDE sobre gênero e concorrência.[39] A debatedora do seminário de concorrência foi a pesquisadora Carolina Saito.

---

[32] ANDERSON, Robert. D; MULLER, Anna C. Keeping markets open while ensuring due flexibility for governments in a time of economic and public health crisis: the role of the WTO Agreement on Government Procurement (GPA). 2020;

[33] BRASIL. Oferta inicial brasileira para adesão ao Acordo sobre Contratações Governamentais - Nota conjunta do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Economia. Nota à Imprensa n. 10, 3 de fevereiro de 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/nota-conjunta-do-ministerio-das-relacoes-exteriores-e-do-ministerio-da-economia-oferta-inicial-brasileira-para-adesao-ao-acordo-sobre-contratacoes-governamentais;

[34] BURNIER, Paulo e FERNANDES, Victor Oliveira. A defesa da concorrência nas licitações públicas: a experiência do CADE e os impactos para o acordo de compras governamentais da OMC, Diálogos Estratégicos. vol. 1. n. 3. Brasília, 2018. pp. 63-69;

[35] OECD. Criminalisation of cartels and bid rigging conspiracies. 2020. https://www.oecd.org/daf/competition/criminalisation-of-cartels-and-bid-rigging-conspiracies.htm;

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

[37] SEKKEL, Julia V. Women-Owned SMEs and Trade Barriers, 2020. Disponível em: https://www.international.gc.ca/trade-commerce/economist-economiste/analysis-analyse/women_owned_smes_trade-pme_commerce_appartenant_femmes.aspx?lang=eng;

[38] PIKE, Chris. Shaping the "she-covery": Using gender inclusive competition policy to build back better, OECD on the Level, 2020. Disponível em: https://oecdonthelevel.com/2020/08/18/shaping-the-she-covery-using-gender-inclusive-competition-policy-to-build-back-better/

[39] OECD. Gender and competition. 2018. https://www.oecd.org/daf/competition/gender-and-competition.htm;

O oitavo tema versou sobre **Subsídios Transnacionais e State Aid no Antitruste.** A primeira exposição trouxe um panorama global de instrumentos normativos que endereçassem a questão dos subsídios transnacionais, notadamente o respectivo White Paper da União Europeia.[40] O debatedor do seminário de comércio internacional foi o servidor público Newton Costa Batista. De modo similar, a segunda exposição tratou de empresas estatais, state aid e a disciplina concorrencial europeia, e ofereceu uma comparação entre as regras em vigor na China e na União Europeia sobre o assunto e aquelas vigentes no âmbito da OMC, com base nos artigos de Pierre Cremieux, Marc Van Audenrode e David Michol[41] e de Wang Ng.[42] O debatedor do seminário de concorrência foi o Trade Analyst Miguel Castro.

Por fim, o nono e último tópico abrangeu **Cadeias de Valor e Grupos Econômicos no Comércio Internacional e na Concorrência**. No tocante ao comércio internacional, inspirada no artigo de Gary Gereffi[43] e no capítulo de Lucas Ferraz, Leopoldo Gutierre e Rodolfo Cabral,[44] a apresentação se pautou nas crescentes pressões, exercidas pelos consumidores, pela rastreabilidade de cadeias produtivas e possíveis implicações dessas novas exigências à dinâmica de grupos econômicos. A debatedora do seminário de comércio internacional foi Tatiana Campos. Com relação à concorrência, a segunda apresentação procurou discutir a responsabilização de grupos econômicos frente à vulneração de direitos difusos e coletivos, como também a eventual maior eficácia de sanções não pecuniárias para fins de realização da função social das empresas na seara concorrencial, a partir dos artigos de Renan Cruvinel[45] e

[40] EU. White Paper on Levelling the Playing Field as Regards Foreign Subsidies, 2020. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=COM:2020:253:FIN

EU Proposal for Regulation on foreign subsidies distorting the internal market, 2021. https://ec.europa.eu/competition/international/overview/proposal_for_regulation.pdf

[41] CREMIEUX, Pierre; AUDENRODE, Marc Van; MISHOL, David. State Aid Investigations in the EU: Are US Firms Being Unfairly Targeted? (2017). Disponível em: https://awa2018.concurrences.com/articles-awards/business-articles-awards/article/state-aid-investigations-in-the-eu-are-us-firms-being-unfairly-targeted;

[42] NG, Wang. State Interest and the State-Centered Approach to Competition Law in China. The Antitrust Bulletin, March 20, 2020, Volume 65, Issue 2. Disponível em: https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/state_interest_and_the_state-centred_approach_to_competition_law_in_china.pdf?67189/95416eb302108887e29d0891e5a30100acb27091;

[43] GEREFFI, Gary. The governance of global value chains. *Review of International Political Economy*, vol. 12, 2005, Issue 1. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/200465546_The_Governance_of_Global_Value_Chains.

[44] FERRAZ, L. P. C.; GUTIERRE, L. ; CABRAL, R. . *A Industria Brasileira na era das Cadeias Globais de Valor.* In: Nelson Barbosa; Nelson Marconi; Mauricio Pinheiro; Laura Carvalho. (Org.). Indústria e Desenvolvimento Produtivo no Brasil. 1ed.Rio de Janeiro: ELSEVIER, 2015, v. 1, p. 203-233.

[45] OLIVEIRA, Renan Cruvinel de. *A responsabilidade solidária entre sociedades empresárias de um mesmo grupo econômico por infrações ao direito da concorrência*. Revista de Defesa da Concorrência, vol. 6, n. 2, 2018. Disponível em: https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/381

de Daniel Andreoli e Marco Antônio Fonseca.[46] O debatedor do seminário de concorrência foi Renan Cruvinel.

Nesse sentido, os capítulos deste livro são frutos das discussões acima descritas e da revisão dos trabalhos apresentados ao final da disciplina. Com vistas a facilitar a organização do livro, os capítulos foram divididos em duas partes: Parte I - Tópicos especiais de comércio internacional; e Parte II - Tópicos especiais de direito da concorrência. Ao todo, foram produzidos 19 artigos.

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

O Capítulo 1, cujo título é **"Arbitragem e comércio internacional: perspectivas a partir do WTO Multi-party Interim Appeal Arrangement (MPIA)"** de autoria de Gabriela Leoni Furtado. A autora dispõe que o agravamento na crise do multilateralismo é tamanha a ponto de pôr em risco a própria subsistência do sistema, havendo assim uso de alternativas provisórias como solução, caso este da Arbitragem. Isto posto, o artigo analisa se há resultados do MPIA e, em caso afirmativo, quais seriam eles. A autora conclui pela gravidade da crise do sistema multilateral, havendo acordos regionais no âmbito da OMC e mega acordos fora do órgão; analogamente, destaca o papel da OCDE, a qual tem atuado como principal fórum de discussão sobre novos temas.

O Capítulo 2 é referente ao texto **"Do declínio do multilateralismo à fragmentação do sistema de comércio internacional: acenos sobre como a OMC pode se manter relevante"**, de Isabelle Ruiz Guero. A autora inicia abordando as controvérsias geradas, desde a Rodada Uruguai, quanto à necessidade de consenso como pilar negociador na OMC, sendo criticada porque geraria óbice ao avanço de negociações em pautas relevantes e atuais. A autora conclui que a crise no sistema multilateral de comércio é marcada pela paralização do pilar negociador, sendo necessário que a OMC leve em conta as adversidades presentes para que a organização se mantenha relevante e com credibilidade no cenário comercial internacional.

Já o Capítulo 3 é intitulado **"O uso das indicações geográficas no acordo de livre comércio entre Mercosul e União Europeia como ferramenta de desenvolvimento regional",** de Elthon Nunes e Marcos Ueda. O artigo visa analisar a utilização das indicações geográficas como mola propulsora do desenvolvimento e de combate às desigualdades territoriais, instrumento ainda pouco conhecido e explorado no contexto brasileiro e sul-americano quando comparado à sua utilização na União Europeia. Por meio de sua pesquisa,

[46] ANDREOLI, Daniel e FONSECA, Marco Antonio. A formiga ou o formigueiro? A responsabilidade solidária concorrencial. Fevereiro, 2021. Disponível em: https://outline.com/mJgejX;

os autores demonstram os impactos da utilização das indicações geográficas na UE e de que forma a sua adoção como política pública de fomento no Brasil pode elevar o patamar da política agrícola nacional.

No Capítulo 4, encontra-se o artigo intitulado "**Acordos Verdes na UE, nos EUA, no Canadá: perspectivas e reflexos para o comércio exterior brasileiro**", de autoria de Giulia Murta e de Maria Luíza Bengel. O texto se propõe a comparar as propostas verdes da União Europeia, dos Estados Unidos e do Canadá no que tange a previsão de mecanismos de ajuste de carbono e de cálculo do preço carbono, às metas de redução incentivos para compensação daas reduções, aos setores mais impactoados e aos eventuais reflexos sobre as relações comerciais mantidas com o país. Embora os instrumentos apresentem algumas diferenças, as autoras identificaram que as três apresenta, sistas de precificação de carbonos, estabelecem metas de redução da emissão de gases de efeito estufa e preveem investimentos consideráveis em sustentabilidade. Em relação aos efeitos de tais propostas para o Brasil, preveem que as exportações setor de minérios metálicos deverão ser as mais afetadas, ainda que a longo prazo.

O Capítulo 5 é denominado "***Rapid response labor mechanism*: o estado da arte do mecanismo alternativo de reclamação por violações trabalhistas no acordo Estados Unidos-México-Canadá (USMCA)**". Tendo por autora Fernanda Brandão Cançado, o artigo analisa cláusulas sociais em acordos comerciais para, posteriormente, ter por enfoque tais cláusulas no USMCA. A partir da investigação feita, a autora conclui pela relevância do mecanismo como uma via alternativa de reclamação em acordos comerciais, tendo não apenas útil, mas necessário para que a finalidade de garantias trabalhistas seja respeitada.

Em seguida, no Capítulo 6 há o artigo "**Medidas unilaterais dos EUA para conter violações trabalhistas em Xinjiang: uma nova guerra fria contra a China?**". Escrito por Mariana Ozaki Marra da Costa, o artigo propõe investigar de qual forma as violações aos direitos trabalhistas e humanos em Xinjiang, província chinesa, impactam o comércio e a política externa norte-americana. A autora constata estratégias adotadas pelas agências norte-americanas para a contenção de tais abusos e averigua que, além de terem um viés econômico, resultam de uma política externa de contrariedade a estruturas políticas autoritárias.

Em seguida, no Capítulo 7 se verifica o artigo "**Compras governamentais e mecanismo de offset: o que a acessão do Brasil ao GPA pode impactar nas políticas de offset praticadas em importações públicas**?". Tendo por autora Raíssa Mamede Lins Brasiliense, o artigo busca analisar se existe compatibilidade entre o *offset* e o GPA e sua base principiológica, posto que tem havido preocupações relacionadas às políticas de offset adotadas pelo Brasil, considerando que a prática de tal instituto é expressamente vedada no âmbito do

acordo. A autora conclui pela existência de meios, no âmbito do GPA, que podem garantir que o impacto da vedação à prática de *offset* seja minimizado, especialmente nas principais áreas em que o instituto é aplicado no Brasil.

O Capítulo 8 está dedicado ao artigo "**Padrões Privados de Gênero: Uma Nova Fronteira no Comércio Internacional**", produzido por Cleideane dos Santos Farias. O trabalho tem por hipótese verificar se padrões privados de gênero, entendidos como padronizações associadas a produtos e serviços, representariam um novo campo a ser explorado pelo Comércio Internacional. Como constata a autora, os padrões privados de gênero, embora de aplicação limitada se comparados àqueles relacionados ao meio ambiente, oferecem grande potencial no combate à desigualdade de gênero.

O Capítulo 9 é denominado "**Subsídios transacionais e China: um estudo do caso China – Egito e o Regulamento de Execução (EU) 202/775 da União Europeia**". Escrito por Ana Vitória Ferreira Rocha e Nathália Amorim Pinheiro, o artigo busca detalhar as relações estabelecidas entre o Egito e a China para fomentar o mercado na região da Zona Econômica do Suez, que deu ensanchas à imposição, pela União Europeia, no âmbito do Regulamento de Execução (EU) 202/775 da Comissão Europeia, de medidas compensatórias com relação aos dois estados, dadas as devidas especificidades do caso. As autoras concluem que, mesmo face às lacunas normativas contidas na legislação da OMC, não se pode furtar de incidir a responsabilização pelo ilícito do estatal, posto que a norma tem um objetivo, qual seja coibir o descumprimento de obrigações nefastas ao comércio leal.

Por sua vez, o Capítulo 10 é denominado "**Global value chains: The governance of global decentralized American automobile industry and its economic and geopolitical risks during the chip crisis – an analysis from Ford Motors Company perspective**". Escrito por Paulo Henrique Bellizia Destro, o artigo busca descrever como a crise de escassez de chips afetou a indústria automobilística americana durante a pandemia, assim como analisar como a produção global descentralizada pode ser concebida pelo governo para mitigar os riscos econômicos e geopolíticos causados pela escassez da cadeia de abastecimento. Tomando por enfoque a Ford Motors Company, o autor conclui que, ao invés de terceirizar sua produção de chips para empresas com baixo nível de controle e coordenação de fabricação, a Ford deveria procurar estabelecer relações de governança cativa, relacional ou hierárquica com fornecedores de chips.

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

O Capítulo 11 intitulado **"Crise quanto aos objetivos do Direito da Concorrência: é a hora de levar o barco devagar",** escrito por Luiz Guilherme Ros. Por meio de uma análise histórica da evolução do direito antitruste autor o qual demonstra que, em suas origens, o direito antitruste tinha por principal finalidade combater *trusts,* o que, todavia, atualmente passou a ser questionado – críticos advogam pela ampliação dos objetivos do direito da concorrência, que deveria se preocupar com questões políticas, sociais e, também econômicas. Para o autor, tais pontos são importantes para serem debatidos, todavia, não haveria necessidade em repensar os objetivos do direito da concorrência.

O Capítulo 12, cujo título é "**Cláusula de concorrência em acordos preferenciais de comércio**", tem autoria de Lucas Chaves e Nicolle Assayag do Lago. Os pesquisadores valem-se dos estudos da OCDE quanto à inclusão de cláusulas de concorrência nos acordos preferenciais de comércio. Por meio da análise deste referencial teórico, buscarão demonstrar possíveis previsões quanto a de que modo a convergência regulatória realizada via acordos regionais de comércio sobre cláusulas de concorrência auxilia o ambiente competitivo dos países signatários.

Por outro lado, há o Capítulo 13, intitulado "**Nem yuppie, nem hipster, mas Calixto e outras brasilidades: um ensaio sobre as possibilidades distributivas do antitruste brasileiro sob a influência Neo-Brandeisiana**". Tendo por autor Fábio Casotti, busca-se refletir quanto à possibilidade de o antitruste brasileiro almejar questões distributivas, realizando-se uma desconstrução da pretensa neutralidade tecnocrática da abordagem da eficiência, com a exposição de suas escolhas políticas e sociais subjacentes. Por meio de sua análise, o autor conclui que há espaço não apenas para uma maior consideração e discussão do tema distributivo no direito concorrencial brasileiro como também no debate acadêmico e ainda na agenda de autoridades do antitruste nacional.

Em seguida, no Capítulo 14 há o artigo "**Meio ambiente e sustentabilidade na concorrência: convergências ou divergências entre teoria e prática?**". Tendo por autora Aline Roberta Veloso Rangel, traz uma análise teórica e prática do endereçamento dado pelo direito concorrencial à sustentabilidade, buscando analisar se a defesa concorrência poderia ter um espaço efetivo na consecução de objetivos sustentáveis e, caso positivo, quais seriam as formas e os limites de atuação. A autora conclui que tem havido uma crescente preocupação com questões ambientais no âmbito das discussões teóricas sobre a análise concorrencial, o que, todavia, não tem se refletido em uma significativa alteração nas análises de casos concretos.

O Capítulo 15 compreende o artigo "**Antitrust enforcement in labor market: developments from an international comparative perspective?**". A pesquisa realizada por

Fernanda Dalla Valle Martino busca analisar a evolução na aplicação de práticas de trabalho anticoncorrenciais e os próximos desafios, tomando por enfoque os Estados Unidos da América, União Europeia e Brasil, com uma breve menção a outras jurisdições. A autora conclui que a aplicação das práticas laborais continue a ser um tema em alta entre as autoridades concorrenciais, sendo, em geral, o principal desafio, descobrir como os instrumentos tradicionais de aplicação da lei antitruste podem ser adaptados aos mercados de trabalho, tendo em vista os objetivos concorrenciais.

O Capítulo 16 é intitulado "**Abertura Comercial com a adesão ao GPA: cláusulas de transparência e a nova lei de licitações e os impactos no combate à corrupção, no compliance e desafios à sua implementação eficaz?**", de autoria de Beatriz Watanabe Silva. A pesquisa visa analisar a compatibilidade, as potenciais consequências decorrentes do pedido de entrada do Brasil como signatário do GPA, averiguando as melhorias que ainda devem ser implementadas a fim de garantir uma melhor eficiência à abertura de mercado pretendida. A autora conclui que para que o aumento da concorrência proporcionado pela abertura comercial possa de fato beneficiar a Administração Pública, faz-se necessário ainda a melhoria em uma série de aspectos, dentre eles, a cooperação interinstitucional entre agências de controle e investigativas.

O Capítulo 17 é denominado **"As três fases das discussões sobre gênero e concorrência?"**. De autoria de Isabel Jardim, a autora, observando o recente crescimento das discussões sobre a possibilidade de desenvolvimento de uma política antitruste inclusiva quanto ao gênero, busca analisar quando essa discussão foi iniciada e como tem se desenvolvido. O artigo conclui que uma política antitruste inclusiva quanto a questões de gênero é uma agenda irreversível, relevante e urgente para toda a sociedade e que tem o potencial de ajudar a desbloquear o potencial econômico historicamente negado às mulheres devido a diversos fatores, formais e informais.

Por sua vez, o Capítulo 18 compreende o artigo "**O Instituto do State Aid da União Europeia aos Clubes de Futebol: um caminho para o desporto brasileiro**", escrito por Igor de Oliveira e que pretende analisar o controle exercido pela Comissão Europeia sobre o State Aid envolvendo o setor de clubes de futebol e como tem sido aplicada a legislação brasileira a esse respeito. Em conclusão, o autor pontua a vantagem legislativa brasileira frente à europeia em virtude da edição da Lei das Sociedades Anônimas de Futebol (SAF).

O Capítulo 19 abrange artigo intitulado "**Responsabilidade de terceiros por infrações antitruste no Brasil, nos EUA e na União Europeia: semelhanças ou diferenças**?", de autoria de Camila Brito e Matheus Martins. Partindo da análise dos instrumentos normativos do Direito antitruste na União Europeia, nos Estados Unidos e no Brasil, assim como de precedentes notáveis a respeito do tema, os autores traçam diferenças entre os fundamentos utilizados nessas jurisdições para a responsabilização de terceiros por infrações anticompetitivas. Embora verifiquem que a jurisprudência brasileira careça de consolidação, constatam que, porquanto tende a superar a personalidade jurídica de cada pessoa jurídica fins de responsabilização, estaria mais próxima da experiência europeia.

PARTE 1 – TÓPICOS ESPECIAIS DE COMÉRCIO INTERNACIONAL

1. ARBITRAGEM E COMÉRCIO INTERNACIONAL: RESULTADOS E PERSPECTIVAS A PARTIR DO WTO MULTI-PARTY INTERIM APPEAL ARRANGEMENT (MPIA)

1. ARBITRATION AND INTERNATIONAL TRADE: RESULTS AND PERSPECTIVES FROM THE WTO MULTI-PARTY INTERIM APPEAL ARRANGEMENT (MPIA)

Gabriela Leoni Furtado

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. CRISE DO MULTILATERALISMO E PARALISAÇÃO DO ÓRGÃO DE APELAÇÃO DA OMC; 3. A ARBITRAGEM COMO SOLUÇÃO TEMPORÁRIA DIANTE DA PARALISAÇÃO DO ÓRGÃO DE APELAÇÃO DA OMC; 3.1. Sistematização das propostas sobre a utilização da Arbitragem sob o artigo 25 do DSU; 3.2. O WTO Multi-Party Interim Appeal Arrangement (MPIA); 4. RESULTADOS DO MPIA DESDE SUA ENTRADA EM VIGOR; 5. PERSPECTIVAS SOBRE O PAPEL DA ARBITRAGEM NA REFORMA DO SISTEMA MULTILATERAL DO COMÉRCIO; 5.1. Legitimidade do MPIA no bojo da OMC; 5.2. Compatibilidade do MPIA no bojo da OMC; 5.3. Temporalidade do MPIA no bojo da OMC; 6. CONCLUSÃO

RESUMO: A crise no pilar de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC) agrava a crise do multilateralismo, a tal ponto que a busca por soluções ou alternativas concerne a própria subsistência do sistema multilateral que constituiu grande vitória na década de 1990. Uma vez que a Arbitragem já vem sendo considerada como alternativa provisória, através do WTO Multi-Party Interim Appeal Arrangement (MPIA), o presente artigo apresenta o resultado de pesquisa na base de dados da OMC que utilizou metodologia para identificar se já há resultados do MPIA desde sua entrada em vigor e, se sim, quais os resultados alcançados, bem como perspectivas para a arbitragem no futuro do sistema multilateral de comércio.

ABSTRACT: The dispute settlement crisis on World Trade Organization (WTO) is aggravates the crisis of multilateralism, to such an extent that seeking for solutions or alternatives is crucial to the survival of the multilateral system that consisted great victory in the 1990s. Since Arbitration has already been agreed as a stop-gap alternative by the WTO Multi-Party Interim Appeal Arrangement (MPIA), this paper presents the results of a research on the WTO database that used methodology to identify whether there are already results of the MPIA agreement since its entry into force and, if so, what results were achieved, as well as perspectives for arbitration in future multilateral trading system.

1. INTRODUÇÃO

A crise no pilar de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC) agrava a crise do multilateralismo[1], a tal ponto que a busca por soluções ou alternativas concerne a própria subsistência do sistema multilateral que constituiu grande vitória na década de 1990. Uma vez que a Arbitragem já vem sendo considerada como alternativa – ainda que provisória[2] – para a paralisação do Órgão de Apelação da OMC, o presente artigo propõe a analisar se já há resultados do MPIA desde sua entrada em vigor e, se sim, quais os resultados alcançados, bem como perspectivas para a arbitragem no futuro do sistema multilateral de comércio.

A paralisação do Órgão de Apelação da OMC vem se desenhando desde 2017 – com o veto dos Estados Unidos na nomeação de novos juízes para o Órgão de Apelação. A situação foi consolidada em dezembro de 2019, quando restou apenas uma juíza nomeada, o que inviabiliza a análise de recursos, visto que o Acordo da OMC em Solução de Controvérsias – *Dispute Settlement Understanding* (DSU) – exige o mínimo de três juízes para qualquer caso levado ao Órgão de Apelação[3].

Deflagrou-se, assim, o fenômeno que a doutrina denomina "*appeal into the void*"[4] ("apelação no vazio"), que equivale, na prática, a possibilidade de o Estado perdedor vetar a decisão do Painel, o que não se via desde a época do GATT 1947[5].

Ao se posicionar sobre o veto na nomeação de novos juízes, os Estados Unidos alegam insatisfação persistente com o desempenho do Órgão de Apelação da OMC, tanto do ponto de vista processual – em relação ao descumprimento do prazo para decisão de recursos –, como do ponto de vista material – em relação ao alcance das competências do órgão e de interpretações das regras da OMC[6].

O futuro é incerto. De um lado, espera-se que seja possível superar o veto dos Estados Unidos, e reativar o Órgão de Apelação. Por outro lado, não há nenhum sinal de rompimento do impasse.

[1] PAUWELYN, Joost, WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect?, *Journal of International Economic Law*, Vol. 22 (2019), pp. 297–321, p. 3.

[2] Faz-se referência ao WTO Multi-Party Interim Appeal Arrangement (MPIA).

[3] O art. 17 do acordo de soluções de controvérsias da OMC (Dispute Settlement Understanding - DSU) prevê que o Órgão de Apelação (Appellate Body) é composto por 7 membros, sendo necessário ao menos três juízes para que um recurso seja analisado.

[4] PAUWELYN, Joost, WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect?, Journal of International Economic Law, Vol. 22 (2019), pp. 297–321, p. 7.

[5] PARANHOS, Valéria Mendes Costa, O Órgão de Apelação da OMC está na UTI. Que remédio para reanimar o paciente e revitalizar o sistema multilateral de comércio baseado em regras?, Revista de Comércio Internacional Enlaw, 3ª Ed. (2020), pp. 16-17.

[6] USTR Report on the Appellate Body of the WTO, 2020.

A postura dos Estados Unidos permanece no cenário atual, agravada pelas tensões políticas decorrentes da pandemia do COVID-19, indicando que não há solução rápida para o problema. O Professor Joost Pauwelyn[7], ao tratar da possibilidade de os Estados Unidos levantarem o veto sobre a nomeação dos juízes, afirma "*Don't expect a miracle*"[8]. No mesmo sentido, em setembro de 2021 os Estados Unidos divulgaram declaração no âmbito da OMC mantendo a recusa na nomeação de novos juízes[9], em contraponto à proposta de nomeação anteriormente apresentada por 92 outros membros[10].

Ademais, necessário recordar que as mudanças a nível multilateral são lentas e graduais. A título de referência, destaca-se que a transformação do GATT no sistema da OMC durou meio século[11]. Pertinente, portanto, o estudo das alternativas, desafios e perspectivas para o presente e futuro.

Dentre os caminhos propostos para a solução do impasse, o mais promissor passa pela utilização da Arbitragem, com base no art. 25 do DSU, para substituir o segundo grau de jurisdição no sistema de solução de controvérsias da OMC. Até agora, essa foi a via que permitiu maior preservação do sistema resolução de disputas na OMC[12].

O debate acerca da arbitragem sob o art. 25 do DSU foi objeto de diferentes propostas, e foi materializado no *WTO Multi-Party Interim Appeal Arrangement* (MPIA), assinado originalmente por 16 membros da OMC[13], incluindo o Brasil, União Europeia e China, e excluindo os Estados Unidos.

Nesse contexto, o presente artigo parte da seguinte pergunta de pesquisa: **já há resultados do MPIA desde sua entrada em vigor e, se sim, quais os resultados alcançados, bem como perspectivas para a arbitragem no futuro do sistema multilateral de comércio?**

A hipótese inicial é de que o MPIA possui caráter temporário, sendo pouco provável que esse instrumento seja efetivamente convertido em reforma definitiva na OMC. Por outro

[7] O Professor Joost Pauwelyn é um dos árbitros que compõem o pool de árbitros do MPIA, conforme o documento JOB/DSB/1/Add.12/Suppl.5.

[8] PAUWELYN, Joost, WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect?, Journal of International Economic Law, Vol. 22 (2019), pp. 297–321, p. 4.

[9] WTO, Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, 2021, Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body

[10] WTO Appellate Body Appointments, WT/DSB/W/609/REV.19, 2020

[11] PAUWELYN, Joost, WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect?, Journal of International Economic Law, Vol. 22 (2019), pp. 297–321, disponível em, p. 2.

[12] PAUWELYN, Joost, WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect?, Journal of International Economic Law, Vol. 22 (2019), pp. 297–321, p. 16.

[13] Os membros originais do MPIA são: Austrália; Brasil; Canadá; China; Chile; Colômbia; Costa Rica; União Europeia; Guatemala; Hong Kong, China; Islândia; México; Nova Zelândia; Noruega; Paquistão; Singapura; Suíça; Ucrânia e Uruguai.

lado, entende-se que o MPIA tem o potencial de fornecer experiência para a utilização da arbitragem de forma mais definitiva em reforma futura. XXX.

O estudo é estruturado em quatro capítulos. O **Capítulo 1** apresenta um panorama da atual crise do multilateralismo e paralisação do Órgão de Apelação da OMC, contextualização necessária para presente análise.

Em seguida, o **Capítulo 2** analisa as principais propostas para utilização da Arbitragem como solução para a paralisação do Órgão de Apelação, inclusive a proposta da União Europeia, que se materializou através do WTO Multi-Party Interim Appeal Arrangement (MPIA).

O **Capítulo 3**, apresenta resultados de pesquisa empírica conduzida na base de dados da OMC, que utilizou metodologia para identificar se já há resultados do MPIA desde sua entrada em vigor e, se sim, quais os resultados alcançados.

Por fim, o **Capítulo 4** se propõe a apresentar algumas perspectivas sobre a utilização da arbitragem como instrumento meio à crise do sistema multilateral de comércio, utilizando como principal referência as experiências já percebidas no âmbito da Arbitragem de Investimentos. Como hipótese inicial, entende-se que tais experiências podem ser úteis justamente pelo fato de esse instrumento arbitral incluir a participação de Estados.

Ao final, serão expostas as conclusões.

2. CRISE DO MULTILATERALISMO E PARALISAÇÃO DO ÓRGÃO DE APELAÇÃO DA OMC

O multilateralismo está em crise diante do insucesso das negociações multilaterais nos últimos 20 anos. Proliferam-se acordos regionais de comércio, dentro e fora da OMC, sendo especialmente relevantes os denominados Mega-Acordos, como TTIP[14], TPP[15], CPTPP[16] e RCEP[17], não apenas em razão da magnitude plurilateral, mas também por endereçarem diversos temas não-tarifários que criam regras específicas para o comércio internacional[18].

[14] *Transatlantic Trade and Investment Partnership*, estabelecido entre União Europeia e Estados Unidos.

[15] *Trans-Pacific Partnership*, estabelecido entre Brunei, Chile, Nova Zelândia, Singapura, Austrália, Canadá, Japão, Malásia, México, Peru, Estados Unidos e Vietnã.

[16] *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership*, também conhecido como TPP-11, estabelecido entre Austrária, Brunei, Canadá, Chile, Japão, Malásia, México, Nova Zelândia, Peru, Singapura e Vietnã.

[17] Regional Comprehensive Economic Partnership, estabelecido entre estados membros da Associação de Nações do Sudeste Asiático (ASEAN), Brunei, Camboja, Indonésia, Laos, Malásia, Myanmar, Filipinas, Singapura, Tailândia e Vietnã e cinco dos parceiros da Área de Livre Comércio (ALC) da ASEAN - Austrália, China, Japão, Nova Zelândia e Coréia do Sul.

[18] Essas regras são comumente denominadas Barreiras Não Tarifárias (BNTs), e tem grande impacto nos fluxos comerciais entre os países. Ver THORSTENSEN Vera, FERRAZ Lucas, *O Isolamento do Brasil em Relação aos Acordos e Mega-Acordos Comerciais*, 2014.

A OMC também vem perdendo a relevância como fórum de discussão dos novos temas do comércio internacional, que vem sendo discutidos no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). É possível perceber que o sistema tende para relações de cooperação e "boas práticas", que diverge da mentalidade de *hard law* da OMC.

Esse contexto vem se desenhando desde a rodada Doha em 2001, quando as negociações multilaterais foram paralisadas, como se encontram até hoje, uma vez que não foi possível alcançar um consenso entre os 164 países. A Tabela 1 resume os resultados multilaterais desde 1947:

Rodada	Período	Países	Temas
Genebra	1947	23	Tarifas
Annecy	1949	13	Tarifas
Torquay	1950-1951	38	Tarifas
Genebra	1955-1956	26	Tarifas
Dilon	1960-1961	26	Tarifas
Kennedy	1964-1967	62	Tarifas e Antidumping
Tóquio	1973-1979	102	Tarifas, medidas não tarifárias, cláusula de habilitação
Uruguai	1986-1994	123	Tarifas, Agricultura, Serviços, Propriedade Intelectual, Medidas de Investimento, novo marco jurídico da OMC
Doha	2001-?	164	Tarifas, Agricultura, Serviços, Facilitação de Comércio, Regras para solução de controvérsias.

Elaboração da autora
Fonte: WTO Database

De acordo com as regras da OMC, as negociações funcionam em formato "pacote completo" ou *single undertaking*, de forma que só é possível avançar mediante consenso de todos os membros[19]. Porém, ao longo de duas décadas de impasse, já se verificou a impraticabilidade de atingir a regra do consenso com 164 países membros.

Em 2017, o até então bem-sucedido sistema de solução de controvérsias da OMC também entra em crise, diante da paralisação de seu Órgão de Apelação.

[19] Ver THORSTENSEN, Vera. *OMC Organização Mundial do Comércio: as Regras do Comércio Internacional e a Nova Rodada de Negociações Multilaterais,* 2. ed., 2001.

O órgão de solução de controvérsias da OMC ("Dispute Settlement Body" ou "DSB") possui duas instâncias de julgamento, sendo a primeira instância incumbida aos Painéis ("Panels") compostos pelo DSB, e a segunda instância representada pelo Órgão de Apelação ("Appellate Body"), este que é o foco da crise.

Os Estados Unidos demonstraram grande insatisfação com a atuação do Órgão de Apelação da OMC, e por isso vetaram a nomeação de novos juízes para o Órgão, afirmando que "*United States has been raising serious concerns with the Appellate Body's disregard for the rules set by WTO Members*"[20].

A paralisação Órgão de Apelação foi consolidada em dezembro de 2019, quando restou apenas uma juíza nomeada[21], o que inviabiliza a análise de recursos, visto que o Acordo da OMC em Solução de Controvérsias ("Dispute Settlement Understanding" ou "DSU") exige o mínimo de três juízes para qualquer caso levado ao Órgão de Apelação[22].

Deflagrou-se, assim, o fenômeno que a doutrina denomina "*appeal into the void*"[23], e que equivale, na prática, a possibilidade de o Estado perdedor vetar a decisão do Painel, o que não se via desde a época do GATT 1947[24].

Nesse ponto, é importante frisar que o sistema de solução de controvérsias da OMC não está paralisado como um todo. Muito embora o Órgão de Apelação esteja de fato "vazio", os membros da OMC ainda estão aptos a utilizar os instrumentos de bons ofícios, conciliação e mediação, bem como solicitar ao DSB a instituição de Painéis (equivalentes à primeira instância de julgamento).

Em 2020, o *United States Trade Representative (USTR)* divulgou um relatório sobre suas preocupações em relação funcionamento do Órgão de Apelação da OMC, envolvendo quatro principais questões: (i) descaso por formalidades no procedimento, principalmente o

[20]U.S. Statements in WTO Dispute Settlement Body, December 18, 2018, p. 44.

[21] O segundo mandato de quatro anos do Sr. Ricardo Ramírez Hernández expirou em 30 de Junho de 2017; o Sr. Hyun Chong Kim renunciou ao órgão de recurso com efeitos a partir de 1 de Agosto de 2017. O segundo mandato de quatro anos do Sr. Peter Van den Bossche expirou em 11 de Dezembro de 2017; o primeiro mandato de quatro anos do Sr. Shree Servansingh expirou em 30 Setembro de 2018; o segundo mandato de quatro anos tanto do Sr. Ujal Singh Bhatia como do Sr. Thomas R. Graham expirou em 10 de Dezembro de 2019. O primeiro mandato da Sra. Hong Zhao expirou em 30 de Novembro de 2020. Ver ANDERSON Scott, FRIEDBACHER Todd, LAU Christian, LOCKHART Nicolas, REMY Jan Yves, SANDFORD Iain, Using Arbitration Under Article 25 of the DSU To Ensure The Availability Of Appeals, Geneva The Graduate Institute of International and Development Studies, Centre for Trade and Economic Integration, 2018.

[22] O art. 17 do acordo de soluções de controvérsias da OMC (Dispute Settlement Understanding - DSU) prevê que o Órgão de Apelação (Appellate Body) é composto por 7 membros, sendo necessário ao menos três juízes para que um recurso seja analisado.

[23] PAUWELYN, Joost, WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect?, Journal of International Economic Law, Vol. 22 (2019), pp. 297–321, p. 7.

[24] PARANHOS, Valéria Mendes Costa, O Órgão de Apelação da OMC está na UTI. Que remédio para reanimar o paciente e revitalizar o sistema multilateral de comércio baseado em regras?, Revista de Comércio Internacional Enlaw, 3ª Ed. (2020), pp. 16-17.

descumprimento do prazo de 90 dias conferido ao Órgão de Apelação para o julgamento de recursos; (ii) má qualidade das decisões do Órgão, extrapolando competências e regras fixadas pelos membros da OMC; (iii) certa transição da OMC de um fórum de negociação para um fórum de litígios; (iv) rígida regra do precedente[25].

Desde então busca-se uma solução para a paralisação do Órgão de Apelação da OMC. Dentre os caminhos propostos, o mais promissor passa pela utilização da Arbitragem, conforme será abordado no próximo capítulo.

3. A ARBITRAGEM COMO SOLUÇÃO TEMPORÁRIA DIANTE DA PARALISAÇÃO DO ÓRGÃO DE APELAÇÃO DA OMC

Dentre os caminhos propostos para a solução do impasse, o mais promissor[26] passa pela utilização da Arbitragem, com base no art. 25 do DSU, para substituir o segundo grau de jurisdição no sistema de solução de controvérsias da OMC. Em outras palavras, a arbitragem é introduzida como um mecanismo para suprir a lacuna do Órgão de Apelação, mantendo a estrutura do sistema de solução de controvérsias da OMC.

O uso da arbitragem sob o art. 25 do DSU foi objeto de diferentes propostas, desde sugestões apresentadas por especialistas da área, como foi o caso de Scott Anderson, Todd Friedbacher, Christian Lau, Nicolas Lockhart, Jan Yves Remy and Iain Sandford, os pioneiros a levantarem a hipótese em 2017[27], até declarações efetivas de Estados, como a proposta apresentada pela União Europeia em 2019[28].

Aproposta da União Europeia se materializou através da assinatura, em abril de 2020, do *WTO Multi-Party Interim Appeal Arrangement* (MPIA)[29], inicialmente firmado 16 membros da OMC, incluindo o Brasil, e excluindo os Estados Unidos[30]. O acordo deixa claro sua natureza

[25] THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE (USTR). *Report on the Appellate Body of the World Trade Organization*. 2020.

[26] PAUWELYN, Joost, WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect?, Journal of International Economic Law, Vol. 22 (2019), pp. 297–321, disponível em https://doi.org/10.1093/jiel/jgz024, p. 16.

[27] ANDERSON Scott, FRIEDBACHER Todd, LAU Christian, LOCKHART Nicolas, REMY Jan Yves, SANDFORD Iain, Using Arbitration Under Article 25 of the DSU To Ensure The Availability Of Appeals, *Geneva The Graduate Institute of International and Development Studies*, *Centre for Trade and Economic Integration*, 2018.

[28] WTO, European Union proposal on Interim Appeal Arbitration pursuant to article 25 DSU, JOB/DSB/1/Add.11/Add.11, 2019.

[29] *WTO Multi-Party Interim Appeal Arrangement* (MPIA), WTO JOB/DSB/1/Add.12, 2020.

[30] Os membros originais do MPIA são: Austrália; Brasil; Canadá; China; Chile; Colômbia; Costa Rica; União Europeia; Guatemala; Hong Kong, China; Islândia; México; Nova Zelândia; Noruega; Paquistão; Singapura; Suíça; Ucrânia e Uruguai.

temporária para suprir a lacuna do Órgão de Apelação[31], sendo designado *stop-gap measure*[32] para o impasse.

Os Estados Unidos, por sua vez, defendem reformas mais profundas no sistema de solução de controvérsias da OMC. Sobre o assunto, Robert Lighthizer, ex-representante de comércio dos Estados Unidos, publicou o artigo "*How to set the world trade straight*", contendo cinco propostas para a crise do mecanismo de solução de controvérsias da OMC. Uma das vias propostas é a utilização de um sistema arbitral independente, de única instância, similar ao utilizado para arbitragem comercial[33].

Nesse sentido, o subcapítulo 2.1 se destina a sistematizar as propostas apresentadas, enquanto o subcapítulo 2.2 analisa a única proposta bem-sucedida até o momento, que é o Multi-Party Interim Appeal Arrangement (MPIA).

3.1. Sistematização das propostas sobre a utilização da Arbitragem sob o artigo 25 do DSU

O art. 25 do DSU foi utilizado apenas uma vez na história da OMC, no caso *U.S. Copyright* em 2001[34], referente a uma disputa entre os Estados Unidos e a União Europeia. O Professor Bashar H. Malkawi associa a irrisória utilização histórica do mecanismo com as limitações na redação do art. 25 do DSU, em conjunto com a resistência cultural a que ele se refere como "*lack of an arbitration culture at the WTO*"[35].

Nesse sentido, o dispositivo permaneceu "adormecido", até que, em 2017, foi apontado por especialistas[36] como uma alternativa para assegurar a disponibilidade de recursos no âmbito do sistema de solução de controvérsias da OMC diante da crise, inflamando o debate sobre o assunto[37].

O Professor Xiaoling Li da *Chinese Academy of Social Sciences (CASS)*, principal organização de pesquisa acadêmica na China, analisou as diferentes propostas elaboradas com

[31] Artigo 1º MPIA.

[32] European Commission News Archive*, Interim appeal arrangement for WTO disputes becomes effective*, 2020.

[33] LIGHTHIZER Robert E., How to Set World Trade Straight, Wall Street Journal, 2020

[34] United States of America v. European Communities, Case No. 160, WT/DS160/ARB25/1, 2001.

[35] MALKAWI Bashar H., Arbitration and the World Trade Organization, *Journal of International Arbitration*, vol 24 (2007), p. 187.

[36] ANDERSON Scott, FRIEDBACHER Todd, LAU Christian, LOCKHART Nicolas, REMY Jan Yves, SANDFORD Iain, Using Arbitration Under Article 25 of the DSU To Ensure The Availability Of Appeals, *Geneva The Graduate Institute of International and Development Studies*, *Centre for Trade and Economic Integration*, 2018.

[37] *e.g.* Jennifer Hillman, Three Approaches to Fixing the WTO's Appellate Body: The Good, the Bad and the Ugly? (2018); James Bacchus, Saving the WTO's Appeals Process (2018); Matthew Weiniger, Akshay Sewlikar, in Kluwer Arbitration Blog (2018).

base no art. 25 do DSU, categorizando-as em quatro modelos, que consideram, principalmente, a formação do Tribunal Arbitral[38]. O resultado da análise está resumido na Tabela 2:

Modelo	Característica
(1) Modelo Órgão de Apelação (*Appellate Body-model*)[39]	Propõe a preservação das características do órgão de apelação, inclusive determinação prévia de uma lista de juízes/árbitros e, na prática, significaria recriar o órgão de apelação da OMC com a exclusão dos Estados Unidos.
(2) Modelo Painel OMC (*WTO panel-model*)	Propõe que seja permitido às partes de uma disputa específica nomearem seus árbitros, mas contando com a sugestão do Secretariado da OMC, que, nos termos do art. 8 do DSU, só pode ser ignorada por razões imperativas (*compelling reasons*).
(3) Modelo PCA (*PCA-model*)	Propõe que seja oferecida às partes de uma disputa uma lista de árbitros pré-recomendados, mas sem caráter vinculante, cabendo as partes optar por selecionar um árbitro dentro ou fora da lista
(4) Arbitragem Clássica (*Classical Arbitration*)	Propõe mecanismos arbitrais que não possuem lista de árbitros pré-recomendados.

Elaboração da autora
Fonte: LI Xiaoling, DSU Article 25 Appeal Arbitration: A Viable Interim Alternative to the WTO Appellate Body?, Global Trade and Customs Journal, vol. 15 (2020)

Enquanto o Modelo 1 preserva a estrutura da OMC da forma como conhecemos hoje, os Modelos 2, 3 ou 4 representam a transição da natureza de tribunal de comércio para um sistema de arbitragem independente. Justamente nesse sentido, o Xiaoling Li considera o assunto digno de aprofundamento[40]:

> "(…) Models 2, 3 and 4 symbolize a transition of the WTO appellate stage from a global trade court to ad hoc arbitration system. **This raises questions of whether some models of appeal arbitration (including the MPIA) could function well under current WTO DSM framework and what systematic consequences such a change may bring about**".

Até o presente momento, foi o Modelo 1 que se materializou, através da assinatura do *WTO Multi-Party Interim Appeal Arrangement* (MPIA), e suas contribuições serão cruciais

[38] LI Xiaoling, DSU Article 25 Appeal Arbitration: A Viable Interim Alternative to the WTO Appellate Body?, *Global Trade and Customs Journal*, vol. 15 (2020), p. 463.
[39] Como será demonstrado a seguir, o MPIA segue o Modelo 1.
[40] LI Xiaoling, DSU Article 25 Appeal Arbitration: A Viable Interim Alternative to the WTO Appellate Body?, *Global Trade and Customs Journal*, vol. 15 (2020), p. 463.

para os desdobramentos na discussão sobre o papel da arbitragem na crise do comércio multilateral.

3.2. O WTO Multi-Party Interim Appeal Arrangement (MPIA)

O Multi-Party Interim Appeal Arrangement (MPIA) é fruto da proposta da União Europeia, e foi originalmente assinado por 16 membros da OMC, são eles: Austrália; Brasil; Canadá; China; Chile; Colômbia; Costa Rica; União Europeia; Guatemala; Hong Kong, China; Islândia; México; Nova Zelândia; Noruega; Paquistão; Singapura; Suíça; Ucrânia e Uruguai.

O MPIA contém três partes, sendo a primeira composta pelo preâmbulo e o texto do acordo; a segunda, anexo 1, que estabelece a convenção de arbitragem firmada pelos países-membros, denominada *appeal arbitration agreement*; e a terceira, anexo 2, que dispõe sobre a composição do *pool de árbitros*[41] que poderão ser selecionados diante de uma disputa, seguindo todos os princípios e métodos previstos no art. 17.1 do DSU.

O anexo 1, que estabelece o *appeal arbitration agreement*, contém 19 artigos, apresentando diretrizes genéricas sobre o procedimento arbitral, fazendo referência às normas do DSU. É importante destacar que essa solução preserva a estrutura do sistema de solução de controvérsias da OMC, mantendo o segundo grau de jurisdição a partir da decisão do Painel, e pretende preservar a vinculação das decisões de resolução de disputas na OMC[42].

Colocando de uma forma mais simples, o MPIA nada mais é do que um modelo de compromisso arbitral no âmbito do art. 25 DSU, que estabelece os principais parâmetros sobre a condução dessa arbitragem estritamente enquanto o Órgão de Apelação não voltar a funcionar.

O primeiro ponto importante sobre o acordo é sua natureza temporária. As partes signatárias deixaram clara a intenção de superar o impasse em relação a nomeação de novos juízes para o Órgão de Apelação, de forma que a utilização da arbitragem como segundo grau de jurisdição é uma medida temporária para suprir essa lacuna. Por essa razão, o MPIA é comumente designado *stop-gap measure*[43]. Nesse viés, o artigo 1º do MPIA já determina seu caráter temporário:

> 1. The participating Members indicate their intention to resort to arbitration under Article 25 of the DSU as an interim appeal arbitration procedure (hereafter the "appeal arbitration procedure"), **as long**

[41] O pool de árbitros já foi formalizado, conforme o documento JOB/DSB/1/Add.12/Suppl.5, sendo composto pelas seguintes pessoas: Sr. Mateo Diego-Fernández ANDRADE. Sr. Thomas COTTIER. Sra. Locknie HSU; Sra. Valerie HUGHES; Sr. Alejandro JARA; Sr. José Alfredo Graça LIMA; Sra. Claudia OROZCO; Sr. Joost PAUWELYN; Sra. Penelope RIDINGS; Sr. Guohua YANG.

[42] PAUWELYN, Joost, WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect?, Journal of International Economic Law, Vol. 22 (2019), pp. 297–321, p. 16.

[43] European Commission News Archive*, Interim appeal arrangement for WTO disputes becomes effective*, 2020.

> **as the Appellate Body is not able to hear appeals of panel reports in disputes among them due to an insufficient number of Appellate Body members**

Mais especificamente, já foi possível identificar que essa intenção de temporalidade do acordo se manifesta entre os membros signatários. Por exemplo, no caso *China - AD/CVD Measures on Barley from Australia* (DS598), que será analisado no próximo tópico, as partes estabeleceram o *appeal arbitration agreement* em agosto de 2021, mas reforçaram que o compromisso só é válido diante da ausência de possibilidade de recorrer ao Órgão de Apelação no momento que o Panel Report for divulgado:

> 2. The arbitration may only be initiated if the Appellate Body is not able to hear an appeal in this dispute under Article 16.4 and 17 of the DSU. For the purposes of these agreed procedures, such situation is deemed to arise where, on the date of issuance of the final panel report to the parties, there are fewer than three Appellate Body members. **For greater certainty, if the Appellate Body is able to hear appeals at the date on which the final panel report is issued to the parties, a party may not initiate an arbitration**, and the parties shall be free to consider an appeal under Articles 16.4 and 17 of the DSU.

Consequentemente, é difícildifícil pensar no MPIA como solução efetiva no âmbito da OMC, uma vez que não se vislumbra essa intenção por parte dos países signatários.

Outra questão importante é que, sob o ponto de vista prático, o MPIA prevê que para que a disputa seja efetivamente levada à arbitragem, é necessário que as partes de uma disputa já em curso na OMC declarem sua intenção de seguir com a arbitragem (*appeal arbitration agreement*), notificando os demais membros da OMC nos termos do art. 25.2 DSU. É o que prevê o art. 10 do MPIA:

> Article 10. **In order to render the appeal arbitration procedure operational in particular disputes, the participating Members indicate their intention to enter into the arbitration agreement (the "appeal arbitration agreement")** contained in Annex 1 to this communication and to notify that agreement pursuant to Article 25.2 of the DSU within 60 days after the date of the establishment of the panel. For pending disputes where, on the date of this communication, the panel has already been established but an interim report has not yet been issued, the participating Members will enter into the appeal arbitration agreement and notify that agreement pursuant to Article 25.2 of the DSU within 30 days after the date of this communication.

É possível, ainda, que as partes signatárias do MPIA optem por não seguir com a disputa para arbitragem, conforme o art. 11 do acordo:

> 11. With respect to a specific dispute, **parties to that dispute may, without prejudice to the principles set forth in this communication, mutually agree to depart from the procedures set out in the appeal arbitration agreement**.

Ou seja, o MPIA determina ser necessário de um acordo de vontade posterior para que as partes estejam efetivamente vinculadas a arbitragem, o que gera incertezas em relação ao futuro, conforme será abordado ao longo do capítulo 4. No capítulo 3 a seguir, analisam-se os casos relacionados ao MPIA.

4. RESULTADOS DO MPIA DESDE SUA ENTRADA EM VIGOR

Tendo em vista que o WTO Multi-Party Interim Appeal Arrangement (MPIA) entrou em vigor em abril de 2020, conduziu-se pesquisa na base de dados da OMC visando identificar se já há resultados do MPIA desde sua entrada em vigor e, se sim, quais os resultados alcançados.

Como apontado no capítulo anterior, o sistema de solução de controvérsias da OMC não está paralisado como um todo, de forma que persiste o funcionamento dos Painéis e existem casos em curso.

Nesse contexto, a pesquisa consistiu no mapeamento dos casos em curso nos quais as partes notificaram acordo de arbitragem no âmbito do MPIA. A escolha de metodologia se deu em razão do art. 10 do MPIA, que prevê a obrigatoriedade de notificação aos demais membros da OMC da intenção em recorrer ao MPIA em grau de recurso. Assim, os casos que registraram notificações sobre acordo das partes em submeter sua disputa à arbitragem no âmbito do MPIA foram considerados "potenciais casos", pois representam a efetiva possibilidade de que o acordo seja colocado em prática.

A pesquisa na base de dados da OMC identificou, até setembro de 2021, 6 potenciais casos do MPIA. Esses casos foram especificamente analisados, conforme resumido na Tabela 3 abaixo:

Caso	Resumo	Estágio atual
DS522 Reclamante: Brasil Respondente: Canadá Terceiros Interessados: China; União Europeia; Japão; Federação Russa; Singapura; Estados Unidos	**(2017-2021)** Em 28 de agosto de 2017 o Brasil solicitou Painel no que diz respeito às medidas relativas ao comércio de aeronaves comerciais com o Canadá. O Painel foi instituído em 29 de setembro de 2017 e composto em 6 de fevereiro de 2018. Ao longo do tempo o processo sofreu prorrogações de prazo e ajustes no cronograma. A partir de abril de 2020, os atrasos foram agravados pela situação do COVID-19. Em 29 de maio de 2020, o Brasil e o Canadá notificaram o acordo em seguir com procedimento de arbitragem do MPIA caso o	**Indefinidamente suspenso** Brasil retirou a queixa, porém, reforçou que mantinha a opinião de que as medidas contestadas nesta disputa eram inconsistentes com várias disposições do Acordo do SCM, e reservou-se no direito contestar essas medidas em futuros processos de resolução de disputas da OMC.

	Órgão de Apelação não esteja apto no momento oportuno. No dia 26 de novembro de 2020, o presidente do painel informou o DSB dada a suspensão dos seus trabalhos e a escala e complexidade do litígio, não esperava estar em condições de concluir os seus trabalhos antes do terceiro trimestre de 2021. Em 18 de Fevereiro de 2021, o Brasil notificou o DSB da sua decisão de retirar a sua queixa e, por conseguinte, solicitou ao painel que suspendesse indefinidamente os seus trabalhos nos termos do artigo 12.12 do DSU. O Brasil informou o DSB de que mantinha a opinião de que as medidas contestadas nesta disputa eram inconsistentes com várias disposições do Acordo do SCM, conforme estabelecido no seu pedido de painel, e que esta notificação não prejudicava o direito do Brasil de contestar essas medidas em futuros processos de resolução de disputas da OMC.	
DS537 Reclamante: Austrália Respondente: Canadá Terceiros Interessados: Argentina; Chile; China; União Europeia; Índia; Israel; Coreia, República da; México; Nova Zelândia; Federação Russa; África do Sul; Taipé Chinês; Ucrânia; Estados Unidos; Uruguai	**(2018-2021)** Em 13 de agosto de 2018, a Austrália solicitou um Painel relativo às medidas mantidas pelo Governo do Canadá e províncias sobre a venda de vinho. O Painel foi instituído no em 26 de setembro de 2018, e composto em 25 de fevereiro de 2019. Ao longo do tempo o processo sofreu prorrogações de prazo e ajustes no cronograma. No dia 29 de maio de 2020, as Austrália e Canadá notificaram acordo em seguir com procedimento de arbitragem do MPIA caso o Órgão de Apelação não esteja apto no momento oportuno. Em 12 de maio de 2021, as partes notificaram que alcançaram solução mutuamente acordada em relação à reivindicação da Austrália sobre as medidas sobre a venda de vinho e que, em resultado desse acordo, a Austrália e o Canadá	**Caso encerrado** Partes chegaram a acordo que pôs fim à disputa.

	consideravam que as questões levantadas nesta disputa tinham sido resolvidas. O relatório final do Painel foi circulado no dia 25 de maio de 2021, contendo breve resumo do caso e a informação de que as partes chegaram a um acordo que pôs fim à disputa.	
DS524 Reclamante: México Respondente: Costa Rica Terceiros Interessados: China; União Europeia; El Salvador; Honduras; Índia; Panamá; Federação Russa; Estados Unidos	**(2018-data atual)** Em 22 de novembro de 2018 o México solicitou um Painel em relação a certas medidas impostas pela Costa Rica que alegadamente restringem ou proíbem a importação de abacates frescos para consumo do México. O Painel foi instituído em 18 de dezembro de 2018, e composto em 16 de maio de 2019. Ao longo do tempo o processo sofreu prorrogações de prazo e ajustes no cronograma. No dia 29 de maio de 2020 México e Costa Rica notificaram acordo em seguir com procedimento de arbitragem do MPIA caso o Órgão de Apelação não esteja apto no momento oportuno. Em 18 de Novembro de 2020, o presidente do painel informou o DSB que, tendo em conta a situação relativa à pandemia da COVID-19, incluindo as restrições de viagem em curso e os riscos de saúde associados às viagens para as reuniões, o painel, após consultar as partes, tinha decidido adiar as restantes reuniões e, dadas as complexidades substantivas e processuais desta disputa, esperava agora emitir o seu relatório final às partes no início da segunda metade de 2021. No dia 8 de julho de 2021, esse prazo foi prorrogado para o último trimestre de 2021.	**Aguardando decisão do Painel** Espera-se decisão do Painel até o final de 2021. Destaque para os atrasos decorrentes da pandemia do COVID-19.
DS591 Reclamante: União Europeia Respondente: Colômbia Terceiros Interessados: Brasil; China; Honduras; Índia; Japão; Federação	**(2020-data atual)** Em 17 de fevereiro de 2020 a União Europeia solicitou um Painel relativo aos direitos antidumping impostos pela Colômbia sobre as importações de batatas congeladas, preparadas ou conservadas, exceto em vinagre ou ácido acético, (batatas fritas congeladas), originárias da Bélgica, dos Países Baixos e da Alemanha. O	**Aguardando decisão do Painel** Espera-se decisão do Painel até o final de 2021. Destaque para os atrasos decorrentes da pandemia do COVID-19.

Russa; Turquia; Estados Unidos	Painel foi instituído em 29 de junho de 2020, e composto em 24 de agosto de 2020. Em 13 de julho de 2020, Colômbia e União Europeia notificaram acordo em seguir com procedimento de arbitragem do MPIA caso o Órgão de Apelação não esteja apto no momento oportuno. Esse acordo foi retificado em 20 de abril de 2021. No dia 31 de março de 2021, o presidente do painel informou o DSB que, tendo em conta os procedimentos de trabalho e o calendário preparado em consulta com as partes, e desafios processuais e logísticos apresentados pela pandemia global da COVID-19 o painel não esperava emitir o seu relatório final para as partes antes do último trimestre de 2021.	
DS598 Reclamante: Austrália Respondente: China Terceiros Interessados: Brasil; Canadá; União Europeia; Índia; Japão; México; Nova Zelândia; Noruega; Federação Russa; Singapura; Ucrânia; Reino Unido; Estados Unidos	**(2021-data atual)** Em 15 março de 2021 a Austrália solicitou um Painel relativo a certas medidas que impõem direitos antidumping e direitos compensatórios sobre a cevada importada da China. O painel foi instituído em 28 de maio de 2021 e composto em 3 de setembro de 2021. No dia 27 de julho de 2021, Austrália e China notificaram o DSU sobre o acordo em seguir com procedimento de arbitragem do MPIA caso o Órgão de Apelação não esteja apto no momento oportuno.	**Aguardando decisão do Painel** Painel em etapa incipiente.
DS589 Reclamante: Canadá Respondente: China Terceiros Interessados: Austrália; Brasil; União Europeia; Índia; Japão; Noruega; Federação Russa; Singapura; Taipé Chinês, Estados Unidos e Vietnã.	**(2021-data atual)** Em 17 de junho de 2021, o Canadá solicitou um Painel contra a China em relação aos dois conjuntos de medidas que supostamente afetam a importação de sementes de canola (destinadas ao processamento e consumo, não ao plantio). O Painel foi estabelecido em 26 de julho de 2021. No dia 24 de setembro de 2021, Canadá e China notificaram o DSU sobre o acordo em seguir com o de arbitragem do MPIA caso o Órgão de Apelação não esteja apto no momento oportuno.	**Aguardando decisão do Painel** Painel em etapa incipiente.

Elaboração da Autora
Fonte: WTO Database

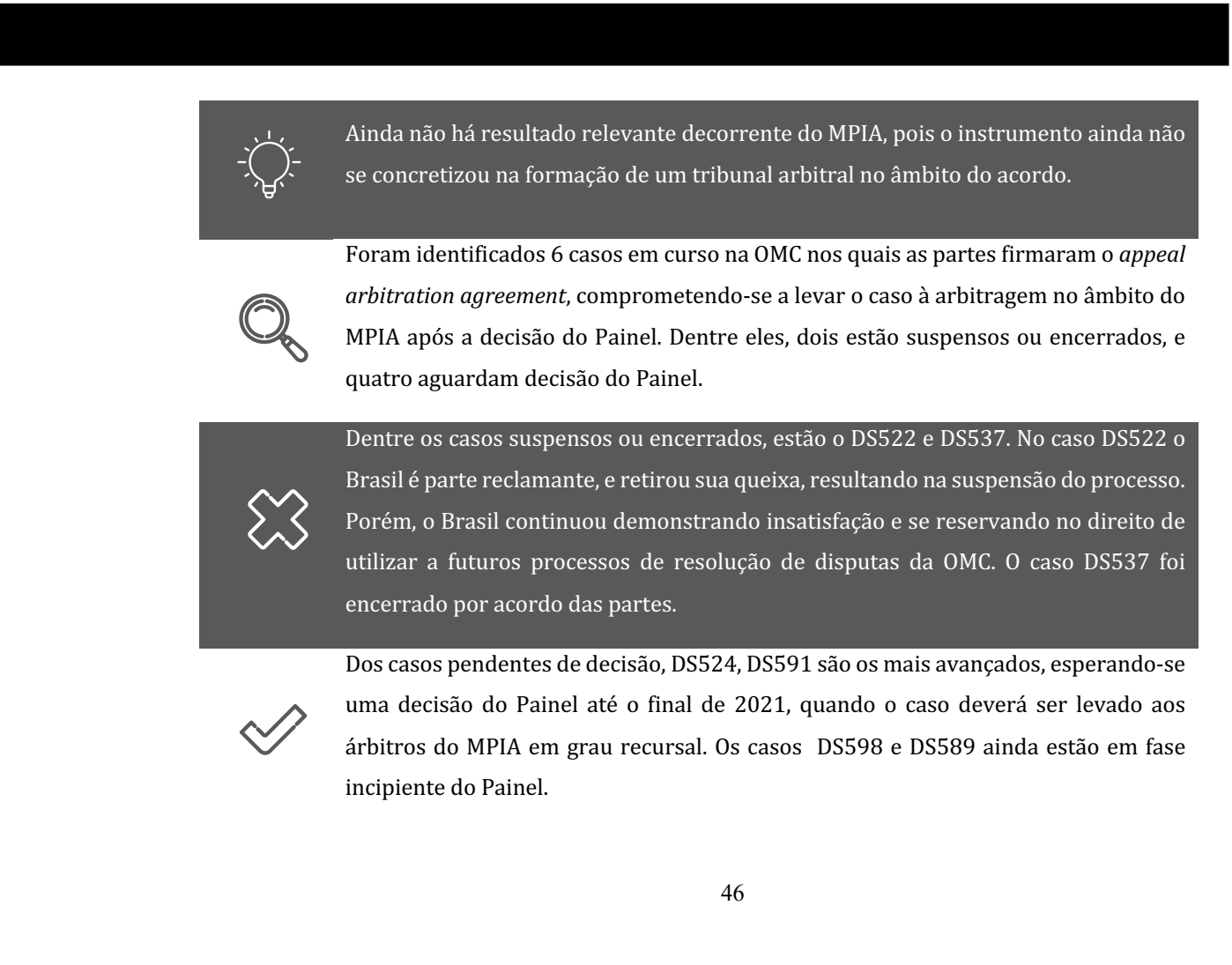
A pesquisa identificou que o instrumento do MPIA não alcançou nenhum resultado efetivo até hoje, apesar da euforia que o instrumento provocou em termos teóricos.

Muito embora em 6 disputas as partes tenham utilizado o instrumento do MPIA para acordar em utilizar a arbitragem em grau de recurso, até o momento em nenhum dos casos o recurso se concretizou.

Verificou-se que alguns países estão se abstendo de recorrer, alcançando acordos ou retirando reclamações. Ao mesmo tempo, os casos pendentes de análise foram impactados pela pandemia do COVID-19, que gerou atraso processual, de forma que a discussão em relação ao papel do MPIA no futuro da OMC ainda está bastante incipiente.

De qualquer forma, já foi possível observar que os casos DS524, DS591 são os mais avançados, esperando-se uma decisão do Painel até o final de 2021, momento no qual o tribunal arbitral no bojo do MPIA deverá ter jurisdição para julgar o caso.

As conclusões alcançadas através da pesquisa estão resumidas no infográfico abaixo:



Verificou-se impactos significativos decorrentes da pandemia do **COVID-**19, causando atrasos processuais, sendo esse fato objeto de fundamentação específica pelos Painéis ao decidir prorrogar os prazos regulares.

Elaboração da autora
Fonte: WTO database

5. PERSPECTIVAS SOBRE O PAPEL DA ARBITRAGEM NA REFORMA DO SISTEMA MULTILATERAL DO COMÉRCIO

Ao mesmo tempo que é muito improvável que os Estados Unidos retirem o veto para a nomeação de novos juízes, é também bastante incerto pensar em soluções para a crise do órgão de solução de controvérsias que não incluam os Estados Unidos, como é o caso do MPIA.

A resistência dos Estados Unidos em aderir ao MPIA é um obstáculo ao sucesso do empreendimento, porque o país é um usuário muito assíduo do instrumento. O Professor Joost Pauwelyn conduziu, em 2019, uma pesquisa acerca da participação dos Estados Unidos no sistema de solução de controvérsias da OMC, apontando que[44]:

> "More important is, probably, the reality that the WTO dispute settlement statistic speak for themselves: the US has been a main party (claimant or defendant) in 47% of all WTO consultation requests filed to date (21% as claimant or co-claimant, 26% as defendant); of 38 panel proceedings currently pending, 21 (55%) involve the US as a main party; of all AB reports issued to date, the US was a main party in 68% of appeals, in a staggering 42% of all appeals the US was the original defendant. **With this in mind it is hard to picture a long-term solution that does not, in some way, involve the US**".

No mesmo sentido está a opinião da Diplomata brasileira Valéria Paranhos, que serviu na missão do Brasil junto à OMC entre 2015 e 2018, e afirmou que "*qualquer solução para a atual crise passa necessariamente pelos EUA*"[45].

Portanto, o MPIA é um marco importante para romper a paralisação, mas não tem o condão de servir como solução efetiva para a crise.

Ademais, o próprio acordo deixa clara sua natureza de *stop gap measure*, sendo difícil pensar nesse instrumento como um futuro efetivo para a OMC.

Por outro lado, o MPIA pode servir de experiência para a utilização da arbitragem de forma mais definitiva na reforma da OMC, sendo relevante analisar as vias já propostas e aprofundar o debate.

Nesse viés, o Professor Xiaoling Li identificou, a partir dos princípios da OMC, três parâmetros dignos de observação quando da utilização da Arbitragem no âmbito da

[44] PAUWELYN, Joost, WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect?, *Journal of International Economic Law*, Vol. 22 (2019), pp. 297–321, p. 18.

[45] PARANHOS Valéria Mendes Costa, O Órgão de Apelação da OMC está na UTI. Que remédio para reanimar o paciente e revitalizar o sistema multilateral de comércio baseado em regras?, Revista de Comércio Internacional Enlaw, 3ª Ed. (2020), p. 28.

Organização: (i) legitimidade, (ii) compatibilidade e (iii) temporalidade[46]. Partindo dessa análise, o subcapítulo 4.1 analisa as perspectivas sob o viés da legitimidade, o subcapítulo 4.2 sob o viés da compatibilidade, e o subcapítulo 4.3 sob a ótica da temporalidade.

5.1. Legitimidade do MPIA no bojo da OMC

No contexto analisado, a legitimidade do MPIA no bojo da OMC se refere ao desafio dos países-membros da Organização se sentirem confortáveis em se submeter aos processos arbitrais e, principalmente, acatar as sentenças arbitrais. Consequentemente, há de se questionar como esse aspecto irá se traduzir na prática a partir de um dos 6 casos identificados, e casos posteriores.

Dessa preocupação, há diversos aspectos relacionados, como o método de seleção dos árbitros, critérios de independência e imparcialidade e efeitos da convenção de arbitragem, critérios de nulidade, dentre outros.

Como mencionado, o MPIA tem o condão de reproduzir o Órgão de Apelação da OMC, de forma que deixa de trazer normativa sobre aspectos específicos da arbitragem, como mecanismo para lidar com impugnações, por exemplo.

Destaca-se, ainda, que o *appeal arbitration agreement* previsto no MPIA é um modelo sugerido pelo acordo, e pode ser modificado pelas partes diante do caso concreto, o que permite flexibilidade e é visto por especialistas brasileiros como uma vantagem no procedimento[47]. Ademais, o art. 11 do *appeal arbitration agreement* autoriza os árbitros a adaptar as regras da OMC quando necessárias, desde que consultadas as partes. Entretanto, não está claro como essas adaptações poderão ocorrer, e quais critérios e parâmetros vão guiáguiá-las.

No que se refere à possibilidade de referência à critérios e normas sugeridas por organizações internacionais especializadas, o Professor Bashar H. Malkawi explica que arbitragens conduzidas no âmbito da OMC são institucionais, afastando-se, portanto, a aplicação da United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) arbitration rules[48], muito utilizada no âmbito da arbitragem comercial.

[46] LI Xiaoling, DSU Article 25 Appeal Arbitration: A Viable Interim Alternative to the WTO Appellate Body?, Global Trade and Customs Journal, vol. 15 (2020), p. 462.

[47] NEGRÃO Francisco Niclós, MELO Déborah de Sousa e Castro, TIRONI Sara, TOMIMATSU Camila Emi, Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement (MPIA): Considerações sobre a solução temporária proposta pela União Europeia, Brasil, China e outros membros da OMC no contexto de ausência de quórum do órgão de apelação, Revista de Comércio Internacional Enlaw, 3ª Ed. (2020), p. 48.

[48] MALKAWI Bashar H., Arbitration and the World Trade Organization, Journal of International Arbitration, vol 24 (2007), p. 183.

Outro ponto relevante em relação ao MPIA é o efeito da convenção de arbitragem. Ao mesmo tempo que o artigo 1º do acordo expressa a vontade das partes em submeter as disputas à arbitragem enquanto durar a lacuna do Órgão de apelação[49], o artigo 10 prevê que a fim de tornar o processo de arbitragem operacional, os países devem indicar sua intenção de celebrar a convenção de arbitragem (*appeal arbitration agreement*) através de notificação conforme o artigo 25.2 do DSU.

Ao que parece, o MPIA não seria suficiente para iniciar (*trigger*) uma arbitragem entre os países signatários do acordo, sendo necessária a assinatura e notificação posterior de uma convenção de arbitragem. Porém, isso gera dúvidas diante de uma situação de um país perdedor de um Painel que recorre da decisão, e eventualmente se recuse a celebrar a convenção de arbitragem.

Ademais, o MPIA é um acordo multilateral que prevê a possibilidade de entrada de novos membros, mediante simples notificação ao Dispute Settlement Body da OMC[50]. Isso gera dúvidas, principalmente, se diante de uma disputa entre um membro originário e um membro não-originário, o acordo de vontade do MPIA seria suficiente.

Não existindo nenhum resultado efetivo até hoje, está em aberto se a condição de país signatário do MPIA seria declaração de vontade suficiente para dar ao tribunal arbitral jurisdição para analisar o caso.

5.2. Compatibilidade do MPIA no bojo da OMC

Já o parâmetro de compatibilidade diz respeito a possibilidade de introduzir a estrutura normativa, principiológica e metodológica do pilar de solução de controvérsias da OMC para o processo arbitral.

Nesse aspecto, um foco de incerteza é a possibilidade de utilização, pelos árbitros do MPIA, do suporte legal e técnico da OMC[51]. A principal questão é o papel do Secretariado da OMC, colocado pelo Professor Francois Dessemontet como uma das características fundamentais que diferem o sistema de solução de controvérsias da OMC da Arbitragem Comercial Internacional[52].

[49] MPIA, Article 1, "The participating Members indicate their intention to resort to arbitration under Article 25 of the DSU as an interim appeal arbitration procedure (hereafter the "appeal arbitration procedure"), as long as the Appellate Body is not able to hear appeals of panel reports in disputes among them due to an insufficient number of Appellate Body members".

[50] Art. 12, Parte I, MPIA.

[51] LESTER Simon, Can Interim Appeal Arbitration Preserve the WTO Dispute System?, 2020.

[52] DESSEMONTET, Francois, Dispute Resolution Proceedings in World Trade Organization and International Commercial Arbitration: A Comparison, Indian Journal of Arbitration Law, Vol. VI (2017), p. 174.

Ainda sobre o assunto, os Professores Joost Pauwelyn e Krzysztof J. Pelc conduziram, em 2019, estudo empírico acerca da atuação demasiadamente ativa do Secretariado nas decisões tanto dos Painéis como do Órgão de Apelação. O estudo buscou ressaltar a influência do Secretariado nas decisões[53], e romper o silêncio sobre extrapolação de competência que tem sido verificada, silêncio este que foi categorizado pelo Professor Soave como "*collective denial*"[54].

Ao analisar os resultados, os Professores mencionam a utilidade da análise da jurisprudência no âmbito da Arbitragem de Investimentos. Por exemplo, em 2015, a Rússia solicitou a anulação da sentença arbitral proferida no Yukos Case[55], alegando que o secretariado teria extrapolado suas funções. A questão foi julgada em definitivo pela Hague Court of Appeal em fevereiro de 2020, e rejeitou as alegações Russas[56].

No caso Compañía de Aguas del Aconquija S.A., Vivendi Universal v Republic of Argentina, sob a condução da ICSD em 2010, foi proferida opinião especificamente sobre o papel do Secretariado, apontando que o papel demasiadamente ativo na formação de decisões estaria fora da competência do órgão, além de ser indesejado, reforçando que "*it is clear that the Secretariat has no original powers in the dispute resolution and decision taking process*"[57].

Ainda no que tange à compatibilidade, a análise de resultados alcançados no âmbito da Arbitragem de Investimentos é, de fato, relevante nesse cenário de insegurança sentida pelos Países-Membros da OMC. Vale lembrar a experiência na formação da ICSD entre 1961 e 1965, quando havia muitas dúvidas e inseguranças sobre o mecanismo, mas a visão que prevaleceu entre os Estados foi que esse sistema seria a melhor opção para eficácia da resolução de disputas, em detrimento da dependência de normas substantivas gerais previstas em acordos multilaterais[58].

[53] O Professor Joost Pauwelyn defende que o Secretariado tem influenciado na matéria substantiva das decisões, criando uma vinculação em forma de precedente a decisões anteriores – o que não está disposto no DSU, e ressalta que isso se relaciona com as principais preocupações levantadas pelos Estados Unidos.

[54] TOMMASO, Soave, The Politics of Invisibility: Why Are International Judicial Bureaucrats Obscured from View?". in Legitimacy Of Unseen Actors In International Adjudication, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp. 323-346.

[55] Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-04/AA227, 2014.

[56] Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, Hague Court of Appeal, Case No. 200.197.079/01, 2020.

[57] Compañía de Aguas del Aconquija S.A., Vivendi Universal v Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/97/3, 2010, Decision on the Argentine Republic's Request for Annulment of the Award, Additional Opinion of Professor JH Dalhuisen under Article 48(4) of the ICSID Convention, §3º.

[58] LAUTERPACHT Elihu, Foreword In SCHREUER Christoph H., MALINTOPPI Loretta, REINISCH August and SINCLAIR Anthony, The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. ix.

Sobre possíveis comparações com a Arbitragem de Investimentos, alerta-se que, enquanto a arbitragem de investimentos é normalmente baseada em tratados bilaterais, a OMC envolve tratados multilaterais, que exerce efeitos em seus membros no formato "pacote completo"[59]. Tal fato deve ser levado em consideração quando da condução de estudos sobre o assunto.

5.3. Temporalidade do MPIA no bojo da OMC

Por fim, a temporalidade se relaciona com a preocupação dos países-membros em criar distrações das negociações sobre a reforma da OMC e a revitalização do Órgão de Apelação, evitando riscos à sua subsistência no longo prazo.

Os precursores do MPIA evidenciaram o caráter temporário do acordo, reforçando o comprometimento com a nomeação de novos juízes para o Órgão de Apelação.

Porém, essa preocupação não é compartilhada pelos Estados Unidos, que propõe mudanças mais profundas no sistema multilateral de comércio, sugerindo, inclusive, a migração para um sistema de resolução de disputas mais próximo à Arbitragem Comercial Internacional.

O Professor Joost Pauwelyn[60], ao tratar da possibilidade dos Estados Unidos levantarem o veto sobre a nomeação dos juízes, afirma "*Don't expect a miracle*"[61]. No mesmo sentido, em setembro de 2021 os Estados Unidos divulgaram declaração no âmbito da OMC mantendo a recusa na nomeação de novos juízes[62], em contraponto à proposta de nomeação anteriormente apresentada por 92 outros membros[63].

Existe a possibilidade, ainda que remota, de os Estados Unidos aderirem ao MPIA. É interessante destacar que, em um caso recente entre a Coreia e Estados Unidos, ambos não-signatários do MPIA, as partes concordaram em não recorrer da decisão do Painel, mas ressalvaram que se optarem por recorrer ao processo arbitral sob o art. 25 do DSU, irão modificar o presente acordo sobre os procedimentos conforme sua decisão[64]. Uma vez que as partes intencionalmente abriram essa possibilidade, esse é um ponto que merece o acompanhamento da pesquisa.

---

[59] LI Xiaoling, DSU Article 25 Appeal Arbitration: A Viable Interim Alternative to the WTO Appellate Body?, Global Trade and Customs Journal, vol. 15 (2020), p. 469.

[60] O Professor Joost Pauwelyn é um dos árbitros que compõem o pool de árbitros do MPIA, conforme o documento JOB/DSB/1/Add.12/Suppl.5.

[61] PAUWELYN, Joost, WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect?, Journal of International Economic Law, Vol. 22 (2019), pp. 297–321, p. 4.

[62] WTO, Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, 2021, Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body

[63] WTO APPELLATE BODY APPOINTMENTS, WT/DSB/W/609/REV.19, 2020.

[64] LESTER Simon, *Can Interim Appeal Arbitration Preserve the WTO Dispute System?*, 2020.

Por fim, outro fator que se relaciona com a temporalidade é o caráter vinculante dos precedentes. Está em aberto qual será o peso atribuído a decisões proferidas por árbitros do MPIA[65].

6. CONCLUSÃO

O sistema multilateral está em crise, sendo observada migração gradativa para o âmbito plurilateral, diante da proliferação de acordos regionais âmbito da própria OMC, e principalmente como mega acordos fora da OMC, que atualmente comandam a definição das regras e dinâmicas do internacional, ao lado da OCDE que atua como principal fórum de discussão sobre os novos temas.

Em paralelo, o órgão de solução de controvérsias da OMC está em crise, com a paralisação do Órgão de Apelação desde 2019, em razão do veto dos Estados Unidos na nomeação de novos juízes. Verificou-se que a insatisfação dos Estados Unidos persiste no contexto atual, não se vislumbrando uma solução tangível para o impasse.

A solução temporária para a preservação do sistema de solução de controvérsias da OMC passa pela Arbitragem, através do artigo 25 do DSU. Essa solução foi objeto de diferentes propostas, e já se materializou no âmbito do Wto Multi-Party Interim Appeal Arrangement (MPIA) assinado em abril de 2020 por 16 países, incluindo o Brasil e excluindo os Estados Unidos.

Nesse contexto, realizou-se uma pesquisa na base de dados da OMC para verificar se já existiam casos em curso no âmbito do MPIA, e quais os resultados alcançados. Utilizou-se como metodologia a identificação de casos em curso no sistema de solução de controvérsias da OMC nos quais as partes notificaram o DSU sobre o acordo em seguir com procedimento de arbitragem do MPIA.

A pesquisa identificou que o instrumento do MPIA não alcançou nenhum resultado efetivo até hoje, apesar da euforia que o instrumento provocou em termos teóricos.

Foram mapeadas 6 controvérsias perante a OMC que envolveram acordo das partes em levar à disputa para arbitragem no âmbito do MPIA, sendo esses identificados como "potenciais casos". Porém, dentro do universo dos potenciais casos, dois foram encerrados por acordo das partes, e quatro ainda aguardam a decisão do Painel (órgão que funciona como primeira instância) para que em seguida sejam levados aos árbitros do MPIA.

[65] LESTER Simon, *Can Interim Appeal Arbitration Preserve the WTO Dispute System?*, 2020.

Verificou-se que muitos países estão se abstendo de recorrer, alcançando acordos ou retirando reclamações. Ao mesmo tempo, os casos pendentes de análise foram impactados pela pandemia do COVID-19, que gerou atraso processual, de forma que a discussão em relação ao papel do MPIA no futuro da OMC ainda está bastante incipiente.

De qualquer forma, já foi possível observar que os casos DS524, DS591 são os mais avançados, esperando-se uma decisão do Painel até o final de 2021, momento no qual o tribunal arbitral no bojo do MPIA deverá ter jurisdição para julgar o caso.

Em relação ao futuro, foram apresentadas algumas perspectivas para a utilização da arbitragem no sistema multilateral de comércio, tomando como referência a legitimidade, compatibilidade e temporalidade do instrumento da MPIA no bojo da Organização Mundial do Comércio.

Espera-se que, a partir do acompanhamento dos casos e decisões, seja possível atualizar este estudo e alcançar conclusões mais concretas.

BIBLIOGRAFIA

ANDERSON Scott, FRIEDBACHER Todd, LAU Christian, LOCKHART Nicolas, REMY Jan Yves, SANDFORD Iain, Using Arbitration Under Article 25 of the DSU To Ensure The Availability Of Appeals, *Geneva The Graduate Institute of International and Development Studies, Centre for Trade and Economic Integration*, 2018, disponível em https://repository.graduateinstitute.ch/record/295745?_ga=2.118906255.745230010.1605232229-1612210894.1605232229.

ANDERSON Scott, FRIEDBACHER Todd, LAU Christian, LOCKHART Nicolas, REMY Jan Yves, SANDFORD Iain, Using Arbitration Under Article 25 of the DSU To Ensure The Availability Of Appeals, *Geneva The Graduate Institute of International and Development Studies*, *Centre for Trade and Economic Integration*, 2018, disponível em https://repository.graduateinstitute.ch/record/295745?_ga=2.118906255.745230010.1605232229-1612210894.1605232229

Compañía de Aguas del Aconquija S.A., Vivendi Universal v Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/97/3, 2010, Decision on the Argentine Republic's Request for Annulment of the Award, Additional Opinion of Professor JH Dalhuisen under Article 48(4) of the ICSID Convention.

DESSEMONTET, Francois, Dispute Resolution Proceedings in World Trade Organization and International Commercial Arbitration: A Comparison, *Indian Journal of Arbitration Law*, Vol. VI (2017), p. 174.

DS524, *Costa Rica — Measures Concerning the Importation of Fresh Avocados from Mexico*, disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds524_e.htm

DS522, *Canada — Measures Concerning Trade in Commercial Aircraft*, disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds522_e.htm

DS537, *Canada — Measures Governing the Sale of Wine*, disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds537_e.htm

DS589, *China — Measures Concerning the Importation of Canola Seed from Canada*, disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds589_e.htm

DS591, *Colombia — Anti-Dumping Duties on Frozen Fries from Belgium, Germany and the Netherlands*, disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds591_e.htm

DS598, *China — Anti-dumping and countervailing duty measures on barley from Australia*, disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds598_e.htm

European Comission News Archive*, Interim appeal arrangement for WTO disputes becomes effective*, 2020, disponível em https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2143.

Jennifer Hillman, Three Approaches to Fixing the WTO's Appellate Body: The Good, the Bad and the Ugly? (2018); James Bacchus, Saving the WTO's Appeals Process (2018); Matthew Weiniger, Akshay Sewlikar, in Kluwer Arbitration Blog (2018).

LAUTERPACHT Elihu, Foreword In SCHREUER Christoph H., MALINTOPPI Loretta, REINISCH August and SINCLAIR Anthony, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.

LESTER Simon, *Can Interim Appeal Arbitration Preserve the WTO Dispute System?*, 2020, disponível em https://www.cato.org/free-trade-bulletin/can-interim-appeal-arbitration-preserve-wto-dispute-system

LI Xiaoling, DSU Article 25 Appeal Arbitration: A Viable Interim Alternative to the WTO Appellate Body?, *Global Trade and Customs Journal*, vol. 15 (2020), p. 463.

LIGHTHIZER Robert E., How to Set World Trade Straight, Wall Street Journal, 2020

MALKAWI Bashar H., Arbitration and the World Trade Organization, *Journal of International Arbitration*, vol 24 (2007), p. 187.

MALKAWI Bashar H., Arbitration and the World Trade Organization, *Journal of International Arbitration*, vol 24 (2007).

NEGRÃO Francisco Niclós, MELO Déborah de Sousa e Castro, TIRONI Sara, TOMIMATSU Camila Emi, Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement (MPIA): Considerações sobre a solução temporária proposta pela União Europeia, Brasil, China e outros membros da OMC no contexto de ausência de quórum do órgão de apelação, *Revista de Comércio Internacional Enlaw*, 3ª Ed. (2020).

PARANHOS, Valéria Mendes Costa, O Órgão de Apelação da OMC está na UTI. Que remédio para reanimar o paciente e revitalizar o sistema multilateral de comércio baseado em regras?, Revista de Comércio Internacional Enlaw, 3ª Ed. (2020).

PAUWELYN, Joost, WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect?, *Journal of International Economic Law*, Vol. 22 (2019), pp. 297–321, disponível em https://doi.org/10.1093/jiel/jgz024.

THORSTENSEN Vera, FERRAZ Lucas, *O Isolamento do Brasil em Relação aos Acordos e Mega-Acordos Comerciais*, 2014, disponível em http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3762/1/BEPI_n16_isolamento.pdf

THORSTENSEN, Vera. *OMC Organização Mundial do Comércio: as Regras do Comércio Internacional e a Nova Rodada de Negociações Multilaterais,* 2. ed., 2001

TOMMASO, Soave, The Politics of Invisibility: Why Are International Judicial Bureaucrats Obscured from View?". in *Legitimacy Of Unseen Actors In International Adjudication*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp. 323-346.

U.S. Statements in WTO Dispute Settlement Body, December 18, 2018, disponível em https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Dec18.DSB_.Stmt_.as-deliv.fin_.public.pdf.

United States of America v. European Communities, Case No. 160, Case No. WT/DS160/ARB25/1, 2001.

USTR Report on the Appellate Body of the WTO, 2020, https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf

WTO Appellate Body Appointments, WT/DSB/W/609/REV.19, 2020, disponível em https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DSB/W609R19.pdf&Open=True

WTO Multi-Party Interim Appeal Arrangement (MPIA), WTO JOB/DSB/1/Add.12, 2020, disponível em https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=263504

WTO, European Union proposal on Interim Appeal Arbitration pursuant to article 25 DSU, JOB/DSB/1/Add.11/Add.11, 2019, disponível em https://worldtradelaw.typepad.com/files/eu-ab-proposal.pdf.

WTO, MPIA Arbitrators Appointment, JOB/DSB/1/Add.12/Suppl.5, 2020, disponível em https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-

WTO, Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, 2021, Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body

Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-04/AA227, 2014.

Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, Hague Court of Appeal, Case No. 200.197.079/01, 2020

2. DO DECLÍNIO DO MULTILATERISMO À FRAGMENTAÇÃO DO SISTEMA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL: ACENOS SOBRE COMO A OMC PODE SE MANTER RELEVANTE

2. FROM THE DECLINE OF MULTILATERALISM TO THE FRAGMENTATION OF THE INTERNATIONAL TRADING SYSTEM: NODS TO HOW THE WTO CAN REMAIN RELEVANT

Isabelle Ruiz Guero

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. ASSOCIAÇÃO DE CONSENSO COM UNANIMIDADE. 2. TENSÕES POLÍTICAS E O DECLÍNIO DO MULTILATERALIMSMO COMERCIAL. 3. A FRAGMENTAÇÃO DE NEGOCIAÇÕES EM ALTERNATIVA AO MULTILATERALISMO: ADOÇÃO CRESCENTE DE ACORDOS BILATERAIS, REGIONAIS E PLURILATERAIS. 4. CONSEQUÊNCIAS DA FRAGMENTAÇÃO DE ACORDOS - REGIONALISMO COMO PERCURSOR DE PROTECIONISMO. 5. ACORDOS PLURILATERAIS: A MELHOR SOLUÇÃO. CONCLUSÃO.

RESUMO: Após 26 anos desde a conclusão da Rodada Uruguai, que culminou na fundação da Organização Mundial do Comércio (OMC), uma das críticas recorrentes é que a necessidade de consenso como pilar negociador dificulta ou, até mesmo, obstrua o avanço de negociações em pautas relevantes e atuais, afastando a Organização de seus propósitos: servir de fórum para negociações que visem reduzir barreiras ao comércio e eliminar o tratamento discriminatório no comércio internacional. Assim, uma das propostas que integram a agenda de reforma da OMC é revitalizar o pilar negociador, através do uso de acordos plurilaterais, regionais ou bilaterais. O presente artigo pretende explorar se utilizar essas outras formas de negociação colocam em risco a continuidade do multilateralismo ou se, em certa forma, o fortalecem e complementam.

PALAVRAS-CHAVE: Multilateralismo Comercial; Organização Mundial do Comércio (OMC); Reforma da OMC.

ABSTRACT: Twenty-six years after the conclusion of the Uruguay Round, which culminated in the foundation of the World Trade Organization (WTO), one of the recurring criticisms is that the need for consensus as a negotiating pillar hinders or even obstructs the progress of negotiations on relevant and current agendas, distancing the Organization from its purpose: to serve as forum for negotiations aiming the reduction of trade barriers and the elimination of discriminatory treatment in the international trade. Thus, one of the proposals for the WTO reform agenda is to revitalize the negotiating pillar through the use of plurilateral, regional or bilateral agreements. This article intends to explore whether using these other forms of negotiation jeopardize the continuity of multilateralism or whether, in a certain way, they can strengthen and complement it.

KEYWORDS: Trade Multilateralism; World Trade Organization (WTO); WTO Reform.

INTRODUÇÃO

No contexto pós II Guerra Mundial, oito rodadas de negociações multilaterais de comércio culminaram na criação do *General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)*, que operou por meio do consenso. Esse sistema de tomada de decisão trouxe benefícios para as partes envolvidas, já que países desenvolvidos que impulsionaram a agenda comercial e as negociações, não insistiram na plena participação de muitos outros países. Países em desenvolvimento também não bloquearam o avanço das negociações, uma vez que já estavam tirando grandes proveitos comerciais com o uso do princípio da nação mais favorecida (*MFN*)[66] em meio a um sistema comercial multilateral e coordenado[67]. Com a fundação da OMC, o consenso continuou a reger os processos decisórios, alcançado quando nenhum membro se oponha formalmente a uma decisão[68]. Assim, caso um único membro se manifeste contrário a consecução de determinado tema, não é possível avançar nas negociações (veto automático), contribuindo, de certa forma, para a legitimidade dos resultados obtidos.

Esse foi um dos principais fatores que contribuíram para o sucesso do sistema multilateral, ao considerar o interesse de todas as partes envolvidas. Porém, com o passar dos anos, a acessão de um grande número de países à OMC[69] aliada ao princípio do compromisso único (*single undertaking*)[70], defendido como a garantia do equilíbrio das negociações, fizeram com o que antes era uma das razões para o sucesso do sistema multilateral, passasse a ser uma das razões para sua crise. Essa rigidez tem paralisado o pilar negociador da OMC, que tem falhado em entregar resultados eficientes em resposta às demandas do século XXI.

A frustração com a impossibilidade de atingir resultados concretos, levou os membros a explorarem a flexibilidade e alternativas que o sistema de comércio possibilita, como a utilização de acordos bilaterais, regionais e plurilaterais.

O presente artigo pretende explorar a noção de consenso associada à unanimidade no Capítulo 1. No Capítulo 2, busca-se entender as causas que pautam o debate sobre o declínio

[66] Princípio que garante a não discriminação entre parceiros comerciais.

[67] Vide *Decision-Making in the WTO.*

[68] Vide artigo IX, 1 e nota de rodapé do Acordo de Marraqueche.

[69] O GATT contava com 23 partes signatárias quando entrou em vigor em janeiro de 1948. Atualmente, a OMC conta com 164 membros, o que implica em diversos interesses, muitas vezes contraditórios.

[70] Todos os itens discutidos em negociações devem ser incluídos no final de cada rodada; assim, enquanto houver algum ponto que ainda não esteja acordado, nada estará acordado de forma definitiva (*nothing is agreed until everything is agreed*). O *single undertaking* foi o resultado de uma demanda de países desenvolvidos, na Rodada Uruguai, para que garantissem a inclusão de todas as partes e impedisse que se colocasse em vigor apenas itens sobre os quais havia consenso. Vide Entre o multilateralismo, o regionalismo e o bilateralismo: notas para pensar a estratégia brasileira nas negociações de acordos preferenciais de comércio e de investimentos.

do multilateralismo. Em seguida, o Capítulo 3 explora a fragmentação das negociações comerciais, pela adoção crescente de acordos plurilaterais, regionais e bilaterais. A hipótese do regionalismo como eventual percursor de um protecionismo crescente é apresentada no Capítulo 4. No Capítulo 5, serão abordadas as razões pelas quais os acordos plurilaterais figuram como uma das melhores soluções para a crise do multilateralismo. Seguido, ao final, das conclusões sobre o tema.

1. ASSOCIAÇÃO DE CONSENSO COM UNANIMIDADE NA OMC

Em organizações internacionais, os sistemas de tomada de decisões não judiciais baseiam-se em votações, pelo consenso ou na combinação desses métodos[71].

Na OMC, a ideia de consenso como sinônimo de unanimidade é uma praxe adotada para o processo decisório e é alcançado desde não haja objeções formais a uma decisão (sistema direto de votação).

No geral, a presunção de consenso não pode precisa necessariamente ser entendida como a hipótese em que não há nenhuma oposição formal. Há a possibilidade de significar um processo decisório, realizado de maneira inclusiva, considerando os diferentes interesses, e buscando promover a conciliação destes. Assim, haveria a possibilidade de avanço na negociação de determinados temas, ainda que um pequeno número de partes se oponha, podendo se tornar vinculativo apenas se determinada parte expressasse isso posteriormente[72].

Por exemplo, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, ratificada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 7.030/2009, determina que a adoção do texto de um tratado, em regra, efetua-se pelo consentimento de todos os Estados que participam da sua elaboração. Porém, há a possibilidade de adoção de um tratado, durante a realização de conferência internacional, por meio da aprovação da maioria de dois terços dos Estados presentes e votantes[73].

Assim, alguns autores, como Jaime Tijmes-Lhl, defendem que o consenso aliado à noção de unanimidade deveria ser, em parte ou totalmente, substituído por uma cuidadosa expansão do uso da votação majoritária[74], já prevista no Acordo de Marraqueche e utilizada quando uma decisão não pode ser atingida pelo consenso[75]. Assim, se amplificaria a eficiência do sistema de tomada de decisões. Porém, fazer uso desse sistema implicaria também na

[71] Vide *Consensus and majority voting in the WTO*, p. 418.
[72] Vide *The WTO in Crisis: Five Fundamentals Reconsidered*.
[73] Vide artigos IX, 1 e X do Acordo de Marraqueche.
[74] Vide *Consensus and majority voting in the WTO*, p. 418.
[75] Vide artigo IX, 1 e nota de rodapé do Acordo de Marraqueche.

necessidade de estruturar um órgão ou mecanismos, como o sistema de freios e contrapesos, para avaliar e garantir a revisão de questões relacionadas a legitimidade que algumas partes poderiam suscitar[76], assim como são implementados em sistemas políticos de democracia indireta, que utilizam sistema de votação majoritário. Importante delinear que nessa hipótese nem todos os membros precisariam participar das negociações e redação da minuta de determinado projeto (etapa anterior), desde que fosse garantido que todos os membros do processo participassem de votação para adoção ou não desse determinado tema, expressando seu consentimento ou descontentamento[77], como ocorre com os resultados das negociações que acontecem no green room da OMC[78].

No entanto, antes de debruçarmos sobre as possíveis alternativas para o impasse do consenso, é preciso ter em mente que a necessidade de consenso figura como um dos pilares que justificam o declínio do multilateralismo. Foram dispendidos cerca de nove anos para que o Acordo de Facilitação de Comércio tivesse suas negociações concluídas e entrasse em vigor quatro anos após essa conclusão[79]. Após o firmamento desse acordo multilateral abrangente, o pilar negociador da OMC ficou praticamente estagnado, devido à dificuldade de estabelecer consenso, em novas negociações comerciais, entre os 164 membros.

Porém, a necessidade de consenso como parte do processo decisório da OMC não é razão exclusiva para a crise que o sistema multilateral enfrenta. É preciso visualizar o panorama geral, de um mundo marcado por tensões políticas e comerciais que também contribuíram para as circunstancias atuais.

2. TENSÕES POLÍTICAS E O DECLÍNIO DO MULTILATERALIMSMO COMERCIAL

Entre as outras razões que conduziram ao descontentamento e declínio do multilateralismo está o fato de que países como os Estados Unidos se depararam com um sistema que não era mais capaz de atender plenamente aos seus interesses, grande parte por conta do descontentamento com o mecanismo de solução de controvérsias, respondendo com bloqueio à nomeação de membros para compor o órgão de apelação, culminando em sua paralização desde o fim de 2019. Outro motivo para o descontentamento foi que a acessão da

[76] Vide *Consensus and majority voting in the WTO*, p. 423 e 424.
[77] Vide *Consensus and majority voting in the WTO*, p. 421.
[78] Nome informal da sala de conferência do(a) diretor(a) geral, usado para reuniões de 20 a 40 delegações, representando, normalmente, os atores mais relevantes no comércio internacional. Vide Glossário da OMC, disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/glossary_e/green_room_e.htm.
[79] Vide *Trade facilitation — Cutting "red tape" at the border*.

China não correspondeu às expectativas dos membros, de que ocorreria uma transição gradual aos padrões de economia de mercado. Ao invés disso, a China se consolidou no mercado internacional como um dos maiores *players*, fazendo uso de um controle estatal significativo em determinados setores de sua economia, causando tensões comerciais. Além disso, países em desenvolvimento ganharam mais protagonismo ao longo dos anos e começaram a manifestar suas frustrações em relação a falta de resultados, em termos de desenvolvimento socioeconômico, que esperavam atingir com a adesão ao sistema multilateral, traduzindo essas expectativas falhas em recusa para negociar novos temas[80].

Além disso, a pandemia de COVID-19 impulsionou uma tendência de nacionalismo econômico que tem diminuído o apetite por acordos multilaterais[81].

Com isso, em uma época marcada por crises institucionais na OMC, tensões geopolíticas e um crescente nacionalismo comercial, a frustração com a impossibilidade de atingir resultados concretos, levou os países membros a explorarem a flexibilidade e alternativas que o sistema de comércio possibilita, como a utilização de acordos de alcance geográfico delimitados, quais sejam os acordos bilaterais, regionais e plurilaterais.

3. A FRAGMENTAÇÃO DE NEGOCIAÇÕES EM ALTERNATIVA AO MULTILATERALISMO: ADOÇÃO CRESCENTE DE ACORDOS BILATERAIS, REGIONAIS E PLURILATERAIS.

Os acordos bilaterais, regionais e plurilaterais têm se multiplicado no sistema internacional de comércio. Abaixo é possível identificar de forma resumida as principais diferenças entre os acordos multilaterais, plurilaterais, bilaterais e regionais.

	Multilaterais	**Plurilaterais**	**Bilaterais**	**Regionais**
Partes envolvidas	Membros da OMC	Membros da OMC que desejem negociar determinado tema.	Duas partes	Duas ou mais partes
Sede de negociações e estabelecimento	Dentro da OMC	Dentro da OMC	Fora da OMC	Fora da OMC

[80] Vide Multilateralismo Comercial em Três Etapas.
[81] Vide *Focused trade agreements can sustain the WTO in time of economic nationalism*.

Enquanto os acordos bilaterais de comércio são aqueles firmados entre duas partes[82], os acordos regionais de comércio (*RTAs*) são entendidos como qualquer acordo recíproco entre dois ou mais parceiros, que frequentemente pertencem à mesma região. Estes acordos regionais ou bilaterais estão cada vez mais relevantes na política comercial de países ou blocos econômicos, como os Estados Unidos e União Europeia, que têm sido os principais vetores de impulsão para a proliferação destes acordos fora da OMC, apesar de historicamente ambos terem desempenhado um papel central no desenvolvimento da liberalização do multilateralismo comercial[83].

Porém, importante destacar, que esses dois tipos de acordos são incompatíveis com o princípio *MFN*[84]uma vez que as partes envolvidas concedem benefícios preferenciais em relação a outros parceiros comerciais, que não estejam envolvidos, como condições especiais de acesso a mercados[85].

Especialmente em relação ao regionalismo, além dos motivos listados no Capítulo anterior, há outros fatores que o impulsionam, como o alinhamento de interesses político-econômicos aliados à desafios comuns decorrentes de uma área geográfica compartilhada; o acesso privilegiado a mercados dentro de um bloco regional; a captação de investimentos estrangeiros, impulsionada por reduções tarifárias; entre outros interesses que o regime multilateral de comércio não parece ser capaz de atender de forma satisfatória. Assim, países interessados em obter resultados com maior agilidade e liberalizar de forma mais ambiciosa são estimulados a se engajarem em *RTAs*[86].

Há uma corrente de pensamento, defendida por Richard Baldwin em sua obra *Multilateralising Regionalism: Spaghetti Bowls as Building Blocs on the Path to Global Free Trade*, que ainda que de forma caótica e à margem do controle da OMC, as negociações regionais estariam contribuindo de certa forma para a evolução multilateral do comércio. Segundo o autor, aproveitar a liberalização promovida regionalmente para promover abertura comercial multilateralmente seria maximizar os benefícios obtidos. Porém, como se verá no próximo capítulo, ao passo que o regionalismo complementa o multilateralismo, este também pode o enfraquecer diante da possibilidade de inconsistência regulatória entre normas regionais

[82] Vide *Bilateral and Regional Trade Agreements.*
[83] Vide *Reforming the World Trade Organization*.
[84] Princípio que garante a não discriminação entre parceiros comerciais.
[85] Vide *Regional trade agreements and the WTO.*
[86] Vide Sistema multilateral de comércio e processos de integração regional: complementaridade e antagonismo, p. 250 e 251.

e multilaterais, impactando na credibilidade do multilateralismo e desestimulando o cumprimento de suas regras[87].

Por fim, os acordos plurilaterais foram previstos como parte do Acordo de Marraqueche em seu Anexo 4. Na época em que o Acordo foi assinado, quatro acordos plurilaterais foram autorizados e dois ainda estão em existência (sendo o Acordo de Compras Governamentais e o de Aviação Civil). Porém, o art. III.1 do Acordo de Marraqueche estabelece que a OMC deve fornecer a estrutura necessária para a implementação, administração e operacionalização de acordos plurilaterais.

Assim, membros com interesses comuns podem se reunir para discutir e negociar, sem criar direitos ou obrigações para membros que não aceitem fazer parte[88]. A grande vantagem é que os membros que optarem por não integrarem inicialmente a negociação desses acordos possuem a liberdade para aderirem futuramente e estes acordos podem ser eventualmente incorporados no arcabouço regulatório da OMC.

Embora muito usado recentemente, os acordos plurilaterais não são uma tendência nova. A Rodada de Tóquio foi baseada em uma série de "acordos plurilaterais". Mais especificamente, uma série de códigos foram negociados, sobre subsídios, antidumping, medidas compensatórias e barreiras técnicas ao comércio, por exemplo, que eram vinculantes apenas às partes contratantes. Posteriormente, muitos desses códigos emergiram da Rodada Uruguai como acordos multilaterais completos[89].

Atualmente, há um grande número de membros participando de negociações plurilaterais sob a forma de *joint statements initiatives*[90], como são os casos das negociações sobre *e-commerce*[91], comércio e sustentabilidade[92], facilitação de investimentos[93],

[87] Vide Sistema multilateral de comércio e processos de integração regional: complementaridade e antagonismo, p. 59.

[88] Vide artigo II, 3 do Acordo de Marraqueche.

[89] Vide *Compeling with regionalismo by revitalizing the WTO*.

[90] A previsão era de que este o primeiro *joint statement* seria concluído na ocasião da *MC* 12. Porém a *MC 12* foi adiada. Vide *WTO Public Forum - Working Session "Until everything's agreed" - Plurilaterals and WTO reform e Focused trade agreements can sustain the WTO in time of economic nationalism*.

[91] Em janeiro de 2021, havia 86 membros da OMC participando das discussões de e-commerce, representando mais de 90% do comércio global, segundo dados fornecidos pela OMC em https://www.wto.org/english/tratop_e/ecom_e/joint_statement_e.htm

[92] Atualmente há 70 membros da OMC envolvidos nas negociações desse tema, conforme mencionado em https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/jsdomreg_e.htm

[93] Em dezembro de 2021, foi constatada a participação de 112 membros da OMC, conforme informado em https://www.wto.org/english/tratop_e/tessd_e/tessd_e.htm

regulamentação doméstica em serviços[94], micro, pequenas e médias empresas[95] e poluição de plásticos e comércio de plásticos sustentável[96].

4. CONSEQUÊNCIAS DA FRAGMENTAÇÃO DE ACORDOS – REGIONALISMO/BILATERALISMO COMO PERCURSOR DE PROTECIONISMO?

Estima-se que atualmente se tenha em vigor 350 *RTAs*[97] e que estes cubram temas mais ambiciosos em comparação às regras multilaterais, definindo obrigações mais profundas para a liberalização comercial[98], contendo regras inovadoras em matérias já reguladas pelo sistema multilateral de comércio (OMC *plus*) e indo além para regular temas ainda não regulados pela OMC (OMC *extra*)[99]. Porém, embora tenham o pretexto de fomentarem o livre comércio, através da cooperação e integração econômica internacional, os *RTAs* podem promover o protecionismo, ainda que de forma sutil e não tão óbvia[100].

Isto porque os *RTAs* têm o potencial de gerar barreiras comerciais e reforçar interesses especiais de determinadas partes[101], uma vez que frequentemente, há desequilíbrio de poder na composição do bloco, facilitando com que uma parte mais forte imponha regras à parte mais fraca, encurtando o processo decisório[102].

Além disso, muitas vezes os *RTAs* implicam em algum grau de desvio de comércio[103], ao passo que o fluxo comercial aumenta entre as partes envolvidas e diminui substancialmente com terceiros, além de praticarem o reconhecimento mútuo de padrões e regulações técnicas e

[94] Em dezembro de 2021, os 67 membros da OMC que estão envolvidos anunciaram a conclusão com sucesso das negociações desse tema, conforme mencionado em https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/jsdomreg_e.htm

[95] Em dezembro de 2020, foi constatado 91 membros da OMC participando das discussões desse tema, sob a forma de um grupo de trabalho informal, representando todas as regiões do mundo e níveis de desenvolvimento, representando cerca de 80% das exportações globais, conforme informado em https://www.wto.org/english/tratop_e/msmes_e/msmes_e.htm

[96] Em novembro de 2021, 67 membros da OMC participavam de diálogo informal sobre o tema, conforme mencionado em https://www.wto.org/english/tratop_e/ppesp_e/ppesp_e.htm

97 Vide Regional Trade Agreements Database.

[98] Vide Sistema multilateral de comércio e processos de integração regional: complementaridade e antagonismo, p. 247.

[99] Vide Impactos da Crise Econômica e Financeira na Regulação do Comércio Internacional, p. 38.

[100] O economista Dani Rodrik defende o conceito de "protecionismo sorrateiro", ao considerar que os *RTAs* focam cada vez menos em tarifas e quotas e mais em regras e regulamentos internos. Isso pode se traduzir em um tipo de protecionismo sutil e menos óbvio, porque equivalem a uma forma de tratamento preferencial de certas indústrias

[101] Vide *Do free trade agreements promote sneaky protectionism? A classical liberal perspective.*

[102] Vide Sistema multilateral de comércio e processos de integração regional: complementaridade e antagonismo, p. 252.

[103] Vide Sistema multilateral de comércio e processos de integração regional: complementaridade e antagonismo, p. 256.

fitossanitárias, por exemplo, que podem afetar as negociações estabelecidas em âmbito multilateral, fazendo com que países não envolvidos possam vir a precisar alterar modelos vigentes já discutidos multilateralmente[104].

Por fim, é possível citar que outra grande consequência da proliferação de acordos bilaterais e regionais é que muitas vezes estes estabelecem mecanismos próprios de solução de controvérsias, que podem produzir decisões contraditórias comparadas com o sistema de solução de controvérsias da OMC. Assim, questiona-se o impacto dessas decisões para a regulação do comércio internacional[105].

5. ACORDOS PLURILATERAIS: A MELHOR SOLUÇÃO

As negociações plurilaterais se dão sob a âmbito da OMC e, basicamente, há dois tipos de acordos plurilaterais: os abertos ou MFN; e os exclusivos ou não MFN.

O primeiro tipo observa o princípio MFN para todos os membros da OMC. Assim, ainda que a negociação e as consequentes obrigações estabelecidas se restrinjam a poucos membros interessados, os benefícios são estendidos a todos membros da OMC, de forma não discriminatória. Dado seu caráter extensivo, esses acordos devem ser assinados por uma "massa crítica" de membros que detenha entre 85 a 90% do comércio mundial do setor ou produto coberto pelo acordo. Esse tipo é indicado para temas que poderão ser multilateralizadas, mas que tenham se iniciado plurilateralmente. Um exemplo desse tipo é o Acordo de Tecnologia da Informação (*ITA*).

Já os exclusivos ou não MFN, restringem tanto os direitos como os deveres aos signatários. Há um aspecto positivo e um negativo desse tipo de acordo. O positivo é que este serve como um bom incentivo para outros membros da OMC aderirem; enquanto o negativo é que esses tipos de acordos plurilaterais criam risco de fragmentação da política, uma vez que acordos diferentes entre signatários e não signatários podem levar a divergências nas regras comerciais aplicáveis[106]. Esse tipo de acordo demanda a concordância de três quartos dos membros da OMC com a "discriminação" entre membros e não membros do respectivo acordo plurilateral. Foi essa "aceitação" que ocorreu durante a Rodada de Tóquio e do Uruguai, quando os membros do GATT permitiram com que o Acordo de Compras Governamentais permitiria a abertura do mercado de compras governamentais apenas entre os membros signatários[107].

[104] Vide Impactos da Crise Econômica e Financeira na Regulação do Comércio Internacional, p. 38.
[105] Vide Impactos da Crise Econômica e Financeira na Regulação do Comércio Internacional, p. 41.
[106] Vide *Reforming the World Trade Organization.*
[107] Vide *Will the World Trade Organization Enjoy a Bright Future?*, p.7.

Os acordos regionais e bilaterais não podem ser submetidos ao sistema de solução de controvérsias da OMC[108], como podem ser submetidos os acordos plurilaterais. A eventual submissão ao sistema de solução de controvérsias garante que os impasses entre os signatários sejam resolvidos observando a jurisprudência que o órgão produz sobre o tema e produzindo resoluções uniformes.

Além disso, um dos pilares da OMC é o monitoramento, assessorando os membros com a divulgação sobre práticas contempladas na Instituição, na medida em que os membros mantenham seus compromissos com transparência, notificando as medidas adotadas. Assim, realizar acordos plurilaterais, dentro da OMC, confere segurança jurídica e previsibilidade nas relações de comércio internacionais e confere a flexibilidade necessária para que a Instituição continue desempenhando seu papel vital de fórum de negociação e permaneça no cerne das discussões de comércio internacional.

Os acordos plurilaterais também podem vir como uma resposta às tensões geopolíticas atuais, uma vez que cogitar o firmamento de acordos bilaterais ou regionais de comércio entre a EUA e China, por exemplo, parece uma possibilidade remota. Mas firmar acordos plurilaterais da OMC, dedicados a assuntos específicos, com outros membros igualmente interessados, parece uma alternativa viável e, ainda, pode fortalecer relações com países com os quais não se tem acordos bilaterais ou regionais firmados[109].

Embora claros os benefícios das negociações plurilaterais, precisamos também ver o outro lado da moeda. Grandes figuras como a Índia e África do Sul se posicionaram contra a adoção de acordos plurilaterais em fevereiro de 2021, por meio da emissão de um comunicado nesse sentindo, alegando que caso os resultados das negociações dos quatro *joint statement iniciatives* em andamento (indicados no terceiro capítulo) só poderiam ser incorporados ao arcabouço normativo da OMC caso seguissem os trâmites previstos no artigo X.9 do Acordo de Marraqueche, ou seja, caso fosse realizada Conferência Ministerial, a pedido dos membros que são partes que um acordo comercial, e fosse decidido exclusivamente por consenso que esses acordos plurilaterais seriam acrescentados ao Anexo 4 do Acordo de Marraqueche. Alternativamente, para permitir acordos plurilaterais fora do Anexo 4, estes países defendem que seria necessária uma emenda ao Acordo de Marraqueche, realizada mediante o voto majoritário de dois terços dos membros, conforme o art. X.1 do Acordo de Marraqueche – processo que nunca foi utilizado[110].

[108] Vide *Plurilateral and Regional Approaches to Trade: An Alternative to Global Trade.*
[109] Vide *Focused trade agreements can sustain the WTO in time of economic nationalism*.
[110] Vide WT/GC/W/819.

Porém, o autor Gary Clyde Hufbauer pontua três contra-argumentos: só seria necessário consenso, nos termos do art. X.9 do Acordo de Marraqueche, para que esses acordos fossem adicionados ao Anexo 4 e os países que estão negociando os *joint statement iniciatives* não estão propondo essa adesão; além disso, o caráter multilateral da OMC não implica em direitos e obrigações uniformes entre seus membros, visto que há tratamentos especiais e diferenciados; e, por fim, seria preciso com que três quatros dos membros da OMC concordassem com a posição interpretação restrita do art. X.9 do Acordo de Marraqueche, defendida pela Índia e África do Sul, para que essa interpretação fosse adotada, nos termos do art. IX.2 do Acordo de Marraqueche[111].

A fim de fomentar a discussão sobre os prós e contras da adoção de acordos plurilaterais, importante vislumbrar as reflexões abaixo.

Algumas correntes de pensamento defendem que os acordos plurilaterais podem não necessariamente fomentar novos fluxos de comércio, mas apenas desviar esses fluxos em direção aos membros desses acordos plurilaterais. Além disso, autores como Scott Miller defendem que acordos plurilaterais desencorajam com que países façam concessões multilaterais, uma vez que os países membros possuem mais vantagens negociando de forma restrita, do que em uma negociação multilateral, em que todos se beneficiariam de determinada concessão. Por fim, não podemos esquecer que a multiplicação dos acordos plurilaterais, assim como os bilaterais e regionais, pode gerar um certo nível de confusão no sistema internacional de negociações comerciais, devido a regras conflitantes, contribuindo para insegurança jurídica e criando problemas de conformidade para as empresas[112].

Porém, do outro lado da mesa, os defensores da adoção de acordos plurilaterais demonstram que embora os acordos plurilaterais possam gerar desvio parcial do comércio, eles também criar comércio líquido e os governos poderiam se beneficiar disso. Negociar acordos plurilaterais com membros que possuem mentalidades semelhantes sobre determinados temas pode significar a produção de acordos que sirvam de referência para outros acordos, que podem alcançar mais resultados do que acordos multilaterais poderiam obter. Por último, a proliferação de acordos plurilaterais auxilia a OMC a voltar ao seu propósito fundamental de promover a liberalização do comércio e se manter relevante[113].

6. CONCLUSÃO

[111] Vide *Focused trade agreements can sustain the WTO in time of economic nationalism*.
[112] Vide *Plurilateral or Multilateral?*
[113] Vide *Plurilateral or Multilateral?*

A crise no sistema multilateral de comércio, marcada pela paralização do pilar negociador, devido à dificuldade de estabelecer consenso entre os 164 membros da OMC, além das tensões geopolíticas e o nacionalismo comercial crescente foram vetores propulsores para que as negociações de temas relevantes para demandas do século XXI fossem tratadas por meio de acordos bilaterais, regionais ou plurilaterais de comércio, caracterizando um sistema internacional fragmentado.

Em determinado nível, a fragmentação de acordos contribui para a melhora do sistema multilateral, pois o complementam e reforçam. Porém, há inúmeros riscos de incongruência regulatória e práticas sorrateiras de protecionismo.

Os acordos plurilaterais vêm como a melhor opção para que prossigam negociando quando as negociações multilaterais não parecem viáveis, por garantirem com que a OMC permaneça no cerne das discussões e aumentam a chance de eventualmente se tornarem universais, à medida que garantem o acesso ao sistema de solução de controvérsias, que produz decisões juridicamente vinculantes. Porém, ao passo que fornece avanço, os acordos plurilaterais também tornam eventuais negociações multilaterais menos atraentes.

De qualquer forma, é necessário que a OMC leve em conta essas adversidades ao realizar a "multilaterização" desses acordos, algo necessário para que a Organização se mantenha relevante e com credibilidade no cenário comercial internacional, visto que essas tendências negociadoras não irão desaparecer. Afasta-se a ideia, então, de que o sistema multilateral está falido. Só está carente de ajustes e atualizações.

Para tanto, é preciso que a OMC reconheça suas limitações e se garanta espaço e flexibilidade para os membros que queiram avançar em negociações e, o mais importante, garanta a possibilidade de que no futuro os membros que escolheram não participar possam aderir, se assim desejarem, e que as disposições possam vir a integrar o arcabouço normativo da OMC.

Os esforços multilaterais devem continuar a existir. Mas sabendo que provavelmente não haverá sucesso nessa ambição, garantir, simultaneamente, o avanço das negociações por vias diferentes configura uma estratégia política inteligente

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Renata; Ciuriak, Dan; HUFBAUER, Gary; LIMA-CAMPOS, Aluísio; PAROLA, Alexandre. ***"Plurilateral and Regional Approaches to Trade: An Alternative to Global***

Trade". *Washington College of Law.* Julho de 2021. *Disponível em: https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=duRNwZSquts;*

BALDWIN, Richard. ***Multilateralising Regionalism: spaghetti bowls as building blocs on the path to global free trade.*** Institute for International Studies. Julho de 2006. Disponível em: https://www.etsg.org/ETSG2006/papers/Baldwin.pdf

CARVALHO, Patricia Nasser de. **Entre o multilateralismo, o regionalismo e o bilateralismo: notas para pensar a estratégia brasileira nas negociações de acordos preferenciais de comércio e de investimentos**. V Conferência sobre Relações Exteriores: o Brasil e as tendências do cenário internacional/Sérgio Eduardo Moreira Lima e Augusto W. M. Teixeira Júnior (organizadores). – Brasília: FUNAG, 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331181674_Entre_o_multilateralismo_o_regionalismo_e_o_bilateralismo_notas_para_pensar_a_estrategia_brasileira_nas_negociacoes_de_acordos_preferenciais_de_comercio_e_de_investimentos

COMÉRCIO, Organização Mundial. ***Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization.*** 1994**.** Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto_e.htm#fntext-1

COMÉRCIO, Organização Mundial. ***Regional trade agreements and the WTO***. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/scope_rta_e.htm

COMÉRCIO, Organização Mundial. ***Regional Trade Agreements Database.*** Disponível em: http://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx

COMÉRCIO, Organização Mundial. ***Trade facilitation — Cutting "red tape" at the border.*** Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/tradfa_e/tradfa_introduction_e.htm

HUFBAUER, Gary Clyde. ***Focused trade agreements can sustain the WTO in time of economic nationalism.*** Peterson Institute for International Economics – PIIE. Abril de 2021. Disponível em: https://www.piie.com/blogs/realtime-economic-issues-watch/focused-trade-agreements-can-sustain-wto-time-economic#_ftn1

HUFBAUER, Gary Clyde; SCHOTT, Jeffrey J. ***Will the World Trade Organization Enjoy a Bright Future?.*** Peterson Institute for International Economics – PIIE. Maio de 2012. Disponível em: https://www.piie.com/publications/policy-briefs/will-world-trade-organization-enjoy-bright-future

LAWRENCE, Robert Z. ***Competing with Regionalism by Revitalizing the WTO.*** The Future and the WTO: Confronting the Challenges. A Collection of Short Essays; ICTSD Programme on Global Economic Policy and Institutions. Julho de 2012. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/79786/mod_resource/content/1/the-future-and-the-wto-confronting-the-challenges.pdf

MO, John Shijian. ***Bilateral and Regional Trade Agreements***. Oxford Bibliographies Online. Março de 2012. Disponível em: https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0019.xml

NASSER, Rabih A. **Multilateralismo Comercial em Três Etapas**. Revista de Direito do Comércio Internacional - Edição Digital, n. 4, julho de 2021. Disponível em: https://www.enlaw.com.br/revista/780

PAROLA, Alexandre Parola; MACHADO, João Aguiar; MARCEAU, Gabrielle; THORSTENSEN, Vera; *LIMA-CAMPOS, Aluísio.* ***WTO Public Forum - Working Session "Until everything's agreed" - Plurilaterals and WTO reform***. Setembro, 2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=CuAE45nWO-I.

PAUWELYN, Joost. ***The WTO in Crisis: Five Fundamentals Reconsidered***. 2012. Disponível em: https://www.wto.org/english/forums_e/public_forum12_e/art_pf12_e/art9.htm

PLANALTO. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.** Dezembro, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm

PRAZERES, Tatiana Lacerda. **Sistema multilateral de comércio e processos de integração regional: complementaridade e antagonismo**. 2007. 342 f., il. Tese (Doutorado em Relações Internacionais). Universidade de Brasília, Brasília, 2007. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4894/1/Tese_TatianaLacerdaPrazeres.pdf

REINSCH, William Alan. ***Plurilateral or Multilateral?***. Center for Strategic & International Studies (CSIS). Julho de 2020. Disponível em: https://www.csis.org/analysis/plurilateral-or-multilateral

SCHNEIDER-PETSINGER, Marianne. ***Reforming the World Trade Organization***. Chatham House, The Royal Institute of International Affairs. Setembro de 2020. Disponível em: https://www.chathamhouse.org/2020/09/reforming-world-trade-organization/05-revitalizing-wtos-negotiation-function

SCHOTT, Jeffrey J.; WATAR, Jayashree. ***Decision-Making in the WTO.*** Março de 2000. Peterson Institute for International Economics. Disponível em: https://www.piie.com/publications/policy-briefs/decision-making-wto#note3

THORSTENSEN, Vera. **Impactos da Crise Econômica e Financeira na Regulação do Comércio Internacional**. Boletim de Economia e Política Internacional. IPEA, Brasília, 2012. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4456/1/BEPI_n12_impacto.pdf

TIJMES-LHL, Jaime. ***Consensus and majority voting in the WTO***. Julho de 2009. World Trade Review, p. 417-437. Disponível em: http://cidi.ufro.cl/images/investigadores/tijmes/tijmes_-_wtr_8-3_-_wto_consensus_and_majority_voting.pdf.pdf

VALLS, Lia. **Desafios para a construção de um sistema multilateral de comércio no século XXI.** Centro Brasileiro de Relações Internacionais (CEBRI). Fevereiro de 2021. Disponível em: https://www.cebri.org/br/doc/111/desafios-para-a-construcao-de-um-sistema-multilateral-de-comercio-no-seculo-xxl

WANDEL, Jurgen. ***Do free trade agreements promote sneaky protectionism? A classical liberal perspective***. International Journal of Management and Economics 55(3), December 2019. Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/338190923_Do_free_trade_agreements_promote_sneaky_protectionism_A_classical_liberal_perspective.

3. O USO DAS INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS NO ACORDO DE LIVRE COMÉRCIO ENTRE MERCOSUL E UNIÃO EUROPEIA COMO FERRAMENTA DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL

3. THE USE OF GEOGRAPHICAL INDICATIONS IN THE FREE TRADE AGREEMENT BETWEEN MERCOSUR AND THE EUROPEAN UNION AS A TOOL FOR REGIONAL DEVELOPMENT

Elthon Baier Nunes e Marcos Filipe Sussumu Ueda

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. O USO DE INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS EM ACORDOS DE COMÉRCIO INTERNACIONAL COMO FERRAMENTA DE DESENVOLVIMENTO TERRITORIAL 2.1. A utilização de indicações geográficas como política de desenvolvimento e combate às desigualdades regionais 2.2 Indicações geográficas: conflitos de seu reconhecimento no comércio internacional 3 O USO DAS INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS NO ACORDO DE LIVRE COMÉRCIO ENTRE MERCOSUL E UNIÃO EUROPEIA COMO FERRAMENTA DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL 4. CONCLUSÃO.

RESUMO: O presente artigo busca analisar a utilização das indicações geográficas como ferramenta propulsora do desenvolvimento e de combate às desigualdades territoriais, na medida que se revela um forte mecanismo de proteção de produtos com características diferenciadas em relação a qualidade, notoriedade e métodos únicos de elaboração, fortemente ligados à cultura, história e signos próprios de uma região. Para tanto foram consideradas desde as suas potencialidades, vantagens, além de impactos negativos de sua adoção para, ao final, analisar as possibilidades de desenvolvimento dentro do contexto no acordo de livre comércio entre Mercosul e União Europeia e a repercussão para o Brasil.

ABSTRACT: This article seeks to analyze the use of geographical indications as a driving force for development and combating territorial inequalities, as it reveals a strong protection mechanism for products with different characteristics in relation to quality, notoriety and unique methods of elaboration, strongly linked to the culture, history and signs of a region. For this, its potential, advantages, and negative impacts of its adoption were considered, in order to, in the end, analyze the possibilities of development within the context of the free trade agreement between Mercosur and the European Union and the repercussions for Brazil.

1. Introdução

Em 28 de junho de 2019, a conclusão das negociações do pilar comercial do Acordo de Associação entre o Mercado Comum do Sul ("Mercosul") e União Europeia ("UE") ("Acordo

MCS-UE") foi anunciada em Bruxelas. O Acordo MCS-UE que inclui os pilares de diálogo político, cooperação e livre comércio, é resultado de mais de duas décadas de negociações entre os blocos, que teve sua origem com a assinatura do Acordo Quadro de Cooperação Inter-regional Mercosul-União Europeia em 1995 e início das negociações do acordo birregional em 1999. Após períodos de interrupções, houve a retomada das negociações em 2016, com rodadas de intercâmbio das ofertas de acesso aos mercados de bens, serviços e compras governamentais. O Acordo MCS-EU ainda não produz efeitos imediatos e deve ser ratificado pelas partes antes que possa entrar em vigor.[1]

A estrutura do Acordo MCS-UE negociado em seu pilar comercial é bastante amplo e contempla diversos temas, como comércio de bens, regras de origem, subsídios, compras governamentais, comércio e desenvolvimento sustentável, direitos de propriedade intelectual, empresas estatais, integração regional, soluções de controvérsias, entre outros. Em especial, o presente trabalho terá como foco a análise sobre o instituto das indicações geográficas, principal novidade trazida pelo Acordo MCS-UE no capítulo sobre propriedade intelectual[2], trazendo o reconhecimento mútuo expressivo de indicações geográficas entre os blocos e o esperado crescimento de interesse por esse tema nos países do Mercosul pelas oportunidades econômicas que passam a se apresentar.

Ainda pouco conhecido e explorado no contexto brasileiro e sul-americano quando comparado à sua utilização na União Europeia, o instituto das indicações geográficas há muito vem sendo utilizado no contexto internacional como um importante instrumento para estimular o desenvolvimento econômico regional de comunidades rurais, sobretudo a partir da valorização de produtos agropecuários e preservação de conhecimentos tradicionais, saber-fazeres, processos produtivos e condições geográficas relacionados.

O Acordo MCS-UE apresenta uma oportunidade para ampliar a utilização das indicações geográficas no Mercosul ao estabelecer o reconhecimento expressivo de diversas indicações geográficas pela UE, além de facilitar o acesso de produtos sul-americanos ao

[1] O texto está sujeito à revisão formal, técnica e legal pormenorizada e não possui valor legal, ainda não tendo sido aprovado pelos poderes legislativos no âmbito dos membros do Mercosul e da União Europeia.

[2] CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Acordo Mercosul e União Europeia: análise do capítulo sobre propriedade intelectual / Confederação Nacional da Indústria. – Brasília: CNI, 2019, p. 13. Disponível em: https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/db/a5/dba57dc8-d529-47c2-9ba1-6efad8ea227f/analise_do_acordo_mercosul_e_uniao_europeia.pdf. Acesso em 09.12.2021 e BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Resumo Informativo elaborado pelo governo brasileiro sobre o acordo de associação Mercosul-UE. 4 jul. 2019, p. 12. Disponível em: https://www.gov.br/mre/pt-br/arquivos/documentos/politica-externa-comercial-e-economica/2019_10_24__Resumo_Acordo_Mercosul_UE_CGNCE.pdf. Acesso em 09.12.2021.

mercado comum europeu, por meio de medidas já negociadas como reduções tarifárias, ampliação do limite de quotas, entre outras medidas

Ante o exposto, o presente trabalho pretende responder a seguinte pergunta: Como o acordo de livre comércio entre Mercosul e UE pode ser um instrumento de desenvolvimento regional para o Brasil, por meio do uso das indicações geográficas? A hipótese é de que o reconhecimento das indicações geográficas pela UE proporcione maior valor agregado aos produtos brasileiros, estimulando investimentos e iniciativas que promovam maior uso das indicações geográficas no país. Bens e serviços provenientes de conhecimentos tradicionais podem se beneficiar desse instituto ao facilitar seu acesso ao mercado europeu, gerando incentivos que fomentem a proteção de cadeias produtivas regionais e locais, maior geração de emprego e renda para essas comunidades.

Para responder a essa pergunta, o trabalho será estruturado em três partes. Primeiro, o artigo aborda o que são as indicações geográficas, qual a sua relação como instrumento de combate às desigualdades regionais, a partir da valorização de conhecimentos tradicionais e comunitários, e qual o contexto em que estão inseridos na realidade europeia e brasileira. Em segundo lugar, o trabalho retoma aspectos jurídicos das indicações geográficas no âmbito dos acordos internacionais multilaterais, de modo a verificar quais os impactos do reconhecimento de indicações geográficas no comércio internacional. Por derradeiro, o artigo pretende analisar os impactos trazidos pelo Acordo MCS-UE sobre as indicações geográficas no Mercosul e no Brasil, como o desenvolvimento desse tema pode promover o desenvolvimento regional e quais alguns dos desafios que se apresentam para alcançar os benefícios esperados.

2. O uso de indicações geográficas em acordos de comércio internacional como ferramenta de desenvolvimento territorial.

Nesta seção será abordada como as indicações geográficas há muito vêm sendo utilizadas num contexto internacional como um importante instrumento de proteção e de desenvolvimento regional de forma a resguardar signos, saber-fazer (*savoir-faire*) e valores, crenças e culturas tradicionais que são extremamente enraizadas territorialmente e, ademais, como um meio eficaz de política de desenvolvimento e combate às desigualdades regionais, além de se visualizar os prós e contras de sua adoção num contexto de comércio internacional.

2.1. A utilização de indicações geográficas como política de desenvolvimento e combate às desigualdades regionais.

A instrumentalização do uso das indicações geográficas como política pública, como medida de preservação da cultura, saber-fazer e até de ingredientes[3], pode se revelar um dinamizador das potencialidades de determinada região que ganhará notoriedade pela singularidade de um produto ou serviço oferecido, assegurando a garantia da qualidade ao mesmo tempo em que promove também o desenvolvimento territorial.

Um dos interesses prementes da utilização das indicações geográficas atribuindo um selo de qualidade a um produto é seu potencial como instrumento de desenvolvimento econômico, com o fomento da economia local, assim como a possibilidade de alcance de outros mercados não apenas em âmbito nacional como no mercado internacional.

Isso se incorpora dentro das ideias trazidas pela onda de globalização[4] com uma mudança de mentalidade dos padrões de consumo, com os consumidores buscando não apenas a qualidade e homogeneidade de um bem, mas acima disso uma diferenciação, sendo orientados por novos sabores e integrando atributos intangíveis de uma região ou local como história, cultura e tradição[5].

Muitas dessas diferenciações de produtos estão inseridos dentro do conceito de conhecimentos tradicionais de uma comunidade, pertencendo a um grupo, a uma coletividade, uma titularidade específica, mas habita o lugar em si que tornou produto único e reconhecido[6], sendo, portanto, a própria indicação geográfica o mais social dos direitos de propriedade industrial, justamente porque a sua titularidade é plural, coletiva, pertencente a todo grupo humano que esteja dentro de uma área demarcada e que explorem conjuntamente esse saber-fazer tradicional objeto de uma indicação[7].

---

[3] MEDEIROS. ML; PASSADOR, CS.; PASSADOR, JL. Implications of geographical indications: a comprehensive review of papers listed in CAPES' journal database. M.L. Medeiros et al. / RAI Revista de Administração e Inovação 13 (2016) 315–329. Disponível em http://dx.doi.org/10.1016/j.rai.2016.09.002. Acesso em: 25.09.2021.

[4] MASCARENHAS, G; WILKINSON, J. Indicações geográficas em países em desenvolvimento. Potencialidades e desafios. Revista de Política Agrícola, v. 23, p. 103-115, 2014. Disponível em: <https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/109727/1/indicacoes-geograficas-em-paises.pdf>. Acesso em 10.10.2021.

[5] ALAVOINE-MORNAS, F. Fruit and vegetables of typica local areas: consumers' perception and valorization strategies through distributors and producers. In: EUROPEAN ASSOCIATION OF AGRICULTURAL ECONOMISTS. Seminar, 52., 1997, Parma. Seminar on typical and traditional productions: rural effect and agro-industrial problems: proceedings. Parma: Università di Parma, 1998. p. 317-329. Edited by Filippo Arfini and Cristina Mora. Disponível em: <https://ageconsearch.umn.edu/record/231283/files/F ... %20local%20areas.pdf>. Acesso em: 28.09.2021

[6] BRUCH, K. L.; VITROLLES, D.; LOCATELLI, L. Diferenças entre indicações geográficas e outros sinais distintivos. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (org). Curso de propriedade intelectual & inovação no agronegócio: Módulo II, indicação geográfica. / Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; organização Claire Marie Cerdan, Kelly Lissandra Bruch e Aparecido Lima da Silva. – 2ª ed. – Brasília: MAPA, Florianópolis: SEaD/UFSC/FAPEU, 2010. p. 86.

[7] Ibidem., p. 86.

É um verdadeiro contraponto à premissa de uniformização dos sabores pelos consumidores pela urbanização da população que, na verdade, acaba por buscar produtos típicos da região e de tradições culinárias diferenciadas, como o sabor, um sistema de produção de safras ambientalmente corretas, qualidade do serviço, acabam por agregar características bastante particulares, locais estes em que estas tradições e gostos alimentares se transmite melhor entre as gerações, sem perder tanto de sua história e essência[8].

Como consequências dessa busca por produtos que tragam embutidos em si algo único e especial, tem se notado uma revalorização das regiões, do território, da sua origem geográfica em que produzidos certos produtos, mais diretamente naquilo que é parte e está intrinsecamente ligados à cultura, história e do saber-fazer, que possibilitam agregar valor e, consequentemente, introduzir novas políticas voltadas tanto a esse processo da cadeia produtiva quanto inserir valor, novos posicionamentos em mercados domésticos e internacionais, com o uso de indicações geográficas.

Importante citar que o território é um substrato da atividade econômica e como tal, a vinculação de um produto ao seu território, para fins da pesquisa ora empreendida, deve levar em conta alguns aspectos como o contexto a qual está inserido a comunidade local, seu enraizamento no território, o produto incorporado à sua cultura e, além disso, conectar-se com a identidade desse grupo[9].

Há dois vetores chaves no uso de indicações geográficas: resguardar originalidade e a procedência do produto. É embutida uma ideia no produto/serviço que é oferecido no mercado consumidor que não se está adquirindo um mero produto, mas sim, uma experiência histórico-cultural de uma região de algo, com originalidade, diferenciação e procedência.

Dizendo de outra forma, a proteção aos produtos de uma região é um dos objetivos do uso das indicações geográficas, possuindo alguns espectros de resguardo de via dupla, aos produtores, pelos interesses comerciais frente a comportamentos concorrenciais lesivos[10] no nome do produto, e aos consumidores com produtos com garantia e qualidade[11].

[8] ALAVOINE-MORNAS, Op. Cit.

[9] CHAMPEDRONE, M. La valorización de la tipicidad cultural y territorial de productos mediante certificaciones en países de América Latina. *In*: FROEHLICH, J. M. (Org.). *Desenvolvimento territorial*: produção, identidade e consumo. Ijuí: UNIJUÍ, 2012.

[10] GUEDES, C. A. M.; SILVA, R. Agri-food geographical indications, policies, and social management: Argentina, Brazil, and the Spanish experience in the European context. *Análise Social*, Lisboa, v. XLIX (2), n. 211, p. 408-29, 2014. Disponível em: <https://hdl.handle.net/11441/74237>. Acesso em: 15.10.2021.

[11] VALENTE, M. E. R.; PEREZ, R.; RAMOS, A. M.; CHAVES, J. B. P. Indicação Geográfica de alimentos e bebidas no Brasil e na União Europeia. *Ciência Rural,* Santa Maria, v. 42, n. 3, p. 551-58, mar. 2012.

O combate às desigualdades regionais possa se verificar por meio de modificações socioeconômicas de regiões antes e depois da instituição de políticas voltadas a fomentar esses locais com alterações nos padrões produtivos, conferindo a esses produtos identidade.

Pegando emprestado um olhar sobre como foi a experiência desse binômio entre as indicações geográficas e o desenvolvimento de regiões nos países desenvolvidos, há o entendimento de que alguns fatores são preponderantes para fomentar a potencialidade da utilização das indicações geográficas no desenvolvimento de regiões periféricas de países em desenvolvimento e com possibilidade de posterior inserção em mercados internacionais por meio de acordos.

Como proposta pragmática dessa ideia, de quais os fatores pelas quais passaram os países desenvolvidos e como foi a sua experiência, como conseguiram modificar e uniformizar a sua cadeia produtiva, agregar valor e inserir tais produtos no mercado, além de se questionar de que forma tal experiência pode ser importada à realidade brasileira.

Tomando por base essa experiência, existe a sugestão de que é necessário a conjunção de três fatores interagindo concomitantemente[12], como a cadeia produtiva, organização coletiva com a promoção das indicações geográficas e a participação efetiva do Estado fomentando essas iniciativas.

Embora exista uma busca cada vez maior sobre essa fatia do mercado, que busca algo único e diferenciado, ainda são pouco adotadas por países em desenvolvimento como o Brasil[13] que, por exemplo, possui poucos produtos com indicações geográficas reconhecidas em comparação com a União Europeia, bloco econômico com mais indicações geográficas no mundo e que comumente as utiliza como mecanismo de proteção, valorização de produtos e desenvolvimento local[14], com mais de 120.411 indicações geográficas registradas pela UE, com 91.63% das 131.414 indicações geográficas registradas, conforme a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (World Intellectual Property Organization – WIPO)[15]

[12] MASCARENHAS, G; WILKINSON, J. Indicações geográficas em países em desenvolvimento. Potencialidades e desafios. Revista de Política Agrícola, v. 23, p. 103-115, 2014. Disponível em: <https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/109727/1/indicacoes-geograficas-em-paises.pdf>. Acesso em 10.10.2021.

[13] MASCARENHAS, G; WILKINSON, J. Op. Cit. p. 103-115.

[14] GIOVANNUCCI, D., T. JOSLING, W.A. Kerr, B. O'Connor and M.T. Yeung (2009). Guide to Geographical Indications – Linking Products and Their Origins, Geneva: International Trade Centre.

[15] WIPO. (2021) Disponível em: <https://www3.wipo.int/ipstats/ipstableval>. Acesso em: 20.10.2021.

REGIÃO	TOTAL DE INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS	PERCENTUAL DE PARTICIPAÇÃO
África	66	0,05%
Américas	4.053	3,084%
Europa	120.411	91,63%
Oceania	2.088	1,58%
Ásia	4.796	3,64%
TOTAL	131.414	100%

Fonte: Elaborado pelos autores de dados do WIPO (2021)

Comparando-se os dados acima com o que se tem no Brasil, segundo o INPI, com 68 Indicações de Procedência[16] e 29 Denominações de Origem, sendo 20 nacionais e 09 e estrangeiras[17], totalizando um montante atualmente de 97 indicações geográficas, número este bastante incipiente em contraponto à realidade da União Europeia, o que representa um percentual de 0,07% quando colocados os dados lado a lado. A título de comparação, a França possui 5.815 indicações, a Itália 5.840 e Espanha 4.794[18].

PAÍS	INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS REGISTRADAS	PERCENTUAL DE PARTICIPAÇÃO MUNDIAL
Brasil	97	0,07%
Espanha	4.794	3,64%
França	5.815	4,42%
Itália	5.840	4,44%

Fonte: Elaborado pelos autores de dados do WIPO (2021)

[16]BRASIL. INPI. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/indicacoes-geograficas/arquivos/status-pedidos/LISTACOMASINDICAESDEPROCEDNCIARECONHECIDAS.At10Ago2021.pdf

[17] BRASIL. INPI. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/indicacoes-geograficas/arquivos/status-pedidos/LISTACOMASDENOMINAESDEORIGEMRECONHECIDAS.At03Ago2021.pdf

[18] WIPO (2021). Disponível em: <https://www3.wipo.int/ipstats/ipstableval>. Acesso em: 20.10.2021.

As experiências europeias por já serem mais consolidadas, e que servem como um norte, tendo sido constatado que a adoção das indicações geográficas agregou valor aos produtos, fazendo com que houvesse o aumento das vendas tanto nos seus quanto na prospecção de novos mercados[19], além de contribuir para o desenvolvimento de outras searas econômicas do território como o aumento do turismo[20].

Nota-se ainda que o uso das indicações geográficas gera a produção de empregos na área rural, antes marginalizada e que sofria correntes impactos tendo em vista a mecanização e êxodo de sua população local, que passa a ter alternativas baseada em processos de conhecimentos tradicionais[21].

Muito embora o sucesso comercial dependa de vários fatores conjugados, ressalta-se que há autores[22] que sintetizam os resultados do reconhecimento da aplicação das indicações geográficas nos seguintes marcos:

Quadro 1- Repercussões na Área Geográfica e no Mercado Geradas por uma IG

Repercussões na área geográfica	Repercussões de caráter mercadológico
• Traz satisfação ao produtor, que vê seus produtos comercializados com a IG que corresponde a seu local de trabalho, valorizando sua propriedade. • Estimula investimentos na própria zona de produção – melhorias tecnológicas nos processos produtivos etc. • Aumenta a participação do produtor no ciclo de comercialização dos produtos e estimula a elevação do seu nível técnico. • Estimula a melhoria qualitativa dos produtos, já que estes são submetidos a controles de produção e de elaboração. • Contribui para a preservação das características e da tipicidade dos produtos, que se constituem num patrimônio de cada região / país. • Possibilita desenvolver atividades paralelas à produção reconhecida com IG, como por exemplo, o turismo.	• Aumenta o valor agregado dos produtos e/ou gera maior facilidade de colocação no mercado. Os produtos ficam menos sujeitos à concorrência com outros produtos de preço e qualidades inferiores. • Melhora e torna mais estável a demanda do produto, pois cria uma confiança do consumidor que, sob a etiqueta da IG, sabe que vai encontrar um produto de qualidade e com características regionais. • Permite ao consumidor identificar perfeitamente o produto dentre outros, inclusive de preços inferiores. • Oportuniza mecanismos legais contra fraudes e usurpações, facilitando a ação contra o uso indevido da IG.

Fonte: Adaptado de Gollo e Castro (2008).

[19] PELLIN. Valdinho, Desenvolvimento territorial sustentável: A experiência do mapa no estímulo às indicações geográficas em Santa Catarina. IGEPEC, TOLEDO, v. 23, n.1, p. 74-92, jan./jun. 2019. p. 77.

[20] CERDAN, C.; BRUCH, K; VITROLLES, D.; Gestão e controle pós-reconhecimento das indicações geográficas. IN Curso de propriedade intelectual & inovação no agronegócio: Módulo II, indicação geográfica / Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; organização Claire Marie Cerdan, Kelly Lissandra Bruch e Aparecido Lima da Silva. – 2ª ed. – Brasília: MAPA, Florianópolis: SEaD/UFSC/FAPEU, 2010. P. 376.

[21] EUROPEAN COMMISSION, Workshops on Geographical Indications – Development and use of specific instruments to market origin-based agricultural products in African – ACP countries Brussels – Belgium (s.d). Disponível em: http://ec.europa.eu/agriculture/events/2014/gi-workshops/training-brochure_en.pdf. Acesso em 10.10.2021.

[22] GOLLO, S. S.; CASTRO, A. W. V. Indicações geográficas no Brasil: as indicações de procedências já outorgadas e as áreas e produtos com potencial de certificação. In: CONGRESSO DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE ECONOMIA, ADMINISTRAÇÃO E SOCIOLOGIA RURAL, 46., 2008, Rio Branco, AC. Anais [...]. Rio Branco, AC: SOBER, 2008. apud PELLIN, Valdinho. Indicações Geográficas e desenvolvimento regional no Brasil: a atuação dos principais atores e suas metodologias de trabalho

Diante de pontos tão interessantes, o Brasil ainda engatinha nas políticas voltadas ao fomento de tal área. Alguns motivos para esta baixa utilização vão desde a ausência de conhecimento técnico da população local, falta de aparato legal e infraestrutura, inexistência de apoio políticas públicas voltadas ao fomento da atividade, reconhecimento e manutenção das indicações, o que geram sincera dúvida a respeito da viabilidade comercial do consumo de tais produtos com preços diferenciados[23].

Porém, olhando de forma mais ampla e a longo prazo, há enorme potencial para desenvolver e fazer crescer o comércio com o uso das indicações geográficas em um país como o Brasil com farta cultura, história e tradições que resultam em produtos únicos, já que as indicações geográficas tornam produtos bens mais cobiçados agregando valor a eles, como qualidade e reputação.

Muito embora a ideia inicial das indicações geográficas tenha sido vinculada num primeiro momento a uma função de proteger conhecimentos tradicionais, associadas à cultura e história de um local ou região, como resguardo de atributos que são intangíveis, valorizando-os ao nível dos consumidores, é fato também que elas podem servir como eficaz meio de desenvolvimento territorial, desde que associada com estratégias, políticas e efetiva participação dos atores sociais.

Partindo desse viés, o desenvolvimento territorial de mercado doméstico como reflexo da valorização de produtos com indicações geográficas são reflexos da conjunção de três fatores que se inter-relacionam, desde a cadeia produtiva, com alianças verticais e horizontais, passando pelo setor de indicações geográficas objetivando o aperfeiçoamento e promoção em âmbito nacional e internacional e, por fim, de uma ação e participação mais contundente do Estado como agente responsável pela promoção em nível nacional e internacional[24].

Reforçando o ponto, há na literatura[25][26] vários estudos que ao analisar os efeitos do uso das indicações geográficas, assinalam inúmeros efeitos produzidos com a sua adoção em diferentes localidades.

Os impactos dessas políticas de fomento sobre as indicações geográficas são enormes e podem ser verificadas de um país ou região, nos mais variados aspectos de análise econômica,

[23] MASCARENHAS, G; WILKINSON, J. Op. Cit. p. 103-115.

[24] MASCARENHAS, G; WILKINSON, J. Op. Cit. p. 103-115.

[25] BARJOLLE, D.; ALLAIRE, G.; TISENKOPFS, T. Empirical evidences on rural development impact. Rome: FAO/SINER-GI Meeting, 2008.

[26] BARJOLLE, D. PAUS, M.; PERRET, A. Impacts of Geographical Indications Review of Methods and Empirical Evidences. In: INTERNATIONAL ASSOCIATION OF AGRICULTURAL ECONOMISTS CONFERENCE. Anais… Beijing: IAAE, 2009. Disponível em: https://ideas.repec.org/p/ags/iaae09/51737.html. Acesso em: 20.09.2021

com aumento da demanda, geração de emprego, fortalecimento dos agricultores e da cadeia produtiva, agregação de valor, proteção da história, cultura, saber-fazer e do meio-ambiente, além de reforçar o coletivismo da associação ou cooperativa e possibilitar o acesso a mercados[27].

Na análise feita por Vandecandelaere[28] no relatório para o *European Bank* for Reconstruction and Development (EBRD), analisou-se o impacto econômico das indicações geográficas em nove estudos de caso: Café Colombiano, Chá Darjeeling (India), repolho Futog (Sérvia), café Kona (Estados Unidos), queijo *Manchego* (Espanha), pimenta *Penja* (Camarões), açafrão *Taliouine* (Marrocos), queijo *Tête de Moine* (Suíça) e o vinho do Vale dos Vinhedos (Brasil).

Constataram-se resultados significativos nos impactos econômicos de produtos de países pesquisados que adotaram indicações geográficas de produtos, com incrementos nos preços, no volume de produção, acesso ao mercado e competitividade, além de impactos territoriais, inclusive com aumento do turismo, com valor agregado final entre 20% e 50%[29] do produto.

Sintetiza ainda, que as causas para o sucesso da empreitada passam necessariamente por fatores já citados referentes à qualidade dos produtos e suas especificações, ação coletiva dos atores sociais presentes no território, promoção das qualidades dos produtos e participação da presença do Estado com regulação que possibilite seu desenvolvimento e investimentos no setor[30].

Embora os efeitos de adoção de políticas públicas de proteção e fomento de produtos por meio de indicações geográficas não possa ser palpável num curto espaço, tampouco sentido pelos atores sociais envolvidos, o seu uso possui efetivo potencial de dinamizar o desenvolvimento territorial. Nesse sentido, destaca-se a proteção intelectual do instituto, o qual lhe confere agregação de valor aos produtos de qualidade superior com características únicas e

[27] NIEDERLE, Paulo A. Desenvolvimento, Instituições e Mercados Agroalimentares: Os usos das Indicações Geográficas. Desenvolvimento Regional em Debate, vol. 4, núm. 2, julio-diciembre, 2014, pp. 21-43 Universidade do Contestado Canoinhas, Brasil. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=570862017003>. Acesso em: 21.09.2021.

[28] VANDECANDELAERE, E.; TEYSSIER, C.; JEANNEAUX, P.; FOURNIER, S.; BEUCHERIE, O. Strengthening sustainable food systems through geographical indication: an analysis of economic impacts. *European Bank for Reconstruction and Development (EBRD)*, 2018. Disponível em: https://www.fao.org/3/I8737EN/i8737en.pdf. Acesso em: 22.10.2021.

[29] Ibidem, 2018.

[30] Ibidem, 2018.

de difícil imitação[31], possibilitando ainda acesso aos novos mercados com produtos diferenciados. Adicionalmente, ressalta-se a relevância de ações específicas por meio de políticas públicas que apoiem o setor agrícola e as cadeias de produção com apoio financeiro e técnico nas fases iniciais[32], oferecendo igualmente novas oportunidades vinculadas a demandas sociais em regiões marginais[33].

2.2 Indicações geográficas: conflitos de seu reconhecimento no comércio internacional.

O uso das indicações geográficas é um potencial instrumento de desenvolvimento de regiões que possuem saber-fazer, insumos, aspectos culturais e históricos relacionados dentro de conhecimentos tradicionais. É um importante mecanismo de fomento, principalmente no bloco econômico de comércio da União Europeia onde é mais difundida e fomentada, agregando valor e estabelecendo uma diferenciação em relação a demais produtos concorrentes.

Houve uma consequente valorização de produtos diferenciados em relação a sua origem e qualidade, o que resultou também numa necessidade de normatização[34] do instituto. Seus impactos, no entanto, não são fáceis de mensurar, porque muitas das vezes apenas os aspectos econômicos positivos são mencionados na sua adoção, sem, contudo, mencionar eventuais impactos negativos, como a criação de um monopólio em favor das partes mais poderosas num sistema de cadeia de produção das indicações geográficas em detrimento de trabalhadores locais[35].

Por outro lado, paira um espectro de que a utilização das indicações geográficas promove um tipo de assimetria comercial entre os países, por exemplo, com a inserção de barreiras não-tarifárias, em interessante contraponto a essa visão desenvolvimentista, surgindo a questão se de fato as indicações geográficas são dinamizadoras do desenvolvimento de uma região ou barreiras não-tarifarias que dificultam o comércio entre países já que estão num

[31] GLASS, R.F.; CASTRO, A .M. G. As indicações geográficas como estratégia mercadológica para vinhos. Brasília: Embrapa Informação Tecnológica, 2009. Disponível em: https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/110490/1/Texto-35.pdf. Acesso em: 15.10.2021

[32] CERDAN, C.; BRUCH, K; VITROLLES, D.; Op. Cit. p. 376.

[33] CERDAN, C. Indicações geográficas e estratégias de desenvolvimento territorial. In: NIEDERLE, P.A. (Org.) Indicações Geográficas: qualidade e origem nos mercados alimentares. 1. ed. Porto Alegre: UFRGS, 2013, p. 125-150.

[34] PEREIRA, M. E. B. G.; LOURENZANI, A. E. B. S.; WATANABE, K. Indicações Geográficas como estratégia de desenvolvimento: o caso do Norte Pioneiro do Paraná. *Interações*, Campo Grande, v. 19, n. 3, p. 515-28, jul./set. 2018.

[35] VIJU, Crina & YEUNG, May & KERR, William. (2012). Geographical Indications, Barriers to Market Access and Preferential Trade Agreements. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/238596562_Geographical_Indications_Barriers_to_Market_Access_and_Preferential_Trade_Agreements>. Acesso em: 20.10.2021.

estágio mais avançado, como por exemplo na França que se utiliza do sistema de *Appellation d'Origine Contrôlée*[36].

Um dos principais pontos é de que as formulações das exigências que regem os tratados, acordos comerciais e que cuidam do tema de indicações geográficas equiparam realidades dos sistemas produtivos dos países como se fossem lineares, homogêneas, gerando uma falta de consenso e entraves ao comércio internacional[37].

Nesse contexto é necessário lançar um olhar sobre os aspectos jurídicos das indicações geográficas no âmbito dos acordos internacionais multilaterais que envolvem a proteção de origem para entender a correlação com as barreiras não-tarifárias, posto que consideram as realidades dos sistemas normativos como homogêneos entre os países, vez que favorecem países que possuem maior tradição e maturidade em seu uso[38].

Ao longo dos anos com a crescente necessidade de valorização de produtos com diferenciação vinculados à sua origem, vislumbrou-se a importância de que as indicações geográficas fossem regulamentadas. A primeira legislação sobre o tema propriedade intelectual foi estabelecida pela Convenção da União de Paris ("CUP"), em 1883[39], que teve 164 países como signatários, incluindo o Brasil. Nessa ocasião, contudo, o termo técnico de indicações geográfica não foi abordado, tendo sido trazido apenas em normas posteriores[40].

Em 1891 foi celebrado o Acordo de Madri que buscou proteger o uso de informações falsas de procedência e falsificações das indicações geográficas. Mais adiante no Acordo de Lisboa, em 1958, conferiu-se proteção internacional aos nomes geográficos e estabeleceu-se o registro internacional das Denominações de Origem, em que os signatários da Convenção de Paris (1883) poderiam aderir. Em seguida foi criada a World Intellectual Property Organization – WIPO na Organização Mundial de Propriedade Intelectual ("OMPI"), em 1967, tendo como finalidade a proteção da propriedade intelectual internacionalmente.

---

[36] BLUME, Roni & PEDROZO, Eugenio Avila, 2008. "As Indicações Geográficas: Barreira Não Tarifaria Ou Dinamizadora De Desenvolvimento Local/Regional?," 46th Congress, July 20-23, 2008, Rio Branco, Acre, Brazil 109784, Sociedade Brasileira de Economia, Administracao e Sociologia Rural (SOBER). Disponível em: <https://ideas.repec.org/p/ags/sbrfsr/109784.html>. Acesso em: 20.09.2021.

[37] BLUME, Roni & PEDROZO, Eugenio Avila, Op. Cit. 2008.

[38] BLUME, Roni & PEDROZO, Eugenio Avila, Op. Cit. 2008.

[39] BELAS, C. A. Artesanato e indicação geográfica: uma nova agenda de pesquisa e desenvolvimento nos países emergentes. *In*: NIEDERLE, P. A. (Org.). *Indicações Geográficas*: *qualidade e origem nos mercados alimentares*. Porto Alegre: UFRGS, 2013.

[40] AVENII, Alessandro. Indicações geográficas : introdução a pesquisa / Alessandro Aveni, organizador. –Brasília : Universidade de Brasília, Centro de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico, 2019. 121 p. 12. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/35233/1/LIVRO_IndicacoesGeograficasIntroducao.pdf#page=10. Acesso: 12/10/2021

No entanto, o marco regulatório mais importante para a proteção das indicações geográficas veio somente quando celebrado o acordo internacional em 1994, resultante da Rodada Uruguai do *General Agreement on Tariffs and Trade* ("GATT") e que criou a Organização Mundial do Comércio – OMC, qual seja, o Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio ("ADPIC"), mais conhecido como Acordo TRIPs (do inglês Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights).

O Acordo TRIPs, promulgado pelo Decreto nº 1.355, de 1994, tem como um dos seus alicerces a proteção eficaz dos direitos de propriedade intelectual voltado ao desenvolvimento e cuidando para que essas proteções não sejam transformadas em entraves para o comércio internacional[4142].

Com a adesão à OMC e ao TRIPs consequentemente, por meio do Decreto nº 1.355 de 1994, as disposições previstas neste acordo passaram a vigorar no Brasil, que mais à frente regulou a questão por meio da Lei nº 9.279 de 1996, conceituando a proteção das indicações geográficas em duas modalidades, entre os artigos 176 ao 182, a indicação de procedência ("IP"), e a denominação de origem[43], que inclusive expandiu o conceito para abarcar os serviços[44].

Nota-se que há muito existe a preocupação de resguardo da originalidade e origem dos produtos, bem como do aspecto comercial desses bens, razão pela qual esses dispositivos legais mencionados acima foram elaborados, porém poucos avanços foram realizados entre os países desde a Rodada de Doha, da Conferência da Organização Mundial do Comércio – OMC, muito por causa de interesses colidentes, principalmente entre Estados Unidos e União Europeia[45].

Enquanto de um lado a União Europeia busca dar continuidade ao acordado no TRIPs, por entender que este mecanismo é de maior abrangência e representa o interesse coletivo, os Estados Unidos optam pelo sistema de marcas coletivas ou de certificação[46], havendo conflitos

[41] CERVIÑO, Alberto Casado e PRADA, Begoña Cerro. GATT y propiedad industrial: la tutela de los derechos de propiedad industrial y el sistema de resolución de conflictos em el Acuerdo GATT. Madrid: Tecnos, 1994. p. 69.

[42] BRASIL. Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. op. cit.

[43] BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 22.10.2021.

[44] BRUCH, K. L.; et. al. Op. cit. 2010. p. 65.

[45] BLUME, RONI & PEDROZO, Eugenio Avila, Op. Cit. 2008.

[46] CABRAL, Danièle H. Q. Análise comparativa dos sistemas de proteção dos nomes de origem no Brasil e na França. Desenvolvimento Regional em Debate, vol. 9, núm. Esp.2, Universidade do Contestado. (2019). p 184-202. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/5708/570864650009/html/>. Acesso em: 10.09.2021.

entre os sistemas porque o primeiro permite a coexistência entre as indicações geográficas com as marcas coletivas, porém o contrário não é verdadeiro[47].

Essa guerra comercial é um ponto crucial porque acaba por questionar se uma maior proteção externa de indicações geográficas por meio de acordos comerciais aumentou as exportações de indicações geográficas da União Europeia ou se materializa um entrave comercial?

Em acordos recentes de livre comércio, a União Europeia permaneceu com listas de proteção específicas em relação aos seus produtos como "as exportações extra-UE de IGs da UE aumentaram de cerca de 1 bilhão de euros em 2010 para cerca de 1,7 bilhão de euros em 2017"[48], porém sem saber se tais resultados podem ser relacionados à proteção externa das indicações geográficas em acordos de livre comércio.

Tanto a regulamentação da UE quanto o sistema de marcas registradas dos Estados Unidos visam a proteção da reputação do produto contra falsificações e garantia de origem, tendo por consequência a preservação de reputação, agregação de valor imaterial e, por consequência, também comercial, no entanto, o sistema de proteção americano é essencialmente um bem privado, enquanto na União Europeia, é tratado sob a perspectiva de bens públicos[49].

Essa diferença tem provocado constantes disputas na OMC em relação à proteção das indicações geográficas, uma pauta cara para o bloco econômico Europeu, considerando que cinco países do bloco concentram mais de 70% das indicações geográficas, podendo bloquear novos acordos se não houver um entendimento sobre como proteger tais bens[50], já que há alegações de discriminação de produtos com indicação geográfica não pertencentes à União Europeia[51].

Como resultado dessa política, a União Europeia tem perseguido agressivamente sua agenda no aumento da proteção de suas indicações geográficas por meio dos acordos comerciais preferenciais, que têm sido negociados, representando um grande desafio para os formuladores

[47] JOSLING, T. The War on Terroir: geographical indications as a transatlantic trade conflict. Journal of Agricultural Economics, Hampshire, v. 57, n. 3, p. 337-363, 2006. apud Blume, et. al.. Op. Cit.

[48] HUYSMANS, Daniele C. M. The Impact of Protecting EU Geographical Indications in Trade Agreements. American Journal of Agricultural Economics Early View. 07 May 2021. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/ajae.12226> . Acesso em 26.10.2021.

[49] **Ibidem.,** 2021.

[50] HUYSMANS, Daniele C. M. Op. Cit., 2021.

[51] **Ibidem., 2021.**

de políticas comerciais[52]. Isso porque na mesma medida que as indicações geográficas são consideradas ferramentas fortes na proteção comercial, alega-se que elas criam novas barreiras comerciais[53].

A conclusão desse imbróglio, se a maior proteção de indicações geográficas nos acordos de livre comércio afeta as exportações de produtores de bens com indicações geográficas, é de que os resultados sugeriram não haver diferenças significativas nas exportações simplesmente pelo fato de os produtos serem listados como tal. Ao contrário, o maior aumento nas exportações ocorreu em relação aos bens de indicação geográfica, protegidos ou não[54], indicando como solução que a União Europeia pode optar entre dois caminhos, querer limitar os produtos para os quais busca proteção legal ou se concentrar na promoção de indicações geográficas em mercados onde ainda não são conhecidos[55].

3. O uso das Indicações geográficas no acordo de livre comércio entre Mercosul e União Europeia como ferramenta de desenvolvimento regional

No capítulo sobre propriedade intelectual, o Acordo de Livre Comércio entre Mercosul e União Europeia apresenta como principal novidade o reconhecimento mútuo das indicações geográficas entre os blocos. O Mercosul reconhece cerca de 355 indicações geográficas de países do bloco europeu, enquanto a União Europeia reconhece 220 indicações geográficas, entre as quais 38 são registros referentes a nomes de produtos brasileiros, tais como os termos "Cachaça" e queijo "Canastra".[56] Referências a produtos não agrícolas, como o caso de polos produtores famosos, a cidade de Franca para calçados no Brasil, por exemplo, não são objeto de reconhecimento mútuo, obtendo proteção conforme a legislação local de cada país.

O Acordo MCS-UE representa um avanço expressivo no reconhecimento de indicações geográficas pelos dois blocos. Até a conclusão das negociações do pilar comercial do Acordo

[52] VIJU, Crina & YEUNG, May & KERR, William. (2012). Geographical Indications, Barriers to Market Access and Preferential Trade Agreements. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/238596562_Geographical_Indications_Barriers_to_Market_Access_and_Preferential_Trade_Agreements>. Acesso em: 20.10.2021.

[53] GROTE, U. Environmental Labeling, Protected Geographical Indications and the Interests of Developing Countries. The Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy. Volume 10 Number 1 2009/p. 94-110.

[54] HUYSMANS, Daniele C. M. Op. Cit., 2021.

[55] **Ibidem., 2021.**

[56] TRADE PART OF THE EU-MERCOSUR ASSOCIATION AGREEMENT. Vide Anexo II do Capítulo de Propriedade Intelectual do Acordo. Disponível em: https://www.gov.br/mre/pt-br/arquivos/documentos/politica-externa-comercial-e-economica/Anexos_de_Propriedade_Intelectual__Legislao__Indicaes_Geogrficas.pdf. Acesso em 25.10.2021.

MCS-UE em junho de 2019, o Brasil detinha apenas um registro de indicação geográfica reconhecido na UE, enquanto os demais membros do Mercosul não possuíam registros reconhecidos, tampouco acordos bilaterais regulamentando o tema com o bloco europeu.[57]

Em sua origem, as indicações geográficas integraram um conjunto de mudanças importantes na estratégia de política agrícola da UE associada à alteração das metas de subsídios agrícolas, a partir da mudança de um modelo orientado pelo critério de volume para a qualidade dos gêneros agrícolas produzidos. A redução de conflitos em torno da produção agrícola viabilizou o avanço de pautas multilaterais, a consolidação dos primeiros acordos internacionais a promover a conceituação das indicações geográficas e sua relevância na proteção de valor no comércio internacional. A disseminação internacional do instituto influenciou o desenvolvimento de legislações nacionais sobre o tema, incluindo em países do Mercosul como o Brasil, que disciplinou as indicações geográficas por meio da Lei 9.279/1996 – Lei de Propriedade Industrial ("LPI").[58]

Em função de mudança na estratégia de política agrícola da UE, as indicações geográficas ganharam maior relevância na agenda de negociações de acordos comerciais do bloco. Ruiz e Trentini apontam que, desde 2007, a UE passou a negociar o reconhecimento das indicações geográficas no âmbito dos acordos de livre comércio, estratégia que se mostrou bem-sucedida em comparação com as dificuldades de se avançar no tema por meio dos acordos multilaterais. A negociação em acordos multitemáticos também trouxe como benefício a possibilidade de obter o reconhecimento das indicações geográficas sem a necessidade de reconhecimento recíproco ou compensatório de indicações da contraparte.[59]

O acordo de livre comércio com o Mercosul representa uma consolidação da política de reconhecimento e proteção das indicações geográficas da UE no comércio internacional.[60] Sob a perspectiva do Mercosul, D'Hanens aponta que o bloco sul-americano vinculou

[57] COMISSÃO EUROPEIA. Introdução às indicações geográficas. Brasília. 10-11 mar. 2020. Disponível em: https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2020/03/Prote%C3%A7%C3%A3o-das-Indic%C3%A7%C3%B5es-Geogr%C3%A1ficas-brasileiras-na-Uni%C3%A3o-Europeia-convertido.pdf. Acesso em 26.10.2021.

[58] RUIZ, Pedro do Amaral Fernandez e TRENTINI, Flavia. As indicações geográficas no acordo entre Mercosul e União Europeia. 4 out. 2019. Conjur, Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-out-04/direito-agronegocio-indicacoes-geograficas-acordo-entre-mercosul-uniao-europeia. Acesso em 25.10.2021.

[59] Ibidem, 2019.

[60] As indicações geográficas na União Europeia podem ser segmentadas em denominações de origem protegida e indicações geográficas protegidas. As denominações de origem consistem em nomes que identificam produtos cujas qualidades ou características se devem ao meio geográfico, como fatores naturais e humanos. As indicações geográficas protegidas consistem em nomes que identificam produtos em função de determinada qualidade, reputação ou outras características atribuíveis à sua origem geográfica. Vide COMISSÃO EUROPEIA. Introdução às indicações geográficas. Brasília. 10-11 mar. 2020. Disponível em: https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2020/03/Prote%C3%A7%C3%A3o-das-Indic%C3%A7%C3%B5es-Geogr%C3%A1ficas-brasileiras-na-Uni%C3%A3o-Europeia-convertido.pdf. Acesso em 27.10.2021.

estrategicamente a negociação de reconhecimento das indicações geográficas à agenda de negociações para facilitação de exportações de produtos agrícolas à UE, em reação ao forte regime de subsídios acordados junto aos produtores locais europeus.[61] Nesse contexto, medidas como a eliminação ou redução significativa de tarifas comerciais de importação e aumento do limite de quotas para produtos relevantes em volumes de exportação do Mercosul, como carne bovina, açúcar e etanol, foram relevantes nas negociações.

Além disso, dada a influência histórica da imigração europeia sobre a cultura, tradições e idiomas dos países do Mercosul, questões sensíveis ao reconhecimento das indicações geográficas da UE e seu impacto sobre o comércio no Mercosul foram objeto de discussão entre os blocos nas negociações. A vedação da utilização de nomes protegidos, cujo uso histórico e recorrente pelos produtores e comerciantes locais transformaram as denominações em sinônimos de categorias de produtos ou termos de uso comum, como "Parmesão" e "Gorgonzola", foi uma das principais questões discutidas no âmbito do reconhecimento das indicações europeias.

Para essas situações, o Acordo MCS-UE estabelece exceções, admitindo um regime de coexistência com o reconhecimento da utilização prévia dos termos por produtores e comerciantes que utilizam os nomes protegidos de forma contínua, prévia e de boa-fé, mediante atendimento de certas condições (*grandfather*). No contexto brasileiro, os termos "Parmesão" e "Gorgonzola" não terão seu uso permitido para produtores que não estejam registrados dentro do prazo e das condições estabelecidas no Acordo MCS-UE.[62]

Outros nomes protegidos como "Conhaque" e presunto "Parma", mesmo acompanhado de termos como "tipo" ou "estilo", não poderão ser utilizados por produtores que não detenham o registro dessas indicações, estabelecendo-se um prazo de adequação para descontinuação progressiva do uso desses termos no mercado (*phase out*).[63] Por fim, o Acordo MCS-UE

[61] D'HANENS, Laetitia. O incerto futuro das indicações geográficas no acordo de livre comércio em negociação entre o Mercosul e a União Europeia. Migalhas. 29 jan. 2019. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/294740/o-incerto-futuro-das-indicacoes-geograficas-no-acordo-de-livre-comercio-em-negociacao-entre-o-mercosul-e-a-uniao-europeia. Acesso em 25.10.2021.

[62] Ministério das Relações Exteriores – MRE (2019-B). Acordo Mercosul-União Europeia. Audiência Pública. Tema: Consequências do acordo comercial entre o Mercosul e a União Europeia, realizada na Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural (CAPADR), em 20 de agosto 2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/comissoes/comissoes-permanentes/capadr/audiencias-publicas/audiencias-publicas2019/audiencias-publicas-2019>. Acesso em 26.10.2021.

[63] Segundo dados do Ministério das Relações Exteriores, o Acordo MCS-UE ainda prevê outras indicações conforme apresentado em audiência pública realizada na Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural (CAPADR). Vide Ministério das Relações Exteriores – MRE (2019-B). Op. Cit.

possibilita tramitação mais ágil do processo de reconhecimento de novas indicações geográficas dos membros do Mercosul no âmbito do mercado comum europeu.

Conforme explorado nos tópicos anteriores, o uso das indicações geográficas pode resultar em vantagens importantes para os produtores e consumidores. Sob a perspectiva dos consumidores, as indicações geográficas representam um importante mecanismo de informação sobre a qualidade do produto, permitindo a diferenciação em relação a bens concorrentes. Ao final, o consumidor passa a ter um conjunto de informações amplo para escolher entre uma variedade maior de produtos, diminuindo o risco de indução ao erro em relação a produtos genéricos.

Sob a perspectiva dos produtores, vislumbra-se um cenário propício para que as indicações geográficas sejam utilizadas como instrumento para promover o desenvolvimento econômico regional. As indicações geográficas são fatores de diferenciação entre bens concorrentes que reduzem o clássico problema de assimetria de informação entre produtores e consumidores ao sinalizar qualidades e características específicas que contribuem para o aumento do valor agregado do produto no mercado e permitem a cobrança de preços maiores por consumidores dispostos a pagar por esses atributos.[64]

O incremento da receita pode advir tanto do aumento de rentabilidade por produto, da expansão de mercados já existentes ou da conquista de novos mercados, sendo o sinal distintivo do produto um elemento central desse crescimento ao transmitir as informações necessárias para que os consumidores exerçam suas preferências e os produtores justifiquem uma diferenciação no preço cobrado.

Por outro lado, por se tratar de iniciativas coletivas, as indicações geográficas estão sujeitas a comportamentos oportunistas que podem comprometer uma distribuição equitativa dos benefícios decorrentes desses direitos. Mascarenhas e Wilkinson apontam que uma falha na estrutura de controle de qualidade levaria a uma oferta de produtos de baixa qualidade, que comprometeria a reputação do mercado de produtos qualificados por suas indicações geográficas junto aos consumidores.[65]

Ademais, os nomes protegidos podem ser utilizados por todos os produtores que atendam as condições estabelecidas, não havendo uma restrição quanto a quantidade de ofertantes. A proteção das indicações geográficas recai sobre o nome e não sobre o produto ou

[64] MASCARENHAS, G; WILKINSON, J. Indicações geográficas em países em desenvolvimento. Potencialidades e desafios. Revista de Política Agrícola, v. 23, 2014 p. 105. Disponível em: <https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/109727/1/indicacoes-geograficas-em-paises.pdf>. Acesso em 09.12.2021.

[65] Ibidem, 2014, p. 106.

categoria de produtos, mitigando preocupações acerca da utilização desses direitos para criação de reservas de mercado ou da formação de monopólios artificiais. Por exemplo, os produtores que atuem fora dos locais de origem da indicação geográfica continuarão concorrendo no mercado com seus produtos, com a diferença de não poderem utilizar os nomes dessas indicações ou expressões semelhantes que possam induzir o público ao erro quanto a origem dos produtos, coibindo o aproveitamento desses sinais distintivos como fator de vantagem competitiva no mercado.

Agarwal e Barone apontam, contudo, que a ausência de barreiras à entrada para novos produtores limita os benefícios que as indicações geográficas podem trazer aos produtores pioneiros que investem nesse mercado, além de poderem tirar proveito dessa reputação por meio de um efeito carona.[66] Já Filippe e Triboulet alertam quanto aos efeitos negativos sobre as cadeias produtivas em razão de processos com baixa participação de comunidades e cadeias afetadas no reconhecimento das indicações geográficas, e que tendem a favorecer agentes com maior poder econômico e maior grau de informação, bem como excluir produtores menos capitalizados.[67]

Também vale ressaltar que o reconhecimento das indicações geográficas apresenta custos adicionais para atendimento das especificações exigidas, que podem dificultar o acesso de produtores tradicionais que produzem em pequena escala, quando essas exigências estejam relacionadas a fatores de excessiva industrialização no processo de produção, modos de produção específico com baixo rendimento e custos elevados, por exemplo. Conforme também já comentado, há riscos de que as indicações geográficas sejam utilizadas como forma de barreiras não-tarifárias para limitar a competição dos produtos importados, sendo importante avaliar a forma como esses direitos são exercidos, de maneira a coibir seu uso abusivo e despropositado.

Verifica-se, assim, que um elemento chave para promover um desenvolvimento mais sustentável e uma distribuição equitativa dos benefícios econômicos e sociais decorrentes das

[66] AGARWAL, S.; BARONE, M. J. Emerging issues for Geographical Indication branding strategies. Iowa: Iowa

State University, 2005. 21 p. apud MASCARENHAS, G; WILKINSON, J. Indicações geográficas em países em desenvolvimento. Potencialidades e desafios. Revista de Política Agrícola, v. 23, 2014 p. 106. Disponível em: <https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/109727/1/indicacoes-geograficas-em-paises.pdf>. Acesso em 09.12.2021.

[67] FILIPPE, M.; TRIBOULET, P. Coordination des acteurs et valorisation de produits liés à l'origine: les signes d'identification comme signes d'exclusion? **Revue d'Économie Régionale & Urbaine**, Poities, v. 2006, n. 1, p. 103-129, juin 2006. apud MASCARENHAS, G; WILKINSON, J. Indicações geográficas em países em desenvolvimento. Potencialidades e desafios. Revista de Política Agrícola, v. 23, 2014 p. 106. Disponível em: <https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/109727/1/indicacoes-geograficas-em-paises.pdf>. Acesso em 09.12.2021.

indicações geográficas encontra-se na existência de estruturas que viabilizem a organização coletiva das comunidades locais afetadas, permitindo participação efetiva no processo de geração e distribuição de riqueza.

Sob a perspectiva de sustentabilidade, a proteção de valores atrelados a características de origem geográfica, incluindo fatores naturais e humanos, as indicações geográficas podem contribuir para a conservação da biodiversidade, de conhecimentos tradicionais, modos de produção específicos e de paisagens naturais.[68] A vinculação da relação entre a valoração econômica do bem e a conservação desses elementos promove uma estrutura de incentivos que favorece um desenvolvimento econômico mais sustentável e integrado a uma política de desenvolvimento regional, especialmente de regiões que invistem na organização, capacitação e apoio das comunidades locais que possam se beneficiar desses direitos.

Diante dos entraves para o prosseguimento do Acordo MCS-UE, especialmente em razão das exigências europeias por maiores compromissos de preservação ambiental por parte dos países do Mercosul, o avanço do tratamento das indicações geográficas no bloco sul-americano pode representar parte dos esforços em direção a políticas agrícolas e de desenvolvimento econômico mais sustentável.[69]

Santiago *et al*. destaca que produtos dentro do escopo das indicações geográficas se orientam no sentido de valorizar o conhecimento tradicional da população local e demais características naturais do território em que são cultivados (solo, clima, relevo, etc), elementos diretamente relacionados com o desenvolvimento dos atributos que asseguram a qualificação especial desses produtos.[70]

Os autores também destacam que esses produtos trazem impactos positivos sobre arranjos produtivos locais, estimulando a preservação e diversidade de diferentes modos de produção, geralmente caracterizados pela agricultura familiar de pequena escala, que produzem menores impactos ambientais e contribuem para a melhor distribuição de renda. A produção voltada a mercados de qualidade, com maior valor agregado também contribui para a ampliação

[68] PELLIN, Valdinho. Indicações Geográficas e desenvolvimento regional no Brasil: a atuação dos principais atores e suas metodologias de trabalho: *Interações*, Campo Grande, MS, n. 1, p. 75.

[69] SHALDERS, André. Política ambiental brasileira está travando acordo Mercosul-EU, diz embaixador europeu no Brasil. 15 dez. 2020. BBC News. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55320832. Acesso em 09.12.2021.

[70] SANTIAGO, Débora Gomide. Et. al. Ministério da Agricultura e o fomente às indicações geográficas no Brasil. Cap. 3 Indicações Geográficas, Signos Coletivos e Desenvolvimento Local/Regional - Vol. 2/Adriana Carvalho Pinto

Vieira, Ana Elisa Bressan Smith Lourenzani, Kelly Lissandra Bruch, Liliana Locatelli, Ludimila Cesar Moura Gaspar - Erechim: Deviant, 2019.

de renda dos produtores locais, incentivo e fortalecimento de cooperações regionais e boas práticas de produção e fabricação, além de fomentar o turismo local.[71]

Há de se ressaltar também que o Acordo MCS-UE tem o potencial de aumentar o acesso de comunidades rurais e tradicionais localizadas em regiões com menores índices de desenvolvimento econômico e social ao mercado comum europeu. Nesse contexto, o uso das indicações geográficas pode promover maior valor agregado e diferencial competitivos aos produtos produzidos nessas comunidades, permitindo que possam competir com bens concorrentes convencionais oriundos de agentes com maior poder econômico. O potencial aumento de recursos provenientes desses bens tende a estimular maiores investimentos no desenvolvimento e proteção de cadeias produtivas regionais e locais, proporcionando maior geração de empregos e renda em torno das economias locais.

Segundo análise dos impactos econômicos de indicações geográficas realizada pela Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura – FAO e o Banco Europeu para Reconstrução e Desenvolvimento, as indicações geográficas agregam aumento médio de 20% a 50% nos preços dos produtos.[72] Considerando o tamanho do mercado comum europeu e a facilitação do intercâmbio comercial entre os dois blocos, as perspectivas de aumento do volume de exportações trazem oportunidades promissoras para os produtores brasileiros.

A UE é a segunda maior parceira comercial do Mercosul e maior importador mundial de produtos agrícolas, tendo importado US$ 182 bilhões em 2018. O Brasil é o segundo maior fornecedor de produtos agrícolas do mercado europeu e quarto maior destino de investimentos diretos extrabloco da UE.[73] Em razão do Acordo MCS-UE, o Ministério da Economia estima que o PIB brasileiro aumentará cerca de US$ 87,5 bilhões em 15 anos, podendo chegar a US$ 125 bilhões se considerada a redução das barreiras não-tarifárias e o incremento da produtividade total dos fatores de produção. [74]

---

[71] Ibidem, 2019.

[72] *This study confirms a significant positive effect of GIs on price, regardless of the type of product, the region of origin, and whether the GI is long-established or recently registered. […] In most cases, the premium is between 20 and 50* percent. Vide ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO E A AGRICULTURA. Strengthening sustainable food systems through geographical indications. An analysis of economic impacts. Roma: 2018, p. xi. Disponível em: https://www.fao.org/policy-support/tools-and-publications/resources-details/en/c/1175499/. Acesso em 27.10.2021

[73] Dados divulgados pelo Governo Brasileiro em resumo informativo elaborado sobre o Acordo. Vide BRASIl. Ministério das Relações Exteriores. Resumo Informativo elaborado pelo governo brasileiros sobre o acordo de associação Mercosul-UE. 4 jul. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/mre/pt-br/arquivos/documentos/politica-externa-comercial-e-economica/2019_10_24__Resumo_Acordo_Mercosul_UE_CGNCE.pdf. Acesso em 27.10.2021.

[74] Segundo dados do Itamaraty em apresentação do Acordo à Comissão de Agricultura da Câmara dos Deputados, em 2018, foram exportados cerca de US$ 14 bilhões em produtos agrícolas, 32% da pauta exportadora brasileira, com destaque para insumos para ração animal (mais de US$ 3,4 bilhões), café (US$ 2,3 bilhões),

Segundo Resumo Informativo elaborado pelo Governo Brasileiro, o Acordo MCS-UE deve liberalizar mais de 90% do comércio bilateral, considerando compromissos de desgravação tarifária imediatas e períodos de 4, 8, 10 e 15 anos, além de casos de desgravação parcial. Antes do Acordo MCS-UE, apenas 24% das exportações brasileiras, em termos de linhas tarifárias, ingressavam na UE livres de tarifas. Por outro lado, os produtos do setor agropecuário serão menos afetados por essas desgravações na medida em que a UE possui um sistema complexo de proteção do setor que envolve quotas de importação, tarifas intraquotas e tarifas específicas, que serão mantidas para a importação de diversos produtos agropecuários. Para esses casos, contudo, o Acordo MCS-UE prevê melhores condições de acesso do Mercosul ao mercado europeu por meio da eliminação ou redução de tarifas intraquotas e aumento das quotas de importação.[75]

A esse respeito, Nonnenberg e Ribeiro apontam, em análise preliminar do Acordo MCS-UE, que a sujeição de parte importante de produtos agropecuários do Mercosul ao regime de quotas deve limitar os ganhos do bloco. No entanto, reconhecem que as condições negociados no Acordo MCS-UE devem promover aumento efetivo de acesso ao mercado para produtos com restrições de quotas, considerando que as quotas concedidas são maiores que as exportações atuais e outros produtos devem se beneficiar da redução de tarifas sobre volumes já exportados atualmente, gerando ganhos em redução de preços aos consumidores e aumento de margens dos produtores.[76]

Dessa forma, o advento do Acordo MCS-UE surge como uma oportunidade para que os membros do Mercosul invistam na divulgação e promoção das indicações geográficas como parte de suas políticas agrícolas e econômicas, sobretudo aproveitando o aumento da popularidade e interesse decorrente do reconhecimento relevante de indicações geográficas. É preciso destacar também, a facilitação dos procedimentos de reconhecimento das indicações geográficas na UE, a potencialidade de ganhos econômicos envolvidos, a perspectiva de os produtos brasileiros e sul-americanos obterem maior prestígio e reconhecimento no mercado internacional e mesmo a nível das respectivas economias nacionais.

---

oleaginosas e grãos (US$ 2 bilhões), preparações alimentícias vegetais (US$ 1,3 bilhão) e carnes (US$ 989 milhões). Para os quatro primeiros produtos, o Brasil já se destaca entre os cinco maiores fornecedores da UE, mesmo considerando os fornecedores europeus intrazona.

[75] BRASIL (Ministério das Relações Exteriores). Resumo Informativo elaborado pelo governo brasileiro sobre o acordo de associação Mercosul-UE. 4 jul. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/mre/pt-br/arquivos/documentos/politica-externa-comercial-e-economica/2019_10_24__Resumo_Acordo_Mercosul_UE_CGNCE.pdf. Acesso em 27.10.2021.

[76] NONNENBERG, Marcelo José Braga e RIBEIRO, Fernando José. Análise preliminar do acordo Mercosul-União Europeian. IPEA. Carta de Conjuntura, nº 44, 3º trimestre de 2019.

Os impactos decorrentes do reconhecimento mútuo das indicações geográficas para o Brasil no Acordo MCS-UE podem ser resumidos no quadro abaixo:

Impactos da inclusão das indicações geográficas no Acordo MCS-UE para o Brasil

Benefícios	Riscos
• Aumento da diferenciação, valor agregado e proteção da reputação dos produtos brasileiros. • Maior acesso e exposição de produtos brasileiros ao mercado comum europeu. • Valorização de conhecimentos tradicionais, saber-fazeres, formas tradicionais de produção, desenvolvimento rural, turismo local e cadeias produtivas locais. • Aumento de incentivos para preservação do meio ambiente e biodiversidade local. • Geração de empregos e melhor distribuição de renda em torno de economias locais. • Mercado brasileiro apresenta classe média numerosa e um mercado interno de grandes proporções com alto potencial de consumo. • Tramitação mais ágil do processo de reconhecimento de novas indicações geográficas brasileiras no mercado comum europeu.	• Custos elevados decorrentes de sistemas de produção específicos, necessidade de maior capital, capacitação para organização da produção e informação em comparação aos produtos convencionais. • Baixa propensão da população brasileira para consumo de produtos com maior valor agregado. • Necessidade de aprimoramento da organização coletiva de produtores brasileiros voltado ao desenvolvimento de mercados para indicações geográficas brasileiras. • Falta de políticas públicas para o reconhecimento, promoção e manutenção das indicações geográficas brasileiras a nível nacional e internacional. • Possível exercício abusivo de direito e do poder econômico como forma de restringir a concorrência no mercado. • Falhas nas estruturas de controle podem favorecer comportamentos oportunistas de novos produtores e prejudicar a reputação desse mercado.

Fonte: elaborado pelos autores[77]

O Brasil apresenta características que tendem a potencializar a utilização das indicações geográficas. Mascarenhas e Wilkinson[78] destacam a crescente classe média brasileira, a existência de diversos biomas e biodiversidade em território nacional, a influência de culturas diversas potencializada por históricas migrações internas, a existência de sistemas jurídicos convergentes com países europeus, legislação própria sobre o tema (LPI e TRIPS), órgão de registro (INPI), instituições de apoio, proteção e valorização do patrimônio histórico e cultural, bem como características da atividade agropecuária (excelência na pesquisa agropecuária,

[77] Baseado na leitura das seguintes obras: MASCARENHAS, G; WILKINSON, J. Op. Cit. p. 103-115; PELLIN, V. Op. Cit. 2019; SANTIAGO et. al. Op. Cit. 2019; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO E A AGRICULTURA. Op. Cit. 2018, p. xi.

[78] MASCARENHAS, G.; WILKINSON, J. Desafios institucionais e operacionais das IGs no Brasil. In: NIEDERLE, P. (Org.). Indicações Geográficas: qualidade e origem nos mercados alimentares. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2013. p. 261-283. (UFRGS. Série Estudos Rurais).

experiência exportadora, políticas de fomento a pequenas empresas e agricultura familiar) que facilitam o reconhecimento, valorização e aproveitamento das indicações geográficas no Brasil.

Aproveitar as oportunidades econômicas e benefícios sociais decorrentes requer atenção no fortalecimento das redes de apoio formadas por parcerias entre o Estado, empresas, instituições de fomento e organizações do terceiro setor que apoiem o desenvolvimento de mercados para as indicações geográficas brasileiras e aproximem os agentes sociais dessa interação. Além de potencializar o ganho de benefícios econômicos para tais comunidades, as indicações geográficas limitam o uso indevido e abusivo desses recursos por terceiros, ajudando na preservação desses recursos.[79]

Para tanto, é preciso que o uso das indicações geográficas faça parte de uma estratégia nacional e regional de desenvolvimento. É essencial que as comunidades contem com o apoio político de seus governos, a partir de iniciativas que promovam o acesso ao conhecimento desses instrumentos jurídicos pelas diferentes comunidades locais, oferta de assessoria técnica para tornar efetiva a utilização desses instrumentos, a capacitação para gestão desses negócios a médio e longo prazo, a formação de capital social e provisão de uma infraestrutura adequada que facilite a identificação, instrução e o registro das indicações geográficas, além de promover acesso a capital para financiamento desses empreendimentos.[80]

Não é sem razão que os membros do Mercosul adotaram, por meio da Decisão 10/19, um Acordo para a Proteção Mútua das Indicações Geográficas Originárias nos Territórios dos Estados Partes, que busca facilitar a proteção das indicações geográficas dos membros em todo território do bloco, com foco em produtos agrícolas, agroalimentares e bebidas alcoólicas.[81] Tal acordo não excede compromissos internacionais já assumidos pelos membros e suas legislações domésticas, mas estabelece considerações sobre proteção da concessão de indicações geográficas de países terceiros, admitindo a coexistência de indicações homônimas em relação a indicações originárias do território dos membros.

[79] MASCARENHAS, G; WILKINSON, J. Indicações geográficas em países em desenvolvimento. Potencialidades e desafios. Revista de Política Agrícola, v. 23, p. 103-115, 2014. Disponível em: <https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/109727/1/indicacoes-geograficas-em-paises.pdf>. Acesso em 10.10.2021.

[80] WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. O desenvolvimento de uma estratégia nacional sobre a propriedade intelectual, os conhecimentos tradicionais e as expressões culturais tradicionais. Nota Informativa nº 3. Genebra, 2016. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_tk_3.pdf Acesso em 25.10.2021.

[81] MERCOSUL. Acordo para a Proteção Mútua das Indicações Geográficas Originárias nos Territórios dos Estados Partes. 2019.Disponível em: http://siscomex.gov.br/wp-content/uploads/2021/02/Acordo-Indicacoes-Geograficas-MERCOSUL-PDF-Assinado.pdf. Acesso em 27.10.2021.

Trata-se de um conjunto de iniciativas adotadas pelos Estados do Mercosul para incentivar o conhecimento de suas indicações geográficas, sobretudo pela necessidade de estabelecer regras e procedimentos de elaboração de listas nacionais que possam ser validadas entre os países do bloco. Também há de se destacar a atuação de autoridades nacionais, como a Direção Nacional de Propriedade Intelectual do Paraguai que reúne esforços para conscientizar produtores locais e apoiar o registro nacional dessas indicações geográficas, como uma das formas de potencializar o reconhecimento dessas indicações no Acordo MCS-UE.[82]

No Brasil, estudo sobre o potencial da indicação geográfica como ferramenta de desenvolvimento regional no Recôncavo Baiano elaborado por Branco et al. aponta a necessidade de ampliação de acesso ao conhecimento pelas comunidades locais, a oferta de assessoria técnica e estrutura adequada para que essas populações possam se beneficiar desses direitos. Outro ponto indicado pelos autores é a necessidade de fornecer apoio para maior organização coletiva entre os produtores locais e regionais em diferentes elos da cadeia produtiva, como maneira de reduzir o problema da dispersão e pequena escala de produção, bem como fortalecer o poder de barganha da comunidade frente a outros agentes com maior poder econômico e potencializar o alcance dos ganhos para os seus participantes, incentivando o desenvolvimento rural sustentável do território.[83]

De fato, conforme também reconhecem Mascarenhas e Wilkinson, a insuficiência de políticas públicas específicas direcionadas ao reconhecimento, manutenção e promoção das indicações geográficas brasileiras representa o principal desafio para que esse instituto possa gerar os benefícios esperados para as cadeias produtivas e desenvolvimento local. A existência de indefinições quanto ao foco das políticas, como a priorização de um setor, o desenvolvimento de localidades específicas, bem como lacunas legislativas que apresentem contornos, objetivos e limites mais claros da política implementada, que possibilitem melhor uso dos recursos e atuação mais efetiva das instituições de fomento e apoio são apontados pelos autores como problemas do contexto brasileiro.[84]

Ademais, os autores identificam problemas na formação e desenvolvimento de um mercado para as indicações geográficas brasileiras tanto sob a perspectiva da oferta como da

[82] Vide informações divulgadas pelo governo paraguaio, disponível em: https://www.ip.gov.py/ip/mediante-campanas-ferias-capacitaciones-y-asistencia-tecnica-el-ipa-busca-promover-la-artesania-nacional/. Acesso em 27.10.2021.

[83] BRANCO, N. P. M. C. S.; CAZUMBA, I. R. S.; ANDRADE, A. C. B. A. et. al. Indicações Geográficas (IGS) como ferramenta de desenvolvimento regional: uma prospecção tecnológica sobre IGS relacionadas à farinha e mandioca; e o potencial da IG da farinha de mandioca copioba do Recôncavo Baiano. Revista Geintec. São Cristóvão/SE, 2013, v.3, n. 5, p. 205-220.

[84] MASCARENHAS, G; WILKINSON, J. Op. Cit. 2014, p. 111.

demanda. A maioria dos consumidores brasileiros possui pouca familiaridade no consumo de produtos de maior valor agregado vinculados à origem geográfica, como se demonstra pela baixa penetração desses produtos no mercado brasileiro. Existe uma cultura brasileira de produção agropecuária fortemente orientada pela produtividade e um público consumidor doméstico não tão exigente em termos de padrão de qualidade em comparação com a maior parte do público consumidor de países da UE, já mais adaptados a esse tipo de produtos. Vale salientar ainda que o contexto brasileiro, assim como dos demais membros do Mercosul é caracterizado por realidades sociais diversas do contexto europeu, em que a maioria da população apresenta baixo poder aquisitivo, restrições de renda, além de fenômenos inflacionários, o que contribui para explicar a incipiência do desenvolvimento de mercados de produtos com maior valor agregado nesses países.

De outro lado, os produtores brasileiros e os agentes das cadeias produtivas locais ainda possuem baixa percepção das potencialidades econômicas das indicações geográficas, como forma de agregação de valor e proteção de reputação dos produtos brasileiros, as oportunidades para expansão de negócios em mercados de nicho e o uso desses direitos como ferramenta de desenvolvimento local. Contribuem ainda para o baixo interesse nesses mercados, a baixa escala de oferta, pouca diversidade de produtos disponíveis, restrições de renda do público consumidor e custos de produção mais elevados em comparação aos produtos convencionais.[85]

Os problemas identificados pelos autores requerem a implementação de políticas públicas específicas que tragam maior clareza quanto à definição de funções para as instituições que participam do processo, estratégias mais bem definidas quanto à destinação dos recursos e objetivos que se pretendem ver alcançados no escopo de uma política mais ampla de desenvolvimento regional. Ademais, verifica-se a necessidade de investir no desenvolvimento de mercados voltados para as indicações geográficas brasileiras, o que passa por incentivos no processo de reconhecimento, manutenção e promoção do instituto no mercado brasileiro, o apoio técnico, gerencial e financeiro a pequenos produtores e uma mudança de cultura voltada a consumo de produtos com maior padrão de qualidade com a valorização de produtos com origem nacional.

A esse respeito, Pellin aponta que a atuação de atores como o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA, INPI, SEBRAE, universidades e instituições de pesquisa é fundamental para estimular a identificação, o desenvolvimento, reconhecimento e promoção de novas indicações geográficas brasileiras. Em trabalho que explora as diferentes

[85] Ibidem, 2014.

metodologias de trabalho e contribuições desses agentes, o autor verifica que há uma diversidade de abordagens, que incluem preocupações de caráter mais técnico relacionado a procedimentos de registro, elaboração de projetos, foco sobre a sustentabilidade econômica e financeira dos negócios, até abordagens interdisciplinares que incluem preocupações amplas sobre sustentabilidade ambiental, cultural, fortalecimento da governança local e da cadeia produtiva do setor como um todo.[86]

O uso das indicações geográficas como ferramenta de desenvolvimento regional e exploração do potencial proporcionado pelo Acordo MCS-EU depende de políticas voltadas ao crescimento desse instituto no Brasil. É imprescindível contar com o apoio do Estado, bem como de empresas e instituições que colaborem na disseminação de conhecimento, acesso e efetividade de políticas públicas específicas. A potencialidade econômica e as demandas por maiores compromissos de sustentabilidade ambiental podem ser bons pretextos para o desenvolvimento das indicações geográficas no Brasil e no Mercosul.

4. CONCLUSÃO

O uso das indicações geográficas como forma de diferenciar bens no mercado, a partir da valorização de elementos relacionados à cultura, história e outros signos imateriais, pode se converter em ferramenta propulsora do desenvolvimento de uma região marginalizada, ao agregar valor aos produtos e cadeias produtivas locais e ampliar o acesso de comunidades tradicionais ao mercado, tanto em âmbito nacional como internacional.

A valorização desses produtos retoma uma tendência internacional de países que há muito se utilizam das indicações geográficas como forma de mudança dos padrões de consumo de seus mercados internos. O presente artigo procurou compreender de que maneira funcionam as indicações geográficas no Brasil, além de tomar como paradigma de análise a União Europeia que é a líder mundial em registros de produtos com certificado de origem e referência de qualidade.

Nesse sentido, foram abordados os impactos da utilização das indicações geográficas naquele bloco econômico e de que forma a sua adoção como política pública de fomento no Brasil pode elevar o patamar da política agrícola nacional. Adicionalmente, buscou-se analisar os efeitos econômicos subsidiários dessas políticas, como incremento da demanda, geração de

[86] PELLIN. Valdinho, Desenvolvimento territorial sustentável: A experiência do mapa no estímulo às indicações geográficas em Santa Catarina. IGEPEC, TOLEDO, v. 23, n.1, p. 74-92, jan./jun. 2019. p. 75.

emprego, fortalecimento da cadeia produtiva, agregação de valor, além de aumento do turismo e proteção de elementos históricos, culturais e ambientais.

Em contrapartida, esse potencial esbarra em aspectos do seu uso com a criação de assimetrias comerciais, com criação de entraves e barreiras não-tarifárias, gerando uma verdadeira guerra comercial, já que há sistemas diferentes de proteção dos produtos com qualidades diferenciadas no mundo, como Estados Unidos que adota a marca coletiva, e a União Europeia, com as indicações geográficas.

Por fim, verificou-se que o acordo comercial entre Mercosul e União Europeia tende a potencializar o uso das indicações geográficas como ferramenta de desenvolvimento econômico com a redução de desigualdades regionais, especialmente pelo reconhecimento expressivo de indicações no mercado comum europeu, que devem ampliar o acesso de produtores e comunidades ao mercado europeu, criando oportunidades que estimulem o crescimento das indicações geográficas no Brasil e no Mercosul.

A exploração do potencial que o Acordo MCS-EU pode proporcionar em relação ao crescimento das indicações geográficas está fortemente relacionado com a capacidade dos países do Mercosul de adotarem, seja em âmbito nacional, seja no âmbito regional, políticas públicas específicas. Diversos trabalhos e pesquisas demonstram que a utilização das indicações geográficas como instrumento de redução das desigualdades regionais está relacionada a iniciativas que: (i) promovam o acesso ao conhecimento, capital e os benefícios do instituto às respectivas populações; (ii) facilitem procedimentos de registros nos órgãos de propriedade industrial; e (iii) fomentem redes de apoio com empresas, entidades do terceiro setor e instituições de pesquisa, aumentando a capilaridade de atuação dessas entidades e se aproximando de produtores e comunidades.

No contexto de diversos entraves envolvendo questões ambientais e a exigência por compromissos concretos de sustentabilidade, o desenvolvimento de políticas que estimulem o crescimento das indicações geográficas, aproveitando os incentivos gerados pelo Acordo com a UE, pode integrar parte de um compromisso do Brasil e do Mercosul em direção a um desenvolvimento mais sustentável, com externalidades positivas para as economias nacionais e regional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGARWAL, S.; BARONE, M. J. Emerging issues for Geographical Indication branding strategies. Iowa: Iowa

State University, 2005. 21 p. apud MASCARENHAS, G; WILKINSON, J. Indicações geográficas em países em desenvolvimento. Potencialidades e desafios. Revista de Política Agrícola, v. 23, 2014 p. 106. Disponível em: <https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/109727/1/indicacoes-geograficas-em-paises.pdf>. Acesso em 09.12.2021.

ALAVOINE-MORNAS, F. Fruit and vegetables of typica local areas: consumers' perception and valorization strategies through distributors and producers. In: EUROPEAN ASSOCIATION OF AGRICULTURAL ECONOMISTS. Seminar, 52., 1997, Parma. Seminar on typical and traditional productions: rural effect and agro-industrial problems: proceedings. Parma: Università di Parma, 1998. p. 317-329. Edited by Filippo Arfini and Cristina Mora. Disponível em: <https://ageconsearch.umn.edu/record/231283/files/F ... %20local%20areas.pdf>. Acesso em: 28.09.2021

AVENII, Alessandro. Indicações geográficas: introdução a pesquisa / Alessandro Aveni, organizador. –Brasília: Universidade de Brasília, Centro de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico, 2019. 121 p. 12. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/35233/1/LIVRO_IndicacoesGeograficasIntroducao.pdf#page=10. Acesso: 12/10/2021

BARJOLLE, D.; ALLAIRE, G.; TISENKOPFS, T. Empirical evidences on rural development impact. Rome: FAO/SINER-GI Meeting, 2008.

_____ D. PAUS, M.; PERRET, A. Impacts of Geographical Indications Review of Methods and Empirical Evidences. In: INTERNATIONAL ASSOCIATION OF AGRICULTURAL ECONOMISTS CONFERENCE. Anais… Beijing: IAAE, 2009. Disponível em: https://ideas.repec.org/p/ags/iaae09/51737.html. Acesso em: 20.09.2021

BELAS, C. A. Artesanato e indicação geográfica: uma nova agenda de pesquisa e desenvolvimento nos países emergentes. *In*: NIEDERLE, P. A. (Org.). *Indicações Geográficas*: *qualidade e origem nos mercados alimentares*. Porto Alegre: UFRGS, 2013.

BLUME, Roni & PEDROZO, Eugenio Avila, 2008. "As Indicações Geográficas: Barreira Não Tarifaria Ou Dinamizadora De Desenvolvimento Local/Regional?," 46th Congress, July 20-23, 2008, Rio Branco, Acre, Brazil 109784, Sociedade Brasileira de Economia, Administracao e Sociologia Rural (SOBER). Disponível em: <https://ideas.repec.org/p/ags/sbrfsr/109784.html>. Acesso em: 20.09.2021.

BRANCO, N. P. M. C. S.; CAZUMBA, I. R. S.; ANDRADE, A. C. B. A. et. al. Indicações Geográficas (IGS) como ferramenta de desenvolvimento regional: uma prospecção tecnológica sobre IGS relacionadas à farinha e mandioca; e o potencial da IG da farinha de mandioca copioba do Recôncava Baiano. Revista Geintec. São Cristóvão/SE, 2013, v.3, n. 5, p. 205-220.

BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 22.10.2021.

_____. Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Promulgou a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT.

_____. INPI. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/indicacoes-geograficas/arquivos/status-pedidos/LISTACOMASINDICAESDEPROCEDNCIARECONHECIDAS.At10Ago2021.pdf > Acesso em 11.10.2021

_____. INPI. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/indicacoes-geograficas/arquivos/status-pedidos/LISTACOMASDENOMINAESDEORIGEMRECONHECIDAS.At03Ago2021.pdf.> Acesso em 11.10.2021

_____. Ministério das Relações Exteriores. Resumo Informativo elaborado pelo governo brasileiro sobre o acordo de associação Mercosul-UE. 4 jul. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/mre/pt-br/arquivos/documentos/politica-externa-comercial-e-economica/2019_10_24__Resumo_Acordo_Mercosul_UE_CGNCE.pdf. Acesso em 26.10.2021.

BRUCH, K. L.; VITROLLES, D.; LOCATELLI, L.. Diferenças entre indicações geográficas e outros sinais distintivos. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (org). Curso de propriedade intelectual & inovação no agronegócio: Módulo II, indicação geográfica. / Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento ; organização Claire Marie Cerdan, Kelly Lissandra Bruch e Aparecido Lima da Silva. – 2ª ed. – Brasília : MAPA, Florianópolis : SEaD/UFSC/FAPEU, 2010. p. 86.

CABRAL, Danièle H. Q. Análise comparativa dos sistemas de proteção dos nomes de origem no Brasil e na França. Desenvolvimento Regional em Debate, vol. 9, núm. Esp.2, Universidade do Contestado. (2019). p 184-202. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/5708/570864650009/html/>. Acesso em: 10.09.2021.

CERDAN, C.; BRUCH, K; VITROLLES, D.; Gestão e controle pós-reconhecimento das indicações geográficas. IN Curso de propriedade intelectual & inovação no agronegócio: Módulo II, indicação geográfica / Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; organização Claire Marie Cerdan, Kelly Lissandra Bruch e Aparecido Lima da Silva. – 2ª ed. – Brasília: MAPA, Florianópolis: SEaD/UFSC/FAPEU, 2010. P. 376.

CERDAN, C. Indicações geográficas e estratégias de desenvolvimento territorial. In: NIEDERLE, P.A. (Org.) Indicações Geográficas: qualidade e origem nos mercados alimentares. 1. ed. Porto Alegre: UFRGS, 2013, p. 125-150.

CERVIÑO, Alberto Casado e PRADA, Begoña Cerro. GATT y propiedad industrial: la tutela de los derechos de propiedad industrial y el sistema de resolución de conflictos em el Acuerdo GATT. Madrid: Tecnos, 1994. p. 69.

CHAMPEDRONE, M. La valorización de la tipicidad cultural y territorial de productos mediante certificaciones en países de América Latina. *In*: FROEHLICH, J. M. (Org.). *Desenvolvimento territorial*: produção, identidade e consumo. Ijuí: UNIJUÍ, 2012.

COMISSÃO EUROPEIA. Introdução às indicações geográficas. Brasília. 10-11 mar. 2020. Disponível em: https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2020/03/Prote%C3%A7%C3%A3o-das-Indic%C3%A7%C3%B5es-

Geogr%C3%A1ficas-brasileiras-na-Uni%C3%A3o-Europeia-convertido.pdf. Acesso em 26.10.2021.

D'HANENS, Laetitia. O incerto futuro das indicações geográficas no acordo de livre comércio em negociação entre o Mercosul e a União Europeia. Migalhas. 29 jan. 2019. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/294740/o-incerto-futuro-das-indicacoes-geograficas-no-acordo-de-livre-comercio-em-negociacao-entre-o-mercosul-e-a-uniao-europeia. Acesso em 25.10.2021.

EUROPEAN COMMISSION, Workshops on Geographical Indications – Development and use of specific instruments to market origin-based agricultural products in African – ACP countries Brussels – Belgium (s.d). Disponível em: http://ec.europa.eu/agriculture/events/2014/gi-workshops/training-brochure_en.pdf. Acesso em 10.10.2021.

FILIPPE, M.; TRIBOULET, P. Coordination des acteurs et valorisation de produits liés à l'origine: les signes
d'identification comme signes d'exclusion? **Revue d'Économie Régionale & Urbaine**, Poities, v. 2006, n. 1,
p. 103-129, juin 2006. apud MASCARENHAS, G; WILKINSON, J. Indicações geográficas em países em desenvolvimento. Potencialidades e desafios. Revista de Política Agrícola, v. 23, 2014 p. 106. Disponível em: <https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/109727/1/indicacoes-geograficas-em-paises.pdf>. Acesso em 09.12.2021.

GIOVANNUCCI, D., T. JOSLING, W.A. Kerr, B. O'Connor and M.T. Yeung (2009). Guide to Geographical Indications – Linking Products and Their Origins, Geneva: International Trade Centre.

GLASS, R.F.; CASTRO, A .M. G. As indicações geográficas como estratégia mercadológica para vinhos. Brasília: Embrapa Informação Tecnológica, 2009. Disponível em: https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/110490/1/Texto-35.pdf. Acesso em: 15.10.2021

GOLLO, S. S.; CASTRO, A. W. V. Indicações geográficas no Brasil: as indicações de procedências já outorgadas e as áreas e produtos com potencial de certificação. In: CONGRESSO DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE ECONOMIA, ADMINISTRAÇÃO E SOCIOLOGIA RURAL, 46., 2008, Rio Branco, AC. Anais [...]. Rio Branco, AC: SOBER, 2008. *apud* PELLIN, Valdinho. Indicações Geográficas e desenvolvimento regional no Brasil: a atuação dos principais atores e suas metodologias de trabalho

GUEDES, C. A. M.; SILVA, R. Agri-food geographical indications, policies, and social management: Argentina, Brazil, and the Spanish experience in the European context. *Análise Social*, Lisboa, v. XLIX (2), n. 211, p. 408-29, 2014. Disponível em: <https://hdl.handle.net/11441/74237>. Acesso em: 15.10.2021.

GROTE, U. Environmental Labeling, Protected Geographical Indications and the Interests of Developing Countries. The Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy. Volume 10 Number 1 2009/p. 94-110.

HUYSMANS, Daniele C. M. The Impact of Protecting EU Geographical Indications in Trade Agreements. American Journal of Agricultural Economics Early View. 07 May 2021. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/ajae.12226> . Acesso em 26.10.2021.

JOSLING, T. The War on Terroir: geographical indications as a transatlantic trade conflict. Journal of Agricultural Economics, Hampshire, v. 57, n. 3, p. 337-363, 2006. apud Blume, et. al.. Op. Cit.

MASCARENHAS, G.; WILKINSON, J. Desafios institucionais e operacionais das IGs no Brasil. In: NIEDERLE, P. (Org.). Indicações Geográficas: qualidade e origem nos mercados alimentares. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2013. p. 261-283. (UFRGS. Série Estudos Rurais). Acesso em 10.12.2021.

_____. Indicações geográficas em países em desenvolvimento. Potencialidades e desafios. Revista de Política Agrícola, v. 23, p. 103-115, 2014. Disponível em: <https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/109727/1/indicacoes-geograficas-em-paises.pdf>. Acesso em 10.10.2021.

MEDEIROS. ML; PASSADOR, CS.; PASSADOR, JL. Implications of geographical indications: a comprehensive review of papers listed in CAPES' journal database. M.L. Medeiros et al. / RAI Revista de Administração e Inovação 13 (2016) 315–329. Disponível em http://dx.doi.org/10.1016/j.rai.2016.09.002. Acesso em: 25.09.2021.

MERCOSUL. Acordo para a Proteção Mútua das Indicações Geográficas Originárias nos Territórios dos Estados Partes. 2019.
Disponível em: http://siscomex.gov.br/wp-content/uploads/2021/02/Acordo-Indicacoes-Geograficas-MERCOSUL-PDF-Assinado.pdf. Acesso em 27.10.2021.

NIEDERLE, Paulo A. Desenvolvimento, Instituições e Mercados Agroalimentares: Os usos das Indicações Geográficas. Desenvolvimento Regional em Debate, vol. 4, núm. 2, julio-diciembre, 2014, pp. 21-43 Universidade do Contestado Canoinhas, Brasil. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=570862017003>. Acesso em: 21.09.2021.

NONNENBERG, Marcelo José Braga e RIBEIRO, Fernando José. Análise preliminar do acordo Mercosul-União Europeian. IPEA. Carta de Conjuntura, nº 44, 3º trimestre de 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO E A AGRICULTURA. Strengthening sustainable food systems through geographical indications. An analysis of economic impacts. Roma: 2018, p. xi. Disponível em: https://www.fao.org/policy-support/tools-and-publications/resources-details/en/c/1175499/. Acesso em 27.10.2021.

PELLIN. Valdinho, Desenvolvimento territorial sustentável: A experiência do mapa no estímulo às indicações geográficas em Santa Catarina. IGEPEC, TOLEDO, v. 23, n.1, p. 74-92, jan./jun. 2019. p. 66

_____. Indicações Geográficas e desenvolvimento regional no Brasil: a atuação dos principais atores e suas metodologias de trabalho: Interações, Campo Grande, MS, n. 1, p. 75.

PEREIRA, M. E. B. G.; LOURENZANI, A. E. B. S.; WATANABE, K. Indicações Geográficas como estratégia de desenvolvimento: o caso do Norte Pioneiro do Paraná. *Interações*, Campo Grande, v. 19, n. 3, p. 515-28, jul./set. 2018.

RUIZ, Pedro do Amaral Fernandez e TRENTINI, Flavia. As indicações geográficas no acordo entre Mercosul e União Europeia. 4 out. 2019. Conjur. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-out-04/direito-agronegocio-indicacoes-geograficas-acordo-entre-mercosul-uniao-europeia. Acesso em 25.10.2021.

SANTIAGO, Débora Gomide. et al. Ministério da Agricultura e o fomento às indicações geográficas no Brasil. Cap. 3. Indicações Geográficas, Signos Coletivos e Desenvolvimento Local/Regional - Vol. 2. Vieira, Ana Elisa Bressan Smith Lourenzani, Kelly Lissandra Bruch, Liliana Locatelli, Ludimila Cesar Moura Gaspar - Erechim: Deviant, 2019.

SHALDERS, André. Política ambiental brasileira está travando acordo Mercosul-EU, diz embaixador europeu no Brasil. 15 dez. 2020. BBC News. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55320832. Acesso em 09.12.2021.

TRADE PART OF THE EU-MERCOSUR ASSOCIATION AGREEMENT. Vide Anexo II do Capítulo de Propriedade Intelectual do Acordo. Disponível em: https://www.gov.br/mre/pt-br/arquivos/documentos/politica-externa-comercial-e-economica/Anexos_de_Propriedade_Intelectual__Legislao__Indicaes_Geogrficas.pdf. Acesso em 25.10.2021.

VANDECANDELAERE, E.; TEYSSIER, C.; JEANNEAUX, P.; FOURNIER, S.; BEUCHERIE, O. Strengthening sustainable food systems through geographical indication: an analysis of economic impacts. *European Bank for Reconstruction and Development (EBRD)*, 2018. Disponível em: https://www.fao.org/3/I8737EN/i8737en.pdf. Acesso em: 22.10.2021.

VALENTE, M. E. R.; PEREZ, R.; RAMOS, A. M.; CHAVES, J. B. P. Indicação Geográfica de alimentos e bebidas no Brasil e na União Europeia. *Ciência Rural,* Santa Maria, v. 42, n. 3, p. 551-58, mar. 2012.

VIJU, Crina & YEUNG, May & KERR, William. (2012). Geographical Indications, Barriers to Market Access and Preferential Trade Agreements. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/238596562_Geographical_Indications_Barriers_to_Market_Access_and_Preferential_Trade_Agreements>. Acesso em: 20.10.2021.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. O desenvolvimento de uma estratégia nacional sobre a propriedade intelectual, os conhecimentos tradicionais e as expressões culturais tradicionais. Nota Informativa nº 3. Genebra, 2016. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_tk_3.pdf. Acesso em 25.10.2021.

_____. WIPO. Disponível em: <https://www3.wipo.int/ipstats/ipstableval>. Acesso em: 20.10.2021.

4. ACORDOS VERDES NA UE, NOS EUA E NO CANADÁ: PERSPECTIVAS E REFLEXOS PARA O COMÉRCIO EXTERIOR BRASILEIRO

4. GREEN AGREEMENTS IN THE EU, USA AND CANADA: PERSPECTIVES AND REFLEXES FOR BRAZILIAN FOREIGN TRADE

Giulia Murta e Maria Luíza Bengel

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. *EU GREEN DEAL, USA "FAIR TRANSITION AND COMPETITION ACT" E "CANADA'S STRENGTHENED CLIMATE PLAN 2020*": ENFRENTAMENTO DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS E A BUSCA POR EMISSÕES LÍQUIDAS ZERO. 1.1. *EU Green Deal*. 1.1.1. *EU Green Deal:* principais políticas. 1.1.2. *Farm2Fork* no *EU Green Deal. 1.1.3. CBAM – Carbon Border Adjustment Mechanism* no *EU Green Deal.* 1.1.4 *EU ETS – European Trade System* no *EU Green Deal. 1.1.5. EU Green Deal:* tabela consolidada com os parâmetros de análise 1.2. *"The US Fair Transition and Competition Act":* propostas legislativas dos Estados Unidos para uma nova agenda climática. 1.2.1 *The US Fair Transition and Competition Act":* tabela consolidada com os parâmetros de análise. 1.3. "*Canada's Strengthened Climate Plan 2020":* emissões líquidas zero até 2050. 1.3.1 *"Canada's Strengthened Climate Plan 2020"*: tabela consolidada com os parâmetros de análise. 1.4. Comparativo das propostas da UE, dos EUA e do Canadá: semelhanças e diferenças. 2. IMPACTOS E REFLEXOS DAS PROPOSTAS CLIMÁTICAS DA UE, DOS EUA E DO CANADÁ NO COMÉRCIO EXTERIOR BRASILEIRO. 2.1. *EU Green Deal* e seus reflexos no Brasil. 2.2. *USA "Fair Transition and Competition Act":* seus reflexos para o Brasil. 2.3 *"Canada's strengthened climate plan 2020"*: seus reflexos para o Brasil. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

RESUMO: O agravamento das mudanças climáticas e aumento da temperatura global são temas mundialmente debatidos e vêm ganhando força nas últimas décadas. Após o Acordo de Paris, de 2015, os defensores e ativistas da sustentabilidade exigiram de seus líderes medidas mais eficientes e concretas em proteção ao meio ambiente e sustentabilidade. Neste contexto, a União Europeia lançou, em julho de 2021, o "Acordo Verde Europeu" na tentativa de propor medidas legislativas estruturadas e sólidas no combate às mudanças climáticas através de incentivos e políticas envolvendo comércio internacional. Estados Unidos e Canadá também lançaram propostas "verdes", em 2021, quase que imediatamente em seguida à proposta europeia, demonstrando que o mundo está envidando esforços para um mundo mais sustentável, mas economicamente viável e lucrativo. Dessa forma, o presente artigo analisou e comparou as propostas destes três países/blocos por serem os pioneiros na área e possíveis impactos e reflexos nas cadeias produtoras e exportadoras brasileiras. Os parâmetros de comparação entre cada uma das propostas de acordos verdes foram os seguintes; (a) Existe mecanismo de ajuste de carbono na fronteira?; (b) Qual a forma de cálculo do preço do carbono (se houver)?; (c) Quais as metas de redução de carbono? Em quanto tempo?; (d) Existem incentivos para compensar as reduções nas emissões de carbono?; (e) Quais setores ou produtos serão mais impactados por essas metas?; (f) Desses setores, quais causarão maiores reflexos no Brasil? Como resultado, este artigo busca identificar quais as cadeias de exportação brasileiras poderão ser mais impactadas que outros, com base no parâmetro de representatividade, ou seja, quais

setores econômicos são mais importantes para o Brasil em termos de exportação e como esses setores-chave serão impactados pelas medidas apresentadas nos "Acordos Verdes".
Palavras-chave: "green deal"; "acordo verde"; "comércio internacional"; "carbono".

ABSTRACT: The aggravation of climate change and the increase in global temperature are globally debated issues and have been gaining strength in recent decades. After the Paris Agreement, sustainability activists demanded from their leaders more efficient and concrete measures in environmental protection and sustainability. In this context, the European Union launched in July 2021 a Green Deal in an attempt to launch structured and solid legislative measures to combat climate change through incentives and policies involving international trade. The United States and Canada also launched "green" proposals following the European proposal, demonstrating that the World is making efforts towards a more sustainable, but economically viable and profitable way. Thus, this article analyzed and compared the proposals of these three countries for being pioneers in the area and possible impacts and effects on Brazilian production and export chains. As a result, this article identified that some Brazilian export chains may be more impacted than others, demonstrating that the country should update and debate sustainable innovation especially in these sectors to participate on equal standards with other countries in international trade debates and negotiations viewing climate and environment.
Keywords: "green deal"; "green agreement"; "international trade"; "carbon".

INTRODUÇÃO

Embora desde a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento de 1992 ("ECO92") as principais lideranças mundiais discutam os impactos da ação humana nas mudanças climáticas e as formas de conter o aquecimento global e propiciar o desenvolvimento sustentável das nações, alguns fatores recentes tornaram urgente a adoção de medidas mais rigorosas de proteção ambiental. Dentre estes, é possível mencionar a baixa implementação das metas do Acordo de Paris de 2015 pelos países signatários, a pandemia da Covid-19, cuja rápida disseminação está sendo cientificamente associada à forma como os seres humanos se relacionam com o meio ambiente, e o chamado "*Earth overshoot day"*[87].

[87] O "*Earth overshoot day*" foi o dia do ano em que a Terra atingiu o exaurimento de seus recursos naturais para todo o ano. (Cf. GLOBAL FOOTPRINT NETWORK. **Earth Overshoot Day**. 2021. Disponível em: https://www.footprintnetwork.org/our-work/earth-overshoot-day/. Acesso em: 29 out. 2021). Além disso, relatório sobre o clima do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC, na sigla em inglês), lançado dia 09/08/2021, estima que o limiar do aquecimento global (de + 1,5° centígrado), em comparação com o da era pré-industrial, vai ser atingido em 2030, dez anos antes do que tinha sido projetado anteriormente, o que segundo o secretário-geral da Organização das Nações Unidas, António Guterres, "ameaça a humanidade com novos desastres sem precedentes". Nas palavras do Secretário, ainda, "trata-se de um alerta vermelho para a humanidade: as emissões de gases de efeito estufa provocadas por combustíveis fósseis e o desmatamento estão sufocando o nosso planeta". "Os países também devem acabar com novas explorações e produção de combustíveis fósseis, transferindo os recursos desses combustíveis para a energia renovável", acrescentou Guterres na oportunidade. (CANAL RURAL; AGÊNCIA BRASIL. **Relatório sobre clima é alerta vermelho ao mundo, aponta ONU**. [S.

Na Europa, a necessidade de implementação de um novo padrão de produção e de consumo foi ainda mais acentuada por uma exigência da própria sociedade civil, que clamou por medidas mais rápidas, eficientes e severas, especialmente através de movimentos estudantis, como os liderados pela jovem sueca de 16 anos, Greta Thunberg[88].

Foi neste contexto que o Parlamento Europeu aprovou o Acordo Verde Europeu ou Pacto Ecológico Europeu (*"EU Green Deal"*), em 2019[89]. O *EU Green Deal* é um conjunto de políticas e estratégias articulado pela Comissão Europeia a fim de conter a ameaça do aquecimento global e tornar a União Europeia ("UE") o primeiro bloco do mundo neutro em emissões de carbono, até 2050. Possui como principais pilares as estratégias *From Farm to Fork* ("Farm2Fork"), o *Carbon Border Adjustment Mechanism* ("*CBAM")* e a revisão do *European Union Emissions Trading System* ("*EU ETS")*.

Especificamente no tocante ao *CBAM*, embora houvesse muita especulação de que a propositura de tal mecanismo geraria um agravamento da atual crise no Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio, por afetar diretamente os Estados Unidos (maior parceiro comercial da UE), o fato é que no mesmo dia em que a União Europeia anunciou o *CBAM*, o governo dos EUA[90] e do Canadá[91] veicularam que estava em discussão, em seus respectivos Congressos, propostas semelhantes de mecanismos de taxação de carbono. Isso indica uma forte consonância dos países em endereçar a questão climática através de políticas ambientais relacionadas ao comércio internacional.

Afinal, embora o preâmbulo do Acordo de Marrakesh estabeleça a sustentabilidade como um dos princípios basilares da Organização Mundial do Comércio (OMC) e a preocupação com a preservação do *"policy space"* para objetivos não comerciais esteja presente desde os primórdios da OMC, inexiste acordo multilateral sobre comércio e meio ambiente.

---

l.], 09 ago. 2021. Disponível em: https://www.canalrural.com.br/programas/informacao/mercado-e-cia/relatorio-sobre-clima-e-alerta-vermelho-ao-mundo-aponta-onu/. Acesso em: 29 out. 2021.).

[88] Cf. o discurso da jovem no Climate Action Summit 2019 (THUNBERG, Greta. WATCH: Greta Thunberg's full speech to world leaders at UN Climate Action Summit. **PBS NewsHour**, [s. d.]. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=KAJsdgTPJpU. Acesso em: 29 out. 2021).

[89] A página virtual do *EU Green Deal* pode ser acessada no endereço eletrônico: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_pt. Acesso em: 30 nov. 2021.

[90] EUA. U.S. Chamber of Commerce. **U.S. Chamber Outlines Border Carbon Adjustment Principles**. Washington: U.S. Chamber of Commerce, 2021. Disponível em: https://www.uschamber.com/energy/us-chamber-outlines-border-carbon-adjustment-principles. Acesso em: 12 dez. 2021.

[91] CANADÁ. Department of Finance. **Government launches consultations on border carbon adjustments**. Ottawa: Department of Finance Canada, 2021. Disponível em: https://www.canada.ca/en/department-finance/news/2021/08/government-launches-consultations-on-border-carbon-adjustments.html. Acesso em: 29 out. 2021.

Historicamente, a relação entre comércio e meio ambiente tem sido abordada na organização a partir de três perspectivas distintas: (i) a análise da compatibilidade entre medidas comerciais de alegado cunho ambiental e as normas da OMC (exceções não comerciais do GATT), (ii) a negociação de disciplinas relacionadas à sustentabilidade, e (iii) o uso da OMC como foro para discussão de diferentes tópicos que se encontram na confluência entre comércio e sustentabilidade, bem como a difusão de boas práticas e a busca pela harmonização de padrões[92]. No mesmo sentido, recente pesquisa de revisão bibliográfica da relação histórica entre comércio e meio ambiente na OMC e na OCDE, de autoria da professora Vera Thorstensen e Catherine Rebouças Mota[93] conclui que para a OMC, desenvolvimento sustentável é um objetivo a ser alcançado mediante a liberalização comercial e que, na Organização, provavelmente, não haverá qualquer definição sobre o conceito de desenvolvimento sustentável, adotando-se o conhecimento de outras Organizações.

Considerando isso, e a urgência de se tomar medidas mais incisivas de desenvolvimento sustentável, é natural que os países estabeleçam, de forma unilateral e autônoma, novas políticas ambientais, ainda que não esteja claro como essas normas serão recepcionadas pela OMC. No caso dos EUA, propostas legislativas recentes objetivam implementar um mecanismo de ajustamento de carbono na fronteira que taxaria as importações que não tenham tido o mesmo "custo ambiental de produção" dos produtos norte-americanos. Já o Canadá pretende implementar um plano climático fortalecido e abriu consultas recentes para que os setores da sociedade civil opinassem sobre a implementação de um mecanismo semelhante.

Neste contexto, o objetivo deste artigo é apresentar as propostas "verdes" da União Europeia, dos Estados Unidos e do Canadá e analisá-las sob os mesmos parâmetros, com a finalidade de tentar identificar as semelhanças e diferenças entre as propostas. A partir dessa comparação, busca-se no presente artigo identificar os reflexos de cada uma especificamente nas exportações brasileiras, apontando quais setores serão possivelmente mais impactados no caso de aprovação de tais acordos verdes.

Para demonstrar esses aspectos, a pesquisa está dividida em dois capítulos. No Capítulo 1 serão apresentadas as recentes propostas dos governos da União Europeia, norte-

[92] LEITE, Bruno Soares; FANHA, Caue Oliveira; MATOS, Daniela Ferreira et al. **Comércio Internacional e Meio-Ambiente**. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso Executivo "O Brasil no Agronegócio Global") – Centro de Agronegócio Global do Insper, Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG), [s. l.], 2021. Disponível em: https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2021/07/Com%C3%A9rcio-e-meio-ambiente.pdf. Acesso em: 05 nov. 2021.

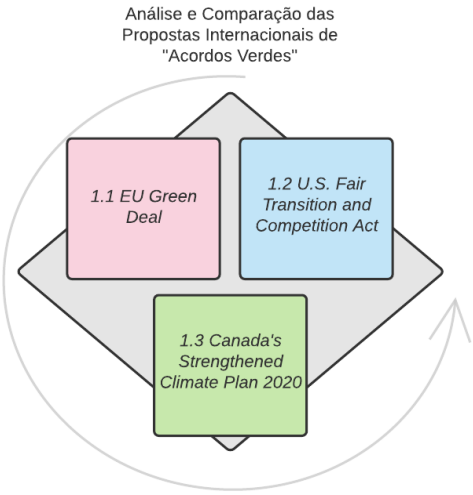
[93] THORSTENSEN, Vera; MOTA, Catherina Rebouças. OCDE X OMC: Onde está a Regulação sobre Meio Ambiente para o Comércio?. **Revista de Direito do Comércio Internacional**, n. 4, jul. de 2021. Disponível em: https://www.enlaw.com.br/revista/780. Acesso em: 05 nov. 2021.

americano e canadense para endereçamento da crise climática, indicando as principais obrigações criadas para o comércio internacional. Serão explorados, principalmente, os mecanismos de ajuste de fronteira, indicando-se como funcionam e quais os setores mais sobretaxados. Já no Capítulo 2 serão analisados os principais impactos dessas propostas para as exportações brasileiras, buscando-se identificar quais os setores de exportação brasileira mais envolvidos com a União Europeia, Estados Unidos e Canadá na tentativa de identificar quais desses setores serão potencialmente mais afetados e se já houve alguma resposta desses segmentos a essa alteração no padrão regulatório. Ao final, serão apresentadas as conclusões.

1 EU GREEN DEAL, USA "FAIR TRANSITION AND COMPETITION ACT" E CANADA'S "STRENGTHENED CLIMATE PLAN 2020": ENFRENTAMENTO DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS E A BUSCA POR EMISSÕES LÍQUIDAS ZERO

União Europeia, Estados Unidos e Canadá possuem propostas internas para combater a crise climática e promover o desenvolvimento sustentável que vão além de mecanismos de ajuste de carbono na fronteira, ferramentas que se mostram como o principal ponto em comum entre as propostas. Além disso, possuem relevância global e seus pressupostos e estratégias transnacionais devem ser submetidas à adequação e conformidade perante as normas da OMC, ainda não confirmadas, ou seja, possivelmente serão objeto de controvérsias.

Sendo assim, o objetivo do Capítulo 2 é apresentar e analisar as propostas desses países/blocos, na seguinte ordem: (1.1) *EU Green Deal*; (1.2) *USA Fair Transition And Competition Act*; e (1.3) *Canada's Strengthened Climate Plan 2020.*



Ainda, neste artigo, será possível comparar as respectivas propostas através da análise dos seguintes parâmetros: (a) Existe mecanismo de ajuste de carbono na fronteira?; (b) Qual a forma de cálculo do preço do carbono (se houver)?; (c) Quais as metas de redução de carbono? Em quanto tempo?; (d) Existem incentivos para compensar as reduções nas emissões de carbono?; (e) Quais setores ou produtos serão mais impactados por essas metas?; (f) Desses setores, quais causarão maiores reflexos no Brasil?

Após coletados, analisados e consolidados esses dados em uma tabela preliminar referente à cada jurisdição, serão então comparadas e apontadas semelhanças e diferenças no tratamento desse tema pelos diferentes países (1.4).

1.1 EU Green Deal

Não há dúvidas que o agravamento das mudanças climáticas nas últimas décadas, aliado ao aquecimento ascendente da temperatura global, contribuíram para o acirramento do debate sobre políticas públicas imediatas, eficazes e permanentes de sustentabilidade verde, principalmente nos campos econômicos, sociais e políticos de todo o mundo.

É sabido que a intervenção humana, além de uma fonte, é um forte catalisador para as mudanças climáticas, sendo responsável pelo aumento de 0.2°C de temperatura no planeta a cada década[94].

Não obstante, conforme declarado pela Organização das Nações Unidas, o Acordo de Paris foi assinado, até junho de 2021, por 195 países na tentativa de um esforço global para que as emissões de CO^2 fossem limitadas e estabilizadas nos países signatários. Contudo, como visto, alguns países investiram mais recursos no atingimento das metas propostas no acordo do que outros, abrindo uma janela de discussão sobre como impulsionar os investimentos globalmente.[95]

Nesta esteira, a deflagração de manifestações e passeatas de estudantes, defensores e ativistas do meio ambiente, pressionaram as autoridades na elaboração e implementação de políticas capazes de limitar as mudanças climáticas e recuperar o meio ambiente. É neste

[94] COMISSÃO EUROPEIA. **Causes of climate change**. [S. d.]. Disponível em: https://ec.europa.eu/clima/climate-change/causes-climate-change_en. Acesso em: 27 out. 2021.

[95] KPMG. **Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM):** Tax measures in EU Green Deal. 2021. Disponível em: https://home.kpmg/xx/en/home/insights/2021/06/carbon-border-adjustment-mechanism-cbam.html. Acesso em: 27 out. 2021.

contexto que a União Europeia lança pioneiramente um "Acordo Verde", comumente referenciado no inglês como *EU Green Deal*.

Com efeito, para apresentação das particularidades do *EU Green Deal* esta seção está dividida em cinco partes: (1.1.1) as principais políticas do *EU Green Deal;* (1.1.2) Estratégia *Farm2Fork*; (1.1.3) *CBAM*; (1.1.4) *EU ETS*; e (1.1.5) tabela consolidada com os parâmetros de análise.

1.1.1 *EU Green Deal*: principais políticas

O *EU Green Deal* foi lançado pela Comissão Europeia em 14 de julho de 2021 pela presidente da autoridade Ursula von der Leyen, e inaugurou no debate internacional políticas ambiciosas desenhadas para levar a Europa – e possivelmente o resto do mundo – na direção de uma Economia Verde e Circular, voltada para o impacto neutro no clima e associada ao comércio internacional.

Segundo entrevista da Diretora Geral da CorpLife Europe, Gèraldine Kutas, "O *Green Deal* é uma iniciativa horizontal que visa promover medidas que vão ajudar a União Europeia a atingir os objetivos de ser o primeiro bloco neutro em carbono em 2050. Então o *EU Green Deal* abrange várias áreas: uma de energia, outra de transporte e uma delas agricultura. O *EU Green Deal* vai impactar vários setores da agricultura através de diferentes estratégias como, por exemplo, a estratégia de biodiversidade, a estratégia *Farm2Fork* – que é talvez a mais conhecida – e também as iniciativas da lei sobre o clima. Há várias iniciativas que a comissão está promovendo no guarda-chuva da *EU Green Deal*."[96]

Assim, o *EU Green Deal* estabelece os objetivos centrais dos europeus em transformar o Velho Continente neutro em emissões de carbono até o ano de 2050[97]. Para tanto, a Comissão Europeia lançou as primeiras metas de, pelo menos, 55% de redução da emissão de gases estufa até 2030, não poupando esforços na elaboração de medidas que julgam serem capazes de levarem os europeus à sua meta de neutralidade e a satisfação de suas ambições. Nota-se, ainda,

[96] O *Green Deal* Europeu e outras políticas ambientais que podem impactar o comércio internacional com o Brasil. Entrevistados: Gèraldine Kutas e Rodrigo Lima. Entrevistadores: Verônica Prates e Marina Carvalho. **WITCast**, 4 mar. 2021. Podcast. Disponível em: https://open.spotify.com/episode/7kwzmAoAj4DKxKoAo22rdQ?si=ORSP5frjSk216o1gap35cA. Acesso em: 29 out. 2021.

[97] COMISSÃO EUROPEIA. **Ação climática e Pacto Ecológico**. [S. d.]. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/climate-action-and-green-deal_pt. Acesso em: 27 out. 2021.

que o investimento não é desprezível e um dos mais audaciosos da história do bloco: cerca de 1 trilhão de euros será investido para implementação do acordo[98].

No mais, as medidas propostas no *EU Green Deal* foram lançadas em pacote, chamado de "*Fit for 55%"*. A ideia é que as emissões de gases estufa, notadamente o dióxido de carbono (i.e., CO^2e)[99], sejam reduzidos em comparação aos níveis pré-industriais de 1990. Notadamente, o pacote se consubstancia em verdadeira iniciativa de aceleração da redução de emissão de gases de efeito estufa, bem como no aumento de uso de energias renováveis, aumento de eficiência energética, desenvolvimento de novos modais de transporte mais verdes e alinhamento de imposição de taxas que atendam aos objetivos do Acordo Verde Europeu, mitigação dos riscos de vazamento de carbono, e ferramentas capazes de preservar os estoques de carbono (e.g., florestas, oceanos).[100]

Nesse sentido, as propostas legislativas lançadas no pacote envolvem os mais diversos setores da economia, submetidas a maior e menor grau de intervenção. Projetos interessantes como a estratégia *Farm2Fork,* política desenhada para redução de, por exemplo, uso de fertilizantes na agricultura, a Regulação do Uso de Terras, Floresta e Agricultura, focada nas metas de redução de carbono por depósitos naturais, a Estratégia Europeia de Florestas, que visa o reflorestamento e, ainda, o Mecanismo de Ajuste de Fronteira de Carbono (do inglês, "*CBAM"*) e a revisão do Sistema de Comércio de Emissões da União Europeia (do inglês, "*EU ETS*" ou "*ETS"*)[101].

Notadamente, o presente artigo não busca esmiuçar cada uma das propostas do *EU Green Deal*, mas irá se debruçar sobre os aspectos, características e reflexos das propostas consideradas pelas autoras como principais e que poderão influenciar as políticas internas brasileiras voltadas para a exportação, meio ambiente e sustentabilidade.

---

[98] COMISSÃO EUROPEIA. **Financing the green transition**: The European Green Deal Investment Plan and Just Transition Mechanism. [S. d.]. Disponível em: https://ec.europa.eu/regional_policy/en/newsroom/news/2020/01/14-01-2020-financing-the-green-transition-the-european-green-deal-investment-plan-and-just-transition-mechanism. Acesso em: 29 out. 2021.

[99] CO^2e ou "carbono equivalente" é uma medida internacionalmente usada na medição de gases do efeito estufa. A ideia é utilizar uma única medida para expressar um monte de gases de efeito estufa. Por exemplo, em 2009, o Reino Unido emitiu cerca de 474 milhões de toneladas de CO^2 na atmosfera, mas se considerarmos os gases metano e óxido nitroso – outros elementos que compõem os gases de efeito estufa – esse valor salta para 566 milhões de toneladas de CO^2e. Mais informações em: https://www.theguardian.com/environment/2011/apr/27/co2e-global-warming-potential. Acesso em 30 de novembro de 2021.

[100] COMISSÃO EUROPEIA. **European Green Deal**: Commission proposes transformation of EU economy and society to meet climate ambitions. [S. d.]. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3541. Acesso em: 29 out. 2021.

[101] *Ibidem.*

Assim, apresentamos nos tópicos seguintes as propostas selecionadas do *EU Green Deal,* a saber: (i) estratégia *Farm2Fork;* (ii) *CBAM*; e (iii) e revisão do *EU ETS*.

1.1.2 Farm2Fork no EU Green Deal

A estratégia *Farm2Fork* (ou *Farm to Fork*), livremente traduzido ao português como estratégia "Da Fazenda ao Garfo" e lançada pela Comissão da União Europeia em 20 de maio de 2020, é um dos alicerces do *EU Green Deal* na busca pelas reduções de emissões de gases do efeito estufa. Seu foco principal é a transformação da alimentação na Europa, promovendo políticas e diretrizes que tornem o sistema agroalimentar do continente mais competitivo, saudável e sustentável[102].

De acordo com os europeus, o sistema alimentar do mundo é responsável por cerca de um terço das emissões globais de gases do efeito estufa na atmosfera, explorando predatoriamente recursos naturais, gerando impactos negativos na biodiversidade dos ecossistemas e, inclusive, na saúde da população humana, notadamente ocasionada pela sub ou supernutrição. Trata-se, ainda, de um sistema injusto que acaba desvalorizando os elos mais vulneráveis da cadeia de produção, como os produtos primários[103].

Assim, diretrizes e metas que incentivam a reestruturação do sistema agroalimentar são capazes de permitir a satisfação das metas propostas no *EU Green Deal,* especialmente as reduções em 55% de emissões de gases do efeito estufa já no ano de 2030. E não apenas isso: as políticas voltadas para a sustentabilidade e segurança alimentar é, conforme prometido pelos europeus, um gerador de oportunidade e aumento de valor agregado a todos os elos da cadeia do setor.

Nesse sentido, a estratégia *Farm2Fork* foi proposta para acelerar a transição do modelo atual do sistema agroalimentar para um sistema mais "verde", sustentável, na medida que objetiva: (i) alcançar impacto positivo ou neutro no meio ambiente; (ii) auxiliar na mitigação das mudanças climáticas e adaptação de seus impactos; (iii) reverter a perda de biodiversidade; (iv) garantir a segurança falimentar; e (v) preservar a acessibilidade dos alimentos e, em paralelo, gerar retornos econômicos justos, melhorando a competitividade e justiça no comércio[104].

---

[102] COMISSÃO EUROPEIA. **Farm to Fork strategy**. [S. d.]. Disponível em: https://ec.europa.eu/food/horizontal-topics/farm-fork-strategy_pt. Acesso em: 27 out. 2021.

[103] *Ibidem.*

[104] *Ibidem.*

Não obstante, para atingir as metas anteriormente mencionadas e a redução de 55% nas emissões de gases de efeito estufa no ano de 2030, a estratégia *Farm2Fork* estabeleceu o seguinte[105]: (i) redução do uso de pesticidas químicos, em 50% até 2030; (ii) redução do uso de fertilizantes, em 20%, até 2030; (iii) redução do uso de microbianos em rações bovinas e aquacultura, em 50%, até 2030; (iv) redução de perda de nutrientes da terra, em 50%, até 2030, garantindo a não deterioração de solos férteis; e (v) parcela de 25% de área da União destinada à produção de alimentos orgânicos.

Cumpre destacar que a estratégia estabelece que União Europeia se compromete com uma transição global justa no setor agroalimentar e que perseguirá o desenvolvimento de Alianças Verdes (do inglês, *Green Alliances*) na cadeia de sustentabilidade de alimentos nos acordos bilaterais, regionais e multilaterais. Nota-se, portanto, esforços da União Europeia no que concerne aos seus negócios bilaterais com outros países, na medida que incluirá e exigirá a aplicação em todos os seus acordos dispositivos relacionados à sustentabilidade.

A ideia da União Europeia é, evidentemente, utilizar seu poderio econômico nos acordos internacionais para pressionar a comunidade global a perseguir *standards* mais rigorosos em relação à sustentabilidade e redução de emissão de gases estufa, por meio de celebração de acordos com compromissos e dispositivos ambiciosos de sustentabilidade voltadas para a área de alimentação[106].

Assim, a estratégia *Farm2Fork* se mostra como uma das principais políticas e diretrizes da comunidade europeia no atingimento das metas climáticas estabelecidas pelo *EU Green Deal*. Referida política, inclusive, abrirá grandes espaços de debate, principalmente nos países agroexportadores como o Brasil, dada sua estreita relação com o bloco econômico no abastecimento de produtos alimentares, agrícolas e pecuários que podem ser submetidos às diretrizes propostas na estratégia.

[105] *Ibidem.*

[106] Conforme o texto da estratégia *Farm2Fork*, "**EU trade policy** should contribute to enhance cooperation with and **to obtain ambitious commitments from third countries in key areas such as animal welfare, the use of pesticides and the fight against antimicrobial resistance**" (grifos dos autores) (COMISSÃO EUROPEIA. **A Farm to Fork Strategy for a fair, healthy and environmentally-friendly food system.** Bruxelas: Comissão Europeia, 2020. Disponível em https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/communication-annex-farm-fork-green-deal_en.pdf. Acesso em: 27 out. 2021).

1.1.3 CBAM – Carbon Border Adjustment Mechanism no EU Green Deal

De todas as propostas legislativas lançadas pelo *EU Green Deal*, a que mais ganhou os holofotes nas discussões e fóruns internacionais é, sem dúvidas, o Mecanismo de Ajuste de Fronteira de Carbono – do inglês, *CBAM*[107].

O *CBAM* é declarado pela Comissão da União Europeia como principal proposta do *EU Green Deal* no atingimento das metas estabelecidas de redução de 55% da emissão dos gases estufa em 2030, e neutralidade em 2050.

O foco do mecanismo é mitigar os riscos do **vazamento de carbono** (do inglês, *carbon leakage*), fenômeno que ocorre quando em razão de políticas relacionadas ao meio ambiente e ao clima, empresas transferem seus negócios para outros países e jurisdições em que referidas políticas são menos rígidas. Nota-se que o risco pode ser maior a depender da indústria, especialmente aquelas consideradas de uso intenso de energia[108].

Notadamente, na União Europeia, o arcabouço jurídico-regulatório voltado para o meio ambiente e sustentabilidade é rígido e recheado de legislações e regras que impostas às indústrias aumentam seu valor de custo de produção submetendo o bloco ao risco de *carbon leakeage*, na medida que indústrias e empresas são atraídas a movimentarem suas produções para países com *standards* e políticas ambientais mais baixos.

Neste contexto, o *CBAM* é criado para mitigar esse risco dentro da União Europeia na medida em que cria uma fronteira para que produtos importados que não atendem aos mesmos critérios estabelecidos no bloco europeu, sejam submetidos a uma taxa adicional de carbono com objetivo de equiparar a competitividade entre produtos europeus e importados no que diz respeito às regulações ambientais e de sustentabilidade voltadas às reduções de emissões de gases de efeito estufa, notadamente o CO^2.

Nas palavras da Comissão da União Europeia sobre o *CBAM*:

> "Desenhado em acordo com as regras da Organização Mundial do Comércio (OMC) e outras obrigações internacionais da UE, o sistema do CBAM funcionará da seguinte forma: os importadores da UE comprarão certificados de carbono correspondentes ao preço do carbono que teria sido pago, caso as mercadorias fossem produzidas de acordo com as regras de precificação de carbono da UE. Inversamente, uma vez que um produtor não comunitário possa demonstrar que já pagou um preço

[107] O texto final e público do *CBAM* é intitulado, no inglês, como "*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council: establishing a carbon border adjustment mechanism*". Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/carbon_border_adjustment_mechanism_0.pdf. Acesso em: 29 out. 2021.

[108] Vide a definição de *Carbon Leakage* proposto pela Comissão da União Europeia. Disponível em: https://ec.europa.eu/clima/eu-action/eu-emissions-trading-system-eu-ets/free-allocation/carbon-leakage_en. Acesso em: 27 out. 2021.

> pelo carbono utilizado na produção das mercadorias importadas em um país terceiro, o custo correspondente pode ser totalmente deduzido para o importador da UE. O CBAM ajudará a reduzir o risco de vazamento de carbono, incentivando os produtores em países não pertencentes à UE a tornarem seus processos de produção mais ecológicos."[109]

Nesse sentido, se destaca entendimento da União Europeia de que o *CBAM* será capaz de equalizar o valor embutido nos preços de produtos domésticos aos importados no que concerne, principalmente, a produtos aos quais são embutidos relevante variável de carbono na sua produção, garantindo que os objetivos europeus no combate às mudanças climáticas sejam alcançados, considerando, ainda, os termos e princípios presentes na Organização Mundial do Comércio[110].

Ressalta-se que a União Europeia não irá aplicar o *CBAM* para todas as suas indústrias. Como dito, existem setores que são mais suscetíveis ao risco de vazamento de carbono do que outros, especialmente quando se considera o nível de emissão de gases de efeito estufa decorrente da produção de alguns produtos. Este é o caso dos setores de cimento, aço e ferro, alumínio, fertilizantes e eletricidade. Segundo estudo da UNCTAD, estes setores representam, na União Europeia, cerca de 94% das emissões industriais de carbono na atmosfera.[111]

Nota-se que o mecanismo apesar de conter uma ideia simples, sua aplicação depende de condicionais e variáveis próprias, tornando-o uma ferramenta a qual, segundo os europeus, será benéfica não só para o bloco como influenciará seus parceiros comerciais fora da União Europeia a adotarem medidas similares através de incentivos econômicos de longo prazo.

1.1.4 *EU ETS – European Trade System* no *EU Green Deal*

Aliado ao *CBAM*, um dos principais mecanismos utilizados na política *Fit to 55%* do *EU Green Deal* é o Sistema Europeu de Comércio de Emissões, o *EU ETS,* chamado pelos

[109] Tradução livre do trecho: "*Designed in compliance with World Trade Organization (WTO) rules and other international obligations of the EU, the CBAM system will work as follows: EU importers will buy carbon certificates corresponding to the carbon price that would have been paid, had the goods been produced under the EU's carbon pricing rules. Conversely, once a non-EU producer can show that they have already paid a price for the carbon used in the production of the imported goods in a third country, the corresponding cost can be fully deducted for the EU importer. The CBAM will help reduce the risk of carbon leakage by encouraging producers in non-EU countries to green their production processes*.". Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_21_3661. Acesso em: 27 out. 2021.

[110] *Ibidem.*

[111] A Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) publicou em julho de 2021 o *paper* "*A European Union Carbon Border Adjustment Mechanism: implications for developing countries*". Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/osginf2021d2_en.pdf. Acesso em: 27 out. 2021.

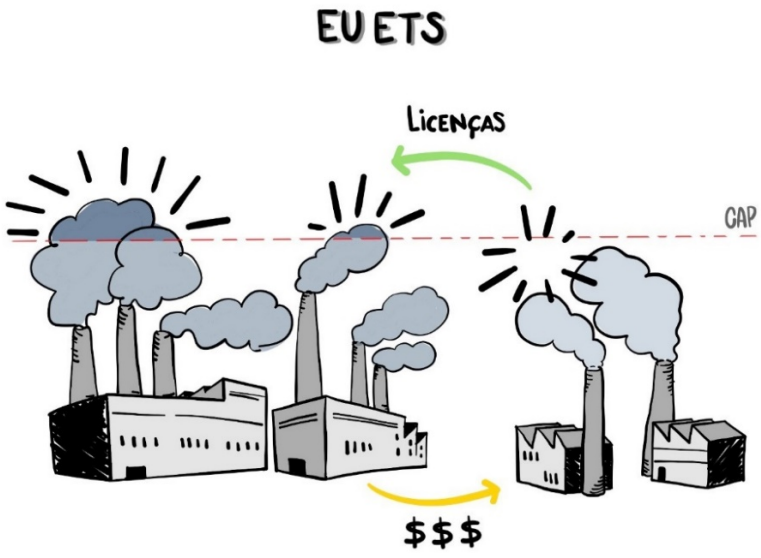
europeus de "pedra fundamental" da estratégia da União Europeia na satisfação das metas de redução de emissões de carbono na atmosfera para enfrentar as mudanças climática.

Criado em 2005, o *EU ETS* é um sistema financeiro internacional baseado no princípio de "*cap and trade"* e vinculado às certificações (ou permissões) de emissões de carbono. Em outras palavras, se trata de um sistema em que é permitida a negociação (i.e., *trade*) de certificações de emissões de carbono (i.e., *emissions allowances*) submetidas a um limite ou teto máximo de certificações disponíveis dentro do sistema (i.e., *cap*).[112]

Em linhas gerais, o *EU ETS* funciona da seguinte forma: é estabelecido um limite para a quantidade total de emissões de gases de efeito estufa que as empresas podem produzir dentro do sistema, sendo responsabilidade das autoridades o monitoramento dessas emissões. Em razão do da fixação de um limite de permissões, um valor é agregado sendo contabilizado dentro do sistema e permitindo a comercialização. A cada ano, as empresas abarcadas pelo sistema devem possuir licenças suficientes para o volume de emissões que produziram, sob pena de serem penalizadas com multas não desprezíveis.

Assim, na hipótese de uma empresa não possuir permissões suficientes para o volume de carbono produzido, o sistema permite que ela adquira permissões extras de um outro emissor dentro do mercado abarcado pelo *EU ETS*. Se, no entanto, possuir licenças extras, essas poderão ser mantidas para o ano que vem ou vendidas no mercado.

Para ilustrar o sistema descrito acima, apresentamos a imagem abaixo:



[112] Vide informações constantes do documento da Comissão da União Europeia intitulado "*EU ETS Handbook*". Disponível em: https://ec.europa.eu/clima/system/files/2017-03/ets_handbook_en.pdf. Acesso em: 27 out. 2021.

Elaborado por Bianca Sartoretto[113]

A Comissão da União Europeia entende que ao garantir flexibilidade às empresas no comércio de licenças é garantir de que suas emissões de carbono sejam constantemente limitadas na medida que a cada ano o *cap* de licenças disponíveis é diminuído, incentivando às empresas a buscarem soluções cada vez mais inovadoras na diminuição de suas emissões. Nota-se, assim, que o sistema corrobora a ideia de que é possível viabilizar e incentivar economicamente a redução de emissões de carbono.[114]

Segundo dados mais recentes publicados em julho de 2021, desde o lançamento do *EU ETS* as emissões de gases de efeito estufa diminuíram cerca de 42,8% nos principais setores cobertos pelo sistema: geração de energia e calor e indústrias de uso intensivo de energia.[115]

Neste cenário, importante destacar que dentro do sistema é possível haver a concessão de permissões gratuitas. Concedida pelas autoridades dos Estados-membros dentro do sistema *EU ETS* para as indústrias voltadas para produção energia, a concessão deste tipo de permissão visa criar incentivos para facilitar a transição dessa indústria para modelos de diversificação de energia e modernização da produção para uma geração mais limpa e verde, contribuindo para a redução de emissões de carbono.[116]

Não obstante, se destaca que assim como o *CBAM,* o *EU ETS* não abarca todas as indústrias. O foco do sistema são os setores em que é possível calcular, reportar e verificar emissões de gases de efeito estufa com maior nível de precisão, a saber: (i) eletricidade e aquecimento; (ii) refinarias de petróleo, aço e produção de ferro, alumínio, metais, cimento, vidro; e (iii) aviação comercial dentro da Área Econômica Europeia[117]. Além disso, nem todas as empresas são habilitadas a participar do sistema, uma vez que é necessário que empresas dos setores mencionados tenham determinado tamanho.[118]

---

[113] Bianca Sartoretto é designer. Seus trabalhos podem ser conferidos no seguinte endereço: https://www.biancasartoretto.com/. Acesso em 11 dez. 2021.

[114] Dados e informações sobre o funcionamento do *EU ETS* foram retirados do vídeo publicitário produzido pela Comissão da União Europeia em seu canal oficial no *YouTube*. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=fJrFSLfaeeE. Acesso em: 27 out. 2021.

[115] Perguntas e respostas acerca do *EU ETS* publicadas pela Comissão da União Europeia. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_21_3542. Acesso em: 29 out. 2021.

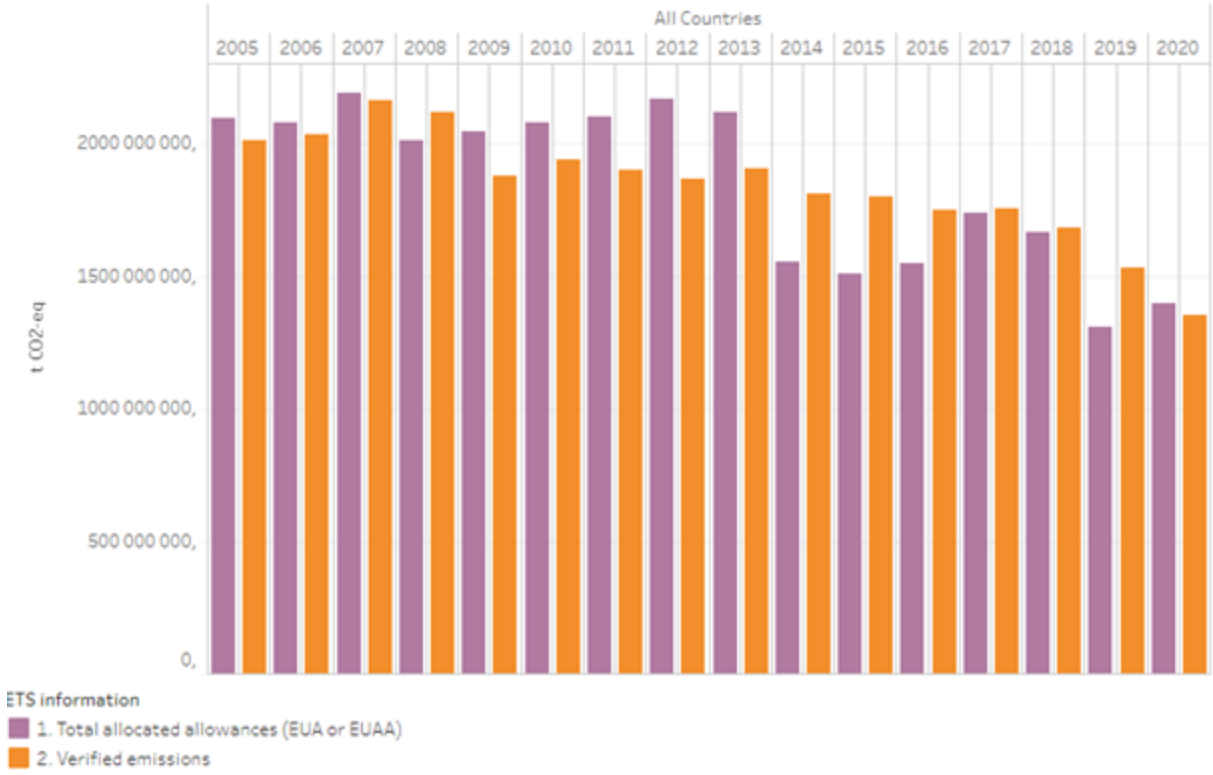
[116] Vide em seção específica publicada pela Comissão da União Europeia. Disponível em: https://ec.europa.eu/clima/eu-action/eu-emissions-trading-system-eu-ets/free-allocation/free-allocation-modernisation-energy_en. Acesso em: 29 out. 2021.

[117] Ressalta-se que para o setor de aviação comercial, o *EU ETS* apenas será aplicado para voos entre aeroportos localizados dentro da área econômica da Europa até 31 de dezembro de 2023. Vide informações gerais do *EU ETS* publicado pela Comissão Europeia. Disponível em: https://ec.europa.eu/clima/eu-action/eu-emissions-trading-system-eu-ets_en. Acesso em: 27 out. 2021.

[118] *Ibidem*.

Interessante notar abaixo os valores de emissões de carbono verificadas sob o prisma do *EU ETS*, bem como volume de permissões lançadas dentro do sistema[119]. Nota-se que ao longo dos anos o volume total de emissões de carbono e das permissões foi diminuindo, podendo indicar que o objetivo principal do sistema, ou seja, contribuir para a redução de emissões de carbono, foi sendo satisfeito.

Quadro 1. Permissões e emissões de CO^2e no sistema *EU ETS*[120]



É notável que o mecanismo de ajuste de carbono na fronteira, *CBAM*, é um forte aliado ao *EU ETS*. De acordo com a Comissão da União Europeia, o sistema *EU ETS* tem sido bastante eficaz nos últimos anos na mitigação dos riscos de vazamento de carbono, mas, ao mesmo tempo, não endereçou efetivamente os devidos incentivos às indústrias na inovação e produções mais verdes, seja dentro ou fora da União Europeia. Assim, o *CBAM* é um complemento ao sistema e, progressivamente, será uma alternativa viável, uma vez será aplicado às parcelas de

[119] Nota-se que os valores indicados são representativos de todas as *stationary installations*, isto é, tratam-se de dados que correspondem às 12.141 instalações abarcadas pelo *EU ETS* agrupadas em 8 categorias: (i) combustíveis fósseis para geração de energia e manufatura – que representam 63% das emissões; (ii) refinarias; (iii) ferro e aço; (iv) cimento; (v) vidro, cerâmica a outros minerais não metais; (vi) produção de papel; (vii) produção de químicos; e (viii) e outros.

[120] Esses dados estão disponíveis no sítio eletrônico dedicado a mapear os dados relacionados ao *EU ETS* alimentado pela Agência Europeia de Meio Ambiente. Disponível em: https://www.eea.europa.eu/data-and-maps/dashboards/emissions-trading-viewer-1. Acesso em: 29 out. 2021.

emissões que não são beneficiadas pela alocação de permissões gratuitas dentro do sistema *EU ETS*, garante o mesmo tratamento para empresas situadas na Europa e importadores.[121]

É importante para o debate envolvendo as políticas do *EU Green Deal* as matérias relativas ao preço do carbono, tendo em vista que é o alicerce para as negociações e não se pode falar em taxa ou comércio de licenças sem entendermos como se chega ao valor a ser pago.

Assim, o cálculo do preço de carbono é um desafio de décadas e não existe fórmula mágica. Contudo, autoridades, iniciativa privada e estudiosos se lançaram neste objetivo e hoje nos deparamos com alguns modelos interessantes e que podem nos ajudar a alcançar uma fórmula global no futuro.

Um dos primeiros a estudar o tema foi William Nordhaus, ganhador do prêmio Nobel ao publicar seus estudos sobre a precificação de carbono iniciados ainda na década de 1980. A teoria do economista compreende o seguinte: "o cálculo do preço ótimo do carbono segue um raciocínio direto: quantifique os danos esperados da mudança climática no futuro e compare-os aos custos da redução de emissões de gases de efeito estuga hoje"[122]. Nota-se, portanto, que a implementação dessa teoria se mostra extremamente difícil.

Não obstante, como já demonstrado no item anterior, a União Europeia lançou em 2005 seu sistema de comercialização de licenças ou permissões de carbono (o *EU ETS*), fundamental na cobrança de um preço pelas emissões de carbono na atmosfera.[123]

Por estar vinculada a um sistema de comercialização (*cap and trade*), o preço do carbono será variável, considerando também outras condicionantes como a fonte de emissão desse carbono, visto que as emissões são diferentes, por exemplo, para a indústria agropecuária e de produção de energia elétrica. Em resumo, a precificação observará os seguintes fatores[124]:

- **Forma**: duas modalidades têm se destacado no mundo, (i) via imposição de taxa de carbono no produto sobre a emissão na atmosfera; e (ii) via sistema de comércio de licenças ou permissões para a emissão de dióxido de carbono no meio ambiente.
- **Preço ótimo**: inexiste consenso para a definição do preço ótimo por tonelada de carbono. Nordhaus estimou o preço de US$ 40, ao passo que existem preços que

[121] Estas são as informações publicadas pela Comissão da União Europeia. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_21_3661. Acesso em: 29 out. 2021.

[122] Teoria estudada pelos autores Bruno Soares Leite, Caue Oliveira Fanha, Daniela Ferreira de Matos, Luan Fonseca Medeiros e Pedro Mariano Martins Pontes em "Comércio Internacional e Meio-Ambiente". Trabalho de conclusão de curso: "O Brasil no Agronegócio Gloval". Parceria INSPER e FUNAG. Primeiro semestre, 2021. Pág. 9.

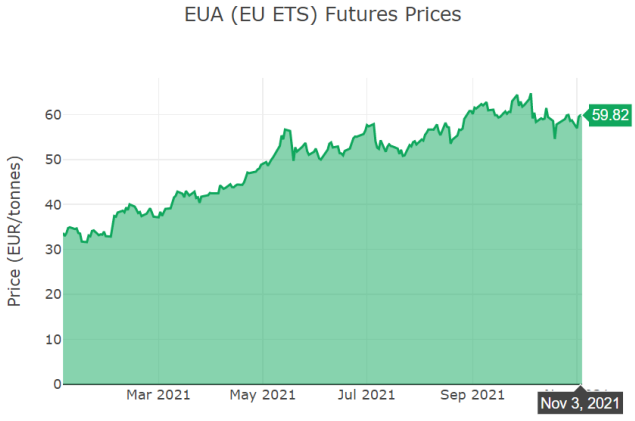
[123] *Ibidem.*

[124] *Idem.* Pag. 10.

utilizam como referência US$ 400 pela tonelada de carbono. Em 2021, a União Europeia estipulou que a tonelada do preço de carbono seria maior que EUR$ 40.

- **Fontes da emissão**: como dito, o preço da tonelada de carbono varia conforme a fonte de emissão. O *EU ETS* atualmente cobre setores e gases limitados, como geração de energia elétrica, setores de uso intensivo de energia (e.g., refinarias, produção de ferro e alumínio, metais), e aviação cível comercial dentro do bloco europeu. Os países tendem a considerar o nível de precisão na medida de gases de fato emitidos e sua relevância na economia do país.
- **Competitividade interna**: os esforços na precificação de carbono são decorrentes de algumas preocupações específicas, como o *carbon leakage*. A competitividade dos produtos domésticos frentes aos importados leva os países e autoridades a investirem em estudos e métricas de precificação de carbono a fim de endereçar essas preocupações através, inclusive, de taxação de produtos importados (como é o caso do *CBAM*).

Por estar vinculado ao *EU ETS*, o preço do carbono para licenças e permissões na Europa é monitorado diariamente e divulgado por autoridades. Abaixo, apresentamos uma imagem mais recente desse acompanhamento e indica que, em 03 de novembro de 2021, o preço de uma licença quase alcançou o patamar de EUR$ 60 a tonelada[125]:



Não há como afirmar que existe uma precificação de carbono linear e à prova de erros. Contudo, os esforços na sua mensuração são compensados dentro da União Europeia na medida que lança projetos e propostas de comercialização de licenças de carbono (por meio do *EU ETS*) bem como endereça preocupações concorrenciais (sobretudo o *carbon leakage*) por meio da

[125] Fonte: https://ember-climate.org/data/carbon-price-viewer/. Acesso em 05 de novembro de 2021.

imposição de taxas (*CBAM*) sobre produtos importados cujo carbono embutido na sua produção supera aquele presente nos produtos europeus.

O *EU Green Deal* e pacote de medidas legislativas propostas pelo *Fit for 55%* têm o potencial de impactar as cadeias de exportação brasileiras, dadas as novas medidas regulatórias e de sustentabilidade aplicadas na entrada de produtos estrangeiros dentro do bloco europeu.

E não apenas isso. Os países europeus representam 66% dos investimentos estrangeiros no país e é o seu segundo maior parceiro comercial[126]. Dessa forma, as alterações político-regulatórias europeias, mesmo que unilaterais, poderão impactar e estreitar as relações comerciais euro-brasileiras.

De forma a sistematizar as políticas e diretrizes do *EU Green Deal*, apresentamos abaixo um quadro esquemático com as suas principais características e reflexos, especialmente no que concerne aos impactos nas cadeias produtivas exportadoras do Brasil.

1.1.5 *EU Green Deal*: tabela consolidada com os parâmetros de análise

Conforme mencionado no início do Capítulo 1, os parâmetros utilizados para a análise do *EU Green Deal* são: (a) Existe mecanismo de ajuste de carbono na fronteira?; (b) Qual a forma de cálculo do preço do carbono (se houver)?; (c) Quais as metas de redução de carbono? Em quanto tempo?; (d) Existem incentivos para compensar as reduções nas emissões de carbono?; (e) Quais setores ou produtos serão mais impactados por essas metas?; (f) Desses setores, quais causarão maiores reflexos no Brasil?

Quadro 2. *EU Green Deal*	
Existe mecanismo de ajuste de carbono na fronteira?	Sim, chamado de *Carbon Border Adjustment Mechanism* (*CBAM*).
Qual a forma de cálculo do preço do carbono (se houver)?	O preço é baseado pelo *EU ETS*. A expectativa é que a tonelada de carbono custe EUR 47,25 entre 2021 e 2025. O cálculo do preço oscila e na Europa depende do sistema *EU ETS*.
Quais as metas de redução de carbono? Em quanto tempo?	Redução de 55% das emissões de gases do efeito estufa até 2030 e 100% até o ano de 2050.

[126] Trata-se de informações apresentadas por Lucas Mastellaro Baruzzi, Jeferson Manhaes e Thiago Munhoz Agostinho no artigo: "*Impacts of the European Green Deal in productive sectors in Brazil*". Disponível em: http://www.bfap.com.br/blogroll/2020/7/31/impacts-of-the-european-green-deal-in-productive-sectors-in-brazil. Acesso em 05 de novembro de 2021.

Existem incentivos para compensar as reduções nas emissões de carbono?	A União Europeia irá investir EUR$ 1 trilhão no *EU Green Deal*. Para tanto, serão aplicados os seguintes incentivos: a) Financiamento: parte do orçamento será privado, a ser desempenhado pelo Banco Europeu de Investimento; b) Capacitação: incentivos para desbloquear e redirecionar o investimento público e privado; a UE fornecerá ferramentas aos investidores, colocando o financiamento sustentável no centro do sistema financeiro, e facilitará o investimento sustentável por parte das autoridades públicas, incentivando orçamentos e as aquisições ecológicas e elaborando formas de facilitar os procedimentos de aprovação de auxílios estatais para regiões em transição justa. c) Apoio prático: a Comissão da UE prestará apoio às autoridades e aos idealizadores no planejamento, concessão e execução de projetos sustentáveis.[127]
Quais setores ou produtos serão mais impactados por essas metas?	Cimento, aço e ferro, alumínio, fertilizantes e eletricidade (*CBAM* e *EU ETS*), agricultura e pecuária (*Farm2Fork Regulation on Land Use, Forestry and Agriculture*), infraestrutura (*Effort Sharing Regulation*), produção de energia (*Renewable Energy Directive*)
Desses setores, quais causarão maiores reflexos no Brasil?	De todos as propostas do pacote (*Fit for* 55%), o *CBAM* irá impactar, inicialmente, os setores de ferro e aço, alumínio, fertilizantes e cimento. O setor de ferro e aço, contudo, será o mais afetado sendo o mais expressivo nas exportações brasileiras para o bloco.

Fonte: Elaborado pelas autoras.

1.2 "The US Fair Transition and Competition Act": propostas legislativas dos Estados Unidos para uma nova agenda climática

Em 17 de dezembro de 2020, os Estados Unidos divulgaram um projeto de Decisão da Conferência Ministerial com o objetivo de abordar o desequilíbrio na existência e aplicação de padrões fundamentais de proteção ambiental entre os membros da Organização Mundial do Comércio (OMC).

[127] Tradução livre do inglês de texto publicado pela Comissão da União Europeia sobre o financiamento do *EU Green Deal*: "*Financing: mobilising at least €1 trillion of sustainable investments over the next decade. A greater share of spending on climate and environmental action from the EU budget than ever before will crowd in private funding, with a key role to be played by the European Investment Bank. Enabling: providing incentives to unlock and redirect public and private investment. The EU will provide tools for investors by putting sustainable finance at the heart of the financial system, and will facilitate sustainable investment by public authorities by encouraging green budgeting and procurement, and by designing ways to facilitate procedures to approve State Aid for just transition regions. Practical support: the Commission will provide support to public authorities and project promoters in planning, designing and executing sustainable projects*." Disponível em: https://ec.europa.eu/regional_policy/en/newsroom/news/2020/01/14-01-2020-financing-the-green-transition-the-european-green-deal-investment-plan-and-just-transition-mechanism. Acesso em: 29 out. 2021.

A proposta, intitulada *"Advancing Sustainability Goals through Trade Rules to Level the Playing Field",* teria o escopo de endereçar esse desequilíbrio a partir do acréscimo da regulação ambiental no rol dos subsídios acionáveis, nos termos do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias da OMC (ASCM), mais especificamente do artigo 5º, de modo que a aplicação por um País-Membro de padrões regulatórios inferiores a um certo nível de proteção ambiental permitiria a outro Membro da OMC impor taxas para compensar os benefícios recebidos pela indústria subsidiada.

Na prática, isso significa a adoção de um padrão internacional de proteção ambiental, sob o escopo do Acordo de Subsídios, que expandiria a amplitude das possíveis soluções comerciais dos Membros ao compatibilizar a falta de regulamentação ambiental de outro país a aplicação de certas regras ambientais a um subsídio.

Subsídios acionáveis são permitidos pela regulamentação da OMC desde que não prejudiquem os interesses comerciais de outros países. Quando isso acontece, o País prejudicado pode escolher entre a via multilateral (adjudicação) ou tomar ações unilaterais sob a revisão das autoridades nacionais contra o subsídio do outro governo por meio da imposição de direitos compensatórios[128]. Assim, a ideia subjacente à proposta dos EUA é a de que as leis ambientais pouco rigorosas beneficiam as indústrias localizadas nessas jurisdições e oferecem a elas uma vantagem competitiva, em razão da desnecessidade de internalização dos custos de prevenção ou reparação de danos ambientais resultantes de seus processos de produção.

Muitas críticas foram feitas à proposta, que não teve continuação na Conferência Ministerial. Afinal, a proposta altera a concepção tradicional de subsídios na OMC, que sempre foi vinculada a um auxílio ou contribuição *financeira* fornecido por governos ou órgãos públicos; fere a soberania dos países, que dentro do escopo do Acordo de Paris tiveram garantida a autodeterminação das contribuições nacionalmente determinadas; e gera desconfianças acerca do verdadeiro interesse do País, se seria genuinamente a proteção ambiental e a sustentabilidade, ou apenas uma estratégia dos EUA para proteger certas indústrias através da expansão das medidas de defesa comercial. É o que colocam Elena Cima and Makane Moïse Mbengue:

> *"While it could very well be argued that the failure to enact or enforce environmental laws confers a benefit to a given industry, showing that such failure qualifies as a direct financial contribution could prove more challenging. And this is*

[128] Os direitos compensatórios são conhecidos, juntamente com os direitos antidumping e salvaguardas, como "remédios comerciais". Essas medidas consistem, essencialmente, em aumentar o preço das mercadorias importadas do exterior mediante a imposição de direitos sobre as mesmas, a fim de eliminar a vantagem decorrente de um subsídio concedido por um Estado aos seus exportadores.

> *undoubtedly an important question that will need to be addressed once the proposal is discussed by trade ministers at a ministerial conference—and the US has already made their position clear in this regard by specifying that "the value of a subsidy is not the cost of the subsidy to the granting government but the benefit received by an industrial entity."*[129] *There is hardly any doubt that the US proposal approaches the question of 'greening' the ASCM from an unconventional perspective. It is no longer about resurrecting the long-dormant "green box" in Article 8 of the Agreement nor about introducing a brand new exception in a text that, surprisingly, lacks one. The focus of the proposal is instead on the role that can be played by trade remedies to advance sustainability goals through trade rules. On the surface, with this proposal, the US seems to be finally joining the new environmental and sustainability initiatives launched in Geneva by a number of WTO members. At the same time, the choice of focusing on trade remedies seems hardly accidental. One should not forget that the Trump administration has never shied away from proclaiming its belief that US trade remedy laws have been undermined and threatened by the WTO, and in particular by the Appellate Body*."[130]

Iniciativas anteriores dos EUA para endereçamento da crise climática se concentraram em créditos fiscais e outros apoios para desenvolvimento de energias renováveis; ações regulatórias, incluindo o Plano de Energia Limpa do governo Obama (posteriormente revertido pelo governo Trump) e, mais recentemente, uma série de projetos de lei para impor um imposto sobre osGases de Efeito Estufa (GEE, como metano, óxido nitroso, hidrofluorocarbonos e hexafluoreto de enxofre), ou outros métodos para colocar um preço sobre as emissões de GEE (são 10 projetos de lei diferentes atualmente em tramitação).

Essas propostas surgiram à medida que o novo presidente dos Estados Unidos, Joe Biden, incluiu a agenda climática na política comercial do governo americano e inclusive garantiu a reentrada do país no Acordo de Paris.Muitas das propostas inclusive já incluem um mecanismo de ajuste fiscal na fronteira (descontos de exportação e encargos de importação), com o intuito de implementar a taxação das indústrias nacionais e simultaneamente defender o país contra o "*carbon leakage"* e a concorrência desleal no comércio internacional.

A mais frutuosa proposta foi elaborada pelos Democratas Chris Coons (senador), de Delaware, e Scott Peters (deputado), da Califórnia e tem como base a aplicação de uma tarifa a partir de 2024, que se aplicaria a cerca de 12% das importações que chegassem aos Estados Unidos. A tarifa cobriria petróleo, gás natural e carvão, bem como produtos que têm uma grande pegada de carbono, como alumínio, aço, ferro e cimento, sendo que a lista de produtos cobertos

[129] WTO. **Advancing Sustainability Goals through Trade Rules to Level the Playing Field**. Genebra: Conselho Geral, 2020. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/GC/W814.pdf&Open=True. Acesso em: 29 out. 2021.

[130] CIMA, Elena; MBENGUE, Makane Moïse. 'Kind of Green'. The U.S. Proposal to Advance Sustainability through Trade Rules and the Future of the WTO'. **ESIL Reflections**, v. 10, n. 1, 2021. Disponível em: https://esil-sedi.eu/esil-reflection-kind-of-green/. Acesso em: 26 out. 2021.

pode se expandir à medida que os Estados Unidos aprimorem os métodos de cálculo da intensidade de carbono de diferentes produtos[131].

Os parlamentares estimam que com a implementação dessa taxação ãoos EUA arrecadarão entre US$ 5 bilhões e US$ 16 bilhões anualmente. Ainda, a proposta faz menção à isenção de cobrança da referida taxa nas importações advindas dos países menos desenvolvidos, conhecidos no âmbito da OMC como *"least developed countries"*. Também isentaria as importações de qualquer país que não impõe um ajuste de carbono de fronteira sobre os produtos importados dos EUA e aplica leis e regulamentos para redução das emissões de gases do efeito estufa *"que são pelo menos tão ambiciosos quanto às leis e regulamentos federais dos Estados Unidos"*[132].

Os parlamentares foram claros na propositura do projeto de lei ao considerar que seus objetivos principais são a proteção dos empregos nos EUA, a redução das emissões globais dos gases causadores de efeito estufa e o aumento da resiliência nas comunidades da linha de frente. Isso significa que a maior potência mundial, após anos de omissão, está finalmente se posicionando acerca de uma nova agenda climática. Nas palavras do Deputado Peters:

> "*I reject the idea that we should weaken our environmental standards to compete with other nations. The U.S. will remain a global economic leader by raising our ambition to meet the historic moment—to address climate change, to create millions of good-paying jobs, and to reduce economic inequality—not by lowering our standards and defying our responsibility to be a leader in providing safe, clean, and reliable energy. The FAIR Transition and Competition Act will facilitate a race to the top among U.S. companies to produce the next generation of clean energy and technology. The move would ensure we remain a key player in international cooperation on climate action and show the world that the U.S. is fully committed to addressing the climate crisis at home and abroad*."[133]

A proposta está fundamentada em alguns aspectos que certamente influenciarão as discussões no Congresso e que servem para que os demais países compreendam como serão pautadas as trocas comerciais com os EUA, caso a proposta seja aprovada, quais sejam: (i) o reconhecimento dos custos incorridos por empresas dos EUA na produção de produtos mais "limpos" devido a leis e regulamentos que limitam as emissões; (ii) a contabilização desses custos por meio da cobrança de uma taxa sobre as importações em setores intensivos em carbono e expostos ao comércio; (iii) o apoio à cooperação internacional na matéria das

[131] EUA. Senado dos Estados Unidos da América. **Bill to amend the Internal Revenue Code of 1986 to establish a border carbon adjustment for the importation of certain goods**. Washington: Senate Office of Legislative Counsel. Disponível em: https://www.coons.senate.gov/imo/media/doc/GAI21718.pdf. Acesso em: 29 out. 2021.

[132] *Ibidem*.

[133] *Ibidem.*

mudanças climáticas e a reformulação do comércio em torno do clima; (iv) o direcionamento de receitas para o desenvolvimento e comercialização de tecnologias de redução de emissões de alto impacto; e (v) a criação de um novo "Programa de Doação para Comunidades Resilientes" para os estados apoiarem a adaptação ao clima, a assistência à transição e as comunidades que enfrentam os impactos mais severos da mudança climática e da poluição histórica.

1.2.1 "*The US Fair Transition and Competition Act"*: tabela consolidada com os parâmetros de análise

Conforme mencionado no início do Capítulo 1, os parâmetros utilizados para a análise do "*USA Fair Transition and Competition Act*" são: (a) Existe mecanismo de ajuste de carbono na fronteira?; (b) Qual a forma de cálculo do preço do carbono (se houver)?; (c) Quais as metas de redução de carbono? Em quanto tempo?; (d) Existem incentivos para compensar as reduções nas emissões de carbono?; (e) Quais setores ou produtos serão mais impactados por essas metas?; (f) Desses setores, quais causarão maiores reflexos no Brasil?

Quadro 3. *"The US FAIR Transition and Competition Act"*	
Existe mecanismo de ajuste de carbono na fronteira?	Não, apenas propostas tramitando no Congresso Nacional. A mais promissora é a dos Democratas Chris Coons e Scott Peters, que é parte da chamada *FAIR Transition and Competition Act,* que deve ser anexada ao pacote de gastos de US$ 3,5 trilhões proposto pelos Democratas. Diferentemente do CBAM europeu, a proposta não seria acompanhada não seria acompanhada por uma taxa doméstica equivalente ou preço sobre as emissões de carbono, mas seria baseada no "custo incorrido pelas empresas dos EUA para cumprir as leis e regulamentos [dos EUA] que limitam os gases de efeito estufa emissões".
Quais as metas de redução de carbono? Em quanto tempo?	Os Estados Unidos pretendem alcançar uma meta para toda a economia de redução das emissões de gases de efeito estufa em 26-28% abaixo de seu nível de 2005 até 2025 e envidar todos os esforços para reduzir suas emissões em 28%. Essa meta é consistente com um caminho de reduções profundas até se alcançar o nível de redução de 80% ou mais até 2050.

Qual a forma de cálculo do preço do carbono (se houver)?	A legislação exigiria o cálculo da taxa do BCA sobre produtos importados usando as metodologias a seguir simplificadas: **Produtos não combustíveis:** Para produtos cobertos que não sejam combustíveis, a taxa BCA deve ser igual ao produto de (A) "o custo ambiental doméstico incorrido" para o setor no qual o produto foi produzido; multiplicado por (B) as "emissões de gases de efeito estufa da produção do produto". Um exemplo simplificado de como esse cálculo pode funcionar na prática é o seguinte: (A) Custos ambientais domésticos incorridos. O Tesouro determina que, em média, o custo que os produtores de cimento dos EUA incorrem para cumprir as leis dos EUA que limitam as emissões de gases de efeito estufa é de US $5 por tonelada de cimento produzida. (B) Emissões de gases de efeito estufa da produção. O Tesouro determina que as emissões de gases de efeito estufa associadas à produção de uma tonelada de cimento são de 0,5 MT de CO^2-e. (C) Taxa BCA. A taxa de BCA aplicável ao cimento importado seria de $2,50 por tonelada ($5,00 x 0,5). **Combustível Coberto** No caso de um combustível coberto, a taxa de BCA será igual ao produto de: (1) os custos ambientais domésticos incorridos na produção de tal combustível, multiplicados por (2) as "emissões de gases de efeito estufa a montante" de tal combustível, ou seja, "a quantidade de gases de efeito estufa, expressa em toneladas métricas de CO2-e, emitida para a atmosfera resultante da extração, processamento, transporte, financiamento ou outra preparação de um combustível coberto para uso".
Existem incentivos para compensar as reduções nas emissões de carbono?	Não há especificação na proposta.
Quais setores ou produtos serão mais impactados por essas metas?	- Ferro, aço, alumínio e cimento; - Qualquer outro produto para o qual o Secretário do Tesouro determine que (1) existem "dados confiáveis" para determinar a quantidade de emissões de gases de efeito estufa resultantes da produção do produto; e (2) é "do interesse dos Estados Unidos" incluir tal produto no escopo do BCA; - Qualquer produto que "mais de 50 por cento da composição" consista em um produto descrito acima; e - "Combustível coberto", definido como "gás natural, petróleo, carvão ou qualquer outro produto derivado de gás natural, petróleo ou carvão que é usado ou pode ser usado para emitir gases de efeito estufa para a atmosfera" A legislação ainda autorizaria o Poder Executivo a expandir o escopo de produto do BCA a seu próprio critério. Os patrocinadores dos projetos de lei afirmaram que pretendem que a lista de produtos cobertos se expanda "à medida que os Estados Unidos aprimorem os processos de determinação da intensidade de carbono de diferentes tipos de bens".
Desses setores, quais possivelmente causam maiores reflexos no Brasil?	Outros produtos semimanufaturados de ferro ou aço não ligado, de seção transversal retangular, que contenham, em peso, menos de 0,25 % de carbono; Óleos brutos de petróleo; Outros aviões e outros veículos aéreos, de peso superior a 15.000 kg vazios; café não torrado, não descafeinado, em grão; pastas químicas de madeira, à soda ou ao sulfato, exceto pastas para dissolução, semibranqueadas ou branqueadas, de não coníferas; outras gasolinas, exceto para aviação; partes de turborreatores e turbopropulsores.

Fonte: Elaborado pelas autoras.

1.3. "Canada's Strengthened Climate Plan 2020": emissões líquidas zero até 2050

Em 22 de abril de 2021, o primeiro-ministro do Canadá, Justin Trudeau, anunciou a meta atualizada do Canadá de redução dos níveis de emissão de carbono, em conformidade com os objetivos do Acordo de Paris, esclarecendo que o País pretendia alcançar, até 2030, uma redução de 40-45% abaixo dos níveis de emissão do ano de 2005. Essa contribuição nacionalmente determinada[134] foi apresentada às Nações Unidas em 12 de julho de 2021.

Para apoiar o cumprimento da meta do Canadá para 2030, e para colocar o país no caminho de emissões líquidas zero até 2050, em dezembro de 2020, o Governo do Canadá divulgou o "Plano Climático Fortalecido do Canadá",[135] intitulado *"A Healthy Environment and a Healthy Economy"*, que visa "criar empregos e apoiar pessoas, comunidades e o planeta". Para fortalecer o plano, o Orçamento de 2021 do Governo Federal comprometeu US $17,6 bilhões em uma recuperação verde do País, com o objetivo de criar empregos, construir uma economia limpa e combater a mudança climática. Isso inclui o apoio do governo para retrofits de energia doméstica, novas medidas fiscais para acelerar a captura, utilização e armazenamento de carbono e um grande compromisso de investir na descarbonização entre os grandes emissores.

O Plano foi pensado em decorrência dos efeitos da pandemia, como é possível extrair da sua introdução: *"As with pandemic preparedness, the earlier Canada takes action to address climate change, the more effectively the country can reduce its risk and protect the health and safety of Canadians"*[136]. Com isso, vê-se que o Canadá está comprometido, através deste plano federal com metas claras, a construir uma economia e um ambiente mais saudáveis para o mundo pós-pandêmico, que envolvem a criação de mais de um milhão de postos de trabalho e a restauração das vagas de emprego para os níveis antes da pandemia, tendo como fundamento para o alcance dessas metas o combate às mudanças climáticas e o crescimento "verde".

---

[134] CANADA. Department of Finance. **Government launches consultations on border carbon adjustments**. Ottawa: Department of Finance Canada, 2021. Disponível em: https://www.canada.ca/en/department-finance/news/2021/08/government-launches-consultations-on-border-carbon-adjustments.html. Acesso em: 29 out. 2021).

[135] CANADÁ. Environment and Climate Change. **A Healthy Environment and a Healthy Economy**. Gatineau: Environment and Climate Change Canada, 2021. Disponível em: https://www.canada.ca/en/services/environment/weather/climatechange/climate-plan/climate-plan-overview/actions-healthy-environment-economy.html. Acesso em: 29 out. 2021.

[136] *Ibidem.*

Além disso, o plano inclui os seguintes pilares fundamentais[137]:

a) Eficiência energética na indústria da construção: atualmente, os prédios e construções - tanto residenciais quanto comerciais - são responsáveis por 18% das emissões de carbono do Canadá. O Plano Fortalecido pretende, assim, (i) aprimorar os retrofits residenciais, que permitem o aquecimento doméstico; (ii) aprimorar a eficiência energética das construções municipais e comunitárias; (iii) investir US $2 bilhões do Banco de Infraestrutura do Canadá para infraestrutura verde, investindo-se em ferramentas de financiamento inovadoras para trabalhar com proprietários de edifícios públicos e comerciais em retrofits de eficiência energética; (iv) estruturar planejamento de longo prazo em infraestruturas mais inteligentes para diminuição do consumo de energia;

b) Transporte limpo e energia acessível a todas as comunidades, principalmente através do investimento em redes de transporte público; da compra, pelo governo canadense, de mais 5 mil ônibus livres de poluição; e do incentivo, através de políticas públicas, para que os cidadãos procurem formas alternativas de transporte como caminhadas, bicicletas, patinetes, ao mesmo tempo em que investe na indústria para construção de veículos livres de emissões;

c) Sistemas de taxação do carbono como garantia de que a poluição não será livre de punição. Desde 2019, o governo canadense estabeleceu preço mínimo nacional para as emissões de carbono, começando em US$ 20 por tonelada em 2019 e chegando a US$ 50 em 2022. A abordagem do governo para determinar o preço da poluição por carbono dá às províncias e territórios a flexibilidade para implementar o tipo de sistema que faz sentido para suas circunstâncias, desde que se alinhem com o mínimo de padrões nacionais de rigor, ou critérios de referência. Ainda, em julho de 2021, o governo confirmou que o preço do carbono do Canadá continuará a aumentar US$ 15 por ano após 2022, até atingir o valor de US$ 170 por tonelada em 2030.

O sistema federal de precificação do carbono no Canadá tem dois principais elementos: (i) uma cobrança regulatória pelo consumo de combustíveis fósseis como a gasolina e o gás natural, ou seja, no Canadá O combustível não é subsidiado, seja para uso doméstico (aquecimento residencial), seja para transporte (com exceção da gasolina e diesel utilizados em tratores, caminhões e outras máquinas nas fazendas); e (ii) um sistema de preços baseado na produção, conhecido como OBPS (*Output-Based Pricing System*) direcionado para

[137] CANADA. Environment and Climate Change. **Canada's Climate Actions for a Healthy Environment and a Healthy Economy**. Gatineau: Environment and Climate Change Canada, 2021. Disponível em: https://www.canada.ca/en/services/environment/weather/climatechange/climate-plan/climate-plan-overview/actions-healthy-environment-economy.html. Acesso em: 29 out. 2021.

determinadas indústrias pesadas, conhecidas como EITE (*emissions-intensive and trade exposed*).

No sistema do OBPS, há o estabelecimento de um limite de referência para as emissões de carbono que, caso excedido, implica na obrigatoriedade de pagamento do preço do carbono, pelas indústrias emissoras, na medida do excesso de emissão. Lado outro, as empresas que emitem menos do que o referido *benchmark* ganham créditos que podem ser usados para negociação com outras empresas (mercado de carbono), ou para subsidiar usos futuros. Os padrões de preço no sistema OBPS são estabelecidos como uma porcentagem do nível histórico de intensidade de emissões de um setor (ou seja, suas emissões por unidade de produção) e diferentes níveis de rigor (variando de 80% a 95% da intensidade de emissões históricas) são definidos de acordo com a competitividade de cada setor e os riscos de vazamento de carbono. Com esta abordagem, portanto, os custos de carbono de uma instalação são reduzidos, enquanto o incentivo para reduzir as emissões do preço do carbono é mantido.

Os setores da indústria submetidos ao sistema são aqueles que realizam atividades intensivas em emissões e estão altamente expostos ao comércio. A intensidade das emissões refere-se à quantidade de emissões de GEE (gases de efeito estufa) liberada por unidade de produção. A exposição comercial refere-se à medida de concorrência entre os produtores canadenses e os produtores estrangeiros, seja no Canadá, seja internacionalmente, o que afeta sua capacidade de repassar os custos do carbono aos clientes nos mercados interno ou externo. O governo federal do Canadá considera um setor inserido no EITE e, portanto, elegível para participar do OBPS se: (i) tem pelo menos uma instalação que emite 50 quilotoneladas de CO2 equivalente ou mais; (ii) está mais de 80% exposto ao comércio; ou (iii) está em uma categoria de risco EITE médio ou alto, em que a intensidade de emissão e a exposição comercial excedem certos limites. Este é o caso, por exemplo, dos setores de óleo e gás, mineração, alimentício, madeira, celulose e papel, produtos derivados do carvão e do petróleo, produtos químicos, entre outros[138].

Diante do compromisso do governo de desenvolver uma economia de baixo carbono e objetivando que essa transição seja realizada de forma justa e previsível para as empresas e consumidores canadenses, o Governo anunciou, no outono de 2020, a sua intenção de explorar o potencial dos mecanismos de ajustes de carbono na fronteira (*Border Carbon Adjustments* - BCAs) como parte da estratégia de competitividade internacional para evitar o já mencionado

[138] CANADA. Department of Finance. **Exploring Border Carbon Adjustments for Canada**. 2021. Disponível em: https://www.canada.ca/en/department-finance/programs/consultations/2021/border-carbon-adjustments/exploring-border-carbon-adjustments-canada.html. Acesso em: 29 out. 2021.

"vazamento de carbono". Como resultado, abriu consultas públicas sobre o tema em agosto de 2021[139].

O documento preparado pelo governo para informar as discussões[140] é extenso e engloba questionamentos acerca dos impactos que a implementação do BCA pode causar no consumo interno e no comércio internacional do Canadá, bem como considerações de escopo, design e administração da política. Assim, ainda está em fase de debates públicos.

1.3.1 *"Canada's Strengthened Climate Plan 2020"*: tabela consolidada com os parâmetros de análise

Conforme mencionado no início do Capítulo 1, os parâmetros utilizados para a análise do Plano Climático Fortalecido do Canadá são: (i) Existe mecanismo de ajuste de carbono na fronteira?; (ii) Qual a forma de cálculo do preço do carbono (se houver)?; (iii) Quais as metas de redução de carbono? Em quanto tempo?; (iv) Existem incentivos para compensar as reduções nas emissões de carbono?; (v) Quais setores ou produtos serão mais impactados por essas metas?; (vi) Desses setores, quais causarão maiores reflexos no Brasil?

Quadro 4. ***"Canada's Strengthened Climate Plan 2020"***	
Existe mecanismo de ajuste de carbono na fronteira?	Não. O governo canadense abriu consultas públicas sobre o tema em agosto de 2021 e ainda está avaliando possibilidades. A consulta está pautada em três perspectivas principais: a) Resultados ambientais: Como adicionar BCAs à caixa de ferramentas de política climática do Canadá poderia se basear nas políticas de mudança climática existentes para fornecer resultados ambientais equivalentes ou melhores. b) Pressões econômicas: Quais os impactos econômicos que os BCAs podem ter e a distribuição desses impactos entre setores e regiões, incluindo para os consumidores. c) Engajamento internacional e relações comerciais: Como uma economia dependente do comércio, como os BCAs podem afetar as relações comerciais do Canadá e as áreas em que é necessário mais trabalho para a cooperação em BCAs com parceiros comerciais.
Quais as metas de redução de carbono? Em quanto tempo?	Meta atualizada em 2021 para redução de 40-45% abaixo dos níveis de 2005 até 2030 e 100% até o ano de 2050.
Qual a forma de cálculo do preço do	Flexível. Existe um padrão federal de precificação que é aplicado dentro do contexto interno do Canadá.

[139] CANADA. Department of Finance. **Government launches consultations on border carbon adjustments**. Ottawa: Department of Finance Canada, 2021. Disponível em: https://www.canada.ca/en/department-finance/news/2021/08/government-launches-consultations-on-border-carbon-adjustments.html. Acesso em: 29 out. 2021

[140] CANADA. Department of Finance. **Exploring Border Carbon Adjustments for Canada**. 2021. Disponível em: https://www.canada.ca/en/department-finance/programs/consultations/2021/border-carbon-adjustments/exploring-border-carbon-adjustments-canada.html. Acesso em: 29 out. 2021.

carbono (se houver)?	Desde 2019, todas as jurisdições do Canadá têm um preço para a poluição por carbono. Qualquer província e/ou território pode praticar seu próprio sistema de preços de carbono adaptado às necessidades locais. Alternativamente, as províncias ou territórios podem escolher o sistema de preços de carbono federal. O governo federal estabelece padrões de rigor nacional mínimos, que todos as jurisdições devem atender para garantir que sejam comparáveis e eficazes na redução das emissões de gases de efeito estufa. Se uma província e/ou território decidir não tarifar a poluição, ou propor um sistema que não atenda a esses padrões, o sistema federal é colocado em prática.[141]
Existem incentivos para compensar as reduções nas emissões de carbono?	Sim. Além dos investimentos já mencionados no texto, o governo do Canadá: - Criou um sistema nacional de compensação, que visa criar oportunidades para silvicultores, agricultores e indígenas que implementam projetos inovadores para reduzir a poluição de carbono, denominado "Sistema de Compensação dos Gases de Efeito Estufa", a fim de estimular a inovação e investir no setor privado. - anunciou um complemento de US $ 3 bilhões para o Net-Zero Accelerator Fund no Orçamento 2021, elevando o total para US $ 8 bilhões para ajudar a agilizar projetos de descarbonização com grandes emissores, tecnologia limpa de escalonamento, e acelerar a transformação industrial do Canadá em todos os setores. - lançou a Estratégia de Hidrogênio para o Canadá, que posiciona o Canadá para se beneficiar da economia e oportunidades ambientais que o hidrogênio pode apresentar, em todo o país, ao mesmo tempo que posiciona o país como fornecedor global de hidrogênio e das tecnologias para utilizá-lo.
Quais setores ou produtos serão mais impactados por essas metas?	Os setores incluídos no conceito de EITE (*emissions-intensive and trade exposed*), que seguem os critérios descritos no texto. No Canadá, esses setores são, principalmente: óleo e gás, mineração, alimentício, madeira, celulose e papel, produtos derivados do carvão e do petróleo, produtos químicos, produtos do setor automotivo, metais primários e fabricados, produtos derivados do plástico e da borracha, produtos de minerais não metálicos, produtos da indústria aeroespacial e transporte de gás natural. A aprovação de um mecanismo de ajustamento de carbono na fronteira possivelmente impactaria estes mesmos setores.
Desses setores, quais possivelmente causam maiores reflexos no Brasil?	Alumina (óxido de alumínio), açúcares e melaços e café não torrado (setor alimentício), produtos semi-acabados, lingotes e outras formas primárias de ferro ou aço, minérios de alumínio e seus concentrados, geradores elétricos e suas partes[142]

Fonte: Elaborado pelas autoras.

[141] Tradução livre do texto em inglês publicado pelo Governo canadense sobre precificação de carbono: "*Since 2019, every jurisdiction in Canada has had a price on carbon pollution. Canada's approach is flexible: any province or territory can design its own pricing system tailored to local needs, or can choose the federal pricing system. The federal government sets minimum national stringency standards (the federal 'benchmark'), that all systems must meet to ensure they are comparable and effective in reducing greenhouse gas emissions. If a province or territory decides not to price pollution, or proposes a system that does not meet these standards, the federal system is put in place.*" Disponível em: https://www.canada.ca/en/environment-climate-change/services/climate-change/pricing-pollution-how-it-will-work.html. Acesso em 04 nov. 2021.

[142] Dados do ano de 2020. (BUENO, Sinara. Exportações do Brasil para os Estados Unidos. **FazComex**, 22 set. 2021. Disponível em: https://www.fazcomex.com.br/blog/exportacoes-do-brasil-para-estados-unidos/. Acesso em: 29 out. 2021).

1.4 Comparativo das propostas da UE, dos EUA e do Canadá: semelhanças e diferenças

Neste primeiro capítulo apresentamos as principais características das propostas de "acordo verde" desenhadas pela União Europeia (1.1.), os Estados Unidos (1.2.) e o Canadá (1.3.). Nota-se, em uma primeira análise, que os três países não pouparam esforços na elaboração das estratégias voltadas para o atingimento das suas metas climáticas, bem como aquelas constantes no Acordo de Paris.

Para facilitar a comparação das propostas, apresenta-se abaixo um quadro esquemático com as informações de cada uma delas, novamente apresentados com base nos seguintes parâmetros: (i) Existe mecanismo de ajuste de carbono na fronteira?; (ii) Qual a forma de cálculo do preço do carbono (se houver)?; (iii) Quais as metas de redução de carbono? Em quanto tempo?; (iv) Existem incentivos para compensar as reduções nas emissões de carbono?; (v) Quais setores ou produtos serão mais impactados por essas metas?; (vi) Desses setores, quais causarão maiores reflexos no Brasil?

Quadro 5 - Tabela comparativa de propostas de Acordos Verdes

Países / características	União Europeia	Estados Unidos	Canadá
Existe mecanismo de ajuste de carbono na fronteira?	Sim, chamado de *Carbon Border Adjustment Mechanism* (*CBAM*).	Não, apenas propostas tramitando no Congresso Nacional. A mais promissora é a dos Democratas Chris Coons e Scott Peters, que é parte da chamada *FAIR Transition and Competition Act,* que deve ser anexada ao pacote de gastos de US$ 3,5 trilhões proposto pelos Democratas. Diferentemente do *CBAM* europeu, a proposta não seria acompanhada por uma taxa equivalente ou preço sobre as emissões de carbono, mas seria baseada no "custo incorrido pelas empresas dos EUA para cumprir as leis e regulamentos [dos EUA] que limitam os gases de efeito estufa emissões".	Não. O governo canadense abriu consultas públicas sobre o tema em agosto de 2021 e ainda está avaliando possibilidades. A consulta está pautada em três perspectivas principais: a) Resultados ambientais: Como adicionar BCAs à caixa de ferramentas de política climática do Canadá poderia se basear nas políticas de mudança climática existentes para fornecer resultados ambientais equivalentes ou melhores. b) Pressões econômicas: Quais os impactos econômicos que os BCAs podem ter e a distribuição desses impactos entre setores e regiões, incluindo para os consumidores. c) Engajamento internacional e relações comerciais: Como uma economia dependente do comércio, como os BCAs podem afetar as relações comerciais do Canadá e as áreas em que é necessário mais trabalho para a

			cooperação em BCAs com parceiros comerciais.
Qual a forma de cálculo do preço do carbono (se houver)?	O preço é baseado pelo *EU ETS*. A expectativa é que a tonelada de carbono custe EUR 47,25 entre 2021 e 2025. O cálculo do preço oscila e na Europa depende do sistema *EU ETS*.	A legislação exigiria o cálculo da taxa do BCA sobre produtos importados usando as metodologias a seguir simplificadas: **Produtos não combustíveis:** Para produtos cobertos que não sejam combustíveis, a taxa BCA deve ser igual ao produto de (A) "o custo ambiental doméstico incorrido" para o setor no qual o produto foi produzido; multiplicado por (B) as "emissões de gases de efeito estufa da produção do produto". Um exemplo simplificado de como esse cálculo pode funcionar na prática é o seguinte: (A) Custos ambientais domésticos incorridos. O Tesouro determina que, em média, o custo que os produtores de cimento dos EUA incorrem para cumprir as leis dos EUA que limitam as emissões de gases de efeito estufa é de US$ 5 por tonelada de cimento produzida. (B) Emissões de gases de efeito estufa da produção. O Tesouro determina que as emissões de gases de efeito estufa associadas à produção de uma tonelada de cimento são de 0,5 MT de CO^2-e. EU Taxa BCA. A taxa de BCA aplicável ao cimento importado seria de $2,50 por tonelada ($5,00 x 0,5). **Combustível Coberto** No caso de um combustível coberto, a taxa de BCA será igual ao produto de: (1) os	Flexível. Existe um padrão federal de precificação que é aplicado no contexto interno do Canadá. Desde 2019, todas as jurisdições do Canadá têm um preço para a poluição por carbono. Qualquer província e/ou território pode praticar seu próprio sistema de preços de carbono adaptado às necessidades locais. Alternativamente, as províncias ou territórios podem escolher o sistema de preços de carbono federal. O governo federal estabelece padrões de rigor nacional mínimos, que todos as jurisdições devem atender para garantir que sejam comparáveis e eficazes na redução das emissões de gases de efeito estufa. Se uma província e/ou território decidir não tarifar a poluição, ou propor um sistema que não atenda a esses padrões, o sistema federal é colocado em prática.[143]

[143] Tradução livre do texto em inglês publicado pelo Governo canadense sobre precificação de carbono: "*Since 2019, every jurisdiction in Canada has had a price on carbon pollution. Canada's approach is flexible: any province or territory can design its own pricing system tailored to local needs, or can choose the federal pricing system. The federal government sets minimum national stringency standards (the federal 'benchmark'), that all systems must meet to ensure they are comparable and effective in reducing greenhouse gas emissions. If a province or territory decides not to price pollution, or proposes a system that does not meet these standards, the federal system is put in place*." Disponível em: https://www.canada.ca/en/environment-climate-change/services/climate-change/pricing-pollution-how-it-will-work.html. Acesso em 04 nov. 2021.

		custos ambientais domésticos incorridos na produção de tal combustível, multiplicados por (2) as "emissões de gases de efeito estufa a montante" de tal combustível, ou seja, "a quantidade de gases de efeito estufa, expressa em toneladas métricas de CO2-e, emitida para a atmosfera resultante da extração, processamento, transporte, financiamento ou outra preparação de um combustível coberto para uso".	
Quais as metas de redução de carbono? Em quanto tempo?	Redução de 55% das emissões de gases do efeito estufa até 2030 e 100% até o ano de 2050	Os Estados Unidos pretendem alcançar uma meta para toda a economia de redução das emissões de gases de efeito estufa em 26-28% abaixo de seu nível de 2005 até 2025 e envidar todos os esforços para reduzir suas emissões em 28%. Essa meta é consistente com um caminho de reduções profundas até se alcançar o nível de redução de 80% ou mais até 2050.	Meta atualizada em 2021 para redução de 40-45% abaixo dos níveis de 2005 até 2030 e 100% até o ano de 2050.
Existem incentivos para compensar as reduções nas emissões de carbono?	A União Europeia irá investir EUR$ 1 trilhão no *EU Green Deal*. Para tanto, existem os seguintes incentivos: Financiamento: parte do orçamento será privado, a ser desempenhado pelo Banco Europeu de Investimento; Capacitação: incentivos para desbloquear e redirecionar o investimento público e privado; a UE fornecerá ferramentas aos investidores, colocando o financiamento sustentável no centro do sistema financeiro, e facilitará o investimento sustentável por parte das autoridades públicas, incentivando o orçamento e as aquisições ecológicas e criando formas de facilitar os procedimentos de aprovação de auxílios estatais para regiões em transição justa. Apoio prático: a Comissão	Não há especificação na proposta.	Sim. Além dos investimentos já mencionados no texto, o governo do Canadá: - Criou um sistema nacional de compensação, que visa criar oportunidades para silvicultores, agricultores e indígenas que implementam projetos inovadores para reduzir a poluição de carbono, denominado "Sistema de Compensação dos Gases de Efeito Estufa", a fim de estimular a inovação e investir no setor privado. - anunciou um complemento de US $ 3 bilhões para o Net-Zero Accelerator Fund no Orçamento 2021, elevando o total para US $ 8 bilhões para ajudar a agilizar projetos de descarbonização com grandes emissores, tecnologia limpa de escalonamento, e acelerar a transformação industrial do Canadá em todos os setores. - lançou a Estratégia de Hidrogênio para o Canadá, que posiciona o Canadá para se beneficiar da economia e oportunidades ambientais que o

	prestará apoio às autoridades públicas e aos promotores de projetos no planeamento, conceção e execução de projetos sustentáveis.[144]		hidrogênio pode apresentar, em todo o país, ao mesmo tempo que posiciona o país como fornecedor global de hidrogênio e das tecnologias para utilizá-lo.
Quais setores ou produtos serão mais impactados por essas metas?	Cimento, aço e ferro, alumínio, fertilizantes e eletricidade (*CBAM* e *EU ETS*), agricultura e pecuária (*Farm2Fork Regulation on Land Use, Forestry and Agriculture*), infraestrutura (*Effort Sharing Regulation*), produção de energia (*Renewable Energy Directive*)	- Ferro, aço, alumínio e cimento; - Qualquer outro produto para o qual o Secretário do Tesouro determine que (1) existem "dados confiáveis" para determinar a quantidade de emissões de gases de efeito estufa resultantes da produção do produto; e (2) é "do interesse dos Estados Unidos" incluir tal produto no escopo do BCA; - Qualquer produto que "mais de 50 por cento da composição" consista em um produto descrito acima; e - "Combustível coberto", definido como "gás natural, petróleo, carvão ou qualquer outro produto derivado de gás natural, petróleo ou carvão que é usado ou pode ser usado para emitir gases de efeito estufa para a atmosfera" A legislação ainda autorizaria o Poder Executivo a expandir o escopo de produto do BCA a seu próprio critério. Os patrocinadores dos projetos de lei afirmaram que pretendem que a lista de produtos cobertos se expanda "à medida que os Estados Unidos aprimorem os processos de determinação da intensidade de carbono de diferentes tipos de bens".	Os setores incluídos no conceito de EITE (*emissions-intensive and trade exposed*), que seguem os critérios descritos no texto. No Canadá, esses setores são, principalmente: óleo e gás, mineração, alimentício, madeira, celulose e papel, produtos derivados do carvão e do petróleo, produtos químicos, produtos do setor automotivo, metais primários e fabricados, produtos derivados do plástico e da borracha, produtos de minerais não metálicos, produtos da indústria aeroespacial e transporte de gás natural. A aprovação de um mecanismo de ajustamento de carbono na fronteira possivelmente impactaria estes mesmos setores.

[144] Tradução livre do inglês de texto publicado pela Comissão da União Europeia sobre o financiamento do *EU Green Deal*: "*Financing: mobilising at least €1 trillion of sustainable investments over the next decade. A greater share of spending on climate and environmental action from the EU budget than ever before will crowd in private funding, with a key role to be played by the European Investment Bank. Enabling: providing incentives to unlock and redirect public and private investment. The EU will provide tools for investors by putting sustainable finance at the heart of the financial system, and will facilitate sustainable investment by public authorities by encouraging green budgeting and procurement, and by designing ways to facilitate procedures to approve State Aid for just transition regions. Practical support: the Commission will provide support to public authorities and project promoters in planning, designing and executing sustainable projects*." Disponível em: https://ec.europa.eu/regional_policy/en/newsroom/news/2020/01/14-01-2020-financing-the-green-transition-the-european-green-deal-investment-plan-and-just-transition-mechanism. Acesso em: 29 out. 2021.

Desses setores, quais possivelmente causarão maiores reflexos no Brasil?	O *CBAM* irá impactar, inicialmente, os setores de ferro e aço, alumínio, fertilizantes e cimento. O setor de ferro e aço, contudo, será o mais afetado sendo o mais expressivo nas exportações brasileiras para o bloco.	Outros produtos semimanufaturados de ferro ou aço não ligado, de seção transversal retangular, que contenham, em peso, menos de 0,25% de carbono; Óleos brutos de petróleo; Outros aviões e outros veículos aéreos, de peso superior a 15.000 kg vazios; café não torrado, não descafeinado, em grão; pastas químicas de madeira, à soda ou ao sulfato, exceto pastas para dissolução, semibranqueadas ou branqueadas, de não coníferas; outras gasolinas, exceto para aviação; partes de turborreatores e turbopropulsores.	Alumina (óxido de alumínio), açúcares e melaços e café não torrado (setor alimentício), produtos semi-acabados, lingotes e outras formas primárias de ferro ou aço, minérios de alumínio e seus concentrados, geradores elétricos e suas partes[145]

Fonte: Elaborado pelas autoras.

Não há como negar: houve expressivo esforço por parte da União Europeia, Estados Unidos e Canadá no desenho de políticas públicas voltadas para o comércio internacional com foco em estratégias de sustentabilidade e inovação "verde".

Destaca-se, contudo, que a proposta apresentada pela União Europeia não só teve um papel pioneiro, como parece endereçar medidas mais robustas que se consubstanciam em verdadeiras estratégias políticas e econômicas no atingimento das metas climáticas. Isto é, nos parece que por ser a pioneira no assunto, a proposta europeia parece possuir alicerces e reconhecimento internacional mais sólidos que as propostas americana e canadense.

Não obstante, as propostas apresentam modelos únicos e características diferentes entre si, mas convergem no esforço mútuo de lançar políticas implementáveis – e não somente para "inglês ver" – na tentativa de influenciar também outros países, principalmente parceiros comerciais – como o Brasil.

As metas estabelecidas para redução das emissões dos gases de efeito estufa são semelhantes para União Europeia e Canadá, mas são consideravelmente diferentes para aquelas apresentadas na proposta pelos Estados Unidos. Enquanto o bloco europeu e o Canadá buscam reduzir, respectivamente, de 40% a 45% e 55% até 2030, os americanos se comprometeram a reduzir, até 2025, cerca de 28% das emissões. Além disso, União Europeia e Canadá almejam a neutralidade de carbono de seus territórios até 2050, ao passo que os estados Unidos objetivam alcançar, ao menos, 80% de redução das emissões.

[145] Dados do ano de 2020. (BUENO, Sinara. Exportações do Brasil para os Estados Unidos. **FazComex**, 22 set. 2021. Disponível em: https://www.fazcomex.com.br/blog/exportacoes-do-brasil-para-estados-unidos/. Acesso em: 29 out. 2021).

Nota-se, ainda, a diversidade de modelos de precificação de carbono. Na União Europeia, por meio do *EU ETS*, o preço do carbono nos parece mais previsível e metodologicamente mais sólido – até porque o sistema foi estabelecido em 2005 e o bloco conseguiu aperfeiçoar o seu modelo de precificação. Nos Estados Unidos, a precificação não é lastreada por um modelo de sistema de *trade and cap*, dificultando a quantificação de seu preço. O Canadá, por outro lado, lançou uma política de preço de carbono federal, mas permite que as jurisdições ou províncias estabelecem localmente os seus preços, mas que devem atender os padrões estabelecidos no âmbito federal.

Não obstante, se destacam os investimentos econômicos e financeiros vultuosos a serem desembolsados pelo bloco europeu e Canadá, demonstrando que estes atores não pouparão recursos para renovarem suas estruturas de desenvolvimento econômico para modelos mais sustentáveis e inovadores, sempre de olho nas metas climáticas estabelecidas por suas próprias propostas.

Nesse sentido, para facilitar o entendimento, apresentamos abaixo um quadro com a consolidação das semelhanças e diferenças entre as propostas "verdes":

Quadro 6. "Acordos Verdes": Semelhanças e Diferenças

	EU Green Deal	*The US Fair Transition and Competition Act*	*Canada's Strengthened Climate Plan 2020*
Mecanismo de ajuste de fronteira de carbono	Sim. Pioneiro na elaboração de um mecanismo, o *CBAM*	Não.	Não.
Fórmula para cálculo do preço de carbono	Fórmula dinâmica. Dependente do sistema *EU ETS* de comercialização e liberação de licenças. Preço varia constantemente. Variação também conforme setor.	Fórmula complexa, e individual e dependente do setor envolvido.	Fórmula flexível. Fórmula padrão nacional, provincial e territorial. Fórmula nacional estabelece parâmetros mínimos.
Metas para redução de emissões de gases de efeito estufa; metas temporais	55% de redução até 2030. 100% até 2050. Considera-se os níveis pré-industriais (década de 1990).	26-28% de redução até 2025. 80% ou mais de redução até 2050. Considera-se os níveis de 2005.	40-45% de redução até 2030. 100% de redução até 2050. Considera-se os níveis de 2005.
Investimentos expressivos no desenvolvimento e implementação dos programas	1 trilhão de euros.	Não há especificação.	3 bilhões de dólares.

Setores potencialmente mais impactados	Ferro, aço alumínio, cimento (principais)

Pelo quadro acima (6), é possível visualizar diversas semelhanças (e diferenças!) entre as propostas analisadas. Percebe-se como semelhanças (i) sistemas de precificação de carbono – apesar de fórmulas distintas e próprias; (ii) metas arrojadas para diminuição de emissão de gases de efeito estufa, principalmente no longo prazo; (iii) investimentos expressivos na implementação dos programas, considerando União Europeia e Canadá somente (EUA não foi possível saber.; e (iv) setores de minérios mais impactados pelas três propostas. Em relação às diferenças, notamos (i) EUA e Canadá não possuem mecanismos de ajuste de fronteira de carbono; (ii) apesar das semelhanças, EUA parece ter uma proposta com metas de redução menos ambiciosas, mas no longo prazo converge com as demais; e (iii) EUA não apresenta um proposta de investimentos para a implementação de seu programa.

Dando seguimento à análise das propostas dos "acordos verdes", passaremos a analisar os impactos e reflexos dos textos no comércio exterior brasileiro, tendo em vista que a União Europeia, Estados Unidos e Canadá são grandes clientes importadores dos nossos produtos e uma análise de potenciais efeitos decorrentes da ambição climática pode ajudar na adaptação e planejamento dos setores brasileiros impactados.

2. IMPACTOS E REFLEXOS DAS PROPOSTAS CLIMÁTICAS DA EU, DOS EUA E DO CANADÁ NO COMÉRCIO EXTERIOR BRASILEIRO

Ao longo do primeiro capítulo, foi possível analisar as várias propostas atuais para o endereçamento das mudanças climáticas e aumento da temperatura do planeta. Todavia, como é de se esperar, a discussão internacional envolve diversos atores que são impactados pelas políticas, lançadas unilateralmente por alguns países, como é o caso da União Europeia, dos Estados Unidos e do Canadá.

Dessa forma, o presente artigo se propõe a seguir a apresentar alguns possíveis efeitos e reflexos que referidas políticas da União Europeia (2.1), dos Estados Unidos (2.2) e do Canadá (2.3) podem implicar ao Brasil, especialmente no seu modelo de negócio exportador.

Com efeito, para a mapeamento dos possíveis setores brasileiros impactos pelas políticas "verdes", o presente artigo se propôs a analisar, com base nos dados do Ministério da

Economia de 2020, quais são os setores/produtos brasileiros mais exportados para a União Europeia, Estados Unidos e Canadá.

2.1 EU Green Deal e seus reflexos no Brasil

Não há como negar que o lançamento do pacote *Fit for 55%* do Acordo Verde Europeu causou discussões acaloradas no Brasil – e não é pra menos, o país será um dos países agroexportadores a serem impactados pelo mecanismo de ajuste de carbono na fronteira, o *CBAM*.

Recentemente, o Ministro do Meio Ambiente, Joaquim Álvaro Pereira Leite, publicou artigo na Folha de São Paulo com críticas envolvendo o *EU Green Deal* e, especificamente, o *CBAM* arguindo que "[e]sse mecanismo [*CBAM*] seria uma forma de proteger as indústrias europeias de concorrentes estrangeiros que não cumprem os mesmos padrões de redução das emissões de gases de efeito estufa (...). Será uma imposição unilateral para terceiros países adotarem reduções obrigatórias de emissões de carbono nos padrões europeus."[146] Nota-se que o tom do ministro é no sentido de que os europeus estão impondo restrições comerciais, sob o prisma de sustentabilidade, mas que seriam, na verdade, um protecionismo disfarçado, voltado a beneficiar as indústrias dentro do bloco.

Outra crítica feita pelo ministro é com relação ao Acordo do Clima, ou Acordo de Paris, em que os 195 países signatários se comprometeram com a redução de emissões de gases de efeito estufa e limitação do aumento da temperatura global, mas que garantiria aos países a possibilidade de fixarem seus compromissos e ferramentas para atingimento das metas de redução, sob efeito do princípio da soberania nacional.[147]

Por fim, o ministro ressalta que as cadeias de ferro e aço do Brasil seriam mais afetadas pela imposição do *CBAM*, mas considera que "nenhum desses setores está mal posicionado, no que se refere à sua intensidade de emissões, quando comparados a seus competidores internacionais".[148]

Não obstante, o Presidente da Confederação Nacional da Indústria (CNI), Robson Braga de Andrade, afirmou que o *CBAM* é uma ferramenta capaz de pressionar a regulamentação do mercado de carbono no Brasil, a qual espera ocorrer em meados de 2023, sinalizando ao bloco

[146] LEITE, Joaquim. Desajuste de fronteira. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 14 out. 2021. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2021/10/desajuste-de-fronteira.shtml. Acesso em: 29 out. 2021.
[147] *Ibidem*.
[148] *Ibidem*.

europeu que produtos brasileiros já pagam, em território nacional, o equivalente às suas compensações de carbono, diminuindo o número de certificados europeus de carbono exigido.

Na visão do presidente, o setor industrial brasileiro já se movimenta no sentido de rentabilizar compensações de carbono com intuito de transacionar para uma economia de baixo carbono e de promoção da competitividade, mas que sua efetividade depende de uma regulação e governança adequadas ao mercado de carbono que deverá observar, sobretudo, exemplos e iniciativas internacionais.[149]

Nesse sentido, para verificarmos os setores brasileiros que mais exportaram para o continente europeu, utilizamos a ferramenta pública *ComexStat* do Ministério da Economia que disponibilizada dados dos setores/produtos que mais representaram economicamente na exportação brasileira:

Quadro 7. Exportações brasileiras ao bloco europeu[150]

Posição	Descrição NCM	2020 - Valor FOB (US$)
1	Óleos brutos de petróleo	$ 2.741.855.945,00
2	Soja, mesmo triturada, exceto para semeadura	$ 2.625.124.312,00
3	Café não torrado, não descafeinado, em grão	$ 2.507.788.464,00
4	Bagaços e outros resíduos sólidos, da extração do óleo de soja	$ 2.175.973.933,00
5	Outros minérios de cobre e seus concentrados	$ 1.241.275.796,00
6	Minérios de ferro e seus concentrados, exceto as piritas de ferro ustuladas (cinzas de piritas), não aglomerados	$ 1.225.003.217,00
7	Pastas químicas de madeira, à soda ou ao sulfato, exceto pastas para dissolução, semibranqueadas ou branqueadas, de não coníferas	$ 1.218.550.323,00

Apesar do setor de óleos bruto de petróleo ser o mais representativo das exportações brasileiras, entendemos que são os setores de soja e café que podem sofrer impactos mais diretos e imediatos decorrentes das propostas "verdes". Isso porque, o setor de agricultura está intimamente ligado às questões ambientais de desmatamento, um dos temas centrais do *EU*

[149] REDAÇÃO. Futuro Verde: a indústria e o combate ao aquecimento gloval. **Veja**, São Paulo, 28 out. 2021. Disponível em: https://veja.abril.com.br/insights-list/futuro-verde-a-industria-e-o-combate-ao-aquecimento-global/. Acesso em: 29 nov. 2021.

[150] Estes valores podem ser verificados no site *ComexStat* do Ministério da Economia. (BRASIL. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços. **ComexStat**. 2021. Disponível em: http://comexstat.mdic.gov.br/pt/home. Acesso em: 29 out. 2021).

Green Deal, e as quais o Brasil se comprometeu, durante a Conferência das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas de 2021 (COP26), a reduzir pela metade o desmatamento até 2030[151].

Ao final da COP26, inclusive, a União Europeia lançou dentro do *EU Green Deal* mais propostas relacionadas à diminuição do desmatamento global, determinando que o mercado interno europeu será "fechado" para as importações de sete produtos agrícolas que mais impactam o meio ambiente (soja, cacau, café, óleo de palma, carne bovina e madeira e derivados) se não comprovados que seus requisitos estão satisfeitos, a saber: (i) produtos cuja origem não são de solo desmatado após 20 de dezembro de 2020; e (ii) cumprem as exigências legais dos países exportadores. Neste contexto, se destaca afirmação do ex-secretário de PRodção e Comércio do ministério da Agricultura, Pedro de Camargo Neto:

> "O comércio internacional precisa seguir acordos internacionais e respeitar leis nacionais. O problema é que a falta de credibilidade do Brasil acaba abrindo brechas para avanços que podem ser protecionistas".[152]

Nota-se, portanto, que em uma primeira análise os setores mais impactados pelo *EU Green Deal* são os setores de agricultura e pecuária, visto estarem relacionados às questões mais urgentes da mencionada proposta, qual seja, o desmatamento de florestas e outros biomas.

Como já pontuado, embora o *EU Green Deal* seja uma estratégia interna da União Europeia que visa, através da regulação, combater as mudanças climáticas e dar visibilidade à sustentabilidade no âmbito do comércio internacional, o fato é que atualmente os países estão altamente integrados pelas cadeias globais de valor, o que faz com que esse posicionamento da União Europeia tenha efeitos e crie obrigações para outras nações, ainda que indiretas.

Assim, ao determinar uma série de limitações e de regramentos que devem ser cumpridos pelos seus produtores, a UE certamente adotará uma "diplomacia verde" para exigir dos países com os quais realiza negócios o mesmo padrão de proteção ambiental que exige dos seus produtores, para que eles não fiquem em desvantagem no cenário internacional, especialmente considerando que não é possível a criação de tarifas (não permitidas pelas regras da OMC) para compensar os custos regulatórios sofridos pelos produtores europeus.

---

[151] OLIVEIRA, Regiane. Desmatamento recorde derruba mais a moral do Brasil na COP26, que teve pouca margem para travar negociações. **EL PAIS,** Brasil, 13 nov. 2021. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2021-11-13/desmatamento-recorde-derruba-mais-a-moral-do-brasil-na-cop26-que-teve-pouca-margem-para-travar-negociacoes.html. Acesso em 29 nov. 2021.

[152] PINTO, Ana Estela de Sousa. UE propõe banir importações de soja e carne ligadas a desmatamento. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 17 nov. 2021. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/11/ue-propoe-banir-soja-e-carne-ligados-a-desmatamento.shtml?origin=folha. Acesso em 29 nov. 2021.

Não é possível ainda precisar ao certo quais obrigações serão criadas pelo *EU Green Deal* para os produtores de outros países, mas é possível levantar algumas hipóteses. Por exemplo, a estratégia *Farm2Fork*, como dito, persegue a sustentabilidade alimentar e o apoio aos agricultores e pescadores para alcance das metas, traz alguns objetivos que certamente servirão de padrão para os produtores de outros países também.

No mesmo sentido, é importante mencionar o acordo comercial entre os blocos Mercosul e União Europeia, concluído após 20 anos de negociação, cuja ratificação está pendente em razão, entre outros pontos, das preocupações do bloco europeu com as questões socioambientais e climáticas no Brasil principalmente. Isso significa que a União Europeia está exigindo respostas consistentes do Brasil acerca de quais políticas ou medidas têm sido adotadas pelo país para combater o desmatamento ilegal, a fim de que o acordo possa ser ratificado. Com isso, está claro que o bloco adota um certo rigor de proteção ambiental e está pouco disposto a realizar trocas comerciais com países que não respeitam esse mesmo padrão, o que, em essência, implica na imposição de sua regulação interna às demais nações através de mecanismos de mercado.

No caso do acordo Mercosul-UE, ainda, há um capítulo próprio, robusto, que endereça questões de desenvolvimento sustentável e traz numerosas obrigações às Partes, entre elas a execução das metas nacionais de redução de gases-estufa sob o Acordo de Paris, a promoção de acordos que preservam a biodiversidade e o fomento do manejo florestal sustentável. Além disso, prevê um mecanismo dedicado à solução de controvérsias que inclui o papel ativo de organizações da sociedade civil e um mecanismo para lançar consultas governamentais formais em caso de não cumprimento de qualquer uma das disposições. Assim, por incluir as mais avançadas disposições sobre desenvolvimento sustentável, a implementação efetiva do acordo comercial Mercosul-UE forçaria o Brasil (e os demais países do Mercosul) a observar as disposições do desenvolvimento sustentável.

É possível identificar que o Brasil já está procurando responder às provocações formuladas pelo bloco europeu. Em abril de 2021, o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), estabeleceu uma nova política agrícola, com o objetivo ampliar a adoção de práticas e tecnologias sustentáveis na agropecuária brasileira para melhoria da renda do produtor e enfrentamento das mudanças climáticas[153]. O plano, intitulado Plano Setorial de Adaptação e Baixa Emissão de Carbono na Agropecuária (também conhecido como ABC+), é

[153] Disponível em: https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/noticias/Mapa-lanca-bases-para-agricultura-de-baixo-carbono-ate-2030. Acesso em 04 de nov. 2021.

uma atualização do Plano ABC, executado de 2010 a 2020, que se tornou referência mundial de política pública para o setor agropecuário.

Essa reestruturação propõe reduzir, até o ano de 2030, a emissão de carbono equivalente em 1,1 bilhão de toneladas no setor agropecuário, valor sete vezes maior do que o plano definiu em sua primeira etapa na década passada. Já, em área, o ABC+ tem como meta atingir com tecnologias de produção sustentável 72,68 milhões de hectares (pouco mais do que duas vezes o tamanho do Reino Unido); ampliar o tratamento de 208,4 milhões de metros cúbicos de resíduos animais e abater 5 milhões de cabeças de gado em terminação intensiva.

A estratégia ainda envolve uma forte estrutura de governança a fim de estimular o reporte de dados de execução. A governança está dividida em três instâncias: aporte de informações de execução (SINABC), monitoramento e avaliação dos resultados (CENABC) e acompanhamento das ações e ajustes constantes (CTABC). E há também a previsão de grupos gestores estaduais destinados à formulação de planos de ação condizentes com as características técnicas, ambientais e operacionais de cada região. Como consequência do plano, o representante da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO) no Brasil, Rafael Zavala, fez um convite oficial para que o Brasil lidere a discussão sobre a produção agropecuária neutra em carbono e adaptação às mudanças climáticas, o que prova que o Brasil tem o potencial de liderar os debates envolvendo a proteção ambiental e o desenvolvimento sustentável.

2.2 "US Fair Transition and Competition Act": seus reflexos para o Brasil

A principal proposta legislativa em discussão nos EUA foi apoiada por diversas organizações não governamentais que combatem as mudanças climáticas, como a *National Wildlife Federation,* a *American Sustainable Business Council* e a *Climate Dialogue,* coalizão de 27 instituições que representam diferentes setores da economia americana, entre os quais petróleo e gás, serviços públicos, agricultura e alimentos, automotivo, produtos químicos, manufatura, serviços financeiros e defesa ambiental.

Como exposto anteriormente, a proposta atualmente colocada é bastante ampla e ainda permite que o Poder Executivo expanda os produtos submetidos ao BCA a seu próprio critério. Está claro que ferro, aço, alumínio e cimento seriam sobretaxados, o que, conforme indica o quadro 8, poderá impactar diretamente o Brasil, tendo em vista a alta exportação do país para os EUA de produtos semimanufaturados de ferro ou aço não ligado.

Além disso, conforme visto no item 1.2, ainda não há a determinação de um rol de produtos sobre o qual o BCA recairá, o que dificulta a formulação de hipóteses acerca de quais cadeias exportadoras do Brasil poderão ser mais impactadas pela adoção da política. Há clareza apenas quanto à sobretaxação de combustíveis como gás natural, petróleo, carvão e seus derivados, conforme se extrai da proposta legislativa:

> "Começando em 17 de janeiro de 2024, no caso de importações de bens cobertos para os Estados Unidos, será cobrada uma taxa:
> (1) no caso de um combustível coberto, uma quantia igual ao produto
> (A) no custo ambiental doméstico incorrido na produção desse combustível, multiplicado pelas
> (B) as emissões de gases de efeito estufa a montante de tal combustível,
> (2) no caso de um produto produzido dentro um setor que não é um combustível coberto, em uma quantia igual ao produto
> (A) do custo ambiental doméstico é cobrado para o setor em que tal produto foi produzido, multiplicado
> (B) pelas emissões de gases de efeito estufa de produção do produto, ou
> (3) no caso de um produto produzido dentro de um setor em que não haja dados confiáveis sobre a emissão de gases do efeito estufa, em valor igual ao do produto
> (A) das emissões de referência para o setor que produziu tal produto, multiplicado
> (B) pelo custo ambiental interno incorrido para o setor em que tal produto foi produzido."[154]

Comparando-se a referida proposta com a tabela a seguir, retirada do site do *ComexStax* do Ministério da Economia, que indica os principais produtos exportados pelo Brasil, é possível concluir acerca dos já mencionados impactos no setor do gás natural, petróleo, carvão e seus derivados, caso implementada a política:

[154] Tradução livre de: "*Beginning on 17 January 1, 2024, in the case of any importer that imports a covered good into the United States, there shall be imposed a fee: (1) in the case of a covered fuel, in an amount equal to the product of— '(A) the domestic environmental cost in curred in the production of such fuel, multiplied by (B) the upstream greenhouse gas emissions of such fuel, (2) in the case of a product produced within a sector which is not a covered fuel, in an amount equal to the product of— (A) the domestic environmental cost in curred for the sector in which such product was produced, multiplied by (B) the production greenhouse gas emissions of the product, or (3) in the case of a product produced within a sector for which reliable data with respect to the production greenhouse gas emissions of such product is not available, in an amount equal to the product of— (A) the benchmark emissions for the sector which produced such product, multiplied by (B) the domestic environmental cost incurred for the sector in which such product was Produced*" (EUA. Senado dos Estados Unidos da América. **Bill to amend the Internal Revenue Code of 1986 to establish a border carbon adjustment for the importation of certain goods**. Washington: Senate Office of Legislative Counsel. Disponível em: https://www.coons.senate.gov/imo/media/doc/GAI21718.pdf. Acesso em: 29 out. 2021. p. 8).

Quadro 8. Exportações brasileiras aos Estados Unidos[155]

Posição	Descrição NCM	2020 - Valor FOB (US$)
1	Outros produtos semimanufaturados de ferro ou aço não ligado, de seção transversal retangular, que contenham, em peso, menos de 0,25 % de carbono	$1.564.025.955,00
2	Óleos brutos de petróleo	$1.359.496.187,00
3	Outros aviões e outros veículos aéreos, de peso superior a 15.000 kg, vazios	$1.033.338.058,00
4	Café não torrado, não descafeinado, em grão	$928.907.933,00
5	Pastas químicas de madeira, à soda ou ao sulfato, exceto pastas para dissolução, semibranqueadas ou branqueadas, de não coníferas	$881.176.623,00
6	Outras gasolinas, exceto para aviação	$521.602.024,00
7	Partes de turborreatores ou de turbopropulsores	$479.983.662,00

Isto posto, é possível concluir que haverá um impacto direto nas exportações brasileiras de óleos brutos derivados do petróleo (segunda categoria de produtos mais exportados para os EUA) e no segmento de "outras gasolinas" (sexta categoria de produtos mais exportados). A rigor, essas são as principais conclusões possíveis de serem feitas até o momento de desenvolvimento da proposta.

O fato é que o posicionamento da maior potência mundial sobre a necessidade de implementação de mecanismos de ajustamento de carbono na fronteira e sobre o combate urgente às mudanças climáticas, inaugura uma nova fase de discussões sobre o tema para outros países do globo, inclusive para o Brasil, pautada em buscar soluções práticas para competir neste cenário e desenvolver sua própria liderança e regulação interna de mercados de carbono.

Feita essa análise sobre os principais possíveis impactos da proposta norte-americana nas exportações brasileiras, passa-se agora a análise dos reflexos do Plano Climático Fortalecido do Canadá para o Brasil.

2.3 "Canada's strengthened climate plan 2020": seus reflexos para o Brasil

[155] Estes valores podem ser verificados no site *ComexStax* do Ministério da Economia. (BRASIL. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços. **ComexStat**. 2021. Disponível em: http://comexstat.mdic.gov.br/pt/home. Acesso em: 29 out. 2021).

Como descrito na seção 1.3, o Canadá ainda não estabeleceu um mecanismo de ajuste de carbono nas fronteiras (BCA *mechanism*), estando ainda aberta a consulta pública do governo sobre a adoção dessa política e dos contornos ideais para desenhá-la. Contudo, é de se esperar que sejam adotados os mesmos critérios do "Plano Climático Fortalecido do Canadá" (*"Canada's strengthened climate plan 2020"*) para precificação e sobretaxação dos produtos importados, assim sobretaxando-se a queima de combustíveis fósseis, como a gasolina e o gás natural, e ampliando-se o sistema de preços baseado na produção, o OBPS (*Output-Based Pricing System*), voltado para as indústrias pesadas, ou EITE (*emissions-intensive and trade exposed).*

No Canadá, os setores incluídos no EITE são, principalmente: óleo e gás, mineração, alimentício, madeira, celulose e papel, produtos derivados do carvão e do petróleo, produtos químicos, produtos do setor automotivo, metais primários e fabricados, produtos derivados do plástico e da borracha, produtos de minerais não metálicos, produtos da indústria aeroespacial e transporte de gás natural.

Com relação aos produtos importados do Brasil, os mais afetados segundo os critérios do EITE seriam a alumina (óxido de alumínio), açúcares e melaços e café não torrado (setor alimentício), produtos semi-acabados, lingotes e outras formas primárias de ferro ou aço, minérios de alumínio e seus concentrados, geradores elétricos e suas partes. É o que se conclui da análise da tabela a seguir, também retirada do site do *ComexStax,* do Ministério da Economia:

Quadro 9. Exportações brasileiras ao Canadá[156]

Posição	Descrição NCM	2020 - Valor FOB (US$)
1	Bulhão dourado (bullion doré), em formas brutas, para uso não monetário	$1.402.255.912,00
2	Alumina calcinada	$975.699.558,00
3	Ouro em barras, fios e perfis de seção maciça	$471.918.886,00
4	Outros açúcares de cana	$264.833.198,00
5	Outros produtos semimanufaturados de ferro ou aço não ligado, de seção transversal retangular, que contenham, em peso, menos de 0,25 % de carbono	$233.317.189,00
6	Café não torrado, não descafeinado, em	$102.696.789,00

[156] Estes valores podem ser verificados no site *ComexStax* do Ministério da Economia. (BRASIL. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços. **ComexStat**. 2021. Disponível em: http://comexstat.mdic.gov.br/pt/home. Acesso em: 29 out. 2021).

	grão	
	Bauxita não calcinada (minério de alumínio)	$57.893.370,00

No Quadro 9, é possível verificar os valores das exportações brasileiras ao Canadá em 2020. Com o preço de carbono de US$50 por tonelada dos produtos em 2022, aumentando US $15 por ano após esse ano até atingir o valor de US $170 / tonelada em 2030, percebe-se o impacto da precificação do carbono nas fronteiras para estes produtos exportados pelo Brasil.

Assim como no caso da proposta norte-americana, a proposta Canadense ainda está em fase de consolidação, de modo que não é possível afirmar com certeza sobre os setores que seriam taxados pela promulgação de uma política de BCAs na fronteira. Considerando isso, o que se pretendeu fazer neste trabalho foi ressaltar os setores e cadeias produtivas que possivelmente serão impactados considerando os padrões e análises atuais do País sobre os setores simultaneamente mais expostos ao comércio exterior e cujas emissões de gases causadores do efeito estufa são mais intensas. Por óbvio, essa análise não está finalizada e pode sofrer alterações a depender do resultado das consultas públicas em andamento no País, que visam ouvir não apenas o setor público, como também cidadãos e setores da indústria.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou analisar de forma objetiva as propostas de “acordo verde” da União Europeia, Estados Unidos e Canadá, três potências econômicas no mundo, além de pioneiros no lançamento de propostas “verdes” aliando comércio (doméstico e internacional) e sustentabilidade e meio ambiente.

Foi possível neste artigo comparar as respectivas propostas a partir dos parâmetros: (a) presença de mecanismo de ajuste de carbono na fronteira; (b) forma de cálculo do preço do carbono (se houvesse); (c) metas de redução de carbono e tempo necessário; (d) presença de incentivos para compensar as reduções nas emissões de carbono; (e) setores ou produtos mais impactados por essas metas; e (f) desses setores, quais causarão maiores reflexos no Brasil. Como resultado, foi identificado que as propostas divergem em alguns pontos, como a presença ou não de mecanismo de ajuste de carbono na fronteira, fórmula de cálculo do preço do carbono, as metas de redução de emissões de gases de efeito estufa, incentivos para compensar as emissões, e setores mais afetados pelas metas. Contudo, foi possível perceber que as três propostas possuem as seguintes semelhanças (conforme Quadro 6): (i) sistemas de precificação

de carbono – apesar de fórmulas distintas e próprias; (ii) metas arrojadas para diminuição de emissão de gases de efeito estufa, principalmente no longo prazo; (iii) investimentos expressivos na implementação dos programas, considerando União Europeia e Canadá somente (EUA não foi possível saber.; e (iv) setores de minérios mais impactados pelas três propostas.

Importante destacarmos que as propostas convergem, em grande medida, quanto aos setores exportadores brasileiros que serão mais afetados pelas mudanças legislativas trazidas pelos "acordos verdes": o setor de minérios metálicos, principalmente, semi-acabados de ferro e aço.

Além do setor da mineração, a análise das propostas permitiu a identificação de possíveis reflexos e impactos ao Brasil também no setor do agronegócio, especialmente se considerarmos as metas de redução propostas no bloco europeu, Estados Unidos e Canadá em razão da intensidade de gases de efeito estufa emitidos, a forte relação de importação com o Brasil e políticas de desmatamento e diminuição de uso de fertilizantes e agrotóxicos. Internamente, já existem discussões quanto a esses reflexos, principalmente no âmbito federal em que o Ministro do Meio Ambiente, Joaquim Leite, já se manifestou ser contrário às medidas desenhadas de sustentabilidade da União Europeia, especialmente com a criação do *CBAM*.

Evidentemente, as propostas apresentadas serão questionadas, o que significa maior fomento ao debate e auxilia na lapidação de melhores políticas. Ainda, a discussão é necessária principalmente se trazida pelo Brasil, pois essas potências possuem relações comerciais estreitas com o país, sendo destinos importadores muito importantes e substancialmente relevantes para a nossa economia o que exige do Brasil um posicionamento assertivo na proteção de seus interesses comerciais.

Além disso, no caso europeu, o *EU Green Deal* estabelece, de modo amplo, um novo padrão para negociações dos países com a União Europeia, baseado no desenvolvimento sustentável. Certamente o bloco europeu não permitirá que seus agricultores sejam prejudicados por terem que produzir de acordo com normas ambientais mais rígidas e construirá uma "diplomacia verde" com seus parceiros comerciais que terá por consequência a criação de obrigações e a necessidade de adequação, principalmente para o agronegócio brasileiro.

De toda forma, não parece que no curto prazo as propostas dos EUA, Canadá e UE impactarão substancialmente as cadeias de exportação brasileiras. Isso porque existe ainda um debate acerca das políticas implementadas, especialmente quanto ao *enforcement* aos países parceiros da União Europeia. Já no tocante às políticas dos EUA e do Canadá, as propostas ainda estão centradas no debate político e não foram consolidadas, de modo que pode haver muitas mudanças nos produtos mais sobretaxados.

Contudo, no médio e longo prazo o cenário poderá ser radicalmente alterado. O Brasil não pode ignorar as mudanças que estão ocorrendo na Europa, Estados Unidos e Canadá sob o pretexto de não concordar com elas. O País deve manter-se atento e começar a se preparar não só para poder competir dentro dos mercados mais afetados pelas políticas de sustentabilidade, como também proteger seus interesses comerciais, tornando-se protagonista nas discussões internacionais.

Deve ser levado em consideração que estas potências têm reconhecida força internacional na estipulação de medidas e regras e deverá o Brasil observar e adiantar medidas internas capazes de endereçar as preocupações internacionais lançadas sob pena do custo da "transformação e adaptação" serem muito mais caras depois. Mesmo porque, o Brasil possui plenas condições de compensar seus índices de emissões através do desenvolvimento de uma matriz energética e elétrica cada vez mais limpa, que atualmente, inclusive, já é exemplo para outras nações. Contudo, o Brasil deve estar atento e atualizado não apenas para se preparar para competir nesses mercados, como também proteger seus interesses comerciais, tornando-se protagonista nas discussões internacionais que envolvem o desenvolvimento sustentável e a proteção ambiental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUENO, Sinara. Exportações do Brasil para os Estados Unidos. **FazComex**, 22 set. 2021. Disponível em: https://www.fazcomex.com.br/blog/exportacoes-do-brasil-para-estados-unidos/. Acesso em: 29 out. 2021.

CANADÁ. Department of Finance. **Government launches consultations on border carbon adjustments**. Ottawa: Department of Finance Canada, 2021. Disponível em: https://www.canada.ca/en/department-finance/news/2021/08/government-launches-consultations-on-border-carbon-adjustments.html. Acesso em: 29 out. 2021

CANAL RURAL; AGÊNCIA BRASIL. **Relatório sobre clima é alerta vermelho ao mundo, aponta ONU**. 09 ago. 2021. Disponível em: https://www.canalrural.com.br/programas/informacao/mercado-e-cia/relatorio-sobre-clima-e-alerta-vermelho-ao-mundo-aponta-onu/. Acesso em: 29 out. 2021.

CIMA, Elena; MBENGUE, Makane Moïse. 'Kind of Green'. The U.S. Proposal to Advance Sustainability through Trade Rules and the Future of the WTO'. **ESIL Reflections**, v. 10, n. 1, 2021. Disponível em: https://esil-sedi.eu/esil-reflection-kind-of-green/. Acesso em: 26 out. 2021.

COMISSÃO EUROPEIA. **Ação climática e Pacto Ecológico**. [S. d.]. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/climate-action-and-green-deal_pt. Acesso em 27 out. 2021.

COMISSÃO EUROPEIA. **A Farm to Fork Strategy for a fair, healthy and environmentally-friendly food system.** Bruxelas: Comissão Europeia, 2020. Disponível em https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/communication-annex-farm-fork-green-deal_en.pdf. Acesso em: 27 out. 2021

COMISSÃO EUROPEIA. **Causes of climate change**. [S. d.]. Disponível em: https://ec.europa.eu/clima/climate-change/causes-climate-change_en. Acesso em 27 out. 2021.

COMISSÃO EUROPEIA. **European Green Deal**: Commission proposes transformation of EU economy and society to meet climate ambitions. [S. d.]. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3541. Acesso em: 29 out. 2021.

COMISSÃO EUROPEIA. **Farm to Fork strategy**. [S. d.]. Disponível em: https://ec.europa.eu/food/horizontal-topics/farm-fork-strategy_pt. Acesso em: 27 out. 2021.

COMISSÃO EUROPEIA. **Financing the green transition**: The European Green Deal Investment Plan and Just Transition Mechanism. [S. d.]. Disponível em: https://ec.europa.eu/regional_policy/en/newsroom/news/2020/01/14-01-2020-financing-the-green-transition-the-european-green-deal-investment-plan-and-just-transition-mechanism. Acesso em: 29 out. 2021.

EUA. Senado dos Estados Unidos da América. **Bill to amend the Internal Revenue Code of 1986 to establish a border carbon adjustment for the importation of certain goods**. Washington: Senate Office of Legislative Counsel. Disponível em: https://www.coons.senate.gov/imo/media/doc/GAI21718.pdf. Acesso em: 29 out. 2021.

EUA. **U.S. Chamber Outlines Border Carbon Adjustment Principles**. Washington: U.S. Chamber of Commerce, 2021. Disponível em: https://www.uschamber.com/energy/us-chamber-outlines-border-carbon-adjustment-principles. Acesso em: 12 dez. 2021.

FLANNERY, Brian P.; HILLMAN, Jennifer A.; MARES, Jan W.; PORTERFIELD, Matthew C. **Policy Guidance for US GHG Tax Legislation and Regulation:** Border Tax Adjustments for Products of Energy-Intensive, Trade-Exposed and Other Industries. [S. l.]: Resources for the Future. 2020. Disponível em: https://media.rff.org/documents/Policy_Guidance_Upate.pdf. Acesso em: 29 out. 2021.

FLANNERY, Brian P.; HILLMAN, Jennifer A.; MARES, Jan W.; PORTERFIELD, Matthew C. **Framework Proposal for a US Upstream GHG Tax with WTO-Compliant Border Adjustments:** 2020 Update. [S. l.]: Resources for the Future, 2019. Disponível em: https://media.rff.org/documents/Framework_Update.pdf. Acesso em: 29 out. 2021.

GLOBAL FOOTPRINT NETWORK. **Earth Overshoot Day**. 2021. Disponível em: https://www.footprintnetwork.org/our-work/earth-overshoot-day/. Acesso em: 29 out. 2021

KPMG. **Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM):** Tax measures in EU Green Deal. 2021. Disponível em: https://home.kpmg/xx/en/home/insights/2021/06/carbon-border-adjustment-mechanism-cbam.html. Acesso em: 27 out. 2021.

LEITE, Bruno Soares; FANHA, Caue Oliveira; MATOS, Daniela Ferreira et al. **Comércio Internacional e Meio-Ambiente**. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso Executivo "O Brasil no Agronegócio Global") – Centro de Agronegócio Global do Insper, Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG), [s. l.], 2021. Disponível em: https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2021/07/Com%C3%A9rcio-e-meio-ambiente.pdf. Acesso em: 05 nov. 2021.

LEITE, Joaquim. Desajuste de fronteira. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 14 out. 2021. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2021/10/desajuste-de-fronteira.shtml. Acesso em: 29 out. 2021.

OLSEN, Natasha. Canadá anuncia compromisso de emissões zero até 2050. **CicloVivo**, 25 nov. 2020. Disponível em: https://ciclovivo.com.br/planeta/crise-climatica/canada-anuncia-compromisso-de-emissoes-zero-ate-2050/. Acesso em: 29 out. 2021.

PICONE, Brian. Legislation to Impose "Border Carbon Adjustment" Fee on Imported Steel and Other "Carbon-Intensive" Goods Introduced in US Congress. **White & Case**, 26 jul. 2021. Disponível em: https://www.whitecase.com/publications/alert/legislation-impose-border-carbon-adjustment-fee-imported-steel-and-other-carbon. Acesso em: 29 out. 2021.

THORSTENSEN, Vera; MOTA, Catherina Rebouças. OCDE X OMC: Onde está a Regulação sobre Meio Ambiente para o Comércio?. **Revista de Direito do Comércio Internacional**, n. 4, jul. de 2021. Disponível em: https://www.enlaw.com.br/revista/780. Acesso em: 05 nov. 2021.

THUNBERG, Greta. WATCH: Greta Thunberg's full speech to world leaders at UN Climate Action Summit. **PBS NewsHour**, 2019. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=KAJsdgTPJpU. Acesso em: 29 out. 2021.

WTO. **Advancing Sustainability Goals through Trade Rules to Level the Playing Field**. Genebra: Conselho Geral, 2020. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/GC/W814.pdf&Open=True. Acesso em: 29 out. 2021.

5. RAPID RESPONSE LABOR MECHANISM: O ESTADO DA ARTE DO MECANISMO ALTERNATIVO DE RECLAMAÇÃO POR VIOLAÇÕES TRABALHISTAS NO ACORDO ESTADOS UNIDOS-MÉXICO-CANADÁ (USMCA, 2020)

5. RAPID RESPONSE LABOR MECHANISM: THE STATE OF THE ART OF THE ALTERNATIVE COMPLAINT MECHANISM FOR LABOR VIOLATIONS IN THE UNITED STATES-MEXICO-CANADA AGREEMENT (USMCA, 2020)

Fernanda Brandão Cançado

SUMÁRIO. 1. INTRODUÇÃO. 2. BREVE CONTEXTO DAS CLÁUSULAS SOCIAIS DO ACORDO USMCA. 2.1. O uso de cláusulas sociais em acordos comerciais. 2.2. As cláusulas sociais no acordo USCMA. 3. A FORMA COMO O *RAPID RESPONSE LABOR MECHANISM* SE APLICA. 3.1. O direito material do *rapid response labor mechanism*. 3.2. O direito processual do *rapid response labor mechanism*. 4. OS CASOS EM QUE O *RAPID RESPONSE LABOR MECHANISM* JÁ FOI UTILIZADO NO BOJO DO USMCA. 4.1. Tridonex. 4.2. General Motors. 5. CONCLUSÃO.

RESUMO: O presente artigo tem por objeto o *rapid response labor mechanism,* previsto no acordo comercial celebrado entre Estados Unidos-México-Canadá (USMCA). Partindo de uma pesquisa exploratória, bibliográfica e documental, este estudo inicia pela apresentação de um breve contexto das cláusulas sociais em acordos comerciais e passando especificamente à análise das cláusulas sociais no acordo USMCA. Esclarece-se o funcionamento do instrumento alternativo de reclamação por violações trabalhistas previsto no referido acordo comercial, dividindo-o entre questões jurídicas materiais e questões jurídicas processuais. Em seguida, analisam-se os dois casos em que o *rapid response labor mechanism* já foi utilizado pelos países integrantes do acordo: o caso General Motors (2021) e o caso Tridonex (2021).

ABSTRACT: The purpose of this article is the rapid response labor mechanism, provided in the trade agreement signed among the United States, Mexico and Canada (USMCA). From an exploratory, bibliographical and documentary research, this study starts by presenting a brief context of social clauses in trade agreements and focuses on the analysis of social clauses in the USMCA agreement. We clarify the functioning of the alternative instrument of complaint for labor violations provided in the aforementioned commercial agreement, dividing it between material legal issues and procedural legal issues. Moreover we analyze the two cases in which the rapid response labor mechanism has already been used by the countries participating in the agreement: the General Motors case (2021) and the Tridonex case (2021).

1. INTRODUÇÃO

A discussão acerca da inclusão de cláusulas sociais é uma questão que permeia tanto a Organização Mundial de Comércio (OMC) quanto a Organização Internacional do Trabalho (OIT) há algumas décadas, mas, nem por isso, há na atualidade um consenso sobre a obrigatoriedade de previsão destes quesitos nos acordos comerciais celebrados entre Estados.

Em que pese a inexistência de unanimidade acerca da temática, países têm previsto cláusulas sociais em acordos comerciais regionais. Um exemplo disso é a inclusão do assunto no acordo celebrado entre os Estados Unidos da América, México e Canadá (USMCA). Além do direito material estabelecido no mencionado acordo, os países ainda negociaram um inovador mecanismo de resposta rápida no tocante à temática trabalhista.

Nesse sentido, a análise de cláusulas trabalhistas em acordos comerciais internacionais pode ser feita sob diferentes recortes e múltiplos aspectos, mas, por questões metodológicas, o presente artigo se propõe a avaliar especificamente as previstas no acordo comercial USMCA. Além das questões relacionadas às cláusulas sociais, o mencionado acordo ainda estabeleceu um mecanismo alternativo de reclamação de questões trabalhistas, denominado *rapid response labor mechanism.*

Na tentativa de avaliar a relevância do quesito social e do seu respectivo mecanismo de reclamação previsto no acordo USCMA, o presente artigo busca responder à seguinte pergunta: como funciona e quais já foram os casos de aplicação do *rapid response labor mechanism* do acordo celebrado entre os Estados Unidos da América, México e Canadá?

Para tanto, o presente trabalho será dividido em três capítulos. Inicialmente, sem a pretensão de se esgotar o histórico acerca da utilização de cláusulas sociais em acordos comerciais, apresentar-se-á um breve contexto da temática e, ato contínuo, o debate será direcionado para a previsão do tema trabalhista no acordo USMCA. No capítulo seguinte, será abordado o *rapid response labor mechanism* e suas especificidades. No último capítulo, analisar-se-ão os casos em que o citado mecanismo já fora utilizado por parte dos países integrantes do acordo USMCA. Por fim, serão apresentadas as considerações finais.

2. BREVE CONTEXTO DAS CLÁUSULAS SOCIAIS DO ACORDO USMCA

Para analisar as cláusulas sociais previstas no acordo o USMCA, o presente artigo será apresentado em duas subseções: em um primeiro momento, contextualizar-se-á o uso de cláusulas sociais em acordos comerciais; ato contínuo, apresentar-se-á um breve histórico da questão até se adentrar à previsão de cláusulas sociais no acordo USMCA propriamente dito.

2.1. O uso de cláusulas sociais em acordos comerciais

Antes de adentrar às especificidades propostas como objeto de pesquisa do presente artigo, é necessário pontuar que, para esta autora, cláusulas sociais podem ser definidas como normas em tratados internacionais de comércio internacional que tenham como objetivo assegurar a proteção ao trabalhador, estabelecendo padrões mínimos a serem observados pelas regras que regulam o contrato de trabalho.

A previsão de cláusulas sociais em acordos comerciais pode se dar de diferentes formas. Em linhas gerais, enquanto países europeus são conhecidos por fazerem uma abordagem cooperativa, os Estados Unidos da América têm como característica uma abordagem condicional. Este traço característico norte-americano fica evidente no acordo USMCA, conforme se demonstrará no tópico 2.2.

Para Vera Thorstensen (1998, p. 52), "padrões trabalhistas são, dentro dos chamados novos temas, uma das áreas mais sensíveis em termos de suas relações com o comércio, não só porque se refere a seres humanos, mas porque inclui julgamento de padrões morais [...]".

O economista Amartya Sen pontua que

> O mundo atual, que se globaliza economicamente, com todas as suas oportunidades, com todos seus problemas e dificuldades, exige uma compreensão globalizada da prioridade que há de se conceder ao trabalho decente e a suas múltiplas exigências sobre arranjos econômicos, políticos e sociais. Reconhecer essa manifesta necessidade é por si só um bom começo.[157] (SEN, 1999) (tradução livre).

Neste sentido, a discussão acerca da inclusão de cláusulas sociais em acordos comerciais costuma separar os países envolvidos em duas faces opostas de uma mesma moeda: de um lado, situam-se os países com padrões trabalhistas mais garantistas, sendo, em sua maioria, países desenvolvidos; de outro lado, encontram-se os países que as condições de trabalho não seriam as adequadas, sob o ponto de vista dos países opositores.

Este debate é importante porque, a fim de reduzir custos, companhias têm deslocado suas respectivas linhas de produção de países mais garantistas para países menos garantistas. Adelle Blackett (2007, p. 7) pontua que "o baixo custo da mão de obra representa necessariamente uma forma de *dumping social* ou subsídio injusto". Lance Compa (1993, p. 166), por sua vez, menciona o caso da marca de automóvel BMW, que decidiu deslocar suas

[157] No original: *El mundo actual, que se globaliza económicamente, con todas sus oportunidades, con todos sus problemas y dificultades, exige una comprensión globalizada de la prioridad, que ha de concederse al trabajo decente y a sus múltiples exigencias a nivel económico, político y social. Reconocer esta necesidad real ya es en sí un buen principio.*

fábricas para a Carolina do Sul, nos Estados Unidos da América, em razão dos altos custos na Alemanha.

Este é apenas um exemplo, dentre inúmeros outros, que demonstram que o custo com a mão de obra pode ser tão expressivo que pode chegar ao ponto de posicionar um país em desvantagem competitiva em relação a outros menos rigorosos com questões sociais. Este fato acaba por gerar aquilo que a doutrina denominou *race to the bottom*: um fenômeno socioeconômico que ocorre entre Estados quando a competição entre eles é de tal grau de intensidade que esses países, em desvantagem competitiva, se sentiriam incentivados a desmantelar padrões regulatórios já existentes a fim de receberem investimentos de multinacionais a operarem em seus próprios territórios.

Por outro lado, os países que possuem legislações trabalhistas mais flexíveis acusam os países com padrões mais garantistas de usarem artifícios regulatórios travestidos de práticas protecionistas ou discriminatórias ao comércio. Na atualidade, barreiras já não decorrem de tarifas. Barreiras regulatórias têm surgido a partir, exemplificativamente, de imposição de cláusulas sociais.

O ideal seria a harmonização de padrões trabalhistas, de forma global. Para Drusilla Brown, esta hipótese reforçaria o livre comércio e a alocação eficiente de recursos globais, nos seguintes termos:

> Se todos os países do sistema de comércio estiverem sujeitos a legislações semelhantes, a oferta mundial do bem cairá e, dessa forma, o preço internacional aumentará. Um aumento no preço mundial permite que os produtores domésticos repassem parte ou todo o custo da regulamentação para os consumidores. Resultado semelhante teria ocorrido se a economia tivesse sido fechada. A conclusão, claro, é que desenvolver um consenso político para o padrão de aumento de eficiência na presença de um sistema de comércio aberto será mais fácil se todos os governos no sistema de comércio concordarem em harmonizar o mesmo padrão. Ou seja, uma harmonização que reduz os efeitos distributivos de uma política econômica desejável apoia tanto o livre comércio quanto a alocação eficiente de recursos[158] (BROWN, 2000, p. 21) (tradução livre).

De acordo com Izabel Rigo Portocarrero e Pamela de Almeida Araújo (2020, p. 357), "o objetivo é encontrar um equilibro entre 'perdedores' e 'ganhadores' no sistema multilateral de comércio, e não deixar ninguém para trás".

[158] No original: *If all countries in the trading system are subject to similar legislation, the worldwide supply of the good will fall and, thus, the international price will rise. A rise in the world price allows domestic producers to pass some or all of the cost of the regulation on to consumers. A similar result would have occurred if the economy had been closed. The conclusion, of course, is that developing a political consensus for the efficiency-enhancing standard in the presence of an open trading system will be easier if all governments in the trading system agree to harmonize on the same standard. That is, harmonization that reduces the distributional effects of desirable economic policy supports both free trade and efficient resource allocation.*

Enquanto a unanimidade não se concretiza, Vera Thorstensen e Fernanda Kotzias (2015, p. 9) pontuam que "o que desperta atenção, é que dos acordos concluídos, a significativa maioria dos modelos regulatórios vigentes se deram entre países desenvolvidos, de um lado, e em desenvolvimento de outro". É, então, justamente dentro deste contexto que se observam cláusulas sociais sendo previstas em acordos bilaterais, regionais ou plurilaterais. No presente artigo, o estudo será direcionado ao acordo USMCA, conforme adiante se analisará.

2.2. As cláusulas sociais no acordo USMCA

Em linhas gerais, a criação da OIT, em 1919, pode ser reconhecida como um grande marco pela luta por melhores condições de trabalho, haja vista que a principal finalidade do organismo é a concretização da paz universal assentada sobre a justiça social. De acordo com Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2019, p. 429), "a criação dessa organização internacional mostrou-se, de imediato, medida de grande significado e relevância, sobretudo por franquear o processo de internacionalização do Direito do Trabalho".

A interseccionalidade entre questões trabalhistas e os acordos comerciais remonta a 1947, com o *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), quando em seu preâmbulo previa uma orientação no sentido de "elevar os padrões de vida, de assegurar o emprego pleno e um alto e sempre crescente nível de rendimento real e de procura efetiva, para a mais ampla exploração dos recursos mundiais e a expansão da produção e das trocas de mercadorias" (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, 1947).

O assunto ganhou relevância especialmente no âmbito da Organização Internacional do Comércio (OIC), a partir da Carta de Havana, de 1948, que previu em seu art. 7º que todos os Estados-partes reconheciam que as condições injustas de trabalho prejudicam as relações comerciais e se comprometiam a eliminá-las de seu território.

Em 1979, na Rodada de Tóquio, os Estados Unidos da América propuseram a criação de um código de direitos trabalhistas, o que mais uma vez não foi bem-sucedido. Em 1983, novamente por iniciativa norte-americana, houve a tentativa de inserção de cláusulas trabalhistas no GATT, mas outra vez não houve sucesso na pretensão.

Na rodada de Cingapura, em 1996, declarou-se a incompetência da OMC e reconheceu-se a OIT como órgão competente para lidar e estabelecer direitos fundamentais do trabalho, contando com o suporte dos membros da OMC para tanto. Destacou-se, na oportunidade, acreditar-se que o crescimento econômico e o desenvolvimento promovidos pelo aumento do comércio e uma maior liberalização do comércio contribuem para a promoção de normas

laborais fundamentais internacionalmente reconhecidas (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, 1996).

Em 1999 houve mais uma tentativa fracassada de inclusão de cláusulas social a partir da insistência especialmente dos EUA, quando do início da rodada do milênio da OMC, em Seattle. Na 4ª Conferência Ministerial de Doha, em 2001, também houve menção acerca da inclusão de cláusulas sociais em acordos comerciais da OMC, mas mais uma vez inexitosa.

Para Amaral Júnior,

> O objetivo de dotar a OMC de competência punitiva nessa área exprimiria o protecionismo das nações desenvolvidas receosas da perda de vantagens comparativas em certos domínios.
> Finalmente, tratar a desobediência a Direitos Trabalhistas como simples práticas desleais de comércio importaria em perverter a noção de Direitos Humanos. Seria equipará-la a expedientes econômicos voltados ao aumento da competitividade, graças ao desvirtuamento das regras de mercado, e não visualizá-la como obstáculo à realização da dignidade humana (AMARAL JÚNIOR, 1999, p. 138).

Outro fato relevante, já relacionado à questão trabalhista, foi a aprovação da Declaração dos Princípios Fundamentais e Direitos do Trabalho de 1998, na conferência de Genebra. Isso se deu especialmente a partir da pressão e liderança dos Estados Unidos da América.

Aprovada na 86ª Conferência Internacional do Trabalho, a Declaração de 1998 é considerada um marco regulatório de grande relevância na história da OIT. A partir de então, todos os Estados membros da instituição, independentemente de ratificação de convenções, têm o compromisso de respeitar quatro direitos fundamentais que são: a liberdade de associação e o direito a negociações coletivas; a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou compulsório; a abolição do trabalho infantil; a eliminação da discriminação em matéria de emprego.

Tais diretrizes demonstram uma preocupação com os *core labour rights*, com a promoção para além de um desenvolvimento sustentável, mas também inclusivo. É inclusive desses *core labour rights* que decorre a observância de um *minimun core obligation*, que deve ser interpretado no sentido de existir um dever por parte dos Estados de observar e garantir um mínimo essencial concernente a direitos sociais à população.

O grande obstáculo é que, apesar de a OIT dispor de mecanismos de controle de supervisão de implantação de convenções por seus Estados membros, a entidade não possui mecanismo de sanção, tal qual a OMC. Trata-se de uma organização baseada na cooperação entre seus membros. Desta forma, nota-se que falta à OIT coercibilidade.

Amaral Júnior (1999, p. 139) entende que "[...] a necessidade de dotar a OIT de um sistema sancionatório mais efetivo, voltado simultaneamente para a consecução de objetivos

éticos no domínio dos valores e para a repressão das infrações aos direitos trabalhistas enquanto direitos humanos".

Mais que isso, por ser uma organização tripartite, é necessário o consenso entre governo, empregadores e empregados para a inclusão de assuntos em suas convenções ou recomendações e, talvez por isso, cláusulas comerciais em acordos comerciais não foram, até o momento, incluídas verdadeiramente na pauta da OIT.

Ainda que estas medidas não tenham sido adotadas de forma global pela OMC ou pela OIT, Estados têm voluntariamente adicionado aos seus respectivos acordos comerciais cláusulas sociais que influenciam diretamente no modo como os países signatários dos respectivos acordos devem respeitar *standards* trabalhistas mínimos daqueles que prestam serviços em seus territórios.

Especificamente quanto ao acordo USMCA, também conhecido como Nafta 2.0, e sendo uma promessa do governo Donald Trump, o mencionado acordo foi assinado em 2018, depois de uma negociação iniciada em 2017, com entrada em vigor em julho de 2020. Trata-se de um tratado de livre comércio celebrado entre os Estados Unidos da América e o México, com a posterior adesão por parte do Canadá.

Após a celebração do *North American Free Trade Agreement* (NAFTA), em 1994, inicia-se um grande debate nos Estados Unidos da América e no Canadá pela inclusão de cláusulas ambientais e padrões trabalhistas. Tanto é assim que o *North American Agreement for Labor Cooperation* (NAALC) foi um acordo suplementar ao NAFTA, reconhecido como o primeiro documento comercial assinado entre os Estados Unidos da América e outros países que contivessem cláusulas trabalhistas. Naquela oportunidade, foi interessante notar a ênfase dada à aplicação das leis de cada país e não a aplicação de padrões trabalhistas internacionais. Nesse sentido, o acordo estabeleceu um padrão mínimo trabalhista para os seguintes temas: segurança e saúde; salário mínimo; trabalho infantil; e padrões técnicos de trabalho. Entretanto, não estavam incluídos: liberdade de associação; direito ao dissídio coletivo e direito à greve.

Com previsão de duração inicial de dezesseis anos, o acordo USMCA tem como principal fundamento relacionado à pauta social a insatisfação dos Estados Unidos da América em relação às condições de trabalho existentes no México e, consequentemente, a vantagem competitiva que aquele país obtinha em relação ao país norte-americano. Declarações públicas foram feitas com frequência pelo então Presidente Donald Trump, no sentido de que o NAFTA

teria sido "o pior acordo comercial da história"[159] (PARTINGTON, 2018) e que mencionado acordo privava trabalhadores americanos de emprego.

Desta forma, especialmente motivados por esse alegado desequilíbrio comercial, dentre temas específicos previstos nos capítulos do acordo USMCA, as cláusulas sociais possuem um capítulo próprio, qual seja, capítulo 23, denominado trabalho[160].

O capítulo inicia com a definição de leis trabalhistas[161], que assim serão considerados os estatutos e documentos de um dos países signatários que estejam diretamente relacionados aos seguintes direitos trabalhistas reconhecidos internacionalmente: a liberdade de associação e à negociação coletiva (art. 23.1, "a"); a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório (art. 23.1, "b"); a abolição efetiva do trabalho infantil e outras formas proteções trabalhistas para crianças e menores (art. 23.1, "c"); a eliminação da discriminação no emprego (art. 23.1, "d"); e condições aceitáveis de trabalho com respeito a salários mínimos, jornada de trabalho e saúde e segurança do trabalho (art. 23.1, "e").

Nota-se que estes direitos são aqueles previstos na Declaração dos Princípios Fundamentais e Direitos do Trabalho de 1998 da OIT e firmados, ainda que com caráter *soft law*, como um núcleo mínimo de garantias de direitos humanos trabalhistas do ser trabalhador. Feito este destaque, apresenta-se de forma compilada os principais temas previstos no acordo USMCA acerca do tema trabalhista/social:

Tabela 1 - Previsões no capítulo 23 do acordo USMCA.

Previsões no capítulo 23 do acordo USMCA	**Artigo**
Liberdade de associação (nele acrescido o direito à greve);	23.1, a;
Direito à negociação coletiva;	23.1, a;
Eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou compulsório;	23.1, b;
Efetiva abolição de trabalho infantil;	23.1, c;
Eliminação de discriminação de emprego e ocupação, incluindo a promoção da igualdade das mulheres no trabalho (também previsto no 23.9);	23.1, d;
Condições de trabalho aceitáveis com respeito a salários-mínimos; jornada de trabalho controlada; saúde e segurança ocupacionais;	23.1, e;
Obrigações previstas na Declaração da OIT sobre a justiça social para uma globalização equitativa de 2008;	23.2.1;

[159] No original: *The worst trade deal in the history of the country*.
[160] No original: *Labor.*
[161] No original: *Labor laws.*

Previsões no capítulo 23 do acordo USMCA	Artigo
Objetivo de comercialização somente produtos em consonância com o capítulo 23, que versa sobre condições sociais como um todo;	23.2.3;
Não derrogação de produtos que sejam comercializados entre as partes, nem em zonas de processamento de exportação ou zona de comércio exterior;	23.4;
Reforço de efetividade das leis trabalhistas;	23.5;
Promoção do cumprimento de leis trabalhistas com ações governamentais adequadas, dentre elas: treinamento de auditores fiscais; investigação de suspeita de violações; exigência de relatórios; iniciar, em tempo hábil, procedimentos sancionatórios; implementação de medidas judiciais incluindo cobrança tempestiva de multas;	23.5.2;
Proibição de importação de mercadorias produzidas no todo ou em parte por trabalho forçado ou compulsório, incluindo trabalho infantil;	23.6;
Garantia do direito de trabalhadores e organizações exercerem seus direitos, livres de violência ou ameaças;	23.7;
Reconhecimento da vulnerabilidade dos trabalhadores imigrantes, por isso devem garantir aos imigrantes proteções trabalhistas;	23.8;
Reconhecimento do objetivo de eliminação de discriminação especialmente relacionada às mulheres (discriminação baseada em sexo, gravidez, orientação sexual, gênero, garantir proteção à maternidade e discriminação salarial);	23.9;
Promoção da conscientização pública das leis trabalhistas e garantias processuais (incluindo leis trabalhistas com procedimentos que tenham prazo razoáveis e sem atrasos injustificados);	23.10;
Desenvolvimento de atividades de cooperação entre as partes, especialmente nas áreas relacionadas às leis trabalhistas e práticas, trabalho infantil, identificação de produtos produzidos com trabalho forçado, combate ao tráfico humano, diálogo social, dentro vários outros;	23.12.5;
Diálogo cooperativo trabalhista, com início no prazo de 30 dias contados do recebimento do pedido de diálogo da parte contrária;	23.13;
Estabelecimento de um "*Labour Council*" entre as partes, composto por representantes governamentais, que se reunirá inicialmente uma vez ao ano e elaborará relatórios e decisões consensuais sobre qualquer assunto acerca do capítulo 23;	23.14;
Designação de "*Contact Points*" para facilitar a comunicação entre as partes;	23.15;
Realização consultas trabalhistas à parte contrária;	23.17;

Previsões no capítulo 23 do acordo USMCA	Artigo
Para fins de solução de controvérsias, presunção relativa de que uma falha em algum dos direitos trabalhistas afeta o comércio ou investimento entre as partes envolvidas;	23.3.1;
Previsão do *rapid response labor mechanism* entre Estados Unidos da América e México;	Anexo 31-A;
Previsão do *rapid response labor mechanism* entre Canadá e México.	Anexo 31-B;

Fonte: elaborada pela autora.

Observa-se serem previsões objetivas, bem estabelecidas e que, para a finalidade do presente artigo, não demandam aprofundamento do debate.

3. A FORMA COMO O *RAPID RESPONSE LABOR MECHANISM* SE APLICA: DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL NO USMCA

Após uma reforma trabalhista histórica em 2019, o México se adequou às principais exigências sociais negociadas com os Estados Unidos da América e o Canadá no âmbito do acordo USMCA. Uma das obrigações avençadas entre os países foi a de o México adequar a sua legislação nacional com instrumentos necessários para a aplicação eficaz do *rapid response labor mechanism*, sobre o qual se discorrerá no presente capítulo.

Inicialmente, convém destacar que se trata de um mecanismo de reclamação estipulado entre Estados Unidos da América e México; e Canadá e México no âmbito do acordo USMCA. Todas as previsões relacionadas a este instrumento estão inseridas, respectivamente, nos anexos 31-A e 31-B do documento oficial. Desta forma, um primeiro ponto relevante é o de que não há qualquer previsão reciprocamente equivalente estabelecida entre os Estados Unidos da América e Canadá o que permite a conclusão, ainda que presunçosa, de que a real intenção dos Estados-membros é a aplicação de represálias à forma como o México tem lidado com questões associativas de seus empregados.

Diz-se questões associativas pois, conforme se abordará nesta seção, o conteúdo de direito material relacionado ao *rapid response labor mechanism* se limita a temas intrínsecos a esta matéria.

O *rapid response labor mechanism* tem a capacidade de impor correções/soluções, garantindo a remediação/solução de uma negativa de direitos e estabelecendo a garantia de que recursos sejam suspensos imediatamente assim que uma negativa de direitos estabelecidos no

mecanismo venha a ocorrer (art. 31.A-1:2, USMCA)[162]. É notório que, a partir da própria definição do que vem a ser o mecanismo, se deixa evidente a sua principal finalidade: aplicação de penalidades se porventura direitos venham a ser negados.

O presente tópico será subdividido em duas seções: na primeira delas, abordar-se-á o direito material do *rapid response labor mechanism* no USMCA e, na segunda delas, apresentar-se-á o direito processual do mencionado mecanismo.

3.1 O direito material do rapid response labor mechanism no USMCA

O mecanismo estabelecido entre os Estados Unidos da América e México; e Canadá e México, conforme mencionado, estabelece um procedimento célere de reclamação e de aplicação de penalidades ao país que se sentir lesado (parte reclamante) por uma empresa situada no território do outro Estado-membro ("área coberta"). O direito material estabelecido no *rapid response labor mechanism* é bastante delimitado e versa sobre a "negação ao direito à livre associação e negociação coletiva" (art. 31-A.2 e, USMCA)[163].

Sem maiores detalhes, é relevante rememorar que, conforme estipulado no anexo 23, a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva estão estatuídos na Declaração dos Princípios Fundamentais e Direitos do Trabalho de 1998 da OIT. Sendo assim, recorre-se a documentos convencionalmente estabelecidos pela OIT para detalhamento do direito material propriamente dito porque o acordo USMCA por si só apenas assegura tais direitos sem, entretanto, defini-los.

Dito isso, a partir da Convenção n.º 87 da OIT estabelece:

> Art. 2 - Os trabalhadores e empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão direito de constituir, sem autorização prévia, organizações de sua escolha, bem como o direito de se filiar a essas organizações, sob a única condição de se conformar com os estatutos das mesmas (ORGANIZAÇAO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1948).

Prosseguindo-se, prevê-se ainda:

> Art. 3 – As organizações de trabalhadores e de empregadores terão o direito de elaborar seus estatutos e regulamentos administrativos, de eleger livremente seus representantes, de organizar a gestão e a atividade dos mesmos e de formular seu programa de ação (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1948).

[162] No original: *The purpose of the Facility-Specific Rapid Response Labor Mechanism (the "Mechanism"), including the ability to impose remedies, is to ensure remediation of a Denial of Rights, as defined in Article 31-A.2, for workers at a Covered Facility, not to restrict trade. Furthermore, the Parties have designed this Mechanism to ensure that remedies are lifted immediately once a Denial of Rights is remediated.*

[163] No original: *[...] denied the right of free association and collective bargaining.*

Acerca do fomento à negociação coletiva, a Convenção n.º 154 da OIT estipula que:

> Art. 2 – [...] a expressão 'negociação coletiva' compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com o fim de:
> a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou
> b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou
> c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1981).

Outro ponto de destaque na mencionada convenção é que "as medidas previstas com o fito de estimular a negociação coletiva não deverão ser concebidas ou aplicadas de modo a obstruir a liberdade de negociação coletiva" (art. 8, ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1981).

Sem a pretensão de se aprofundar no tema, por não se tratar do objeto central do presente artigo, apesar de se limitarem a dois temas, os direitos objeto do *rapid response labor mechanism* possuem uma amplitude prática demasiadamente extensa. Isso se dá porque é usual que em empresas de grande porte haja organização sindical por parte dos empregados e dos empregadores e que direitos sejam negociados para além das legislações vigentes nos respectivos territórios. Isso significa dizer que, ao ter a garantia de que empregados estão tendo os seus direitos à livre associação e à negociação coletiva respeitados, Estados Unidos e Canadá, consequentemente, conseguirão, ao que tudo indica, implementar melhorias nas condições de trabalho como um todo.

Não se pode concluir de forma pragmática que esta premissa se concretizará, afinal, ainda que livres para se unirem e livres para votarem, cidadãos nem sempre fazem escolhas políticas que resultam em melhores condições para si. Em tese, afastando-se sindicatos pelegos, os empregados passam a ter força para negociarem melhores condições de trabalho.

Se por um lado o *rapid response labor mechanism* possui um limitado conteúdo de direito material, por outro, as questões processuais são mais abrangentes, complexas específicas.

3.2. O direito processual do *rapid response labor mechanism* no USMCA

Para que tenha início o procedimento em análise, é indispensável que a parte reclamante tenha uma "boa convicção"[164] de que os trabalhadores de uma área coberta pelo respectivo anexo (ou seja, Estados Unidos da América com México e Canadá com México,

[164] No original: *Good faith basis belief.*

respectivamente), tenham seus direitos de livre associação e negociação coletiva negados (art. 31-A.2, USMCA).

A primeira etapa do mecanismo é o país reclamante submeter um pedido de revisão ao outro país para investigar se houve ou não a negação de direitos a empregados que trabalhem em uma empresa situada no território do país reclamado. O país reclamado, por sua vez, analisa a questão e tem a obrigação de tentar remediar quaisquer problemas que encontrar, além de apresentar uma resposta formal se posicionando sobre a questão suscitada pela parte reclamante.

No caso dos Estados Unidos da América, por exemplo, denúncias sobre irregularidades trabalhistas relacionadas ao tema objeto do *rapid response labor mechanism* podem ser feitas por qualquer interessado pelo sítio eletrônico oficial do governo norte-americano.

Estas são as previsões processuais estabelecidas nos anexos 31-A (Estados Unidos e México) do acordo USMCA:

Tabela 2 - Previsões no anexo 31-A do acordo USMCA.

Previsões no anexo 31-A do acordo USMCA	**Artigo**
Indicação de três listas de painelistas para o *rapid response labor mechanism*; cada parte indicará 3 (três) indivíduos (que não sejam nascidos no México ou nos Estados Unidos da América) para cada uma das listas, os quais serão nomeados por consenso; Após 6 (seis) meses de vigência, a lista será ampliada para 5 (cinco) indivíduos, nomeados por um período mínimo de 4 (quatro) anos; Os indivíduos devem ter conhecimento específico e experiência no assunto trabalhista; serem selecionados com base na objetividade; serem independentes de qualquer uma das partes e cumprirem o código de conduta estabelecido pela comissão para resolução de litígios;	31-A.3.1;
Pedidos de revisão ou remediação: a parte reclamante deve primeiramente notificar a parte reclamada para que ela investigue internamente se a negativa de direitos de fato está ocorrendo e para que o remedeie no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, oportunidade em que a parte reclamada deverá se	31-A.4;

Previsões no anexo 31-A do acordo USMCA	Artigo
posicionar, no prazo de 10 (dez) dias, se optará por realizar a revisão ou não; Se parte reclamada optar por realizar a revisão, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias ela deverá apresentar à parte reclamante um relatório com os resultados da revisão e as eventuais medidas adotadas; Se a parte reclamada rejeitar a ocorrência de negativa de direitos em seu território, a parte reclamante poderá concordar ou suscitar a instalação de um painel (art. 31-A.5); Em havendo divergência entre as partes e a condução ao painel, a parte reclamante não pode impor remediações até que o painel apresente sua definição;	
Pedidos para estabelecimento de painel rápido de resposta trabalhista: se observadas as hipóteses descritas no artigo anterior (art. 31-A.5) e uma das partes continuar tendo motivos para acreditar no caso de negativa de direitos em área coberta pelo acordo, a parte deve submeter uma petição requerendo o estabelecimento de um painel para determinar que há conformidade com a lei ou para determinar que houve negativa de direitos; O Secretariado deverá, em um prazo de 3 (três) dias úteis, selecionar um painel responsável por analisar a petição;	31-A.5;
Confirmação de petição: no prazo de 5 (cinco) dias úteis o painel deverá confirmar se a petição de reclamação se refere a uma área que esteja coberta pelo acordo USMCA e respectivo anexo 31-A; identificar as leis objeto da alegação e declarar os fundamentos para se acreditar ser de boa-fé a alegação da parte reclamante de que há uma negativa de direitos;	31-A.6;
Verificação: após a confirmação das questões anteriores, o painel formulará um pedido de verificação à parte reclamada; A parte reclamada deve encaminhar uma cópia da petição ao	31-A.7;

Previsões no anexo 31-A do acordo USMCA	Artigo
proprietário da área "coberta", que deverá responder no prazo de 7 (sete) dias úteis se concorda com a solicitação de verificação; Verificações *in loco* poderão ser realizadas;	
Processamento do painel e determinação: antes de fazer qualquer determinação, o painel deve permitir que ambas as partes sejam ouvidas; Ao fazer qualquer determinação, o painel deve levar em consideração a recusa da parte reclamada em permitir uma verificação; O painel deve, na medida do possível e em sendo o caso, identificar a pessoa ou as pessoas responsáveis pela negativa de direitos; A determinação deverá ser feita por escrito e de forma pública;	31-A.8;
Consultar e remediação: depois de receber uma determinação do painel, a parte reclamante pode impor remediações à parte reclamada, mediante notificação com, pelo menos, 5 (cinco) dias úteis de antecedência;	31-A.9;
Remédios: a parte reclamante poderá selecionar um recurso para remediar a conduta da parte reclamada, que seja proporcional à gravidade da negativa de direitos; Dentre as remediações possíveis se encontram a suspensão de tratamento tarifário preferencial para bens fabricados em área coberta pelo acordo USCMA (anexo 31-A) ou a imposição de penalidade sobre mencionados bens, chegando até à negativa de entrada de tais produtos, a depender a reincidência; Se o painel determinar que a negativa de direitos não foi remediada, a parte reclamada não poderá solicitar uma nova determinação do painel por 180 (cento e oitenta) dias;	31-A.10;
Uso de boa-fé do *rapid response labor mechanism*: se a parte reclamada entender que a parte reclamante não agiu de boa-fé ao invocar o *rapid response labor mechanism***,** ou ao impor medidas	31-A.11;

Previsões no anexo 31-A do acordo USMCA	Artigo
excessivas à luz da gravidade das negativas de direitos, a parte reclamada poderá recorrer ao mecanismo de solução de controvérsias estabelecido no capítulo 31, podendo, inclusive, optar por impedir a parte reclamada de usar o mecanismo por um período de 2 (dois) anos;	
Expansão de reinvindicações: considerando o compromisso das partes de só comercializarem produtos em conformidade com o capítulo 23, a parte reclamante poderá usar o *rapid response labor mechanism* pelo período de 2 (dois) anos ou até a conclusão da próxima revisão conjunta do acordo USMCA;	31-A.12;
Revisão de setores prioritários anualmente com a eventual inclusão de novos setores;	31-A.13;
Cooperação para promoção de *compliance* a fim de evitar a negativa de direitos;	31-A.14;
Definições gerais sobre o que vem a ser propriedade "coberta"; parte ou partes e setor prioritário.	31-A.15;

Fonte: elaborada pela autora.

Sobre a hipótese de as partes não solucionarem a controvérsia amigavelmente e o país reclamado poder apresentar um pedido de estabelecimento de um painel de trabalho de resposta rápida, até o encerramento da elaboração do presente estudo, em outubro de 2021, não houve qualquer pedido neste sentido. Afinal, é estabelecida, ainda, a condição de que as partes envolvidas se esforçarão para chegarem a uma solução mutuamente firmada sobre as questões relacionadas ao *rapid response labor mechanism* (art. 31-A.1, 3, USMCA), o que, até o presente momento, veio a ocorrer nos casos envolvendo os Estados Unidos e o México, conforme se demonstrará no próximo tópico.

4. OS CASOS EM QUE O *RAPID RESPONSE LABOR MECHANISM* JÁ FOI UTILIZADO NO BOJO DO USMCA

O *rapid response labor mechanism* já foi utilizado por iniciativa dos EUA em face do México desde a celebração do acordo USMCA. O presente capítulo tem por objeto a análise dos casos em que referido mecanismo já foi suscitado, sendo assim, na primeira parte, será abordado o caso General Motors (GM) e, no segundo momento, será analisado o caso Tridonex.

4.1 O caso General Motors (GM) e o uso do *rapid response labor mechanism* pelos EUA em face do México

O primeiro caso de utilização do *rapid response labor mechanism* se deu a partir de uma constatação feita pelo Governo do México que detectou irregularidades no processo de eleição sindical. A partir disso, uma reclamação foi feita pelos Estados Unidos da América à luz do acordo USMCA.

Na oportunidade, com uma queixa de uma página, os Estados Unidos da América mencionaram graves violações ocorridas durante as eleições em abril de 2021 em uma fábrica da GM em Silão, Estado de Guanajuato, no norte do México. Segundo as alegações dos Estados Unidos da América, o sindicato de Miguel Trujillo López fora flagrado destruindo cédulas com votos contrários aos seus interesses (USTR, 2021). Apesar de o sindicato ter negado as acusações, ao se valer *do rapid response labor mechanism*, os Estados Unidos da América puderam exigir que medidas de revisão fossem adotadas pelo Governo mexicano.

Em breve contextualização fática, a planta de Silão é a base principal de fábrica da GM, responsável por produzir mais de um terço das caminhonetes Silverado e GMC Sierra da empresa no mundo. Se a GM não seguir as regras do acordo USMCA, ela poderia vir a sofrer um impacto de 25% (vinte e cinco por cento) sobre as tarifas de seus produtos (SOLOMON, 2021a) e a aplicação de outras penalidades, como a recusa de entrada de mercadorias em caso de reincidência.

As partes chegaram a um acordo em julho de 2021 e estabeleceram um plano de remediação por parte do governo mexicano, liderado por Andrés Manuel López Obrador. Medidas de transparência foram adotadas inclusive com a suspensão da eleição em curso (SOLOMON, 2021b), garantindo-se os direitos sindicais dos empregados da fábrica com a realização de nova eleição sindical, desta vez com a presença de inspetores do governo e observadores da OIT.

O mecanismo se mostrou útil e acima de tudo necessário porque, ao se realizar nova eleição, houve um resultado distinto do anterior: desta vez houve a derrota de um dos maiores e mais poderosos sindicatos do México; dos 5.876 (cinco mil, oitocentos e setenta e seis) empregados que votaram, 3.214 (três mil, duzentos e quatorze) rejeitaram a continuidade do

sindicato que até então os representava e 2.623 (dois mil, seiscentos e vinte e três) empregados votaram favoravelmente à permanência (SOLOMON, 2021b).

a. O caso Tridonex e o uso do *rapid response labor mechanism* pelos EUA em face do México

Ainda no ano de 2021, o segundo caso de uso do mecanismo de resposta rápida do acordo USMCA diz respeito ao pedido de revisão elaborado pelos EUA em face da empresa Tridonex (LAWDER; SOLOMON, 2021).

Tridonex é uma filial de um dos principais fabricantes de peças de reposição para carros e caminhões, a Indústria Cardone. Denúncias indicavam que empregados da fábrica, situada em Matamoros, Estado de Tamaulipas, no México, estavam com os direitos de livre associação e negociação coletiva sendo negados.

Houve celebração de uma composição entre a empresa e o Governo norte-americano, a qual estabeleceu um plano de ação que prevê, dentre outras medidas, as seguintes obrigações para a empresa[165]:

- apoiar o direito de seus trabalhadores escolherem seus sindicatos sem coerção, garantindo-lhes o voto secreto e gratuito;

- cooperar integralmente com fiscalizações, permitindo que inspetores entrevistem os seus trabalhadores inclusive durante a jornada de trabalho;

- cooperar integralmente com o Governo do México para manter a votação segura;

- manter-se neutro em qualquer eleição, fazendo manifestações públicas de neutralidade e respeito à decisão da maioria, esclarecendo expressamente que não retaliará empregados que exercerem seus direitos;

- medidas adicionais para garantir o respeito dos empregados à livre associação, incluindo a permissão de treinamento dos empregados, durante a jornada de trabalho, acerca de seus direitos sobre negociação coletiva e livre associação.

Além disso, estabeleceu-se que, em relação a 154 (cento e cinquenta e quatro) empregados que tiveram os contratos rescindidos antes da entrada em vigor do acordo USMCA e empregados com reinvindicações pendentes, a Tridonex, independentemente do reconhecimento de culpa, pagará a cada um dos empregados 3 (três) meses de salário, 20 (vinte) dias de salário por ano de serviço e uma indenização de 6 (seis) meses de prêmio de retribuição

[165] Há outras obrigações fixadas no termo. Para visualização da íntegra, acessar: United States Trade Representative (2021).

no valor da remuneração. Ademais, fixaram medidas relacionadas à pandemia decorrente da COVID-19, a exemplo de fornecer testes gratuitos a todos os empregados que mantiveram contato com pessoas que venham a estar positivamente para o vírus e seguir recomendações de médicos epidemiologistas sobre protocolos para prevenção à COVID-19[166].

O pagamento totaliza mais de U$ 600.000,00 (seiscentos mil dólares). De acordo com Katherine Tai (2021), Embaixadora do *Office of the United States Trade Representative* (USTR), esse resultado mostra "[...] nossa determinação em alavancar as ferramentas inovadoras de fiscalização da USMCA para resolver questões trabalhistas de longa data e apoiar a implementação mexicana de suas recentes reformas trabalhistas".[167]

b. Comparativo entre os casos de uso do *rapid response labor mechanism* pelos EUA em face do México

Esquematizando-se os casos acima descritos, apresenta-se a tabela abaixo que destaca os principais detalhes dos casos em que o *rapid response labor mechanism* já fora utilizado.

Tabela 3 – Comparativo entre os casos em que o rapid response labor mechanism já foi utilizado.

	General Motors	**Tridonex**
Ano em que ocorreu	2021	2021
País reclamante	EUA	EUA
País reclamado	México	México
Empresa envolvida	General Motors	Tridonex
Localização da empresa envolvida	Silão, Estado de Guanajuato	Matamoros, Estado de Tamaulipas
Atividade econômica envolvida	Fábrica de Silverados e GMC Sierra	Fábrica de autopeças para carros e caminhões
Irregularidades detectadas	Processo de eleição sindical: destruição de cédulas com votos contrários ao sindicato que estava na situação do poder.	Restrição aos direitos de livre associação e negociação coletiva sendo negados.

[166] Ibidem.

[167] No original: *[...] our determination to leverage the USMCA´s innovative enforcement tools to address long-standing labor issues and support Mexico´s implementation of its recent labor reforms.*

	General Motors	Tridonex
Desfecho	Acordo entre as partes com plano de remediação que incluiu realização de nova eleição sindical.	Acordo entre as partes com plano de ação que incluiu distintas obrigações para a empresa.
Aplicabilidade prática	Efetiva, na medida em que a nova eleição apresentou resultado distinto.	Efetiva, na medida em que o próprio governo americano demonstrou publicamente sua satisfação com o resultado.

Fonte: criado pela autora.

5. CONCLUSÃO

A discussão contemporânea acerca de qual organismo internacional seria o competente por regular a imposição de padrões mínimos sociais a países que possuam regras trabalhistas menos garantistas foi aparentemente superada em razão do reconhecimento da competência da OIT para tanto. Entretanto, é notável que a falta de coercibilidade dessa instituição internacional faz com que os resultados pretendidos por países como Estados Unidos da América não se concretizem da forma desejado.

Deste modo, enquanto esta questão estrutural da OIT não é ultrapassada, países que se relacionam comercialmente têm firmado acordos incluindo cláusulas cada vez mais abrangentes sobre a temática trabalhista. Um exemplo disso foi o acordo USMCA. Dentre as inúmeras previsões sociais, deu-se destaque ao *rapid response labor mechanism*, que tem se demonstrado um mecanismo não apenas útil, mas necessário para que a finalidade de garantias trabalhistas seja respeitada.

Em que pese possuir conteúdo de direito material limitado ao direito de livre associação e negociação coletiva, pode-se concluir que os Estados Unidos da América têm, a partir deste instrumento, exitosamente alcançado a declarada pretensão de melhoria das condições de trabalho em território mexicano e, consequentemente, a redução da perda de desempregos para as indústrias automobilísticas instaladas no México.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Cláusula social: um tema em debate. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 36, n. 141, p. 129-141, 1999. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/456/r141-11.pdf. Acesso em: 29 out. 2021.

BLACKETT, Adelle. **Trade Liberalization, Labour Law and Development**: A Contextualization. International Labour Organization: International Institute for Labour Studies. Genebra: ILO, 2007. Disponível em: https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2007/107B09_222_engl.pdf. Acesso em: 23 out. 2021.

BROWN, Drusilla. OECD Labour Market and Social Policy Papers. **International Trade and Core Labour Standards: A survey of the Recent Literature**, n. 43, 2000. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/677200103808.pdf?expires=1634984475&id=id&accname=guest&checksum=C7C9AF3F2284294D40E9E5DB42A58ECF. Acesso em: 23 out. 2021.

COMPA, Lance A. Labor Rights and Labor Standards in International Trade. **Law & Policy in International Business**, 1993. Disponível em: https://ecommons.cornell.edu/bitstream/handle/1813/75786/Compa25_labor_rights.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 23 out. 2021.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A OIT e sua missão de justiça social. **Revista pensamento jurídico**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 424-448, jul./dez, 2019. Disponível em: https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/189. Acesso em: 02 nov. 2021.

LAWDER, David; SOLOMON, Daina Beth. U.S. files second labor complaint in Mexico under trade pact. **Reuters,** 2021. Disponível em: https://www.reuters.com/business/us-files-labor-complaint-against-mexican-factory-under-usmca-enforcement-rules-2021-06-09/. Acesso em: 27 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **C087 – Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização**. ILO, 1948.

_____. **C154 – Fomento à Negociação Coletiva.** ILO, 1981.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Conferencia Internacional del Trabajo**. 87ª reunión. Alocución del Sr. Amartya Sen, Premio Nobel de Economía, jun. 1999. Disponível em: http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/a-sen.htm. Acesso em: 17 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE COMÉRCIO. **Acordo geral sobre tarifas aduaneiras e comércio 1947**. GATT, 1947. Disponível em: http://siscomex.gov.br/wp-content/uploads/2021/05/OMC_GATT47.pdf. Acesso em: 17 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Declaration Ministerielle de Singapour.** Adoptée le 13 décembre 1996. Singapour, 1996. Disponível em:

https://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min96_f/wtodec_f.doc. Acesso em: 20 17 out. 2021.

PARTINGTON, Richard. Nafta: What is it and why is Trump trying to renegotiate? **The Guardian**, 2018. Disponível em: https://www.theguardian.com/us-news/2018/aug/30/nafta-what-is-it-why-is-trump-trying-to-renegotiate. Acesso em: 27 out. 2021.

PORTOCARRERO, Izabel Rigo; ARAÚJO, Pamela de Almeida. Comércio internacional e a proteção dos trabalhadores na perspectiva da OIT e da OMC. **Revista *Thesis Juris* – RTJ**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 345-360, jul./dez. 2020.

SEN, Amartya. Alocución del Sr. Martya Sen, Premio Nobel de Economia. 15 de junio de 1999. **Conferencia Internacional del Trabajo 87ª reunión**, 1-17 de junio de 1999. Disponível em: https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/a-sen.htm. Acesso em: 29 out. 2021.

SOLOMON, Daina Beth. GM workers´ historic vote in Mexico tests new trade deal. **Reuters**, 2021a. Disponível em: https://www.reuters.com/business/sustainable-business/gm-workers-historic-vote-mexico-tests-new-trade-deal-2021-08-17/. Acesso em: 29 out. 2021.

_____. GM workers in Mexico defeat union in first test of U.S. trade deal. **Reuters**, 2021b. Disponível em: https://www.reuters.com/business/autos-transportation/gm-workers-mexico-vote-scrap-union-contract-labor-ministry-2021-08-19. Acesso em: 29 out. 2021.

TAI, Katherine. United States reaches agreement with Mexican auto parts company to protect worker´s rights. **Office of the United States Trade Representative,** 2021. Disponível em: https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2021/august/united-states-reaches-agreement-mexican-auto-parts-company-protect-workers-rights. Acesso em: 29 out. 2021.

THORSTENSEN, Vera. A OMC – Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre comércio, meio ambiente e padrões sociais. Revista brasileira de política internacional, v. 41, n. 2, dez. 1998. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0034-73291998000200003. Acesso em 27 out. 2021.

THORSTENSEN, Vera; KOTZIAS, Fernanda. Barreiras regulatórias: um novo desafio para a governança da OMC. **FGV Repositório Digital,** 2015.

UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE. **Copy of the request.** 2021a. Disponível em: https://ustr.gov/sites/default/files/assets/usmca/USTR%20USMCA%20RRM%20Req%20Mex%20for%20posting2.pdf. Acesso em: 29 out. 2021.

_____. **Annex. Action Plan.** 2021b. Disponível em: https://ustr.gov/sites/default/files/enforcement/USMCA/Tridonex%20Action%20Plan.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

_____. **Chapter 23. Labor**. 2019. Disponível em: https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/23-Labor.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

6. MEDIDAS UNILATERAIS DOS EUA PARA CONTER VIOLAÇÕES TRABALHISTAS EM XINJIANG: UMA NOVA GUERRA FRIA CONTRA A CHINA?

6. US UNILATERAL MEASURES TO CONTAIN LABOR RIGHT VIOLATIONS IN XINJIANG: A NEW COLD WAR AGAINST CHINA?

Mariana Ozaki Marra da Costa

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CHINA, XINJIANG E AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS E DO TRABALHO. 2.1. Problemática envolvendo vigilância, genocídio e crimes contra a humanidade em Xinjijang na China. 2.2. Problemática envolvendo a utilização a mão de obra forçada em Xinjijang na China. 3. MEDIDAS UNILATERAIS ADOTADAS PELOS EUA PARA CONTER A UTILIZAÇÃO DO TRABALHO FORÇADO EM XINJIANG NA CHINA. 3.1. *Due Diligence* dos EUA em Xinjijang na China. 3.2. Agências norte-americanas, legislações e sanções aplicáveis a empresas em Xinjijang na China. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 5. REFERÊNCIAS.

RESUMO: Esse artigo propõe, à luz das relações comerciais entre os Estados Unidos e a China, responder de qual forma as violações aos direitos trabalhistas e humanos em Xinjiang, província chinesa, impactam o comércio e a política externa norte-americana. Busca-se fazer uma análise de como a imposição do uso de trabalho forçado, pelo governo da República Popular da China, sobre os uigures e outros grupos minoritários étnicos e religiosos, em Xinjiang, impacta o comércio internacional. Parte-se da hipótese de que as medidas unilaterais adotadas pelos EUA sobre parceiros comerciais de Xinjiang, com vistas a conter o avanço da China no comércio internacional, possui um fator geopolítico maior do que econômico. Desse modo, o presente trabalho, por meio de pesquisa qualitativa e bibliográfica, identifica medidas unilaterais adotadas pelo governo norte-americano para a contenção da utilização de mão de obra forçada de minorias, sobretudo muçulmanas, em Xinjiang.

PALAVRAS-CHAVE: Comércio Internacional; Direito do Trabalho; Direitos Humanos; cadeias de abastecimento; política externa; Xinjiang; EUA; China; medidas unilaterais.

ABSTRACT: This article proposes, in the light of the international trade relations between the United States and People's Republic of China (PRC), to answer how labor law and human rights violations in Xinjiang, a Chinese province, impact US trade and foreign policy. It seeks to analyze how the imposition of the use of forced labor, by the People's Republic of China government, on Uyghurs and other ethnic and religious minority groups in Xinjiang, impacts international trade. It is hypothesized that the unilateral measures adopted by the US on Xinjiang's trading partners, to contain China's advance in international trade, have a greater geopolitical than an economic factor. Thus, the present essay, through qualitative and bibliographic research, identifies unilateral measures adopted by the US government to contain the imposition of forced labor by minorities, especially Muslims, in Xinjiang.

KEYWORDS: International Trade; Labor Law; Human Rights; supply chains; foreign policy; Xinjiang; US; China; unilateral measures.

1. INTRODUÇÃO

No dia 13 de julho de 2021, o Departamento de Estado Norte-Americano, em conjunto com o Gabinete do Representante Comercial dos EUA e com os Departamentos de Trabalho, de Tesouro, de Comércio e de Segurança Interna dos EUA, emitiu uma recomendação intitulada "*Riscos e Considerações para Empresas e Indivíduos com Exposição a Entidades Envolvidas com Trabalhos Forçados e Outros Abusos de Direitos Humanos Vinculados a Xinjiang, China*"[168] acerca dos riscos legais impostos a multinacionais com cadeia de abastecimento em Xinjiang, em decorrência dos crimes contra a humanidade cometidos pelo governo chinês, na região, em relação aos uigures e a outros grupos étnicos e religiosos minoritários[169].

Esse documento atualiza a "*Consultoria de Cadeia de Abastecimento de Xinjiang*" (em inglês, "*Xinjiang Supply Chain Business Advisory*")[170], emitida pelas agências norte-americanas, em 1º de julho de 2020, fornecendo orientações adicionais sobre mecanismos de devida diligência, examina atividades de aplicação normativa e demonstra a existência de abordagens multilaterais e unilaterais com a finalidade de conter as violações aos Direitos Humanos em cadeias de abastecimento de empresas[171].

Em conformidade com os documentos consultivos[172] mencionados, o Presidente dos Estados Unidos (EUA), Joe Biden, proferiu um discurso, em 15 de outubro de 2021, na Universidade de Connecticut, durante uma cerimônia promovida pelo *Dodd Center for Human*

[168] Tradução livre. Título original: "*Risks and Considerations for Businesses and Individuals with Exposure to Entities Engaged in Forced Labor and other Human Rights Abuses linked to Xinjiang, China".*

[169] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Department of State. **Updated Xinjiang Supply Chain Business Advisory**. 2021, n.p. Disponível em: https://www.state.gov/xinjiang-supply-chain-business-advisory/. Acesso em: 09 out. 2021.

[170] *Idem*. **Xinjiang Supply Chain Business Advisory.** Risks and Considerations for Businesses with Supply Chain Exposure to Entities Engaged in Forced Labor and other Human Rights Abuses in Xinjiang. 2020, n.p. Disponível em: https://www.bis.doc.gov/index.php/documents/pdfs/2569-xinjiang-supply-chain-business-advisory-final-for-508/file. Acesso em: 09 out. 2021.

[171] Covington & Burling LLP. **U.S. Releases Updated Business Advisory on Xinjiang Human Rights Risk**. 2021, n.p. Disponível em: https://www.cov.com/en/news-and-insights/insights/2021/07/us-releases-updated-business-advisory-on-xinjiang-human-rights-risk. Acesso em: 04 out. 2021.

[172] Esses documentos são apenas explicativos, sem força de lei, de modo que não complementam ou alteram leis, ordens executivas ou regulamentos, mas, tão somente, fornecem informações, a partir de uma abordagem baseada em perigo à devida diligência, a empresas e indivíduos quanto à exposição com entidades envolvidas com abusos de direitos humanos. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Xinjiang Supply Chain Business Advisory. Risks and Considerations for Businesses and Individuals with Exposure to Entities Engaged in Forced Labor and other Human Rights Abuses linked to Xinjiang**, China. July 12, 2021. Disponível em: Xinjiang-Business-Advisory-13July2021-1.pdf (state.gov). Acesso em: 20 ago. 2021).

Rights[173], criticando a utilização de trabalho forçado de uigures em Xinjiang e ressaltando o papel da preservação dos Direitos Humanos e da democracia para a manutenção de uma era de paz[174].

Tal discurso demonstra que, se por um lado, os EUA buscam a colaboração da China quanto às pautas de alterações climáticas e de governança mundial[175], por outro, no tocante ao Direito do Trabalho e aos Direitos Humanos, a política externa norte-americana almeja restaurar a credibilidade internacional e a posição hegemônica dos EUA em relação à China[176].

Desse modo, o presente estudo parte da seguinte pergunta: *"**De qual forma as violações ao Direito do Trabalho em Xinjiang impactam o comércio e a política externa norte-americana?**"*. Trabalha-se com a hipótese de que a adoção de medidas unilaterais pelos EUA sobre parceiros comerciais de Xinjiang, a fim de tentar conter o avanço chinês no comércio internacional, revela um fator predominantemente geopolítico ao invés de econômico.

Reconhece-se como medidas multilaterais, adotadas pelos EUA, para a contenção do uso de trabalho forçado: (i) o "***United States-Mexico-Canada Agreement***", comumente denominado pela sigla "**USMCA**", em vigor desde 1º de julho de 2020, no qual há uma disposição inovadora sobre o tema, que obriga os três países signatários a "*proibir a importação de mercadorias para seu território de outras fontes produzidas no todo ou em parte por trabalho forçado ou obrigatório, incluindo trabalho infantil forçado ou obrigatório*" (Art.

[173] O "Centro Dodd para Direitos Humanos" (tradução-livre) foi criado para preservar e dar continuidade ao legado de Thomas J. Dodd, Senador de Connecticut e advogado de julgamento do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Disponível em: https://humanrights.uconn.edu/the-dodd-center/. Acesso em: 20 out. 2021. Nas palavras Do presidente Joe Biden, a Instituição é considerada: *"a leading center for the study and promotion of human rights at home and abroad; into a widely respected academic institution, training the next generation of human rights defenders and passing the torch to those of you who will carry the fight on into the future and the — for the truth"* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The White House. **Remarks by President Biden at the Dedication of the Dodd Center for Human Rights**. 2021, n.p. Disponível em: https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/10/15/remarks-by-president-biden-at-the-dedication-of-the-dodd-center-for-human-rights/. Acesso em: 15 out. 2021).

[174] Em parte do recente discurso, Biden ressaltou que: "*[...] when we look around the world today, we cannot say that the specter of atrocity is behind us. We see today the patterns, the choices playing out around the world even as we speak: the oppression and use of forced labor of the Uyghurs in Xinjiang; the treatment of the Rohingy by the military junta in Burma; the rampant abuses, including the use of starvation and sexual violence, to terrorize civilian populations in Northern Ethiopia. [...] In an age of increasing misinformation and disinformation, we must not grow complacent in our defense of the democratic values that have been the firm foundation for an era of peace and prosperity unprecedented — unprecedented in human history. Attacks on truth are still the harbinger of tyranny. Nothing about our democracy is assured, as I'm sure you've all begun to realize of late. Nothing about our freedom is guaranteed. We have to work for it.*" (*idem*).

[175] Tais convergências já haviam sido reconhecidas pelas delegações dos EUA e da China durante um encontro em Anchorage, no Alaska, em março de 2021, ao passo que, como pontos divergentes, foram reconhecidas as tensões envolvendo tecnologia, comércio, regime democrático e Xinjiang (GLASER, Bonnie S; FLAHERTY, Kelly. **US-China Relations: Continuity Prevails in Biden's First 100 Days**. In: Comparative Connections, Vol. 23, No. 1, 2021, p. 30-35).

[176] XUE, Lu. **Biden cannot slander China's Xinjiang policy while seeking cooperation with China**. In: Global Times, 2021, n.p. Disponível em: https://www.globaltimes.cn/page/202110/1236536.shtml. Acesso em: 10 out. 2021.

23.6)[177]; e (ii) o "***Principles to Guide Government Action to Combat Human Trafficking in Global Supply Chains***"[178], no qual a Austrália, o Canadá, a Nova Zelândia, o Reino Unido e os Estados Unidos, entre outros países, comprometem-se a adotar medidas para erradicar o uso de trabalho forçado de suas economias, por meio de ações eficazes para a contenção do tráfico humano presente em setores públicos e privados de cadeias de abastecimento, em conformidade com o "*UN Guiding Principles on Business Human Rights*", o "*ILO Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy*", a "*UN Convention Against Corruption*", o "*ILO's Fundamental Principles and Rights at Work*", o "*OECD Guidelines for Multinational Enterprises"* e o "*OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct"*[179].

Apesar da importância dessas medidas multilaterais mencionadas para conter a utilização de trabalho forçado, o recorte temático realizado, nesse estudo, debruça-se sobre as medidas unilaterais adotadas pelos EUA em relação à China.

Assim, os objetivos desta pesquisa são divididos em geral e específicos. Como objetivo geral, busca-se analisar o impacto da utilização de mão de obra forçada em Xinjiang sobre o comércio internacional e a política externa norte-americana. Os objetivos específicos, por sua vez, são os seguintes: (i) estabelecer quais violações aos direitos trabalhistas e humanos ocorrem em Xinjiang; e (ii) quais medidas unilaterais os EUA têm adotado para conter a utilização de mão de obra forçada em Xinjiang.

---

[177] Tradução livre. Em português, "*Acordo Estados Unidos-México-Canadá*" (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Office of the United States Trade Representative – Executive Office of the President. **Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada.** *7/1/20 Text.* 2020, p. 23-5. Disponível em: https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/23%20Labor.pdf . Acesso em: 15 out. 2021). Discorrendo sobre o assunto: *"[t]he updating of the North American Free Trade Agreement as the U.S.- Mexico-Canada Agreement to protect worker representation and unions was positive in two senses: first, it helped secure rights for Mexican workers, and second, it demonstrated that the U.S. labor movement can at least tacitly support trade deals if their concerns about labor rights are addressed. Washington should now turn the tables on itself and pursue trade agréments with countries that have higher labor standards than it does. This would reinforce the changes in legislation and enforcement that it should also make. This move could be combined with na agreement among democracies to ban the import of products produced by unpaid prison labor, as in China's Xinjiang region"* (POSEN, A. S. **The price of nostalgia: America's self-defeating economic retreat**, 100 Foreign Affairs 28, 2021, p. 42).

[178] Em português, "*Princípios para Orientar Ações Governamentais de Combate ao Tráfico Humano nas Cadeias Globais de Fornecimento*". Dentre os princípios, podemos citar, por exemplo: medidas a serem adotadas pelos governos para prevenir e identificar o tráfico humano em cadeias de abastecimento governamentais; a adoção de processos de devida diligência e de incentivos para a divulgação dos esforços dos países em programas, políticas ou legislações que visam a erradicar o tráfico humano; o compartilhamento de informações entre governos comprometidos, a fim de alinhas as leis, os regulamentos e as políticas com esse intuito. Todavia, impende ressaltar, ainda que esses princípios não possuem força de lei, motivo pelo qual não alteram as normas aplicáveis de Direito Internacional e direito doméstico, mas refletem, tão somente, comprometimentos políticos dos países que dele fazem parte. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA *et. al*. U.S. Department of State. **Principles to Guide Government Action to Combat Human Trafficking in Global Supply Chains**. 2019, n.p. Disponível em: https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/03/286369.pdf. Acesso em: 9 out. 2021).

[179] *Ibidem.*

A justificativa dessa pesquisa respalda-se na preocupação com as violações ao Direito do Trabalho na China e seu impacto no comércio internacional. Parte-se da premissa de que as violações aos Direitos Humanos e ao Direito do Trabalho em Xinjiang provocam a adoção de diversas medidas unilaterais pelos EUA sobre empresas que possuem uma cadeia de abastecimento no local, **as quais podem demonstrar um fator mais geopolítico do que econômico**, a fim de conter uma ideologia totalitária de Estado.

Para verificar a hipótese, esse artigo foi dividido em capítulos para facilitar sua compreensão. O primeiro capítulo aborda as violações ao Direito do Trabalho e aos Direitos Humanos em Xinjiang, na China. O segundo capítulo visa a demonstrar as medidas unilaterais adotadas pelos EUA para tentar conter essas violações legais em Xinjiang, na China. Por fim, serão apresentadas as considerações finais.

2. CHINA, XINJIANG E AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS DO TRABALHO E HUMANOS

O presente capítulo aborda as violações aos direitos trabalhistas e os crimes contra a humanidade cometidos em Xinjiang. No tópico 2.1., faz-se uma exposição sobre as ilegalidades perpetradas pelo governo da RPC em Xinjiang contra grupos religiosos e étnicos minoritários. Em seguida, no tópico 2.2., são abordadas as consequências dessa prática sobre o comércio norte-americano, com o intuito de dar seguimento à investigação acerca das medidas unilaterais adotadas pelos EUA em relação às empresas com cadeia de abastecimento na região.

2.1. Problemática envolvendo vigilância, genocídio e crimes contra a humanidade em Xinjiang, China

Desde 2017, relatórios apontam que o governo chinês tem cometido, na província de Xinjiang, crimes em massa contra uigures, quirguizes e outros grupos étnicos e religiosos minoritários[180].

[180] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA *et. al*., *op. cit.*, p. 1; AUSTRÁLIA, The University of Queensland. **Genocide and Crimes Against Humanity in Xinjiang? Applying Legal Tests.** Austrália: Asia Pacific Centre for the Responsibility to Protect, 2020, p. 1. Disponível em: https://r2pasiapacific.org/files/5818/applying_legal_tests_xinjiang_nov2020.pdf. Acesso em: 11 out. 2021; COHEN, Danielle F. S. **The Sino-U.S. National Identity Gap and Bilateral Relations.** In: Joint U.S.-Korea Academic Studies. 2021, p. 151. Disponível em: https://keia.org/publication/the-sino-u-s-national-identity-gap-and-bilateral-relations/. Acesso em 14 out. 2021).

Essa região é estratégica em decorrência de sua localização geográfica, que conecta a China com a Ásia Central e faz fronteira com países importantes da Nova Rota da Seda[181]. Outro ponto que impende destacar é a preocupação do governo da China com a participação de mais de 5.000 uigures chineses na organização terrorista Estado Islâmico, na Síria, porquanto o retorno dessas minorias à China despertou intenções separatistas como reação ao controle repressivo do Estado e à perseguição comunista sofrida por esses grupos minoritários[182].

Dentre as diversas violações aos Direitos Humanos perpetradas pelo governo chinês, há ocorrência de vigilância abrangente, de utilização de trabalho forçado, de abuso sexual, de detenções em massa, de controle de natalidade forçado e discriminatório, de perseguição religiosa, de torturas e de servidão por dívida[183].

Em relação à perseguição religiosa, por exemplo, o Instituto de Estratégia Política Australiano constatou, por meio de imagens de satélites, que, dentro de uma amostra de 533 mosteiros em Xinjiang, 170 deles haviam sido destruídos (31,9%), enquanto 175 haviam sido danificados (32,8%) e apenas 188 Mosteiros haviam permanecido ilesos (35,3%)[184]. Além disso, estima-se que, desde 2017, tenha ocorrido a destruição ou a danificação de cerca de 16.000 Mosteiros em Xinjiang, o que corresponde a 65% do total de Templos da região[185].

Os principais riscos de exposição de empresas com cadeia de suprimentos de entidades que violam Direitos Humanos em Xinjiang são (i) o auxílio ou o investimento em ferramentas de vigilância, voltadas à análise genética; (ii) a utilização de mão de obra, de produtos ou de insumos relacionados à utilização de trabalho forçado; (iii) o fornecimento de *software*, tecnologia e *commodities*, oriundos dos EUA, a instituições envolvidas com tais práticas abusivas; e (iv) a colaboração na construção de instalações de internamento – denominadas, por

[181] KHALAF, Yousif. **From Economic to Geopolitical Policy: The Middle East on the Silk Road**. In: Nowa Polityka Wschodnia 85, 2021, p. 94. A "*Nova Rota da Seda*", em inglês denominada de "*Belt and Road Initiative*" ou de "*One Belt One Road*", é uma terminologia utilizada em relação aos programas de desenvolvimento adotados pelo governo de Xi Jinping para fomentar o *"fluxo ordenado e livre de fatores econômicos, alocação altamente eficiente de recursos e profunda integração dos mercados, aumentando a conectividade dos continentes asiático, europeu e africano e seus mares adjacentes"* - tradução livre. (CHINA, The State Council of the People's Republic of. **China Unveils Action Plano n Belt and Road Initiative**. China: Xinhua New Agency, 2015, n.p. Disponível em: http://english.www.gov.cn/news/top_news/2015/03/28/content_281475079055789.htm. Acesso em: 20 out. 2021).

[182] KHALAF, *op. cit.*, p. 94.

[183] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *op. cit*, p. 7; COHEN, *op. cit.*, p. 150-151; RYAN, *op. cit.*, p. 21; ASTRÁLIA, *op. cit.*, p. 1.

[184] RUSER, Nathan. Cultural Erasure: **Tracing The Destruction Of Uyghur And Islamic Spaces In Xinjiang**. In: Policy Brief, Report nº. 38/2020, Australian Strategic Policy Institute, p. 7. No mesmo sentido: BUCKLEY, Chris; RAMZY, Austin. **China Is Erasing Mosques and Precious Shrines in Xinjiang**. The New York Times, 2020, n.p. Disponível em: https://www.nytimes.com/interactive/2020/09/25/world/asia/xinjiang-china-religious-site.html. Acesso em: 24 out. 2021.

[185] RUSER, *op. cit*., p. 7.

vezes, de "escolas" ou de "acampamentos", mas que são, na realidade, verdadeiros campos de concentração – utilizadas para a detenção de uigures, quirguizes e outros grupos minoritários[186].

No tocante ao setor de vigilância, o governo da RPC utiliza-se de um sistema com alta tecnologia, com inteligência artificial, tecnologia infravermelha e reconhecimento facial, a fim de monitorar comportamentos e rastrear indivíduos para detenção. Sob o fundamento de repressão ao terrorismo, o governo chinês viola direitos consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, como o direito à privacidade, a não interferência arbitrária e à liberdade de crença, de expressão, de religião e de movimento[187].

Tais crimes contra a humanidade praticados pelo governo da RPC em Xinjiang são comumente comparados a um genocídio[188] de grupos tradicionalmente muçulmanos, que são minoria na região. Nesse sentido, torna-se relevante expor as definições dessas violações.

A despeito da existência de múltiplas definições de crimes contra a humanidade, a mais aceita é a oriunda do Art. 7 do Estatuto de Roma[189], segundo a qual:

> 'crime against humanity' means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack: (a) Murder; (b) Extermination; (c) Enslavement; (d) Deportation or forcible transfer of population; (e) Imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law; (f) Torture; (g) Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity; (h) Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court; (i) Enforced disappearance of persons; (j) The crime of apartheid; (k) Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health

Por sua vez, considera-se genocídio qualquer ação cometida com vistas a destruir, no todo ou em parte, um grupo étnico, racial, religioso ou de uma nação, por meio de assassinatos, de graves danos mentais ou físicos, do emprego forçado de medidas preventivas de reprodução, da imposição de condições de vida causadoras de sua destruição física ou da separação das

[186] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *op. cit*, p. 4.

[187] *Ibidem.*

[188] Apesar de esse termo ser comumente utilizado em relação aos crimes contra a humanidade cometidos pelo governo chinês em Xinjiang, não há um consenso de que, segundo as normas do Direito Internacional, tais violações poderiam ser consideradas propriamente um genocídio, diante da complexidade de sua definição (RYAN, Sophie. **Atrocity Crimes in Xinjiang: Moving Beyond Legal Labels**. In: Global Responsibility to Protect 13. 2021, p. 22-23. Disponível em: https://brill.com/view/journals/gr2p/13/1/article-p20_20.xml?language=en&Tab%20Menu=Article. Acesso em: 11 out. 2021).

[189] ONU – Organização das Nações Unidas. **Rome Statute Of International Criminal Court**. Disponível em: https://legal.un.org/icc/statute/english/rome_statute(e).pdf. Acesso em 11 out. 2021.

crianças desse grupo de seus pais, nos termos do Art. 2º da "*Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide"*[190].

A ocorrência da prática de genocídio em Xinjiang baseia-se na perseguição aos uigures e a outros grupos minoritários étnicos e religiosos, promovida pela RPC, mediante a imposição de controle de natalidade; a separação forçada de famílias; a ocorrência de assassinatos, de danos mentais e físicos a esse grupo; e ao constrangimento de condições degradantes, com vistas a causar-lhes destruição física [191]. Além disso, há o emprego em massa da utilização do trabalho forçado, conforme exposto no tópico subsequente.

2.2. Problemática envolvendo a utilização da mão de obra forçada em Xinjiang, China

Atualmente, estima-se que, em nível mundial, 25 milhões de pessoas são vítimas de trabalho forçado, das quais 16 milhões são ligadas ao setor privado[192], o que gera desigualdade competitiva e representa um grande risco à reputação de empresas, sobretudo considerando-se que cadeias globais de abastecimento alcançaram níveis inimagináveis de complexidade[193].

Em Xinjiang, estima-se que o governo da RPC tenha detido, de forma ilegal e arbitrária, mais de um milhão de uigures e de outros grupos minoritários muçulmanos, dos quais mais de 100.000 trabalham forçadamente em "Centros de Treinamento Educacional"[194].

Documentos do governo da RPC demonstram a existência de um plano de grande escala, denominado de "*Assistência Mútua em Pares*", que estimula empresas de outras regiões da China a criarem fábricas em Xinjiang próximas aos "*Campos de Reeducação*", com a utilização de trabalho forçado desses grupos religiosos e étnicos minoritários[195].

---

[190] Ressalta-se que o Direito Internacional impõe aos Estados o dever de prevenir e punir o crime de genocídio, por meio do Art. 1º da Convenção, a qual possui caráter *jus cogens.* (ONU – Organização das Nações Unidas. **Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide**. Disponível em: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.1_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf. Acesso em 03 out. 2021).

[191] AUSTRÁLIA, *op. cit*., p. 1.

[192] *Ibidem.*

[193] Em 2015, a estimativa era de que cerca de 21 milhões de pessoas eram vítimas de trabalho forçado (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO TRABALHO. **Combating forced labour: a handbook for employers and business**. 2 ed. Geneva: OIT, 2015. Disponível em: wcms_101171.pdf (ilo.org). Acesso em: 5 out. 2021).

[194] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Bureau of International Labor Affairs. **2020 List of Goods Produced by Child Labor or Forced Labor.** Washington: US Department of Labor, 2020, p. 28. Disponível em: https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/ILAB/child_labor_reports/tda2019/2020_TVPRA_List_Online_Final.pdf. Acesso em: 29 out. 2021.

[195] Discorrendo sobre o assunto: "*PRC government authorities incentivize Chinese companies to open factories near the internment camps, and local governments receive additional funds for each individual from the camps forced to work in these sites at a fraction of minimum wage or without any compensation. In April 2019,*

Relatórios recentes também demonstram que essas minorias têm sido transportadas para trabalhar forçadamente em outras províncias chinesas, com o subsídio do governo chinês, o que aumenta exponencialmente o número de bens e de insumos produzidos mediante o emprego de mão de obra involuntária, inclusive em cadeias de abastecimento global[196].

Isso ocorre, principalmente: (i) nas fábricas, onde, sob vigilância constante, esses grupos são obrigados a estudar mandarim e são doutrinados politicamente, além de ficarem isolados, com sua liberdade de comunicação e de movimento reduzida[197]; (ii) no setor agrícola, sobretudo voltado à produção de algodão - que é superior a 20% da produção global - e de produtos derivados de tomate; (iii) em prisões, com longas escalas de trabalho, não ou pouco remunerada, voltadas especialmente aos setores têxtil, de eletrônicos, automotivo e de energia solar[198].

A fim de conter o trabalho forçado em Xinjiang, citam-se como sinais de alerta às multinacionais com cadeias de abastecimento no local: (a) a falta de transparência de empresas quanto à região de produção de seus produtos; (b) a existência de receitas elevadas em empresas com poucos funcionários inscritos no seguro de previdência social; (c) empresas que operam em Xinjiang e recebem assistência governamental para custos de energia, transporte, mão de obra, ou para a adoção de programas de treinamento ou para promover a redução da pobreza; (d) empresas próximas aos campos de internamento e às prisões; e (e) empresas que produzem luvas, produtos capilares, têxteis, fios, produtos derivados de tomate e polissilício[199].

Com vistas a conter tais crimes contra a humanidade, houve, na última década, uma reaproximação da política externa norte-americana com um compromisso de defesa dos

Xinjiang authorities began rolling out a plan to attract textile and garment companies. Under the plan, local governments receive funds to build production sites for these companies near the camps and companies receive a subsidy of approximately 260 USD to train each inmate they employ, as well as other incentives. The subsidies create a windfall for these Chinese companies, and the artificially low labor costs create unfair competition in the supply chain in the form of cheaper goods" (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *op. cit.*, p. 7).

[196] Nesse sentido: *"[b]eyond Xinjiang, in the coastal Chinese province of Fujian, Uyghur workers at a factory in Quanzhou face similar abuses. Uyghur workers are made to live in separate dormitories from Han workers. These dormitories are surrounded by an iron gate and security cameras. When finished for the day, often working more hours than their Han co-workers, the Uyghur workers are escorted back to their dormitories by provincial police officers from Xinjiang – not Fujian – and Quanzhou city police. The local police say the roll call is to ensure no one is missing. Uyghur workers at this factory are not allowed to exercise their free will to leave. Even if they could leave, they would not get far, as local police have confiscated their identification materials."* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *op. cit.*, p. 28-30).

[197] *Ibidem;* ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *op. cit.*, p. 7.

[198] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *op. cit.*, p. 8. Acerca da utilização de trabalho forçado no setor de energia solar: KAPLAN, Thomas; BUCKLEY, Chris; PLUMER, Brad. **U.S. Bans Imports of Some Chinese Solar Materials Tied to Forced Labor.** The New York Times, June 24, 2021. Disponível em: https://www.nytimes.com/2021/06/24/business/economy/china-forced-labor-solar.html. Acesso em 20 set. 2021.

[199] *Ibidem*, p. 28-29.

Direitos Humanos como constatou-se, por exemplo, pelo banimento da importação de algodão e de tomates de Xinjiang no final do mandato de Donald Trump[200].

Outrossim, ainda nos primeiros meses do governo de Joe Biden, a política externa dos EUA em relação à China enfatizou a proteção aos valores democráticos, o que conduz ao desafio de enfrentar a estrutura política autoritária do governo da RPC.

Desse modo, mostra-se relevante o estudo das medidas unilaterais adotadas pelo governo norte-americano quanto aos atores com cadeias de abastecimento no local.

3. MEDIDAS UNILATERAIS ADOTADAS PELOS EUA PARA CONTER A UTILIZAÇÃO DO TRABALHO FORÇADO EM XINJIANG, CHINA

O Segundo Capítulo deste estudo visa à exposição das medidas unilaterais adotadas pelos EUA para conter as violações ao Direito do Trabalho em Xinjiang. Para tal, em um primeiro momento, no tópico 3.1., são abordadas formas de devida diligência para a verificação do respeito aos Direitos Humanos nas empresas que operam na região. Em seguida, no tópico 3.2., busca-se demonstrar quais agências norte-americanas e autoridades podem promover sanções aos atores envolvidos com cadeias de fornecimento ligadas à região. Por fim, traz-se legislação estadunidense voltada à repressão de empresas e de indivíduos relacionados às instituições que se utilizam do trabalho forçado em Xinjiang.

3.1. *Due Diligence em Xinjiang, China*

Empresas e indivíduos com cadeias de abastecimento, investimento e empreendimentos em Xinjiang devem realizar uma intensa "*devida diligência*", evitando relações com entidades envolvidas com crimes contra a humanidade na região, a fim de garantir-se a não utilização de trabalho forçado e a não violação aos Direitos Humanos de uigures e de outras minorias muçulmanas, em respeito à legislação dos EUA[201].

[200] Reconhece-se que o governo de Trump havia se afastado, de modo geral, dos valores democráticos. Entretanto, houve uma reaproximação da política externa, ao final de seu mandato, com os Direitos Humanos, conforme verificou-se por meio da proibição de importação de algodão e produtos derivados de tomate oriundos de Xinjiang (COHEN, *op. cit.*, p. 150-151). No mesmo sentido: US-CHINA RELATIONS*, op. cit*, p. 35.

[201] Além das legislações e dos regulamentos aplicáveis, outros documentos norteiam os atores na prevenção de tais abusos:, como "*The UN Guiding Principles, the OECD Guidelines, the International Labor Organization (ILO) publication, 'Combating Forced Labour: A Handbook for Employers and Business' and the Office of the High Commissioner for Human Rights guide on 'The Corporate Responsibility to Respect Human Rights,' (OHCHR guide) provide guidance for heightened due diligence in high-risk and conflict-affected regions and factors to be considered in determining appropriate action, including whether and how to responsibly end*

Ressalta-se que os atores que fornecem ou recebem bens, insumos e serviços, ou realizam empreendimentos, de forma direta ou indireta, na região, podem enfrentar obstáculos na realização de "*due diligence"*, porquanto há (i) falta de transparência governamental e corporativa, inclusive com a ameaça de detenção dos auditores das empresas; (ii) excessiva vigilância, atuação policial e controle repressivo do governo chinês; e (iii) ausência de confiabilidade nas auditorias realizadas para apurar as condições de trabalho da região, porquanto auditores são comumente detidos, assediados ou ameaçados, além de terem que utilizar, por vezes, um tradutor do governo, o qual pode repassar informações incorretas, ou, ainda, devido à vigilância constante, impedir o repasse informações precisas ou verídicas das condições laborais nas entrevistas[202].

Ações recentes dos EUA demonstraram que o custo para as empresas envolvidas realizarem "*due diligence"* para assegurar o respeito à legislação norte-americana é inferior ao risco dos impactos econômicos e reputacionais de sofrer sanções econômicas pelo país[203].

Inclusive, instituições financeiras norte-americanas devem fornecer recursos e treinamento para a execução dessas medidas em Xinjiang, a fim de avaliar uma potencial exposição ao uso de trabalho forçado e de implementar um mecanismo de mitigação desse risco, sob pena de enfrentarem sanções e penalidades civis e criminais no caso de não realização de relatórios sobre atividades suspeitas[204].

No mesmo sentido, atores que exportam tecnologia, bens, insumos e serviços de vigilância, ou mesmo que apoiam a fabricação desses produtos, devem realizar a devida diligência, em conformidade com o *"U.S. Department of State Guidance on Implementing the 'UN Guiding Principles' for Transactions Linked to Foreign Government End-Users for Products or Services with Surveillance Capabilities*"[205].

Por fim, quanto ao uso de trabalho forçado, empresas com cadeia de abastecimento ligadas a Xinjiang devem estar cientes dos riscos reputacionais, econômicos e jurídicos

relationships when a business lacks the leverage to prevent or mitigate adverse impacts and is unable to increase its leverage." (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *op. cit.*, p 3).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *op. cit.*, p. 11.

[202] Ainda discorrendo sobre tais dificuldades: "*[w]hile human rights due diligence best practices for businesses typically include conducting independent onsite inspections and working with suppliers and local law enforcement to remediate forced labor and other abusive labor practices, repressive conditions in the context of genocide and crimes against humanity make it extremely challenging for businesses to have the necessary access to their suppliers or customers inside of Xinjiang to conduct credible audits and support meaningful remediation"* (*Ibidem,* p. 11-15).

[203] *Ibidem*, p. 12.

[204] *Ibidem*, p. 13.

[205] *Ibidem*, p. 14.

decorrentes de possíveis violações aos Direitos Humanos de que se beneficiem ou com as quais estejam envolvidos[206].

3.2. Agências norte-americanas, sanções e legislações aplicáveis *em Xinjiang, China*

O Departamento de Comércio, de Segurança Interna e do Tesouro dos EUA são relevantes para a contenção da utilização do trabalho forçado em Xinjiang.

O "*Bureau of Industry and Security"*, do Departamento de Comércio, por exemplo, limita exportações e transferências de *software* e de tecnologia a destinos que contrariam a política externa norte-americana no tocante aos abusos de Direitos Humanos, inclusive de censura, detenção arbitrária, e uso excessivo de força, na província chinesa[207].

A agência emitiu uma lista com entidades que parecem razoavelmente estarem envolvidas, ou que apresentam riscos significativos de virem a estar envolvidas, com atividades contrárias à segurança e à política externa dos EUA. Os "*Export Administration Regulations*" (em português, "Regulamentos de Administração de Exportação") do Departamento impõem requisitos de licença adicionais e restringem a disponibilidade de grande parte das exceções de licença para essas exportações, reexportações e transferências[208].

No Departamento de Segurança Interna dos EUA, a agência "*Customs and Border Protection*" aplica o 19 U.S.C. § 1307 (legislação federal), que proíbe a importação de mercadorias manufaturadas, no todo ou em parte, em quaisquer países estrangeiros que utilizem mão de obra forçada ou escrava, podendo aplicar penalidades civis contra importadores de empresas relacionadas a tais abusos, como o confisco dessas mercadorias. Ademais, sua agência "*US Immigration and Customs Enforcement*" pode conduzir investigações criminais sobre violações de legislações federais, como as relacionadas ao uso de trabalho forçado ou prisional, com a imposição de multas, prisão e confisco das mercadorias produzidas[209].

Já a Agência de Controle de Ativos Estrangeiros dos EUA do Departamento do Tesouro dos EUA, por meio da "*Executive Order 13818*", implementa o "*Global Magnitsky Human Rights Accountability Act*", que confere ao Secretário do Tesouro a possibilidade de impor sanções econômicas a atores relacionados a graves abusos de Direitos Humanos[210].

---

[206] *Ibidem*, p. 15.
[207] *Ibidem*, p. 16.
[208] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Bureau of Industry and Security. **Addition of Certain Entities to the Entity List.** 2019. Disponível em: https://www.federalregister.gov/documents/2019/10/09/2019-22210/addition-of-certain-entities-to-the-entity-list. Acesso em: 20 out. 2021.
[209] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *op. cit.,* 2021, p. 17.
[210] *Ibidem*, p. 18.

Além disso, o Departamento do Tesouro dos EUA, em julho de 2020, sancionou empresas relacionadas ao XPCC (sigla em inglês decorrente de "*Xinjiang Production and Construction Corps*"), as quais fazem parte do sistema de aprisionamento com uso de trabalho forçado para a manufatura de produtos derivados de algodão na região[211]. Essa agência também impôs certas proibições de investimentos em 59 entidades relacionadas aos setores de fornecimento de defesas e material para a vigilância do governo da RPC, por meio da edição de uma lista pública que relaciona "Empresas do Complexo Militar-Industrial Chinês"[212].

Por fim, cita-se a recente lei "*Uyghur Human Rights Policy Act of 2020*", sancionada em 17 de junho de 2020, que direciona recursos estadunidenses para lidar com a contenção do emprego de trabalho forçado sofrido por minorias em Xinjiang. Nela, são conferidos ao Presidente poderes de imposição de sanções aos envolvidos com tortura, tratamento desumano, detenções arbitrárias prolongadas, desaparecimentos, restrições de liberdade ou segurança no local[213].

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

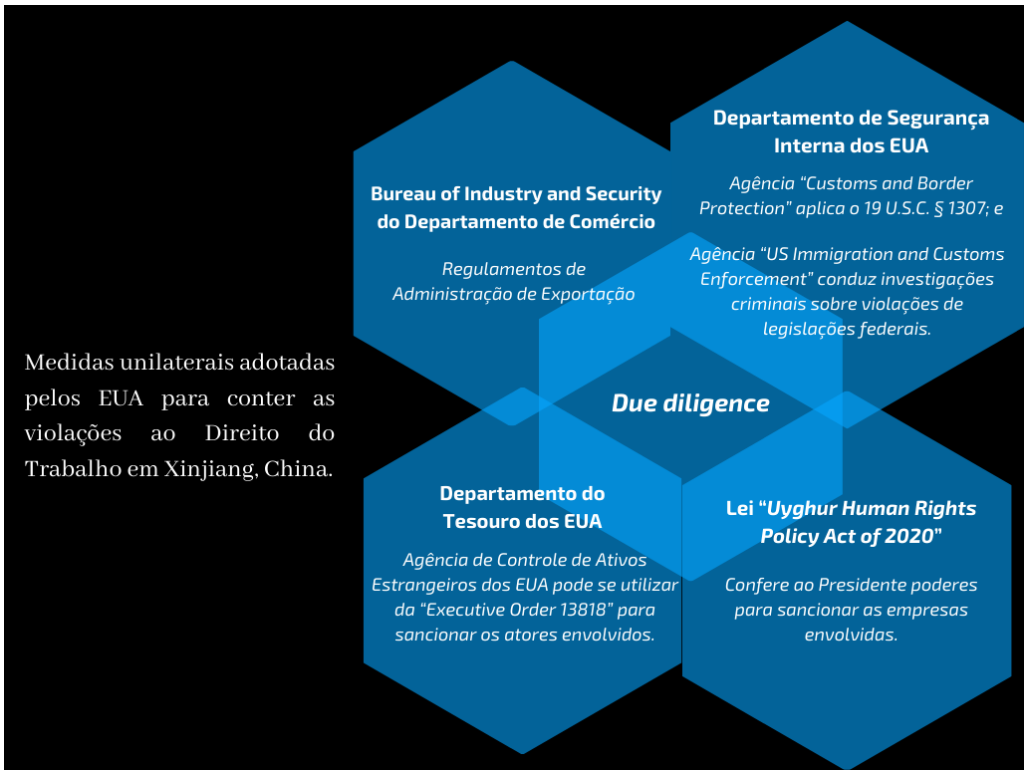
O presente estudo buscou responder à seguinte pergunta: "*De qual forma as violações ao Direito do Trabalho em Xinjiang impactam o comércio e a política externa norte-americana?".*

Por meio das considerações do primeiro capítulo, verificou-se que o governo da RPC pratica diversas violações aos Direitos Humanos, em Xinjiang, contra uigures e outros grupos religiosos e étnicos minoritários, como trabalho forçado, detenções arbitrárias, assassinatos, torturas, doutrinação política forçada, abuso sexual, esterilizações forçadas, separação involuntária de famílias, vigilância abusiva, assim como restrições e perseguições às liberdades de religião, crença, expressão e movimento[214].

Posteriormente, no segundo capítulo, observou-se que o governo do Presidente Joe Biden tem priorizado a proteção aos Direitos Humanos, estabelecendo-os como um dos pilares centrais da política externa norte-americana, o que impacta na relação entre os EUA e a China, em razão dos abusos cometidos por esta.

[211] *Ibidem*, p. 9.
[212] *Ibidem*, p. 6.
[213] *Ibidem*, p. 18.
[214] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *op. cit*, p. 2; COHEN, *op. cit.*, p. 150-151; RYAN, *op. cit.*, p. 21; ASTRÁLIA, *op. cit.*, p. 1.

Nesse sentido, foram constatadas estratégias adotadas pelas agências norte-americanas para a contenção de tais abusos, como, por exemplo, a imposição de sanções e a aplicação de penalidades previstas em leis e regulamentos a atores relacionados a empresas que cometem violações de Direitos Humanos e do Trabalho contra essas minorias em Xinjiang[215].



A presente pesquisa demonstrou um interesse econômico na província chinesa, em razão de sua localização geográfica estratégica. Mas, para além disso, comprovou-se a hipótese de que, os EUA, ao adotarem medidas unilaterais contra empresas com cadeia de abastecimento em Xinjiang e em outras regiões da China envolvidas com violações de Direitos Humanos, revelam um caráter predominantemente geopolítico, e não apenas econômico, em sua estratégia de política externa, com vistas a reprimir uma ideologia totalitária de Estado.

Nesse sentido, as políticas do governo de Joe Biden, aliadas à propagação dos valores democráticos estadunidenses em relação à China, além de terem um viés econômico, demonstram uma estratégia de política externa de contrariedade a estruturas políticas autoritárias[216].

Deve-se expor que a presente pesquisa não buscou esgotar o debate acerca do assunto. O recorte temático desse estudo impôs a análise das medidas unilaterais adotadas pelos EUA a

[215] FORMER, Jacob; MAGNIER, Mark. *Biden links policies targeting Uygurs in Xinjiang to the Holocaust*. 2021, n.p. Disponível em: https://www.scmp.com/news/china/article/3152574/biden-links-policies-targeting-uygurs-xinjiang-holocaust. Acesso em: 10 out. 2021.

[216] COHEN, op. cit., p. 153.

fim de conter as violações ao Direito do Trabalho em Xinjiang. Entretanto, reconhece-se também a importância de medidas multilaterais adotadas para a repressão de crimes contra a humanidade na região, as quais, todavia, não eram objeto deste trabalho.

5. REFERÊNCIAS

AUSTRÁLIA, The University of Queensland. **Genocide and Crimes Against Humanity in Xinjiang? Applying Legal Tests.** Austrália: Asia Pacific Centre for the Responsibility to Protect, 2020, p. 1-19. Disponível em: https://r2pasiapacific.org/files/5818/applying_legal_tests_xinjiang_nov2020.pdf. Acesso em: 11 out. 2021

BUCKLEY, Chris; RAMZY, Austin. **China Is Erasing Mosques and Precious Shrines in Xinjiang**. The New York Times, 2020, n.p. Disponível em: https://www.nytimes.com/interactive/2020/09/25/world/asia/xinjiang-china-religious-site.html. Acesso em: 24 out. 2021.

CHINA, The State Council of the People's Republic of. **China Unveils Action Plano n Belt and Road Initiative**. China: Xinhua New Agency, 2015, n.p. Disponível em: http://english.www.gov.cn/news/top_news/2015/03/28/content_281475079055789.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

BUCKLEY, Chris; PLUMER, Brad. **U.S. Bans Imports of Some Chinese Solar Materials Tied to Forced Labor.** The New York Times, June 24, 2021. Disponível em: https://www.nytimes.com/2021/06/24/business/economy/china-forced-labor-solar.html. Acesso em 20 set. 2021.

COHEN, Danielle F. S. **The Sino-U.S. National Identity Gap and Bilateral Relations**. In: Joint U.S.-Korea Academic Studies. 2021, p. 142-158. Disponível em: https://keia.org/publication/the-sino-u-s-national-identity-gap-and-bilateral-relations/. Acesso em 14 out. 2021.

COVINGTON & BURLING LLP. **U.S. Releases Updated Business Advisory on Xinjiang Human Rights Risk**. 2021, n.p. Disponível em: https://www.cov.com/en/news-and-insights/insights/2021/07/us-releases-updated-business-advisory-on-xinjiang-human-rights-risk. Acesso em: 04 out. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Bureau of Industry and Security. **Addition of Certain Entities to the Entity List.** 2019. Disponível em: https://www.federalregister.gov/documents/2019/10/09/2019-22210/addition-of-certain-entities-to-the-entity-list. Acesso em: 20 out. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Bureau of International Labor Affairs. **2020 List of Goods Produced by Child Labor or Forced Labor.** Washington: US Department of Labor, 2020, p. 28. Disponível em: https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/ILAB/child_labor_reports/tda2019/2020_TVPRA_List_Online_Final.pdf. Acesso em: 29 out. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Xinjiang Supply Chain Business Advisory. Risks and Considerations for Businesses and Individuals with Exposure to Entities Engaged in Forced Labor and other Human Rights Abuses linked to Xinjiang**, China. July 12, 2021. Disponível em: Xinjiang-Business-Advisory-13July2021-1.pdf (state.gov). Acesso em: 20 ago. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA *et. al*. U.S. Department of State. **Principles to Guide Government Action to Combat Human Trafficking in Global Supply Chains**. 2019, n.p. Disponível em: https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/03/286369.pdf. Acesso em: 9 out. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Department of State. **Xinjiang Supply Chain Business Advisory.** Risks and Considerations for Businesses with Supply Chain Exposure to Entities Engaged in Forced Labor and other Human Rights Abuses in Xinjiang. 2020, n.p. Disponível em: https://www.bis.doc.gov/index.php/documents/pdfs/2569-xinjiang-supply-chain-business-advisory-final-for-508/file. Acesso em: 09 out. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Department of State. **Updated Xinjiang Supply Chain Business Advisory**. 2021, n.p. Disponível em: https://www.state.gov/xinjiang-supply-chain-business-advisory/. Acesso em: 09 out. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Office of the United States Trade Representative – Executive Office of the President. **Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada.** *7/1/20 Text.* 2020, p. 23-5. Disponível em: https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/23%20Labor.pdf. Acesso em: 15 out. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The White House. **Remarks by President Biden at the Dedication of the Dodd Center for Human Rights**. 2021, n.p. Disponível em: https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/10/15/remarks-by-president-biden-at-the-dedication-of-the-dodd-center-for-human-rights/. Acesso em: 15 out. 2021

FORMER, Jacob; MAGNIER, Mark. *Biden links policies targeting Uygurs in Xinjiang to the Holocaust*. 2021, n.p. Disponível em: https://www.scmp.com/news/china/article/3152574/biden-links-policies-targeting-uygurs-xinjiang-holocaust. Acesso em: 10 out. 2021.

GLASER, Bonnie S; FLAHERTY, Kelly. *US-China Relations: Continuity Prevails in Biden's First 100 Days*. In: Comparative Connections, Vol. 23, No. 1, 2021, p. 29-42.

KHALAF, Yousif. **From Economic to Geopolitical Policy: The Middle East on the Silk Road**. In: Nowa Polityka Wschodnia 85, 2021

ONU – Organização das Nações Unidas. **Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide**. Disponível em: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.1_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf. Acesso em 03 out. 2021.

OMT – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO TRABALHO. **Combating forced labour: a handbook for employers and business**. 2 ed. Geneva: OIT, 2015. Disponível em: wcms_101171.pdf (ilo.org). Acesso em: 5 out. 2021

POSEN, A. S. **The price of nostalgia: America's self-defeating economic retreat**, 100 Foreign Affairs 28, 2021.

RUSER, Nathan. **Cultural Erasure: Tracing The Destruction Of Uyghur And Islamic Spaces In Xinjiang**. In: Policy Brief, Report nº. 38/2020, Australian Strategic Policy Institute, p. 1-48.

RYAN, Sophie. **Atrocity Crimes in Xinjiang: Moving Beyond Legal Labels.** In: Global Responsibility to Protect 13. 2021, p. 20-23. Disponível em: https://brill.com/view/journals/gr2p/13/1/article-p20_20.xml?language=en&Tab%20Menu=Article. Acesso em: 11 out. 2021.

XUE, Lu. **Biden cannot slander China's Xinjiang policy while seeking cooperation with China**. In: Global Times, 2021, n.p. Disponível em: https://www.globaltimes.cn/page/202110/1236536.shtml. Acesso em: 10 out. 2021.

7. COMPRAS GOVERNAMENTAIS E MECANISMO DE OFFSET: O QUE A ACESSÃO DO BRASIL AO GPA PODE IMPACTAR NAS POLÍTICAS DE OFFSET PRATICADAS EM IMPORTAÇÕES PÚBLICAS?

7. GOVERNMENT PROCUREMENT AND OFFSET MECHANISM: WHAT IMPACT CAN BRAZIL'S ACCESSION TO THE GPA HAVE ON THE OFFSET POLICIES PRACTICED IN PUBLIC IMPORTS?

Raíssa Mamede Lins Brasiliense

RESUMO: O *offset*, ou política de compensação, é mecanismo muito empregado no âmbito das compras governamentais, especialmente em relação às importações. Nos países em desenvolvimento, como o Brasil, o *offset* se destina principalmente à transferência de tecnologia e à busca de desenvolvimento industrial. No entanto, com o início do processo de acessão do Brasil ao *Government Procurement Agreement* (*GPA*) - acordo de compras governamentais vinculado à Organização Mundial do Comércio (OMC), surgem preocupações relacionadas às políticas de *offset*, considerando que a prática de tal instituto é expressamente vedada no acordo. Assim, o presente trabalho busca responder à pergunta de se a acessão do Brasil ao *GPA* impossibilitará a manutenção das políticas de *offset* hoje praticadas. Para isso, foi feita a análise da base principiológica do *GPA*, bem como das exceções relacionadas ao instituto do *offset*, para verificar se o instituto é incompatível com o acordo. Ainda, foi feito um levantamento das normas nacionais que envolvem o *offset*, das políticas de *offset* que são praticadas no Brasil, das parcelas de mercado em que estão inseridas e das eficiências que de fato são geradas para a indústria nacional a partir da exigência de compensações. Além disso, a fim de responder à pergunta de se é possível minimizar os efeitos da acessão do Brasil ao *GPA* em relação às políticas de *offset* hoje praticadas, foi feita a análise, que culminou em uma tabela empírica, do tratamento dado ao *offset* nos demais acordos de compras governamentais em que o Brasil é signatário, especialmente em relação às exceções que o Brasil garantiu para manter as políticas compensatórias. Toda essa análise permitiu a obtenção de um panorama dos possíveis efeitos – e da minimização deles – que a acessão do Brasil ao *GPA* pode ter em relação aos resultados de transferência de tecnologia e desenvolvimento industrial decorrentes das políticas de *offset* praticadas nacionalmente.
Palavras-chave: *Government Procurement Agreement* - *GPA*. *Offset*. Compras governamentais. Licitações. Importação.

ABSTRACT: *Offset* is a mechanism widely adopted in government procurement, especially in relation to imports. In developing countries, such as Brazil, *offset* is mainly intended for technology transfer and the pursuit of industrial development. However, the beginning of Brazil's accession process to the *Government Procurement Agreement* (*GPA*) of the World Trade Organization raises concerns about the *offset* policies adopted in Brazil, considering that the agreement expressly prohibits *offset* policies. Thus, the present work seeks to answer the question of whether Brazil's accession will hinder the possibility of maintaining the *offset* policies currently adopted. The answer was pursued by the analysis of the *GPA* principiologic basis, as well as the exceptions related to the *offset* institute, which guaranteed the verification of whether the institute is incompatible with the agreement. Furthermore, a survey was carried on the national standards involving *offset*, the *offset* policies that are practiced in Brazil, the

market shares in which they are inserted and the efficiencies that are actually generated for the national industry. In addition, to answer the question of whether it is possible to minimize the effects of Brazil's accession to *GPA* in relation to the *offset* policies in place, an analysis, which culminated in the consolidation of an empirical table, was carried about the treatment given to *offset* in the government procurement agreements to which Brazil is signatory, especially in relation to the exceptions Brazil has guaranteed to maintain compensatory policies. By this analysis, was granted the conclusion about the possible effects that Brazil's accession to *GPA* may have in relation to technology transfer and industrial development that are pursued by the *offset* policies in Brazil.

Keywords: *Government Procurement Agreement* - *GPA*. *Offset*. Imports.

INTRODUÇÃO

O processo de acessão do Brasil ao *Government Procurement Agreement* (*GPA*) da Organização Mundial do Comércio (OMC), em que pese tenha sido iniciado pelos benefícios que pode gerar para a economia nacional, levanta uma série de preocupações de estudiosos e de setores da indústria. Uma dessas preocupações se relaciona às políticas de *offset*, ou políticas de compensação, adotadas pelo Brasil, que são expressamente proibidas no artigo IV: 6 do *GPA*. Teme-se que a acessão ao acordo represente uma perda importante de mecanismos de compensação (*offset*), vistos como impulsionadores do desenvolvimento nacional, principalmente no que tange à transferência de tecnologia a setores estratégicos.

Assim, no presente trabalho, o problema de pesquisa a ser respondido é se com a acessão do Brasil ao *GPA* será possível a manutenção das políticas de *offset* atualmente praticadas em licitações nacionais. Quanto a esse ponto, a hipótese inicial é de que não será possível a manutenção das políticas de compensação após a acessão, considerando a expressa vedação do *offset* e a incompatibilidade do instituto com os princípios basilares do *GPA*. Além disso, serão feitas considerações sobre a existência de formas condizentes com a regulação do *GPA* que possibilitam a redução dos possíveis efeitos negativos da acessão do Brasil em relação à vedação da exigência de *offset*.

Desse modo, no primeiro capítulo, será apresentado o conceito de *offset* e seus principais benefícios e malefícios em termos de políticas públicas. Serão expostas quais são as principais eficiências que se busca com a prática do *offset* e os efeitos negativos que são apontados como fatores de desencorajamento à sua prática. Ainda nesse capítulo, será feita uma exposição geral sobre o *GPA*, bem como sobre a sua base principiológica e como ela se relaciona à vedação da prática de *offset*, incluindo as exceções que o *GPA* prevê para possibilitar a prática de compensações por seus países membros.

No segundo capítulo, será analisado como o *offset* é aplicado no Brasil, mediante a exposição das normas relacionadas ao instituto e as suas principais aplicações práticas no contexto nacional. Será exposta, assim, a real aplicabilidade do instituto nas compras governamentais brasileiras, bem como os efeitos alcançados pela prática.

Além disso, no segundo capítulo, serão analisados os demais acordos internacionais envolvendo compras governamentais em que o Brasil é signatário e qual é o tratamento dado ao *offset* em cada um deles. Para facilitar a visualização, foi elaborada uma tabela, intitulada "O tratamento dado ao instituto do *offset* nos acordos que envolvem compras governamentais em que o Brasil é signatário e exceções que permitem que o Brasil mantenha a exigência de *offset* em alguns contextos", que consolida as informações sobre a existência de proibição à prática de *offset* em cada um desses acordos e quais são as exceções neles previstas para garantir a manutenção da prática em alguns contextos.

Finalmente, no terceiro e último capítulo, verificaremos se o instituto do *offset* é compatível ou não com o *GPA* e com sua base principiológica. Ainda, serão feitas considerações gerais sobre a existência e a real magnitude dos efeitos da acessão do Brasil ao acordo na exigibilidade de *offset* e no alcance dos objetivos aos quais o instituto se propõe a alcançar.

1. Os *offset*s no contexto do *GPA*.

Pouco explorado sob o ponto de vista teórico no Brasil, o *offset*, ou política de compensação, é muito utilizado no âmbito das compras governamentais internacionais. Apesar de ser instituto de grande utilização, considerando o entendimento de que pode trazer benefícios importantes para o desenvolvimento do país importador, o principal acordo internacional de compras governamentais – *Government Procurement Agreement* (*GPA*) – expressamente proíbe a utilização de *offset*s nas licitações cobertas pelo acordo.

Desse modo, no presente capítulo será apresentada (1.2) a definição de *offset*s e seus possíveis benefícios em termos de políticas públicas e (1.2) os aspectos gerais do *GPA*, o princípio basilar da não discriminação e a expressa proibição do uso de *offset*.

1.1. Definição de *offset*s e seus possíveis benefícios em termos de políticas públicas.

Aplicados com a intenção de gerar desenvolvimento para o país adquirente de um bem importado, o *offset* consiste em contrapartidas que são exigidas da empresa exportadora como condição para a finalização da transação comercial.

Nesse sentido, o artigo I do *GPA* define o *offset* como "qualquer condição ou exigência que encoraje o desenvolvimento local ou promova o balanço de pagamentos de um país, tais como exigências de uso de conteúdo local, licenciamento de tecnologia, investimentos, dentre outros"[1].

Com efeito, o *offset* pode ser moldado de diversas formas, mas se baseia na exigência de compensações como pressuposto para a importação de bens ou serviços com a intenção de desenvolver o país importador. É, em outros termos, uma compensação de parte dos gastos que o importador teve com a transação, sendo mais usuais em mercados de alto custo.

Em alguns casos, essa mitigação é buscada por meio da exigência de participação local na execução do contrato de importação. Assim, o país adquirente do produto ou do serviço importado exige participar ou que suas empresas participem da execução do contrato, por meio da produção/comercialização de parte do objeto da importação ou até da produção/comercialização conjunta[2].

Outra forma de execução de *offset* é a exigência de subcontratações na execução do contrato, de modo que empresas nacionais produzam parte do objeto da licitação.

Ainda, o instituto do *offset* pode ser aplicado na forma apresentada na definição da United Nations Conference on International Trade Law – UNCITRAL, que dispõe que *offset*s são "as transações em que uma parte fornece bens, serviços, tecnologias ou outros valores econômicos e, em compensação, garante que a contraparte passará a ter a obrigação de adquirir uma quantidade acordada de seus bens, serviços, tecnologias ou outros valores econômicos"[3].

Outra abordagem muito adotada por países importadores é a exigência de transferência de tecnologia, de *know-how* ou de investimentos internos como contrapartida à aquisição do produto ou à contratação do serviço estrangeiro[4]. Essa forma de *offset* é muito adotada por países em desenvolvimento que têm o objetivo de aumentar o seu nível tecnológico e inovativo. Assim, o *offset* pode aparecer na forma de exigência de investimento estrangeiro, em que o

---

[1] CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Negociações para acessão do Brasil ao Acordo da OMC em Compras Governamentais: Posição da Indústria. Brasília: CNI, 2021.

[2] RIBEIRO, Cássio Garcia. JÚNIOR, Edmundo Inácio. Política de *Offset* em Compras Governamentais: Uma análise exploratória. IPEA. 2019. Fl. 11.

[3] UNCITRAL. Legal Guide on International Countertrade Transactions, 1992. Fl. 5. Disponível em < https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/countertrade-e.pdf>. Acesso em 25/9/2021.

Texto no idioma original: "those transactions in which one party supplies goods, services, technology or other economic value to the second party, and in return, the first party purchases from the second party an agreed amount of goods, services, technology or other economic value".

4 UNCITRAL. Legal Guide on International Countertrade Transactions, 1992. Fl. 9. Disponível em < https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/countertrade-e.pdf>. Acesso em 25/9/2021.

fornecedor deve aplicar recursos com a intenção de desenvolver o setor empresarial ou de pesquisa do país importador[5].

A justificativa para a adoção de exigência de *offset* para a realização de uma importação por um país em desenvolvimento em geral passa pela geração de benefícios econômicos, como possíveis transferências de conhecimento, incentivos à inovação e ganhos de eficiência[6].

Assim, os possíveis resultados esperados da prática de *offset* são a geração de empregos, o aumento do domínio tecnológico do país importador, a promoção de joint ventures, a capacitação da mão de obra e a melhora das oportunidades de emprego. Também são apontados alguns benefícios que podem ser alcançados pelo ente exportador, como "a ativação de novas cadeias de suprimento globais, a diversificação do negócio, a possibilidade de entrar em novos mercados e a conquista de novos negócios" [7].

A aplicação do *offset* é muito mais comum nas importações de bens e serviços de alto valor agregado, considerando que um dos pressupostos do *offset* é a redução do desequilíbrio da balança comercial[8].

No entanto, alguns possíveis riscos da prática de *offset* devem ser apresentados, como o aumento do custo e do tempo da transação. Além disso, algumas preocupações são compartilhadas por críticos dessa política, como "i) o *offset* distorce os sinais de preço e de comércio, aumentando assim o custo e a ineficiência econômica; ii) a falta de transparência subjacente aos acordos de compensação incentiva corrupção; e iii) os programas de *offset* estão sujeitos a alto risco econômico"[9].

Outro ponto negativo, apontado por Collins, é que a política de *offset* pode ser ineficiente e contraproducente, considerando que há o risco de que o resultado das licitações deixe de ser definido pelos critérios preço e qualidade e passe a ser determinado pela capacidade dos licitantes executarem as contrapartidas no país de destino. Ainda, são apresentados riscos

[5] RIBEIRO, Cássio Garcia. JÚNIOR, Edmundo Inácio. Política de *Offset* em Compras Governamentais: Uma análise exploratória. IPEA. 2019. Fl. 11.

[6] COLLINS, David. Government Procurement with Strings Attached: The Uneven Control of *Offset*s by the World Trade Organization and Regional Trade Agreements, 2016. Asian Journal of International Law, 8 (2018). Fl. 304.

[7] RIBEIRO, Cássio Garcia. JÚNIOR, Edmundo Inácio. Política de *Offset* em Compras Governamentais: Uma análise exploratória. IPEA. 2019. Fl. 13.

[8] VIEIRA, André Luís. ÁLVARES, João Gabriel. Acordos de Compensação Tecnológica (*Offset*): Fundamentos e Instrumentalidade. Desafios Contemporâneos para o Exército Brasileiro. Disponível em <Acordos-de-Compensacao-Tecnologica-*offset*-Fundamentos-e-Instrumentalidade.pdf (vianna.adv.br)>. Acesso em 27/9/2021

[9] RIBEIRO, Cássio Garcia. JÚNIOR, Edmundo Inácio. Política de *Offset* em Compras Governamentais: Uma análise exploratória. IPEA. 2019. Fl. 16.

de que os resultados do *offset* não gerem os efeitos esperados de criação de empregos, transferência de tecnologia e aumento da competitividade da indústria doméstica.[10]

Desse modo, apesar de ser amplamente utilizada por diversos países em razão dos esperados efeitos benéficos para o desenvolvimento nacional, a política de *offset* é controversa e desencorajada por alguns autores e entidades.

1.2. O *GPA*, o princípio da não-discriminação e a expressa proibição dos *offset*s.

O Acordo de Compras Governamentais (*GPA*) da Organização Mundial do Comércio é o principal acordo internacional para a liberalização de compras governamentais internacionais. É um acordo plurilateral[11] que conta atualmente com 48 países membros e movimenta um mercado de aproximadamente U$ 1.700.000.000.000,00 (um trilhão e setecentos bilhões de dólares) anualmente[12].

Os princípios basilares do *GPA* são a não-discriminação, a transparência e a equidade procedimental.

O princípio da não-discriminação é definido no *GPA* como a obrigação de que os países signatários concedam aos bens e serviços dos demais integrantes tratamento não menos favorável do que o que é estabelecido para (i) bens, serviços e fornecedores domésticos e (ii) bens, serviços e fornecedores dos demais signatários[13].

Esse princípio pode ser dividido em dois subprincípios: (i) o princípio da nação mais favorecida, que estabelece que um país não deve conceder vantagens discriminatórias a bens, serviços e fornecedores de um países signatário, sendo necessário que as vantagens e o *status* de nação mais favorecida sejam estendidos a todos os signatários do *GPA*, e (ii) o princípio do tratamento nacional, que determina que bens, serviços e fornecedores dos demais signatários do *GPA* não poderão ter tratamento menos favorável que os nacionais[14].

Assim, o tratamento concedido aos bens, serviços e fornecedores nacionais não deve ser mais favorável do que o tratamento concedido aos bens, serviços e fornecedores de outros

---

[10] COLLINS, David. Government Procurement with Strings Attached: The Uneven Control of *Offset*s by the World Trade Organization and Regional Trade Agreements, 2016. Asian Journal of International Law, 8 (2018). Fl. 303.

[11] Acordo plurilateral significa que nem todos os países membros da Organização Mundial do Comércio são signatários do acordo, mas apenas aqueles que optam pela acessão.

[12] WORLD TRADE ORGANIZATION. Agreement on Government Procurement. Disponível em < https://www.*WTO*.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_*GPA*_e.htm>. Acesso em 26/9/2021.

[13] WORLD TRADE ORGANIZATION. Revised Agreement on Government Procurement and *WTO* related legal instruments: Text of the *GPA* as amended on 30 march 2012. Disponível em < https://www.*WTO*.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.pdf>. Acesso em 26/9/2021.

[14] CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Negociações para acessão do Brasil ao Acordo da OMC em Compras Governamentais: Posição da Indústria. Brasília: CNI, 2021. Fl. 37.

países signatários. Da mesma forma, o tratamento concedido aos bens, serviços e fornecedores de um signatário não deve ser mais favorável do que o tratamento concedido aos bens, serviços e fornecedores dos outros países signatários.

A implicação direta desse princípio é que todas as licitações cobertas pelo *GPA*, ou seja, que estejam na parcela de mercado que foi ofertada pelo país membro no processo de acessão, deverão ser internacionais. Isso garante que os fornecedores de todos os países signatários possam ofertar seus bens e serviços e participar do certame[15].

Ainda no artigo do *GPA* dedicado à exposição sobre os princípios basilares do acordo, há a proibição expressa da aplicação de *offset* nas compras governamentais cobertas pelos seus dispositivos. No ponto, o artigo IV: 6 dispõe que "em relação às compras governamentais cobertas pelo *GPA*, um país signatário e suas entidades não poderão buscar, levar em consideração, impor ou aplicar qualquer *offset*"[16].

Entretanto, existem algumas exceções a essa proibição: (i) a exceção destinada aos países em desenvolvimento, (ii) exceções relacionadas a políticas públicas e (iii) exceção destinada aos mercados de defesa e segurança nacional.

Em relação aos países em desenvolvimento, o artigo V do *GPA* dispõe que, de acordo com as necessidades específicas do país que esteja buscando aceder ao *GPA*, poderá haver a negociação da adoção, por um determinado período e com a aprovação dos demais países membros, de medidas de transição, desde que não impliquem em discriminação dos demais países membros.

No rol taxativo de medidas de transição previstas no artigo V: 3 do *GPA*, o item (b) indica que o país em desenvolvimento poderá manter suas políticas de *offset*, desde que essa exigência esteja prevista de forma clara no anúncio da licitação[17].

Assim, infere-se que há o entendimento, no *GPA*, de que a política de *offset* é capaz de promover o desenvolvimento do país que a utiliza, sendo parte do tratamento especial e

[15] CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Negociações para acessão do Brasil ao Acordo da OMC em Compras Governamentais: Posição da Indústria. Brasília: CNI, 2021. Fl. 37.

[16] Tradução livre. Texto original:

"6. With regard to covered procurement, a Party, including its procuring entities, shall not seek, take account of, impose or enforce any *offset*".

[17] Tradução livre. Texto original:

3. Based on its development needs, and with the agreement of the Parties, a developing country may adopt or maintain one or more of the following transitional measures, during a transition period and in accordance with a schedule, set out in its relevant annexes to Appendix I, and applied in a manner that does not discriminate among the other Parties: (...)

b) an *offset*, provided that any requirement for, or consideration of, the imposition of the *offset* is clearly stated in the notice of intended procurement;

diferenciado disponibilizado aos países em desenvolvimento com o objetivo de que minimizar as suas diferenças em relação aos países desenvolvidos.

Ainda em relação a essa concessão excepcional aos países em desenvolvimento, a OMC dispõe que o *offset* não pode ser usado como critério de seleção da proposta vencedora da licitação, mas apenas como critério exigível para que uma empresa possa participar da licitação[18].

Há também tratamento excepcional da aplicação de *offset* no contexto de assuntos relacionados às políticas públicas dos países signatários. Nos termos do artigo III: 2, os países signatários podem justificar o uso de *offset* (ou qualquer outra medida vista como necessária naquele momento) para proteger interesses relacionados à moral pública; à ordem pública; à segurança pública; à vida ou saúde humana, animal ou vegetal; e à propriedade intelectual[19]. Tal exceção, entretanto, é aplicável apenas em momentos de crise e transitoriamente.

Em relação à exceção relativa à defesa nacional prevista para o uso de *offset* no *GPA*, o artigo III: 1 dispõe que nenhuma disposição do *GPA* deve ser interpretada no sentido de impedir qualquer membro de adotar medidas necessárias à proteção dos seus interesses essenciais de segurança relacionados com a aquisição de armas, munições, materiais de guerra ou outras licitações indispensáveis para garantir a segurança ou a defesa nacional[20].

Assim, no contexto do *GPA*, o princípio fundamental da não discriminação leva à vedação da prática de políticas de *offset* pelos países signatários. Essa vedação pode não se aplicar, (i) transitoriamente, aos países em desenvolvimento, considerando a necessidade de assegurar um certo nível de compensação às desvantagens que podem ser enfrentadas por esses países na acessão ao acordo, e (ii) às situações e aos mercados considerados relevantes aos interesses e à soberania dos países signatários.

2. A política de *offset* no Brasil.

Apresentado o panorama geral da política de *offset* e da forma como está inserida no contexto do *GPA*, será feita uma análise sobre o tratamento dado pelo Brasil às compensações no mercado de compras governamentais.

---

[18] WORLD TRADE ORGANIZATION. Overview of the Agreement on Government Procurement. Disponível em < https://www.*WTO*.org/english/tratop_e/gproc_e/*GPA*_overview_e.htm>. Acesso em 25/9/2021.

[19] COLLINS, David. Government Procurement with Strings Attached: The Uneven Control of *Offset*s by the World Trade Organization and Regional Trade Agreements, 2016. Asian Journal of International Law, 8 (2018). Fl. 308.

[20] RIBEIRO, Cássio Garcia. JÚNIOR, Edmundo Inácio. Política de *Offset* em Compras Governamentais: Uma análise exploratória. IPEA. 2019. Fl. 19.

Considerando que o Brasil recentemente iniciou o seu processo de acessão ao *GPA*, tendo apresentado aos membros do acordo sua proposta inicial de acesso ao mercado em fevereiro de 2021[21], será analisada a política de *offset* adotada internamente, que possibilitará um cotejo entre essa política e a futura acessão ao *GPA*.

Serão apresentadas as normas nacionais que abordam o tema do *offset* e qual é a efetiva aplicabilidade do instituto nas políticas de importação domésticas (2.1). Também, serão analisados os acordos internacionais com cobertura para compras governamentais em que o Brasil é signatário e se neles existem restrições à adoção de políticas de *offset* (2.2).

2.1. *Offset*s praticados no Brasil e sua efetiva aplicabilidade nas políticas de importação domésticas.

A adoção de políticas de *offset* no âmbito das importações não é prática recente no Brasil, tendo tido sua primeira aplicação ainda nos anos 50. No entanto, uma das primeiras normas que embasaria o uso dessas compensações foi a Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 218[22] dispõe que "o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação"[23].

Posteriormente, em 2002, o Ministério da Defesa, replicando normas já existentes no âmbito das forças armadas[24], emitiu a portaria normativa nº 764, que regulamentou, de forma mais específica a "política brasileira de compensação comercial, industrial e tecnológica" no âmbito federal. Essa norma foi recentemente revogada pela portaria normativa nº 61/08, também do Ministério da Defesa, que "estabelece a Política de Compensação Tecnológica, Industrial e Comercial de Defesa".

Na portaria mais recente, o *offset* (denominado compensação) é definido como "prática compensatória acordada entre as partes, como condição para a importação de bens e serviços,

[21] BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Nota à imprensa nº 10. Oferta inicial brasileira para adesão ao Acordo sobre Contratações Governamentais – Nota conjunta do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Economia. 3/2/2021.

[22] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

[23] LASOTA, Lucas Augusto Costa. "*Offset*": conceito, modalidades e políticas de aplicação. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2841, 12 abr. 2011. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/18889. Acesso em: 27 set. 2021.

[24] MAYMONE, Rodolfo de Azevedo. Os Acordos de Compensação (*OFFSET*) nas FF.AA. e a percepção dos gerentes de projetos militares. Orientador José Carneiro da Cunha Oliveira Neto. Universidade de Brasília, 2019. Fl. 66 Disponível em < 2019_RodolfodeAzevedoMaymone.pdf (unb.br)>. Acesso em 27/9/2021.

com a intenção de gerar benefícios de natureza tecnológica, industrial ou comercial"[25]. Trata-se de conceituação convergente com a que é comumente adotada no contexto internacional.

Com o crescimento da prática de *offset* no mercado de defesa nacional, em 2008, foi publicado o Decreto nº 6.703, em que restou indicado que dentre os principais aspectos positivos do atual quadro da defesa nacional estão as "cláusulas de compensação comercial, industrial e tecnológica (off-set) inexistentes em alguns contratos de importação de produtos de defesa, ou mesmo a não-participação efetiva da indústria nacional em programas de compensação"[26].

No âmbito legal, a primeira inserção explícita da previsão da prática de *offset* ocorreu por meio da Medida Provisória nº 495/2010, que incluiu no art. 3º, § 11, da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações) a disposição de que "os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão exigir que o contratado promova, em favor da administração pública ou daqueles por ela indicados, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo Federal"[27]. Com a publicação da nova lei de licitações, o texto relativo ao *offset* se manteve quase idêntico, com apenas algumas adaptações[28].

O dispositivo da Lei de Licitações foi regulamentado pelo Decreto nº 7.546/2011, que definiu a compensação, ou *offset*, como "qualquer prática compensatória estabelecida como condição para o fortalecimento da produção de bens, do desenvolvimento tecnológico ou da prestação de serviços, com a intenção de gerar benefícios de natureza industrial, tecnológica ou comercial"[29].

No Decreto nº 7.546/201, são elencadas as seguintes modalidades de *offset*: coprodução, produção sob licença, produção subcontratada, investimento financeiro em

[25] BRASIL. Ministério da Defesa. Portaria Normativa nº 61/GM-MD, de 22 de outubro de 2018. Disponível em < PORTARIA NORMATIVA N° 61/GM-MD, DE 22 DE OUTUBRO DE 2018 - Imprensa Nacional (in.gov.br)>. Acesso em 27/9/2021.

[26] BRASIL. Decreto nº 6.703, de 18 de dezembro de 2008. Disponível em < Decreto nº 6703 (planalto.gov.br)>. Acesso em 27/9/2021.

[27] BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em < L8666consol (planalto.gov.br)>. Acesso em 28/9/2021.

[28] BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Disponível em < L14133 (planalto.gov.br)>. Acesso em 28/9/2021.

Art. 26. No processo de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para: (...)

§ 6º Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da Administração Pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial ou tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal.

[29] BRASIL. Decreto nº 7.546, de 2 de agosto de 2011. Disponível em < Decreto nº 7546 (planalto.gov.br)>. Acesso em 28/9/2021.

capacitação industrial e tecnológica, transferência de tecnologia, obtenção de materiais e meios auxiliares de instrução, treinamento de recursos humanos, contrapartida comercial e contrapartida industrial.

Dentre os principais objetivos indicados pelo Brasil para adoção de políticas de *offset*, está a transferência de tecnologia, que diminuiria a dependência externa da indústria brasileira e incentivaria a sua inserção internacional[30]. É assim que dispõe, inclusive, a portaria normativa nº 61, do Ministério da Defesa em sua seção destinada a expor os objetivos do instituto do *offset*.

Tais objetivos, que acabam moldando as estratégias e políticas de *offset* adotadas pelo Brasil, estão em conformidade com o nível de desenvolvimento do país, que não tem protagonismo no desenvolvimento tecnológico ou no âmbito da inovação[31].

Com efeito, alguns efeitos positivos já foram alcançados pela política de *offset* adotada no Brasil, como o desenvolvimento da indústria aeroespacial, mediante a transferência de tecnologia. No ponto, conforme disposto por Ribeiro e Júnior, "a Embraer, em particular, ampliou e aprofundou sua base tecnológica, por meio de compensação, e continuará a fazê-lo com programas futuros, como a produção local de 80% do caça Gripen, da empresa sueca Saab"[32].

No âmbito privado da aviação, também houve adoção de políticas de *offset* pela Vasp e Varig, por meio, por exemplo, de exigências, na importação de aeronaves, de que a indústria brasileira fabricasse as poltronas e absorvesse a respectiva tecnologia e treinamento de pessoal[33].

É verdade que o setor aeroespacial e o setor de defesa nacional são as searas do mercado brasileiro que mais foram beneficiadas por políticas de *offset*, tendo conseguido, além de absorver a tecnologia transferida a partir das políticas de *offset*, passar a oferecer novos produtos provenientes dessas tecnologias[34].

---

[30] MAYMONE, Rodolfo de Azevedo. Os Acordos de Compensação (*OFFSET*) nas FF.AA. e a percepção dos gerentes de projetos militares. Orientador José Carneiro da Cunha Oliveira Neto. Universidade de Brasília, 2019. Disponível em < 2019_RodolfodeAzevedoMaymone.pdf (unb.br)>. Acesso em 27/9/2021.

[31] VIEIRA, André Luís. ÁLVARES, João Gabriel. Acordos de Compensação Tecnológica (*Offset*): Fundamentos e Instrumentalidade. Desafios Contemporâneos para o Exército Brasileiro. Fl. 293. Disponível em <Acordos-de-Compensacao-Tecnologica-*offset*-Fundamentos-e-Instrumentalidade.pdf (vianna.adv.br)>. Acesso em 27/9/2021.

[32] RIBEIRO, Cássio Garcia. JÚNIOR, Edmundo Inácio apud Herrera e Matthews, 2014. Política de *Offset* em Compras Governamentais: Uma análise exploratória. IPEA. 2019. Fl. 14.

[33] CORRÊA, Gilberto Mohr. Transferência de Tecnologia em Compras de Defesa: O que esperar da Compensação Comercial Industrial e Tecnológica (*Offset*s). Encontro Nacional da Associação Brasileira de Estudos de Defesa. Disponível em < *1534449363_ARQUIVO_ENABEDsubmissaoGilberto.pdf (abedef.org)>. Acesso em 28/9/2021.

[34] MAYMONE, Rodolfo de Azevedo. Os Acordos de Compensação (*OFFSET*) nas FF.AA. e a percepção dos gerentes de projetos militares. Orientador José Carneiro da Cunha Oliveira Neto. Universidade de Brasília, 2019. Disponível em < *2019_RodolfodeAzevedoMaymone.pdf (unb.br)>. Acesso em 27/9/2021.

Ocorre que, fora dos setores da indústria aeroespacial e de defesa, pouco se tem conhecimento acerca de outros contratos em que foram incluídas cláusulas de *offset*. Conforme exposto por Gomes et al., "com as experiências brasileiras na prática de *offset*, as ações realizadas no âmbito da área civil são limitadas"[35].

Uma das poucas iniciativas em que foram aplicadas cláusulas de *offset* em setores diversos da defesa e da indústria aeroespacial que se tem conhecimento é o projeto de expansão da radioterapia no sistema único de saúde. Nesse projeto, o Ministério da Saúde firmou um contrato com a empresa americana Varian Medical Systems para importação de 80 (oitenta) aceleradores lineares. Dentre as compensações exigidas, está a construção da fábrica para produção de aceleradores lineares no Brasil, a capacitação de fornecedores locais, a capacitação do setor de recursos humanos e a transferência de tecnologia relativa ao processo de desenvolvimento de *software* a cinco instituições científicas e tecnológicas brasileiras. No entanto, ainda não há evidências disponíveis sobre os efeitos do projeto na efetiva transferência de tecnologia, desenvolvimento da indústria nacional e treinamento de mão de obra[36].

Ainda na área da saúde, o Ministério da Saúde conta com projeto denominado "parcerias para o desenvolvimento produtivo", por meio do qual é objetivado o fortalecimento do complexo industrial do Brasil mediante interações entre instituições públicas ou entre instituições públicas e privadas[37].

Pelo seu funcionamento, tais parcerias muito se assemelham à política de *offset*, haja vista que "o Ministério da Saúde firma acordos com laboratórios privados para que os mesmos se comprometam a transferir, aos laboratórios públicos brasileiros, a tecnologia para a produção de determinado medicamento dentro do prazo de cinco anos. Durante esse período, os laboratórios do setor privado são responsáveis pela produção do princípio ativo e transferência da tecnologia ao laboratório público. Para que ambos sejam beneficiados durante o acordo, o governo garante aos laboratórios privados a exclusividade na compra desses produtos durante o mesmo período. Após o prazo para a transferência de tecnologia, o laboratório público

[35] GOMES, Myller, PAGANI, Regina Negri, KOVALESKI, João, ZAMMAR, G. Transferência de tecnologia na política de *offset*: o caso do plano de expansão da radioterapia. Navus – Revista de Gestão e Tecnologia. 2018.

[36] GOMES, Myller, PAGANI, Regina Negri, KOVALESKI, João, ZAMMAR, G. Transferência de tecnologia na política de *offset*: o caso do plano de expansão da radioterapia. Navus – Revista de Gestão e Tecnologia. 2018.

[37] BRASIL. Ministério da Saúde. Parcerias para o Desenvolvimento Produtivo (PDP). 2019. Disponível em <Parcerias para o Desenvolvimento Produtivo (PDP) (saude.gov.br)>. Acesso em 28/9/2021.

nacional inicia, de forma autônoma, a produção completa do medicamento visando atender à demanda nacional"[38].

Conforme informações disponíveis, tais parcerias geram uma economia ao Ministério da Saúde de cerca de R$ 2.800.000.000,00 (dois bilhões e oitocentos milhões de reais) por ano e diminuem a dependência do país no setor farmacêutico, garantindo o abastecimento do Sistema Único de Saúde - SUS[39].

No entanto, em geral, a visualização dos efeitos que a política de *offset* gera no mercado em que está inserida é complexa, considerando que não é fácil distinguir entre os benefícios obtidos com a política e aqueles que de qualquer forma seriam obtidos pelo processo importador[40].

Desse modo, mesmo com o sucesso da política no âmbito aeroespacial e de defesa brasileiros, bem como com os bons resultados das PDPs no âmbito da saúde, não é possível afirmar com propriedade se esse resultado poderia ser alcançado com a aplicação do *offset* em outras áreas[41].

2.2. O tratamento dado ao *offset* pelos acordos de compras governamentais em que o Brasil é signatário.

Apesar de ainda não ser signatário do *GPA*, acordo no âmbito da OMC destinado à liberalização dos mercados de compras governamentais, o Brasil é parte de outros acordos em que as matérias de licitações e de *offset* são abordadas.

Assim, para embasar a análise sobre a compatibilidade das práticas atuais de *offset* e o *GPA*, bem como sobre possíveis exceções a serem inseridas para compatibilização entre os institutos, serão analisados os fundamentos dos demais acordos que abordam compras governamentais em que o Brasil é signatário e se existem vedações ou exceções às práticas de *offset*.

O "Acordo de Ampliação Econômico-Comercial entre a República Federativa do Brasil e a República do Peru", firmado em 2016, inclui entre seus princípios basilares o

[38] SOUZA, Aline. Parcerias de Desenvolvimento Produtivo (PDPs): Entenda como funcionam. Disponível em <*Parcerias_de_Desenvolvimento_Produtivo4.pdf (fiocruz.br)>. Acesso em 28/9/2021.

[39] SOUZA, Aline. Parcerias de Desenvolvimento Produtivo (PDPs): Entenda como funcionam. Disponível em <*Parcerias_de_Desenvolvimento_Produtivo4.pdf (fiocruz.br)>. Acesso em 28/9/2021.

[40] CORRÊA, Gilberto Mohr. Resultados da política de *offset* da aeronáutica: incremento nas capacidades tecnológicas das organizações do setor aeroespacial brasileiro. 2017. Dissertação Mestrado em Ciências e Tecnologias Espaciais, Área de Gestão Tecnológica - Instituto Tecnológico de Aeronáutica, São Paulo.

[41] MAYMONE, Rodolfo de Azevedo. Os Acordos de Compensação (*OFFSET*) nas FF.AA. e a percepção dos gerentes de projetos militares. Orientador José Carneiro da Cunha Oliveira Neto. Universidade de Brasília, 2019. Disponível em < 2019_RodolfodeAzevedoMaymone.pdf (unb.br)>. Acesso em 27/9/2021.

tratamento nacional e o tratamento da nação mais favorecida. No entanto, estabelece limitação ao tratamento nacional, indicando que, em relação aos serviços cobertos pelo acordo, "em empresas com três ou mais empregados, dois terços da mão-de-obra devem ser de nacionais brasileiros, os quais também devem corresponder a dois terços da folha de pagamento", que pode ser vista como uma forma de *offset*[42].

Além disso, o acordo exclui da sua cobertura as contratações públicas nas quais haja transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS ou as que tenham por objeto a aquisição de insumos estratégicos para a saúde. Também estão excluídas da cobertura do acordo as contratações destinadas ao fomento do desenvolvimento tecnológico, pesquisa científica ou desenvolvimento de padrões e normas técnicas, sendo elas discriminatórias ou não[43].

Vê-se, portanto, que as exceções incluídas no acordo se prestam a garantir a manutenção das principais políticas de *offset* atualmente adotadas no Brasil que, como visto, se relacionam às áreas da saúde e da transferência de tecnologia ao setor de defesa nacional.

Firmado em 2017, o Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul estabelece, à semelhança do *GPA*, que o princípio da não discriminação e seus subprincípios do tratamento da nação mais favorecida e do tratamento nacional fazem parte dos fundamentos basilares do acordo[44].

Outro fator que demonstra a semelhança entre esse acordo e o *GPA* é a proibição do *offset*, estabelecida no artigo que dispõe que "com relação às contratações cobertas, as entidades não poderão considerar, solicitar nem impor condições compensatórias especiais em nenhuma etapa de uma contratação pública"[45]. O acordo conceitua referidas condições compensatórias especiais como "qualquer condição ou compromisso que incentive o desenvolvimento local ou melhore as contas da balança de pagamentos de um Estado Parte, como os requisitos de conteúdo local, licenças de tecnologia, requisitos de investimento, comércio compensatório ou requisitos semelhantes", definição condizente com a de *offset*.

---

[42] BRASIL. Acordo de ampliação econômico-comercial entre a república federativa do Brasil e a república do Peru. Anexo I. Disponível em <AAEC-Brasil-e-Peru.pdf (siscomex.gov.br)>. Acesso em 29/9/2021.

[43] CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Negociações para acessão do Brasil ao Acordo da OMC em compras governamentais: Posição da indústria. 2021. Disponível em < https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/ca/e0/cae0bb77-0504-45fa-9c46-02cff19e4140/id_237623_a_acessao_do_brasil_ao_acg_web_1.pdf>. Acesso em 29/9/2021.

[44] MERCOSUL. Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul. 20/12/2017. Arts. 5º e 6º. Disponível em <DEC-37-2017-Protocolo-de-Contratacoes-Publicas.cleaned.docx.pdf (siscomex.gov.br)>. Acesso em 29/9/2021.

[45] MERCOSUL. Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul. 20/12/2017. Art. 9º. Disponível em <DEC-37-2017-Protocolo-de-Contratacoes-Publicas.cleaned.docx.pdf (siscomex.gov.br)>. Acesso em 29/9/2021.

Apesar da expressa vedação à prática de *offset*, o Brasil e a Argentina excepcionam, no anexo do Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul destinado às notas gerais, a sua prática em algumas hipóteses. O Brasil dispõe que o *offset* será aplicável desde que não seja discriminatório e apenas quando objetivar a transferência de tecnologia e conteúdo nacional. Ainda, restringe a prática aos Ministérios da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicação; da Defesa; da Saúde, das Minas e Energia; e dos Transportes, Portos e Aviação Civil[46].

Ademais, o Brasil excepciona da cobertura do acordo algumas aquisições do Ministério da Saúde, do Ministério da Defesa e do Ministério da Educação, bem como contratações nas quais "haja transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS) e para aquisição de insumos estratégicos para a saúde" ou que sejam "relacionadas às políticas voltadas a ciência, tecnologia e inovação, inclusive aquelas destinadas às políticas de tecnologia da informação e comunicação, energia nuclear e aeroespacial, conforme a legislação nacional".

O que se vê, mais uma vez, é a reserva das áreas em que mais se usa a política de *offset* no Brasil, de modo que o Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul tem poucas implicações na forma como essa política é implementada hoje no Brasil.

Apesar de ainda não ter sido aprovado pelo Congresso Nacional brasileiro, outro acordo que envolve compras governamentais é o firmado entre o Brasil e o Chile, que também adota como princípios basilares o da não-discriminação e o do tratamento nacional[47].

Em seu texto, o acordo Brasil-Chile descreve o *offset* (condições compensatórias especiais) como "qualquer condição ou compromisso que fomente o desenvolvimento local ou melhore as contas do balanço de pagamentos de uma das partes, tais como requisitos de conteúdo local, licenças de tecnologia, requisitos de investimento, comércio compensatório ou medidas ou prescrições similares"[48].

O acordo Brasil-Chile impõe que "nenhuma parte, incluídas suas entidades contratantes, poderá considerar, solicitar nem impor qualquer condição compensatória especial", o que consiste em expressa vedação à prática de *offset*.

[46] MERCOSUL. Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul. 20/12/2017. Anexo VI. Disponível em <DEC-37-2017-Protocolo-de-Contratacoes-Publicas.cleaned.docx.pdf (siscomex.gov.br)>. Acesso em 29/9/2021.

[47] BRASIL. Siscomex. Mercosul – Chile (ACE 35). 10/12/2020. Disponível em <Mercosul – Chile (ACE 35) - Siscomex>. Acesso em 30/9/2021.

[48] ALADI. Acordo de Complementação Econômica nº 35 Celebrado entre os Governos dos Estados Partes do Mercosul e o Governo da República do Chile. 14/12/2018. Disponível em < ACORDO DE COMPLEMENTAÇÃO ECONÔMICA N° 35 CELEBRADO ENTRE OS GOVERNOS DOS ESTADOS PARTES DO MERCOSUL E O GOVERNO DA REPÚBLICA DO CHILE Sexagésimo Quarto Protocolo Adicional (siscomex.gov.br)>. Acesso em 30/9/2021.

Ocorre que, o Brasil excetua da cobertura do acordo as "contratações públicas nas quais haja transferências de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS) e para aquisição de insumos estratégicos para a saúde", bem como as contratações voltadas à ciência, tecnologia e inovação, inclusive aeroespacial. Ainda, o Brasil resguarda o direito de exigir *offset*s, incluindo obrigações de subcontratação local e de transferência de tecnologia, sempre que tais medidas não tenham caráter discriminatório.

O acordo de livre comercio firmado entre o Mercosul e a União Europeia - UE, que também prevê abertura de compras governamentais, apresenta disposições similares à do acordo Brasil-Chile no que diz respeito aos princípios basilares e à definição de *offset*.

Ainda, em seu artigo 11, o acordo Mercosul-UE veda expressamente a prática de *offset* em qualquer licitação coberta por suas disposições. No entanto, o Brasil manteve, como medida transitória, o direito de praticar *offset* em alguns ministérios – incluindo o da Defesa; o da Saúde; o da Ciência, Tecnologia e Inovações; e o da Infraestrutura - por um período de transição de 8 a 15 anos[49].

Por fim, o mais recente dos acordos de abertura comercial envolvendo o mercado de compras governamentais firmado pelo Brasil, o acordo Mercosul-EFTA, segue o mesmo modelo usado na negociação do acordo Mercosul-UE. O seu texto ainda não foi disponibilizado para consulta pela Siscomex do Governo Federal. No entanto, a partir de texto informativo publicado pelo Governo Federal, é possível concluir que também nesse acordo houve a preocupação de salvaguardar as políticas públicas em desenvolvimento tecnológico e saúde pública[50].

A partir da análise dos acordos envolvendo compras governamentais firmados pelo Brasil, o que se constata é que a adoção do princípio da não-discriminação é unânime em todos eles. Tal conclusão denota similaridade entre os acordos e o *GPA*, que também inclui entre seus princípios basilares o da não-discriminação.

Além disso, em que pese o tratamento dado aos *offset*s seja variado, sendo que alguns acordos os permitem e outros não, em todos eles existem exceções, ainda que transitórias, para a prática de compensações nos mercados de saúde e de tecnologia e inovação.

[49] BRASIL. EU-Mercosur Association Agreement. Chapter on Government Procurement. Appendix I. Annex 7. Disponível em < 12B Mercosur schedule GP copy.pdf (siscomex.gov.br)>. Acesso em 30/9/2021.

50 BRASIL. Acordo de Livre Comércio Mercosul-EFTA: Resumo informativo elaborado pelo Governo Brasileiro. Disponível em < ACORDO DE ASSOCIAÇÃO MERCOSUL-UNIÃO EUROPEIA 3 de julho de 2019 (www.gov.br)>. Acesso em 30/9/2021.

Apenas os acordos firmados entre o Mercosul e a UE e entre o Mercosul e a EFTA não preveem explicitamente a exclusão das áreas de saúde e tecnologia da cobertura do acordo, se limitando a estabelecer período transitório em que os *offset*s seriam exigíveis.

Na seguinte tabela, serão indicadas, na primeira coluna, as exceções estabelecidas nos acordos relativos a compras governamentais em relação à exigibilidade de *offset*. Nas demais colunas, serão marcadas com um "X" as disposições excepcionais adotadas por cada acordo firmado pelo Brasil. Ainda, será adicionada uma linha com a informação relativa à proibição ou não da prática de *offset* em cada acordo:

O tratamento dado ao instituto do *offset* nos acordos que envolvem compras governamentais em que o Brasil é signatário e exceções que permitem que o Brasil mantenha a exigência de *offset* em alguns contextos.

Fonte: elaboração da autora.

Disposições excepcionais relativas à exigibilidade de *offset*	**Brasil-Peru[51]**	**Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul**	**Brasil-Chile**	**Mercosul-UE**	**Mercosul-EFTA**
Proíbe a prática de *offset*?	NÃO[52]	SIM, art. 9º	SIM, art. 12.4.4	SIM, art. 11	SIM[53]
Retira da cobertura as contratações que envolvem a transferência de tecnologia ao SUS ou ao Ministério da Saúde	✓	✓	✓		
Retira da cobertura as contratações que envolvem aquisição de insumos estratégicos para o SUS ou para o Ministério da Saúde	✓	✓	✓		
Retira da cobertura as contratações que envolvem desenvolvimento tecnológico, inovação e pesquisa científica	✓	✓	✓		

[51] O Anexo do acordo em que está detalhada a cobertura ofertada pelo Brasil ao acordo não foi disponibilizado ao acesso público, de modo que algumas respostas podem mudar tão logo o acesso a tal Anexo seja liberado ao público.

[52] Não há disposições expressas sobre permissão ou proibição da prática de condições compensatórias especiais.

[53] Considerando que o texto do acordo ainda não está disponível, a resposta "sim" se deve às informações, divulgadas pelo Governo Federal, de que o capítulo de compras governamentais seguiu o mesmo modelo usado no acordo Mercosul-UE.

Cita expressamente a retirada da cobertura de aquisições relacionadas à transferência de tecnologia ao setor aeroespacial		✓	✓		
Excetua expressamente a prática de *offset*, desde que não haja discriminação		✓	✓		
Inclui período transitório em que o *offset* será exigível				✓	✓

3. A incompatibilidade das políticas de *offset*s com os princípios do *GPA*.

No atual cenário de acessão do Brasil ao *GPA*, surgem diversos questionamentos sobre possíveis prejuízos e benefícios que podem decorrer da acessão. No presente artigo, o enfoque ficou nos questionamentos sobre o possível esvaziamento das políticas de *offset*, considerando a expressa proibição no âmbito do *GPA*.

Assim, este capítulo abordará (3.1) se a manutenção dos *offset*s, ou alguns deles, praticados no Brasil é compatível com os princípios basilares do *GPA* e (3.2) se existem formas de contornar ou minimizar os efeitos negativos que a acessão possa ter em relação às políticas de *offset* praticadas no Brasil.

3.1. A manutenção de políticas de *offset* praticadas no Brasil, ou de alguma delas, é compatível com o *GPA*?

Conforme exposto, um dos três princípios basilares do *GPA* é o da não discriminação, que se relaciona à vedação de que seja concedido tratamento mais favorável, no mercado de compras governamentais, (i) a empresas de outros países, em relação ao tratamento concedido a empresas nacionais; ou (ii) a empresas de um país signatário em relação ao tratamento concedido a empresas de outro país signatário.

A consequência direta de tal princípio se relaciona ao tratamento dado pelo país licitante às empresas participantes do certame, de modo que na ocasião da seleção do vencedor do processo licitatório as empresas de todas as nacionalidades, dentro do acordo, tenham tratamento de nação mais favorecida e tratamento nacional. Assim, as empresas dos países signatários do acordo têm condições similares de serem vencedoras dos processos licitatórios de bens e serviços cobertos.

No entanto, apesar de ser o aspecto mais facilmente percebido, essa não é a única consequência do princípio da não discriminação. Existe também uma implicação relacionada às vantagens competitivas que os países signatários podem obter a partir do processo licitatório.

Assim, o *offset* é visto como um fator que pode desequilibrar a competitividade dos países signatários. Com efeito, ao exigir uma contrapartida como requisito para a seleção da empresa vencedora, o país licitante alcança benefícios que não são compatíveis com o princípio da não discriminação.

Ao exigir, por exemplo, que a empresa vencedora subcontrate parte da produção dos bens licitados com empresas do país licitante, ou que tenha a obrigação de transferir tecnologia e *know-how* a empresas do país licitante, automaticamente está sendo concedido tratamento nacional mais favorável.

No ponto, como visto, um dos principais preceitos decorrentes do princípio da não discriminação é que o tratamento nacional seja estendido a empresas de todos os países signatários. No caso da exigência de *offset*, as compensações exigidas não poderão ser estendidas a empresas de outros países, sob pena de desvirtuar e esvaziar os objetivos de desenvolvimento nacional que justificam o instituto.

A violação ao princípio da não discriminação não decorre apenas do fato de que o *offset* só é exigível quando o vencedor da licitação é uma empresa estrangeira (considerando que em alguns casos as empresas nacionais também são submetidas às exigências de compensações[54]), mas também de que as compensações sempre serão direcionadas para o desenvolvimento do país licitante.

No ponto, alguns autores apontam como principais críticas à prática de *offset* as distorções que o instituto pode gerar no comércio internacional. Isso porque, as exigências de subcontratação, por exemplo, podem fazer com que empresas ineficientes entrem no mercado, o que não aconteceria caso fosse mantido o fluxo natural de concorrência[55].

É dizer que, as empresas beneficiadas pela exigência de compensações tendentes a gerar desenvolvimento do país licitante nem sempre são as mais eficientes sob os aspectos produtivo, de recursos humanos ou tecnológico. Essas empresas podem ser muito beneficiadas pela obrigação da empresa estrangeira contratar sua mão de obra ou transferir a tecnologia

[54] COLLINS, David. Government Procurement with Strings Attached: The Uneven Control of *Offset*s by the World Trade Organization and Regional Trade Agreements, 2016. Asian Journal of International Law, 8 (2018). Fl. 302.

[55] MAYMONE, Rodolfo de Azevedo. Os Acordos de Compensação (*OFFSET*) nas FF.AA. e a percepção dos gerentes de projetos militares. Orientador José Carneiro da Cunha Oliveira Neto. Universidade de Brasília, 2019. – fl. 87. Disponível em < 2019_RodolfodeAzevedoMaymone.pdf (unb.br)>. Acesso em 27/9/2021.

necessária para que produza parte do item adjudicado. Ocorre que, não necessariamente os critérios de escolha da empresa nacional beneficiada são lineares aos preceitos de concorrência saudável, podendo ser escolhidas por critérios políticos, inclusive.

Ainda nesse ponto, a oportunização de que empresas ineficientes entrem no mercado internacional faz parte do próprio objetivo da política de *offset*, que consiste no desenvolvimento do país importador. No ponto, "uma das finalidades implícitas dos acordos de compensação é mesmo retirar da ineficiência empresas consideradas como potenciais"[56] pelo país importador. No entanto, sob o aspecto de competitividade, ainda que o país de origem entenda que sua empresa tem potencial de crescimento, não necessariamente esse entendimento é compartilhado pelos demais países que participam do processo competitivo.

Ainda mais, a expectativa de que a empresa beneficiada pelo *offset* de desenvolva e absorva as tecnologias repassadas não necessariamente será concretizada, o que gera o risco de que a empresa se beneficie das compensações exigidas e não gere o retorno nacional esperado. Nesse sentido aponta Dawar e Oh, que entendem que uma análise da literatura sobre o tema permite a conclusão de que muito pouco se sabe sobre a eficácia da política de *offset* em alcançar os objetivos almejados[57].

O argumento relacionado à desestabilização do comércio internacional também é usado pelo Banco Mundial e pelo FMI no embasamento da oposição à utilização do *offset*. No entendimento dessas entidades, o *offset* poderia gerar mudanças ineficientes nos fluxos comerciais e distorções competitivas no cenário internacional[58].

Outra questão apontada pelo Banco Mundial e pelo FMI é que o *offset* implicaria em bilateralismo nas relações comerciais[59]. Tal fator corrobora com o entendimento da incongruência do instituto com o *GPA*, acordo plurilateral no âmbito da OMC, organização multilateral que visa gerir o comércio internacional.

O fundamento também é endossado por Collins, que entende que um dos principais objetivos do *GPA* é coibir a prática de *offset*, considerando que as exigências de compensações muitas vezes não levam em consideração a qualidade ou o preço da empresa beneficiada,

[56] MAYMONE, Rodolfo de Azevedo. Os Acordos de Compensação (*OFFSET*) nas FF.AA. e a percepção dos gerentes de projetos militares. Orientador José Carneiro da Cunha Oliveira Neto. Universidade de Brasília, 2019. – fl. 87. Disponível em < 2019_RodolfodeAzevedoMaymone.pdf (unb.br)>. Acesso em 27/9/2021.

[57] DAWAR, Kamala. OH, Seung Chul. United Nations Industrial Development Organization. The Role of Public Procurement Policy in Driving Industrial Development. 2017. Fl. 89. Disponível em <*unido-file-9921981>. Acesso em 2/10/2021.

[58] RIBEIRO, Cássio Garcia. JÚNIOR, Edmundo Inácio. Política de *Offset* em Compras Governamentais: Uma análise exploratória. IPEA. 2019. Fl. 20.

[59] RIBEIRO, Cássio Garcia. JÚNIOR, Edmundo Inácio. Política de *Offset* em Compras Governamentais: Uma análise exploratória. IPEA. 2019. Fl. 20.

acarretando desperdícios de recursos das empresas participantes do certame. Também, a depender da medida compensatória exigida, a seleção da proposta vencedora do certame passará a levar em consideração a capacidade da empresa em executar tal medida, e não apenas os critérios de qualidade e preço, o que pode acarretar desperdícios de recursos públicos. Além disso, o autor vê a prática de *offset* como discriminatória, considerando que dá preferências aos bens e serviços nacionais que não são estendidas aos bens e serviços estrangeiros[60].

Pelo exposto, os efeitos anticompetitivos e discriminatórios do *offset* no contexto internacional o torna incompatível com o *GPA* da OMC, que preza pela liberalização do mercado de forma eficiente e competitiva. O princípio da não discriminação não se compatibiliza, em geral, com o *offset*, que gera distorções tanto na seleção da proposta vencedora da licitação quanto na obrigatoriedade de contratação de empresa que, em circunstâncias de concorrência natural, não seriam inseridas no mercado internacional.

A possibilidade de aumento de gastos adjacentes ao objeto principal da licitação (como os de transferência de tecnologia e treinamento de pessoal, por exemplo) a serem suportados pelas empresas estrangeiras participantes da licitação também torna difícil a compatibilização entre o *offset* e o *GPA*, que tem como pressuposto o fomento da concorrência e promoção de eficiências por meio da abertura do comércio internacional.

Desse modo, além da vedação expressa ao *offset* prevista no *GPA*, a incompatibilidade entre seu princípio basilar da não discriminação e as práticas compensatórias implica em alta probabilidade de que a acessão do Brasil ao acordo exija o controle para que não sejam exigidos *offsets* em licitações, a não ser naquelas áreas de mercado que sejam excepcionadas.

3.2. Existem formas de contornar ou minimizar os efeitos negativos que a acessão possa ter em relação às políticas de *offset* praticadas no Brasil?

Apesar das incongruências da política de *offset* com o princípio da não discriminação e com a concorrência internacional, especialmente em relação às possíveis ineficiências e ausência de geração dos efeitos benéficos esperados pelo país importador, alguns setores da indústria nacional apresentam resultados consolidados e satisfatórios decorrentes da exigência de compensações.

Nesses mercados em específico, é comum que se considere que, em que pesem todos os possíveis efeitos negativos da prática de *offset*, incluindo o aumento dos gastos públicos, os

[60] COLLINS, David. Government Procurement with Strings Attached: The Uneven Control of *Offset*s by the World Trade Organization and Regional Trade Agreements, 2016. Asian Journal of International Law, 8 (2018). Fl. 302.

benefícios de desenvolvimento, enriquecimento e crescimento nacionais seriam superiores aos custos[61].

Como visto, setores da indústria nacional que têm histórico consolidado de resultados favoráveis decorrentes da prática de *offset* são o da defesa e o aeroespacial, que muitas vezes atuam conjuntamente no desenvolvimento e comercialização de aeronaves militares.

A prática de *offset* nesses setores remonta à década de 50, e já proporcionou resultados benéficos reconhecidos internacionalmente. Com efeito, entende-se que as políticas de *offset* foram essenciais para o alcance do atual protagonismo internacional do Brasil nessas searas.

No entanto, ao menos no setor de defesa e da segurança nacional, a acessão do Brasil ao *GPA* não necessariamente geraria grandes efeitos, considerando que há, no artigo III: 1 do acordo, permissão expressa de exclusão da aplicabilidade das suas disposições a esses mercados. Isso significa que os países signatários do *GPA* podem continuar a aplicar suas políticas de *offset* nos mercados de segurança e defesa, que são justamente as áreas em que o *offset* é mais comumente aplicado no Brasil[62].

Esse tratamento excepcional concedido pelo *GPA* aos mercados de defesa e segurança nacional se deve à percepção generalizada de que se tratam de searas de mercado essenciais ao fomento da soberania dos países, mediante o fomento de capacitação tecnológica e busca de autonomia industrial e inovativa[63]. Com efeito, a experiência internacional no aumento do protagonismo industrial permite a inferência de que, em geral, o desenvolvimento industrial na área de defesa permite, como consequência, o desenvolvimento de outras indústrias que se beneficiam das tecnologias geradas.

Assim, além da evidente importância das indústrias de defesa e segurança nacional para a soberania dos países, outra possível motivação para a exceção estabelecida no *GPA* para essas searas de mercado é o entendimento de que são áreas estratégicas para o desenvolvimento tecnológico não só da indústria militar, mas também de outras indústrias civis através da transferência de tecnologia. Desse modo, o *offset* é permitido nessas áreas em razão do interesse geral no desenvolvimento tecnológico e inovativo e na manutenção da soberania nacional, ainda que a política possa gerar alguns efeitos maléficos que o acordo relaciona à prática de *offset*.

[61] DAWAR, Kamala. OH, Seung Chul. United Nations Industrial Development Organization. The Role of Public Procurement Policy in Driving Industrial Development. 2017. Fl. 89. Disponível em <*unido-file-9921981>. Acesso em 2/10/2021.

[62] International Chamber of Commerce. ICC-ECCO Guide to International *Offset* Contracts. 2019. Fl. 7.

[63] RIBEIRO, Cássio Garcia. JÚNIOR, Edmundo Inácio. Política de *Offset* em Compras Governamentais: Uma análise exploratória. IPEA. 2019. Fl. 24.

Mesmo com a exclusão desses mercados da cobertura do acordo, é importante destacar que, com a acessão do Brasil ao *GPA*, boa parte das suas licitações sujeitas à prática de *offset* passarão a ser submetidas ao seu regramento. Isso porque, a seara de mercado geralmente ofertada à cobertura do acordo (e indicada na oferta inicial do Brasil) engloba as licitações de maior valor, em que as compensações normalmente são exigidas como forma de reduzir os impactos na balança comercial do país importador.

Desse modo, para que os efeitos benéficos já conhecidos e considerados importantes para o desenvolvimento de setores estratégicos da indústria nacional sejam minimamente mantidos após a acessão ao *GPA*, é essencial que as ressalvas sejam incluídas de forma expressa no Apêndice I do acordo, destinado a detalhar a seara de mercado de cada país signatário que está coberta pelo acordo.

Com efeito, tais exceções são adotadas por alguns países signatários do *GPA*. Israel, por exemplo, em que pese seja considerado um país desenvolvido, conseguiu negociar e manter medidas transitórias que permitem a exigência de *offset*s em certos contratos civis cobertos pelo acordo, como os destinados ao Ministério da Saúde[64]. Ainda, é muito comum a inclusão, pelos países signatários, de exceções destinadas a retirar da cobertura do acordo searas de mercado consideradas estratégicas.

Desse modo, a partir da análise da cobertura previamente ofertada pelo Brasil aos demais acordos de compras governamentais em que é signatário, verifica-se que a manutenção da exigibilidade de *offset* no mercado de saúde é ponto comum.

No acordo Mercosul-EU, por exemplo, em que também há expressa vedação à prática de *offset*, a solução encontrada pelo Brasil para não prejudicar os seus setores em que a exigência de *offset* é mais comum foi a inclusão de medidas transitórias de exceção, pelas quais o direito de exigir *offset* nas contratações destinadas aos Ministérios da Defesa; da Saúde; da Ciência, Tecnologia e Inovações; e da Infraestrutura foi mantido por um período de 8 a 15 anos[65].

Em que pese não tenha sido ainda disponibilizada para o público em geral, as informações disponíveis sobre a oferta inicial do Brasil para acessão ao *GPA* indicam que o

[64] RIBEIRO, Cássio Garcia. JÚNIOR, Edmundo Inácio. Política de *Offset* em Compras Governamentais: Uma análise exploratória. IPEA. 2019. Fl. 18.

[65] BRASIL. EU-Mercosur Association Agreement. Chapter on Government Procurement. Appendix I. Annex 7. Disponível em < 12B Mercosur schedule GP copy.pdf (siscomex.gov.br)>. Acesso em 30/9/2021.

Brasil excluiu da cobertura ofertada compras de produtos estratégicos e insumos destinados ao Sistema Único de Saúde – SUS[66].

Desse modo, ainda que não seja possível afirmar com propriedade em razão do sigilo da oferta inicial enviada pelo Brasil como pressuposto para aceder ao *GPA*, a tendência verificada pela análise da cobertura ofertada aos demais acordos envolvendo compras governamentais em que o Brasil é parte indica que haverá preocupação em resguardar os setores em que o *offset* é mais comumente aplicado, quais sejam, de defesa, de tecnologia e inovação e de saúde.

Ainda, conforme Anderson et al., mesmo sem a prática de *offset*, a adjudicação de uma licitação por uma empresa estrangeira pode gerar importantes benefícios ao país importador. O primeiro benefício citado é a subcontratação, considerando que em muitos casos as empresas estrangeiras entenderão como conveniente a contratação de trabalhadores locais para executar parte do contrato licitado. O segundo benefício seria a natural transferência de tecnologia acarretada pela participação de empresas estrangeiras no mercado doméstico, gerando o fortalecimento de empresas locais[67].

No ponto, tais transferências de tecnologia são recorrentes em contratos de importação, ainda que não sejam previstas exigências de compensações. No contexto brasileiro, por exemplo, o mero treinamento dos trabalhadores locais na operação do produto importado, por ser uma consequência natural da execução do contrato, não é considerado *offset*. Somente será considerado *offset* a partir do momento em que o treinamento possibilitar alterações no produto, na fabricação ou criação de novo produto a partir da tecnologia transferida[68].

Assim, os possíveis efeitos negativos da vedação da prática de *offset* em alguns setores devem ser vistos em perspectiva, considerando que o desenvolvimento do país importador, com a transferência de tecnologia e a subcontratação de trabalhadores nacional, são considerados, em alguns casos, como consequência natural da abertura do mercado de compras públicas ao âmbito internacional.

Conclusão.

[66] MOREIRA, Assis. Brasil apresenta plano para abrir compras públicas a estrangeiros. 04/02/2021. Valor Econômico.

[67] ANDERSON, Robert D., PELLETIER, Philippe, OSEI-LAH, Kodjo, MULLER, Anna Caroline. Assessing the Value of Future Accessions to the *WTO* Agreement on Government Procurement (*GPA*): Some New Data Sources, Provisional Estimates, and an Evaluative Framework for Individual *WTO* Members Considering Accesion. 6/10/2011. World Trade Organization. Economic Research and Statistics Division.

[68] MAYMONE, Rodolfo de Azevedo. Os Acordos de Compensação (*OFFSET*) nas FF.AA. e a percepção dos gerentes de projetos militares. Orientador José Carneiro da Cunha Oliveira Neto. Universidade de Brasília, 2019. – fl. 69. Disponível em < 2019_RodolfodeAzevedoMaymone.pdf (unb.br)>. Acesso em 27/9/2021.

Além de ser expressamente prevista no texto do *GPA*, a vedação à prática de *offset* se deve à verdadeira incompatibilidade do instituto com o princípio basilar da não discriminação e com o objetivo da OMC de promover a liberalização do comércio internacional garantindo a concorrência saudável.

Desse modo, a acessão do Brasil ao *GPA* significará a necessidade de coibir a prática do *offset* nas licitações cobertas pelas disposições do acordo. No entanto, algumas importantes exceções relacionadas à exigência de compensações podem ser negociadas no processo de acessão do Brasil.

Com efeito, existem poucas informações disponíveis, no contexto brasileiro, sobre a aplicação e os resultados da prática do instituto do *offset* em compras governamentais internacionais. As experiências sobre as quais existem relatos se restringem aos setores de defesa, da saúde e aeroespacial.

Em relação aos mercados de defesa e da segurança nacional, o *GPA* conta com exceção expressa à sua cobertura pelo acordo, de modo que a prática de *offset* nesses mercados comumente é mantida pelos países signatários. Assim, a chance de mitigação do impacto da acessão do Brasil ao *GPA* em relação à transferência de tecnologia e desenvolvimento desses setores é grande.

Também em relação aos mercados de desenvolvimento tecnológico (no qual os *offset*s destinados ao mercado aeroespacial podem ser inseridos) e de saúde pública, é comum a inclusão de exceções nos acordos de compras governamentais, haja vista serem consideradas áreas estratégicas para o desenvolvimento nacional. No ponto, em todos os acordos internacionais envolvendo compras governamentais em que o Brasil é signatário há exceções, ainda que transitórias, destinadas à prática de *offset* e transferência de tecnologia a esses setores.

Ainda, o *status* do Brasil de país em desenvolvimento pode facilitar a negociação de medidas de tratamento especial e diferenciado, incluindo a manutenção da exigibilidade de *offset* por um período de transição.

Desse modo, existem meios, no âmbito do *GPA*, que podem garantir que o impacto da vedação à prática de *offset* seja minimizado, especialmente nas principais áreas em que o instituto é aplicado no Brasil.

Por fim, deve-se ter em conta que os resultados de transferência de tecnologia e desenvolvimento nacional objetivados pelo *offset* muitas vezes podem ser alcançados naturalmente pela abertura do mercado de compras governamentais e pelo aumento da concorrência nas licitações, de modo que os possíveis efeitos negativos da acessão em relação ao alcance dos objetivos do *offset* devem ser vistos em perspectiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALADI – Associação Latino-Americana de Integração. Acordo de Complementação Econômica nº 35 Celebrado entre os Governos dos Estados Partes do Mercosul e o Governo da República do Chile. 14/12/2018.

ANDERSON, Robert D., PELLETIER, Philippe, OSEI-LAH, Kodjo, MULLER, Anna Caroline. Assessing the Value of Future Accessions to the *WTO* Agreement on Government Procurement (*GPA*): Some New Data Sources, Provisional Estimates, and an Evaluative Framework for Individual *WTO* Members Considering Accesion. 6/10/2011. World Trade Organization. Economic Research and Statistics Division.

BRASIL. Acordo de ampliação econômico-comercial entre a república federativa do Brasil e a república do Peru.

__. Acordo de Livre Comércio Mercosul-EFTA: Resumo informativo elaborado pelo Governo Brasileiro. Disponível em <ACORDO DE ASSOCIAÇÃO MERCOSUL-UNIÃO EUROPEIA 3 de julho de 2019 (www.gov.br)>. Acesso em 30/9/2021.

__. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

__. Decreto nº 7.546, de 2 de agosto de 2011.

__. Decreto nº 6.703, de 18 de dezembro de 2008.

__. EU-Mercosur Association Agreement. Chapter on Government Procurement. Disponível em <12B Mercosur schedule GP copy.pdf (siscomex.gov.br)>. Acesso em 30/9/2021.

__. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

__. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

__. Ministério da Defesa. Portaria Normativa nº 61/GM-MD, de 22 de outubro de 2018.

__. Ministério da Saúde. Parcerias para o Desenvolvimento Produtivo (PDP). 2019. Disponível em <Parcerias para o Desenvolvimento Produtivo (PDP) (saude.gov.br)>. Acesso em 28/9/2021.

__. Ministério das Relações Exteriores. Nota à imprensa nº 10. Oferta inicial brasileira para adesão ao Acordo sobre Contratações Governamentais – Nota conjunta do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Economia. 3/2/2021.

__. Siscomex. Mercosul – Chile (ACE 35). 10/12/2020. Disponível em <Mercosul – Chile (ACE 35) - Siscomex) - Siscomex>. Acesso em 30/9/2021.

COLLINS, David. Government Procurement with Strings Attached: The Uneven Control of *Offset*s by the World Trade Organization and Regional Trade Agreements, 2016. Asian Journal of International Law, 8 (2018).

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Negociações para acessão do Brasil ao Acordo da OMC em compras governamentais: Posição da indústria. 2021. Disponível em <https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/ca/e0/cae0bb77-0504-45fa-9c46-02cff19e4140/id_237623_a_acessao_do_brasil_ao_acg_web_1.pdf>. Acesso em 29/9/2021.

CORRÊA, Gilberto Mohr. Resultados da política de *offset* da aeronáutica: incremento nas capacidades tecnológicas das organizações do setor aeroespacial brasileiro. 2017. Dissertação Mestrado em Ciências e Tecnologias Espaciais, Área de Gestão Tecnológica - Instituto Tecnológico de Aeronáutica, São Paulo.

CORRÊA, Gilberto Mohr. Transferência de Tecnologia em Compras de Defesa: O que esperar da Compensação Comercial Industrial e Tecnológica (*Offset*s). Encontro Nacional da Associação Brasileira de Estudos de Defesa.

DAWAR, Kamala. OH, Seung Chul. United Nations Industrial Development Organization. The Role of Public Procurement Policy in Driving Industrial Development. 2017. Fl. 89. Disponível em <*unido-file-9921981>. Acesso em 2/10/2021.

GOMES, Myller, PAGANI, Regina Negri, KOVALESKI, João, ZAMMAR, G. Transferência de tecnologia na política de *offset*: o caso do plano de expansão da radioterapia. Navus – Revista de Gestão e Tecnologia. 2018.

International Chamber of Commerce. ICC-ECCO Guide to International *Offset* Contracts. 2019.

LASOTA, Lucas Augusto Costa. "*Offset*": conceito, modalidades e políticas de aplicação. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2841, 12 abr. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18889>. Acesso em: 27 set. 2021.

MAYMONE, Rodolfo de Azevedo. Os Acordos de Compensação (*OFFSET*) nas FF.AA. e a percepção dos gerentes de projetos militares. Orientador José Carneiro da Cunha Oliveira Neto. Universidade de Brasília, 2019. Disponível em <*2019_RodolfodeAzevedoMaymone.pdf (unb.br)>. Acesso em 27/9/2021.

MERCOSUL. Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul. 20/12/2017. Disponível em <DEC-37-2017-Protocolo-de-Contratacoes-Publicas.cleaned.docx.pdf (siscomex.gov.br)>. Acesso em 29/9/2021.

MOREIRA, Assis. Brasil apresenta plano para abrir compras públicas a estrangeiros. 04/02/2021. Valor Econômico.

RIBEIRO, Cássio Garcia. JÚNIOR, Edmundo Inácio. Política de *Offset* em Compras Governamentais: Uma análise exploratória. IPEA. 2019. Disponível em <*td_2473.pdf (ipea.gov.br)>. Acesso em 3/10/2021.

SOUZA, Aline. Parcerias de Desenvolvimento Produtivo (PDPs): Entenda como funcionam. Disponível em <*Parcerias_de_Desenvolvimento_Produtivo4.pdf (fiocruz.br)>. Acesso em 28/9/2021.

UNCITRAL. Legal Guide on International Countertrade Transactions, 1992. Fl. 9. Disponível em <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/countertrade-e.pdf >. Acesso em 25/9/2021.

VIEIRA, André Luís. ÁLVARES, João Gabriel. Acordos de Compensação Tecnológica (*Offset*): Fundamentos e Instrumentalidade. Desafios Contemporâneos para o Exército Brasileiro.

WORLD TRADE ORGANIZATION. Agreement on Government Procurement. Disponível em <https://www.*WTO*.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_*GPA*_e.htm>. Acesso em 26/9/2021.

WORLD TRADE ORGANIZATION. Revised Agreement on Government Procurement and *WTO* related legal instruments: Text of the *GPA* as amended on 30 march 2012. Disponível em <https://www.*WTO*.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.pdf>. Acesso em 26/9/2021.

WORLD TRADE ORGANIZATION. Overview of the Agreement on Government Procurement. Disponível em <https://www.*WTO*.org/english/tratop_e/gproc_e/*GPA*_overview_e.htm>. Acesso em 25/9/2021.

8. PADRÕES PRIVADOS DE GÊNERO: UMA NOVA FRONTEIRA NO COMÉRCIO INTERNACIONAL?

8. GENDER-PRIVATE STANDARDS: A NEW FRONTIER IN INTERNATIONAL TRADE?

Cleideane dos Santos Farias

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve introdução sobre as desigualdades de gênero e dados dos impactos no Comércio Internacional. 3. Conceito de Padrões privados no Comércio Internacional e sua aplicação. 4. Padrões privados de gênero e sua aplicação em políticas de empresas privadas. 5. Políticas inclusivas de gênero na OMC, na OCDE e nas empresas privadas. 6. Padrão privado de gênero: uma nova fronteira ao comércio internacional? 7. Conclusão.

RESUMO: A discussão sobre os padrões privados de gênero como uma nova fronteira para o Comércio Internacional faz com que haja a análise das desigualdades de gênero enfrentadas pelas mulheres no mercado de trabalho em um contexto mundial. A presente pesquisa tem o intuito de demonstrar que com a aplicação dos padrões privados de gênero no Comércio Internacional é possível reduzir as desigualdades sociais entre homens e mulheres. Assim, para que as desigualdades entre homens e mulheres sejam atenuadas é preciso que as políticas inclusivas de gênero na OMC, OCDE em conjunto com as empresas privadas sejam aplicadas e, por mais tímidas que sejam a aplicação de padrões privados de gênero, atualmente, no Comércio Internacional estas medidas ajudam a desenvolver a economia global, reduzir as desigualdades de gênero e a promover a concretude das diretrizes e objetivos da Agenda 2030 da ONU Mulheres.

ABSTRACT: The discussion about private gender standards as a new frontier for International Trade makes an analysis of gender inequalities faced by women in the labor market in a global context. This research aims to demonstrate that by applying private gender standards in International Trade it is possible to reduce social inequalities between men and women. Thus, for the inequalities between men and women to be alleviated, it is necessary that inclusive gender policies in the WTO, OECD, together with private companies are applied and, however timid the application of private gender standards, currently, in the International Trade these measures help to develop the global economy, reduce gender inequalities and promote the concreteness of the guidelines and objectives of the 2030 Agenda of UN Women.

1. Introdução

Nas últimas décadas, tem se percebido o aumento exponencial de criação de padrões privados nas diferentes áreas, o estudo identificou que as principais questões atingidas pelos

padrões privados são questões relativas à segurança alimentar, à saúde alimentar, à saúde animal e vegetal e causas ambientais e sociais.

A agenda 2030 da ONU criou objetivos e diretrizes para as questões que precisam ser tratadas de maneira mais sustentável e equilibrada e a igualdade de gênero, é pauta nos objetivos e diretrizes da ONU com o objetivo de diminuir as desigualdades de gênero que atingem a maioria das economias do mundo.

Em um primeiro momento, para o desenvolvimento do presente artigo científico a pergunta de pesquisa se deu a respeito da questão de que se os padrões privados de gênero são ou não são a nova fronteira para a comercialização internacional de produtos e serviços. Após esta indagação, a hipótese criada e fundamentada em vários estudos bibliográficos constatou que os padrões privados de gênero são a nova fronteira ao comércio internacional para a redução das desigualdades de gênero. Observou-se que são aplicados de maneira tímida em relação a proporção da desigualdade existente entre homens e mulheres, mas que existe um grande potencial dos padrões privados de gênero tornarem-se além de uma fronteira para a comércio internacional uma imposição para a comercialização de produtos e serviços tal qual acontece em outros mercados.

Existem padrões privados sendo aplicados de maneira substanciais e sérias pelas empresas multinacionais e há um grande envolvimento delas para obter certificações que provam a sua adequação a políticas integrativas de igualdade de gênero e a ideia é que o mercado seja inundado com estas exigências, a princípio voluntárias, mas que com o passar do tempo tornar-se-á obrigatórias para que os países comercializem entre si, cumprindo exigências existentes na Agenda 2030 da ONU.

O artigo, deste modo, está dividido em capítulos. No primeiro capítulo há uma breve explanação e contextualização sobre as desigualdades de gênero e dados dos impactos destas desigualdades no Comércio Internacional. No segundo Capítulo é tratado sobre o conceito de padrões privados no comércio internacional e sua aplicação. No terceiro Capítulo há o aprofundamento do tema tratando sobre os padrões privados de gênero e sua aplicação em políticas de empresas privadas. No quarto capítulo explana-se sobre a aplicação de políticas inclusivas de gênero na OMC, na OCDE e nas empresas privadas. E por fim, no último capítulo há a resposta da pergunta de pesquisa feita inicialmente se os padrões privados de gênero são considerados uma nova fronteira ao comércio internacional?

Ao final, serão apresentadas as constatações de que os padrões privados de gênero são políticas que merecem ser valorizadas e colocadas em prática, e que estes padrões quando aplicados são capazes de trazer mais benefícios a economia mundial e a sociedade como um

todo do que prejuízos advindos das barreiras produzidas pela imposição da adequação de gênero ao comércio internacional. As empresas e os países que praticam a igualdade de gênero já sinalizam que os ganhos econômicos são maiores do que as barreiras impostas por estas cláusulas de gênero. A OMC e OCDE são ativas em coleta de dados e estudos que comprovam que as políticas inclusivas de gênero de empresas e governos dão muito certo quando aplicadas e acompanhadas de perto durante a implantação de seu processo. É preciso acreditar que a diversidade e inclusão de gênero valem a pena para que a dignidade humana seja concretizada em sua totalidade.

1. Breve introdução sobre as desigualdades de gênero e dados dos impactos no Comércio Internacional

As desigualdades entre homens e mulheres no comércio internacional são uma realidade e as políticas de comércio internacional bem como as iniciativas privadas não podem ser neutras quando o assunto é a igualdade de gênero. As mulheres têm diferenças salariais substanciais[1], mesmo exercendo as mesmas atividades do que os homens, o preconceito em relação a contratação nos empregos em razão da maternidade é uma realidade e as atividades domésticas e não remuneradas ficam a cargo das mulheres em sua grande maioria. Fato é que a OMS, ressalta que os países desenvolvidos e em desenvolvimento precisam da mão de obra feminina para alcançar patamares econômicos melhores.

As mulheres ganham menos do que os homens, estudos realizados pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) apontam que as mulheres na América Latina e Caribe ganham 84% da remuneração auferida por homens pelo mesmo trabalho, e cerca de 80% das mulheres são empregadas em setores de baixa produtividade. A ONU Mulheres e suas políticas para o mundo tem trabalhado na questão da diminuição das desigualdades de gênero[2].

No Canadá, o relatório sobre a mulher empreendedora no comércio internacional expôs informações sobre a quantidade de mulheres e homens exportadores de produtos e serviços, bem como as iniciativas públicas e privadas para que estas barreiras comerciais fossem atenuadas. O relatório concluiu que para gerar benefícios iguais a homens e mulheres no

[1] GALIZA E SILVA, Gabriela. Comércio e gênero: um novo tema na agenda internacional. FGV São Paulo School of Economics: Working Paper Series. Working Paper n. 485, 2018. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv .br/dspace/handle/10438/24776; Acesso em: 03 de outubro de 2021

[2] Idem.

comércio internacional, às iniciativas públicas e privadas devem ser examinadas e aplicadas levando em conta as desigualdades preexistentes e que forem surgindo ao longo do tempo[3].

Neste mesmo relatório, produzido pelo Canadá, foi levantado dados que comprovam que a quantidade de mulheres detentoras de pequenas e médias empresas é muito menor do que os de propriedade masculina, outra área que merece destaque é a de que enquanto os homens produzem produtos manufaturados, as mulheres ficam associadas, em sua maioria, a produção e comercialização de bens a varejo e serviços. No tocante, a exportação destes produtos, a pesquisa identificou que as mulheres empreendedoras do Canadá não viam tantas barreiras para começar a exportar seus produtos em relação as empresas masculinas, no entanto, ao longo do tempo observaram-se que as empresas dos homens ficaram mais tempo no mercado de exportação e conseguiram crescer mais em relação às empresas de posse femininas[4].

Apesar de não ser uma realidade condizente com os países em desenvolvimento, o fato de que as mulheres não encontrarem tantas barreiras para comercializar seus produtos em um primeiro momento no mercado internacional, mais adiante, observa-se que a lacuna de desigualdade fora novamente projetada em relação a tempo de permanência no mercado e crescimento da companhia. Nos países em desenvolvimento, a distância é ainda maior, pois as barreiras advindas das desigualdades são maiores e se firmam ainda mais no quesito comércio internacional de exportação feminina de bens e serviços[5].

O aumento da participação de mulheres no Comércio Internacional tem implicações positivas no crescimento econômico destes países que conseguiram diminuir as desigualdades de gênero e ao acesso ao mercado de exportação. O relatório do Canadá preconiza que é necessário saber e entender a fundo as barreiras comerciais enfrentadas pelas mulheres que querem exportar seus produtos e assim, posteriormente poder-se-á criar iniciativas que darão subsídios para diminuir as desigualdades como por exemplo o acesso aos financiamentos pelas mulheres empreendedoras, já que em sua grande maioria as mulheres exportadoras enfrentam o mercado de exportação com produtos a varejo e a um custo maior de exportação do que os homens que, em sua maioria, exportam produtos manufaturados.

Neste sentido, por mais que a facilitação do acesso a financiamento seja na prática a aplicação de uma política pública de mercado, na prática tanto as políticas públicas quanto os

[3] SEKKEL, Julia V. Women-Owned SMEs and Trade Barriers, 2020. Disponível em: https://www.international.gc.ca/trade-commerce/economist-economiste/analysis-analyse/women_owned_smes_tradepme_commerce_appartenant_femmes.aspx?lang=eng; Acesso em: 20 de outubro de 2021.

[4] Idem.

[5] Idem

padrões privados são capazes se forem bem empregados de criar oportunidades de inclusão no mercado e uma forma de diminuir as desigualdades de gênero. As práticas do comércio justo só se concretizam quando a iniciativa privada se envolve.

Adiante analisar-se á sobre o conceito de padrões privados no comércio internacional e sua aplicação e o ganho econômico e social trazido pela concretização da igualdade de gênero para as mulheres no mundo.

2. Conceito de Padrões privados no comércio internacional e sua aplicação.

Padronização é o processo de desenvolver, criar, acordar princípios, critérios, diretrizes, orientações, indicadores, métodos que visam orientar, aprimorar, mudar o comportamento dos produtores da indústria e de outros agentes econômicos no tocante a questões técnicas, ambientais, sociais, de segurança dos alimentos, saúde, qualidade, higiene, bem-estar animal, dentre outros aspectos relacionados a produtos e serviços[6].

Os padrões privados para o Comércio são orientações, princípios, critérios e indicadores, especificações ou guias que buscam orientar, alterar ou substituir produtos, processos produtivos e práticas atreladas a produtos e serviços. Estes padrões privados são criados por diversos grupos como: bancos, produtores, indústria, ONGs, academia, consumidores, governos e seus órgãos. A certificação por sua vez, tem relação quando um órgão externa avalia o padrão aplicado e atesta que o produto ou processo produtivo seguiu os critérios propostos e assim há a emissão de um documento, selo ou marca que atesta que o produto ou processo produtivo seguiu o que era esperado de determinado padrão[7].

Os padrões privados são utilizados em diversas áreas, as exigências privadas podem possuir objetivos diversos de regulação como por exemplo a defesa de valores sociais, a promoção do cultivo orgânico, a preocupação com fatores de mudança climática dentre outros[8] . Os exportadores encontram barreiras não tarifárias ao exportar seus produtos quando não se adéquam a estas padronizações impostas pelo setor privado e por acordos internacionais.

[6] LIMA. Rodrigo. Padrões privados na Organização Mundial do Comércio: Limites entre as regras multilaterais e a governança privada de temas ambientais, sanitários e fitossanitários. São Paulo. PUC. 2016. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19515/2/Rodrigo%20Carvalho%20de%20Abreu%20Lima.pdf. Página. 90. Acesso em: 20 de outubro de 2021.

[7] Idem.

[8] LIMA, Bruno Youssef Yunen Alves de. À margem da OMC: A Emergência dos padrões privados n Comércio Internacional. São Paulo. 2019. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/101/101131/tde-15042019-135349/publico/Bruno_Youssef_Yunen_Alves_de_Lima.pdf. Pag. 27. Acesso em: 03 de dezembro de 2021.

Neste sentido as ilustres Professora Vera Thorstensen e Andreia Costa preceituam que sobre os padrões elaborados pelas empresas:

> Padrões voluntários de Mercado, elaborados por empresas privadas, podem se tornar obrigatórios, como o setor de alimentos, cadeias de supermercados, produtores e cooperativas. Mesmo não sendo obrigatórios para produtores, a única opção além do preenchimento dos requisitos dos padrões é não englobar o mercado. Já que os padrões ganharam o mercado internacional, também ganham reconhecimento internacional, porém, questões relacionadas à legitimidade ainda são preocupantes. Dessa forma, na prática, a diferença entre padrões públicos e privados podem não ser relevantes para produtores, já que ambos criam pesados ônus no processo de produção e barreias comerciais.[9]

Aprofundando no conceito de padrões privados e sua relação e aplicação ao comércio internacional ressalta-se que os padrões privados são criados por um grupo de atores que não necessariamente envolvem órgãos de governo, muito embora em alguns casos há a participação de forma explícita do governo. O que se pode perceber é que os padrões privados podem criar exigências de tal forma para que um produto ou serviço seja exportado no Comércio Internacional ao ponto de ser capaz de criar barreiras ou restrições ao comércio. Nesse sentido, se o importador requer que seja satisfeita uma exigência para a exportação de um produto e esta exigência não é satisfeita, seja porque o exportador cumpre as leis nacionais e não aceita adotar um padrão mais elevado, cria-se uma barreira para o comércio[10].

Neste sentido, de acordo com a tese de mestrado de Bruno Youssef, aponta que no Brasil padrões voluntários relacionados à promoção de práticas sustentáveis afetam, potencialmente, quase metade das exportações brasileiras[11]:

> Uma busca no banco de dados de comércio exterior brasileiro, um sistema online de ánalise de comércio internacional do governo, revelou que as normas Voluntárias de Sustentabilidade (NVS) possivelmente afetam 44% do valor total das exportações brasileiras[...]. Isso significa que pode haver um ônus imposto sobre Us$ 100 bilhões das exportações do país devido a essas certificações".

---

[9] THORSTENSEN, Vera. VIEIRA, Andreia Costa. **Private Standards or Market Standards in search for legitimacy in the International Trading System**. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/16370.Acesso em: 20 de outubro de 2021. Página. 68.

[10] LIMA. Rodrigo. Padrões privados na Organização Mundial do Comércio: Limites entre as regras multilaterais e a governança privada de temas ambientais, sanitários e fitossanitários. São Paulo. PUC. 2016. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19515/2/Rodrigo%20Carvalho%20de%20Abreu%20Lima.pdf. Página. 112. Acesso em: 20 de outubro de 2021.

[11] LIMA, Bruno Youssef Yunen Alves de. À margem da OMC: A Emergência dos padrões privados n Comércio Internacional. São Paulo. 2019. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/101/101131/tde-15042019-135349/publico/Bruno_Youssef_Yunen_Alves_de_Lima.pdf. Pag.37. Acesso em: 03 de dezembro de 2021.

O universo dos padrões privados pode afetar o Comércio Internacional de produtos e serviços, um padrão pode ser compreendido por um documento feito por consenso e aprovado por um órgão reconhecido, ou um conjunto de entidades que visam atingir determinados objetivos. Frequentemente, padrões são utilizados após um longo estudo fundamentados em conceitos científicos (dados), tecnologias e experiências, a fim de consolidar boas práticas no processo produtivo. Os padrões privados são considerados barreiras para a exportação de produtos, pois os exportadores que não se adequam as normas regulatórias não conseguem acesso aos mercados pretendidos e precisam buscar mercados alternativos. Assim, os padrões privados são considerados pelos exportadores como pré-requisito na exportação a muitos países desenvolvidos.

Assim, é importante destacar o argumento de Manuela Kirshner Amaral sobre os padrões privados voluntários ou "quase mandatórios":

> Padrões privados voluntários podem se tornar, portanto, "quase mandatórios" se grandes empresas ou grupos de grandes empresas exigem a certificação de produtores para que esses possam fazer parte de sua cadeia de suprimentos. A obrigatoriedade da conformidade depende, dessa forma, do poder daqueles que os adotam (cadeias de supermercados, por exemplo) e que reconhecem o valor da conformidade daqueles que os implementam (produtores). A concentração em determinados setores da economia pode, ainda, aumentar essa tendência. Em resumo, a distinção entre normas voluntárias privadas e requisitos obrigatórios "oficiais" ou "públicos" pode, além de não ser muito clara, não ser de grande valia. Padrões privados estão, crescentemente, adquirindo papel regulatório na sociedade, seja como antecipação a atuação Estatal, seja em sua completa substituição.[12]

De acordo com a OMC (Organização Mundial do Comércio), os padrões podem ser criados por organizações reconhecidas por sua experiência e atuação no campo técnico, como é o caso da ISO (International Organization for Standartization), sendo que esta organização tem como objetivo a padronização para promover o desenvolvimento mundial de forma a facilitar o intercâmbio internacional de produtos e serviços. O trabalho da ISO pode gerar acordos internacionais o qual levam em conta o debate de especialistas no assunto em comitês, subcomitês e grupos de trabalho. Nesses comitês, autoridades governamentais, representantes de grupo de pesquisa e de consumidores, ONGS e de organizações internacionais debatem uma padronização global de produtos e serviços[13].

[12] AMARAL, Manuela Kirscher do. O desafio do "protecionismo privado" e as regras multilaterais de comércio da OMC. **Revista Brasileira de Comércio Exterior**, Rio de Janeiro, n. 115, p. 56-79, abr./jun. 2013. Páginas. 60-61.

[13] LIMA. Patrícia. Certificações Ambientais e Comércio Internacional. Florianópolis. UFSC. 2001. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/79433. Página. 65. Acesso em: 20 de outubro de 2021.

A professora Dra. Vera Thorstensen aborda os impactos de padrões privados no comércio internacional e suas respectivas possíveis barreiras que possam ser criadas com o advento destes. O Comitê sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS) e o Comitê sobre Barreiras Técnicas (Comitê TBT) tem realizado discussões para entender como as medidas afetam o comércio internacional de produtos e o foco das discussões fundamenta-se no conceito de: acesso a mercados, países em desenvolvimento e legitimidade[14].

Neste mesmo sentido, esmiuçando os conceitos trazidos pela Professora Dra. Vera Thorstensen, o acesso a mercados por sua vez significa que os padrões privados podem elevar a qualidade dos produtos exportados, no entanto o aspecto negativo está no fato de que os padrões privados podem ser mais rígidos do que os previstos em acordos internacionais, ocasionado um aumento considerável nos preços, sendo assim considerados como barreiras adicionais para a exportação. Os países em desenvolvimento podem ter uma grande dificuldade de exportar seus produtos, uma vez que as certificações que precisam obter para a exportação somando-se a questão de custos dos padrões privados impostos pode elevar o preço dos produtos a ponto de que as pequenas e médias empresas não consigam exportar seus produtos. E por último, a legitimidade refere-se ao fato de que os padrões privados são em sua grande maioria mais restritivos ao comércio internacional do que as regras da OMC, visto que os padrões privados não são estabelecidos com transparência e justificativa cientifica[15].

Neste sentido, torna-se imperioso observar que as exigências sobre padrões privados de origem técnicas, sanitárias ou fitossanitárias são construídos especialmente dentro das fronteiras de países desenvolvidos, afetando de maneira significativa as exportações dos países em desenvolvimento, cujas empresas estão menos aptas a se adaptarem a tais regras rigorosas de exportação. No contexto da OMC, enquanto os membros dos países em desenvolvimento se esforçam para debater sobre os padrões privados no sistema multilateral de comércio, os representantes dos países desenvolvidos, em especial os Estados Unidos e União Europeia, apresentam maior dificuldade na discussão deste tema na agenda da organização internacional[16].

[14] THORSTENSEN. Vera. A Regulação do Comércio Global de produtos agrícolas: Perspectivas para 2050. FGV. 2012. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/16361. Página.27. Acesso em 20 de outubro de 2021.

[15] THORSTENSEN. Vera. A Regulação do Comércio Global de produtos agrícolas: Perspectivas para 2050. FGV. 2012. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/16361. Página. 28. Acesso em: 20 de outubro de 2021.

[16] LIMA, Bruno Youssef Yunen Alves de. À margem da OMC: A Emergência dos padrões privados no Comércio Internacional. São Paulo. 2019. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/101/101131/tde-15042019-135349/publico/Bruno_Youssef_Yunen_Alves_de_Lima.pdf. P.63. Acesso em: 03 de dezembro de 2021.

Diante de todo o exposto, observa-se que os padrões privados estão presentes nos mais diversos tipos de temas como meio ambiente, sanitários, fitossanitários, mineração, produção de tecidos e vestuário (com foco em questões sociais e trabalhistas), padrões para a construção civil sustentável, eficiência energética dentre outros. A seguir, analisar-se-á os padrões privados de gênero e sua aplicação em políticas de empresas privadas.

3. Padrões privados de gênero e sua aplicação em políticas de empresas privadas.

Quando se fala em igualdade de gênero, a grande pergunta que se faz é se os padrões privados de gênero são aplicados com a mesma intensidade e regularidade do que nas questões relacionadas a outros assuntos que são regulados por padrões privados. Neste quesito, A OMC, conduziu em 2008, uma pesquisa com os países membros com o intuito de pesquisar e mapear os principais padrões privados aplicados. O levantamento da pesquisa foi de que as principais entidades responsáveis pela imposição de padrões privados são os supermercados e hipermercados e grandes cadeias varejistas. Além disto, o estudo identificou que as principais questões atingidas pelos padrões privados são questões relativas à segurança alimentar, à saúde alimentar, à saúde animal e vegetal e causas ambientais e sociais[17]

No entanto, por menores que sejam a aplicação dos padrões privados de gênero comparado a outros padrões privados, observa-se iniciativas de aplicação destes no mundo para a paridade salarial entre homens e mulheres que é tida como aplicação benéfica dos padrões privados de gênero no Comércio Internacional, exemplo dado pela empresa Philip Morris Brasil que foi a primeira empresa a receber a certificação Internacional *Equal Salary*, concedida pela *Equal Salary Foundation* por fornecer a seus empregados independentemente do gênero salários iguais para trabalhos exercidos de forma equivalente. A empresa está ampliando ações para crescer de 43% para 50% a representatividade das mulheres em cargos de liderança[18].

A empresa Philip Morris Brasil faz parte do Movimento Mulher 360 (MM360), um movimento empresarial criado para fomentar estratégias para o empoderamento econômico das mulheres, este movimento tem engajamento da comunidade empresarial para contribuir com os projetos da agenda da ONU para as Mulheres. Este movimento foi feito por iniciativa do

[17] LIMA, Bruno Youssef Yunen Alves de. À margem da OMC: A Emergência dos padrões privados n Comércio Internacional. São Paulo. 2019. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/101/101131/tde-15042019-135349/publico/Bruno_Youssef_Yunen_Alves_de_Lima.pdf. Pag. 35. Acesso em 20 de outubro de 2021

[18] Disponível em: https://nos.insightnet.com.br/empresas-avancam-em-iniciativas-para-igualdade-de-generos-no-ambiente-corporativo/

Walmart em 2011, com intuito de ampliar a participação feminina no ambiente de trabalho, em um primeiro momento por meio de ações concretas com seu público interno e para mulheres nas comunidades e cadeias de suprimento[19].

Fazem parte deste padrão privado (Movimento Mulher 360) com iniciativas para o empoderameno das Mulheres empresas como o Walmart, Bombril, Cargill, Coca Cola, Del Rio, Diageo, Johnson&Johnson, Natura, Nestlé, PepsiCo, Santander e Unilever. O movimento tem como base os sete princípios de empoderamento das mulheres, instituído pela ONU Mulheres, entre os quais a necessidade de estabelecer uma maior liderança feminina corporativa para a igualdade de gênero[20].

De acordo com Nadine Gasman, representante da ONU Mulheres Brasil: "O setor privado é um dos agentes decisivos para construir um Planeta 50-50 com paridade de gênero. As empresas com atuação no Brasil têm criado soluções e práticas baseadas na transformação da cultura organizacional, influência no setor e na cadeia produtiva. Essa é uma rede fundamental para o desenvolvimento sustentável, com igualdade de gênero e crescimento inclusivo como determina a Agenda 2030". A rede C&A presente em diversos países e no Brasil é signatária dos Princípios de Empoderamento das Mulheres da ONU e estabeleceu metas que valem para os 21 países onde a C&A está presente[21].

Percebe-se que a aplicação dos padrões privados para a redução da desigualdade de gênero deve ser um padrão mundial assim como acontece com produtos e serviços relacionados ao meio ambiente, percebe-se que perde a qualidade da exigência quando não há a adesão das políticas pela maioria dos empreendedores. As empresas privadas que exportam seus produtos e empregam mulheres em sua cadeia produtiva devem ser tratadas de forma diferente com incentivos no mercado interno e internacional. Isto é uma forma de incentivar a redução das desigualdades de gênero.

Outro importante caso de sucesso no tocante a igualdade de gênero e aplicação de padrões privados de gênero é a empresa L'Oréal que alcançou a certificação Economic Dividends for Gender Equality (EDGE) que avalia como uma instituição está se posicionando em relação ao gênero, considerando as cinco principais áreas na avaliação das empresas: remuneração igualitária por trabalho equivalente, recrutamento e promoção, desenvolvimento de liderança, mentoria, horários de trabalho flexíveis e cultura empresarial. Em 2015 e 2017, a

[19] Idem
[20] Idem
[21] Disponível em: https://www.renataspallicci.com.br/diversidade-inclusao/ca-empoderamento-feminino/

L'Oréal Brasil tinha alcançado o nível ASSESS que apresenta compromissos com o tema de gênero. Em 2019, atingiu o nível MOVE, que por sua vez representa o nível de avanços com o padrão global em determinadas áreas. A L'Oréal é a primeira empresa do setor de beleza brasileiro a ser reconhecida pela EDGE, e a segunda de seis empresas certificadas[22].

A Firmenich Brasil, filial de um grupo suíço de aromas e perfumes, aparece também como um empregador dedicado a igualdade de gênero e aplicação de padrões privados, a empresa obteve a certificação EDGE no nível MOVE, dentre as várias políticas de igualdade de gênero concretizadas por esta empresa pode-se destacar a política interna de equidade salarial, uma cultura corporativa inclusiva e excelentes classificações entre seus colegas com relação a igualdade de oportunidades de contratação. A afiliada Brasil tem um importante taxa de retenção após licença maternidade, uma vez que 67% das mulheres permanecem na empresa 12 meses após o retorno da licença maternidade, comparada a média nacional de 50%.[23]

O mercado tende a se formatar as exigências para a exportação de seus produtos quando as exigências são tidas como pressuposto para a comercialização. Os padrões privados de gênero são realizados ainda de maneira muito tímida, em relação a proporção da desigualdade de gênero contabilizada no contexto mundial. São necessárias ações e padrões privados mais incisivos e com aderência mundial das principais empresas para a inserção de mulheres no comércio internacional, assim como já é feito nos processos produtivos de produtos e serviços de outras matérias.

Os potenciais efeitos da redução da desigualdade de gênero no Comércio Internacional com a aplicação de padrões privados podem ser vistos com a aplicação de uma série de medidas que vai desde a paridade salarial para mulheres que exercem os mesmos cargos em relação aos homens, maior quantidade de mulheres em cargos de chefia, licença maternidade e horários flexíveis para mulheres, estas medidas geram a inclusão da população feminina participando de um mercado econômico que antes eram dominados em sua maioria por homens.

De acordo com António Guterrez, secretário-geral da ONU, em seu artigo, "tudo isso porque igualdade de gênero é fundamentalmente uma questão de poder. Séculos de discriminação e patriarcado profundamente arraigados criaram uma desigualdade de poder

[22] Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/emprego/2019/12/13/interna_emprego,1108079/l-oreal-brasil-ganha-certificado-de-igualdade-de-genero-no-trabalho.shtmlhttps://www.em.com.br/app/noticia/emprego/2019/12/13/interna_emprego,1108079/l-oreal-brasil-ganha-certificado-de-igualdade-de-genero-no-trabalho.shtml

[23] Disponível em: https://www.brazilbeautynews.com/firmenich-brasil-tem-certificacao-edge-pela,3962

entre os gêneros em nossas economias, sistemas políticos e corporações. A evidência está em todo lugar".[24]

Por fim, reitera-se que as políticas públicas e privadas do comércio internacional não devem ser neutras, pois as diferenças socioeconômicas são percebidas em toda a cadeia produtiva quando o assunto é gênero. Para que haja a concretização de um comércio internacional justo em relação ao gênero deve ser discutido e abordado sempre o papel da mulher no comércio internacional e as consequências econômicas da sua não participação.

Assim, por mais tímida que seja a aplicação dos padrões privados de gênero no comércio internacional, percebe-se que através da aplicação e engajamento do setor privado é possível reduzir as desigualdades socioeconômicas que atingem as mulheres a adentrar o mercado de trabalho e o comércio internacional. Portanto, espera-se que com a evolução de políticas internacionais protecionistas e integrativas combinadas com a interação privada seja capaz de tirar os padrões privados de voluntários para o campo de políticas obrigatórias para a comercialização internacional com regras rígidas e bem definidas pelo setor privado.

4.Políticas inclusivas de gênero na OMC, na OCDE e nas empresas privadas

Promover a igualde de gênero significa a realização de mais negócios. Sob esta pespectiva, a Organização Mundial do Comércio (OMC) durante a Conferência do Comércio e Igualdade de Gênero, realizada no dia 12 de julho de 2017, alega que a remoção das barreiras à participação plena das mulheres no âmbito econômico é essencial não só ao empoderamento das mulheres, mas também para o crescimento e o desenvolvimento de um país.

Neste diapasão, o relatório da OMC intitulado de "Política comercial de gênero: Um conselho de primavera para o empoderamento econômico das mulheres" de 2017 reuniu alguns dados sobre a participação feminina no mercado internacional de trabalho: A discriminação econômica e social contra a mulher custa à África US $ 105 bilhões por ano ou 6% do produto interno bruto do continente; Na maioria dos países, as mulheres ganham em média apenas 60 a 75% dos salários masculinos; As mulheres produzem 50% dos produtos alimentares globais e compreendem, em média, 43% da força de trabalho agrícola nos países em desenvolvimento; Cerca de 40% das Pequenas e Médias Empresas (PME) em todo o mundo são empresas de propriedade de mulheres; Apenas 15% das exportações são lideradas por mulheres; Entre 1995

[24] Disponível: https://nos.insightnet.com.br/empresas-avancam-em-iniciativas-para-igualdade-de-generos-no-ambiente-corporativo/

e 2015, a participação das mulheres na força de trabalho diminuiu de 52,4% do total para 49,6%; De acordo com uma pesquisa do Banco Mundial de 173 países, 90% tinham pelo menos uma lei impedindo as oportunidades econômicas das mulheres (OMC, 2017). [25]

Assim as diferenças de gênero precisam ser abordadas em acordos internacionais e em políticas públicas e privadas. Como o impacto do comércio é mediado por instituições governamentais, a promoção de políticas públicas e privadas de gênero é essencial para o desenvolvimento do comércio. Neste quesito, é importante que os países e grupos do Sul global tenham voz na formulação de políticas para um comércio mais inclusivo. Há importantes oportunidade para a colaboração do setor público-privado para desenvolver medidas de empoderamento e inclusão das mulheres em empresas multinacionais[26].

O Relatório professora Linda Scott, da Universidade de Oxford ressalta a importância da colaboração entre os lados da diplomacia, do comércio e do desenvolvimento de políticas externas dos países, podendo assim ajudar a criar oportunidades para as mulheres. Dentre estas políticas, poder-se-ia criar um sistema de informação da remuneração por parte dos empregadores para divulgar e corrigir os desequilíbrios de gênero para promover a igualdade de remuneração entre homens e mulheres.[27]

Neste mesmo relatório, a autora ressalta que sem a participação efetiva de empresas privadas na redução da desigualdade de gênero é humanamente impossível a concretização deste feito. Por isso, em sua pesquisa Linda Scott visualizou as mais diversas iniciativas privadas para a redução das desigualdades de gênero como: alguns desenvolveram formas inovadoras de incluir empresas pertencentes a mulheres em sua cadeia de abastecimento, outras empresas trabalharam para melhorar os rendimentos das agricultoras, várias corporações trabalharam para melhorar o acesso das mulheres a programas digitais e financeiros.[28]

Muito se fala sobre os benefícios para a economia mundial do empoderamento das mulheres, mas é importante enfatizar que para as empresas privadas também há um ganho enorme como a melhoria de produtos e suprimentos, expansão de mercado, valor do funcionário

[25] COSTA, Celina. Comércio justo e gênero: Uma abordagem sobre o papel da mulher no Comércio Internacional. Unifap.2017. Página.77. Disponível em: http://repositorio.unifap.br/jspui/bitstream/123456789/621/1/TCC_ComercioJustoGenero.pdf. Acesso em: 20 de outubro de 2021.

[26] IDRC. Womens's economic empowerment and trade. Disponível em: https://idl-bnc-idrc.dspacedirect.org/bitstream/handle/10625/57160/IDL-57160.pdf?sequence=2&isAllowed=y

[27] Disponível em: https://www.cmrubinworld.com/the-global-search-for-education-gender-do-we-get-it?lang=pt

[28] SCOTT, Linda. Private Sector Engagement with Women's Economic Empowerment: Lesson Learned from year of Practice. University of Oxford. Disponível em: https://www.empowerwomen.org/en/resources/documents/2017/12/private-sector-engagement-with-womens-economic-empowermentlessons-learned-from-years-of-practice?lang=en. Página. 14

e desempenho financeiro melhor da empresa. Não é só o mercado mundial que vai ganhar bilhões com a participação feminina, as empresas também ganham mais, isto tem que ficar claro para incentivar as empresas a adotarem boas práticas inclusivas de gênero[29].

O Walmart acredita que se os clientes souberem que um produto foi feito por uma empresa de propriedade de uma mulher, será mais provável que o comprem. Esse reconhecimento levou o Walmart a trabalhar com o Women's Business Enterprise National Council (WBENC), que certifica empresas pertencentes, controladas e operadas por mulheres nos Estados Unidos, para desenvolver um logotipo "Propriedade de Mulheres", que pode ser usado por qualquer empresa certificada de propriedade de mulheres em qualquer canal de distribuição[30].

O Walmart está na direção certa da aplicação dos padrões privados, o próximo passo para efetivamente fechar o ciclo será a exigência de que as outras empresas que comercializem seus produtos com o Walmart tenham políticas concretas e efetivas de proteção das mulheres e sejam empresas certificadas. Se isto for um padrão global, as empresas terão que se enquadrar e a mudança virá de forma real.

As parcerias governamentais entre empresas e governo é de extrema importância para que o empoderamento de mulheres seja efetivado. Ao oferecer um programa de empoderamento econômico das mulheres, as empresas ajudam os governos a atingir suas metas. Outra questão que deve ser valorizada é a questão de que cada dia mais os acionistas querem investir em empresas que tenham como política o empoderamento das mulheres, trata-se de uma análise de risco e retornos, tendo como base as informações que possuem sobre o comportamento econômico, social e de governança da empresa com capital aberto[31].

A OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Ecônomico) ressalta que as mulheres enfrentam desafios e desigualdades significativas no ambiente de trabalho. As diferenças salarias ainda persistem e as mulheres estão com menos representatividade do que os homens em cargos de liderança/chefia, em relação as empresas com capital aberto, sendo somente uma de cinco mulheres que compõem o conselho destas empresas[32].

OCDE relata que a inclusão financeira de mulheres através de acesso a financiamentos e que a remoção de várias barreiras de gênero no mercado de trabalho poderia causar o aumento do PIB em valores consideráveis. O Banco Mundial mostrou que quando as mulheres têm

[29] Idem. Pag.20. Acesso em: 20 de outubro de 2021.
[30] Idem. Pag. 22
[31] Idem. Pag. 25
[32] Disponível em: https://www.pwc.co.uk/economic-services/WIWI/pwc-women-in-work-2019-final-web.pdf. Página. 1. Acesso em: 20 de outubro de 2021.

acesso ao financiamento, as economias são beneficiadas com maior transparência e estabilidade. Em estudo de 2014, a International Finance Corporation concluiu que a diferença de gênero no crédito bancário era espantosa no valor de U$ 285 bilhões, apenas nos países em desenvolvimento. Pesquisa da Goldman Sachs mostra que fechar essa enorme lacuna de crédito para pequenas e médias empresas (PMEs) pertencentes a mulheres nos países BRIC poderia aumentar a renda per capita nessas nações em até 12% até 2030.[33]

Embora os governos sejam responsáveis por moldar um ambiente político de políticas públicas voltadas para a concretização da igualdade de gênero, as empresas têm um papel de colocá-las em prática, por isso a parceria público-privada é sempre muito importante para obter a clareza necessária das políticas mais eficazes no caso em concreto. Por outro lado, como vimos no tópico anterior, as empresas podem inovar também criando padrões privados mais rigorosos do que as leis dos Estados e acordos internacionais.

Dos 33 países que fazem parte da OCDE, se houver a melhora da posição da mulher no mercado de trabalho pode gerar mais de U$ 6 trilhões no PIB e se diminuir a diferença salarial entre homens e mulheres geraria mais U$ 2 bilhões na economia. A Islândia e Suécia são os países que mais tem índices satisfatórios de redução da desigualdade de mulheres, seguida da Nova Zelândia, de acordo com a OCDE.[34]

De acordo com o relatório das mulheres no trabalho da PWC, as empresas precisam colocar em prática 5 estratégias para a inclusão das mulheres: articule a inclusão e diversidade com a sua estratégia de negócios, impulsione políticas de diversidade e inclusão da base ao topo das carreiras, estabeleça objetivos realistas e um plano para alcançá-los, use ferramentas para medir os investimentos feitos na inclusão das mulheres na iniciativa privada e o retorno advindo deste investimento, e por fim seja honesto com o progresso feito advindo das políticas sociais e econômicas na empresa[35].

Assim, todo o esforço de políticas públicas e privadas são de extrema importância para a redução das desigualdades de gênero. Tanto a OMC quanto a OCDE estão ativas em suas políticas para a diminuição das desigualdades de gênero e são importantes agentes

[33] SCOTT, Linda. Private Sector Engagement with Women's Economic Empowerment: Lesson Learned from year of Practice. University of Oxford. Disponível em: https://www.empowerwomen.org/en/resources/documents/2017/12/private-sector-engagement-with-womens-economic-empowermentlessons-learned-from-years-of-practice?lang=en. Página. 31. Acesso em: 20 de outubro de 2021.

[34] Disponível em: https://www.pwc.co.uk/economic-services/WIWI/pwc-women-in-work-2019-final-web.pdf. Página. 5

[35] Idem. Página. 10

internacionais de coleta de dados para a análise de políticas mais eficazes e transparentes para a integração das mulheres ao mercado de trabalho.

5.Padrão privado de gênero: uma nova fronteira ao comércio internacional?

Para responder a esta pergunta, analisar-se-á o artigo científico sobre os padrões privados de gênero e a consequente promoção de igualdade de gênero no setor de pequenas produções agrícolas na Uganda. Fato é que a comercialização agrícola pode ajudar a tirar os agricultores de subsistência e da pobreza, mas pode também ter efeitos adversos na igualdade de gênero. Os padrões privados de gênero com seus elementos específicos podem regular a produção e o comércio e podem servir como propulsor de diminuição das desigualdades de gênero[36].

Dadas as proporções de desigualdades em relação ao acesso à terra, insumos agrícolas e serviços rurais, as agricultoras têm mais dificuldade em participar das cadeias de valor modernas. As normas sociais podem excluir as mulheres do envolvimento e comercialização de safras comerciais de café, quando o negócio torna-se lucrativo visualiza-se que as mulheres perdem o comando do negócio em detrimento dos homens. Neste momento, o estudo, coloca em prática a comparação de pequenas propriedades que aderiram aos padrões privados de gênero em comparação com aqueles que não colocaram em prática e tira suas conclusões sobre o aumento do empoderamento feminino nestas pequenas propriedades agrícolas[37].

Organizações de agricultores que são certificadas sob a Fairtrade ou UTZ devem respeitar os princípios de não discriminação no recrutamento, pagamento e tratamento dos funcionários, além disso as funcionárias têm direito a licença maternidade e o assédio sexual não deve ser aceito em local de trabalho. A certificação UTZ incentiva as organizações de agricultores a se empenharem para a representação igual de mulheres e homens em cargos de liderança nas organizações de agricultores[38].

[36] MEEMKEN, Eva-Marie; QAIM, Matin. Can private food standards promote gender equality in the small farm sector?. **Journal of Rural Studies**, v. 58, p. 39-51, 2018. Disponívem em: https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0743016717305405. Pag. 39. Acesso em 03 de dezembro de 2021.

[37] Idem. Pag. 40

[38] Idem. Pag. 40

A pesquisa tem como resultado que com a certificação Fairtrade houve uma melhora na participação feminina e na tomada de decisões nas organizações de agricultores. Alguns estudos descreveram que iniciativas lideradas por mulheres nasceram de organizações de produtores certificados. E, há exemplos de cooperativas certificadas apenas para mulheres, como 'café feminino'. Outra questão que houve melhora foi o aumento da participação nas decisões econômicas, aumento dos bens no nome de mulheres (distribuição de riqueza) e o aumento do uso de tecnologia agrícola pelas mulheres[39].

No geral, conclui-se através das pesquisas que os padrões privados não foram capazes de eliminar totalmente as desigualdades de gênero, mas foi capaz de contribuir para o objetivo. Este estudo sugere que os padrões privados e certificações podem promover o acesso de mulheres aos mercados. O padrão privado Fairtrade-Organic estão associados a uma maior participação feminina na produção do café e como operadoras agrícolas, as altas taxas de participação feminina na produção de café está intimamente ligado a questão da certificação nos negócios de café.[40]

Desta forma, entende-se que os padrões privados e certificações são utilizados como uma forma de diminuir as desigualdades sociais e são considerados uma nova fronteira ao Comércio Internacional, de forma que a cada dia mais as empresas terão que se adequar as exigências para comercializar internacionalmente.

Em outro estudo de artigo científico, analisar-se-á as práticas de certificação e as dimensões de gênero das redes de café do comércio justo. O artigo analisa dados de 14 meses de trabalho das cooperativas de cafés da Guatemala e da literatura para provar que o Comércio Justo atual está muito distante de alcançar a meta de diminuição da desigualdade de gênero, particularmente em três áreas importantes: votação e participação democrática, promoção de programas não agrícolas de geração de renda e de apoio às mulheres produtoras de café.[41]

Este artigo argumenta que a promoção da igualdade de gênero por meio de padrões e práticas de certificação deve ser um dos componentes vitais para o Comércio Justo. Sem isso, o comércio justo e as agências de desenvolvimento que o promovem correm o risco de piorar a condição das mulheres rurais e reverter qualquer ganho já conquistado durante os anos com os

[39] Idem. Pag. 42
[40] Idem. Pag. 49
[41] LYON, Sarah. We want to be equal to them: Fair-trade Coffee Certification and Gender Equity within Organization. Human Organization (2008) 67 (3): 258-268. Disponível em: https://meridian.allenpress.com/human-organization/article-abstract/67/3/258/72937/We-Want-To-Be-Equal-to-Them-Fair-trade-Coffee?redirectedFrom=fulltext. Pag. 259. Acesso em: 03 de dezembro de 2021.

programas de gênero e de desenvolvimento, principalmente na América Latina onde observa-se que estruturalmente as mulheres foram limitadas do acesso aos negócios agrícolas.[42]

A Guatemala comercializa seu café com o Estados Unidos e existem exigências que devem ser levadas a sério para que o café seja importado, dentre estas que os pequenos produtores de café da Guatemala sejam certificados. Sob o prisma do gênero, a pesquisa concluiu que as os pequenos produtores que são certificados implementaram mudanças para que as mulheres participassem dos negócios, mas as mudanças geradas por estas políticas ainda se mantém ínfimas em relação a desigualdade de gênero perpetuada por séculos.[43]

As mulheres ainda trabalham muitas horas em serviços domésticos não remunerados e isto as exclui naturalmente de participarem de cargos de liderança, as políticas de financiamento de programas não agrícolas de comunidades certificadas para mulheres receberam pouco apoio, portanto entende-se que as cooperativas certificadas devem passar por auditorias sociais periódicas para corrigir os problemas que venham a aparecer em relação a igualdade de gênero. [44]

O Comércio internacional de chá é um mercado predominantemente dominado por homens, por isso a aplicação de padrões privados é importante para inserir as mulheres no mercado e em posições de liderança, no entanto o estudo percebeu que em vez de encorajar a produção de padrões privados em larga escala na esperança que eles mudem as desigualdades de gênero nas cadeias de valor da produção de chá, seria mais produtivo incentivar os governos a adotarem políticas econômicas, técnicas e educacionais centrada em áreas rurais para promover um maior conhecimento e habilidades de meninos e meninas com apoio institucional local para a mudança sociotécnica. Não que os padrões privados não sejam importantes neste caso em específico, mas delimitou-se que além dos padrões privados deve existir políticas públicas eficazes, pois em alguns assuntos os padrões privados não são eficazes como nos casos de mecanização, envelhecimento da população rural e habilidades inadequadas.[45]

Nesta perspectiva, pode-se concluir que os padrões privados de gênero, cumprem o seu papel de promover a diminuição das desigualdades de gênero, esta questão é relevante, pois os padrões privados são os responsáveis por promover vários objetivos de desenvolvimento da Agenda para 2030 da ONU Mulheres. Diante de todo o exposto, os padrões privados de gênero

[42] Idem. Pag. 260
[43] Idem. Pag. 265
[44] Idem. Pag 266
[45] LOCONTO, Allison. Can Certified-Tea value Chains Deliver gender Equality in Tanzania?.Feminist Economics. Vol. 21, 2015, pages 191-215. Pg. 210. Acesso em: 03 de dezembro de 2021. Acesso em: 03 de dezembro de 2021.

são considerados as novas fronteiras ao Comércio Internacional, por mais tímidas que a aplicação destes padrões sejam efetuados, e visualiza-se um grande potencial para que os padrões privados sejam obrigatórios em um futuro próximo.

Conclusão

No presente artigo foram expostos os argumentos para responder à pergunta de pesquisa que consiste em saber se os padrões privados de gênero são uma nova fronteira ao Comércio Internacional. Após muita discussão acerca do tema, revisando bibliografias sobre o tema, a hipótese inicial foi confirmada ao dizer que os padrões privados são um novo tipo de barreira ao comércio. No entanto, a aplicação dos padrões privados se mostra por parte de empresas privadas ainda bastante pequena, se compararmos com as iniciativas privadas de regulamentação do comércio internacional de produtos, serviços e processos produtivos relacionados a outros assuntos.

O impacto que ações das empresas têm na sociedade é enorme e a adoção de padrões privados, políticas econômicas e socioeconômicas para a igualdade de gênero por parte destas é capaz de transformar esta enorme desigualdade em diferenças cada vez menores. Padrões privados tem a característica de serem voluntários, mas podem ser transformados em "quase mandatórios" se as empresas exigirem que para a comercialização de seus produtos e serviços e demais processos produtivos as outras empresas precisem comprovar que se adequam a determinado padrão.

No que tange a pesquisa em tela, observa-se que os padrões privados são aplicados de maneira muito pequena em relações as grandes desigualdades de gênero enfrentadas pelas mulheres no acesso ao mercado de trabalho e ao comércio internacional. Grandes empresas que tem suas filiais em diversos países já adotaram alguns tipos de padrões privados para a integração das mulheres no mercado como a exigência de mais mulheres em cargos de chefia, exigência de igualdade salarial para mulheres, comercialização com empresas que possuam mais mulheres empregadas em sua cadeia produtiva. Assim observou-se o grande potencial dos padrões privados de gênero para tornarem-se além de uma fronteira para a comércio internacional uma imposição para a comercialização de produtos e serviços.

Os benefícios da concretização com a aplicação dos padrões privados no mercado são inúmeros e vai desde o aumento da representatividade feminina no mercado de trabalho até o aumento do ganho econômico por parte dos países e empresas que já fizeram mudanças para a adequação da Agenda 2030 da ONU. Existem padrões privados sendo aplicados de maneira substancial e séria pelas empresas multinacionais e há um grande envolvimento delas para obter

certificações que provam a sua adequação a políticas integrativas de igualdade de gênero e a ideia é que o mercado seja inundado com estas exigências, a princípio voluntárias, mas que com o passar do tempo tornar-se-á obrigatórias para que os países comercializem entre si.

Os padrões privados no tocante as cláusulas de gênero já são uma realidade no comércio internacional e o próximo passo será a sua imposição nos principais países para a comercialização de produtos e serviços. A OMC e OCDE tem políticas inclusivas de gênero e coleta muitos dados para entender onde estão as lacunas de desigualdades e ressalta que a parceria público-privada é de enorme importância para reduzir estas desigualdades.

Assim, entende-se que os padrões privados de enfrentamento a desigualdade de gênero são de extrema importância quando colocados em prática e conclui-se que os benefícios econômicos advindos destes superam as barreiras que eventualmente possam criar. Portanto, por mais que as metas criadas por empresas privadas para que mais mulheres estejam no comando, sejam denominadas de "soft law", estes padrões privados estão ganhando cada vez mais espaços e ouso a afirmar que quem não se adequar estará fora do comércio internacional nos próximos anos.

Referências bibliográficas

AMARAL, Manuela Kirscher do. O desafio do "protecionismo privado" e as regras multilaterais de comércio da OMC. **Revista Brasileira de Comércio Exterior**, Rio de Janeiro, n. 115, p. 56-79, abr./jun. 2013. p. 60-61.

CARVALHO, Fernanda; ROSA, Mariana. Pink Tax: As autoridades antitruste podem endereçar questões de gênero na análise de condutas de discriminação de preços. Comércio Internacional e Concorrência-Vol. VIII. 2021. Página. 390

COSTA, Celina. Comércio justo e gênero: Uma abordagem sobre o papel da mulher no Comércio Internacional. Unifap.2017. p.77. Disponível em: http://repositorio.unifap.br/jspui/bitstream/123456789/621/1/TCC_ComercioJustoGenero.pdf

GALIZA E SILVA, Gabriela. Comércio e gênero: um novo tema na agenda internacional. FGV São Paulo School of Economics: Working Paper Series. Working Paper n. 485, 2018. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv .br/dspace/handle/10438/24776;

IDRC. Womens's economic empowerment and trade. Disponível em: https://idl-bnc-idrc.dspacedirect.org/bitstream/handle/10625/57160/IDL-57160.pdf?sequence=2&isAllowed=y

LYON, Sarah. We want to be equal to them: Fair-trade Coffee Certification and Gender Equity within Organization. Human Organization (2008) 67 (3): 258-268. Disponível em:

https://meridian.allenpress.com/human-organization/article-abstract/67/3/258/72937/We-Want-To-Be-Equal-to-Them-Fair-trade-Coffee?redirectedFrom=fulltext. Pag. 259

LIMA, Bruno Youssef Yunen Alves de. À margem da OMC: A Emergência dos padrões privados n Comércio Internacional. São Paulo. 2019. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/101/101131/tde-15042019-135349/publico/Bruno_Youssef_Yunen_Alves_de_Lima.pdf. Pag. 35

LIMA. Rodrigo. Padrões privados na Organização Mundial do Comércio: Limites entre as regras multilaterais e a governança privada de temas ambientais, sanitários e fitossanitários. São Paulo. PUC. 2016. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19515/2/Rodrigo%20Carvalho%20de%20Abreu%20Lima.pdf. P. 90

LIMA. Patrícia. Certificações Ambientais e Comércio Internacional. Florianópolis. UFSC. 2001. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/79433. P. 65

LOCONTO, Allison. Can Certified-Tea value Chains Deliver gender Equality in Tanzania?.Feminist Economics. Vol. 21, 2015, pages 191-215. Pg. 210

MEEMKEN, Eva-Marie; QAIM, Matin. Can private food standards promote gender equality in the small farm sector?. **Journal of Rural Studies**, v. 58, p. 39-51, 2018. Disponívem em: https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0743016717305405. Pag. 39

SCOTT, Linda. Private Sector Engagement with Women's Economic Empowerment: Lesson Learned from year of Practice. University of Oxford. Disponível em: https://www.empowerwomen.org/en/resources/documents/2017/12/private-sector-engagement-with-womens-economic-empowermentlessons-learned-from-years-of-practice?lang=en. Pag. 14

SEKKEL, Julia V. Women-Owned SMEs and Trade Barriers, 2020. Disponível em: https://www .international.gc.ca/trade-commerce/economist-economiste/analysis-analyse/women_owned_smes_tradepme_commerce_appartenant_femmes.aspx?lang=eng;

THORSTENSEN. Vera. A Regulação do Comércio Global de produtos agrícolas: Perspectivas para 2050. FGV. 2012. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/16361. P.27

THORSTENSEN, Vera. VIEIRA, Andreia Costa. **Private Standards or Market Standards in search for legitimacy in the International Trading System**. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/16370.Acesso em: 20 de outubro de 2021. p. 68.

9. SUBSÍDIOS TRANSACIONAIS E CHINA: UM ESTUDO DO CASO CHINA – EGITO E O REGULAMENTO DE EXECUÇÃO (EU) 202/775 DA UNIÃO EUROPEIA

9. TRANSACTIONAL SUBSIDIES AND CHINA: A China-Egypt Case Study and the European Union's Implementing Regulation (EU) 202/775

Ana Vitória Ferreira Rocha e Nathália Amorim Pinheiro

Resumo: O regramento da Organização Mundial do Comércio, para além de não abranger todas as especificidades suscitadas nos casos concretos levados a seu conhecimento, não pode ser analisado de modo apartado, devendo obedecer às regras de direito internacional geral e os princípios gerais de direito internacional. Foi partindo deste pressuposto que a Comissão Europeia instituiu medidas compensatórias em face do Egito e da China no caso da importação e concessão de subsídios aos têxteis e agulhados (TFV), à luz de uma análise acerca da responsabilidade internacional dos Estados e a responsabilização por atos a eles atribuíveis, fornecendo o conceito de subsídios transnacionais — tudo isto em decorrência do entendimento oriundo do direito consuetudinário, este aplicável às controvérsias na OMC, em razão do artigo 31 da Convenção de Viena.

Abstract: *The WTO Regulation apart from not to cover all the specificities engendered in the concrete cases brought to its attention, can not be analysed in separate form, and should be of a well established norms of general international law and general principles of international law. Therefore, the European Commission imposes countervailing measures in front of Egypt and China in the of the import and provision of subsidies for textile and needle, according to an analysis about international responsibility of the states and the responsibility for acts that can be assignable for the states, providing the concept of transnational subsidies — all that as a result of the arrangement from consuetudinary law, applicable for controversies in WTO, due to article 31 from Vienna Convention.*

Sumário: 1. Introdução 2. Capítulo 1 – Políticas concorrenciais da União Europeia e as relações com a China. 3 – Capítulo 3 – Responsabilidade internacional dos Estados. 4. Capítulo 4 – Do regulamento de Execução (EU) 202/775 da Comissão Europeia. 4.1 – Panorama da discussão do Regulamento de Execução (EU) 220/775. 4.2 – Do acordo entre China e Egito. 4.3 – Alegações dos países em causa. 4.3.1 Alegações da China. 4.3.2 Dos subsídios especificamente concedidos. 4.3.3Dos argumentos do Egito. 4.3.4 Das especificidades do caso China-Egito. 4.3.5 Dos fundamentos jurídicos para aplicação de Medidas Compensatórias pela União Europeia 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: direito internacional público. responsabilidade internacional dos Estados. Comércio internacional.

***Keywords*:** public international law. States international responsibility. International trade.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o escopo de detalhar as relações estabelecidas entre o Egito e a China, para fomentar o mercado na região da Zona Econômica do Suez, que deu ensanchas à imposição, pela União Europeia, de medidas compensatórias com relação aos dois estados, dadas as devidas especificidades do caso.

A imposição das mencionadas medidas compensatórias se deu no âmbito do Regulamento de Execução (EU) 202/775 da Comissão Europeia, em que foram instituídas medidas compensatórias definitivas sobre as importações de determinados tecidos e agulhados em fibra de vidro (TFV) originários da China.

Para mais bem relatar a hipótese do caso a que se lança luz, bem como os fundamentos jurídicos balizadores da decisão da Comissão Europeia, o Capítulo 1 cuidará de estabelecer o panorama das políticas concorrenciais da União Europeia e suas relações com a China, mediante dados acerca do mercado e a influência na concorrência interna.

Ensartados tais pressupostos, o capítulo seguinte se debruçará sobre o caso em específico, do Regulamento 220/775 da Comissão Europeia, fornecendo dados a respeito da problemática e das questões que deram ensejo à contenda.

A partir disto, para fundamentar a aplicação das medidas compensatórias e traçar o itinerário do raciocínio que culminou nas sanções impostas pela Comissão Europeia, o Capítulo 3 elucidará as questões referentes à responsabilidade internacional do Estado, buscando estabelecer o conceito de subsídios transnacionais a partir de uma análise a respeito dos atos atribuíveis ao Estado - neste caso, atos atribuíveis ao Egito e à China.

Finalmente, os capítulos subsequentes terão o escopo de esclarecer as lindes do regulamento estudado, bem como os argumentos apresentados pelas partes e as especificidades da circunstância em comento.

À derradeira, a hipótese de subsídios transnacionais, partindo da premissa da responsabilidade internacional dos Estados, tratando dos fundamentos jurídicos para imposição das medidas compensatórias pela União Europeia ao Egito e à China.

2. CAPÍTULO 1 – POLÍTICAS CONCORRENCIAS DA UNIÃO EUROPEIA E AS RELAÇÕES COM A CHINA

Como capítulo prefacial, esta seção dispensará cuidados ao panorama das políticas concorrenciais da União Europeia em face do relacionamento mercadológico estabelecido com a China, apresentando, inicialmente, dados acerca da economia de parceria estabelecida entre ambos e as preocupações expressadas pela União Europeia às pretensões de gigantismo da

China e sua influência no mercado interno, para, então, lançar luz às medidas adotadas pelo Banco Central da União Europeia, destaque que amadurecerá o debate acerca do tema central deste artigo.

As relações diplomáticas estabelecidas entre a União Europeia e a China são datadas de 1975 e, em 2016, as duas economias ficaram entre as três maiores do mundo, de forma que a parceria desenvolvida entre ambos tornou-se cada vez mais forte com o passar do tempo (MARINO, 2019). Notadamente, em 2013, foi assumida uma Agenda de Cooperação, após diálogos sobre setores importantes e relevantes.

De acordo com estudo apresentado no livro "Chinese trade: trade déficits, state subsidies and the rise of China", de Richard Marino, atualmente, China e União Europeia tem uma relação de parceiros majoritários:

> Trade in goods and services between the EU and China averafes over 1.5 billion euros per day. In 2016, EU exports to China totaled 170 billion euros and China imports to the EU amounted to over 350 billion euros, creating an EU trade deficit with China of roughly 180 billion euros. While that number is not a large as the US trade deficit with China of $367 billion for 2016, it would be fair to claim that the EU is a very good customer of China.

Lança aos olhos a importância da parceria estabelecida entre a China e a União Europeia e, à luz do excerto colacionado acima, a dependência do mercado entre ambos.

Importa, nesse sentido, avaliar o montante dos investimentos diretos realizados pela China na União Europeia que, 2017, somaram o total de 23 bilhões de dólares, combinados os investimentos subsidiados pelo Estado e pelas corporações privadas.

Apenas para mais bem contextualizar esse montante, o valor superior em 8 bilhões de dólares ao investimento direto da China nos Estados Unidos (MARINO. 2019).

Foi nesse sentido que o Banco Central Europeu, ciente das pretensões de gigantismo chinês e as intenções, bem como a importância, no mercado e economia da União Europeia, mostrou-se preocupado com as tendências econômicas adotadas pela China (MARINO, 2019), buscando estabelecer novas condições e estímulos ao mercado interno.

Dentre as condições e estímulos, situando-se dentre as medidas de mitigação das pretensões chinesas e controle via concorrência, a Comissão Europeia se pronunciou por meio do Regulamento de Execução (EU) 202/775, em que instituiu direitos compensatórios definitivos sobre as importações de determinados tecidos e agulhados em fibra de vidro (TFV) originários da China.

Para tanto, as conclusões partiram dos pressupostos da responsabilização internacional dos Estados e a conceituação de subsídios transnacionais, premissas essas a serem mais bem avaliadas no capítulo que se segue.

3. CAPÍTULO 3 – RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS

Destacadas as devidas premissas acerca do relacionamento comercial e mercadológico estabelecido entre China e União Europeia, bem como as preocupações internacionais com as tendências de comércio chinesas e as medidas adotadas pela União Europeia, notadamente o Regulamento de Execução (EU) 202/775, sobre o qual tratará o presente trabalho, este capítulo cuidará de estabelecer os limites da responsabilidade internacional dos Estados, codificada pela CDI, que permitiu a extensão da conduta ao Egito e à China e o estabelecimento do conceito de subsídio concedido transnacionalmente, dando ensejo à imposição de medida compensatória frente aos dois Estados.

O presente trabalho se debruçará sobre o Regulamento de Execução (EU) 202/775 da Comissão Europeia, no âmbito do qual foram instituídas medidas compensatórias definitivas sobre as importações de determinados tecidos e agulhados em fibra de vidro (TFV) originários da China. Essa conclusão, no entanto, somente pode ser entendida à luz do quanto estabelecido acerca da responsabilidade internacional do Estado, isto porque, conforme entendido pela Comissão Europeia, o artigo 11 dos Artigos da CDI — tema sobre os quais se tratará adiante — estabelece que um Estado pode assumir a responsabilidade por uma conduta de outro, de modo que o Governo do Egito teria reconhecido e adotado como seus o apoio ao investimento em capital e os empréstimos concedidos, bem como terrenos, de forma que a concessão de subvenções também poderia ser atribuída ao país.

Esse tipo de medida parte do pressuposto de que as normas da OMC, como uma instituição que promove as relações de mercado e comércio entre os países, é regida por toda sorte de normas de princípios gerais de direito internacional. Essa premissa é bem explicada na obra Subsidies in the Context of the WTO's Free Trade System: A Legal and economic analysis, de Gurwinder Singh, que, quanto ao ponto, assevera:

> The significance of this organization can be objectively measured as it takes into account other issues beyond free trade. These issues seems to be value based and can be termed as an approach towards fair trade values, hence, more or less pursuing the principles of "free and fair trade complementing each other".

O que se diz é que a OMC obedece a regras de direito internacional geral, uma vez que, por sua própria natureza, não pode estabelecer um regramento a ser seguido de forma apartada. Exatamente por essa razão, os princípios gerais de direito internacional fazem parte de sua ordem jurídica.

Dentre as normas aplicáveis, para mais bem compreender o espírito orientador das medidas compensatórias aplicadas pela Comissão Europeia ao Egito e à China do caso da TFV, tem importância elevada a Convenção de Viena. O artigo 31 da referida Convenção destaca que a interpretação dos tratados deve ser efetuada tomando em consideração toda a norma pertinente de direito internacional aplicável às relações entre as partes, tendo caráter vinculativo.

Foi este o início do raciocínio adotado pelo Regulamento de Execução (EU) 202/775: aplica-se, a interpretação dos tratados internacionais, as normas de direito internacional consuetudinário, no âmbito do qual encontra-se o tratamento dispensado à responsabilidade dos Estados, codificada em artigos pela Comissão de Direito Internacional em seus Artigos sobre a responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos (CDI).

A responsabilidade internacional dos Estados é instituto de natureza consuetudinária e, de acordo com Ranieri Lima Resende, em sua obra sobre a Responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos, pode ser verificada quando o ato for suficiente para a geração de responsabilidade, desde o momento em que se possa verificar alguns elementos constitutivos, dentre os quais destaca-se, para fins deste trabalho: (i) o comportamento consistente em uma ação ou omissão atribuível ao Estado, de acordo com o direito internacional; e (ii) a conduta que constitua violação de uma obrigação internacional.

Importa mais ao presente trabalho a concepção de ato atribuível ao Estado, que se afigura quando há vínculo manifesto e inequívoco entre o ato infringente de norma internacional e o Estado.

Em especial com relação aos efeitos das normas de responsabilidade internacional do Estado na esfera da OMC, Lafer (1998) traz à balha o entendimento de que o ato ilícito diz respeito a todos os membros da OMC, indistintamente, e não apenas às partes envolvidas em determinado litígio (*apud* RIBEIRO):

> A ruptura do equilíbrio de direitos e obrigações, e se a resposta exclui como remédio a obrigação de reparar através de compensação – negociada entre as partes diretamente envolvidas – por força de uma prioridade axiológica conferida ao interesse de todos os estados-membros na função da legalidade, estaríamos aí diante de uma diversificação muito ampliada de responsabilidade internacional (LAFER, 1998, p. 134). p. 34): "é um princípio de direito internacional, e até mesmo uma concepção geral do direito, que qualquer violação de um compromisso envolve uma obrigação de fazer reparação".

É dizer que a responsabilidade internacional parte do princípio dos direitos e deveres assumidos perante a ordem jurídica internacional (MELLO *apud* RIBEIRO):

> A instituição da responsabilidade internacional tem como pressuposto a ideia de sujeito de direito, isto é, aquele que tem direitos e deveres perante a ordem jurídica internacional. Assim sendo, a aceitação da personalidade, pelo menos, no sentido moderno desse instituto. O Estado, por ser uma pessoa jurídica sujeito de Direito

> Internacional Público, possui direitos fundamentais, o que corresponde a existência de deveres. É a violação de uma norma jurídica internacional que tem o Estado como seu destinatário, que é o principal efeito da responsabilidade.

Dito isto, os subsídios fornecidos, que engendraram a imposição de medidas compensatórias, deram-se de forma que se considerou que o Egito assumiu como suas a postura da China e, a partir da atribuição ao Estado por conduta que vá de encontro aos preceitos de tratado internacional — diga-se, das disposições da OMC sobre concessão de subsídios — estes foram concedidos transnacionalmente, transgredindo normas de direito internacional, dando ensanchas à imposição de medidas tanto com relação à China, quanto com relação ao Egito, dadas as devidas especificidades.

4. CAPÍTULO 4 - DO REGULAMENTO DE EXECUÇÃO (EU) 202/775 DA COMISSÃO EUROPEIA

Após trazer à balha as circunstâncias de contextualização da atuação da China no âmbito do Comércio Internacional, mostra-se madura a discussão para enfrentar casos particulares em que, não apenas o descumprimento dos acordos de medidas comerciais é descumprido, como as previsões da OMC, no âmbito do Acordo Sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, ilustram lacunas que os países membro da Organização buscam preencher com práticas de proteção da concorrência e demais limitações ao crescimento da competição desleal.

Dessa forma, o presente capítulo se debruçará sobre o Regulamento de Execução (EU) 202/775 da Comissão Europeia, que instituiu direitos compensatórios definitivos sobre as importações de determinados tecidos e agulhados em fibra de vidro (TFV) originários da China.

Para tanto, se dará um panorama acerca da discussão para, então, avaliar os argumentos apresentados pela China e pelo Egito e o fundamento jurídico ao qual se socorreu para perpassar e transcender as normativas da OMC na compreensão da existência de subsídios acionáveis e instituição de medidas de compensação.

4.1 Panorama da discussão do Regulamento de Execução (EU) 202/775

Antes de adentrar ao mérito do multicitado Regulamento, esclarece-se que o presente capítulo dispensará cuidados ao panorama em que editado, elucidando de forma minudenciada o caso concreto mediante o qual desenvolveu-se a controvérsias, passando aos fundamentos da contenda.

Na esteira dos desentendimentos entre a conduta da China e os acordos de comércio internacional e, particularmente, às previsões acerca de subsídios e subvenções estatais

exaradas no Acordo Sobre Subsídios e Medidas Compensatórias da OMC, apresenta-se o Regulamento de Execução (EU) 202/775, da Comissão Europeia, datado de 12 de junho de 2020, em que se discutiram subsídios transnacionais, o acordo de comércio e cooperação entre China e Egito à luz das disposições internacionais, culminando na instituição de direitos de compensação definitivos sobre as importações de determinados tecidos e agulhados em fibra de vidro, originários da República Popular da China e do Egito.

A denúncia foi apresentada pela empresa Tech-Fab Europe, em 1 de abril de 2019, em representação de um grupo de produtores cuja capacidade produtiva corresponde a mais de 25% (vinte e cinco por cento) do total de tecidos em fibra de vidro no mercado, trazendo-se à discussão elementos sinalizadores de subsídios concedidos pelos países em caso para, então, estabelecer eventual existência de distorção da concorrência no mercado interno europeu e, em caso positivo, de nexo causal entre os danos no mercado interno e os citados subsídios estatais.

Como premissa necessária à introdução do raciocínio que conduzirá às fontes do direito e o substrato jurídico ensartado para fins de instituição dos citados direitos de compensação definitivos, importa anteceder a discussão ao momento em que os dois países em caso (China e Egito) estabeleceram parceria comercial que consiste no apoio mútuo e união de esforços na busca de propósitos de diferentes naturezas, como se passa a conjecturar.

4.2 Do acordo entre China e Egito

Como premissa indispensável às conclusões que ora se discutem, convém dar um passo atrás, a fim de contextualizar o acordo estabelecido entre a China e o Egito, como será feito na presente seção.

A união político-comercial estabelecida entre China e Egito, os dois países envolvidos na instituição de direitos de compensação definitivos por parte da União Europeia, deu-se de modo a permitir que fossem aviados objetivos comuns e, por outro lado, visando interesses individuais de naturezas diversas.

De um lado, o objetivo primacial do Egito consistia na atração de investimentos, capital e conhecimento advindos da China, de forma que fosse possível promover o desenvolvimento econômico da Zona do Canal de Suez, considerando-se as parcas possibilidades de que tal projeto se desenvolvesse apenas com esforços individuais e a latente necessidade de criação de empregos que, em última instância, incrementam a economia local e propiciam o progresso local.

À vista do que se depreende do Plano Provisional a Longo Prazo para o ano de 2022 (Ministério do Planejamento do Egito, 2013), a Zona do Canal de Suez tende a se tornas um dos mais importantes polos de modernização industrial do país, o que, ao fim e ao cabo, permeia o interesse de obtenção de novas divisas extraterritoriais por meio de exportações que, de par com o incremento de investimentos, permite a atualização de um sistema tributário e a criação de empregos.

A própria natureza dos investimentos injetados no Egito, bem como o histórico de desenvolvimento do país, denunciam os interesses em que estabelecida a parceria com a China: a mão de obra mais barata e empobrecida de oportunidades e os custos operacionais que, consideradas as características do local em que se instalariam as empresas, tendiam a ser muito menores, destaca-se, ainda, a possibilidade de se encurtarem os prazos de entrega, em razão da localização das áreas produtivas, para uma série de mercados relevantes, incluído o da União Europeia.

Diante desse contexto, as empresas envolvidas no caso de subvencionamento transnacional na indústria de têxteis e agulhados (TFV), instaladas na multimencionada zona de cooperação no Canal de Suez, receberam, do Egito, uma série de terrenos e, ainda, beneficiaram-se de reduções fiscais e subvenções das mais variadas formas.

4.3 Alegações dos países em causa

A dinâmica argumentativa a que se lança mão neste trabalho compreende, igualmente, a apresentação das alegações dos países em causa, a fim de se elaborar, com maior acuidade, o escopo das punições incidentes no caso. Esta seção, portanto, cuidará de tratar das alegações da China — trazendo à colação o panorama dos subsídios concretamente recebidos e ofertados — e do Egito, respectivamente, para, ao final, elaborar o cenário de especificidades que envolve a circunstância em comento.

Sob o aspecto da investigação e aplicação de sanções, a Comissão Europeia, ao início do inquérito anti-subsídios, com base no artigo 10, nº7 do Regulamento de Base da União Europeia, notificou os Governos Chinês e Egípcio para que, a par da denúncia apresentada, instruída pelos respectivos elementos probatórios, se manifestassem, na forma de consultas, acerca dos subsídios concedidos e das alegações de distorção e danos ao mercado interno Europeu.

Realizadas as consultas, no entanto, as alegações apresentadas, bem como o normativo mediante o qual se deu a análise de eventuais distorções, não possibilitaram a solução consensual.

Destaca-se que os elementos probatórios coligidos no inquérito anti-subvenções foram utilizados, também, em inquérito anti-dumping, iniciado em 21 de fevereiro de 2019, que investigou, precisamente, a prática de dumping no mesmo mercado de têxteis e agulhados (TFV), que se guio pela mesma análise de prejuízo, nexo de causalidade, interesse da União Europeia e período considerado.

4.3.1 Alegações da China

Com o fim de instruir o inquérito, o Governo da China apresentou alegações em que afirmou que a denúncia apresentada pela Tech-Fab Europe não possuía elementos capazes de exaurir as existências nem do Acordo da OMC sobre subsídios e medidas compensatórias, e nem tampouco do próprio regulamento de base da União Europeia (Artigo 10, nº2), no tocantes às provas trazidas à lume para fundamentar uma investigação daquele jaez.

Para além da insuficiência probatória ao início das investigações, os argumentos apresentados pelo Governo Chinês cingiram-se, também, à inexistência de comprovação mesmo da existência de subsídios passíveis de aplicação de medidas compensatórias e o correspondente prejuízo e nexo de causalidade entre as importações sinalizadas como receptoras de subvencionamento.

Importa destacar que, na denúncia, fez-se menção ao 13º Plano Quinquenal para Indústria dos Materiais de Construção (2016-2020) como forma de sublinhar a importância deste segmento de têxteis e agulhados em fibra de vidro (TFV) para o país e o seu desenvolvimento econômico, em se tratando o referido Plano de projeções de crescimento econômico e social por meio do qual o Governo Chinês destaca metas e diretrizes de desenvolvimento nacional, bem como os principais setores a receber investimentos e facilitações.

Nessa linha de raciocínio, o Governo Chinês, ao longo de todo o inquérito e, antes mesmo do início das investigações, buscou afastar qualquer liame entre eventuais subsídios concedidos e o 13º Plano Quinquenal, alegando, para tanto, que tais planos não são dotados de caráter vinculativo e de que não haveria nem sequer menção à indústria específica dos têxteis e agulhados em fibra de vidro (TFV) naquela projeção.

A inexistência, contudo, de menção expressa à indústria específica de TFV no 13º Plano Quinquenal não foi admitida pela Comissão Europeia como forma de demonstrar a ausência de elementos probatórios que fundamentassem a denúncia, sobretudo porque, considerados os documentos apresentados pelo autor da denúncia, os quais denotavam a importância desses materiais à indústria chinesa e as diversas previsões de auxílio aos mercados de novos materiais, que pese tenha-se sinalizado o fato de não serem tais planos vinculativos, o Governo Chinês não explicou de que forma essas previsões não se aplicariam à indústria de TFV — é de ver que na planificação projetada para o período de 2016-2020 há menção expressa aos materiais a base de vidro.

4.3.2 Dos subsídios especificamente concedidos

Uma vez que os subsídios teriam sido concedidos pela Chinese Export & Credit Insurance Corporation e demais bancos estatais que, em sua natureza não constituem entidades públicas, estariam ausentes os requisitos de instrução e atribuição de concessão de subsídio pelo Estado para que tais práticas estivessem passíveis de aplicação de medidas compensatórias. Sem embargo disso, novamente se lançou mão de diversos normativos que, em contexto geral, sinalizavam à prática de subvencionamento pelo Governo Chinês. Dessa vez, a denúncia atribuiu a responsabilidade à China com fundamento na Lei bancária chinesa e a possibilidade de financiamentos.

É importante esclarecer, neste ponto, que a maioria da doutrina internacionalista reconhece que, apesar da estrutura tripartite do Estado, em razão da necessária descentralização da Administração, é possível que uma pessoa ou entidade exerça funções atribuíveis ao Estado e comprometa a sua atividade. A responsabilidade do Estado se fixa, portanto, em casos em que haja nexo entre a entidade que realizou o ato e o aparato estatal (direção controle, instrução ou instigação) que comprometa as obrigações assumidas pelo Estado no plano internacional[46].

De modo geral, conforme estabelecido nas primeiras seções deste trabalho, para que seja configurada a existência de prática de subsídios é necessário que a prática possa ser atribuída ao Estado, tendo-lhes concedido ou mesmo instruído a sua concessão.

Essa vereda de especificações fizeram o Governo Chinês alegar que não haveria provas da concessão, pelo Estado, de benefícios às indústrias de TFV e, ainda, que os créditos de

46 Responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos: perspectivas atuais – Ranieri Lima Resende.

exportação seriam apenas facilitados a empresas estrangeiras, de forma que a indústria chinesa não se beneficiaria dessas previsões e que, com relação ao regime fiscal de amortização acelerada do equipamento utilizado na indústria que demanda alta tecnologia, bem como demais subsídios destacados na denúncia, haviam sido finalizado e que a prática de financiamentos referida na denúncia não se aplicaria a todos os programas e nem aos diferentes níveis da administração pública.

Por outro lado, um outro requisito adotado pela sistematização da OMC na análise de subsídios e aplicação de medidas compensatórias diz com o pareamento entre possíveis vantagens concedidas pelos Estados e eventuais benefícios ao comércio em panorama, a partir de uma ponderação de fatores, aspecto este que não teria sido analisado pela Comissão Europeia.

Indo além, há que se considerar, para fins de investigação de prática de subsídios o montante de subvenções concedidas e a sua ligação com as vantagens à indústria beneficiada e, nesse sentido, o Governo da China alegou que não haviam sido estabelecidas as condições de aplicação do valor de subsídio estrangeiro.

Frise-se que as informações desse espeque são recobertas por rigoroso sigilo e, para que se pudesse estabelecer um parâmetro objetivo, a Comissão Europeia adotou referenciais fixados em recentes inquéritos acerca de prática de subsídios, ajustando-os à hipótese chinesa.

Sob essa perspectiva, retorna-se à problemática da dificuldade de obtenção de dados acerca da economia chinesa, o que demanda que as investigações da prática de subvencionamento, ou mesmo inquéritos anti-dumping, precisem buscar elementos e conclusões anteriormente apurados para, então, adaptá-los à realidade chinesa e promover uma análise aproximada. Avaliando-se a circunstância dessa forma, o Governo Chinês, ao se furtar de apresentar provas que refutassem os elementos trazidos pelo auto da denúncia, não poderia requerer o afastamento da avaliação por parâmetros aproximados.

De modo geral, considerando-se o panorama da divulgação incipiente de informações pelo Governo Chinês, a alegação de insuficiência probatória para fins de exaurimento dos requisitos de verificação da prática de subsídios viola, frontalmente, o princípio da boa-fé, que também se aplica às relações internacionais, como se demonstrará mais adiante.

Toma-se por base, então, orientações e referências aproximadas, tendo em vista a possibilidade do autor da denúncia a par da razoabilidade da medida e da proporção de seu conhecimento, conforme exigência do próprio regulamento de base da União Europeia, em seu artigo 10, nº2.

4.3.3 Dos argumentos do Egito

Igualmente, com fundamento nas exigências probatórias, seja do acordo de subsídios e medidas compensatórias da OMC, seja do regulamento de base da União Europeia, o Governo egípcio alegou que não havia provas suficientes para atestar a existência de subsídios passíveis de aplicação de medidas compensatórias e nem de prejuízo ou nexo de causalidade entre as importações procedidas sob as raias de eventual subvencionamento e a distorção no mercado interno da União Europeia.

Com apoio na exigência temporal de verificação de subsídios, o Governo do Egito argumentou, ainda, que os financiamentos destacados como subvencionamentos a serem investigados e, posteriormente, punidos com a aplicação de medidas compensatórias, teriam sido extirpados da legislação egípcia desde 2015, de forma que não mais poderiam ser considerados para aplicação no caso em tela.

A esse respeito, importante mencionar que, não obstante o critério temporal importe nos inquéritos anti-subsídios, no caso em análise, a Comissão Europeia identificou que poder-se-ia estar resguardando direitos adquiridos com fundamento naquela legislação e que, novamente, não seria exigido do autor da denúncia que fornecesse mais informações que as que poderia ter acesso e fossem razoavelmente substanciosas ao início de investigação.

Alguns aspectos da operação em particular merecem destaque: em primeiro lugar, a análise da Comissão Europeia acerca do subvencionamento à importação de matérias-primas. Segundo o Governo do Egípcio, uma vez que o material importado era reexportado da mesma forma e nos exatos termos, não se aplicaria a previsão de medidas anti-subvenção. Ao contrário disso, a Comissão Europeia entendeu que o fornecimento de subsídios apenas à importação de matérias-primas já significaria, por si só, prática passível de aplicação de medidas de compensação.

Dando continuidade aos aspectos específicos ao caso em comento e aos quais se dispensa maior atenção, dá-se enfoque a concessão de terrenos por um preço mais baixo: apresentados dados razoáveis da existência de uma vantagem, considerou-se plausível o início da investigação. Esse ponto é importante porque constitui, precisamente, um dos prismas da parceria Egito e China, levados em consideração para a aplicação dos direitos de compensação definitivos sobre as importações de determinados tecidos e agulhados em fibra de vidro, originários da República Popular da China e do Egito.

4.3.4 Das especificidades do caso China-Egito

Os subsídios objeto da análise foram concedidos a empresas estabelecidas na Zona de Cooperação Econômica e Comercial do Suez, entre a China e o Egito, criada pelos países para que, mutuamente, se apoiassem em seus interesses próprios e fomentassem o crescimento e desenvolvimento de suas próprias economias. Os dois governos alegaram a ausência de fundamento jurídico para que fossem responsabilizados pela concessão de subsídios: o Egito, por se tratar de empresa estrangeira; a China, porque tais empresas estariam situadas no Egito e, portanto, os bens seriam originários daquele país, e não da China.

Passou-se, então, a analisar a existência de subsídios transnacionais e a possibilidade de aplicação de medidas compensatórias para refrear os efeitos nefastos ao mercado interno da União Europeia e às distorções na concorrência interna.

A Comissão Europeia entendeu que, não obstante as empresas receptoras dos subsídios e que poderiam ser consideradas beneficiárias estivessem localizadas em território diverso da china, esse subvencionamento constituía parte do planejamento de crescimento e desenvolvimento econômico do país, notadamente com relação à indústria do TFV, uma vez que o território em que fixadas essas indústrias faz parte de uma zona de cooperação econômica e política entre o Egito e a China e que os materiais em fibra de vidro fazem parte do nicho de mercado previsto no 13ª Plano Quinquenal da China para o desenvolvimento — para além das menções indiretas ao fomento da indústria de tecnológicos, que abrange essa espécie de produção.

O Governo Chinês, como dito anteriormente, alegou que o 13º Plano Quinquenal não fazia referência específica à indústria dos têxteis e agulhados em fibra de vidro (TFV) e, por isso e por não serem tais planos vinculantes, não poderiam ser utilizados como base para se atestas a existência de plano de subvencionamento passível de aplicação de medidas compensatórias.

Apesar disso, de uma análise do 12º Plano Quinquenal, que, em que pese não seja aplicável ao período em que ocorreu o inquérito ora avaliado, demonstra a existência de um planeamento de longo prazo de incremento à indústria de TFV — em conjunto ao que dispõe o 13º Plano Quinquenal observa-se que o objetivo do Governo Chinês era o desenvolvimento da indústria tecnológica e de novos materiais, da qual faz parte a produção de TFV.

De igual modo, dão sustentáculo à indústria de TFV não apenas os 12º e 13º Planos Quinquenais, como também a iniciativa Made in China 2025, de acordo com a qual a indústria de novos materiais, da forma como referidas pelos planos destacados, é elegível para receber

financiamentos públicos vultosos, tendo sido criados fundos de apoio à iniciativa que, indiretamente, beneficiaram a indústria de TFV.

Partindo-se desses pressupostos e da definição atribuída à existência de subsídios pelo artigo 1.1, alínea a do Acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias da OMC, a Comissão Europeia iniciou a análise sobre a responsabilização pela concessão de subvencionamento, cujo fundamento jurídico se analisará a seguir.

4.3.5 Dos fundamentos jurídicos para aplicação de Medidas Compensatórias pela União Europeia

Em sede de conclusão, arrematando-se os argumentos e fundamentos trazidos à lume até então, a presente seção se debruçará sobre os fundamentos jurídicos para aplicação das Medidas Compensatórias pela União Europeia, perpassando, uma vez mais, o panorama da responsabilidade internacional, a incidência das normas da Convenção de Viena e, como consectário, das diversas normas de direito internacional, dando especial ênfase às normas de direito costumeiro/consuetudinário.

Ao final da investigação procedida pela Comissão Europeia, entendeu-se que, no momento em que o Governo do Egito acolheu o financiamento, por parte da China, às indústrias localizadas na Zona de Colaboração do Canal de Suez, para impulsionar sua própria economia, assumiu como suas as medidas e, doutra banda, o Governo da China, ao subvencionar indústrias chinesas localizadas em outro território, também deveria ser responsabilizado, porque também tinha interesses em ampliar as zonas de exportação e suas atividades industriais, aproveitando-se das condições de menores custos de produção e de mão de obra.

Nesse sentido, com base no artigo 3, nº 1, alínea a do regulamento de base da União Europeia, quando se refere ao poder público, este, no caso em tela, diz respeito tanto ao Governo do Egito, quanto ao Governo da China, através dos elementos de prova coligidos ao longo do inquérito e que sinalizam o interesse de ambos os países na cooperação econômica.

A despeito das alegações de que essa previsão não estaria contida no Acordo da OMC, a Comissão Europeia, em referência à decisão do Órgão de Recurso da OMC no âmbito do processo relativo à gasolina dos Estados Unidos, asseverou que a legislação de comércio internacional deve ser interpretada em conformação ao direito internacional geral, sob a aplicação dos princípios gerais de direito internacional, considerando-se que a OMC não é um órgão autônomo e que o artigo 31, nº 3 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados preceitua que a interpretação de tratados (aqui estendendo-se ao acordo) deve ser feita a partir

da convergência de todas as normas pertinentes de direito internacional aplicável à relação entre as partes.

A partir disso, a responsabilização dos Governos Chinês e Egípcio foi observada a partir do que trata a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas – CDI, na codificação das normas de direito internacional que, em seu artigo 11, estabeleceu as seguintes condições quanto à responsabilização dos Estados:

Uma conduta que não seja imputável a um Estado por força dos artigos anteriores deve, não obstante, ser considerada um ato daquele Estado por força do Direito Internacional se e na medida em que aquele Estado reconheça e adote a conduta em questão como sua própria.

O que se quer dizer é que é necessário, para responsabilização de um terceiro estado, que ele reconheça como sua a conduta passível de repressão. No caso em tela, iniciou-se um projeto de cooperação, em 1997, em que o Governo do Egito passou a integrar o financiamento do Governo da China à política da zona de cooperação. Esse investimento foi assumido pelo presidente egípcio, publicamente, e reconhecido pelo Ministério do Planejamento do Egito.

Como a prática de cooperação contribuiu para o desenvolvimento econômico dos dois países, a partir, igualmente, da concessão de inúmeros financiamentos preferenciais pelos bancos, é certo que a iniciativa chinesa foi adotada e reconhecida pelo Governo do Egito como sua, como também pode-se perceber a partir de outros inquéritos, como, por exemplo, com relação aos investimentos fornecidos à rota da Seda.

Das normas que regem as relações entre os Estados no âmbito internacional, situadas entre as fontes do direito internacional, para além das obrigações assumidas por meio de tratados e acordos, suscita-se regramentos de caráter principiológico e, sobretudo, consuetudinário.

Diz-se sobretudo consuetudinário porque, até poucos séculos atrás, o direito internacional público fora regido, essencialmente, por normas costumeiras[47], no entanto, sem a ausência de um paradigma que as normatizasse.

No período imediatamente após a Primeira Guerra Mundial, expandiram-se as organizações internacionais cujo objetivo era endereçar as novas expectativas e conformações políticas, econômicas e sociais e, como consequência direta da relação multilateral, ampliou-se o rol de pessoas jurídicas a serem regidas pelo direito de caráter internacional[48].

47 Rezek, José Francisco. - Direito internacional público : curso elementar / Francisco Rezek. – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.

48 Rezek, José Francisco. - Direito internacional público : curso elementar / Francisco Rezek. – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.

Dentre os esforços para normatização das regras a reger relações entre os Estados, encontra-se a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, cujo texto final fora consolidado em 23 de maio de 1969, envolvendo, para sua negociação, 10 (dez) Estados. Mas é bem de destacar que a própria Convenção de Viena estabelece ser insuficiente para cobrir os todos os ângulos que envolvem as especificidades dos direitos dos tratados e informa que, em determinadas situações, é o direito consuetudinário que regerá as relações internacionais[49].

Ao lado do direito consuetudinário, também os princípios gerais de direito internacional exercem importante papel não apenas na interpretação, como também na aplicação das normas jurídicas e no processo de elaboração das regras e tratados, informando a sistemática de todo o ordenamento jurídico em caráter internacional[50].

O enfoque dos princípios de direito internacional como orientadores de conteúdo geral é bem explicitado por Antônio Augusto Cançado Trindade que, na esteira de tantas vozes, preleciona, uma vez mais, a natureza transcendente das normas principiológicas:

Os princípios de direito internacional são princípios orientadores de conteúdo geral, e nisso se diferenciam das normas ou regras do direito internacional positivo, e as transcendem. Como pilares básicos do sistema jurídico internacional (assim como de qualquer sistema jurídico), tais princípios dão expressão à idée de droit, e, além disso, à idée de justice, refletindo a consciência da humanidade. Independentemente de suas diferentes abordagens, esses princípios encontram-se inelutavelmente em nível superior às normas ou regras de direito internacional positivo.

Foi com base nesse entendimento da conformação de fontes de direito internacional que a Comissão Europeia entendeu por bem que deveriam ser aplicadas medidas em desfavor do Egito e da China, a partir de uma análise sobre a responsabilidade dos Estados, codificada pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, em seus artigos sobre direito internacional.

A Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI) buscou normatizar o direito consuetudinário, muito embora seu primeiro aspecto formal remonte aos tratados multilaterais, cujos primeiros registros são datados do século XIX, a partir de 1815[51], apesar de sua consolidação se dar a partir da prática reiterada de seus procedimentos:

49 Rezek, José Francisco. - Direito internacional público : curso elementar / Francisco Rezek. – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.

50 Cançado Trindade, Antônio Augusto. -Princípios do direito internacional contemporâneo / Antônio Augusto Cançado Trindade. – 2. ed. rev. atual. – Brasília : FUNAG, 2017.

51 Rezek, José Francisco. - Direito internacional público : curso elementar / Francisco Rezek. – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014

A norma jurídica costumeira, nos termos do Estatuto da Corte, resulta de "uma prática geral aceita como sendo o direito". Essa expressão dá notícia do elemento material do costume, qual seja a prática — a repetição, ao longo do tempo, de certo modo de proceder ante determinado quadro de fato —, e de seu elemento subjetivo, qual seja a convicção de que assim se procede não sem motivo, mas por ser necessário, justo, e consequentemente jurídico. A linguagem estatutária pede ainda algum comentário no que concerne ao caráter geral que parece exigir-se de toda prática pretendidamente transfigurada em norma costumeira.

Como substrato da responsabilidade internacional do Estado, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas estabeleceu que esta se verifica a partir da violação de uma obrigação internacional pelo Estado ou a partir de um comportamento a ele atribuível, sendo o ato internacionalmente ilícito aquele que se dá em desconformidade com a obrigação assumida.

É importante frisar que, no tocante à responsabilidade pelo cumprimento de obrigações, as normas e princípios essenciais de direito internacional figuram como norteador dos tratados e acordos internacionalmente fixados e, dessa forma, os elementos constitutivos da responsabilidade do Estado por ato internacionalmente ilícito se perfazem pelo (**i**) comportamento consistente em uma ação ou omissão atribuível ao Estado, em consonância com o direito internacional; e (**ii**) a conduta que constitua violação de uma obrigação internacional.[52]

À luz dos requisitos trazidos à balha para fundamentar o ato ilícito internacional, vê-se que é necessário que ele possa ser atribuível ao Estado, tendo em vista as regras das obrigações internacionalmente assumidas e que tais regras tenham sido descumpridas.

No caso dos subsídios fornecidos pelos Governos chinês e egípcio, a prática de facilitações, como dito nos capítulos precedentes, pode ser atribuída também ao Governo do Egito, que aceitou e tomou como suas as medidas de subvencionamento.

Para fixar a concessão de subsídios, utilizou-se do que preceitua a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em seu artigo 31, acerca das normas aplicáveis às análises de descumprimento de obrigações internacionais e, nesse sentido, considerou-se que, tendo o Governo do Egito assumido e tomado como suas as subvenções concedidas, também este país infringiria as normas relativas aos subsídios estatais ao conceder melhores condições às empresas chinesas localizadas em zona de apoio e cooperação econômica e política.

52 Responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos: perspectivas atuais – Ranieri Lima Resende.

A responsabilidade internacional por países terceiros é fixada também à luz dos princípios, porquanto não admitir seria uma violação do dever dos Estados em cumprir com as conformidades normativas ao invadir a esfera jurídica de outro ente independente[53].

À derradeira, da forma como expostas as razões e fundamentos de normas de direito internacional público, vinculativo, e o mais próximo do direito natural porquanto surgido da prática reiterada e recepcionada pelos países, a responsabilidade internacional dos Estados, fixada nos Artigos sobre responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos da CDI, foi o fundamento utilizado para instituição das medidas compensatórias ao Egito e a China, haja vista que as normas do Acordo da OMC não devem ser as únicas a reger esse tipo de conflito e submetem-se, como não poderia deixar de ser, ao regime jurídico de normas internacionais cujas fontes vão desde os princípios gerais de direito internacional à formalização por tratados.

5. CONCLUSÃO

Passados anos do ingresso da China à OMC e destacados os desafios de medida de defesa comercial, os receios dos países membros mostram-se cada vez mais difíceis de serem contornados, sobretudo ante às lacunas normativas que deixam de prever situações como, por exemplo, das Zonas de Avanço Econômico e das Zonas de Cooperação Econômica.

Nesse âmbito encontram-se os subsídios transnacionais, como foi o caso dos subsídios concedidos pelo Governo do Egito às empresas Chinesas instaladas na Zona Econômica do Canal do Suez, sob a forma de concessão de territórios e reduções fiscais. Quais normas capazes de recobrir essa espécie de manobra que, ao fim e ao cabo, distorce os mercados internos e promove danos à concorrência e aos parâmetros de comércio leal?

Para responder a esses questionamentos, para além da maior atuação do Órgão de Resolução de Controvérsias da OMC, os países-membros têm adotado medidas que, por vezes, confundem-se com medidas concorrenciais e assumem contornos muito semelhantes, para refrear os efeitos nefastos de subsídios concedidos pelos demais Estados em âmbito internacional, notadamente, a China.

Considerando-se que a legislação da OMC não se exaure em si mesma e nem tampouco pode ser analisada e aplicada de modo apartado às outras fontes de direito, dentre as quais os

53Responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos: perspectivas atuais – Ranieri Lima Resende.

princípios como norteadores e esteio fundamental, e o direito consuetudinário, é certo que, em se tratando de ato internacionalmente ilícito, sob a forma de afronta a obrigações mutualmente contraídas, as medidas compensatórias aos danos perpetrados por tais condutas recebem guarida à luz do ordenamento jurídico internacional, partindo-se do pressuposto da Convenção de Viena que, à interpretação dos tratados deve ser feita de modo a se considerar todas as normas aplicáveis ao conflito.

É precisamente neste aspecto que se instala um possível endereçamento aos novos desafios de comércio internacional com relação às práticas anticompetitivas: não se furtar de incidir a responsabilização pelo ilícito do estatal ante supostas lacunas, a norma tem um objetivo, qual seja coibir o descumprimento de obrigações nefastas ao comércio leal. Esse objetivo, em que pese a ausência de ferramentas que esgotem sua aplicação na OMC pode, e deve ser perseguido, sobretudo porque resguardado à luz das diversas fontes do direito internacional público e do que mais se aproxima ao direito natural, os princípios gerais, onde aloca-se a boa-fé, mandatória no cumprimento de obrigações.

6. REFERÊNCIA BIBLIOGÁFICA

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. – Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais. – Sãu Paulo: Aduaneiras, 2004.

BORGES, José Souto Maior – Curso de direito comunitário: (instituições de direito comunitário comparado: União Europeia e Mercosul) – São Paulo: Saraiva, 2005.

BRUNO, Flávio Marcelo Rodrigues; MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. A Responsabilidade Internacional Norte- Americana na Jurisdição Comercial da Organização Mundial do Comércio a Partir do Caso WTO-OSC/ds267 – Pland Cotton. Scientia Iuris, Londrina, v. 23, n. 1, p. 25-40, mar. 2019. DOI:10.5433/2178-8189.2019v23n1p25. ISSN: 2178-8189.

CANÇADO, Trindade, Antônio Augusto. - Princípios do direito internacional contemporâneo / Antônio Augusto Cançado Trindade. – 2. ed. rev. atual. – Brasília : FUNAG, 2017.

CAMPOS, João Mota de. – Manual de direito comunitário – 4ª Edição. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ELEUTÉRIO, Gabriel Dutra. O "reingresso" da China na OMC: um panorama sobre os quinze anos de negociações. Niterói – 2017

GAO, Henry. "China's participation in the WTO: A lawyer's perspective". Singapore Year Book of International Law and Contributors. 2007. Pg. 42.

GURWINDER SINGH. Subsidies in the Context of the WTO's Free Trade System: A Legal and economic analysis. — Faculty of Law, University of Turku, Finaland — ISBN 978-3-319-62421-1e — 2017.

FRAGA, Mirtô. – O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira – Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARINO, Rich. — Chinese trade: trade deficits, state subsidies and the rise of China. — New York, ISBN 9781351039826, 2019.

MELLO, Celso D. Albuquerque – Curso de Direito Internacional Público – prefácio de N. Franchini Netto à 1. ed. – 12ª ed. ver. e aum. – 2v.

PRAZERES, Tatiana Lacerda. "A China e a OMC". Brasil-China: Comércio, Direito e Economia". LEX Editoras S.A. e Edições Aduaneiras Ltda. São Paulo – 2005

Ranieri Lima Resende. - Responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos: perspectivas atuais –

Rezek, José Francisco. - Direito internacional público : curso elementar / Francisco Rezek. – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.

10. GLOBAL VALUE CHAINS: THE GOVERNANCE OF GLOBAL DECENTRALIZED AMERICAN AUTOMOBILE INDUSTRY AND ITS ECONOMIC AND GEOPOLITICAL RISKS DURING THE CHIP CRISIS - AN ANALYSIS FROM FORD MOTORS COMPANY PERSPECTIVE

Paulo Henrique Bellizia Destro

ABSTRACT: This article aims to describe how the chip shortage crisis has affected the American automobile industry during the pandemic, and to analyze **how global decentralized production can be governmentally designed to mitigate economic and geopolitical risks caused by supply chain shortages.** To do so, firstly, it has been researched authors who explain and give recommendations of different of global value chain governance strategies. Secondly, it has been analyzed Ford Motors Company (one of the largest American auto firms) history of global consolidation, focusing on managerial strategies used along its worldwide market and production expansion. Thirdly, it's analyzed what governmental relation Ford has stablished with their chip suppliers during the pandemic, which has led to the supply shortage and economic injuries to the sector. Finally, structural governance changes are recommended in order to modify Ford's control over their chip suppliers, so that the firm can manage time and volume of chip production according to its specific needs, to overcome its crises.

Introduction

Fragmentation of production across national borders made by multinational companies (MNC) is an important aspect of global economic integration enhanced by international trade agreements. Production and supply chains are translated into a multinational process in which different stages of production are accomplished in specialized regions around the globe, each adding value to the final product before it is delivered to final consumers. All for want to assure lower production costs, higher productivity, specialization production for better quality, and higher profit margin to companies[1].

Some key points are highlighted when explaining global fragmentation of production, related to closeness to raw-materials and natural resources, cost-of labor factor, local specialization in certain stage of production, as well as high investment in R&D and plant technology developed by certain regions.

[1] BORGA, Maria; ZIELE, William. International Fragmentation of Production and the Intrafirm Trade of U.S. Multinational Companies. BEA Papers 0035, Bureau of Economic Analysis, 2004. Available at: http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.399.7605&rep=rep1&type =pdf

Another key point for global production decentralization are free-trade regimens and international trade agreement among countries which share a common supply chain for products. An example of that is the proximity of Canada, U.S and Mexico to the major American automobile manufacturing centers, sharing different stages of production. This proximity is reflected by favorable tariff regime between those Countries, in this case the tariff exemptions granted imported parts for re-export to the United States, due to NAFTA trade agreement[2].

With the global fragmentation of production, transnational automobile industries are also redefining their core competencies to focus on innovation and product strategy, marketing, and the highest value-added segments of manufacturing and services, while reducing their direct ownership over non-core functions such as generic services and volume production[3].

Nevertheless, global fragmentation of production across national borders may also represent an economic risk to those companies. The shortage of chips which production is mainly centered in Asia, has widely affected American carmakers[4], whose products have become computer on wheels. Profits at Ford, America's second biggest car maker by volume, fell by half in the most recent quarter amid a global shortage of chips, leading the car industry to build millions fewer cars in 2020, compared to 2019, all because of their tiniest components.

The shortage is result of a surge in demand for chips. Chipmaking, which is manly centered in East Asia, has been facing a strong uptick for decades since computers has taken part to every corner of society. That trend was amplified by the pandemic, as lock-down consumers shopped online, worked remotely using more video conferences and virtual facilities, as well as they have spent more hours on video streaming and video-gaming. The result has been a huge growth in demand for those little components, clogging chip factories with more orders than they could handle.

The unpleasant situation of being the supplicant rather than the boss has made carmakers take tighter control over supply of their vital components. Tesla and Volkswagen have announced plans to develop driver-assistance chips in their own plants. Other firms are working on establishing closer relationship with chipmakers.

---

[2] BORGA, Maria; ZIELE, William. *International Fragmentation of Production and the Intrafirm Trade of U.S. Multinational Companies*. BEA Papers 35, Bureau of Economic Analysis, 2004.

[3] GEREFFI, Gary. *The governance of global value chains*. Review of International Political Economy, vol. 12, 2005, Issue 1. Available at: The governance of global value chains: Review of International Political Economy: Vol 12, No 1 (tandfonline.com)

[4] The chip shortage is a self-solving problem. **The Economist**, London, Aug 7th, 2021 Available at: The chip shortage 7th is a self-solving problem | The Economist

Another effect has been a surge of techno-nationalism. America is planning to hand out billions of dollars to bring chipmakers back from East Asia. Europe wants to double its share of global production to 20% by 2030. The concentration of production of chips in Taiwan, in particular, has been seen as an uncomfortable geopolitical risk by many nations. UK has declared the fate of small chip factory in Wakes to be a matter of National Security.

As the global fragmentation of production across national borders can, at the same time, represent reduction of production cost, increase in productivity, product quality, and larger profit margins to multinational companies, at the same time as it can represent risks of shortage for their supply chain, and threaten governmental interests, **how can the global decentralized American automobile production be designed to mitigate economic and geopolitical risks during the chip crises?**

The key issue in this paper is to discuss which activities and technologies the American automotive industry should keep in-house, and which should be outsourced, and how to classify their stages of production as core activities, to minimize economic loss caused by the chip crises in their supply chain.

This article is divided in four main chapters. In the first chapter it is analyzed the differences between inter-firm and intra-firm trade in global value chains, pointing different governance strategies adopted by Multinational Companies for their global fragmented production. In the second chapter it is presented Ford's consolidation background, and strategies used by the company to achieve global markets and technology innovations. Along the third chapter it is discussed how the global chip shortage has affected the American automobile industry production in supply terms during the pandemic, appointing potential harms the sector. Finally, in chapter 4, conclusions are taken, regarding how Ford can manage solutions to the chip shortage, adopting different governance strategies and supply relations, mitigating further economic injuries to the company.

1: The Governance of Global Value Chains

In the following chapter, different Global Value Chain governance strategies are presented based on several authors theories. In the first division it is presented the main differences between intra-firm trade and inter-firm trade for a global value chain. In the second part, it is discussed how can in house and outsource production can be managed, to meet each global value chain specific needs.

1.1 Intra-firm and inter-firm (arm's length) trade – different governance perspectives

The rising integration of world economy enhanced by international trade agreements has reflected in surge of disintegration of multinational firms, since companies are finding advantages to outsource part of their non-core manufacturing and service activities internationally, redefining their core competencies to focus on innovation and product strategy, and other highest value-added activities and services, while reducing their direct ownership of the production. This has led to a growing proportion of international trade occurring in components and other intermediate goods[5].

Intra-firm trade is translated to international flows of goods and services between parent companies and their affiliates of an MNC. On the other hand, arm's length trade occurs between unrelated parties (inter-firm trade). Thus, intra-firm trade involves firms investing abroad, with foreign direct investment.

For Arndt and Kierzkowski, 2001, separability of ownership is an important determinant of the organizational structure of cross-border production sharing. Where separation of ownership is not possible, multinational firms, with parent and affiliate relationships, with foreign direct investment are likely to play a dominant role. Where it is possible, arm's-length relationships are possible and foreign direct investment is less important.[6]

Data from the OECD highlight that vertical integration occurs primarily among OECD countries. Foreign direct investment does not seem to be mainly motivated by low labor costs in developing economies as most affiliates of OECD MNEs are created in other OECD economies and often in high-cost countries[7]. Firms tend to favor the vertical integration strategy for high-value activities that are intensive in knowledge. Developing economies make efforts to to become attractive locations for this type of activities.

The share of intra-firm imports is higher in capital and skilled labor-intensive industries. These industries require relatively more relationship-specific investments so that parent firms prefer to vertically integrate with their supplier. Another important determinant of intra-firm trade is the contractibility of products. A higher contractibility decreases the share of intra-firm trade. If products are easy to contract, there is more reliability so that firms rely more on

[5] YEATS, A. *Just How Big is Global Production Sharing? Fragmentation: New Production Patterns in the World Economy*, Oxford: Oxford University Press, 2001. 108–143 p.

[6] ARNDT, S. and KIERZKOWSKI,, H. Fragmentation: *New Production Patterns in the World Economy,* Oxford: Oxford University Press, 2001. 1–16 p.

[7] INTERCONNECTED ECONOMIES: BENEFITING FROM GLOBAL VALUE CHAINS – SYNTHESIS REPORT, OECD 2013 Available at interconnected-economies-GVCs-synthesis.pdf (oecd.org)

outsourcing as compared to integration. On the other hand, products which are difficult to contract are traded more intra-firm[8]. The more customized the product or service, the more likely it is to involve transaction-specific investments, and the higher is the risk of opportunism,

when a firm acts contrary to any mutual understanding between two transacting parties. Partner selection, socialization, incentives, and monitoring are some governance strategies to control opportunism[9].

Transaction costs increase when interfirm relationships require higher coordination. Complex products involve more accurate transfers of information and technology and therefore intense interactions across enterprise boundaries.[10] Coordination costs increase for parts which supply is time-sensitive, as separate processes must be better coordinated in order to synchronize the flow of product parts through the chain.

Nevertheless, recognizing the importance the high integration between production parts of a value chain, doesn't necessarily need to lead to the conclusion that complex and tightly coordinated production systems always result in vertical integration. Product specificity, opportunism, and coordination costs can be managed at the inter-firm level through different methods. Repeat transactions, reputation, social norms, and mutual dependence can reduce the chance of opportunistic behavior, making possible more complex inter-firm divisions of labor and interdependence[11].

Even the most vertically integrated firms rarely internalize all the technological and management capabilities that are required to bring a product or service to market. [12] Therefore, firms depend on external resources and links. Firms which rely on the complementary competencies of other firms and focus more intensively on their own areas of competence will perform better than firms that are vertically integrated or incoherently diversified[13].

[8] LANZ, Rainer and Sebastinam, *Intra-firm trade: patterns, determinants and policy implications*. OECD Trade Policy Working Paper n 114, 2021 Available at: Microsoft Word - TAD-TC-WP_2010_27-FINAL-TC.doc (oecd.org)

[9] WATHENE , KENNETH, H., and HEIDE, J.. (2000), "Opportunism in Interfirm Relationships: Forms, Outcomes, and Solutions," Journal of Marketing, 64 (October), 36–51 p.

[10] GEREFFI, Gary. The governance of global value chains. Review of International Political Economy, vol. 12, 2005, Issue 1, 8p. Avalible at: https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09692290500049805 p.8.

[11] JARILLO J. (1988) 'On Strategic Networks', Strategic Management Journal, 1988, 31–41 p.

[12] PENROSE, E., Penrose, E. The *Theory of the Growth of the Firm*, Oxford: Basil Blackwell, 1959.

[13] PRAHALAD, C and HAMEL, G, '*The Core Competence of the Corporatio*n'. Harvard Business Review, 1990: 79–91 p.

Coordination and control of global-scale production systems, despite their complexity, can be achieved without direct ownership[14]. Some authors distinguish between suppliers in quasi-hierarchical relationships with buyers, and network relationships between firms that cooperate because they possess complementary competences[15]. If buyers needed to invest in supplier competence, and to guard that investment in the supplier by remaining the dominant, if not exclusive, customer.

Gereffi et al.[16] identifies five basic analytical types of value chain governance, described in the following paragraphs.

1.2 Markets

Market linkages are manly based on price differences. Firm's links are transitory and may change according to best offers by suppliers, manufacture or other parts of the value chain. The essential point is that costs of switching to new partners are low for both parties. This kind of relation represents low coordination degree.

1.3 Modular value chains

The lead firm in modular value chains outsource their product manufacture to a third firm, which produce them with their specifications, that can be more or less detailed. Suppliers provide 'turn-key services', taking full responsibility for process technology, and for obtaining raw material and parts suppliers.

1.4 Relational value chains.

In these supply chains there are complex interactions between the lead firm and supplier, which often creates mutual dependence. The Supplier establishes connections through reputation and relational skills, related to family, ethnic, geopolitical linkages built up over time.

[14] HENDERSON J.,et al. (2002) *'Global production networks and the analysis of economic development*', Review of International Political Economy, 2002, 436—464 p.

[15] HUMPHREY, J. and Shumitz, H. *Governance and upgrading: linking industrial cluster and global value chain research'* IDS Working Paper 120, Brighton: Institute of Development Studies, University of Sussex, 2000.

[16] GEREFFI, Gary. *The governance of global value chains. Review of International Political Economy*, vol. 12, 2005, Issue 1. Available at: https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09692290500049805

1.5 Captive value chains.

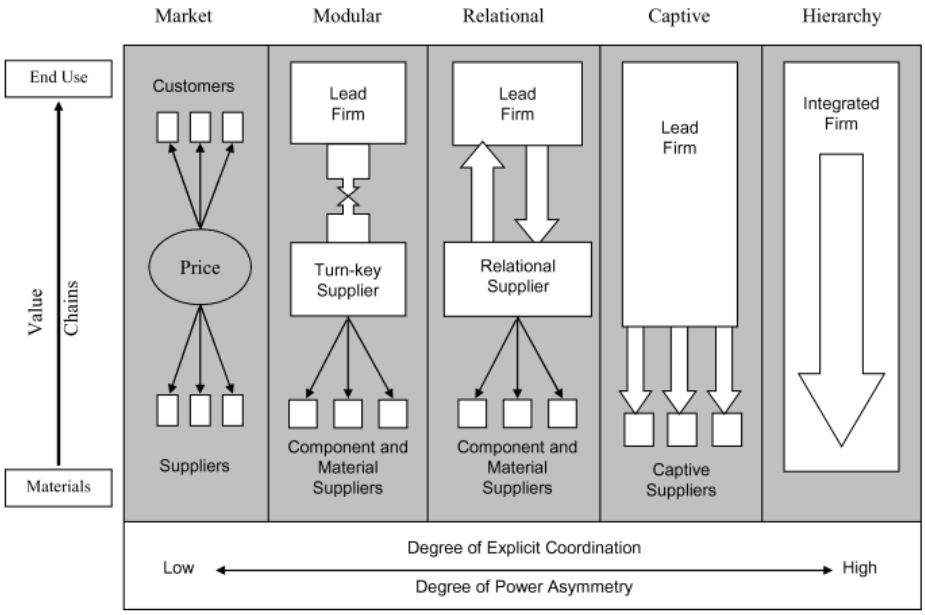
In these networks, suppliers are dependent on buyers, that detain the output of most or the total of their production. Suppliers face significant switching costs and are, therefore, 'captive'. This relation is characterized by a high degree of monitoring and control by lead firms.

1.6 Hierarchy.

This governance form is characterized by vertical integration and the presence of foreign direct investment (FDI). The dominant form of governance is managerial control, flowing from parents to subsidiaries and affiliates. This type of governance involve high level of coordination and synchrony between the value chain parents and affiliates production.

Each governance type provides a different trade-off between the benefits and risks of outsourcing or producing internally, illustrated in following image.

Figure 1: Five Global Value Chain Governance Types[17]



Gary Gereffi .[18] discuss key determinants of value chain that may influence in choosing the type of governance: complexity of transactions, codifiability of information; and capability of suppliers. Another issue is transaction cost economics, the costs involved in coordinating

[17] GEREFFI, Gary. *The governance of global value chains. Review of International Political Economy*, vol. 12, 2005, Issue 1. Available at: https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09692290500049805 p.89

[18] GEREFFI, Gary. *The governance of global value chains. Review of International Political Economy,* vol. 12, 2005, Issue 1. Available at: https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09692290500049805 p.8.

activities along the chain. Baldwin and Clark[19] affirm that coordination and transaction costs rise when value chains are producing non-standard products, products with integral product architectures, and products which output is time sensitive. Lead firms increase complexity when they place new demands on the value chain, such as when they seek just-in-time production and when they increase product specifications.

However, strategies can be used to reduce the complexity of these transactions. One important way according to Gereffi[20], is through the development of technical and process standards. The complexity of information transmitted between firms can be reduced through the adoption of technical standards that codify information and allow clear communication between trading partners. It is also important to establish unambiguous and widely accepted parameters between firms. Institutions, both public and private, can both define grades and standards and certify that products comply with them. The enforcement of process standards and certification in relation to quality, labor and environmental polices help to improve commerce flows and avoid deviations between related parts of a supply chain.

The integration of new suppliers into global value chains increases coordination challenges. Keesing and Lall[21] argue that producers in developing countries are expected to meet requirements that frequently do not apply to developed countries. This creates differences between the capabilities required for the domestic market and those required for the export market, which raises the degree of monitoring and control requirements.

Some challenges faced in inter-trade governance are complexity of information and knowledge transfer required to sustain transactions, particularly with respect to product and process specifications; the extent to which this information and knowledge can be codified and, transmitted efficiently and without foreign direct investment; and the capabilities of actual and potential suppliers in relation to the requirements of the transaction[22].

When the ability to codify specifications is used to complex products, value chain modularity can arise. This happens when the product modular and technical standards simplify interactions and reduce component variations by unifying components, product, and process

[19] Baldwin, C. and Clark, K. (2000) Design Rules, Cambridge, MA: MIT Press.

[20] GEREFFI, Gary. *The governance of global value chains. Review of International Political Economy*, vol. 12, 2005, Issue 1. Available at: https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09692290500049805 p.8.

[21] KEESING, D.. and LALL, S. *Marketing Manufactured Exports from Developing Countries: Learning Sequences and Public Support'*, in G. Helleiner (ed.), Trade Policy, Industrialisation and Development, Oxford: Oxford University Press, 1992. 176–293 p.

[22] GEREFFI, Gary. *The governance of global value chains. Review of International Political Economy*, vol. 12, 2005, Issue 1. Available at: https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09692290500049805

specifications, reducing buyer's need for direct monitoring and control. Linkages based on codified knowledge provide many of the benefits of arms-length linkages.

When product specifications cannot be codified, transactions are complex, and supplier, relational value chain governance can an alternative. The mutual dependence between firms may be regulated through reputation, social family and ethnic relations. It can also be handled with mechanisms that impose costs to party that breaks a contract

If the goods present a detailed codify instruction, and the complexity of product specifications is also high, but supplier capabilities are not very developed, captive or hierarchical governance may be an alternative, because low supplier competence in the face of complex products and specifications requires a great deal of intervention and control on the part of the lead firm. Captive inter-firm linkages control opportunism through the dominance of lead firms, making costs high for suppliers to switch sales partners or to break contracts.

On the other hand, when product specifications cannot be codified, products are complex and time sensitive, and highly competent suppliers cannot be easily found, then lead firms will be forced to develop and manufacture products in-house. This governance form is hierarchical. usually established by patterns and filiates of a multinational company, with a high managerial control of inputs and outputs, to control flows, and intellectual property.

2. The Ford automobile industry

The following chapter presents Ford's history of consolidation as a transnational company. In the first part, Ford's first card production strategies are explained, during the period of 1900 until 1929. In the second part, it is presented Ford's second and third car models, and its strategies to expand oversea, specially to Europe, from 1930's on. In the third part, it's presented how international trade agreements from 1960's on have enhanced Ford's international production fragmentation as global value chain, especially due to NAFTA trade agreement. Further, it's presented Ford's efforts to expand its market worldwide from 1980's on, including Asia, with an alliance with the Japanese car company Mazda, and it's governances' strategies as transnational company. At last, it's presented how American auto industry has included technological advances in their cars, making chips essential parts of their production.

2.1 History of Ford Motors Company consolidation

The American automobile industry can be divided into four periods: the pre-1900 era of invention; the era of product development from 1900 to 1908; the era of rapid expansion from

1908 to 1918; and the era of replacement demand from 1918 to 1929[23]. During the era of invention, the focus of all manufacturers, was on product innovation. Car makers Ford were craft shops, all highly integrated in the sense that they made most of their own parts. Ford made his first cylinder out of a piece of pipe. American automobile industry during its beginning had a high level of vertical integration and use of crafts techniques.

During the first two decades of the twentieth century, it was clear the relation of the American automobile industry with external economies, expanding markets. During this period the industry became concentrated in Michigan, Ohio, and Indiana. Localization allowed assemblers to take advantage of external economies that flowed from concentrations of suppliers. The degree of vertical integration varied from firm to firm, but automobile companies began manly as assemblers rather than manufacturers. Early car models could be easily made from components developed for other purposes, such as bicycle wheels, or from variations on known themes, such as wooden bodies.

During the era of rapid expansion, the design of automobiles began move toward a standardization process with the replacement of basic American designs with more advanced and complex French ideas. French cars had heavier, multicylinder engines mounted at the front, multi-gear transmissions, and differentials, all attached to a steel frame. The preference of customers for French imports induced American firms to begin manufacturing cars on the French pattern in 1901.

The investment in innovation reveled development of mass automobile production using the moving assembly line, which was the ultimate key to the success of the Ford Model T. Mass production involved Ford in the large-scale design of machine tools. To meet their new needs of the moving assembly line, Ford and his engineers had to develop many devices themselves, in-house. In this sense, integration and inhouse production was a strategy used by Ford.

Mass production, organization and sensitive-time production activities had the effect of making vertical integration necessary for Ford. Because most part of the assembly activity was mode in one place, Ford engineers were able to see opportunities of economies of scale that would not have been possible with decentralized parts suppliers. Vertical integration at GM also arose from the desire to ensure adequate and short time supplies[24].

[23] LANGLOIS, Richard and ROBERTSON, Paul. *Explaining Vertical Integration: Lessons from the American Automobile Industry Journal of Economic History*, Volume 49, Issue 2, The Tasks of Economic History, 1989). 361-375 p. Available at: lang.pdf (usp.br)

[24] CHANDLER, Alfred D., Strategy and Structure, Cambridge, 1962. 116. p.

The assembly-line innovation rapidly diffused to independent parts suppliers. Ford engineers soon learned that the production process could be efficiently decentralized. Once the innovation of mass production of parts became assimilated, and as the extension of markets grew, centralization became more costly and less beneficial. At Ford, the decentralization process was handled with a vertically integrated structure between production stages.

By the 1920's, cost relationships between automobile manufacturers and potential suppliers increased significantly. By the end of that decade, a slow reduction in the degree of vertical integration occurred, with a new approach of flexibility that could be derived from outside suppliers.

2.2 The global fragmentation of Ford Automobile Industry: governance strategies along time and the role of international trade agreements

International expansion was part of the Fordist trajectory from its very beginning. Ford developed strategies which were planned to be applied across the world. With the expansion of international demand for cars, Ford created the need for a strategy in which Ford first exported overseas, and then invested in international assembly plants, in effort to reduce transport costs. Since 1911, the company had been manufacturing in Europe, with methods of organization and partial production coming out from the parent company[25]. At the beginning, Ford's European manufacturing plants, assembled vehicles sent from the parent company in the form of component kits.

Protectionist trade barriers in most countries, after the First World War, forced Ford to manufacture most part of car production locally. This form of geographical organization, based on the centralization of production, represented Ford's efforts to transpose to Europe it's organizational form that was prevailing in the US, with plants located across the country, all of which were satellites of the central production plant in Detroit. The dispersion of production with hegemony represented a form of spatial management that focused on standardization and expansion.

The standardization model worked well for Ford until the 1920s, due to the fact that it has limited the company's products offers, compared to GM's much more complex structure that allowed them to offer different products. Heterogeneous structure adopted by GM generated a less hierarchical managerial approach, and its affiliates were more autonomous, and their

[25] TOLLIDAY, S. *The diffusion and transformation of Fordism: Britain and Japan compared, between Imitation and Innovation: The Transfer and Hybridization of Productive Models in the International Automobile Industry*, Oxford University Press, Oxford, 1998. 57-95 p.

system of production was much more flexible. GM also grew externally by absorbing competitors, such as Vauxhall and Opel in Europe, and Holden in Australia[26]. During the 1930s, Ford was forced to change its original focus on the one single product strategy and diversify its production and modify it geographical organization (DASSBACH, 1989), with new Ford models Y and C, vehicles designed especially for the European market[27].

European and North American operations had almost total independence from one another. Ford's multi-nationalization had turned into a form of multidomestic organization with local specificities and certain level of independence, despite the hierarchical form of governance, between parents and affiliates.

2.3 International Trade Agreements and Ford's globalized production

During the 1960s, the creation of free-trade zones, and regional integration, such as the European Economic Community, created a global environment in which companies' priority was no longer market proximity; rather, they began to seek to optimize their operations through a better spatial distribution. Ford Europe, established in 1967, had a multiregional strategy that required that operations be integrated along product or manufacturing lines. During the 1970s changes occurred in North America with the signing of the Auto Pact between the US and Canada, leading an expansion for Ford in both geographical areas, and to the development of managerial strategies based in a transnational basis, with the interdependence of Ford's productive operations in different locations.

Negotiations relating to the automobile trade with the Canada-US Auto Pact constituted a first step toward regional integration that has led, in 1994, to NAFTA trilateral trade block, a free trade zone between Canada, United Stated and Mexico. The Auto Pact signed in January 1965 created a sectoral free trade agreement between the U.S.A and Canada, while Mexico was isolated from the corresponding negotiations. Until late 1980's, Mexico used Auto Decrees, foreign investment regulations, and tariffs to keep the foreign industries segmented along the Rio Grande. NAFTA provided elimination of Mexican tariffs and unification of trade requirements.

[26] HOUNSHELL D. *From the American System to Mass Production 1800-1932.* The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1984.

[27] DASSBACH, C. *Global Enterprises and the World Economy: Ford, General Motors and IBM, the Emergence of the Transnational Enterprise.* Garland, New York, 1989.

Intra-product trade is higher between members of NAFTA than with other partners[28]. Canada and the United States favor horizontal intra-product trade, that is constituted by an important share of two-way trade in vertical differentiated products. With NAFTA, intra-product trade increased between member countries of the regional block, and external countries have a higher level of inter-industry trade with the block.

2.4 Ford as Transnational Company

During the 1980s, with the increased competition of the Japanese manufacturers, Ford focused on the spatial reorganization of operations at a global level. The company redefined regional and intra-regional specializations, enhancing coordination within regional spaces with a transregional strategy[29]. To expand globally, Ford also stablished an alliance, with the Japanese company Mazda. The two companies have started to cooperate very closely in Asia-Pacific and North America areas, dividing activities related to design, manufacturing, product development and product lines. The two companies have customized its models for the three major automaking regions: the smallest cars were for the Japanese partner Mazda, the compact vehicles for Ford of Europe, and the largest vehicles were for Ford of America. It was the company's transnational strategy, achieving economies of scale, utilizing differentiated resources and competences and alliances. Despite the world expansion, American pole's continued hierarchical domination of the other poles in the world, remaining the center of command for the company's operations.

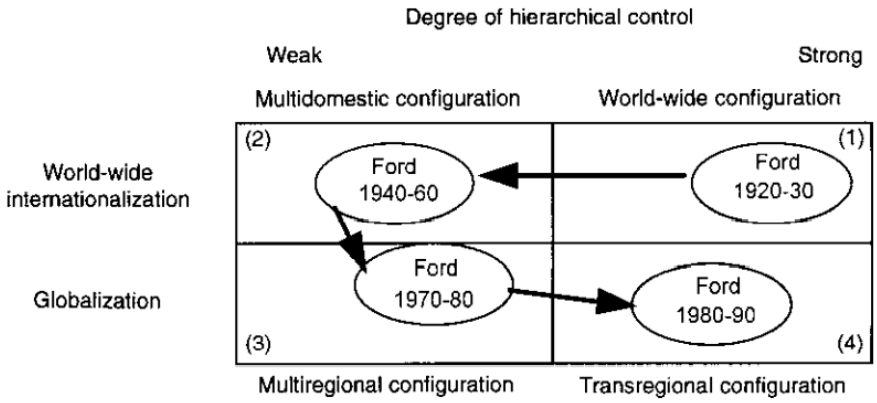
In 1994 Ford announced a more centralized plan of organization, called Ford 2000[30], by integrating North American and European activities into a single structure, covering all aspects of the production process. Ford also reinforced its integration process by reinforcing its control over Mazda in 1996. Ford has therefore chosen different strategies along time, to assure the success of operations flows across borders, and invested in high level of internationalization, with a transnational configuration and hierarchical prevalent way of governance in the end, represented in the following image.

[28] MOUNT Sylvie, MUCCHIELLI, Jean-Louis and ZIGNAGO, Soledad: *Horizontal and vertical intra-industry trade of Nafta and Mercosur: The case of the automobile industry*. Université Paris Panthéon-Sorbonne, Paris, 2001.

[29] CLAUDE, Marie et al. *Global Strategies in the Automobile Industry, Regional Studies*, GERPISA-Reseau International, Pessac Cedex, France, 2000. Available at : 00343400050005871 (2).pdf

[30] BORDENAVE G. *Globalisation at the heart of organizational changes: crisis and recovery at the Ford Motor Company. Trajectories and Industrial Models of the World's Automobile Producers,* pp. 211-241. Oxford University Press, Oxford, 1998, 211-241 p.

Figure 2: Ford's Hierarchical Trajetory[31]



2.5. Technological advances in the American Automobile Industry

Today's economies are dramatically changing, triggered by development in emerging markets, the accelerated rise of new technologies, sustainability policies, and changing according to consumer preferences. Digitization, increasing automation, and new business models have revolutionized other industries, and automotive is one of them. These trends are causing four disruptive technology-driven changes in the automotive sector: diverse mobility, autonomous driving, electrification, and connectivity.[32]

Connectivity, and later autonomous technology, are increasingly allowing cars to become a platform for drivers and passengers during commute time, so they can dedicate the freed time to activities. The increasing speed of innovation, especially in software-based systems, require cars to use hundreds of chips during its production. Modern cars cannot be manufactured without chips, also known as semiconductors, which are used in entertainment, driver's assistance, safety systems, infotainment systems among other applications[33].

Affected by the COVID-19 and trade frictions, the industrial automobile chain between upstream chip suppliers and downstream car manufacturers has been broken. From the second half of 2020, many automobile manufacturers have no choice but to close partial production lines affected by the chip supply shortage. Furthermore, statistics showed that automotive chips

[31] [31] CLAUDE, Marie et al. *Global Strategies in the Automobile Industry, Regional Studies*, GERPISA-Reseau International, Pessac Cedex, France, 2000. 44 p. Available at : 00343400050005871 (2).pdf

[32] GAO, Paulo et al. (2016) Automotive revolution – perspective towards 2030, **Mackinsey & Company**, New York. Available at: auto 2030 report jan 2016.pdf (mckinsey.com)

[33] KROLINKOWISKI, Pawel and NAGGERT Kristoph . *Economic Commentary: Semiconductor Shortages and Vehicle Production and Prices.* Federal Reserve Bank of Cleaveland., Claveland, 2021. Available at: EC2021-17 (2).pdf

only accounted for a relatively low proportion of global chip production capacity, with 12% of global chip production capacity in 2019[34].

3. The Chip shortage Crisis

The following chapter presents details about how the chip shortage crisis started, and the reasons why many semiconductors' factories around the world have decreased or stopped automotive chip production, explaining the current composition of the global chip market and demand share by end use. The chapter also addresses how the shortage on semiconductors caused enormous economic injuries to the automobile industry.

In the following part of the chapter, it is explained how the chip shortage crisis has become not only an economic, but also a geopolitical issue, as countries are trying to increase their national chip production capacity, and as trade tensions arise involving chip trade flows.

3.1 Impacts on the American automobile Industry

Chip and automobile productions were restricted due to the pandemic prevention and control measures. Measures such as personnel isolation, flight and port restrictions have suspended the production of chip enterprises, resulting in a significant reduction of production capacity and shipments. Under such circumstances, shipments could not be arranged on time since the production capacity was affected. Many semiconductor factories around the world stopped producing chips for automotive use last year when demand for cars dropped at the start of the covid pandemic. As a result, the sales of automotive chips had reached its lowest level in April and May, 2020[35].

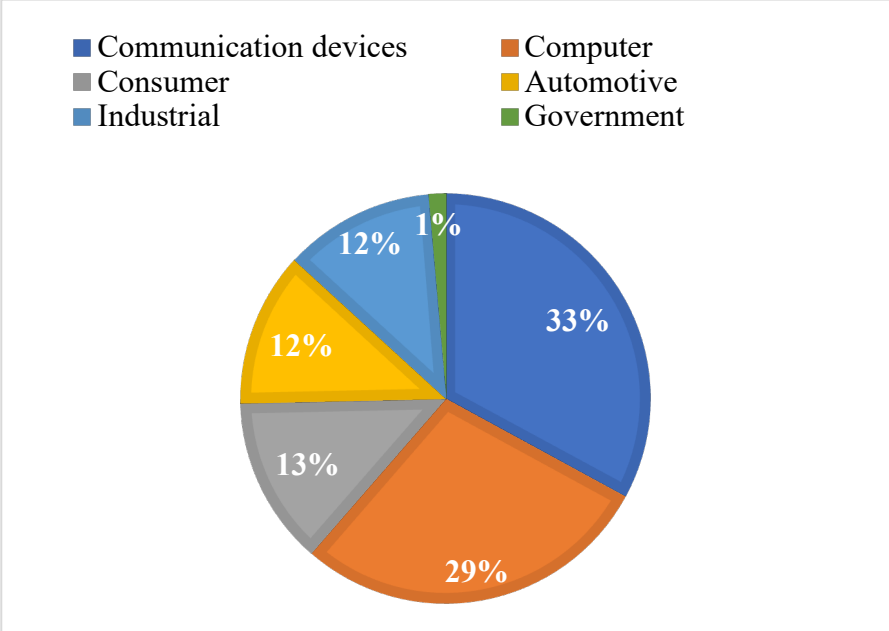
While car's production was paralyzed or operating with restrictions, the demands for products such as computers, smartphones, and videogame increased, with home office and online classes for students, during the pandemic quarantine. Due to that, chip manufacturers seized the opportunity and prioritized their production to highly needed consumer of electronic products for mobile phones, computers, and video games, to cover the insufficient order of automotive chips in 2019. Many semiconductor factories around the world stopped producing

[34] WU, Xiling et al. *An Analysis on the Crisis of "Chips shortage" in Automobile Industry Based on the Double Influence of COVID-19 and Trade Friction*. School of Economics and Trade, Xinhua College of Sun Yat-sen University (Dongguan), China 2021. Available at: Microsoft Word - RFJAA3DSMK-转EEI.docx (iop.org)

[35] *WU, Xiling et al. An Analysis on the Crisis of "Chips shortage" in Automobile Industry Based on the Double Influence of COVID-19 and Trade Friction.* School of Economics and Trade, Xinhua College of Sun Yat-sen University (Dongguan), China 2021. 2 p . Available at:Microsoft Word - RFJAA3DSMK-转EEI.docx (iop.org)

chips for automotive use last year. When auto demand recovered in late 2020, car companies and their suppliers found themselves unable to secure enough chips orders. Such change had also strengthened chip supplier preferences for these three major markets (communication devices, computers, and consumer) that consumes approximately 75% of the total chip production, better represented in the following chart of the global semiconductor demand share by end use[36].

Chart 1: 2020 total global semiconductor demand share by end use



Source: Semiconductor Industry Association[37]

Another explanation for the switching preference of chip suppliers is the fact that semiconductors for automotive use tend to be older, with lower-margin profit than the high-tech chips used in electronics. Investment has been particularly low in production lines for automotive chips. The reasons for the decreasing production is that automobile industry uses chips designed years ago that are lower-priority items for semiconductor makers. Those chips have lower profit margins than the newer, pricier semiconductors that power 5G smartphones and video games, which are also in high demand worldwide and dominate many manufacturing lines[38].

[36] 2020 STATE OF THE U.S. SEMICONDUCTOR INDUSTRY. Semiconductor Industry Association. 2020. Available at: 2020-SIA-State-of-the-Industry-Report-FINAL-1.pdf (semiconductors.org)

[37] 2020 STATE OF THE U.S. SEMICONDUCTOR INDUSTRY. Semiconductor Industry Association. 2020. 5 p. Available at: 2020-SIA-State-of-the-Industry-Report-FINAL-1.pdf (semiconductors.org)

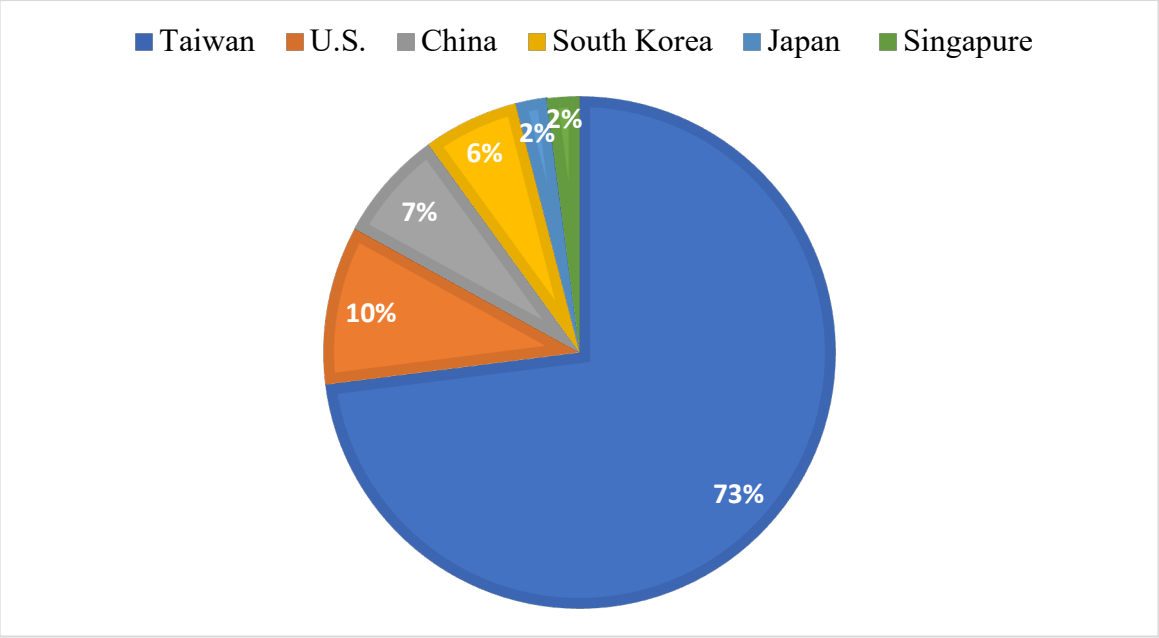
[38] WHALEN, Jeanne, ALBERGOTTI, Reed and LYNCH, David, Biden can't fix the chip shortage anytime soon. Here's why. The Washington Post. Washingon, March 1, 2021. Available at: Semiconductor shortage halts auto factories - The Washington Post

The chips shortage situation in automobile industry continues to bring injury to the car industries. U.S. sales of Ford Motor's new vehicles declined by 33.1% in August 2021, compared to the same month of previous year, due to the ongoing global shortage of semiconductor. With no end in sight, the semiconductor chip shortage is now expected to cost the global automotive industry $210 billion in revenue in 2021[39].

3.2 The Chip Crisis as a Geopolitical matter

U.S. demand for semiconductors is highly dependent on foreign suppliers, especially those located in Taiwan, even though America has domestic chip manufacturing. Companies located in Taiwan accounted for 73 percent of global contract foundries revenue for semiconductors, U.S. companies accounted for 10 percent, Chinese companies for 7 percent, South Korean companies for 6 percent and Japanese and Singaporean companies accounted both for 2 percent each of global contract foundries revenue[40], represented in the following chart.

Chart 2: Global Contract Foundries revenue for Semiconductors



Source: Congressional Research Service[41]

[39] WAYLAND, Michael. Ford's U.S. sales decline 33% in August as chip shortage devastates auto industry. CNBC, New York, September 2nd, 2021. Available at: Ford's U.S. sales fall 33% as chip shortage devastates auto industry (cnbc.com)

[40] PLATZER, Michaela., SARGENT, John, and SUTTER, Karen, Semiconductors: U.S. Industry, Global Competition, and Federal Policy R46581. Congressional Research Service. October 26, 2020. Available at semiconductors: U.S. Industry, Global Competition, and Federal Policy (congress.gov)

[41] PLATZER, Michaela., SARGENT, John, and SUTTER, Karen, *Semiconductors: U.S. Industry, Global Competition, and Federal Policy R46581*. **Congressional Research Service** October 26, 2020. Available at semiconductors: U.S. Industry, Global Competition, and Federal Policy (congress.gov)

The American Federal government now sees the chip crisis as a public interest concern as it threatens jobs in a sector that employs hundreds of thousands of Americans, and thus has already leaned on big chip producers and their host nations, including Taiwan, to increase their chip output. Nevertheless, governors are urging President Biden to redouble those efforts, warning of a growing list of automakers, suppliers, and dealers negatively affected by the shortage.[42] Commerce Secretary Gina Raimondo sought to lobby the Taiwanese government for their help in freeing up capacity to meet U.S. auto industry shortages. According to Secretary Raimondo, the next best thing to do to fight the chip crisis is to on-shoring and near-shoring, with allies that share American values[43].

According to the United Auto Workers, an American auto labor union, the chip issue reveals the need not to offshore American jobs, and to bring back production of semiconductors and other auto supply parts to U.S., to have more ability to respond to these demand issues[44]. The decline of US's percentage part in global chip production, that went from 37 percent in 1990 to around 10 percent in 2021, and it's predicted to reduce even more in the future, largely due to substantial subsidies offered by the governments of global competitors, placing the U.S. at a competitive disadvantage in attracting new construction of semiconductor manufacturing facilities.[45] The reduction of U.S. semiconductor manufacturing capacity over the years and its forecast is represented in the following chart.

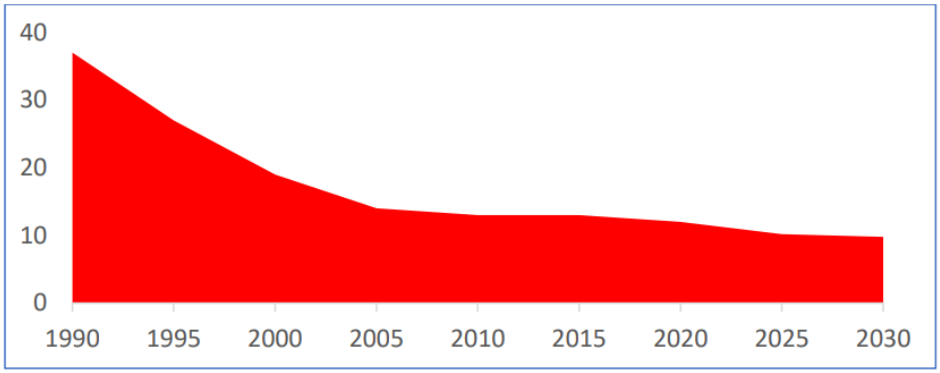
[42] WHALEN, Jeanne, ALBERGOTTI, Reed and LYNCH, *David, Biden can't fix the chip shortage anytime soon. Here's why.* **The Washington Post.**Wschingon, March 1, 2021. Available at: Semiconductor shortage halts auto factories - The Washington Post

[43] LUDWINKIWSKI, Mark and SJOBERG, William, *Semiconductor shortage and the U.S. auto industry***. Reuters**. Available at: Semiconductor shortage and the U.S. auto indus try | Reuters

[44] **WHALEN, Jeanne.** ***White House to hold another semiconductor summit with industry leaders as chip shortage worsens*****. The Washington Post. April 9, 2021. Available at: White House to hold semiconductor summit Monday amid chip shortage - The Washington Post**

[45] VARAS, Antonia, et al. *Government Incentives and U.S. Competitiveness in Semiconductor Manufacturing,* September, 2020, **Boston Consulting Group and Semiconductor Industry Association.** Available at: Government-Incentives-and-US-Competitiveness-in-Semiconductor-Manufacturing-Sep-2020.pdf (semiconductors.org).

Figure 2: U.S. Semiconductor Manufacturing Capacity as a Percent of Global Capacity



Source: The White House 100-Day Reviews under Executive Order 14017 [46]

The search for low-cost production, combined with the effective industrial policy of key nations, causes geographic concentrations of key supply chains in a few nations, increasing vulnerabilities for United States and global producers. Such concentration leaves companies vulnerable to disruption, whether caused by a natural disaster, geopolitical or a global pandemic. The U.S. Department of Commerce's reports that the United States is dangerously dependent on specific countries for parts of the value chain of semiconductors. The global economy depends on Taiwanese firms for 92% of leading-edge semiconductor production[47].

On June 8, 2021, the Biden administration released the findings of its 100-day review of U.S. supply chain vulnerabilities mandated Executive Order 14017, issued in late February. In the report, the White House presented analysis and recommendations of four federal agencies, the Departments of Commerce, Energy, Defense, and Health and Human Services, that had been tasked with assessing supply chain vulnerabilities in semiconductors critical sectors[48].

The report presents recommendations to strengthen the resilience of supply chains in semiconductor manufacturing areas, including investing in domestic production and innovation capabilities, enhancing the government's role as a purchaser of critical goods, and working with allies and partners to decrease vulnerabilities in global supply chains. According to the White

[46] *THE WHITE HOUSE. Building Resilient Supply Chains, Revitalizing American Manufacturing, and Fostering Broad-Based Growth: 100-Day Reviews under Executive Order 14017*. Washington D.C., June 2021. 37 p. Available at: 100-day-supply-chain-review-report.pdf (whitehouse.gov)

[47] *THE WHITE HOUSE. Building Resilient Supply Chains, Revitalizing American Manufacturing, and Fostering Broad-Based Growth: 100-Day Reviews under Executive Order 14017*. Washington D.C., June 2021. 11 p. Available at: 100-day-supply-chain-review-report.pdf (whitehouse.gov)

[48] THE WHITE HOUSE. Building Resilient Supply Chains, Revitalizing American Manufacturing, and Fostering Broad-Based Growth: 100-Day Reviews under Executive Order 14017. Washington D.C., June 2021. Available at: 100-day-supply-chain-review-report.pdf (whitehouse.gov)

House, the goal of strengthening U.S. supply chains is to promote economic security, national security, and to assure local jobs.[49]

The report includes steps to recruit and train workers to make critical products at home, to invest in research and development that will reduce supply chain vulnerabilities, and to work with America's allies and partners to strengthen collective supply chain resilience. The US government believes that both the public and private sector play critical roles in strengthening supply chains.

The White House report recommends that Congress support at least $50 billion in investments to advance domestic manufacturing of semiconductors, to expand capacity to chips critical manufacturing, industrial, and to promote R&D to ensure the next generation of semiconductors to be developed and produced in the United States[50]. The United States is asking its strategical embassies around the world to help monitor production problems at chip factories and to provide any technical assistance needed to keep them running[51]. As part of the recently passed National Defense Authorization Act for fiscal 2021, Congress authorized federal subsidies for companies investing in domestic semiconductor manufacturing and more federal funding for chip research[52].

Apart from the role that chips play in the U.S. automobile economy, the 100-day review of U.S. supply chain vulnerabilities also recognizes semiconductors as an essential component to national security. Semiconductors enable the development of advanced weapons systems and control the operation of the nation's infrastructure. They are fundamental to the operation of virtually military systems, including communication and navigation systems and complex weapons systems. They are keen to technologies of the future, including artificial intelligence and 5G, which will be essential to achieving the goal of a dynamic, inclusive, and innovative national economy[53]. In addition to that, the development of advanced autonomous systems,

[49] Experts React: Assessing the White House 100-Day Supply Chain Review | Center for Strategic and International Studies (csis.org)

[50] THE WHITE HOUSE FACT SHEET: Biden-Harris Administration Announces Supply Chain Disruptions Task Force to Address Short-Term Supply Chain Discontinuities. June 8, 2021. Available at: FACT SHEET: Biden-Harris Administration Announces Supply Chain Disruptions Task Force to Address Short-Term Supply Chain Discontinuities | The White House

[51] WHALEN, Jeanne. Semiconductor shortage that has hobbled manufacturing worldwide is getting worse. The Washington Post. September 23, 2021. Available at: Chip shortage worsens for automakers - The Washington Post

[52] H.R. 6395 – 116th Congress (2020-2021) National Defense Authorization Act for fiscal 2021 (2020, January 3) Available at: BILLS-116hr6395enr (1).pdf

[53] THE WHITE HOUSE, Renewing America's Advantages: Interim National Security Strategic Guidance". Washington DC, March 2021. Available at: 2021_Interim.pdf (nssarchive.us)

cybersecurity, space and hypersonic aircrafts, and energy is also dependent on semiconductor technologies. Semiconductors have also been an enabling technology for finding treatments, caring for patients, working and studying from home, and ordering groceries and other essential products, demonstrating the important role of semiconductors in modern society[54].

Another subject highlighted in the 100-day review of U.S. supply chain vulnerabilities report, is the need to strengthen international trade rules, including trade enforcement mechanisms. According to the report, in too many circumstances, unfair foreign subsidies and other trade practices have adversely impacted U.S. manufacturing and U.S. competitiveness. The practice of dumping and subsidizes, makes foreign industries gain market share and then offer cheaper products to wipe out competition, causing injury to domestic firms. The study enhances the need to reinforce trade remedies polices, at the same time as it examines how existing U.S. trade agreements and future trade measures, can help strengthen the United States and collective supply chain resilience. In this matter, the study outstands for recommending that supply chain resilience must be incorporated into the U.S. trade policy approach towards China[55].

3.4 The Chip crisis and US trade tensions with China

US and China trade tensions have risen significantly in the past years. Since 2017, the US and Chinese administrations, under President Donald Trump and President Xi Jinping governments, respectively, have created a scenario of trade tariffs and export restrictions that contributed to significant semiconductor supply chain disruptions. These disruptions became more acute after the imposition of trade barriers to Huawei in 2019, the world's largest communications equipment and second-largest smartphone manufacture. In 2019 and 2020, the U.S. government restricted American companies from selling and exporting certain technologies to the Semiconductor Manufacturing International Corporation (SMIC), which is partially owned by the Chinese government, and detains about 10% of the world's chip production. These trade barriers have holed back the Chinese chipmaker production capacity[56].

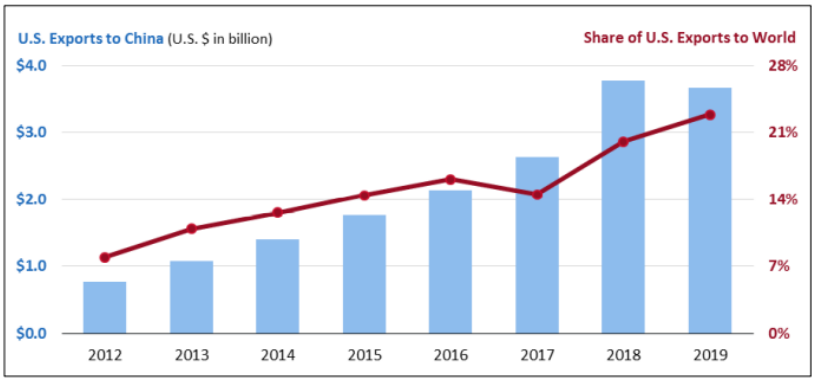
[54] THE WHITE HOUSE. *Building Resilient Supply Chains, Revitalizing American Manufacturing, and Fostering Broad-Based Growth: 100-Day Reviews under Executive Order 14017*. Washington D.C., June 2021. 21 p. Available at: 100-day-supply-chain-review-report.pdf (whitehouse.gov)

[55] THE WHITE HOUSE. *Building Resilient Supply Chains, Revitalizing American Manufacturing, and Fostering Broad-Based Growth: 100-Day Reviews under Executive Order 14017*. Washington D.C., June 2021. 16 p. Available at: 100-day-supply-chain-review-report.pdf (whitehouse.gov)

[56] PIRKIN, William *Chip Shortages: Created by Demand, Geopolitics, Pandemic and Mother Natur*e. State Street Global Advisors. chip-shortages-created-by-demand.pdf (ssga.com)

Furthermore, The United States imposed 25% tariff[57] on semiconductors from China under Special 301 Report[58], based on China's lack of protection of intellectual property rights and forced technology transfer. Trade tariffs can reduce China's capacity to supply chips to the American market and cause further trade retaliations. Due to China's dominance in the electronics assembly industry, U.S. high tech chipmakers are also heavily dependent on sales to China, most of which are then re-exported when contained in end products, including consumer electronics and appliances. Leading U.S.-headquartered semiconductor equipment firms depend on overseas sales, including sales to China, for approximately 90% of their revenue.[59] The importance of U.S. semiconductors fabrication equipment exported to China is represented in the following chart.

Chart 3: U.S. Exports to China, Share of U.S Exports to the World of S Semiconductor Fabrication Equipment



Source: Congressional Research Service, Complied from U.S. Census Bureau Data[60]

It can be concluded that U.S. exports of semiconductor fabrication equipment to China has increased approximately 300% from 2012 to 2019. China's imports of U.S. semiconductor equipment have become a concern for U.S. Government, because it is seen to contribute importantly to the development of China's semiconductor industry capacity. Since May 2020, the Department of Commerce (DOC) has established polices to restrict the sale of chips that are

[57] WORLD TRADE ORGANIZATION. United Stated – Tariff Measures on certain goods from China. 15 September 2020. Available at: 543r_e.pdf (wto.org)

[58] OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE. 2019 Special 301 Report. Washington D.C. April 2019. Available at: 2019_Special_301_Report.pdf (ustr.gov)

[59] John VerWey, The Health and Competitiveness of the U.S. Semiconductor Manufacturing Equipment Industry, USITC, Working Paper ID-058, July 2019, p. 5.

[60] PLATZER, Michaela., SARGENT, John, and SUTTER, Karen, *Semiconductors: U.S. Industry, Global Competition, and Federal Policy R46581*. **Congressional Research Service** October 26, 2020. Available at semiconductors: U.S. Industry, Global Competition, and Federal Policy (congress.gov)

fabricated using any U.S. design software or technology, to Huawei Technologies Co. and its affiliates[61].

3.5 China increasing semiconductor industry capacity

Grey-zone activity from China has been seen, particularly in Taiwan, the world largest chip producer. Their vulnerability is given their geographic proximity to China, and cultural and linguistic similarities. China's efforts to increase its semiconductor fabrication has been seen through IP theft and Chinese attempts to attract Taiwan's specialized engineering workforce. That is being compounded by other forms of grey-zone activities from China, such as military intimidation efforts by frequent incursions of Taiwanese airspace. It's very unlikely for China to invade Taiwan for the specific goal of gaining control of Taiwan's semiconductor industry, grey-zone tactics are a much more likely strategies for China to gain semiconductors control. Although China's attempt to control Taiwan's semiconductor industry by military force is a low-probability scenario, it can lead to high impact scenario for the American economy, and has, therefore, to be closely monitored[62].

China's potential to shift global semiconductor production and related design and research capabilities to its national territory, can affect the competitiveness of U.S. firms. China's global share of semiconductor fabrication capacity grew from 8% in 2015 to 12% in 2019, while Taiwan's world share capacity decreased from 24% in 2015, to 22% in 2019. North America (primarily the United States) ranked fifth in semiconductor fabrication capacity, accounting for 11% of worldwide capacity, down from 13% in 2015[63]. South Korea ranked first, followed by Taiwan and Japan, represented in the following table.

\

[61] Bureau of Industry and Security (BIS), "Commerce Addresses Huawei's Efforts to Undermine Entity List, Restricts Products Designed and Produced with U.S. Technologies," press release, May 15, 2020, at https://www.commerce.gov/news/press-releases/2020/05/commerce-addresses-huaweis-efforts-undermine-entity-list-restricts

[62] RASSER, Martjin. *THE GLOBAL SEMICONDUCTOR SHORTAGE, INTERNATIONAL SECURITY, & U.S – CHINA TECH COMPETITION.* CDA Institute. Canada. Jun 15, 2021. Available at: The Global Semiconductor Shortage, International Security, & U.S – China Tech Competition | CDA Institute

[63] Semiconductors: U.S. Industry, Global Competition, and Federal Policy . Congressional Research Service October 26, 2020. Available at Semiconductors: U.S. Industry, Global Competition, and Federal Policy (congress.gov)

Table 1: Semiconductor Fabrication Capacity

300mm Equivalent Wafer Capacity by Country/Region, 2015 and 2019

Country/Region	2015	2019
South Korea	26%	28%
Taiwan	24%	22%
Japan	18%	16%
China	8%	12%
North America	13%	11%
Europe	3%	3%
Rest of World (ROW)	9%	7%

Source: IC Insights, Global Wafer Capacity 2020-2024[64]

As pointed by the table, China's share of the global semiconductor industry is relatively small, and its companies produce mostly low-end chips. Nevertheless, the country is making efforts to develop a high capacity, vertically integrated semiconductor industry that by 2030. China's share of semiconductor wafer capacity is expected to grow to 28 percent by 2030. The Chinese Government is devoting $100 billion in subsidies to its semiconductor industry, including the development of 60 new manufacturing facilities.78 U.S. firms see their future competitiveness and ability to innovate threatened as a result of Chinese subsidies fundings for semiconductors.[65]

4. CONCLUSIONS

Analyzing Ford's trajectory while becoming a multinational company, it can be concluded that the firm has taken different strategies along the time to assure the success of operation flows across borders, with a hierarchical prevalent way of governance.

As Ford first started to reach economy of scale with the moving assembly line, between 1908 and 1918 they had to invest in integration and in-house production of most parts. Mass production, organization and sensitive-time activities had the effect of making vertical integration necessary at that point.

[64] IC Insights, Global Wafer Capacity 2020-2024, February 13, 2020, p. 1, at https://www.icinsights.com/services/ global-wafer-capacity/report-contents/

[65] THE WHITE HOUSE. *Building Resilient Supply Chains, Revitalizing American Manufacturing, and Fostering Broad-Based Growth: 100-Day Reviews under Executive Order 14017*. Washington D.C., June 2021. 16 p. Available at: 100-day-supply-chain-review-report.pdf (whitehouse.gov)

As Ford started to expand its market globally, in Europe and Asia, and trade barriers were reduced, with free trade zones and regional integration, they had to decentralize its production, with scattered production plants, seeking for regional and intra-regional specializations, also with a new approach of flexibility that could be derived from outside suppliers. Despite the decentralization, Ford has focused on standardization and hierarchical control of its production plants, all of which were affiliates from the American parent.

Furthermore, Ford has also established an alliance with the Japanese company Mazda, to expand globally. They divided activities related to design, manufacturing, product development and product lines. Ford has also strengthened its integration process by reinforcing its control over Mazda in 1996, as a form of keeping control of its productions and sales strategies.

Having this said, analyzing the economic crises of Ford automobile production during the pandemic linked to the shortage of chips along its supply chain, it can be concluded that it has been caused by an outsource of its production from independent suppliers, in a relation established with a low level of power asymmetry and control.

As chip manufacturers seized the opportunity and prioritized their production to highly-needed and most profitable consumers of electronic products for mobile phones, computers, and video games instead of the automobile industry, it can be linked to the global value chain governance described by Gary Gereffi in his article[66] as the Market governance type, which prices regulate the input and output flow of the supply chain, and suppliers prioritize to sell their products to markets which can offer the highest profits and demand volume, while costs of switching to new partners are low.

Looking at the efforts addressed by the American government after seeing the chip crisis as a geopolitical matter, to strengthen collective supply chain resilience, by enhancing diplomacy strategies, monitor production problems at chip factories and asking for help to Taiwan and China governments in freeing up capacity to meet U.S. auto industry shortages, providing them with any technical assistance needed to keep their industries running and trying to bring trade relationship closer with allies that share American values, it can be linked to the global value chain governance described by Gary Gereffi[67] in his article as the Relational governance type for global value chains, as it tries to use diplomacy relations, as a connection built over the years sharing common values, to monitor and pressure global chip suppliers in other countries.

[66] GEREFFI, Gary. The governance of global value chains. Review of International Political Economy, vol. 12, 2005, Issue 1. Available at: https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09692290500049805 p.89

[67] GEREFFI, Gary. The governance of global value chains. Review of International Political Economy, vol. 12, 2005, Issue 1. Available at: https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09692290500049805 p.89

When looking at efforts made by the American Government to invest in domestic production and innovation capabilities inside the U.S., by recruiting and training workers to make critical products nationally, to investing in research and development internally, to expand capacity to chips critical manufacturing, to ensure the next generation of semiconductors to be developed and produced in the United States, it can be linked to the global value chain governance described by Gary Gereffi as a Hierarchical governance strategy, involving high level of investment, coordination and synchrony between suppliers and buyers, high level of control of input and output flows, and intellectual property, which can be better coordinated and enforced by the American Government, since firms will be inside their territory and jurisdiction, excluding geopolitical risks from outside suppliers.

Therefore, in order to have greater control, coordination, degree and power of chips suppliers (an essential part of cars production, that has shown to be time sensitive), Ford and the American Government must seek to establish a governance relation with a higher level of power over its semiconductor suppliers, to strengthen their relation and assure supply chain inputs fulfillments.

Captive or Relational governance relations with chip suppliers may be an alternative to strengthen their connections, if Ford could detain the output of most or the total of a semiconductor firm production, making suppliers dependent on Ford demands and enable to make outside sale linkages. Making connections through reputation and values compatibilities, using relational skills, geopolitical and diplomacy linkages, may also be an alternative, but it is known that this type of governance are built up over time and still involves risks.

As a more effective and immediate change of the current scenario, investing in a hierarchical governance type in national territory for the chip supply may be the best option. To keep this core part of automobile production in house, would bring the highest level of control and explicit coordination for Ford's supply chain, which would manage the time and volume of chip production, according to its specific needs, avoiding geopolitical risks and unpredictability. Firms that seek strategies of mass production may find it desirable to increase either forward or backward vertical integration, to protect their sources of supply and distribution networks, so they can achieve economies of scale and assure return in investments[68].

[68] LANGLOIS, Richard and ROBERTSON, Paul. *Explaining Vertical Integration: Lessons from the American Automobile Industry Journal of Economic History*, Volume 49, Issue 2, The Tasks of Economic History, 1989). 374 p. Available at: lang.pdf (usp.br)

Finally, looking at China's capacity reduction to supply chips to the American market and trade retaliations, caused by imposition of the 25% tariff[69] on semiconductors from China under Special 301 Report[70] by the U.S, it can be concluded that governmental studies about shortage supply risks and domestic production capacity and domestic market demand are trivial before enforcing trade measures to a country. Sometimes trade barriers can bring more economic injuries than benefits to a country. In order to forecast possible lack of a product, and to measure the real production capacity of national industry or alternative origins, assuring that the national demand will be fulfilled when applying trade barriers to a supplier country, previous economic studies involving these matters are, therefore, highly recommended to be done by the International Trade Administration. Examples of such studies are Public Interest Tests, which several countries, such as Brazil[71], United Kingdom[72], E.U. Countries[73], New Zealand[74], Canada[75], among others, have adopted, as a form of measuring whether the implementation of a proposed trade measure is in the wider economic interest for the Country or not, that is, if its economic benefits will overcome its negative impacts.

[69] WORLD TRADE ORGANIZATION. United Stated – Tariff Measures on certain goods from China. 15 September 2020. Available at: 543r_e.pdf (wto.org)

[70] OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE. 2019 Special 301 Report. Washington D.C. April 2019. Available at: 2019_Special_301_Report.pdf (ustr.gov)

[71] Defesa Comercial e Interesse Público — Português (Brasil) (www.gov.br)

[72] How we apply the Economic Interest Test - GOV.UK (www.gov.uk)

[73] EUR-Lex - 32016R1037 - EN - EUR-Lex (europa.eu)

[74] Trade (Anti-dumping and Countervailing Duties) Amendment Act 2017 No 21, Public Act 13 Sections 10 and 10A replaced – New Zealand Legislation

[75] SIMA Handbook (cbsa-asfc.gc.ca)

PARTE 2 – TÓPICOS ESPECIAIS DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA

11. CRISE QUANTO AOS OBJETIVOS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: É A HORA DE LEVAR O BARCO DEVAGAR.

11. CRISIS OVER COMPETITION LAW OBJECTIVES: IT'S TIME TO TAKE THE BOAT SLOWLY.

Luiz Guilherme Ros

> *Uma precisão se faz necessária, do ponto de vista histórico: o direito da concorrência tal como o conhecemos hoje não é o mesmo de suas origens. Ele tem sofrido mutações qualitativas importantes, ligadas às dos meios de produção, e tão-relevantes, que nos podem levar, até mesmo, a supor que se trata de novos ramos do direito que foram criados. (BAPTISTA, 1996, p. 4)*

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca fazer uma análise histórica do surgimento e desenvolvimento do direito concorrencial, bem como as correntes de pensamento que influenciaram a sua criação e evolução, bem como os objetivos que conduziram a política de defesa da concorrência e as divergências de posicionamento existentes na doutrina sobre o tema.

Faz parte do presente artigo, como sendo o primeiro capítulo deste trabalho, a presente introdução. Por sua vez, o segundo capítulo do presente artigo abordará o que motivou e como se deu o nascimento do direito concorrencial no cenário norte americano.

Conforme será visto, o direito concorrencial nasce com o objetivo de combater os *trusts* e para tanto surge no cenário norte-americano as primeiras leis de defesa da concorrência. A legislação da época possuía uma abordagem multidimensional e utilizava-se dos mais diversos objetivos para atingir sua finalidade. O direito antitruste, nesse cenário, não nasceu para proteger o ambiente concorrencial, mas sim para proteger as pequenas empresas e os trabalhadores de grandes conglomerados.

O terceiro capítulo, por sua vez, apresentará a primeira corrente de pensamento que balizou o direito concorrencial, denominada de Escola de Harvard. Segundo preconizado por essa escola, as estruturas de mercado concentradas, fossem elas oligopolísticas ou monopolísticas, seriam, em si mesmas, prejudiciais ao mercado. Talhou-se por Louis Brandeis, membro da Suprema Corte Norte Americana entre 1916 e 1939 frases que sintetizavam esse pensamento, tal como "*big is bad*" e "*small is beautiful*".

Além disso, ao longo do capítulo terceiro, também será apresentado como se deu o declínio do pensamento estruturalista. Conforme será apresentado, com o passar do tempo, a utilização de critérios não bem estabelecidos, pautados em objetivos sociopolíticos importou em significativa insegurança jurídica para empresas[1], que passaram a ver a instrumentalização do direito da concorrência para o atingimento de finalidades diversas do que deveria ser a sua preocupação. Nesse contexto, passou-se a considerar práticas verticais ainda que fossem *prima facie* lícitas e pró competitivas como per se ilícitas, especialmente quando praticadas por firmas dominantes. Também se passou a bloquear fusões e aquisições que não tinham potencial de causar qualquer efeito anticompetitivo no mercado[2].

Com isso, passou-se a verificar que a intervenção do estado no domínio econômico com fulcro no direito concorrencial estaria sendo mais prejudicial que benéfica para a economia, pois em diversas situações teria ocorrido falsas condenações, isto é, condutas lícitas que estariam sendo condenadas pela autoridade com base em uma suposta violação às leis antitruste. Tal fato importaria em insegurança jurídica ao ambiente econômico, diminuição da competição e do alcance de eficiências que seriam repassadas ao consumidor por meio de menores preços ou de produtos inovativos, importando em restrições indevidas ao desenvolvimento econômico.

Diante disso, e como será visto no quarto capítulo, e sob a influência do pensamento neoliberal, começa a ganhar força na década de 60 um pensamento mais liberal, baseado na ideia de que o Estado deveria, ao máximo, evitar de intervir no domínio econômico[3], possibilitando que as empresas buscassem competir de maneira mais vigorosa no mercado. Essa corrente de pensamento, denominada de Escola de Chicago que entendia que as leis de defesa da concorrência possuiriam um único objetivo econômico, qual seja: o *consumer welfare.*

Também ao longo do quarto capítulo se apresentará como se perdurou ao longo de vários anos a corrente de pensamento de Chicago, bem como o seu declínio. Assim, como será visto, durante várias décadas o direito antitruste se desenvolveu sob esse mantra, isto é, que as intervenções do Estado no domínio econômico com base nesta legislação só deveriam ocorrer quando determinadas práticas de mercado importassem na redução do bem-estar do consumidor. Assim, práticas de mercado somente deveriam ser sancionadas quando

[1] Vide: BORK (1993, P.50) e HOVENKAMP (2018, P.93)

[2] Vide: SHAPIRO (2018, P. 745).

[3] Utiliza-se aqui do conceito exposto por Eros Grau de intervenção do Estado no Domínio Econômico por direção, por meio do qual o Estado, por meio de sua atuação por agências ou outras autoridades exerce mecanismos de pressão sobre o mercado, ao qual são atribuídas posturas e comportamentos compulsórios. (*GRAU, 2003)*

resultassem em um efeito líquido negativo sob o consumidor, independentemente da estrutura do mercado que estaria sendo analisado.

Ocorre que, atualmente, como será visto no quinto capítulo, passou-se a questionar essa visão singular do objetivo do direito da concorrência que teria sido incapaz de impedir a formação de grandes conglomerados econômicos, especialmente as *big techs.* Essa nova corrente, denominada de "hipster do antitruste" ou neobrandesianistas passou a advogar por um retorno às origens dos objetivos do antitruste. Segundo estes, o direito concorrencial deveria ter uma abordagem multidimensional, levando em consideração conceitos políticos, sociais e, também, econômicos.

Por fim, o sexto capítulo apresentará a conclusão sobre o tema abordado.

2. O NASCIMENTO DO DIREITO ANTITRUSTE

O direito concorrencial nasceu, e se desenvolveu, na América do Norte. A primeira legislação que se tem registro é canadense e denominada de *Competition Act (1885)*[4]. Por sua vez, o desenvolvimento do direito concorrencial – bem como a proporção alcançada por esse sub-ramo – está nos Estados Unidos.

O início da discussão referente a este sub-ramo, por sua vez, remonta ao ano de 1877, quando um movimento grevista deflagrado pelos empregados ferroviários no Estado da Virgínia do Oeste difundiu-se por todo o cenário norte-americano e importou em um massivo bloqueio dos meios de transporte de mercadorias, ocasionando um significativo desabastecimento dos principais centros urbanos do país[5].

Esse movimento, que se alastrou por diversos segmentos econômicos contou com apoio de diversas autoridades públicas, bem como de agentes privados, tomando proporções significativas na economia e no sistema político norte-americano. A principal insatisfação existente, à época, dizia respeito ao poder obtido por grandes conglomerados (*trusts*)[6] e,

[4] GABAN e DOMINGUES (2004, P.4): O pioneirismo do direito da concorrência é creditado ao Canadá que, em 1889, editou o *Act for the prevention and supression of combinations formed in restraint of trade*, cuja finalidade era atacar arranjos ou combinações voltados a restringir o comércio mediante a fixação de preços ou a restrição da produção (carteis), o que foi incorporado três anos depois ao primeiro Código Penal do Canadá. Nessa legislação explicitou-se que a fixação de preços e outros acordos entre competidores eram espécies de condutas abusivas.

[5] Para maiores informações, vide: FERRAZ (2014).

[6] U.S. antitrust was born in 1890 out of a concern for the power and exploitations of the new, large, and powerful business organizations called trusts. (FOX, 2013, P.1)

consequentemente, a forma como tais agentes privados tinham capacidade de intervir no cenário político-econômico, fazendo valer os seus interesses a todo custo[7].

Não por outra razão que, à época, os *trusts* e, consequentemente, o direito antitruste, cuja nomenclatura daí advém, encontrava-se no centro dos debates relativos às candidaturas à Presidência da República norte-americana, sendo ponto comum entre os candidatos o repúdio aos *trusts* e a promessa em combatê-los[8].

Dito e feito: visando deter estes conglomerados e seus efeitos prejudiciais ao mercado e aos consumidores surge o *Sherman Act* (1890), posteriormente, complementada pelo *Clayton Act* (1914) e pelo *FTC Act* (1914)[9].

Calixto Salomão[10] alega que o surgimento do *Sherman Act* estaria vinculado à proteção ao consumidor. Paula Forgioni[11], por sua vez, defende que a legislação teria sido editada com o propósito de proteger o próprio mercado, que se autodestruindo em razão do excesso de liberdade econômica e ausência de controle pelas autoridades. Lina Khan[12] alude, nesse sentido, que o objetivo da Lei seria o de preservar os mercados "abertos", bem como aumentar as oportunidades para novos entrantes, evitando-se assim que grandes corporações pudessem extrair riquezas de consumidores e produtores, e, consequentemente, a concentração e o abuso do mercado.

O Sherman Act, portanto, representaria a salvação do liberalismo que, sem a regulação proposta, permitiria concentrações monopolísticas e formação de grandes conglomerados e

[7] Característico desse posicionamento é a charge exposta por SCHAPIRO (2018, P.2) em seu trabalho. Segundo o desenho lá apresentado, os trusts eram vistos como "chefes" dos senadores e, consequentemente, os agentes políticos mais importantes do cenário norte americano.

[8] Para maiores informações, vide: FERRAZ (2014).

[9] Not since 1912, when Teddy Roosevelt ran for President emphasizing the need to control corporate power, have antitrust issues had such political salience. While Roosevelt did not win, Congress passed the Federal Trade Commission Act and the Clayton Act in 1914, significantly strengthening the Sherman Act. (SCHAPIRO (2015, P. 715):

[10] A exposição dos fatores político-econômicos relevantes para aprovação do Sherman Act permite focalizar corretamente a questão. Em primeiro lugar, fica bastante evidente que a maior preocupação relativamente aos monopólios naquela época eram os efeitos econômicos negativos sobre o consumidor. SALOMÃO (2007, P. 71)

[11] Com efeito, essa legislação deve ser entendida como o mais significativo diploma legal que corporificou a reação contra a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos, procurando disciplinã-la. Não se deve dizer que o Sherman Act constitui uma reação ao liberalismo econômico, pois visava, justamente, a corrigir distorções que eram trazidas pela excessiva acumulação de capital, ou seja, corrigir as distorções criadas pelo próprio sistema liberal. Não obstante a opinião contrária de parte da doutrina norte-americana, o Sherman Act tratou, em um primeiro momento, de tutelar o mercado (ou o sistema de produção) contra seus efeitos autodestrutíveis FORGIONI (2012, p. 65 e 66).

[12] Taken as a whole, the antitrust laws were intended to preserve open markets and enhance opportunity, prevent large firms from extracting wealth from producers and consumers, and safeguard against extreme concentrations of private power. KHAN (2018, P. 7)

carteis que distorceriam as regras naturais de competição. Essa visão, extremamente populista[13] buscava estabelecer como grupo a ser protegido pela legislação as pequenos empresas, trabalhadores, comerciantes e fazendeiros[14].

Nesse sentido, e para combater as diversas facetas do abuso de poder econômico e político, o Direito Antitruste nasceu sem um norte, ou melhor, sem um objetivo claro e bem definido. A meu ver, contudo, a ausência de rumo não era problemática, pois o aspecto central destas legislações era combater conglomerados econômicos muito poderosos que tinham grande influência sob o sistema econômico e político e não, necessariamente, proteger o mercado e a livre concorrência. Não era relevante, portanto, o meio utilizado para combater os *trusts*, mas o seu fim, qual seja: erradicar os *trusts,* os carteis e a estruturas de mercado concentradas da economia norte americana.

Ao longo da sua evolução, e conforme será demonstrado adiante nos capítulos terceiro e quarto, a política e o direito antitruste foi fortemente influenciada por duas correntes de pensamento, quais sejam: a Escola de Harvard, cujo pensamento dominante permaneceu até a década de 60 e a Escola de Chicago, pensamento dominante até os dias atuais[15], mas que vem tendo suas conclusões e objetivos questionadas por uma nova (ou velha) corrente.

3. A ESCOLA DE HARVARD

Conforme se verá no primeiro capítulo, o pensamento que influenciou o nascimento e o desenvolvimento inicial do direito antitruste foi a Escola de Harvard. Especialmente preocupadas com as estruturas de mercado concentradas, esta corrente de pensamento tinha em mente que o principal objetivo do direito antitruste seria a manutenção de um mercado plural, com diversidade de concorrentes, preferencialmente de pequeno porte.

[13] One scholar has recently characterized antitrust populism as emphasizing social divides by using exaggerated claims. (ORBACH, 2017, P.7)

[14] The Sherman Act was passed in 1890, prior to the beginning of the Progressive Era, and it reflected largely populist concerns. Although both Gilded Age populism and progressivism tilted left in important respects, there were sharp differences between them. Populism was to a much greater extent "politics in the raw," with small business and farmers being the principal interest groups seeking protection. The perceived threats were big business, with a focus mainly on railroads and banks. Populism was initially heavily agrarian, and only later became aligned with the much more urban labor movement. As most populist movements, it was also quite anti-intellectual, strongly suspicious of higher learning. (...) The first set of explicitly progressive antitrust reforms were the Clayton Act and the Federal Trade Commission Act ("FTC Act"), both passed in 1914 during Woodrow Wilson's first term. HOVENKAMP (2018, P. 77,78)

[15] Não se busca aqui fazer uma revisão bibliográfica de todas as escolas de pensamento que influenciaram o direito concorrencial, visto que seria necessário apresentar, também outras relevantes correntes, tais como a Escola Austríaca, a Escola Ordoliberal dentre outras.

3.1. SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DA ESCOLA DE HARVARD

A Escola de Harvard, também denominada Escola Estruturalista ou Populista, foi, naturalmente, fortemente influenciada pela realidade da sua época, isto é, grandes corporações que com amplo poder econômico e político faziam valer seus interesses em detrimento dos pequenos comerciantes, consumidores, trabalhadores, bem como boa parte da economia e da sociedade.

Não existia dúvida, tal como não existe hoje, que o abuso de poder de mercado possui efeitos nefastos sob a economia e a sociedade e devem ser reprimidos. Para tanto, e escorado no pensamento da Escola de Harvard, as autoridades americanas passaram a condenar uma série de práticas perpetradas por empresas dominantes, tais como práticas verticais e fusões e aquisições realizadas por esses *players*.

Tal corrente de pensamento acreditava que estruturas de mercado concentradas eram prejudiciais à sociedade, assim tanto os mercados monopolísticos, quanto os oligopolísticos eram vistos como problemáticos aos consumidores e aos pequenos produtores e, por conseguinte, ao próprio mercado e à economia norte americana[16].

Influenciada por Edward Chamberlain, Edward Mason e Joe Bain, tal corrente indicava que o direito da concorrência deveria focar na proteção dos pequenos *players*, buscando atingir a distribuição de riqueza na sociedade[17], proteção aos pequenos negócios e aos pequenos comerciantes[18], concentração do poder político[19], preservação do processo competitivo por meio da manutenção de um mercado plural, com diversos concorrentes[20], bem como outros aspectos sociais e políticos, pautando-se sempre na desconcentração do poder de mercado detido pelas grandes corporações.

[16] Como aponta KHAN (2018, P.4): This is troubling because monopolies and oligopolies produce a host of harms. They depress wages and salaries, raise consumer costs, block entrepreneurship, stunt investment, retard innovation, and render supply chains and complex systems highly fragile. Dominant firms' economic power allows them, in turn, to concentrate political power, which they then use to win favorable policies and further entrench their dominance.

[17] Para maiores informações vide: BAKER e SALOP (2017)

[18] Visão essa que foi fortemente influenciada por Louis Brandeis, ex membro da Suprema Corte Norte Americana. Nesse sentido expõe GUIMARÃES, Marcelo C. O hipster antitrust seria realmente neo-brandeisiano? 2021. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-hipster-antitrust-seria-realmente-neo-brandeisiano-05062021, in verbis: É evidente que a tese de Brandeis partia do pressuposto de que o mais importante para a concorrência é a estrutura do mercado, incluindo o número de players, em linha com o modelo estruturalista da Escola de Harvard.

[19] Para maiores informações vide: WALLER (2019) e PITOFSKY (1979)

[20] From the earliest days of antitrust laws in the United States, the promotion and preservation of democracy was one of the goals of the drafters and supporters of state and federal antitrust law. While the political content of antitrust law in the United States has waxed and waned over the ensuing decades, competition law and policy has always recognized the need for a pluralism of economic actors and interests. (WALLER, 2019, P. 807)

Não é por outra razão que, à época, a Suprema Corte Norte-Americana emitiu diversas decisões indicando que o objetivo do direito da concorrência abarcaria objetivos políticos, sociais e, também, econômicos. Vale lembrar que a primeira decisão que debateu os objetivos do antitruste deu-se em 1897, apenas sete anos após o advento do Sherman Act, no julgamento do caso United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n (166 U.S. 290 323, 1897). Neste caso, a Suprema Corte Norte-Americana entendeu que o objetivo do antitruste era "proteger pequenos comerciantes e homens de valor", ainda que isto custasse o aumento dos preços das *commodities* nacionais.

Como expõe JASPER (2019, P. 12), e enquanto perdurou como pensamento dominante a escola de Harvard, a Suprema Corte ampliou de maneira significativa qual seria o objetivo do direito da concorrência. Nesse contexto, em diversos precedentes, declarou que o *Sherman Act* teria como objetivo o seguinte: (i) prevenir a concentração de mercado, preservando, quando possível, a organização das indústrias em pequenas unidades concorrentes; (ii) proteger a liberdade das empresas de vender bens (freedom to trade); (iii) proteger o público das falhas de mercado; (iv) preservar a liberdade das empresas de competir com "vigor, imaginação, devoção e engenhosidade"; (v) proibir práticas que impeçam o acesso de empresas ao mercado; (vi) assegurar igualdade de oportunidade e proteger o público de monopólios e cartéis; e (vii) apresentar uma bússola de liberdade econômica para preservar a livre concorrência.

Vê-se, portanto, que direito da concorrência não estava atrelado a um único objetivo econômico[21], sendo bastante clara a tendência para que a o direito da concorrência deveria levar em consideração interesses públicos em sentido amplo, passando a incorporar fins meta-jurídicos ou sociopolíticos[22].

Ocorre que, essa visão ampla, com múltiplos objetivos voltados a aspectos sociais, costumeiramente confundidos com conceitos populistas, acabou conduzindo a uma insegurança jurídica significativa, pois os objetivos do antitruste eram utilizados indiscriminadamente para alcançar finalidades que não envolviam, necessariamente, a proteção do mercado. Assim,

[21] Como explica BUCHAIN (2014, P.235) A outra vertente [Escola de Harvard], denominada de abordagem não econômica ou de interesse público, defende que a política de concorrência decorre de múltiplos valores, os quais não são facilmente quantificados nem podem ser exclusivamente representados e reduzidos ao conceito objetivo de eficiência econômica, isso porque a multiplicidade de valores refletidos em toda a cultura social e suas instituições devem ser recebidas como elementos de aplicação de defesa da concorrência.

[22] Como expõe a BUCHAIN (2014, P. 248): As tentativas de incorporar tantos objetivos na política da concorrência tende a gerar uma interpretação incorreta e o desvirtuamento de sua aplicação. Torna-se pouco provável que um arcabouço legislativo expresse padrões claros e economicamente precisos de comportamento no mercado concorrencial ao tentar alcançar objetivos diversos. Ao contrário, leis dessa natureza podem gerar distorções no mercado e o enfraquecimento do processo concorrencial.

diversas empresas dominantes em seus mercados passaram a temer que suas práticas, ainda que eficientes e aumentassem o bem-estar do consumidor, pudessem vir a ser sancionadas pelas autoridades.

3.2. A DECADÊNCIA DO PENSAMENTO ESTRUTURALISTA

Como se viu, a Escola de Harvard preconizava pela proteção de uma estrutura de mercado desconcentrada, com a maior quantidade possível de agentes econômicos, preferencialmente pequenas empresas, impedindo-se a formação de mercados oligopolizados ou monopolísticos. Em contraposição a essa visão, nas décadas de 1960 e 1970, desenvolve-se a Escola de Chicago, intimamente influenciada pelo pensamento neoliberal, pelo incremento da competição internacional e pelo dinamismo da economia global.

Os teóricos da Escola de Chicago afirmavam que a intervenção estatal seria mais prejudicial do que benéfica aos consumidores e ao mercado[23] pois retiraria o incentivo das empresas, de serem mais eficientes, impedindo o crescimento econômico[24]. Assim as falsas condenações impostas com base no pensamento estruturalista seriam extremamente prejudiciais ao cenário econômico, especialmente diante de agentes econômicos racionais[25], visto que na grande maioria dos casos as práticas seriam lícitas, pró competitivas e benéficas ao consumidor.

Assim, passou-se a argumentar que abordagem multidimensional e sociopolítica do direito concorrencial importaria em raciocínios inconsistentes sobre a sua aplicação, o que culminou na indesejável consequência de impor condenação semelhantes tanto às práticas anticompetitivas, quanto às competitivas[26].

[23] Diante desse excesso de intervenção estatal, a Escola de Chicago passou a entender que as autoridades acabavam por incorrer em dois tipos de erros em suas decisões. De um lado, existiriam os erros de Tipo I, consistente em falsas absolvições, isto é, condutas ilícitas que não eram reprimidas pela autoridade. Por outro lado, existiriam os erros de tipo II, tido como os piores por essa escola, os quais consistiam em condenações erradas, isto é, condutas lícitas e eficientes que acabavam sendo condenadas pelas autoridades, acarretando em falsas condenações.

[24] Segundo SCHAPIRO (2018, P. 745): The fundamental danger that 21st century populism poses to antitrust in that populism will cause us to abandon this core principle and thereby undermine economic growth and deprive consumers of many of the benefits of vigorous but fair competition. Economic growth will be undermined if firms are discouraged from competing vigorously for fear that they will be found to have violated the antitrust laws, or for fear they will be broken up if they are too successful.

[25] Para maiores informações sobre a discussão de teoria dos jogos e agentes econômicos racionais vide: ROS, Luiz Guilherme. Teoria dos jogos para celebração de acordos: Uma análise das ações penais da Lava Jato. 2021. Editora: WebAdvocacy.

[26] Convencionou-se chamar tais "erros" na aplicação da lei de defesa da concorrência como sendo erros do tipo I e erros do tipo II. O Erro Tipo I, ou "Falsa convicção", consiste no ao erro de condenar uma empresa por práticas que na verdade são pró-competitivas. Por sua vez, o Erro Tipo II, ou "Falsa absolvição", refere-se à absolvição de uma empresa envolvida em práticas anticompetitivas.

Nesse cenário, a instrumentalização do direito concorrencial, atrelada à ausência de clareza quanto aplicabilidade das normas concorrências vigentes à época trouxe enorme insegurança jurídica, visto que não existia uma previsibilidade de quais práticas poderiam ser realizadas pelas empresas[27], especialmente aquelas que detinham poder de mercado.

Tal fato, contudo, não há de ser enxergado como algo inesperado ou imprevisível, mas sim como consecutâneo lógico do pensamento estruturalista. Ora, se desde 1897 a Suprema Corte entendia que a proteção do consumidor e das pequenas empresas deveria ser o objetivo central da política antitruste, ainda que isso importasse em um aumento dos custos dos produtos e condenação de empresas pela mera posição dominante, sem ter sido praticada qualquer conduta ilícita. Assim, não deve ser vista com estranheza as críticas que decorreriam desse posicionamento[28-29] e, consequentemente, o desenvolvimento de uma nova corrente de pensamento, baseada em conceitos liberais e menos restritivos.

4. A ESCOLA DE CHICAGO

Como exposto no capítulo terceiro, a Escola de Harvard teve papel fundamental no desenvolvimento da política de defesa da concorrência norte americana. Sua base teórica foi fundamental para permitir que grandes conglomerados que abusavam do seu poder econômico

[27] Como aponta JARDIM (2018, P. 81), o sistema jurídico deve ser entendido como "a empreitada de sujeitar a conduta humana à governança de regras", os quais, para perdurar no tempo deve ser regulado de forma a deixar claro o que exige de uma determinada coletividade. Nesse mesmo sentido, o autor (JARDIM, 2018, P.5) aponta em outro artigo que para dar previsibilidade: um sistema de regras ser qualificado como jurídico, deve almejar perdurar no tempo e, para tanto, não terá outra alternativa senão regular deforma adequada o que exige de uma determinada coletividade. Essa regulação adequada, por sua vez, se dá por meio da observância de oito princípios básicos: o direito deve ser (1) público, (2) prospectivo, (3) claro, (4) consistente, (5) congruente, (6) duradouro, (7) geral e (8) possível de ser cumprido características como jurídico". O filósofo afirma que esses oito princípios da legalidade compõem o que se denomina a "moralidade interna que torna o direito possível".

[28] Nesse sentido, também alude BORK (1978, P. 133): First, antitrust enforcement is a very costly procedure, and it makes no economic sense to spend resources to do as much harm as good. There is then a net economic loss. Second, private restriction of output may be less harmful to consumers than mistaken rules of law that inhibit efficiency. Efficiency that may not be gained in one way may be blocked because other ways are too expensive, but a market position that creates output restriction and higher prices will always be eroded if it is not based upon superior efficiency. Finally, when no affirmative case for intervention is shown, the general preference for freedom should bar legal coercion."

[29] Critical to any coherent antitrust policy is administrability. Simply ticking off concerns and assigning them to antitrust policy is worse than useless unless the concerns can be tied to a coherent set of rules for determining liability and remedies. For example, if we say that small-business protectionism should be an antitrust goal then we must have antitrust rules for implementing it. A rule that simply says that in every antitrust dispute the smaller firm or interests aligned with it should win would drive the economy into the stone age. We would end up condemning mergers simply because they reduce costs, above cost price cuts because smaller firms are unable to match them, or cost-saving vertical integration because unintegrated firms cannot claim the same cost savings. So where does one draw the line? One serious advantage of an output-maximizing rule is that it provides a rational target to shoot at, although one must not exaggerate the ease of implementation. (HOVENKAMP, 2018, P.109).

e político fossem desmantelados, colocando-se freios ao liberalismo econômico. Contudo, e a despeito da sua importância, tal vertente de pensamento acabou por trazer algum grau de insegurança jurídica ao mercado e, também, dificultar o crescimento econômico. Nesse cenário, passou a se desenvolver a Escola de Chicago, pautada em valores liberais, sendo uma vertente de pensamento mais permissiva com práticas verticais e unilaterais. É justamente essa permissividade que acarretou em críticas, como será abordado ao longo do presente capítulo.

4.1. SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DA ESCOLA DE CHICAGO

Essa escola foi fortemente influenciada por um pensamento neoliberal e tinha uma visão extremamente benevolente com as empresas. Acreditava-se que o mercado seria capaz de se autorregular e que a intervenção estatal, independente da de sua operacionalização, tinha mais potencial de lesar o mercado do que corrigir as suas falhas.

Não é à toa, portanto, que levando ao extremo valores liberais, essa escola entendia que práticas verticais seriam, em sua grande maioria, benéficas e teriam o condão de maximizar o bem-estar do consumidor, de modo que o Estado não deveria intervir no domínio econômico para impedir estas condutas. Para além disso, considerava-se que mesmo carteis, haja vista a sua instabilidade[30] não deveriam ser vistos como um problema a longo prazo, pois a sua instabilidade e o interesse dos demais agentes em maximizar a riqueza levariam ao fim da conduta colusiva.

Assim entendia-se que a concepção da Escola de Harvard de que mercados concentrados existiria uma competição falha era ingênua, sendo a concentração de mercado apenas um ponto adicional a ser levado em consideração, mas, de longe, não seria o cerne do direito concorrencial.

A Escola de Chicago, por meio dos expoentes Robert Bork, Frank Easterbrook, Richard Posner e Bowman Jr., consolidou o entendimento de que o direito antitruste deveria se centrar, exclusivamente, no bem-estar econômico pela eficiência, uma vez que, para eles, a competição relaciona-se com a habilidade de expandir a oferta. Ademais, argumentava-se que a política

[30] Sua instabilidade, por outro lado, é consequência das dificuldades inerentes à manutenção prolongada de esquemas ilícitos com participação coletiva e, sobretudo, dos ganhos inerentes às quebras pontuais e traições secretas: se existente o acordo ilícito e, por exemplo, um dos participantes oferece o bem a eventuais consumidores por valor inferior ao acertado pelo cartel, este pode aumentar seus ganhos substancialmente, acima mesmo daqueles obtidos no âmago do acordo. Estes dois fatores, em conjunto, representam a grande dificuldade e as possibilidades que se abrem ao acordo de leniência. Para se obter confissões, é necessário então que se crie um complexo de incentivos que torne mais atraente ao infrator optar por confessar e deixar de auferir os ganhos que vinha obtendo através da prática da infração. RUFINO (2015, 52)

antitruste não precisaria es preocupar diretamente com o aumento do poder aquisitivos, pois atingiria este objetivo indiretamente, ao proibir cartéis e monopólios, focando-se unicamente na eficiência de mercado.

Em suma, e ao contrário da escola estruturalista, a Escola de Chicago apoiava-se em dois principais pressupostos: (i) a melhor política antitruste disponível no mundo real para maximizar eficiência era a obtida a partir da teoria do preço do modelo neoclássico; e (ii) a eficiência econômica cujos resultados são compartilhados com o consumidor seria o objetivo do antitruste[31].

E aqui está o pulo do gato dessa corrente doutrinária: extirpar da análise do direito concorrencial conceitos sociopolíticos[32] e indicar que deveria se focar, exclusivamente, em um conceito econômico, qual seja: o *consumer welfare:*

> *If consumers lose from a practice, then it is counted as inefficient, or anticompetitive, even if producers gain more than consumers lose. The consumer-welfare model is fundamentally neoclassical in its understanding of markets, but it articulates the goal of antitrust as higher output, and thus lower prices.* HOVENKAMP (2018, p. 89)

Ou seja, esse posicionamento lança por terra todo o substrato teórico que suportava a Escola de Harvard, pois entendia que não era o papel do estado a manutenção de uma estrutura de mercado plural, mas sim fomentar que as empresas fossem eficientes e buscassem sempre a maximização do bem-estar do consumidor[33], sendo indiferente a estrutura do mercado, isto é, se um oligopólio, monopólio ou um mercado de concorrência perfeita[34]. O principal enfoque deste pensamento, portanto, recaía sobre ideia de eficiência econômica, buscando sempre o

[31] Como aponta BORK (1978, P.91) [t]he whole task of antitrust can be summed up as the effort to improve allocative efficiency without impairing productive efficiency so greatly as to produce either no gain or a net loss in consumer welfare.

[32] Segundo FOX (2013, P.3) In 1980, American antitrust law had no "paradigm" in the sense of loss or gain that could be calculated. Antitrust was guided by principles. It was for diversity and access to markets; it was against high concentration and abuses of power. Powerful firms were assumed to have incentives to use their power. AAG Baxter introduced a new perspective and a paradigm. He did so most powerfully through merger guidelines.3 The perspective was that business acts are usually efficient (welfare increasing) and should be presumed so. The paradigm was that mergers and conduct are not anticompetitive in the eyes of the antitrust law unless they reduce consumer surplus.

[33] Segundo BAKER (2017, P.19) Greater antitrust enforcement generally would improve the distribution of income and wealth by reducing the impact of market power, particularly if the agencies fully embrace the consumer welfare standard.

[34] Segundo BOUSHEY (2021, P. 6) Basic economic theory demonstrates that when firms have to compete for customers, it leads to lower prices, higher quality goods and services, greater variety, and more innovation. (...) When there is insufficient competition, dominant firms can use their market power to charge higher prices, offer decreased quality, and block potential competitors from entering the market—meaning entrepreneurs and small businesses cannot participate on a level playing field and new ideas cannot become new goods and services.

bem-estar do consumidor[35]. Diante da utilização do *consumer welfare,* portanto, não seria necessária a busca por qualquer outro objetivo.

Dessa forma, passou-se a entender que as empresas deveriam competir vigorosamente pelos consumidores o que importaria na diminuição do valor dos produtos, além de produtos mais inovadores. Nesse contexto, as eficiências alcançadas seriam repassadas aos consumidores, o que importaria na uma melhora no bem-estar do consumidor, de modo que objetivos como distribuição de renda, diminuição de preços, dentre outros objetivos socio políticos, portanto, seriam completamente desnecessários[36] e, inclusive, indesejáveis, visto que conduziriam a insegurança jurídica.

4.2. O MOMENTO ATUAL – CRÍTICA AO PENSAMENTO NEOLIBERAL E RECEIO QUANTO A VOLTA AO PASSADO

Durante décadas a utilização do conceito do *consumer welfare* foi salutar para o desenvolvimento do direito antitruste[37] e proporcionou maior segurança jurídica às empresas decorrente de investigações estatais[38], de modo que a jurisprudência antitruste deixou de ser confusa e passou a ser algo linear e previsível[39].

[35] Como expõe BUCHAIN (2014, P. 235): Assim, para a verve que sustenta a abordagem econômica, a política da concorrência tem como objetivo exclusivo maximizar a eficiência econômica. Segundo essa visão, as políticas públicas da administração para a concorrência não admitem a escolha de objetivos sociopolíticos, tais como a diminuição das desigualdades regionais e outros que foram designados na Carta brasileira, rejeitando-os como ínsitos à política da concorrência porquanto dependem de juízo de valor subjetivo e, por isso mesmo, impossíveis de serem consistentemente aplicados ao direito da concorrência.

[36] Como pontua de maneira brilhante ELZINGA (1977, p. 1194)

[37] The adoption of the consumer welfare standard as antitrust' s lodestar has come with numerous benefits that have reoriented antitrust jurisprudence over the last fifty years to more effectively protect competition. At its core, the consumer welfare standard provides a coherent, workable, and objective framework to replace the multiple, and often contradictory, vague social and political goals that governed antitrust prior to the modern era. By providing a disciplined framework for antitrust analysis, unified under a singular objective, the consumer welfare model fosters the rule of law and helps prevent arbitrary or politically motivated enforcement decisions. Similarly, promoting the use of the consumer welfare approach by competition authorities worldwide reduces the opportunity for enforcers to use their domestic competition laws to pursue non-economic objectives, including a protectionist agenda that targets U.S. and other foreign businesses. By realigning antitrust under a singular objective grounded in economics, the consumer welfare standard heralded the advent of the modern antitrust revolution that squarely rejects populist desires to balance multiple non-economic factors in favor of a consistent and coherent framework focused on the straightforward, but elegant, question of whether a transaction or commercial arrangement makes consumers better off. WRIGHT (2019, P.11).

[38] Como aponta HOVENKAMP (2018, P. 93): But a strictly followed consumer-welfare approach, condemning a restraint or practice only when it realistically threatens an anticompetitive output reduction, has one additional advantage: properly followed, it gets antitrust out of the business of favoring particular special-interest constituencies other than consumers themselves.

[39] Antitrust jurisprudence went from being confused and ineffective to the modern doctrine that can—and does— effectively protect consumers and prevent anticompetitive business practices while allowing practices that are a normal part of the competitive process and benefit consumers. (WRIGHT, Joshua D; et al, 2018, P.8)

Ocorre que para os neo-brandesianistas, chamados por parte da doutrina de "hipster do antitruste[40]" ou "românticos"[41] –, a utilização de um conceito estritamente econômico fez com que o direito antitruste fosse muito permissivo, o que ocasionou – ou ao menos contribuiu – em diversos problemas, tal como concentração de riquezas, aumento das desigualdades, aumento da margem de lucro sem repasse das eficiências para os consumidores, dentre outros[42].

Essa "nova" corrente passou a defender um retorno às origens do antitruste, por meio da qual as autoridades deveriam deixar de utilizar de um conceito econômico único e deveriam reorientar o antitruste para outros objetivos, tais como objetivos sociais e políticos[43]. O "retorno às origens"[44], isto é, ao nascedouro do direito antitruste, faria com que a política concorrencial

[40] Como aponta SCHMIDT (2018, P.1) Hipster Antitrust é uma terminologia que fora cunhada pelo advogado Konstantin Medvedovsky, em junho/2017, tendo sido popularizada com o auxílio do ex-conselheiro do FTC, Joshua D. Wright.

[41] Como aponta SCHREPEL (2019, P.2): Romantics are taking over the antitrust law" (…) Overall, the effectiveness of antitrust authorities should be enhanced by applying reason to antitrust law rather than fears, feelings, or sentiments. The romance must be taken out of antitrust. (...) Antitrust law is the subject of numerous debates questioning its effectiveness in the digital age.

[42] Como aponta SCHAPIRO (2018, P. 718 e 719): A number of progressive think tanks and advocates have issued reports over the past two years documenting the decline in competition in the American economy, linking that decline to increasing inequality, and offering policy proposals to reinvigorate competition policy. The American Antitrust Institute (2016) , a respected organization long commit- ted to more effective antitrust enforcement, published a report in June 2016 entitled "A National Competition Policy: Unpacking the Problem of Declining Competition and Setting Priorities Moving Forward". This report lists three main symptoms of declining competition: rising concentration, higher profits to a few big firms combined with slowing rates of start-up activity, and widening inequality gaps. The report rather boldly claims (p.7): "There is a growing consensus that inadequate antitrust policy has contributed to the concentration problem and associated inequality effects'.

[43] Os artigos anteriores da presente série mostraram a necessidade de que o Direito Antitruste possa levar em consideração outros objetivos que não apenas a proteção do consumidor, ainda mais quando este propósito é compreendido pelo viés restritivo do consumer welfare standard, nos termos propostos pela Escola de Chicago. (...) Mais do que isso, as novas abordagens, naquilo em que superam a visão single-pointed do Direito Antitruste, não apenas não desconhecem a necessidade de proteção do consumidor, como procuram fazê-lo de uma forma ainda mais ampla e efetiva, superando uma série de problemas do restritivo critério da maximização do bem-estar do consumidor. Por essa razão, são pertinentes as críticas no sentido de que a proteção do consumidor deve (i) ser ampliada, buscando resgatar seus compromissos não apenas com preços baixos, mas também com qualidade, diversidade e inovação; e (ii) ser efetiva, deixando de se contentar com meras presunções e conjecturas, muitas das quais dependem de uma série de variáveis no longo prazo, e devendo se basear na avaliação real dos impactos das ações dos agentes titulares de poder econômico sobre os consumidores tanto no curto como no médio e no longo prazo. (FRAZÃO, 2018)

Para este grupo de estudiosos, o antitruste deveria se preocupar não só com os efeitos de condutas anticompetitivas e de estruturas de mercado concentradas, mas, também, com os efeitos relativos a problemas sociais, que abrangem desde os efeitos de uma sociedade mais desigual aos efeitos nocivos da mudança climática, passando por temas relativos ao "interesse nacional" (seja lá o que isso queira dizer). Neste sentido, a crítica feita é a de que observar o bem-estar do consumidor e a eficiência econômica (ideias concernentes à velha escola de Chicago) não seriam mais objetivos da política antitruste suficientes e estes deveriam mudar, para alcançar o bem-estar da sociedade, de forma holística, incorporando uma série de questões, como a equidade e o bem-estar dos trabalhadores. (SCHMIDT, 2018)

[44] Segundo KHAN (2018, P.6): Democrats, meanwhile, last year identified renewed antitrust as a key pillar of their economic agenda, promising to "revisit our antitrust laws to ensure that the economic freedom of all Americans—consumers, workers, and small businesses—come before big corporations that are getting even bigger."

se preocupasse com objetivos mais amplos, renunciando àquilo preconizado pela Escola de Chicago[45].

Como aponta Lina Khan, as autoridades de defesa da concorrência deveriam levar em consideração outros princípios para a consecução da política antitruste, tendo uma aproximação holística para se identificar aos danos causados pelas empresas dominantes, reconhecendo que violações ao direito concorrencial lesariam trabalhadores, firmas independentes e consumidores[46].

Ocorre que, diante da revolução imposta pela Escola de Chicago, que possibilitou um franco e satisfatório desenvolvimento do direito da concorrência, muitos acadêmicos possuem um fundado receio – cujo autor compartilha – de que esse retorno importe em insegurança jurídica às empresas, desestimulo à inovação e, mais problemático, uma instrumentalização do direito da concorrência para atingimento de finalidades diversas que a proteção ao mercado e aos consumidores.

Dessa forma, e como se viu durante diversas décadas o direito antitruste navegou por calmas águas. Inexistiam críticas quanto aos objetivos do direito antitruste, sendo pacífico que a utilização de um conceito estritamente econômico do *consumer welfare*, deconsiderando objetivos sociopolíticos, seria o correto e o desejável. Esse cenário está, diante de críticas de notórios acadêmicos, mudando, de forma que o objetivo do direito concorrencial está sendo repensado.

5. REPENSANDO O DIREITO DA CONCORRÊNCIA PARA A ECONOMIA ATUAL CENTRADA EM NOVOS PARADIGMAS

Apenas de forma resumida os objetivos do antitruste para Escola de Harvard seria a (i) proteção dos pequenos players; (ii) distribuição de riqueza; (iii) proteção aos pequenos negócios; (iv) proteção dos pequenos comerciantes; (v) concentração do poder político; (vi)

[45] At its core, the Hipster Antitrust movement calls for a total rejection of the commitment to economic methodology and evidence-based policy that lies at the heart of modern antitrust enforcement. The Hipster Antitrust movement would reject Chicago School free marketers' approach to antitrust just as readily as it would Post-Chicago interventions. (…) These include a return to "big-is-bad" antitrust enforcement based upon firm size without regard for effect on consumers, making presumptively unlawful broad categories of mergers and acquisitions outright (e.g., all mergers beyond a certain size threshold even in the absence of potential horizontal or vertical issues), and abandoning the consumer welfare standard to take into account effects on income inequality and wages. WRIGHT (2019, P. 5 e 8).

[46] There are a few key principles that should animate the agency's approach across its work. First, we need to take a holistic approach to identifying harms, recognizing that antitrust and consumer protection violations harm workers and independent businesses as well as consumers. (KHAN, 2021, P.1)

preservação do processo competitivo por meio da manutenção de um mercado plural; (vii) dentre outros. Essa corrente de pensamento influenciou o ordenamento jurídico antitruste desde o seu nascimento (1890) e permaneceu como corrente dominante de pensamento até a década de 1960, quando foi paulatinamente substituída pela Escola de Chicago.

Isso porque, a corrente de pensamento de Harvard importaria em uma excessiva intervenção econômica, que seria mais prejudicial que benéfica, pois importaria em ineficiências às empresas, impediria o crescimento econômico e causaria insegurança jurídica (falsas condenações). Assim, na década de 60, surge nos EUA a Escola de Chicago, fortemente influenciada pelo liberalismo econômico e que tinha como único a busca de maximizar o bem-estar do consumidor.

O problema desta corrente, como exposto, foi a permissibilidade que se aflorou no direito antitruste, o que ocasionou na concentração de riquezas, aumento das desigualdades, aumento da margem de lucro sem repasse das eficiências para os consumidores, dentre outros. Além disso, talvez o principal problema tenha sido o ressurgimento de grandes conglomerados, especialmente no mercado digital, que tem o potencial de influenciar globalmente o ambiente econômico e político.

Pode-se dizer, portanto, que até os anos 2000, como expõe HOVENKAMP (2008, P.1) o direito antitruste estaria "pacificado" quanto aos seus objetivos, conforme se verifica: *After decades of debate, today we enjoy more consensus about the goals of the antitrust laws than at any time in the last half century*

Ocorre que atualmente, passado duas décadas do exposto por Hovenkamp e com o desenvolvimento da quarta revolução digital da economia, o direito antitruste está, novamente, diante de uma tempestade de críticas quanto à forma como é atualmente aplicado e quanto aos objetivos atualmente em voga. Somado a isso, alguns estudos econômicos têm indicado que nos EUA os mercados têm se tornado mais concentrados, as empresas passaram a perceber maiores lucros e os salários dos funcionários, bem como as condições de trabalho pioraram, o que desencadeou a presente discussão[47].

[47] Diversos estudos econômicos surgiram nesse período, mas à guise de exemplificação cita-se BAKER e SALOP (2017, P.14 e 15): "To the contrary, median income and wealth both declined in real terms between 2010 and 2013. Over essentially the same period, the real income of the top 1% grew by 31.4%,4 and the income share of the top 1% increased from 17.2% to 19.8%. The fact that eco-nomic growth has effectively been appropriated by those already well off, leaving the median household less well off, raises serious economic, political, and moral issues."

Exemplo dessa discussão foi trazida pela jornalista Catherine Rampell, em sua coluna sob o título: Republicans Have Started to Care About Income Inequality, WASH. POST (Jan. 22, 2015),

Tais questionamentos são naturais e, de certa forma, exteriorizam o princípio da dignidade da pessoa humana. Inegável que a discussão sobre distribuição de renda, desigualdade, piora das condições de trabalho e diminuição dos salários são extremamente relevantes, para dizer o mínimo.

Contudo, parece que os doutrinadores, especialmente os que defendiam a vertente Chicago, esqueceram-se que críticas são salutares para a manutenção de um direito concorrencial adequado ao seu tempo e em sintonia com as inovações que o mercado estabelece. Parar no tempo e ignorar as críticas seria transformar o direito antitruste em uma ferramenta anacrônico e ineficaz para a realidade, especialmente diante da revolução que as novas tecnologias, plataformas e a discussão envolta dos dados têm trazido para a sociedade. Apesar de essa discussão não ser tão nova quanto aparenta[48], esta passou a ser o cerne dos debates dos últimos anos, especialmente quando se percebeu que *big techs* tais como Amazon, Google, Apple, dentre outras, se tornaram significativamente grandes e, potencialmente, poderiam lesar diversas economias ao redor do mundo, sistemas políticos, consumidores, trabalhadores e a sociedade como um todo.

Ignorar as críticas apresentadas por essa "nova corrente", especialmente quando estas surgem de notáveis doutrinadores é um erro. A ausência de diálogo e, também, a utilização de conceitos jocosos para a definição destes doutrinadores – tal como "hipsters" do antitruste, ou "românticos" – é algo completamente indesejável. É necessário dialogar e seguir o caminho do meio[49], sem extremismos, para que se engrandeça a discussão.

A questão que deve se pensar é se a ampliação dos objetivos, trazendo para a discussão conceitos sócio-políticos seria o adequado. Será que o direito concorrencial, de fato, seria o melhor caminho para discussões sobre desigualdade e distribuição de renda ou seria o direito tributário um melhor caminho? A mim me parece evidente que a segunda visão é a mais adequada. Por sua vez, discussões sobre salários e condições mínimas aos empregados, parece-

https://www.washingtonpost.com/opinions/catherine-rampell-republicans-have-started-to-care-about-income-inequality/2015/01/22/f1ee7686-a276-11e4-903f-9f2faf7cd9fe_story.html

[48] Desde 2000, a discussão acerca da adequabilidade do direito concorrencial às novas tecnologias já tem se colocado em discussão, como indica POSNER (2000, P.3): Concern has been expressed recently that U.S. antitrust law may not be well suited to regulating the "new economy." (…) These industries differ markedly from most of the industries in which modern antitrust doctrine emerged, and particularly from industries that manufacture traditional physical goods such as steel, automobiles, pipe, wire, aluminum, railroad cars, roadbuilding materials, and cigarettes. The traditional industries are characterized by multiplant and multifirm production (indicating that economies of scale are limited at both the plant level and the firm level, or in other words that average total costs are rising at relatively modest output levels), stable markets, heavy capital investment, modest rates of innovation, and slow and infrequent entry and exit.

[49] Como indicado na doutrina aristotélica do meio-termo, buscando-se atingir o meio termo entre as críticas e as virtudes de cada teoria.

me ser central ao direito do trabalho e não ao direito da concorrência. Esta instrumentalização do direito da concorrência para um fim que não lhe é central é perniciosa e tem o condão de rememorar as inseguranças jurídicas do passado.

A ampliação dos objetivos do direito da concorrência parece impor, novamente, maiores prejuízos que benefícios. O resultado líquido dessa conta de retorno às origens é negativo e impõem mais danos à sociedade que corrigir as distorções supostamente verificadas. Reviveremos significativos riscos para a economia, especialmente pela captura das agências para atingimento de finalidades diversas daquelas pretendidas pelo direito concorrencial. Veremos o retorno da insegurança jurídica, diminuição da inovação, desestímulo ao desenvolvimento econômico, o que importaria em uma significativa desorganização econômica[50].

Entretanto, e como se viu acima, a gênese do conceito do *consumer welfare* desenvolveu-se para se criar segurança jurídica diante de uma economia distinta, baseada na ideia de economias industriais, multiplantas, baseada em conceitos de escala, diminuição dos preços e custos e repasse das eficiências ao consumidor[51].É inegável, contudo, que a economia moderna, baseada em dados, mudou sensivelmente o paradigma vigente. Inegável também que os neo-brandesianistas entenderam a discussão muito melhor que aqueles que se negam a vê-la. Especialmente na economia movida a dados, baseadas no conceito do preço zero aos consumidores, reduzir a política da concorrência a fórmulas matemáticas*,* não parece capturar os prejuízos que emergem do poder detido por esses *players.*

[50]Como aponta SCHEREPEL (2019, P.2 e 3): Over the past 30 years or so, antitrust law has moved away from populist ideas, which aimed to transform it into a simple political tool, but those concepts are now returning. (…) The personnel of regulatory agencies have a similar agenda and attempt to achieve their goals through their own institutions. This in turn may result in government failures (…) It is easier to measure the negative impact of certain events or practices (an anticompetitive practice, for instance) than to take into consideration positive trends such as an increase in the competitiveness of economies and the spread of innovation. The first risk created by the moralization of antitrust law is economic disorganization. (…) We have seen that the moralization of antitrust, made possible by a populist discourse arguing that the system is broken by elites, serves personal interests. (…) These concepts are uncertain for most antitrust-related practices and, as a consequence, neither provide companies with guidance on how to act in a given situation nor draw a roadmap for antitrust authorities on how to create sound policies. (…) We have seen that moral concepts are too vague to become legal standards and that they are used to seek specific outcomes.

[51] These industries differ markedly from most of the industries in which modern antitrust doctrine emerged, and particularly from industries that manufacture traditional physical goods such as steel, automobiles, pipe, wire, aluminum, railroad cars, roadbuilding materials, and cigarettes. The traditional industries are characterized by multiplant and multifirm production (indicating that economies of scale are limited at both the plant level and the firm level, or in other words that average total costs are rising at relatively modest output levels), stable markets, heavy capital investment, modest rates of innovation, and slow and infrequent entry and exit. (POSNER, 2000, P.4)

Discussões sobre o preço e repasse das eficiências aos consumidores perderão uma parte da sua importância, apesar de ainda serem essenciais para boa aplicação da política antitruste[52]. É nesse contexto que, de forma extremamente apurada, SCHMIDT (2018, P.5) indica que não seria necessário repensar o *consumer welfare,* mas incorporar a ele outros conceitos adicionais, alterando-se a metodologia da análise antitruste:

> *Neste contexto, o bem-estar do consumidor pode e deve abarcar muitos conceitos adicionais, tais como: qualidade na oferta do serviço/bem, eficiência dinâmica, compra de competidor potencial, capacidade de realizar subsídio cruzado, ampliação no portfólio de oferta, características dos ofertantes, segurança à privacidade aos dados, etc. Além disso, deve-se considerar fatores, como a manipulação do dado ou a forma da veiculação da informação (como ocorreu nas eleições presidenciais norte-americanas), que maquiam a verdade dos fatos e enviesam a interpretação do dado, tudo devido ao poder de mercado que a detenção de tal informação confere ao seu dono. Todas essas variáveis afetam o bem-estar do consumidor, muito embora os guias antitrustes não as mencionem ou ressaltem apropriadamente. O que deve ser alterado, destarte, é a metodologia de análise, não os objetivos do antitruste, que devem seguir sendo os de ter "maior eficiência nos mercados e maior bem-estar do consumidor". (...) O ponto fulcral, em suma, é identificar, nesta quarta revolução industrial, como a informação dá ao agente econômico poder de mercado, como esse poder pode ser, de fato, exercido e como esse exercício do poder de mercado afeta o bem-estar do consumidor (para além da análise nos preços).*

Parece que aqui chegamos a um denominador comum entre os neo-brandesianistas e a Escola de Chicago que quer participar da discussão e não apenas ignorá-la ou reduzi-la. Lina Khan, uma das principais expoentes dos neo-brandesianistas parece compartilhar de entendimento comum[53].

Não parece ser necessário, portanto, repensar os objetivos do direito antitruste, mas sim ter acesso a novas ferramentas para lidar com a economia desta "quarta revolução industrial", baseada em variáveis distintas do preço. Não se deve, por exemplo, utilizar de conceitos

[52] Certamente, ter acesso a dados e a informação deve se juntar às velhas preocupações do antitruste, por conta, exclusivamente, de como estas novas questões dão ao agente econômico poder de mercado e como ter esse poder pode diminuir o bem-estar do consumidor, se o agente for capaz de exercê-lo. (...) Desta maneira, análises tradicionais, que focam no "preço" (foco principal das análises econômicas quantitativas e da preocupação primária de uma agência antitruste, especialmente em atos de concentração), precisam ser ampliadas. (...) Diferentemente do que argumentam alguns, portanto, do ponto de vista econômico, os conceitos de bem-estar do consumidor e de eficiência econômica, tão utilizados no antitruste até os dias de hoje, não precisam ser alterados como objetivos centrais do antitruste. Isto porque estes tópicos vão além da usual análise dos preços. O que urge fazer, então, é incorporar outras variáveis na análise dos efeitos sobre eficiência e bem-estar do consumidor, além de se ter novas metodologias. Até porque a variável preço, às vezes, nem existe nesta nova Era! (SCHMIDT, 2018, P.3)

[53] Third, we should broaden our institutional skillsets to ensure we are fully grasping market realities, especially as the economy becomes increasingly digitized. Bringing on additional technologists, data analysts, financial analysts, and experts from outside disciplines will build on our existing talent and position us to analyze conduct, assess remedies, and pursue market studies with greater rigor. I admire the interdisciplinary approach adopted by some of our international counterparts and am eager for us to learn from their experience and execute on best practices. KHAN (2021, P.5)

clássicos de *market share* focados em preço ou volume de vendas, quando estamos diante de uma economia de "preço zero" ou de empresas que não são plantas industriais, por exemplo. Utilizá-la nos impõe uma visão falha que não captura de maneira adequada essa nova realidade e a forma como os dados geram poder de mercado.

É necessário, nesse contexto, que as autoridades de defesa da concorrência sejam municiadas com novas ferramentas para lidar com essa nova economia centrada em dados, especialmente em se tratando de fusões e aquisições que sejam centradas nessa nova realidade[54]. Assim, e como aponta Lina Khan, parece ser salutar a revisão dos guias de fusões e aquisições[55] para possibilitar que as autoridades estejam aptas a identificar essas operações e, quando for o caso, evitá-las.

6. CONCLUSÃO

Como se viu o direito antitruste nasceu para combater os *trusts.* Era, à época, irrelevante os meios utilizados para implodir esses grandes conglomerados e os carteis. A finalidade era o que importava. Para tanto, criou-se um direito baseado em diversos objetivos sociopolíticos, que levavam em consideração diversos aspectos.

Tal fato foi extremamente importante e possibilitou que o direito concorrencial atingisse a finalidade pretendida àquele tempo. Ocorre que a utilização de diversos objetivos permitiu a instrumentalização do direito da concorrência para o atingimento de diversas finalidades. Com arrimo na Escola de Harvard as autoridades antitrustes buscavam tornar os mercados menos concentrados, ainda que tal fato importasse em preços mais altos para os consumidores e redução das eficiências.

A finalidade do direito, portanto, passou a ser a manutenção de estruturas de mercado desconcentradas com a maior quantidade possível de agentes, preferencialmente de pequeno porte. Assim, diversas práticas da época, tais como fusões e aquisições e práticas verticais

[54] Para maiores discussões sobre aquisições centradas em dados vide MOTTA, 2021.

[55] A key project will be revising the merger guidelines, an effort we will undertake in conjunction with DOJ. Prior guidelines have represented a somewhat narrow and outdated framework for assessing mergers, and revising the guidelines is an opportunity to close gaps between theory and practice, setting the foundation for more effective and empirically grounded enforcement work. I know many at the agency have given significant thought to the current deficiencies, and our review process will benefit greatly from tapping into that expertise.

More broadly, we need to find ways to deter unlawful transactions. The rate at which firms propose facially illegal deals heavily strains agency resources and compromises our ability to investigate significant mergers, raising the risk of false negatives. Identifying ways to reduce the agency resources and burden associated with investigating and filing lawsuits against unlawful mergers will be important as we look for ways to turn the page. (KHAN, 2021, P.3)

passaram a ser consideradas ilícitas, ainda que fossem ao final pró competitivas e benéficas ao consumidor.

Com isso, as empresas passaram a lidar com insegurança jurídica e passaram a sofrer reiteradas falsas condenações, o que importou na redução do bem-estar da sociedade e, também, na desorganização econômica. Diante disso, Escola de Chicago passou a advogar pela utilização de um conceito econômico único, o do *consumer welfare,* de modo que o estado somente deveria intervir se as práticas econômicas importassem na diminuição do bem-estar do consumidor. Largamente utilizada, essa visão passou a ser considerada muito branda, pois permitiu o ressurgimento de grandes corporações, como as *big techs* e passou a ser questionada pelos neo-brandesianistas.

Passou-se, então, a advogar um retorno às origens do direito antitruste, pautado pela ampliação dos objetivos do direito da concorrência, que deveria se preocupar com questões políticas, sociais e, também econômicas. Essa visão, entretanto, tem sofrido enorme resistência, pois acredita-se que retornar-se-á a um cenário de insegurança jurídica e desorganização econômica.

É inegável, entretanto, que essa nova visão possui pontos extremamente importantes para serem debatidos, tais como redução das desigualdades, salário dos trabalhadores, preocupações com a democracia, sistemas políticos, dentre outros. Ignorar as críticas e, simplesmente, tentar tratá-las de forma jocosa não parece ser a solução mais inteligente. Ainda que o autor compartilhe da visão de que não é necessário repensar os objetivos do direito da concorrência é necessário ter humildade e dialogar.

É visível de que o direito da concorrência precisará lidar com novos problemas, como o acesso a dados, distribuição de renda, salário de trabalhadores, além de outras questões sociais e políticas. Tal fato não significa que devemos jogar por terra o conceito do *consumer welfare,* ou tudo aquilo preconizado pela Escola de Chicago.

Por um lado, parece existir diversos outros ramos do direito que lidariam melhor com os problemas apontados pelos neo-brandesianistas. Por outro, também parece ser evidente que diante dessa nova economia movida a dados, o direito antitruste precisará de novas ferramentas para lidar com a quarta revolução industrial. Repensar guia de fusões e aquisições, critérios de notificações e ter mais atenção em operações diagonais parece ser algo necessário e que deve ser imediatamente debatido e considerado pelas autoridades de defesa da concorrência.

No Brasil, por exemplo, parece ser necessário que operações envolvendo os mercados digitais tenham os *thresholds* objetivos de faturamento repensado. Parece ser muito elevada a utilização dos standards de faturamento bruto, para os respectivos grupos econômicos, de R$ 750 milhões e R$ 75 milhões[56] quando se está tratando de operações envolvendo mercados digitais. Tais critérios elevados permitem que diversas operações sejam conduzidas pelas empresas sem que a autoridade de defesa da concorrência tenha ciência, de modo que a sua possibilidade de intervenção fica extremamente mitigada.

Nesse cenário, parece que seja relevante a criação de outros critérios envolvendo esses mercados, seja pela diminuição dos critérios brutos de faturamento, seja pela criação de outra norma específica envolvendo mercados digitais. Parece, também, ser relevante rever os critérios de poder de mercado para empresas atuantes neste segmento[57], bem como discussões relacionadas ao incremento do poder das empresas perante empregados.

Para além disso, parece ser salutar analisar de maneira mais cuidadosa concentrações diagonais[5859], especialmente relacionada aos mercados de dados, visto que tais operações permitem empresas o acúmulo de dados e, paradoxalmente, não se enquadrarem nos critérios para se tornarem operações mais complexas.

Por fim, um cuidado adicional a ser levado em consideração pelas autoridades de defesa da concorrência é lidar melhor com as operações subsumidas ao escrutínio concorrencial. Parece ser paradoxal que poucos anos após aprovação integral da operação WhatsApp e Instagram, por exemplo, que agora seja um problema o acúmulo de dados por essas empresas. Assim, resta necessário que as autoridades tenham maior cuidado na análise dessas operações, evitando-se concentrações diagonais que possam importar na monopolização dos dados.

---

[56] Nos termos do art. 88, I e II da Lei nº 12.529/2011, alterado pela Portaria Interministerial n. 994, de 30 de maio de 2012

[57] Como aponta FRAZÃO (2020, P.2): Ganha relevo, sob esta ótica, a importantíssima questão da proteção de dados pessoais, diante de uma economia cada vez mais movida a dados. Logo, o efetivo controle do abuso do poder econômico não poderá se desincumbir da sua tarefa sem identificar em que medida a utilização de dados pessoais dos usuários, decorrente ou não de violações aos seus direitos de personalidade – já que pode haver casos em que a coleta de dados seja lícita – se converte em poder econômico e em que medida este pode ser exercido abusivamente

Não se trata de ampliar, de forma indesejável, o objeto do Direito da Concorrência ou de flexibilizar excessivamente as suas finalidades, mas tão somente de se endereçar a circunstância de que o manejo dos dados é uma eficiente fonte de aquisição, consolidação e exercício do poder econômico, razão pela qual se justifica a aproximação e o diálogo com a Lei Geral de Proteção de Dados.

[58] Argumentos interessantes são apontados por SCHAPIRO (2019).

[59] Concentração Diagonal – A concentração diagonal versa sobre a aquisição de firmas em outros ramos da indústria de mídia. Por exemplo, a aquisição de redes de televisão ou rádio por empresas de jornais diários ou a aquisição de lojas de CDs e vídeos, por redes de livrarias, dentre outras possibilidades.

De forma resumida, é possível ver que barco do direito concorrencial se encontra sob tempestade e em um mar revolto de críticas extremamente. Mas como diria Paulinho da Viola, nesse momento, é necessário que façamos como o velho marinheiro, que durante o nevoeiro leva o barco devagar. Não devemos jogar fora tudo que aprendemos, mas devemos dialogar e obter novos aprendizados, aprimorar as ferramentas e impedir que novos conglomerados se formem, sem que os tenhamos previstos.

7. BIBLIOGRAFIA

BAKER, Jonathan b. and SALOP, Steven C., *Antitrust, Competition Policy and Inequality.* The Georgetown Law Journal Online (2017) Disponível em: http://ssrn.com/abstract=2567767. 2015.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Origens do Direito da Concorrência*. Revista da Universidade de São Paulo. 1996

BORGES, Rodrigo Fialho. *Descontrole de Estruturas: dos objetivos do antitruste às desigualdades econômicas;* São Paulo, 2020. Tese de Doutorado para o Programa de Pós-graduação em Direito Comercial, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

BORK, Robert. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova York: Editora The Free Press, 1993.

BOUSHEY, Heather; KNUDSEN, Helen. *The Importance of Competition in the American Economy.* The White House, July 9, 2021.

BROOK, Or; EBEN, Magali. *Abuse without dominance and monopolisation without monopoly*. in Research Handbook on Abuse of Dominance and Monopolization., June, 2021 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3859916

BUCHAIN, Luiz Carlos. *Os Objetivos do Direito da Concorrência em Face da Ordem Econômica Nacional.* Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS. Volume IX.

DINIZ, Davi Monteiro. *Contra ilegais monopólios e restrições à atividade econômica: a Lei Sherman de 1890*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 73, pp. 173-204, jul./dez., 2018.

FERRAZ, André Santos. *As abordagens teóricas sobre atos de concentração das Escolas de Harvard e Chicago.* RDC, Vol. 2, n.º 2, Novembro 2014, pp. 180-206.

FRAZÃO, Ana de. O., Textos Ana Frazão, série Jota: um antitruste para o Século XXI.

FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste.* 5ª Ed. São Paulo: RT, 2012.

FOER, Albert Allen; DURST, Arthur Durst. *The Multiple Goals of Antitrust.* The Antitrust Bulletin. 2018; 63(4):494-508.https://doi.org/10.1177/0003603X18807808;

FOX, Eleanor M. *Agains Gols.* New York University School of Law. V. 81, I.5, 2013.

GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES Juliana Oliveira. Direito antitruste: o combate a cartéis. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 93.

GUIMARÃES, Marcelo C. *O hipster antitrust seria realmente neo-brandeisiano?* 2021. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-hipster-antitrust-seria-realmente-neo-brandeisiano-05062021;

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* 8ª edição. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 82.

HORTON, Thomas J. Rediscovering Antitrust's Lost Values. 16 U.N.H. L. Rev. 179, 2018. Disponível em: https://scholars.unh.edu/unh_lr/vol16/iss2/27/;

HOVENKAMP, Herbert. *Progressive Antitrust.* U. Ill. L. Rev. 71, 2018. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1764/;

Hovenkamp, Herbert. *The Looming Crisis in Antitrust Economics.* Disponível em: https://awards.concurrences.com/en/awards/2021/academic-articles/the-looming-crisis-in-antitrust-economics; (2021)

JASPER, Eric Hadmann. *Paradoxo Tropical: A Finalidade Do Direito Da Concorrência No Brasil.* Revista de Defesa da Concorrência, v. 7, n. 2, 2019, Disponível em: https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/424;

KHAN, Lina M. The Ideological Roots of America's Market Power Problem. The Yale Law Journal Forum, June 4, 2018. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_comments/2018/08/ftc-2018-0048-d-0092-155250.pdf;

KHAN, Lina M. Memorandum, September 22, 2021. *Vision and Priorities for the FTC.*

MOTTA, Lucas Griebeler da. *Análise Multijurisdicional de Aquisições Centradas em Dados: diagnóstico atual e propostas de política pública para o Brasil.* São Paulo: Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, 2021.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas.* 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ORBACH, Barak, Antitrust Populism, 14 N.Y.U. J. L. & BUS. 2, 7-11 (2017).

PITOFSKY, Robert, *The Political Content of Antitrust*, 127 U. PA. L. REV. 1051, 1051

POSNER, Richard. Antitrust in the New Economy. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 106, 2000. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/58/;

SALOP, Steven C. A Suggested Revision of the 2020 Vertical Merger Guidelines. 2021. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3839768

SACHER, Seth. YUN, John. *Some reactions to "reactionary antitrust".* 2020. https://awards.concurrences.com/en/awards/2021/academic-articles/some-reactions-to-reactionary-antitrust;

SCHAPIRO, Carl. *Antitrust in a time of populism.* International Journal of Industrial Organization 61 (2018) 714–748 2018. Disponível em: https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/antitrustpopulism.pdf

SCHAPIRO, Carl. Protecting Competition in the American Economy: Merger Control, Tech Titans, Labor Markets. 2019, Disponível em:https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3405501

SHENEFIELD, John H. STELZER, Irwin M. The antitrust laws – a primer. 4 ed. Washington, D. C. The AEI Press, 2001.

SCHREPEL, Thibault. *Antitrust Without Romance.* NYU Journal of Law & Liberty 326 (2020), May 28, 2019. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3395001.

SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira. *Hipster Antitrust: poder de mercado e bem-estar do consumidor na Era da Informação.* Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-cristiane-alkmin/hipster-antitrust-poder-de-mercado-e-bem-estar-do-consumidor-na-era-da-informacao-28122018.

WALLER. Spencer Weber. *Antitrust and Democracy.* Loyola University Chicacago. Law eCommons. 2019.

WRIGHT, Joshua D; et al. *Requiem for a Paradox: The Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust.* Arizona State Law Journal [51:0293], 2018. Disponível em: https://arizonastatelawjournal.org/wp-content/uploads/2019/05/Wright-et-al.-Final.pdf;

WU, Tim. The *"Protection of the Competitive Process"* Standard, Columbia Public Law Research Paper No. 14-612 (2018).

12. CLÁUSULA DE CONCORRÊNCIA EM ACORDOS PREFERENCIAIS DE COMÉRCIO: UM ESTUDO EMPÍRICO DOS MODELOS EU E EUA.

12. COMPETITION CLAUSE IN PREFERENTIAL TRADE AGREEMENTS: AN EMPIRICAL STUDY OF THE EU AND USA MODELS.

Lucas Chaves e Nicolle Assayag do Lago

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O capítulo de concorrência em acordos preferenciais de comércio. 3. A abordagem da União Europeia e dos Estados Unidos. 4. Os reflexos das cláusulas concorrenciais presentes nos acordos preferenciais de comércio. 5. Conclusão.

RESUMO

O presente artigo se propôs a analisar empiricamente as cláusulas de concorrência efetivamente previstas em acordos preferenciais de comércio firmados pela União Europeia e dos Estados Unidos, com o Mercosul e países da América do Sul, como Chile e Peru, a fim de identificar, em primeiro lugar, se há algum grau de uniformização e se é possível falar em "modelos" de cláusulas para, em seguida, avaliar possíveis efeitos competitivos e tendências para o Brasil, passando pela análise das disposições mais recorrentes identificadas pela OCDE sobre concorrência em acordos de comércio.

ABSTRACT

This article aims to analyze the studies of the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), both in 2006 and 2019, about the competition provisions in trade agreements. Also, the article focused on the concrete analysis of trade agreements signed by the United States and the European Union and their respective models of competition provisions. Finally, the article was supported by the studies of the Institute for Applied Economic Research (IPEA), led mainly by Professor Michelle Sanchez Badin, regarding the regulation of new themes, including competition, in the context of trade agreements and abroad, within the multilateral discussion of the World Trade Organization (WTO).

INTRODUÇÃO

O presente artigo se propôs a analisar empiricamente as cláusulas de concorrência efetivamente previstas em acordos preferenciais de comércio firmados pela União Europeia e dos Estados Unidos, com o Mercosul e países da América do Sul, como Chile e Peru, a fim de identificar, em primeiro lugar, se há algum grau de uniformização e se é possível falar em "modelos" de cláusulas para, em seguida, avaliar possíveis efeitos competitivos e tendências para o Brasil.

O objeto de estudo do presente artigo decorre principalmente do fato de que atualmente, não há pautas e objetivos concretos em discussão no sistema multilateral da Organização Mundial do Comércio ("OMC") sobre o tema da concorrência.

A título de contextualização histórica, apesar de ter inicialmente sido inserida no debate internacional na década de 1990, na rodada de Doha em 2001, os membros da OMC decidiram que não iriam negociar um acordo vinculante e multilateral sobre política da concorrência, deixando em aberto regulação sobre o tema.

Todavia, em que pese a ausência de discussão multilateral, a concorrência vem sendo regulada por meio de acordos bilaterais ou plurilaterais que consignam regras internacionais no âmbito dos acordos preferenciais de comércio. Um dos principais objetivos para a inclusão de um capítulo específico sobre concorrência é justamente delimitar um marco regulatório mínimo para os países signatários, promovendo dessa forma integração dos países no comércio internacional e reduzindo barreiras não tarifárias.

Nesse sentido, estudos da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico ("OCDE") identificaram que a partir do final de 1990 e início de 2000, houve aumento relevante de acordos preferenciais de comércio com a inclusão de um capítulo específico sobre concorrência, de modo que a alocação destes capítulos em acordos preferenciais de comércio se demonstram como um instrumento para promover a integração dos países no comércio internacional.

Para além da regulação de barreiras tarifárias, a concorrência, junto com compras governamentais, meio ambiente e cláusula social, está incluída no pacote de novos temas regulados em acordos preferenciais de comércio fora do âmbito da OMC, conforme aponta a Professora Michelle Ratton Sanchez Badin.[1].

Diante desse contexto, o presente artigo se propôs a analisar quais são as possíveis previsões abarcadas no capítulo de concorrência dos acordos preferenciais de comércio, principalmente dos modelos dos Estados Unidos e da União Europeia, para ao final analisar, possíveis tendências para o Brasil.

Para tanto, este artigo será organizado da seguinte maneira. O capítulo 1 partirá da análise, em abstrato, das disposições sobre concorrência identificadas como mais recorrentes em acordos preferenciais de comércio. Com base nos estudos da OCDE de 2006 e 2019, cuja

[1] BADIN, Michelle. AZEVEDO, Milena. A Regulação de Concorrência nos Acordos Preferenciais de Comércio. In: Tendências regulatórias nos acordos preferenciais de comércio no século XXI: os casos de Estados Unidos, União Europeia, China e Índia / organizadores: Ivan Tiago Machado Oliveira, Michelle Ratton Sanchez Badin.—Brasília : Ipea, 2013

base de dados englobou mais de 80 acordos de comércio, tanto entre países desenvolvidos quando em desenvolvimento, destacou-se as disposições que podem constar nos acordos preferenciais de comércio. O objetivo do primeiro capítulo é, portanto, demonstrar pontualmente quais são as disposições previstas no capítulo de concorrência.

Em seguida, no capítulo 2, avança-se para uma análise empírica dos acordos preferenciais de comércio firmados entre União Europeia e Estados Unidos e países da América do Sul, como Chile e Peru, bem como com o bloco econômico Mercosul para identificar em inicialmente se há algum grau de uniformização e se é possível falar em "modelo" de cláusula de concorrência europeu e norte-americano.

Se traçarmos um paralelo cronológico entre os acordos objeto de análise, os acordos de comércio entre União Europeia e Chile e os acordos de comércio entre Estados Unidos e Chile e Estados Unidos e Peru, estariam numa primeira fase dos capítulos sobre concorrência, dado que entraram em vigor no início dos anos 2000, ou seja, logo depois da finalização da rodada Doha (2001) em que os países da OMC optaram por não negociar um acordo vinculante e multilateral sobre política da concorrência.

Por outro lado, o acordo de comércio entre União Europeia e Mercosul é mais recente, estando ainda em fase de revisão final pelos países signatários, sendo trazido nesse artigo apenas como ponto de comparação para reflexões, ressalvando-se a possibilidade de serem alteradas as disposições analisadas, quando da aprovação e entrada em vigor do acordo. De todo modo, o acordo com o Mercosul teria, a rigor, maior grau de maturação, dado o transcurso de tempo e evolução das disposições sobre cláusulas de concorrência em acordos preferenciais de comércio.

Por fim, após analisar empiricamente as cláusulas de concorrência previstas nos acordos de comércio firmados pela União Europeia e Estados Unidos, encerra-se o presente artigo com o capítulo 3, que se propõe a analisar possíveis tendências e reflexos das cláusulas de concorrência para o Brasil. Cabe esclarecer que foram selecionados os acordos preferenciais de comércio firmados pela União Europeia e Estados Unidos, dada a posição relevante de ambos como "reguladores do mundo"[2], na ausência de um debate multilateral sobre o tema da concorrência na OMC. E especificamente em relação aos países signatários, foi recortado o objeto de análise para acordos firmados com países da América do Sul, para identificar possíveis reflexos para o Brasil.

[2] MOROSINI, Fabio. *Série DDJ Regulação do comércio internacional e do investimento estrangeiro*. Editora Saraiva, 2017. 9788547222437. P. 156.

1. O capítulo de concorrência em acordos preferenciais de comércio

Conforme estudo do Ipea (2012), o tema da concorrência foi levado a debate na OMC em 1996. A partir disso, o tema foi discutido em um grupo de trabalho com a Conferência Ministerial de Cingapura. Desse modo, até o momento, não há uma agenda concreta de compromissos entre os membros da OMC, mas apenas de tópicos enunciados que seriam discutidos entre eles.

De uma forma geral, nas discussões houve relevante preocupação com a necessidade de prestar maior apoio à assistência técnica e capacitação no setor concorrencial países em desenvolvimento, especialmente no que tange ao desenvolvimento institucional desses países.

Entre os tópicos elencados inicialmente para a discussão a respeito da regulamentação dos acordos preferenciais de comércio destacam-se: i) princípios gerais, com inclusão da transparência, não discriminação e "procedural fairness"; ii) regulação sobre "cartéis hardcore"; iii) formas de cooperação voluntária; e iv) capacitação técnica como forma de *enforcement* das instituições concorrências em países em desenvolvimento[3]

Para além da presença dos tópicos acima, previamente abordados entre os membros da OMC, diversas disposições adicionais foram pactuadas para definir:

> *i) legislação doméstica e autoridades nacionais responsáveis pela coordenação e implementação da política em concorrência; ii) critérios a serem aplicados aos casos específicos de empresas estatais e monopólio estatal; e iii) compromissos com formas de cooperação específicas, inclusive com a possibilidade de reconhecimento dos interesses e decisões da outra parte em seu território – os casos de deferência ou comity.*

A presença de tais disposições nos capítulos voltados à concorrência em acordos preferencias de comércios está alinhada com a conclusão dos estudos da OCDE, realizados em 2006 e 2019. Por meio de tais estudos, a OCDE analisou mais de 80 acordos preferenciais de comércio, firmado tanto com países desenvolvidos quanto aqueles em desenvolvimento, para identificar, de forma geral, quais são as disposições constantes do capítulo de concorrência e como os países estão regulando o tema da concorrência.

[3] Disponível em https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm#interaction Acesso em 25.10.2021.

Como resultado de tais estudos, a OCDE identificou 7 (sete) possíveis disposições que podem ser incluídas nos capítulos específicos de concorrência, ressaltando-se que os tipos de cláusula variam, em sua abrangência e escopo, de acordo para acordo:

	Disposição	**Conteúdo**
1.	Adotar, manter e aplicar leis concorrenciais	Exigir que os países signatários tenham uma lei nacional sobre concorrência
2.	Cooperação	Cooperação entre os países signatários por meio de suas respectivas autoridades competentes. As formas de cooperação podem ir desde notificação de práticas anticoncorrenciais, consulta e troca de informações necessárias para as atividades de fiscalização até a assistência mútua para a tomada ou execução de decisões.
3.	Práticas anticompetitivas	Todos os acordos comerciais com cláusulas de concorrência se referem a práticas anticompetitivas. Na prática, contudo, observa-se uma linguagem muito ampla e não vinculativa, sem que sejam definidos os tipos de práticas que devem ser consideradas anticompetitivas.
4.	Princípio da não discriminação	As partes signatárias são obrigadas a aplicar suas leis e políticas de concorrência de forma não discriminatória.
5.	Princípio da transparência	Tornar todas as leis e decisões publicamente disponíveis.
6.	Solução de controvérsias	Podem incluir procedimentos de consultas, arbitragem ou painéis de disputa.
7.	Tratamento especial e diferenciado	Pode englobar disposições como assistência técnica, capacitação, flexibilidade e períodos de transição para implementação das medidas concorrenciais.

Segundo o estudo da OCDE, a exigência de uma lei nacional sobre concorrência está presente na maioria dos acordos de comércio que se propõem a regular o tema de concorrência e é basilar para que se possa incluir disposições de concorrência nos acordos de comércio.

Realmente, sem uma base legal doméstica, não há fundamento para tomar qualquer ação contra as práticas anticoncorrenciais que possam vir a ocorrer no âmbito doméstico do Estado parceiro, cujos efeitos possam repercutir no âmbito interno da outra parte.

Como pontuado no estudo da OCDE, a exigência de adotar, manter e aplicar leis concorrenciais está presente normalmente em acordos de comércio com países em desenvolvimento, que não tenham uma estrutura legal consolidada.

Espera-se que com o avanço da regulação concorrencial em diversas jurisdições globo afora, haja a futura dispensabilidade de tal cláusula, conforme observado pela Professora Michelle Badin[4].

Além do arcabouço jurídico necessário para se exigir o cumprimento das medidas previstas entre os países signatários, os acordos preferenciais de comércio que contêm disposições sobre concorrência também reconhecem a importância da cooperação por meio das autoridades competentes.

A depender do acordo, as formas de cooperação podem ir desde notificação de práticas anticoncorrenciais, consulta e troca de informações necessárias para as atividades de fiscalização até a assistência mútua para a tomada ou execução de decisões, sendo esta última o maior grau de entrosamento entre as autoridades competentes, que segundo destacado pela Professora Michelle Badin[5], ainda não se viu na prática.

Ainda segundo o estudo da OCDE, todos os acordos comerciais com cláusulas de concorrência se referem a práticas anticompetitivas. Na prática, contudo, são observados vários graus de conteúdo e escopo dessas cláusulas. Por exemplo, alguns acordos comerciais têm uma linguagem muito ampla e não vinculativa e não definem os tipos de práticas que devem ser consideradas anticompetitivas, a exemplo do acordo entre União Europeia e Chile, conforme será abordado no capítulo seguinte.

[4] BADIN, Michelle. AZEVEDO, Milena. A Regulação de Concorrência nos Acordos Preferenciais de Comércio. In: Tendências regulatórias nos acordos preferenciais de comércio no século XXI: os casos de Estados Unidos, União Europeia, China e Índia / organizadores: Ivan Tiago Machado Oliveira, Michelle Ratton Sanchez Badin.—Brasília : Ipea, 2013. P. 279.

[5] BADIN, Michelle. AZEVEDO, Milena. A Regulação de Concorrência nos Acordos Preferenciais de Comércio. In: Tendências regulatórias nos acordos preferenciais de comércio no século XXI: os casos de Estados Unidos, União Europeia, China e Índia / organizadores: Ivan Tiago Machado Oliveira, Michelle Ratton Sanchez Badin.—Brasília : Ipea, 2013. P. 283

Relativamente sobre os princípios, é possível incluir disposições específicas sobre não discriminação e transparência no capítulo destinado à concorrência, muito embora o mais comum seja que ambos os princípios constem da parte geral dos acordos de comércio, não necessariamente no capítulo de concorrência.

É o que acontece com o princípio da não discriminação. Conforme apontado no estudo da OCDE, por se tratar de princípio geral, apenas alguns acordos têm disposições de não discriminação específicas no capítulo da concorrência. Por meio dessa previsão, o que se pretende é que as partes signatárias sejam obrigadas a aplicar suas leis e políticas de concorrência de forma não discriminatória.

Especialmente sobre o princípio da transparência, a sua previsão também aparece de forma mais genérica, como, por exemplo, a disposição sobre tornar todas as leis e decisões publicamente disponíveis.

A Professora Michelle Badin[6] esclarece que "o princípio da transparência visa resguardar a posição do estrangeiro no novo mercado e está diretamente relacionado ao provimento de informações entre autoridades domésticas, com competência na área de concorrência."

Portanto, nas suas palavras[7], "A regulação deste princípio procura favorecer a clareza sobre as regras e exceções da política de concorrência das partes, de forma que o estrangeiro possa ter fácil acesso a como operar no respectivo mercado."

Em relação aos mecanismos de solução de controvérsias, é comum a sua previsão em acordos preferenciais de comércio, que podem incluir procedimentos de consultas, arbitragem ou painéis de disputa. Contudo, embora os mecanismos de solução de controvérsias geralmente se apliquem a todos os capítulos decorrentes do acordo, o estudo da OCDE apontou que em se tratando do capítulo de concorrência, é mais recorrente que essas disposições não se sujeitem a nenhum tipo de mecanismo de solução de controvérsias, com algumas exceções, como, por exemplo, as cláusulas de concorrência dos Estados Unidos, o que será objeto de análise no capítulo seguinte.

Por fim, o estudo da OCDE identificou que o tratamento especial e diferenciado é geralmente estendido aos países em desenvolvimento e pode englobar disposições como

[6] BADIN, Michelle. A regulação de "novos temas" em acordos preferenciais de comércio celebrados por União Europeia, Estados Unidos, China e Índia: pontos relevantes para o Brasil. Brasília: Ipea, 2012. P. 50.

[7] BADIN, Michelle. A regulação de "novos temas" em acordos preferenciais de comércio celebrados por União Europeia, Estados Unidos, China e Índia: pontos relevantes para o Brasil. Brasília: Ipea, 2012. P. 50.

assistência técnica, capacitação, flexibilidade e períodos de transição para implementação das medidas concorrenciais. Alguns acordos usam a forma de compromissos de flexibilidade que incluem disposições não recíprocas em geral e especialmente isenções e exceções.

De modo geral, serão analisados no capítulo seguinte, quais das 7 (sete) disposições identificadas pela OCDE como mais recorrentes nos acordos preferenciais de comércio, que dispõem de capítulo específico sobre concorrência, são efetivamente previstas nos acordos de comércio firmados pela União Europeia e Estados Unidos com países da América do Sul, a fim de identificar se há algum grau de uniformização e se é possível falar em "modelo" europeu e norte-americano de cláusulas de concorrência.

2. A abordagem da União Europeia e dos Estados Unidos sobre capítulos de concorrência em acordos preferenciais de comércio com países da América do Sul

Para o objeto de análise, foram selecionados os acordos comerciais firmados pela União Europeia e Estados Unidos com o bloco Mercosul e isoladamente com outros países da América do Sul, como Chile e Peru, a fim de verificar incialmente se há algum grau de uniformização entre as cláusulas e, após, identificar possíveis tendências e repercussões para o Brasil.

Especificamente, optou-se por analisar os modelos de cláusula de concorrência dos Estados Unidos e da União Europeia, já que ambos têm conseguido exportar a sua visão e os seus valores, através dos acordos de comércio. Conforme precisamente apontado por Fabio Morosini, Estados Unidos e União Europeia estão desempenhando a função de "reguladores do mundo"[8], na ausência de um debate multilateral sobre o tema da concorrência na OMC. Daí decorre a relevância de entender como ambos se comportam em relação às disposições sobre concorrência.

Resguardadas as devidas particularidades, que serão a seguir analisadas, tanto a União Europeia quanto os Estados Unidos adotam cláusulas sobre concorrência em seus acordos preferenciais de comércio, com objetivo de estabelecer um marco regulatório mínimo a ser observado pelo país signatário ("level playing field"[9]).

[8] MOROSINI, Fabio. *Série DDJ Regulação do comércio internacional e do investimento estrangeiro*. Editora Saraiva, 2017. 9788547222437. P. 156.

[9] BADIN, Michelle. AZEVEDO, Milena. *A Regulação de Concorrência nos Acordos Preferenciais de Comércio*. In: Tendências regulatórias nos acordos preferenciais de comércio no século XXI: os casos de Estados Unidos, União Europeia, China e Índia / organizadores: Ivan Tiago Machado Oliveira, Michelle Ratton Sanchez Badin.—Brasília : Ipea, 2013. P. 300.

Nesse sentido, seja para evitar barreiras à liberalização do comércio decorrentes de condutas anticompetitivas (visão UE), seja para promover eficiência econômica e bem-estar do consumidor (visão EUA), o que se almeja com a inclusão de um capítulo específico sobre concorrência nos acordos preferenciais de comércio é assegurar minimamente no âmbito doméstico a existência de leis e autoridades competentes sobre a política da concorrência.

Recortando-se a análise para negociação de acordos com países da América do Sul, em relação ao modelo da União Europeia, serão analisados os acordos preferenciais de comércio com o Chile e o Mercosul. Estes acordos foram escolhidos porque refletem, comparativamente falando, dois contextos temporais distintos. Como dito, se traçarmos um paralelo cronológico entre os acordos objeto de análise, os acordos de comércio entre União Europeia e Chile, estariam numa primeira fase dos capítulos sobre concorrência, dado que entraram em vigor no início dos anos 2000, ou seja, logo depois da finalização da rodada Doha (2001), ao passo que o acordo de comércio entre União Europeia e Mercosul, por ser mais recente, estaria numa segunda fase, com maior grau de maturação das disposições sobre cláusulas de concorrência em acordos preferenciais de comércio.

Por sua vez, quanto aos acordos dos Estados Unidos, serão analisados aqueles assinados com o Chile e Peru, porque se trata dos países da América do Sul com quem os Estados Unidos possuem acordos com capítulo de concorrência.

A) Modelo União Europeia de cláusulas de concorrência em Acordos Preferenciais de Comércio: um estudo empírico dos acordos EU-Chile e EU-Mercosul

Em 2019, a OCDE promoveu o Fórum Global de Concorrência, evento no qual a União Europeia divulgou lista de 37 (trinta e sete) acordos, atualmente em vigor, com previsão específica de cláusulas de concorrência.

Relativamente aos países da América do Sul, consta o acordo bilateral com o Chile, assinado em 30/12/2002 e com entrada em vigor em 2/1/2003[10]. Atualmente, conforme publicado no site da União Europeia, estão em curso negociações para modernizar o referido acordo[11].

Por sua vez, muito embora já tenham sido concluídas as negociações, o acordo entre União Europeia e Mercosul ainda está em processo de revisão legal pelos países signatários,

[10] OECD (2019). Competition provisions in trade agreements – Contribution from the European Union.
[11] Disponível em: https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/trade-policy/trade-agreements/ Acesso em: 27/10/2021.

sendo trazido aqui como ponto de comparação, sem esquecer, contudo, a pendência de assinatura e formalização legal.

A seguir, serão analisadas, empírica e comparativamente, as disposições sobre concorrência nos acordos preferenciais de comércio entre União Europeia e Chile e Mercosul, a começar pelos objetivos de cada um.

De modo geral, o acordo preferencial de comércio entre União Europeia e Chile traz obrigações não vinculantes, com foco na cooperação entre as partes e suas autoridades concorrenciais a fim de evitar barreiras à liberalização do comércio decorrentes de condutas anticompetitivas (artigo 172). Da mesma forma, o acordo com o Mercosul também visa preservar os benefícios alcançados pela liberalização do comércio, reconhecendo que práticas anticoncorrenciais têm o potencial de afetar o funcionamento adequado dos mercados.

Como foi assinado em 2002, quando a concorrência ainda era um dos temas incluídos para negociação multilateral na Rodada Doha, o acordo EU-Chile fez referência a princípios que eventualmente pudessem vir a ser definidos no âmbito multilateral da OMC, sendo este um dos indicativos do seu marco temporal. Tanto é assim que o acordo EU-Chile deixou o campo aberto, em seu artigo 172, para incorporar outros princípios eventualmente aceitos pelas partes no sistema multilateral, incluindo-se a OMC. Confira-se o teor da cláusula abaixo:

> *Article 172. Objectives: (...)*
> *3. The Parties agree to cooperate and coordinate among themselves for the implementation of competition laws. This cooperation includes notification, consultation, exchange of non-confidential information and technical assistance. The Parties acknowledge the importance of embracing principles on competition that would be accepted by both Parties in multilateral fora, including the WTO.*

O mesmo não ocorre com o acordo EU-Mercosul.De todo modo, ao mesmo tempo que ambos os acordos buscam assegurar a regulamentação doméstica e autoridade nacional competente para tratar dos temas relativos à concorrência, os acordos da União Europeia com o Chile e o Mercosul também preveem os tipos de condutas sobre os quais as partes devem, necessariamente, cooperar (práticas anticompetitivas, abuso de posição dominante).

Na linha do que foi apontado no estudo da OCDE, a cláusula de concorrência, principalmente aquela contida no acordo da União Europeia com Chile (artigo 172, item 2), não especifica quais os tipos de práticas serão consideradas anticompetitivas. Na prática, observa-se menção genérica a práticas anticompetitivas e comportamentos abusivos.

Ao passo que o acordo com o Mercosul delimita o foco de atuação dos países signatários em combater acordos entre empresas e práticas concertadas com fins anticompetitivos, abuso de posição dominante e poder de mercado, e as fusões e aquisições entre empresas com poder de afetar a concorrência (artigo 2, alínea c).

Assim, em relação às práticas anticompetitivas, o acordo com o Mercosul se apresenta de forma mais robusta em comparação com o acordo com o Chile, o que também demonstra a evolução das disposições sobre concorrência. Um ponto de destaque para o acordo do Mercosul é a previsão também do "procedural fairness" (artigo 2, item 3), não mencionado no acordo com o Chile.

Outra distinção entre ambos os acordos é em relação à alocação do princípio da transparência. Segundo o estudo da OCDE, o princípio da transparência é usualmente previsto no capítulo destinado à concorrência, de forma mais genérica, como, por exemplo, tornar todas as leis e decisões publicamente disponíveis.

No caso em análise, apenas no acordo com o Mercosul, o princípio da transparência está contemplado especificamente no capítulo destinado à concorrência, ao passo que no acordo com o Chile, a transparência decorre de outros capítulos do acordo.

Independentemente da alocação do princípio nos acordos, o que se visa garantir, nas palavras da Professora Michelle Badin[12], é "(...) a clareza sobre as regras e exceções da política de concorrência das partes, de forma que o estrangeiro possa ter fácil acesso a como operar no respectivo mercado."

Nesse sentido, o princípio da transparência está diretamente relacionado à troca de informações entre as autoridades concorrenciais, o que no acordo EU-Chile é tratado de forma mais abrangente do que no acordo EU-Mercosul.

No acordo com o Chile (artigo 177), é possível que haja troca de informações sobre sanções, remédios e subsídios governamentais, com previsão inclusive de melhores esforços para fornecimento de informações não confidenciais, ao passo que no acordo com o Mercosul, as autoridades concorrenciais podem requisitar informações não confidenciais, mas nenhuma das partes é obrigada a fornecê-las (artigo 5).

Em relação às formas de cooperação, o acordo EU-Chile estabelece uma série de requisitos para a notificação, desde as situações e os momentos em que deve ocorrer até a sua

[12] BADIN, Michelle. A regulação de "novos temas" em acordos preferenciais de comércio celebrados por União Europeia, Estados Unidos, China e Índia: pontos relevantes para o Brasil. Brasília: Ipea, 2012. P. 50.

forma[13]. A exemplo do que se diz, o artigo 174 prevê que as notificações a respeito de condutas e atos capazes de restringir a concorrência e cujos efeitos possam repercutir diretamente no território da outra parte devem ser enviadas na fase inicial do procedimento, além de conter informações suficientes de modo a permitir uma avaliação concreta à luz dos interesses da outra parte.

Além das notificações, a cooperação prevista no acordo EU-Chile também engloba a assistência técnica, de modo que as autoridades competentes, através da sua expertise, possam fortalecer a aplicação das leis e política de concorrência (artigo 178).

O mesmo se repete no acordo do Mercosul (artigo 7). No entanto, tal acordo é mais específico em relação ao foco da assistência técnica, ao citar por exemplo o treinamento de recursos humanos das autoridades de concorrência voltado para o *enforcement* das leis concorrenciais e a advocacia da concorrência.

Segundo estudo da Professora Michelle Badin[14], há basicamente cinco níveis de cooperação entre as autoridades competentes das partes incluídos nos acordos preferenciais de comércio. São eles: *i)* troca de informações; *ii)* notificação; *iii)* consultas; *iv) negative comity* – compromisso de considerar os interesses da outra parte quando da tomada ou da execução de uma decisão, em deferência à legislação ou ao interesse desta outra parte; e *v) positive comity* – possibilidade de a autoridade de uma das partes requerer a implementação de uma medida no território da outra parte.

Como se vê, os acordos da União Europeia demonstram que o nível de entrosamento entre as autoridades concorrenciais se mantém nas trocas de informações, notificações e consultas, não havendo no acordo com Chile e Mercosul previsão de assistência mútua entre as autoridades competentes no sistema de concorrência, para a tomada ou execução de decisões, os chamados "comity". No máximo, considera-se o tratamento especial e diferenciado, no tocante à assistência técnica como forma de *enforcement* do sistema doméstico concorrencial.

Por fim, ambos acordos preferenciais de comércio excluem expressamente todas as previsões contidas no capítulo de concorrência do mecanismo bilateral de solução de controvérsias (artigo 180, EU-Chile e artigo 9, EU-Mercosul). Além disso, também não há

[13] BADIN, Michelle. AZEVEDO, Milena. *A Regulação de Concorrência nos Acordos Preferenciais de Comércio*. In: Tendências regulatórias nos acordos preferenciais de comércio no século XXI: os casos de Estados Unidos, União Europeia, China e Índia / organizadores: Ivan Tiago Machado Oliveira, Michelle Ratton Sanchez Badin.—Brasília : Ipea, 2013. P. 283.

[14] BADIN, Michelle. AZEVEDO, Milena. A Regulação de Concorrência nos Acordos Preferenciais de Comércio. In: Tendências regulatórias nos acordos preferenciais de comércio no século XXI: os casos de Estados Unidos, União Europeia, China e Índia / organizadores: Ivan Tiago Machado Oliveira, Michelle Ratton Sanchez Badin.—Brasília : Ipea, 2013. P. 273.

previsão de comitê ou grupo de trabalho para acompanhar a implementação dos compromissos assumidos pelas partes nos acordos de comércio.

Nesse aspecto, conforme pontuado por Fábio Morosini, a União Europeia busca uma "inflação legal", ou seja, incluir um número elevado de áreas nos acordos, sendo que poucas delas teriam obrigações juridicamente vinculantes[15].

Em conclusão, das sete possíveis disposições sobre concorrência, levantados pelo estudo da OCDE, foram observados no acordo entre a União Europeia e Chile: (i) adoção, manutenção e aplicação de leis concorrenciais (artigo 172); (ii) cooperação entre autoridades concorrenciais (artigos 174, 175, 176 e 177); (iii) práticas anticompetitivas (artigo 172); (iv) solução de controvérsias (artigo 180) e (v) tratamento especial e diferenciado (artigo 178), não havendo disposições sobre não discriminação e transparência especificamente no capítulo voltado para concorrência.

Similarmente, no acordo entre a União Europeia e Mercosul se fizeram presentes: (i) adoção, manutenção e aplicação de leis concorrenciais (artigo 3); (ii) cooperação entre autoridades concorrenciais (artigos 5 e 6); (iii) práticas anticompetitivas (artigo 2); (iv) transparência (artigo 8); (v) solução de controvérsias (artigo 9) e (vi) tratamento especial e diferenciado (artigo 7), não havendo disposições sobre não discriminação especificamente no capítulo voltado para concorrência.

Comparativamente, não foi possível identificar grau de uniformização entre a cláusula de concorrência contida nos acordos da União Europeia com Chile e Mercosul. Ambos os acordos, apesar de formalmente dispor sobre os mesmos temas, o nível de abrangência e escopo das cláusulas é distinto. A exemplo do que se diz, a previsão sobre práticas anticompetitivas é mais abrangente no acordo com Mercosul, que inclui além dos acordos e abuso de poder, fusões e aquisições. Também se difere o nível de abrangência e escopo das formas de cooperação, em especial quando envolve disposições sobre troca de informações. No acordo com o Chile, prevê-se que as partes envidarão os melhores esforços para fornecimento de informações não confidenciais. Na contramão, o acordo com o Mercosul desobriga as partes a fornecer informações não confidenciais. Logo, no caso da União Europeia, na forma, as disposições contidas no capítulo específico de concorrência são bastante similares, já que perpassam sobre práticas anticompetitivas e cooperação, porém no seu conteúdo, não foi possível identificar grau de uniformização.

[15] MOROSINI, Fabio. *Série DDJ Regulação do comércio internacional e do investimento estrangeiro*. Editora Saraiva, 2017. 9788547222437. P. 157.

Cláusula	**Acordo EU-Chile**	**Acordo EU-Mercosul**
Objetivos	1. The Parties undertake to apply their respective competition laws in a manner consistent with this Part of the Agreement so as to avoid the benefits of the liberalisation process in goods and services being diminished or cancelled out by anti-competitive business conduct. To this end, the Parties agree to cooperate and coordinate among their competition authorities under the provisions of this Title. 2. With a view to preventing distortions or restrictions of competition which may affect trade in goods or services between them, the Parties shall give particular attention to anti-competitive agreements, concerted practices and abusive behaviour resulting from single or joint dominant positions. 3. The Parties agree to cooperate and coordinate among themselves for the implementation of competition laws. This cooperation includes notification, consultation, exchange	1. The Parties recognise the importance of free and undistorted competition in their trade relations. The Parties acknowledge that anti-competitive practices and concentrations between undertakings which significantly impede effective competition have the potential to affect the proper functioning of markets and the benefits of trade liberalisation. The Parties therefore agree that the following are incompatible with this Agreement, in so far as they may affect trade between the Parties: (a) agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices between undertakings, which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition2 as specified in their respective competition laws; (b) any abuse by one or more undertakings of a dominant position or a substantial market power or notable market participation, as

	of non-confidential information and technical assistance. The Parties acknowledge the importance of embracing principles on competition that would be accepted by both Parties in multilateral fora, including the WTO.	specified in their respective Competition Laws; (c) concentrations between undertakings, which significantly impede effective competition, as specified in their respective competition laws.
Princípios		The Parties recognise the importance of applying their respective competition laws in a transparent, timely and non-discriminatory manner, respecting the principles of procedural fairness towards all interested parties and rights of defense of the parties under investigation. The Parties shall adopt or maintain in force comprehensive Competition Laws which effectively address the anti-competitive practices and concentrations between undertakings which significantly impede effective competition referred to in Article 2 (2) (a) to (c) and respect the principles set out in Article 2 (3). The Parties shall establish or maintain Competition Authorities designated and appropriately equipped for the transparent and effective implementation of the Competition Laws.

		The provisions of Title [X] (Transparency) shall apply to matters covered by this Title. For the purposes of the application of Article [5 of that Title] to matters covered by this Title, "interested persons that are directly affected by a proceeding" shall mean the potential addressees of a decision by a competition authority. [placement to be decided]
Cooperação	The competition authority of one Party may notify the other Party's competition authority of its willingness to coordinate enforcement activities with respect to a specific case. This coordination shall not prevent the Parties from taking autonomous decisions	
Troca de informações	1. With a view to facilitating the effective application of their respective competition laws, the competition authorities may exchange non-confidential information. 2. For the purpose of improving transparency, and without prejudice to the rules and standards of confidentiality applicable in each Party, the Parties hereby undertake to exchange information	With a view to facilitating the effective application of their respective competition laws, the competition authorities may exchange non-confidential information. The Competition Authority of one Party may request cooperation to the other Party's competition authority with respect to enforcement activities. This co-operation shall not prevent the Parties from taking autonomous decisions.

	regarding sanctions and remedies applied in the cases that, according to the competition authority concerned, are significantly affecting important interests of the other Party and to provide the grounds on which those actions were taken, when requested by the competition authority of the other Party. 3. Each Party shall provide the other Party with information on state aid on an annual basis, including the overall amount of aid and, if possible, the segregation by sector. Each Party may request information on individual cases affecting trade between the Parties. The requested Party will use its best efforts to provide non-confidential information. 4. All exchange of information shall be subject to the standards of confidentiality applicable in each Party. Confidential information whose dissemination is expressly prohibited or which, if disseminated, could adversely affect the interest of the Parties, shall not be provided without the	Neither Party is required to communicate information to the other Party. A Party may require that information communicated pursuant to this Article be used subject to the terms and conditions it may specify**.**

	express consent of the source of the information. 5. Each competition authority shall maintain the confidentiality of any information provided to it in confidence by the other competition authority, and oppose any application for disclosure of such information by a third party that is not authorised by the competition authority that supplied the information. 6. In particular, where the laws of a Party so provides, confidential information may be provided to their respective courts of justice, subject to maintaining its confidentiality by the respective courts.	
Notificações	1. Each competition authority shall notify the competition authority of the other Party of an enforcement activity if it: (a) is liable to substantially affect the other Party's important interests; (b) relates to restrictions on competition which are liable to have a direct and substantial effect in the territory of the other Party; or	

	(c) concerns anti-competitive acts taking place principally in the territory of the other Party. 2. Provided that this is not contrary to the Parties' competition laws and does not affect any investigation being carried out, notification shall take place at an early stage of the procedure. The opinions received may be taken into consideration by the other competition authority when taking decisions. 3. The notifications provided for in paragraph 1 should be detailed enough to permit an evaluation in the light of the interests of the other Party. 4. The Parties undertake to use their best efforts to ensure that notifications are made in the circumstances set out above, taking into account the administrative resources available to them.	
Consultas	1. Each Party shall, in accordance with its laws, take into consideration, as necessary, the important interests of the other Party in the course of its enforcement activities. If the competition authority of a Party	A competition authority of a Party may request consultations with the competition authority of the other Party should it consider that the interests of that Party are being substantially and adversely affected by

	considers that an investigation or proceeding being conducted by the competition authority of the other Party may adversely affect such Party's important interests it may transmit its views on the matter to, or request consultation with, the other competition authority. Without prejudice to the continuation of any action under its competition laws and to its full freedom of ultimate decision, the competition authority so addressed should give full and sympathetic consideration to the views expressed by the requesting competition authority. 2. The competition authority of a Party which considers that the interests of that Party are being substantially and adversely affected by anti-competitive practices of whatever origin that are or have been engaged in by one or more enterprises situated in the other Party may request consultations with the competition authority of that Party. Such consultations shall be without prejudice to the full freedom of ultimate decision of the competition authority concerned.	(a) anticompetitive practices that are or have been engaged in by one or more enterprises situated in the territory of the other Party or (b) concentrations between undertakings which significantly impede effective competition as referred to in Article 2 (2) (a) to (c) or (c) the enforcement activities of the competition authority of the other Party. (d) The EU Competition Authority shall endeavor to assist the Competition Authorities from the Members countries of MERCOSUR, in their contacts with the Competition Authorities from the EU Member States in relation to anticompetitive practices, concentrations between undertakings and the enforcement of competition activities, without implications at Community level. It is recognised that entering into such consultations is without prejudice to any action under its competition law and to the full freedom of ultimate decision of the competition authority concerned. A competition authority so consulted may take whatever corrective measures it deems appropriate,

	A competition authority so consulted may take whatever corrective measures under its competition laws it deems appropriate, consistent with its own domestic law, and without prejudice to its full enforcement discretion.	consistent with its laws, and without prejudice to its full enforcement discretion.
Assistência técnica	The Parties may provide each other technical assistance in order to take advantage of their respective experience and to strengthen the implementation of their competition laws and policies.	The Parties will engage in capacity building activities in the area of competition policy subject to the availability of funding for such activities under the Parties' cooperation instruments and programmes. This cooperation is addressed in Article X of Chapter XX of this Agreement. The Parties will engage in capacity building activities in the area of competition policy subject to the availability of funding for such activities under the Parties' cooperation instruments and programmes. Technical assistance shall focus on institutional capacity building and training of human resources of the competition authorities, to support them in the establishment of their respective competition regimes and

		effective enforcement. The aim shall be to strengthen and effectively enforce competition laws in the areas of antitrust and concentrations between undertakings, including competition advocacy.
Solução de controvérsias	Neither Party may have recourse to dispute settlement under this Agreement for any matter arising under this Title.	Neither Party shall call upon a dispute settlement procedure under this Agreement for any matter arising from this Chapter.

B) Modelo Estados Unidos de cláusulas de concorrência em Acordos Preferenciais de Comércio: um estudo empírico dos acordos EUA-Chile e EUA-Peru

Após análise comparativa dos acordos celebrados pelos Estados Unidos com o Chile, assinado em 6/6/2003 e vigente a partir de1/1/2004, e o Peru, assinado em 12/4/2006 e vigente a partir de 2/1/2009, observou-se que o capítulo de concorrência é vinculado a objetivos específicos relativos à promoção de eficiência econômica e bem-estar do consumidor. É o que se extrai das cláusulas 16.1 e 13.2 respectivamente dos acordos preferenciais de comércio com o Chile e o Peru.

Especificamente em relação ao Peru, além dos objetivos destacados acima, houve expresso reconhecimento de que a depender do endereçamento doméstico sobre concorrência, poderiam haver restrições ao fluxo de comércio e investimentos entre as partes.

Portanto, para evitar tais limitações, as partes reconheceram que a implementação de políticas de concorrência economicamente sólidas e a cooperação nas questões cobertas pelo capítulo de concorrência ajudaria a garantir os benefícios do acordo de comércio. A propósito, destaca-se a íntegra da cláusula:

> *Article 13.1: Objectives*
> *Recognizing that the conduct subject to this Chapter has the potential to restrict bilateral trade and investment, the Parties believe that proscribing such conduct, implementing economically sound competition policies, and cooperating on matters covered by this Chapter will help secure the benefits of this Agreement* (United States e Peru, 2006).

Delineados os objetivos da cláusula de concorrência, a saber a promoção de eficiência econômica, o bem-estar do consumidor e a redução de barreiras ao fluxo de comércio, o capítulo de concorrência avançou para a inclusão dos "princípios horizontais" da política da

concorrência. São estes: o princípio da cooperação, o princípio da não discriminação e o princípio da transparência. Todos esses princípios foram abarcados nos acordos de comércio dos Estados Unidos com o Chile e Peru.

Em relação ao princípio da cooperação, as partes signatárias do acordo se comprometeram a trocar informações entre as suas autoridades competentes, notificar e promover consultas. Não houve, a rigor, a especificação de quais situações autorizariam o uso dos mecanismos de cooperação, a não ser pelo uso da expressão "enforcement" das leis concorrenciais. A exemplo do que se diz, transcreve-se o teor do artigo 16.2 do acordo com o Chile:

> *The Parties agree to cooperate in the area of competition policy. The Parties recognize the importance of cooperation and coordination between their respective authorities to further effective competition law enforcement in the free trade area. Accordingly, the Parties shall cooperate on issues of competition law enforcement, including notification, consultation, and exchange of information relating to the enforcement of the Parties' competition laws and policies.*

A previsão do princípio da cooperação no acordo com o Peru traz a obrigação de notificação de casos que afetem os interesses importantes da outra parte, sem necessariamente conceituar o termo. A propósito, cita-se o artigo 13.3 do acordo como Peru:

> *Accordingly, the Parties shall cooperate on issues of competition law enforcement, including notification of cases that affect the important interests of another Party, consultation, and exchange of information relating to the enforcement of each Party's competition laws and policies.*

Conforme a classificação proposta por Michelle Sanchez Badin[16], estes mecanismos de troca de informações, notificação e consulta, configuram os níveis mais amenos de cooperação entre as autoridades competentes das partes, não se observando, na prática, a previsão de assistência mútua entre as autoridades competentes no sistema de concorrência, para a tomada ou execução de decisões, os chamados "comity".

Nesse ponto, vale destacar que o princípio da cooperação não contemplou a possibilidade de fornecer assistência técnica para as atividades na área de concorrência, o que

[16] BADIN, Michelle. AZEVEDO, Milena. *A Regulação de Concorrência nos Acordos Preferenciais de Comércio*. In: Tendências regulatórias nos acordos preferenciais de comércio no século XXI: os casos de Estados Unidos, União Europeia, China e Índia / organizadores: Ivan Tiago Machado Oliveira, Michelle Ratton Sanchez Badin.—Brasília : Ipea, 2013. P. 273.

contraria a visão de Horn[17] a respeito dos benefícios da cláusula de concorrência para os países em desenvolvimento.

Em relação à supervisão do acordo e implementação das medidas previstas, cabe destacar que apenas o acordo com o Peru previu a criação de um grupo de trabalho, cujos relatórios e análises subsidiariam ações futuras para melhorias do acordo.

> *Article 13.4: Working Group*
>
> *The Parties shall establish a working group comprising representatives of each Party. The working group shall endeavor to promote greater understanding, communication, and cooperation between the Parties with respect to matters covered by this Chapter.* The working group shall report on the status of its efforts to the Commission within three years of entry into force of this Agreement and may make any appropriate recommendations for future action that may further promote the achievement of the objectives of this Article (United States e Peru, 2006).

Embora os compromissos previstos no capítulo de concorrência dos acordos preferenciais de comércio entre Estados Unidos, Chile e Peru, representem compromissos e obrigações vinculantes, algumas previsões específicas não se sujeitam aos mecanismos de solução de controvérsias.

No caso do acordo com o Peru, **não** estão sujeitos ao mecanismo de solução de controvérsias a disposição sobre adoção e manutenção de leis concorrenciais e autoridades competentes; cooperação; grupo de trabalho e consulta. As demais previsões relativas a monopólios, empresas estatais, diferenciação de preços e transparência das informações, por outro lado, podem ser submetidas ao mecanismo de solução de controvérsias. O mesmo se repete no caso do acordo com o Chile. Percebe-se, portanto, que nos acordos preferenciais de comércio dos Estados Unidos, há uma exclusão seletiva dos compromissos e obrigações do capítulo sobre concorrência sujeitos ao mecanismo de solução de controvérsias.

Por fim, apesar de se tratar de acordos preferenciais de comércio com países em desenvolvimento, não se verificou nos acordos dos Estados Unidos com o Chile e Peru disposição sobre tratamento especial e diferenciado nem mesmo sobre assistência técnica para as atividades na área de concorrência.

Em conclusão, das sete possíveis disposições sobre concorrência, levantados pelo estudo da OCDE, foram observados no acordo entre Estados Unidos e Chile: (i) adoção, manutenção e aplicação de leis concorrenciais (artigo 16.1); (ii) cooperação entre autoridades

[17] HORN, Mavroidis et al. *Beyond the WTO? Anatomy of EU and US preferential trade agreements*, 2009.

concorrenciais (artigos 16.2; 16.6; 16.7); (iii) solução de controvérsias (artigo 16.8); (iv) princípio da não discriminação (artigo 16.1); e (v) princípio da transparência (artigo 16.6), não havendo disposições sobre práticas anticompetitivas e tratamento especial e diferenciado especificamente no capítulo voltado para concorrência.

Similarmente, no acordo entre Estados Unidos e Peru se fizeram presentes: (i) adoção, manutenção e aplicação de leis concorrenciais (artigo 13.2); (ii) cooperação entre autoridades concorrenciais (artigos 13.3; 13.8; 13.9); (iii) solução de controvérsias (artigo 13.10); (iv) princípio da não discriminação (artigo 13.2); e (v) princípio da transparência (artigo 13.8), não havendo disposições sobre práticas anticompetitivas e tratamento especial e diferenciado especificamente no capítulo voltado para concorrência.

Comparativamente, é possível identificar um certo grau de uniformização entre a cláusula de concorrência contida nos acordos dos Estados Unidos com Chile e Peru. É similar o nível de abrangência e escopo das cláusulas de concorrência, não havendo grandes distinções entre os dois acordos, com exceção da previsão de grupos de trabalho para supervisionar o acordo com o Peru, atribuindo maior grau de exigência e vinculação às medidas previstas no âmbito da concorrência. Por fim, chama atenção a ausência de previsão sobre assistência técnica na área de concorrência, o que indica uma tendência dos Estados Unidos a não se comprometer em auxiliar o desenvolvimento do ambiente anticompetitivo de países em desenvolvimento.

Cláusula	**Acordo EUA-Chile**	**Acordo EUA-Peru**
Objetivos	1. Each Party shall adopt or maintain competition laws that proscribe anticompetitive business conduct, with the objective of promoting economic efficiency and consumer welfare, and shall take appropriate action with respect to such conduct. 2. Each Party shall maintain an authority responsible for the enforcement of its national	1. Each Party shall adopt or maintain national competition laws that proscribe anticompetitive business conduct and promote economic efficiency and consumer welfare, and shall take appropriate action with respect to such conduct. 2. Each Party shall maintain an authority responsible for the enforcement of its national

	competition laws. The enforcement policy of each Party's national competition authorities is not to discriminate on the basis of the nationality of the subjects of their proceedings. Each Party shall ensure that: (a) before it imposes a sanction or remedy against any person for violating its competition law, it affords the person the right to be heard and to present evidence, except that it may provide for the person to be heard and present evidence within a reasonable time after it imposes an interim sanction or remedy; and (b) an independent court or tribunal imposes or, at the person's request, reviews any such sanction or remedy. Nothing in this Chapter shall be construed to infringe each Party's autonomy in developing its competition policies or in deciding how to enforce its competition laws.	competition laws. The enforcement policy of each Party's central government competition authorities is not to discriminate on the basis of the nationality of the subjects of their proceedings. Each Party shall ensure that: (a) before it imposes a sanction or remedy against any person for violating its competition law, it affords the person the right to be heard and to present evidence, except that it may provide for the person to be heard and present evidence within a reasonable time after it imposes an interim sanction or remedy; and (b) a court or other independent tribunal established under that Party's laws imposes or, at the person's request, reviews any such sanction or remedy. Each Party other than the United States may implement its obligations under this Article through Andean Community competition laws or an Andean

		Community enforcement authority.
Princípios	1. The Parties recognize the value of transparency of government competition policies.	The Parties recognize the value of transparency of government competition policies.
Cooperação	The Parties agree to cooperate in the area of competition policy. The Parties recognize the importance of cooperation and coordination between their respective authorities to further effective competition law enforcement in the free trade area. Accordingly, the Parties shall cooperate on issues of competition law enforcement, including notification, consultation, and exchange of information relating to the enforcement of the Parties'competition laws and policies.	1. The Parties agree to cooperate in the area of competition policy. The Parties recognize the importance of cooperation and coordination between their respective authorities to further effective competition law enforcement in the free trade area. Accordingly, the Parties shall cooperate on issues of competition law enforcement, including notification of cases that affect the important interests of another Party, consultation, and exchange of information relating to the enforcement of each Party's competition laws and policies.
Troca de informações	On request, each Party shall make available to the other Party public information concerning its: (a) competition law enforcement activities; and	On request, each Party shall make available to another Party public information concerning its: (a) competition law enforcement activities;

	(b) state enterprises and designated monopolies, public or private, at any level of government. Requests under subparagraph (b) shall indicate the entities or localities involved, specify the particular products and markets concerned, and include indicia of practices that may restrict trade or investment between the Parties. 3. On request, each Party shall make available to the other Party public information concerning exemptions provided under its competition laws. Requests shall specify the particular goods and markets of interest and include indicia that the exemption may restrict trade or investment between the Parties.	(b) state enterprises and designated monopolies, public or private, at any level of government; and © export associations registered or certified as such to the central government, including any conditions the Party imposes on them. In a request under subparagraph (b), a Party shall indicate the entities or localities involved, specify the particular goods or services and markets concerned, and include indicia of practices that may restrict trade or investment between the Parties. In a request under subparagraph (c), a Party shall specify the particular goods or services concerned. On request, each Party shall make available to the other Party public information concerning exemptions provided under its competition laws. The requesting Party shall specify the particular goods or services and markets of interest and include indicia that the

		exemption may restrict trade or investment between the Parties.
Consultas	To foster understanding between the Parties, or to address specific matters that arise under this Chapter, each Party shall, on request of the other Party, enter into consultations regarding representations made by the other Party. In its request, the Party shall indicate, if relevant, how the matter affects trade or investment between the Parties. The Party addressed shall accord full and sympathetic consideration to the concerns of the other Party.	To foster understanding between the Parties, or to address specific matters that arise under this Chapter, each Party shall, on request of another Party, enter into consultations. In its request, the Party shall indicate, if relevant, how the matter affects trade or investment between the Parties. The Party addressed shall accord full and sympathetic consideration to the concerns of the other Party.
Mecanismos de implementação do acordo		The Parties shall establish a working group comprising representatives of each Party. The working group shall endeavor to promote greater understanding, communication, and cooperation between the Parties with respect to matters covered by this Chapter. The working group shall report on the status of its efforts to the Commission within three years of entry into force of this Agreement and may make any appropriate recommendations for future action that may further

		promote the achievement of the objectives of this Article.
Solução de controvérsias	Neither Party may have recourse to dispute settlement under this Agreement for any matter arising under Article 16.1, 16.2, or 16.7.	No Party may have recourse to dispute settlement under this Agreement for any matter arising under Article 13.2, 13.3, 13.4, or 13.9.

3. Os possíveis reflexos das cláusulas concorrenciais presentes nos acordos preferenciais de comércio para o Brasil

Conforme estudo empírico das cláusulas de concorrência previstas em acordos da União Europeia e dos Estados Unidos com países da América do Sul, a previsão de cláusulas concorrenciais em acordos preferenciais de comércio tem favorecido o fortalecimento do direito concorrencial e das autoridades competentes principalmente em países em desenvolvimento, através do *enforcement*, da cooperação entre agências e assistência técnica.

Em estudo empírico, Baldwin, Evenett e Low (2009, p. 104) concluíram que as cláusulas concorrenciais constantes nos acordos preferenciais de comércio favorecem o estabelecimento de sistema e autoridades nacionais de defesa da concorrência, de forma que não estão baseados em regras discriminatórias. Essas disposições, portanto, na visão dos autores, podem beneficiar todos os países, e não apenas os signatários dos acordos.

No âmbito nacional, de acordo com Silva et al. (2005, p. 361), em razão de possuir um sistema de defesa da concorrência consolidado e próximo aos padrões estabelecidos pelas economias desenvolvidas, o Brasil não tem demonstrado interesse em uma agenda concorrencial externa.

Na realidade, conforme Ipea (2012), as manifestações brasileiras no âmbito da OMC caminharam no sentido de indicar também o papel da política de concorrência na promoção de determinadas políticas de desenvolvimento. Aqui, trata-se por exemplo de tratamento especial e diferenciado ou de capacitação técnica.

Nos modelos de acordos celebrados com a UE, por exemplo, cláusulas de exceção e flexibilizações na aplicação da política de concorrência estão presentes, ao contrário do que se verificou nos acordos celebrados com os Estados Unidos. Realmente, ainda que sem relevante grau de uniformização, foi possível constatar uma tendência europeia a auxiliar o ambiente competitivo de países em desenvolvimento, com previsão de assistência técnica para

treinamento de recursos humanos das autoridades de concorrência voltado para o *enforcement* das leis concorrenciais e a advocacia da concorrência.

Por outro lado, os Estados Unidos demonstraram uma tendência maior no quesito de delimitar o marco regulatório mínimo do país signatário, exigindo-lhe a adoção dos princípios gerais, como cooperação, não discriminação e transparência e regulando aspectos como subsídios estatais e empresas governamentais, sem em contrapartida dispor de mecanismos que auxiliem o *enforcement* de um sistema doméstico concorrencial.

Especificamente em relação ao Brasil, oestudo conclui que o Brasil não encontraria grandes dificuldades em acompanhar a estrutura concorrencial doméstica prevista pelos atuais modelos de acordos preferenciais de comércio. A um, pois o Brasil possui um robusto sistema concorrencial, encabeçado pelo CADE, que em nada deve às economias mais desenvolvidas. A dois, em razão de que, como visto nos capítulos anteriores, apesar de disporem de vasta gama de dispositivos, o atual modelo de acordos preferenciais de comércio, a exceção do modelo estadunidense, não apresentam mecanismos de implementação suficientes, carecendo de mecanismo de solução de controvérsias.

Denota-se, assim, a necessidade de implementação dos compromissos então previstos nos acordos. A mera previsão, apesar de apontar para um caminho extremamente positivo, isto é, de instituir, melhorar e padronizar o sistema de defesa da concorrência dos países, inclusive os não signatários dos acordos, carece de eficácia jurídica. As cláusulas concorrenciais jamais podem ser elementos figurativos.

É essencial, portanto, que os acordos preferenciais de comércio disponham de efeito vinculativo na maioria das suas cláusulas, isto é, faz-se necessário a submissão do capítulo de concorrência ao mecanismo de solução de controvérsias que abarque as disposições acordadas. Conforme visto, essa tem sido a linha adotada nos acordos preferenciais de comércio norte-americanos.

CONCLUSÃO

O questionamento que originou o presente trabalho partiu de uma análise sobre o modo pelo qual a convergência regulatória realizada via acordos regionais de comércio sobre cláusulas de concorrência auxilia o ambiente competitivo dos países signatários.

A hipótese adotada ao início era de que a previsão de cláusulas concorrenciais em acordos preferenciais de comércio tem favorecido o fortalecimento do direito concorrencial e

das autoridades competentes principalmente em países em desenvolvimento, através do *enforcement*, da cooperação entre agências e assistência técnica.

Visto isso, a partir da presente pesquisa pode-se concluir que hipótese supra foi totalmente confirmada.

Primeiramente, estudando, em abstrato, das disposições sobre concorrência identificadas como mais recorrentes em acordos preferenciais de comércio. Com base nos estudos da OCDE de 2006 e 2019, cuja base de dados englobou mais de 80 acordos de comércio, tanto entre países desenvolvidos quando em desenvolvimento, para identificar, de forma geral, quais são as disposições constantes do capítulo de concorrência e como os países estão regulando o tema da concorrência.

Nesse sentido, as seguintes disposições foram destacadas: (i) adotar, manter e aplicar leis concorrenciais; (ii) cooperação; (iii) práticas anticompetitivas; (iv) princípio da não discriminação; (v) princípio da transparência; (vi) solução de controvérsias; e (vii) tratamento especial e diferenciado.

Ao avançar para uma análise empírica dos acordos preferenciais de comércio firmados entre União Europeia e países da América do Sul, como Chile e Peru, não foi possível identificar grau de uniformização entre a cláusula de concorrência contida nos acordos.

Nesse modelo, os acordos analisados, apesar de buscarem assegurar a regulamentação doméstica e autoridade nacional competente para tratar dos temas relativos à concorrência, dispondo formalmente sobre os mesmos temas, possuem o nível de abrangência e escopo das cláusulas distintos.

No modelo dos Estados Unidos, por outro lado, é possível identificar um certo grau de uniformização entre a cláusula de concorrência contida nos acordos dos com o Chile e o Peru.

É similar o nível de abrangência e escopo das cláusulas de concorrência, não havendo grandes distinções entre os dois acordos, com exceção da previsão de grupos de trabalho para supervisionar o acordo com o Peru, atribuindo maior grau de exigência e vinculação às medidas previstas no âmbito da concorrência

Chama, contudo, atenção a ausência de previsão sobre assistência técnica na área de concorrência, o que indica uma tendência dos Estados Unidos a não se comprometer em auxiliar o desenvolvimento do ambiente anticompetitivo de países em desenvolvimento.

Ao analisar, especialmente os acordos pactuados pela União Europeia e pelos Estados Unidos, notou-se que a adoção de cláusulas concorrenciais é benéfica para constituição de um sistema de defesa da concorrência sólido nos países signatários, especialmente nos países em desenvolvimento.

Nos acordos, pôde-se constatar tanto a presença de cláusulas basilares como princípios gerais e as formas de cooperação entre as partes, como a presença de disposições adicionais como a legislação doméstica e autoridades nacionais responsáveis pela coordenação e implementação da política em concorrência e os critérios a serem aplicados aos casos específicos de empresas estatais e monopólio estatal.

Notou-se, outrossim, nos acordos pactuados pelos EUA uma maior presença de efeito vinculante nas suas cláusulas em relação aos acordos pactuados pela UE.

Realmente, ainda que sem relevante grau de uniformização, foi possível constatar uma tendência europeia a auxiliar o ambiente competitivo de países em desenvolvimento, com previsão de assistência técnica para treinamento de recursos humanos das autoridades de concorrência voltado para o *enforcement* das leis concorrenciais e a advocacia da concorrência.

Por outro lado, os Estados Unidos demonstraram uma tendência maior no quesito de delimitar o marco regulatório mínimo do país signatário, exigindo-lhe a adoção dos princípios gerais, como cooperação, não discriminação e transparência e regulando aspectos como subsídios estatais e empresas governamentais, sem em contrapartida dispor de mecanismos que auxiliem o *enforcement* de um sistema doméstico concorrencial

Observa-se, por fim, que o próximo passo a ser dado no âmbito dos acordos preferenciais de comércio diz respeito justamente a dar a devida eficácia jurídica as suas cláusulas. Nesse sentido, imposição de mecanismo de solução de controvérsias efetivo que abarque a integralidade das disposições acordadas é de precípua importância.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDERSON, R.D., Kovacic, W.E., Müller, A.C. and N. Sporysheva (2018), "*Competition policy, trade and the global economy: existing WTO elements, commitments in regional trade agreements, current challenges and issues for reflection",* World Trade Organization Staff Working Paper ERSD-2018- 12, www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201812_e.pdf.

BADIN, Michelle Ratton Sanchez e TASQUETTO, Lucas da Silva. *Os acordos de comércio para além das preferências: uma análise da regulamentação sobre os "novos temas"*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 10, n. 1, 2013 p. 105-126.

BADIN, Michelle R. S. *A Regulação de "Novos Temas" em Acordos Preferenciais de Comércio Celebrados por União Europeia, Estados Unidos, China e Índia: Pontos Relevantes para o Brasil*. IPEA, TD 1773, 2012.

BALDWIN, R.; EVENETT, S.; LOW, P. *Beyond tariffs: multilateralizing non-tariff RTA commitments*. In: BALDWIN, R.; LOW, P. (Ed.). Multilateralizing regionalism. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 79-141

EU-CHILE. Association Agreement between the EU and Chile (2002). https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:f83a503c-fa20-4b3a-9535-f1074175eaf0.0004.02/DOC_2&format=PDF

EU-MERCOSUL. http://siscomex.gov.br/acordos-comerciais/mercosul-uniao-europeia/

HORN, Mavroidis et al. *Beyond the WTO? Anatomy of EU and US preferential trade agreements*, 2009. Disponível em: http://ssrn.com/abs-tract=1411066

LAPRÉVOTE, F.-C., (2019), "*Competition Policy within the Context of Free Trade Agreements"*, https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2019)5/en/pdf

LAPRÉVOTE, F.-C., Frisch, S. and B. Can (2015), "*Competition Policy within the Context of Free Trade Agreements"*, E15 Initiative, http://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/07/E15- Competition-Laprevote-Frisch-Can-FINAL.pdf.

MOROSINI, Fabio. Série DDJ *Regulação do comércio internacional e do investimento estrangeiro.* Editora Saraiva, 2017. 9788547222437. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547222437/. Acesso em: 24 out. 2021.

OECD (2019). *Competition Provisions in Trade Agreement: Summaries of contributions*. https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2019)20/en/pdf

OECD (2019). *Competition Provisions in Trade Agreement: Summary of Discussion*. https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2019)15/en/pdf

OECD (2006). *Competition Provisions in Regional Trade Agreements*. https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=COM/DAF/TD(2005)3/FINAL&docLanguage=En

OLIVEIRA, Ivan Tiago Machado. Os acordos preferenciais e a regulação do comércio global no século XXI. In: OLIVEIRA, Ivan Tiago Machado; BADIN, Michelle Ratton Sanchez (Orgs.). Tendências regulatórias nos acordos preferenciais de comércio no século XXI: os casos de Estados Unidos, União Europeia, China e Índia. Brasília: Ipea, 2013.

OLIVEIRA, Ivan Tiago Machado; BADIN, Michelle Ratton Sanchez (Orgs.). Tendências regulatórias nos acordos preferenciais de comércio no século XXI: os casos de Estados Unidos, União Europeia, China e Índia. Brasília: Ipea, 2013.

SILVA, L. et al. Política de concorrência. In: THORSTENSEN, V.; JANK, M. (Org.). O Brasil e os grandes temas do comércio internacional. São Paulo: Aduaneiras, 2005. p. 355-378.

THORSTENSEN, Vera. BADIN, Michelle Ratton. ELEOTÉRIO, Carolina Müller e Belisa. *Acordos Preferenciais de Comércio: da multiplicação de novas regras aos mega-acordos comerciais.*

U.S.-CHILE FREE TRADE AGREEMENT (2004). https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/chile-fta/final-text

U.S.-PERU FREE TRADE AGREEMENT (2009). https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/peru-tpa/final-text

13. NEM *YUPPIE*, NEM *HIPSTER*, MAS CALIXTO E OUTRAS BRASILIDADES: UM ENSAIO SOBRE AS POSSIBILIDADES DISTRIBUTIVAS DO ANTITRUSTE BRASILEIRO SOB A INFLUÊNCIA NEO-BRANDEISIANA.

13. NEITHER YUPPIE, NOR HIPSTER, BUT CALIXTO AND OTHER BRAZILITIES: AN ESSAY ON THE DISTRIBUTIVE POSSIBILITIES OF BRAZILIAN ANTITRUST UNDER THE NEO-BRANDEIS INFLUENCE.

Fábio Casotti

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. FONTES ESTRUTURAIS DE CONCENTRAÇÃO E NOVAS CEPAS DE DESIGUALDADE. 2.1. A armadilha do (sub)desenvolvimento. 2.2. A pandemia socioeconômica. 3. DO PARADOXO ANTITRUSTE AO NEO-BRANDEISIANISMO. 3.1. O antitruste pão com manteiga. 3.2. O despertar distributivo. 4. UMA TERCEIRA VIA DISTRIBUTIVA DO ANTITRUSTE NO BRASIL? 4.1. A importação do antitruste. 4.2. Um antitruste à brasileira. 5. CONCLUSÃO

RESUMO: Este ensaio promove uma reflexão crítica sobre a possibilidade de o antitruste brasileiro almejar questões distributivas. A partir de uma visão contextual sobre os níveis de desigualdade nacionais e a trajetória de formação econômica do Brasil, realiza-se uma revisão da produção acadêmica quanto aos objetivos do direito da concorrência. São apresentadas as referências contemporâneas mais eloquentes sobre o emprego declarado do ferramental antitruste no enfrentamento questões de ordem igualitária e distributiva, o surgimento do movimento Neo-Brandeisiano e o choque de narrativas entre os chamados *Hipster* e *Yuppie Antritrust*. Com as evidências colhidas e as avaliações realizadas, constata-se a existência de controvérsias acadêmicas sobre a demonstração formal das relações de causalidade, bem como sobre o grau de ocupação declarada no enfrentamento dessas questões. Realiza-se uma desconstrução da pretensa neutralidade tecnocrática da abordagem da eficiência, com a exposição de suas escolhas políticas e sociais subjacentes. Por fim, entende-se que há espaço para uma maior consideração e discussão do tema distributivo no direito concorrencial brasileiro, tanto no debate acadêmico, quanto na agenda de autoridades do antitruste nacional.

ABSTRACT: *This essay promotes a critical reflection on the possibility of the Brazilian antitrust to aim distributive issues. Based on a contextual view of the levels of national inequality and the trajectory of the Brazilian economic formation, it is carried out a review of the academic production on the objectives of competition law. The most eloquent voices on the explicit use of antitrust tools to deal with egalitarian and distributive issues are presented, the emergence of the Neo-Brandeis movement and the conflict of narratives between the so-called Hipster and Yuppie Antitrust. With the evidence collected and the evaluations carried out, it is possible to verify the existence of academic controversies about the formal demonstration of the causal relationships, as well as about the degree of explicit occupation in dealing with these issues. A deconstruction of the alleged technocratic neutrality of the efficiency approach takes place, with the exposure of its underlying political and social choices. Finally, it is understood that there is room for a greater consideration and discussion of the distributive issues in*

Brazilian competition law, in the academic debate and in the agenda of national antitrust authorities as well.

1. INTRODUÇÃO

Everybody knows the war is over,
Everybody knows the good guys lost,
Everybody knows the fight was fixed,
The poor stay poor, the rich get rich,
That's how it goes,
Everybody knows.

Partindo da inspiração quase profética e um tanto sombria da canção de Leonard Cohen e Sharon Robinson[1], tem-se que no mundo de hoje os 1% mais ricos têm mais do que o dobro da riqueza somada de outros 6,9 bilhões de indivíduos[2]. Nos negócios, poucas empresas controlam de 75 a 90% dos mercados, desde os itens mais banais do consumo cotidiano, passando por companhias aéreas, telecomunicações e as gigantescas plataformas digitais da atualidade (*Big Techs*), o que permite a esses agentes se comportarem de forma independente de seus clientes, fornecedores e funcionários[3].

Esses dois fenômenos, a crescente desigualdade econômica e a progressiva concentração de poder de mercado, têm suscitado no direito antitruste um intenso debate acadêmico sobre as eventuais relações de causalidade existentes.

No Brasil, os padrões agudos de desigualdades históricas têm se agravado, inclusive com os efeitos econômicos nefastos gerados pela crise de emergência sanitária da COVID-19.

Diante de temática tão relevante e contemporânea, este ensaio se pretende à seguinte questão: pode o antitruste brasileiro almejar o enfrentamento explícito de desigualdades socioeconômicas? Acredita-se que sim, pode e deve o antitruste nacional integrar um debate de ordem igualitária e de justiça social.

Com o objetivo de testar essa formulação, além desta breve introdução, o texto segue organizado da seguinte forma. De início, faz-se no capítulo 2 uma breve exposição histórica e regional das raízes do processo de concentração de poder no Brasil, atualizando o contexto ao

[1] EINAV, Dan. Everybody Knows: Leonard Cohen's vision of a society rotten to its core. **Financial Times**, dec. 2018.

[2] OXFAM International. **Time to care**: unpaid and underpaid care work and the global inequality crisis. Oxford: Oxfam, 2021.

[3] STIGLITZ, Joseph E. **Market concentration is threatening the US economy**: the United States' low-growth/high-inequality problem is due too few firms holding too much power. New York: Columbia Business School, 2019.

agravamento socioeconômico gerado pela pandemia da COVID-19. Em seguida, é realizada no capítulo 3 uma exposição da evolução do debate antitruste no mundo, com o destaque às tendências de revisão dos objetivos do direito da concorrência, o chamado movimento Neo-Brandeisiano e a guerra de narrativas entre *Hipster* e *Yuppie Antritrust*. O capítulo 4 se dedica a investigar a possibilidade de uma orientação distributiva no direito concorrencial brasileiro, empregando com esse objetivo referências da produção acadêmica nacional, a exemplo de Calixto Salomão Filho e outras fontes que dialogam com as singularidades econômicas e sociais brasileiras. Por fim, são então apresentadas no capítulo 5 as conclusões deste estudo.

2. FONTES ESTRUTURAIS DE CONCENTRAÇÃO E NOVAS CEPAS DE DESIGUALDADE

As desigualdades têm se revelado, em suas diferentes facetas, uma preocupação crescente na agenda de Estados Nacionais, autoridades políticas, intelectuais, acadêmicos e organismos internacionais. Assim, este capítulo se ocupa de apresentar as dinâmicas de conformação de poder na América Latina e no Brasil, evoluindo às consequências econômicas e sociais deflagradas recentemente com a crise sanitária da COVID-19.

A contrário senso do que possa fazer crer um juízo precipitado, a desigualdade e a pobreza não são mais um tópico marginal, de preocupação exclusiva de economias em desenvolvimento. Nos Estados Unidos, por exemplo, essa questão se tornou central no debate público dos últimos anos[4] e a temática tem figurado nos principais estudos de direito da concorrência[5].

Vozes inconformadas[6] com a crescente concentração de poder e riqueza na mão de poucos passam então a oferecer um debate distributivo no campo do antitruste. O economista laureado com o Prêmio Nobel Joseph Stiglitz[7] chega inclusive a apontar a crescente desigualdade como uma das principais questões globais da atualidade, com potencial para dividir as sociedades e comprometer as democracias contemporâneas. Com efeito, mais de 25% da renda nacional dos Estados Unidos é apropriada pelo 1% mais abastado, já a riqueza é ainda

[4] KHAN, Lina; VAHEESAN, Sandeep. Market power and inequality: the antitrust counterrevolution and its discontents. **11 Harvard Law & Policy Review 235**, apr. 2016. p 235.

[5] LIANOS, Ioannis. The poverty of competition law: the long story. **UCL Faculty of Laws CLES Research Paper Series 2/2018**, London, apr. 2018. p. 2.

[6] ATKINSON, A. **Inequality**: what can be done? Cambridge, MA: Harvard University Press, 2015.

[7] STIGLITZ. Joseph E. The price of inequality: how today's divided society endangers our future. *In*: **Sustainable humanity, sustainable nature**: our responsibility. Cidade do Vaticano: Vaticano, 2015. p. 379-399. p. 379.

mais concentrada do que a renda, sendo 35% de toda a riqueza norte-americana detida pelo 1% mais rico[8].

Além dessas excursões verticais, a pobreza e a desigualdade são multidimensionais[9] e se desdobram em efeitos horizontais entre os diferentes grupos (etnia ou raça, localização geográfica, vulnerabilidade a mudanças climáticas, orientação sexual ou identidade de gênero).

Já a desigualdade ainda se manifesta na falta de acesso a serviços sociais indispensáveis (como o tratamento médico, educação, alimentação, moradia e comunicação) e, com isso, perpetua a exclusão entre gerações, negando escolhas, oportunidades e impedindo a mobilidade social[10].

Quando as trajetórias sociais não encontram correspondência na valorização dos esforços e competência individuais, a percepção de desigualdade é capaz de tensionar a coesão social e erodir a confiança das pessoas no governo, nas instituições e entre elas mesmas[11].

De fato, além dessas consequências nefastas, um dos desafios mais perniciosos da geração de desigualdade é a concentração perene de poder nas mãos de poucos, capazes de influenciar e moldar decisões de acordo com seus interesses privados, em detrimento do bem público e redundando em instituições enfraquecidas, políticas públicas distorcidas, míopes e ineficientes, que entrelaçam desigualdade e baixo crescimento[12].

Nesse sentido, é importante o alerta de Ana Frazão[13] quanto ao crescimento exacerbado da concentração empresarial e da capacidade de influência política, pois, quanto menos a maioria da população é efetivamente representada pelas instituições, menores são suas chances de efetiva reforma ou reversão do quadro estabelecido. Assim, resta aos mais pobres e, em alguma medida, à própria classe média apenas a luta pela própria sobrevivência, que já consome a maior parte de seu tempo e energia.

2.1. A armadilha do (sub)desenvolvimento

[8] Ibid., p. 380.

[9] UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME – UNDP. **Trapped**: high inequality and low growth in Latin America and the Caribbean. New York: UNPD, 2021. p 3.

[10] ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. **Policy roundtables**: competition and poverty reduction. Paris: OECD, 2017. p 5.

[11] PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO - PNUD. **Além do rendimento, além das médias, além do presente**: as desigualdades no desenvolvimento humano no século XXI. Brasília, 2019. p 1.

[12] UNPD, 2021, op. cit., p 9.

[13] FRAZÃO, Ana. Um Direito Antitruste para o século XXI: o que o Direito Antitruste tem a ver com a questão da desigualdade? **JOTA Info**, Brasília, nov. 2020. p. 2.

No contexto global, a América Latina e o Caribe constituem a segunda região mais desigual do mundo, sujeita a fatores de baixo desenvolvimento e alta desigualdade, que se interrelacionam e aprisionam os países naquilo que o Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas[14] denominou "armadilha do desenvolvimento".

Essas estruturas são de fato capazes de determinar a formação de preços e a transferência de recursos de consumidores para as empresas, além de resistir a tentativas redistributivas via tributação progressiva da renda. As reformas dos anos 1990 e o Consenso de Washington não foram capazes de desconstituir esses arranjos nos países em desenvolvimento e produzir os aludidos mercados abertos, competitivos, vibrantes e desconcentrados, pelo contrário, acabaram gerando poucas e enormes corporações multinacionais, presentes em arranjos oligopolizados ou monopolizados nos vários ramos da atividade econômica[15]. A implementação desse receituário de desregulamentação, privatização, liberalização, reforço do direito de propriedade e disciplina fiscal trouxe, além da promessa de desenvolvimento, aumento das disparidades entre ricos e pobres e as oportunidades geradas[16].

Realmente, a desigualdade e as grandes corporações se entrelaçam de várias formas na história da América Latina, ainda que a região tenha percorrido uma trajetória de progresso recente, com a redução expressiva de desigualdades durante a primeira década dos anos 2000. Ainda que o processo democrático tenha produzido seus resultados, sob esse mesmo ritmo, a América Latina levaria ainda assim décadas para se aproximar dos patamares dos países desenvolvidos, até mesmo aqueles mais desiguais, como os Estados Unidos[17].

No entanto, esse movimento distributivo se sustentou em políticas de gastos públicos sociais e valorização da renda salarial, em um contexto global favorável de expansão econômica e valorização de *commodities*. Ele se estabilizou em 2010 e, em alguns países, já iniciou inclusive um ciclo de reversão[18].

Schneider[19] chega a sustentar que, muito embora as ações empresariais não possam explicar isoladamente a desigualdade, as grandes corporações são sim responsáveis por anormalidades dos padrões de desigualdade extrema observada na América Latina.

[14] UNPD, 2021, op. cit., p 3.

[15] SCHNEIDER, Ben Ross. **Big business and the inequality trap in Latin America**: taxes, collusion, and undue influence. New York: UNPD, 2021. p. 3.

[16] FOX, Eleanor M. Economic development, poverty, and antitrust: the other path. **NYU School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 07-12, jul. 2007. p. 106.

[17] SCHNEIDER, op. cit., p. 3.

[18] UNPD, 2021, op. cit., p. 92-94.

[19] SCHNEIDER, op. cit., p. 5.

De forma similar, Khan e Vaheesan[20] indicam como a configuração de monopólios e oligopólios são sim resultado de políticas públicas e decisões conscientes, adicionalmente, alegam que o poder de mercado detido por essas corporações gera ainda uma grande capacidade de influência política, o que as habilita a influir na distribuição regressiva de recursos e renda.

No caso particular brasileiro, Raymundo Faoro[21] retroage a estruturas de dominação coloniais, originárias do Estado patrimonialista português e transplantadas ao outro lado do Atlântico. Defende ainda como o estamento brasileiro sempre encontrou formas de manter o controle e essas estruturas, ainda que a titularidade se alterne temporariamente de mãos.

Calixto Salomão Filho *et al*[22] também reconhecem as raízes profundas e coloniais da desigualdade, da pobreza e do processo concentrador. Segundo os autores, o desenvolvimento de atividades econômicas coloniais foi desenhado para assegurar que nenhum recurso fosse empregado em outras atividades que não os arranjos monopolísticos expropriados pela matriz ou por aqueles se sucederam no controle dos territórios. O aparato concentrador e extrativista de rendas de monopólios se cristalizou em estruturas jurídicas e econômicas capazes de perpetuar conformações estruturais de pobreza e a geração contínua de excluídos.

Prosseguem argumentando como a existência dessas estruturas é persistente e de difícil reversão, permitindo, quando muito, que a posse e o controle desse aparato concentrador se alternem de mãos, mantidos os arranjos (oligopolizados ou monopolizados) orientados à concentração de poder e extração de renda e recursos[23].

Com efeito, além do legado colonial, Celso Furtado[24] defende como a formação econômica do Brasil padece de grandes assimetrias sociais que impedem a melhor apropriação da transformação capitalista. O subdesenvolvimento surge quando as elites que centralizam a renda impõem a réplica dos estilos de vida dos países centrais, impedindo o acesso de parcela considerável da população a padrões mais evoluídos de vida material e cultural.

[20] KHAN; VAHEESAN, op. cit., p 236.

[21] FAORO. Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3 ed. São Paulo: Globo, 2001.

[22] SALOMÃO FILHO, Calixto *et al*. **Concentração, estruturas e desigualdade**: as origens coloniais da pobreza. São Paulo: ICID, 2008. p.13.

[23] Ibid., p. 16, 29.

[24] FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 32 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2003.

Em síntese, como resultado objetivo desse processo histórico, o Brasil ostentava em 2018 a incômoda nona posição entre os países mais desiguais em renda do mundo, conforme estimativas do Banco Mundial[25] para o índice de Gini[26] de 164 nações.

Diante desse cenário já adverso, não há como ignorar na discussão contemporânea os efeitos econômicos da atual crise sanitária da pandemia da COVID-19, pois, além das centenas de milhares de vidas brasileiras perdidas, o novo coronavírus irá deixar chagas econômicas e sociais nada triviais no já esgarçado tecido social brasileiro.

2.2. A pandemia socioeconômica

Os impactos socioeconômicos da COVID-19 já começam a influenciar reflexões aplicadas e acadêmicas em diferentes áreas do conhecimento, não poderia ser diferente na defesa da concorrência. Paulo Burnier[27] aponta como a crise sanitária provocada pelo coronavírus tende a reforçar a importância do papel do Estado e provocar um reexame das fronteiras de intervenção estatal, por vezes, reduzida na história ao discurso político de austeridade fiscal e controle das despesas públicas. Apesar de sinalizarem riscos quanto à ampliação do escopo da atuação antitruste, Alexandre Cordeiro e Ana Signorelli[28] reconhecem que momentos de grandes crises econômicas tendem a suscitar a revisitação de objetivos antitruste, inclusive com a expectativa de algum protagonismo no processo de retomada da atividade econômica.

Reconhecidamente, a pandemia atingiu com maior violência aqueles mais carentes da tutela estatal e já expostos a situações de vulnerabilidade social. A emergência sanitária explicitou os distintos graus de preparo ou de sujeição à crise, percebidos pelas dificuldades que alguns recortes sociais experimentaram no acesso a serviços essenciais de proteção social, saúde, saneamento básico, renda, moradia e comunicações.

[25] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Síntese de indicadores sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro: IBGE, 2020.

[26] O Índice de Gini, criado pelo matemático italiano Conrado Gini, é um instrumento para medir o grau de concentração de renda em determinado grupo. Ele aponta a diferença entre os rendimentos dos mais pobres e dos mais ricos. Numericamente, varia de zero a um (alguns apresentam de zero a cem). O valor zero representa a situação de igualdade, ou seja, todos têm a mesma renda. O valor um (ou cem) está no extremo oposto, isto é, uma só pessoa detém toda a riqueza. O que é? Índice de Gini, **Desafios do Desenvolvimento**, Ipea - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, ano 1, ed. 4, Brasília, 2004.

[27] SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 193.

[28] CORDEIRO, Alexandre; SIGNORELLI, Ana Sofia C. M. Os objetivos do Direito Antitruste: evolução e perspectivas para o pós-COVID-19. **JOTA Info**, Brasília, ago. 2020. p. 2, 15, 18.

Apesar de ainda não encerrada, a crise sanitária tem o condão de comprometer décadas de progressos. Estima-se[29] que no mundo 70 milhões de pessoas devem ter sido empurradas para a condições de extrema pobreza em 2020 (a primeira elevação do nível global de pobreza extrema desde 1998).

No Brasil, segundo relatório do PNUD[30], 90% das mortes por COVID-19 teriam ocorrido nos 12 estados com maior proporção de domicílios em aglomerados subnormais[31]. Em São Paulo, 93% das mortes de crianças e adolescentes foram de moradores de bairros periféricos ou de baixa renda. Dentre aqueles internados com casos confirmados de COVID-19, a doença teria sido letal em 56% dos brancos e 79% entre os não brancos. Com relação à escolaridade; 71% de óbitos entre os sem escolaridade e 22% para os que têm nível superior.

Em um cenário já bastante severo, marcado por múltiplas dimensões de desigualdades, tem-se experimentado um agravamento profundo e nada trivial provocado pela pandemia da COVID-19, capaz de comprometer os avanços experimentados nos últimos anos e ampliar o fosso entre ricos e pobres no Brasil.

Assim, a discussão distributiva torna-se quase um imperativo moral, ético e civilizatório, quando menos, uma reflexão sobre os desafios a serem enfrentados pelas próximas gerações de efetiva coesão e percepção de unicidade social brasileira.

Com essa compreensão, busca-se discutir como a efetiva aplicação das leis de concorrência, de forma combinada com outras políticas públicas, pode contribuir com a mobilidade social das pessoas menos favorecidas, fortalecer a classe média e conter os excessos do topo[32].

Com esse objetivo, o próximo capítulo é dedicado a situar a relação entre concentração de poder de mercado e a geração de desigualdades econômicas ao longo da história evolutiva do direito antitruste.

3. DO PARADOXO ANTITRUSTE AO NEO-BRANDEISIANISMO

[29] UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME – UNDP. **UN research roadmap for the COVID-19 recovery**: leveraging the power of science for a more equitable, resilient and sustainable future. New York: UNPD, 2020. p 17.

[30] PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). **COVID-19 e desenvolvimento sustentável**: avaliando a crise de olho na recuperação. Brasília, 2021. p. 12.

[31] Por aglomerados subnormais, entende o PNUD ocupações irregulares de terrenos de propriedade alheia, para fins de habitação e, em geral, caracterizados por um padrão urbanístico irregular, carência de serviços públicos essenciais e localização em áreas com restrição à ocupação.

[32] STIGLITZ, 2015, op. cit., p. 15.

Investigações empíricas[33] demonstram que os consumidores mais pobres são aqueles que mais sofrem com a falta de competição nos mercados de bens e serviços essenciais e, em sentido oposto, são também os que se beneficiam da efetiva aplicação da lei de concorrência, do efetivo controle de atos de concentração e políticas de combate a cartéis.

Também os pequenos produtores e empresários se beneficiam da efetiva aplicação da lei de concorrência e de princípios pró-competitivos nas políticas públicas, segundo a lógica de mais competição, efeitos positivos; menos competição, efeitos negativos[34]. Já para os trabalhadores, o aumento da concorrência oferece resultados mistos, se por um lado, o aumento da concorrência pode representar aumentos das taxas de contratação, por outro lado, há também evidências de diminuição da oferta de emprego e aumento da desigualdade salarial[35].

Se admitida a relação empírica entre concorrência e desigualdade, cabe então reconstituir, ainda que de forma sucinta, a trajetória do debate acadêmico sobre o tema até a compreensão atual sobre os objetivos do antitruste.

3.1. O antitruste pão com manteiga

O debate de questões distributivas no antitruste e não é exatamente novo, pelo contrário, se confunde com o próprio nascimento da disciplina[36].

Há autores[37] que até mesmo defendem uma origem deliberadamente distributiva do antitruste norte-americano, sustentam que as leis antitrustes teriam em seu espírito fundador o objetivo de proteger consumidores e pequenos fornecedores de preços não competitivos; preservar o mercado aberto aos entrantes e dispersar o poder econômico e político.

A discussão acadêmica sobre a conexão entre a concentração de mercados e a desigualdade de riquezas foi de fato inaugurada em 1975 pelos pesquisadores William Comanor e Robert Smiley[38]. Apesar de críticas recebidas quanto a premissas e estimativas adotadas, os próprios autores celebraram o fato de o artigo aparentemente inaugurar um caminho de mais

[33] MACEDO, Agnes. **Concorrência & pobreza**: a política antitruste e a jurisprudência do CADE sob o olhar dos desfavorecidos. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2017. p. 21.

[34] Ibid., p. 24.

[35] Ibid., p. 27.

[36] FRAZÃO, op. cit., p. 3.

[37] KHAN; VAHEESAN, op. cit., p. 236.

[38] BORGES, Rodrigo Fialho. **Descontrole de estruturas**: dos objetivos do antitruste às desigualdades econômicas. 2020. 369 p. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

estudos e novos modelos analíticos sobre efeitos dos monopólios sobre a distribuição de riqueza[39].

Contudo, frustrando as expectativas Comanor e Smiley, esse debate foi esvaziado nos anos seguintes, à exceção de alguns poucos lampejos no caminho[40] e o tema submergiu então a um ostracismo de décadas no debate antitruste norte-americano[41].

A hipótese oferecida por Rodrigo Fialho[42] para essa dormência envolve o desenvolvimento jurisprudencial, legislativo, teórico e político do antitruste norte-americano, que culminou em dois eventos principais, a publicação do trabalho referencial de Robert Bork, "O Paradoxo Antitruste", e a eleição de Ronald Reagan para presidente dos Estados Unidos.

Tendo Robert Bork como um de seus principais nomes, a contribuição da Escola de Chicago ao direito concorrencial se estruturou sobre o ideal neoliberal, a convicção no poder natural de autocorreção dos mercados e no ceticismo quanto à capacidade de intervenção do governo para aumentar a eficiência[43].

Em sua publicação referencial, Bork indicou uma crise interna ao antitruste norte-americano que, na sua visão, apesar de concebido para promover a competição, estaria na verdade restringindo a concorrência naquele período. Assim, desenvolveu sua teoria com o objetivo de reformar a disciplina antitruste na ocasião e ditar os novos rumos do direito concorrencial com vistas a superar essa crise, produzindo o livro de maior influência[44] no antitruste norte-americano e mundial a partir de 1980.

Bork fez uma defesa contundente do bem-estar do consumidor como a finalidade do antitruste norte-americano e, nesse sentido, afastou preocupações com formas de distribuição de prosperidade, tampouco a transferência de recursos dos consumidores para produtores[45]. No entanto, há controvérsias sobre a conceituação do aludido bem-estar do consumidor de

[39] Ibid, p. 33.
[40] Ibid, p. 33.
[41] PENTAGNA, Arthur Pinto. **O antitruste na economia atual**: uma discussão a partir dos questionamentos levantados pelos Neo-brandeisianos. 2019. 91 p. Dissertação (Mestrado Profissional) - Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Econômico, Curitiba, 2019. p. 9-10.
[42] BORGES, op. cit., p. 10.
[43] CASTRO, Bruno Braz de. **Eficiência e rivalidade**: alternativas para o direito da concorrência nos países em desenvolvimento. 2017. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. p. 45,55.
[44] BORGES, op. cit., p. 50.
[45] Ibid., p. 61.

Bork[46,47,48] e sua equivalência à eficiência alocativa[49,50], sob o padrão do bem-estar total da teoria neoclássica do preço.

Mas, se estabelecida a eficiência alocativa como finalidade do antitruste, criou-se então o ambiente para o desenvolvimento de formulações teóricas aptas a validar práticas até então condenadas pelo antitruste (fixação de preço de revenda, venda casada, preço predatório, recusa de venda, integração vertical etc.), que agora possuíam justificativas de eficiência e seriam, portanto, pró-competitivas. Por esse racional, essas práticas tenderiam à autocorreção, na medida em que haveria em tese novos entrantes capazes de retornar o mercado ao preço de equilíbrio, diante de qualquer tentativa de elevação de preços. Segundo essa visão, Cartéis e posições dominantes seriam sempre arranjos instáveis, pois barreiras à entrada seriam questões de menor importância, à exceção daquelas formalmente impostas pelo governo[51].

Reconhecidamente, a administração Reagan empreendeu esforços políticos na ocasião para refrear a desidratar o antitruste nos Estados Unidos, inclusive mediante deliberadas restrições à atuação da *Federal Trade Commission* – FTC[52], almejando uma política "pão com manteiga"[53] no antitruste.

Na metáfora pendular indicada por Rodrigo Fialho[54] e Paula Forgioni[55], o pêndulo teria vivido o extremo de intervenção na década de 1960 nos Estados Unidos, com rígidas preocupações no controle de estruturas. Já o oposto do movimento foi alcançado em 1980, com uma abordagem frugal, totalmente flexível, pouco interventiva e exclusivamente preocupada com a justificação de eficiências econômicas.

A partir de então, essa abordagem neoclássica teria se tornado dominante no discurso teórico e na aplicação prática do antitruste no mundo, conduzindo ao que Calixto Salomão denominou[56] uma perda de densidade teórica e de objetivos, relegando o direito antitruste a um tratamento prático e casuístico da melhor interpretação da ocasião de eficiências econômicas.

---

[46] Ibid., p. 95.

[47] HOVENKAMP, Herbert J. Antitrust policy and inequality of wealth. **CPI Antitrust Chronicle**, oct. 2017. p. 3.

[48] Id. Is antitrust's consumer welfare principle imperiled? **Journal of Corporation Law**, v. 45, n. 1, p. 101-130, 2019. p. 101.

[49] KHAN, Lina. Amazon's antitrust paradox. **The Yale Law Journal**, v. 126, n.3, p. 710-805, 2017. p. 720.

[50] CASTRO, 2017, op. cit., p. 55.

[51] Ibid., p. 55.

[52] BORGES, op. cit., p. 65.

[53] Ibid., p. 67.

[54] Ibid., p 69.

[55] WIA PODCAST 13: Os objetivos do antitruste. Entrevistadoras: Luísa Faria e Thaiane Abreu. Entrevista: Paula Forgioni. [*S.I.*]: *Women in Antitrust*, 30 jul. 2021. *Podcast*.

[56] SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. pos. 808, 816.

Possivelmente, o legado mais duradouro da chamada revolução da escola de Chicago tenha sido justamente a exclusão de considerações não orientadas a eficiências econômicas do debate de finalidades do antitruste[57].

Contudo, após décadas de hibernação do debate distributivo no antitruste, os níveis crescentes de concentração de poder de mercado têm reaquecido preocupações com o controle de estruturas e a correlação com a geração de desigualdades econômicas.

3.2. O despertar distributivo

Uma referência fundamental na retomada dessa discussão distributiva é o livro referencial de Thomas Piketty de 2013, "O Capital no Século XXI", que ganhou notoriedade por seu diagnóstico quanto ao progressivo aumento dos níveis de desigualdade econômica no mundo[58].

A robustez e a densidade do trabalho de Piketty levaram à ressonância de diversos outros estudos a investigar causas, consequências e, principalmente, os remédios para as desigualdades econômicas, transbordando a outras dimensões além da tributária[59].

Em 2015, Jonathan Baker e Steven Salop[60] sugeriram em artigo, dentre outras recomendações, o emprego de remédios que beneficiem consumidores menos privilegiados e a adoção da redução de desigualdades como um objetivo explícito do antitruste.

Já Ennis *et al*[61], embora hesitem em recomendar que antitruste eleja o enfrentamento de desigualdades como um alvo explícito, sustentam, a partir de um estudo amostral com oito países da OCDE, que o poder de mercado pode, em média, aumentar a riqueza dos 10% mais ricos entre 12% - 21%, ao passo em que reduziria a renda dos 20% mais pobres entre 14% - 19%. Assim, defendem os autores que a redução de desigualdades é uma externalidade benéfica de ações e políticas governamentais do combate ao poder de mercado ilegítimo, manifestando preocupações[62] quanto aos riscos do emprego deliberado do antitruste representar um ferramental inadequado a políticas distributivas.

---

[57] CASTRO, Bruno Braz de. Eficiência e ideologia: inovação, desigualdade e o custo dos erros na tecnocracia antitruste. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 6, n. 2, p. 58-94, nov. 2018. p. 60.

[58] BORGES, op. cit., p. 72.

[59] Ibid., p. 73.

[60] BAKER, Jonathan B.; SALOP, Steven C. Antitrust, competition policy, an inequality. **The Georgetown Law Journal Online**, v. 104, n. 1, p. 1-28, 2015.

[61] ENNIS, S. *et al*. **Inequality**: a hidden cost of market power. Paris: OECD, 2017a. p. 23.

[62] Id. The effects of market power on inequality. **CPI Antitrust Chronicle**, oct. 2017b. p. 6.

Por sua vez, Fox[63] desenvolve sobre a contribuição do antitruste na busca por igualdade de oportunidades.

Na dimensão de pesquisadores mais eloquentes quanto à ocupação explícita da política de concorrência em questões de justiça distributiva, insere-se o chamado "Neo-Brandeisianismo", movimento que tem em Lina Khan um de seus principais expoentes acadêmicos. Khan foi inclusive recentemente apontada a presidir a FTC (*Federal Trade Commission*) pela administração Joe Biden. Antes disso, a pesquisadora ganhou muita notoriedade por estudo publicado em 2017 no periódico *Yale Law Journal*[64], o que possivelmente marca o ponto de partida da literatura Neo-Brandeisiana[65].

No artigo Amazon's Antitrust Paradox, em explícita alusão à influente contribuição do paradoxo de Robert Bork[66], Khan denota o afastamento do estruturalismo econômico na interpretação prevalecente do antitruste[67], argumenta que o paradigma atual tem falhado em perceber preocupações concorrenciais voltadas às plataformas da Internet e aos titãs do comércio eletrônico[68] e defende, ao final, a restauração de princípios tradicionais do antitruste e uma reorientação da abordagem para preservar o processo competitivo e as estruturas de mercado[69].

O trabalho de Lina Khan chacoalhou o debate acadêmico dos objetivos do antitruste, chegando a abalar a vaidade e ferir o ego de muitas pessoas experientes na temática[70]. A resposta imediata foi marcada por muita ironia e sarcasmo, onde ganhou repercussão o diálogo virtual entre o professor Joshua Wright e o advogado antitruste Konstantin Medvedovsky, em que o primeiro fazia críticas à visão de Khan e considerava um retorno imprudente ao antitruste dos anos 1960, ao que o segundo respondeu: o surgimento "hipsterismo" no antitruste, onde tudo que é velho se torna "*cool*" de novo[71].

No meio de outros esforços e tentativas de expressões unificadoras, rótulos ou mesmo respostas, Sandra M. Colino[72] chega a ensaiar a expressão "*Yuppie Antritrust*" para designar esses críticos e a eles atribuir uma pecha de livre mercado, pró-corporativa e defensores de uma

[63] FOX, Eleanor M. Antitrust: tracing inequality – from the United States to South Africa. **CPI Antitrust Chronicle**, oct. 2017. p. 1.
[64] KHAN, Lina. Amazon's antitrust paradox. **The Yale Law Journal**, v. 126, n.3, p. 710-805, 2017.
[65] PENTAGNA, op. cit., p. 9.
[66] KHAN, op. cit., p. 720.
[67] Ibid, p. 717.
[68] Ibid, p. 803.
[69] Ibid, p. 803.
[70] BORGES, op. cit., p. 138.
[71] WRIGHT, Joshua D., Twitter, 19 de junho de 2017.
[72] COLINO, Sandra M. The antitrust F word: fairness considerations in competition law. **Journal of Business Law**, n. 2018-09, p. 329-345, Hong Kong, 2019.

abordagem permissiva na aplicação das leis de concorrência, apesar de não ter tido o mesmo sucesso no engajamento viral da expressão original.

De toda sorte, na superação da referência pejorativa e desrespeitosa conferida à tentativa de resgate da preocupação com o processo competitivo, as vozes identificadas com esse movimento, como Barry C. Lynn, Lina Khan, Sandeep Vaheesan, Tim Wu e Zephyr R. Teachout parecem ter preferido a ligação ao "Neo-Brandeisianismo", em homenagem a Louis D. Brandeis (1856-1941), juiz da Suprema Corte do Estados Unidos, que protagonizou grandes enfrentamento dos trustes, militando em questões trabalhistas e de justiça social[73] e, por sua batalha contra a "maldição da grandeza", ficou conhecido como "advogado do povo" ou o "Robin Hood do Direito"[74].

O movimento Neo-Brandeisiano se sustenta, em grande medida, em estudos que demonstram a baixa eficácia do controle de concentrações nas últimas décadas[75]. Some-se a isso o déficit de confiança produzido com a crise do sistema financeiro de 2007-2008; a percepção de que a quarta revolução industrial pode levar a níveis crescentes de concentração e degradação dos mercados de trabalho e distribuição de renda; o aumento do populismo; dúvidas quanto à eficácia de mecanismos tradicionais de tributação progressiva de renda; e uma busca tecnocrática absoluta e intransigente por eficiências econômicas[76].

A partir desse diagnóstico, o movimento propõe retomar o debate sobre os objetivos do antitruste e um olhar mais próximo e cuidadoso com objetivos não-baseados em eficiência[77].

Além do criticismo sarcástico já mencionado, há também posicionamentos acadêmicos sérios e contrários. Crane[78] talvez represente a visão mais ácida, sustentando a falta de sensatez de se aplicar o antitruste como alavanca política para promover igualdade, a partir do que considera entendimentos simplistas e irrealistas do funcionamento do direito da concorrência.

Em verdade, o tensionamento conflagrado entre o pensamento majoritário das eficiências e o Neo-Brandeisianos remete à consideração da irreversibilidade de falsos positivos e falsos negativos. O primeiro apresenta especial preocupação com ações julgadas irregulares por autoridades concorrenciais, mas que não teriam efetivas consequências danosas à

[73] BORGES, op. cit., p. 141.

[74] GUIMARÃES, Marcelo. O hipster antitruste seria realmente neo-brandeisiano? **JOTA Info**, Brasília, jun. 2021.

[75] Ibid, p. 142.

[76] LIANOS, 2020, op. cit., p. 4, 10.

[77] Ibid, p. 142.

[78] CRANE, Daniel A. Further reflections on antitrust and wealth inequality. **Competition Pol'y Int'l Antitrust Chron.**, Michigan, oct. 2017. p. 1.

competição. Já o segundo inverte essa lógica, trazendo o destaque aos falsos negativos, isto é, danosos à economia e não identificados por essas autoridades[79].

Sustenta ainda Pentagna[80] que falta aos Neo-Brandeisianos demonstrar explicitamente como as autoridades poderiam abandonar o bem-estar e substituí-lo por outro paradigma. Caso não consigam desenvolver suas ideias de maneira mais simples e aplicável, provavelmente terão dificuldades em reformar o antitruste.

Hovenkamp, um dos mais ferrenhos e respeitados defensores da abordagem do bem-estar do consumidor[81], denota que a principal reivindicação dos Neo-Brandeisianos não foi ainda testada, ou seja, a suposição de que a sociedade contemporânea estaria melhor se pagasse mais caro por produtos e serviços, desde que esses fossem prestados por empresas menores, de custo mais elevado[82]. Finaliza dizendo que o movimento é caracterizado até então por uma grande quantidade de reclamações focalizadas sobre o tamanho exacerbado de empresas como Amazon e Google, mas não teria demonstrado com clareza quem são e como são prejudicadas as vítimas desse processo, tampouco quais seriam os remédios mitigadores.

Assim, com a compreensão desse debate dicotômico e focalizado principalmente em realidades de economias desenvolvidas, a próxima parte se dedica às brasilidades do antitruste, isto é, a acepção[83] daquilo que é particular da cultura e da história brasileira, incluindo nesse desenvolvimento as contribuições das referências acadêmicas nacionais.

4. UMA TERCEIRA VIA DISTRIBUTIVA DO ANTITRUSTE NO BRASIL?

Retomando às disparidades socioeconômicas presentes na sociedade brasileira, serão exploradas neste capítulo as possibilidades de ocupação distributiva do antitruste brasileiro, em sua formação história e a influência do debate contemporâneo.

Com esse objetivo, evoca-se de início o pragmatismo do enunciado de Hovenkamp[84], segundo o qual "todas as políticas públicas têm consequências para a distribuição da riqueza", pelo que "a lei de concorrência inquestionavelmente afeta essa distribuição".

[79] PENTAGNA, op. cit., p. 62.
[80] Ibid., p. 79.
[81] BORGES, op. cit., p 116.
[82] HOVENKAMP, 2019, op. cit., p. 103.
[83] "brasilidade", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2021, https://dicionario.priberam.org/brasilidade [consultado em 27-09-2021].
[84] HOVENKAMP, Herbert J. Antitrust policy and inequality of wealth. **CPI Antitrust Chronicle**, oct. 2017. p. 1.

Apela-se também à contundência de Ioannis Lianos[85], para quem já restou claro que as questões de justiça distributiva são hoje de tal sorte essenciais, que qualquer tentativa contemporânea de mantê-las sob o tapete (como nos últimos trinta anos) não é apenas fútil, como também errada sob os primais moral, descritivo e social. Assevera ainda o autor que a economia do bem-estar neoclássica não apenas ignora questões de justiça distributiva, como enraíza um viés favorável ao *status quo* gerador de desigualdades[86].

Conforme a inevitabilidade pontuada por Bruno Braz de Castro[87], a mera escolha (deliberada ou inconsciente) de não se considerar preocupações distributivas já se configura uma decisão *per ser* com reflexos distributivos da renda. Nesse sentido, se confrontada por uma escolha excludente entre efeitos regressivos imediatos e a eficiência, a abordagem prevalecente do bem-estar total irá privilegiar a segunda, sustentada na visão de que, no longo prazo, a sociedade como um todo será beneficiada com resultados líquidos positivos.

Aqui, cabe um breve resgate da famosa provocação atribuída a John Keynes de que "no longo prazo estaremos todos mortos", mas na compreensão contextual e integral proposta por Hovenkamp[88]. Isto é, o quão enganoso o direcionamento a longo prazo pode ser para economistas que, diante da metáfora de uma tempestade turbulenta, tudo o que têm a contribuir para o enfrentamento da tormenta é a projeção de que, passada a intempérie, o mar estará novamente calmo. Ou conforme a alegoria proposta por Paula Forgioni[89], no longo prazo, até o Império Romano sucumbiu, restando em aberto o que fazer e como fazer até o surgimento de uma nova dinastia.

A partir desse contexto, segue-se uma breve exposição sobre a conformação do direito antitruste no Brasil.

4.1. A importação do antitruste

Começando pela lição de Calixto Salomão *et al*[90], o poder econômico fornece boa parte da explicação para os níveis de pobreza e concentração de riqueza presentes no Brasil e refletidos em padrões agudos de desigualdade que se cristalizam desde o período colonial.

Assim, não parece adequado que, em seu posicionamento antitruste contemporâneo, o país não leve em desconsideração esse seu passado colonial e, em particular, como sua trajetória

[85] LIANOS, Ioannis. The poverty of competition law: the long story. **UCL Faculty of Laws CLES Research Paper Series 2/2018**, London, apr. 2018. p. 95.
[86] Id. Competition Law as a form of social regulation. **The Antitrust Bulletin**, v. 65, n. 1, p. 3- 86, 2020.
[87] CASTRO, 2018, op. cit., p. 74.
[88] HOVENKAMP, 2019, op. cit., p. 102.
[89] WIA PODCAST 13, op. cit.
[90] SALOMÃO FILHO *et al*, op. cit., p. 19.

levou a essa conformação econômica estrutural. Por essa perspectiva, causa espécie a aplicação direta e acrítica de teorias formuladas em realidades econômicas muito distintas, como a de países desenvolvidos[91].

Atualmente, pouco mais de cem países do mundo já dispõem de leis antitruste, mas apenas aproximadamente um quarto deles correspondem a nações desenvolvidas[92]. Para as economias em desenvolvimento, uma abordagem antitruste customizada à limitação de seus mercados soa inegavelmente mais ajustada, como benefícios de pertencimento e legitimidade social, ao invés da rejeição inerente à adoção de uma solução estrangeira[93].

Acontece que propor um novo caminho é difícil e custoso, e o receituário dos países desenvolvidos acaba sendo uma escolha natural por representar um caminho já trilhado e bem conhecido[94], mesmo que sob premissas de realidades distintas e não replicáveis.

Mas a convergência direta a essas premissas implica em um alinhamento ideológico automático à visão de mundo prevalecente nessas modelagens, as quais não necessariamente convergem com as necessidades e os objetivos de países em desenvolvimento. O risco que então se manifesta é o de ausência de premissas no caso concreto; falta de consenso sobre elas; valores distintos do ordenamento jurídico doméstico ou quando as premissas envolvem uma narrativa de neutralidade política ou negativa de viés ideológico[95].

Com a replicação massiva de abordagens antitruste orientadas à eficiência e a retomada do debate sobre os objetivos mais arrojados para o antitruste contemporâneo, tem-se constituído uma polarização entre dois extremos ideológicos do pensamento antitruste. Com a irreverência respeitosa presente no título deste ensaio, esse processo tem colocado frente a frente os defensores do "*Yuppie Antitrust*" e os entusiastas do "*Hipster Antitrust*", tecnicamente referidos por Neo-Brandeisianos.

De um lado, a abordagem do bem-estar geral de Bork evoca a defesa inconteste das eficiências agregadas, ainda que certas eficiências não possam ser corretamente demonstradas e algumas situações práticas conduzam de fato a preços mais altos ao consumidor. À esquerda do pensamento, a abordagem Neo-Brandeisiana acaba por demonizar a redução de preços quando esses são praticados por grandes corporações, em favor de uma aludida redistribuição das corporações maiores para as menores, ainda que sob custos mais elevados[96].

[91] SALOMÃO FILHO, op. cit., pos. 838.
[92] FOX, op.cit., p. 104.
[93] FOX, 2007, op. cit., p. 125.
[94] Ibid., p. 103.
[95] CASTRO, 2018, op. cit., p. 63.
[96] HOVENKAMP, 2019, op. cit., p.103

A manutenção ou a reorientação direta e automática a qualquer uma das duas correntes apresenta problemas e desafios de replicabilidade ao contexto brasileiro. De forma de transcender essa dicotomia, mas inspirados pelo movimento reformista, segue-se uma avaliação aplicada da introdução de conceitos distributivos na arena do direito concorrencial brasileiro.

4.2. Um antitruste à brasileira

Com essa bipolaridade, o desenvolvimento de uma teoria jurídico-econômica própria, que leve em conta aspectos estruturais, poderia oferecer uma solução original, regional e mais coerente com a realidade específica do país[97]. Para além de dependência externa, a condição colonial criou estruturas de poder internas que marcaram e ainda influenciam os aspectos do subdesenvolvimento nacional[98] e esses vínculos estruturais são dificilmente contestados e raramente quebrados[99].

Assim como em outras nações em desenvolvimento[100], é importante considerar um contexto econômico mais amplo no desenvolvimento e na aplicação do direito da concorrência nacional.

O Brasil merece uma abordagem antitruste adequada aos fatos e às necessidades de seus mercados. Mesmo na importação de teorias concorrenciais dos países desenvolvidos, reconhecendo a severidade do quadro instalado, torna-se obrigatório que o país analise sua compatibilidade com as escolhas normativas consolidadas na ideologia constitucional nacional[101].

Um primeiro passo importante remete à reflexão da eficácia do controle de estruturas. Assumindo que estruturas de poder econômico não são compatíveis com relações econômicas equilibradas e inclusivas[102], assume-se que um controle estrutural preventivo homenageia o princípio da razoabilidade, em comparação com intervenções mais severas de regras *per se*, que geralmente acompanham o controle comportamental[103].

[97] SALOMÃO FILHO, op. cit., pos. 838.
[98] Ibid., pos. 856.
[99] Ibid., pos. 862.
[100] FOX, op. cit., p. 102.
[101] CASTRO, op. cit., p 88.
[102] Ibid., pos. 1690.
[103] SALOMÃO FILHO, op. cit., pos. 2957.

Por outro lado, a ênfase exagerada no controle estrutural pode ter consequências negativas, impedindo a formação de estruturas eficientes para o mercado e, em última análise, que se revelem benéficas aos consumidores[104].

Nesse sentido, tem-se a investigação realizada por Rodrigo Fialho[105] sobre o efetivo controle de estruturas no Brasil, que atestou matematicamente o relacionamento entre níveis elevados de concentração de mercados e a geração de desigualdades econômicas. Em 24 (vinte e quatro) anos de atuação (1994-2018), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE aprovou aproximadamente 94,4 % dos atos de concentração econômica submetidos. Se incorporados os casos de aplicação de restrições exclusivamente ancilares, o percentual de aprovação sem restrições relevantes passa a 97,7%. Isto é, de 1994 a 2018, o órgão reprovou apenas 0,2% das operações, aprovou 0,8% dos casos com restrições estruturais e 1,3% com restrições comportamentais[106].

Diante de resultados analíticos nada animadores, o autor oferece recomendações[107] de modo a viabilizar uma reforma necessária ao controle de estruturas brasileiro, dentre elas, uma maior reflexão sobre os objetivos nacionais no antitruste em face do nível de concentração e geração de desigualdades econômicas, além de uma proteção mais vigorosa da concorrência potencial de pequenos contestadores disruptivos.

Essa necessidade identificada de novas reflexões sobre os objetivos se revela crítica e encontra eco em outros estudos nacionais, em especial, a identificação das escolhas (técnicas, sociais e políticas) subjacentes à implementação do modelo antitruste vigente.

Diante do prevalecimento do discurso de pretensa neutralidade política do critério da eficiência, é curioso notar que qualquer questionamento pode soar precipitadamente um contrassenso. Ou seja, quem poderia advogar em favor de uma solução que seja considerada ineficiente?[108] Para superação desse falso dilema, é fundamental deixar claro que, em verdade, os entusiastas da eficiência se restringem à eleição de um único critério, no rol de abordagens possíveis, que é a escolha de maximização do bem-estar total.

Sobre o discurso e a importância do debate, Amanda Athayde[109] chama à atenção para a própria formulação de perguntas e como ela carrega uma perspectiva intencional, velada ou explícita. Isto é, quando uma autoridade apresenta uma questão, a própria ação já estabelece o

[104] SALOMÃO FILHO, op. cit., pos. 2989.
[105] BORGES, op. cit., p. 264.
[106] BORGES, op. cit., p. 266.
[107] BORGES, op. cit., p. 268.
[108] CASTRO, 2018, op. cit. p. 62.
[109] ATHAYDE, Amanda. CPI Talks: mechanics & instruments of inclusive policy. [S. l.: s. n.], 26 jul. 2021. 1 vídeo (1h 4 min 16 s.).

terreno da dialética e pode suscitar respostas, ainda que eventualmente incompletas ou com incertezas. O mesmo se aplica em sentido contrário, quando a autoridade decide, por exemplo, não fazer perguntas sobre o impacto do antitruste em desigualdades, meio ambiente, trabalho, gênero etc. Por vezes, esta é uma decisão discricionária e intencional, orientada a evitar discussões e respostas a esses questionamentos.

Nesse sentido, a abordagem de maximização do bem-estar total é muito celebrada como um "giro tecnocrático" na implementação do antitruste, que teria permitido a aplicação técnica da lei antitruste por agentes isentos de julgamentos políticos ou ideológicos. Seria então a resposta definitiva a instituições com vocação "populista", contaminadas por preocupações políticas, sociais e econômicas não-baseadas na eficiência[110].

Ocorre que essa abordagem é uma escolha, dentre outras tantas visões possíveis no âmbito da teoria[111] e que, travestida de uma aparente neutralidade tecnocrática, acaba mascarando decisões que são sim eminentemente políticas e ideológicas[112], como a primazia da racionalidade econômica sobre outros aspectos; a crença na capacidade autocorretiva dos mercados e a eficiência alocativa, decisões essas que implicam renúncias de outros valores econômicos, sociais e políticos.

Cumpre rememorar a existência de razões ideológicas, políticas e econômicas que justificaram a chamada revolução antitruste da Escola de Chicago nos anos 1980, a exemplo das preocupações da administração Reagan[113] com a competitividade da indústria norte-americana face às empresas japonesas e europeias, as quais deram causa ao deliberado esvaziamento do antitruste estadunidense na ocasião.

Em sentido convergente, Lianos[114] também pondera a existência de sustentação política e econômica ao prevalecimento por tantas décadas da abordagem de eficiência proposta pela revolução de Chicago. Seriam razões principalmente exógenas ao antitruste e relacionadas a condições socioeconômicas e políticas dos Estados Unidos, principalmente, o contrato social moldado por eles. Hoje, as condições políticas e socioeconômicas mudaram e desafiam a primazia de eficiência, demandando outra natureza de contrato social, apoiada em duas pernas, a da eficiência econômica, mas também a justiça[115].

[110] CASTRO, op. cit, p. 61.
[111] Ibid., p. 68.
[112] Ibid., p. 87.
[113] BORGES, op. cit., p. 65.
[114] LIANOS, 2020, op. cit., p. 11.
[115] Ibid, op. cit., p. 84.

No debate brasileiro, a temática tem ganhado corpo na arena acadêmica, apesar de justificadas cautelas[116] quanto a um eventual alinhamento precipitado à proposta Neo-Brandeisiana, ainda por se conhecer na plenitude seus resultados, efeitos e motivações.

Ainda que se discuta o quanto a preocupação distributiva deve figurar explicitamente nos objetivos do direito da concorrência, não é sequer plausível imaginar que um problema tão complexo, abrangente e estrutural como esse fique restrito esteja contido apenas à seara do antitruste[117]. Mas a um olhar mais atento à efetividade do antitruste pode auxiliar na produção de efeitos distributivos progressivos, impedindo que os titulares de poder econômico possam extrair injustamente renda de trabalhadores, consumidores e pequenos produtores[118].

Por fim, definir a finalidade é uma escolha de política econômica[119] e assumir de forma dogmática qualquer teorização econômica como uma premissa dada parece empobrecer o debate e esvaziar a discussão.

O fortalecimento do debate distributivo no antitruste brasileiro se mostra um imperativo, para uma discussão já presente na academia e que possa ocupar também os espaços de aplicação prática junto às autoridades do antitruste nacional.

5. CONCLUSÃO

Buscou-se com este ensaio explorar a possibilidade de uma maior preocupação distributiva no antitruste brasileiro, com vistas ao enfrentamento de desigualdades socioeconômicas estruturais. Com a introdução do tema, foi possível identificar como as inquietações de justiça social e distribuição de renda têm ganhado cada vez mais adeptos e vozes influentes, inclusive no campo do direito da concorrência.

Ao longo da exposição, restou demonstrado o enraizamento de condições que perpetuam a geração de desigualdades no Brasil e na América Latina, condição que ficou em evidência e só se agravou com os efeitos econômicos nefastos da pandemia da COVID-19.

Historicamente, o processo de desenvolvimento legislativo e institucional do antitruste seguiu trajetórias pendulares, entre momentos de maior intervenção e períodos de recuo na defesa da concorrência. Os últimos quarenta anos foram marcados pelo prevalecimento da abordagem orientada à eficiência, particularmente, a eficiência total. Movimentos recentes como o chamado Neo-Brandeisianismo têm buscado retomar o debate de objetivos do antitruste e apresentar um olhar mais próximo e cuidadoso com os objetivos não-baseados em eficiência.

[116] BORGES, op. cit. p. 258.
[117] FRAZÃO, op. cit., p. 6.
[118] Ibid., p. 7.
[119] CASTRO, 2018, op. cit., p. 87.

A partir de uma reflexão crítica da formação antitruste nacional, foi possível desmistificar a pretensa neutralidade ideológica e tecnocrática da análise de eficiência e o paradigma do bem-estar total. Ficou ainda demonstrado que a abordagem eleita se revela uma decisão de fundo também político e ideológico, implicando em escolhas e renúncias de valores econômicos e sociais.

No caso brasileiro, dadas as condições agudas de desigualdade e as tendências de agravamento que se apresentam, discutir oportunidades distributivas revela-se quase um imperativo moral e civilizatório, no caso de uma sociedade que venha a almejar uma condição mais igualitária e de maior unicidade social para as próximas gerações.

Pelas exposições realizadas, entende-se que o direito da concorrência brasileiro pode sim dialogar com questões de ordem distributiva, especialmente, a partir da superação do dogma da isenção tecnocrática da abordagem da eficiência.

Conforme a lição de Paula Forgioni[120], da mesma forma como o viés liberal e uma demanda por segurança e previsibilidade justificaram no passado a chamada reforma Escola de Chicago, os níveis crescentes de concentração de poder e renda podem sim habilitar uma discussão instrumental de objetivos para além da eficiência. Prosseguindo em seu ensinamento, o antitruste não pode ser compreendido apenas como "técnica", mas sim, um meio importante para implementação de outras políticas públicas, cuja concepção e aplicação podem se alterar conforme o momento histórico, a jurisdição e os objetivos gerais, inclusive socioeconômicos.

Curiosamente, não parece adequado que a disciplina que trata justamente do direito concorrencial acabe se sujeitando à "dominância" e ao "monopólio" da abordagem de eficiências, considerando a existência de outras visões, eventualmente capazes de melhor se amoldarem às necessidades de economias em desenvolvimento.

Assim, parece legítimo e plausível que no exercício aplicado do antitruste brasileiro se possa questionar eventuais repercussões na distribuição de renda e riqueza em Atos de Concentração e na investigação de condutas.

Não se está a falar de uma ruptura abrupta e impensada com a cultura de eficiências, pois, mesmo a alternativa substitutiva mais crítica e desenvolvida, o chamado Neo-Brandeisianismo, tem evocado justificada cautela na sua adoção, tendo em vista sua precocidade e por não representar uma proposta concreta, clara e didática em seus objetivos.

Além disso, a disciplina do antitruste oferece um espectro amplo de poderes, com riscos de insegurança e imprevisibilidade, pelo que um flanco de preocupações igualitárias impõe a

[120] WIA PODCAST 13, op. cit.

seus aplicadores responsabilidades e preocupações de ordem políticas e sociais, especialmente, a articulação com outras políticas públicas de reconhecida orientação distributiva, a exemplo da tributação e programas de transferência de renda.

No entanto, julga-se salutar a introdução de reflexões sobre impactos distributivos no discurso e na aplicação do antitruste. A formulação desses questionamentos suscita reflexões, quando menos, sobre a aderência dos atuais objetivos com a abordagem em vigor, podendo, no limite, evoluir para ajustes ou mesmo para a necessidade de reformas. Espera-se que este trabalho possa contribuir com essa dimensão e inspirar outros e mais aprofundados estudos sobre antitruste e desigualdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATKINSON, A. Inequality. What can be done? Cambridge, MA: Harvard University Press, 2015.

ATHAYDE, Amanda. CPI Talks: mechanics & instruments of inclusive policy. [S. l.: s. n.], 26 jul. 2021. 1 vídeo (1h 4 min 16 s.).

BAKER, Jonathan B.; SALOP, Steven C. Antitrust, competition policy, an inequality. **The Georgetown Law Journal Online**, v. 104, n. 1, p. 1-28, 2015.

BORGES, Rodrigo Fialho. **Descontrole de estruturas**: dos objetivos do antitruste às desigualdades econômicas. 2020. 369 p. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

CASTRO, Bruno Braz de. **Eficiência e rivalidade**: alternativas para o direito da concorrência nos países em desenvolvimento. 2017. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

_____. Eficiência e ideologia: inovação, desigualdade e o custo dos erros na tecnocracia antitruste. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 6, n. 2, p. 58-94, nov. 2018.

COLINO, Sandra M. The antitrust F word: fairness considerations in competition law. **Journal of Business Law**, n. 2018-09, p. 329-345, Hong Kong, 2019.

CORDEIRO, Alexandre; SIGNORELLI, Ana Sofia C. M. Os objetivos do Direito Antitruste: evolução e perspectivas para o pós-COVID-19. **JOTA Info**, Brasília, ago. 2020.

CRANE, Daniel A. Further reflections on antitrust and wealth inequality. **Competition Pol'y Int'l Antitrust Chron.**, Michigan, oct. 2017.

ENNIS, S. *et al*. **Inequality**: a hidden cost of market power. Paris: OECD, 2017a.

_____. The effects of market power on inequality. **CPI Antitrust Chronicle**, oct. 2017b.

FAORO. Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3 ed. São Paulo: Globo, 2001.

FOX, Eleanor M. Economic development, poverty, and antitrust: the other path. **NYU School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 07-12, jul. 2007.

FRAZÃO, Ana. Um Direito Antitruste para o século XXI: o que o Direito Antitruste tem a ver com a questão da desigualdade? **JOTA Info**, Brasília, nov. 2020.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 32 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2003.

GUIMARÃES, Marcelo. O hipster antitruste seria realmente neo-brandeisiano? **JOTA Info**, Brasília, jun. 2021.

HOVENKAMP, Herbert J. Antitrust policy and inequality of wealth. **CPI Antitrust Chronicle**, oct. 2017.

_____. Is antitrust's consumer welfare principle imperiled? **Journal of Corporation Law**, v. 45, n. 1, p. 101-130, 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Síntese de indicadores sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro: IBGE, 2020.

KHAN, Lina. Amazon's antitrust paradox. **The Yale Law Journal**, v. 126, n.3, p. 710-805, 2017.

KHAN, Lina; VAHEESAN, Sandeep. Market power and inequality: the antitrust counterrevolution and its discontents. **11 Harvard Law & Policy Review 235**, apr. 2016.

LIANOS, Ioannis. The poverty of competition law: the long story. **UCL Faculty of Laws CLES Research Paper Series 2/2018**, London, apr. 2018.

_____. Competition Law as a form of social regulation. **The Antitrust Bulletin**, v. 65, n. 1, p. 3- 86, 2020.

MACEDO, Agnes. **Concorrência & pobreza**: a política antitruste e a jurisprudência do CADE sob o olhar dos desfavorecidos. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. **Competition and poverty reduction**. Paris: OECD, 2013. Policy roundtables.

OXFAM International. **Time to care**: unpaid and underpaid care work and the global inequality crisis. Oxford: Oxfam, 2020.

PENTAGNA, Arthur Pinto. **O antitruste na economia atual**: uma discussão a partir dos questionamentos levantados pelos Neo-brandeisianos. 2019. 91 p. Dissertação (Mestrado Profissional) - Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Econômico, Curitiba, 2019.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO - PNUD. **Além do rendimento, além das médias, além do presente**: as desigualdades no desenvolvimento humano no século XXI. Brasília, 2019.

_____. **COVID-19 e desenvolvimento sustentável**: avaliando a crise de olho na recuperação. Brasília, 2021.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME – UNDP. **UN research roadmap for the COVID-19 recovery**: leveraging the power of science for a more equitable, resilient and sustainable future. New York: UNPD, 2020.

_____. **Trapped**: high inequality and low growth in Latin America and the Caribbean. New York: UNPD, 2021.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SALOMÃO FILHO, Calixto *et al*. **Concentração, estruturas e desigualdade**: as origens coloniais da pobreza. São Paulo: ICID, 2008.

SCHNEIDER, Ben Ross. **Big business and the inequality trap in Latin America**: taxes, collusion, and undue influence. New York: UNPD, 2021.

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

STIGLITZ. Joseph E. The price of inequality: how today's divided society endangers our future. *In*: **Sustainable humanity, sustainable nature**: our responsibility. Cidade do Vaticano: Vaticano, 2015. p. 379-399.

_____. **Market concentration is threatening the US economy**: the United States' low-growth/high-inequality problem is due too few firms holding too much power. New York: Columbia Business School, 2019.

WIA PODCAST 13: Os objetivos do antitruste. Entrevistadoras: Luísa Faria e Thaiane Abreu. Entrevista: Paula Forgioni. [*S.I.*]: *Women in Antitrust*, 30 jul. 2021. *Podcast*

14. ASPECTOS CONCORRENCIAIS DA COOPERAÇÃO ENTRE EMPRESAS PARA OBJETIVOS AMBIENTALMENTE SUSTENTÁVEIS: convergências e divergências entre teoria e prática

14. COMPETITIVE ASPECTS OF BUSINESS COOPERATION FOR ENVIRONMENTALLY SUSTAINABLE GOALS: convergences and divergences between theory and practice

Aline Roberta Veloso Rangel

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. NOVAS INICIATIVAS E INTENÇÕES PARA SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL NA CONCORRÊNCIA 2.1 O Guia ACM e o cenário europeu; 2.2 O Relatório ICN e o cenário mundial; 3. O PAPEL DA SUSTENTABILIDADE EM ANÁLISE DE CASOS DE CONDUTA 3.1. Caso CECED – Europa (1999); 3.2. Caso Sabão em pó (*Consumer Detergents*) – Europa (2011); 3.3 Caso Usinas de Carvão (*Coal Power*) – Holanda (2013); 3.4 Caso Frango do Amanhã (*Chicken of Tomorrow*) – Holanda (2015); 3.5 Caso Pisos de PVC e Linóleo (*PVC and Linoleum Floor*) – França (2017); 3.6 Caso Conselho de Administração de Baterias Renováveis (*Battery Stewardship Council*) – Austrália (2020); 3.7 Caso BMW, Daimler e VW – Europa (2021); 3.8 Quadro Comparativo; 4. CONCLUSÃO 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

RESUMO: Em um cenário mundial de crescente preocupação ambiental, o presente trabalho busca analisar como o direito concorrencial tem endereçado questões de sustentabilidade, tanto no campo teórico, como na análise prática. A partir da análise das inovações trazidas pelo Guia de Sustentabilidade holandês e do retrato do cenário mundial, a partir do relatório ICN, contrapostos a casos relevantes nos quais se verificou a consideração de fatores ambientais na análise de casos de conduta, objetivou-se verificar se há convergências ou divergências entre a evolução da teoria e da prática. Para tanto, foram mais detalhadamente analisados sete casos de conduta decididos entre os anos de 1999 e 2021, por autoridades de diversas localidades e apresentados os aspectos de sustentabilidade discutidos nas análises.

ABSTRACT: *In a global scenario of growing environmental concern, this paper seeks to analyze how competition law has addressed issues of sustainability, both in the theoretical field and in practical analysis. From the analysis of innovations brought by the Dutch draft of Sustainability Guidelines and the portrait of the world scenario, from the ICN report, and also by the analysis of relevant cases in which environmental facts were considered, the aim was to verify whether there are convergences or divergences between the evolution of theory and practice. To this end, seven cases of conduct decided between 1999 and 2021 by authorities from different locations were analyzed in more detail and the sustainability aspects discussed in the analyses were presented.*

1. INTRODUÇÃO

Preocupações ambientais assumem cada vez mais relevância no cenário mundial. Nesse sentido, em 2016, houve a proposição de 17 objetivos de desenvolvimento sustentável (OSD) pela Organização das Nações Unidas (ONU), que, ao lado da diminuição da desigualdade e da pobreza, preocupou-se com questões ambientais. Divulgado em 2021, o Relatório especial do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC)[1], criado pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente e pela Organização Meteorológica Mundial, aponta o aumento da temperatura global, com possíveis consequências alarmantes para a população mundial e convoca para uma resposta global à ameaça da mudança do clima, do desenvolvimento sustentável e dos esforços para erradicar a pobreza.

Os avanços de estudos técnicos que qualificam a situação global atual e que colaboram na identificação de tendências para os próximos anos, décadas, aumentam a pressão internacional por pautas ambientais. No entanto, o debate sobre as possibilidades de atuação em busca de resultados ambientais positivos, por vezes vem acompanhado de críticas sobre a efetividade real das medidas propostas e/ou adotadas e o alerta para evitar práticas ambientais enganosas ("*greenwahsing*"*)* ou insuficientes.

Importante evento relacionado ao tema, a COP26 – Conferência da ONU sobre Mudança Climática[2], realizada em novembro de 2021, concluiu o livro de regras do Acordo de Paris[3], que deverá pautar ações concretas para implementação do Acordo. A exemplo do mencionado anteriormente, ainda que pretendesse alcançar metas ambiciosas sobre o tema, o resultado sofreu fortes críticas, como, por exemplo, a da atividade sueca Greta Thunberg[4].

É nesse contexto de preocupação com o meio ambiente e atenção à efetividade de ações de preservação ou redução de dano que vemos também a intensificação do debate sobre a possível relação entre sustentabilidade e concorrência, com o intuito de compreender se a defesa concorrência poderia ter um espaço efetivo na consecução de objetivos sustentáveis e, caso positivo, quais seriam as formas e os limites de atuação.

[1] IPCC. Painel Intergovernamental sobre mudanças climáticas. Relatório especial: Aquecimento Global de 1,5º C. Disponível em: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2019/07/SPM-Portuguese-version.pdf. Acesso em 29 de out. de 21.

[2] ONU - Nações Unidas Brasil. Guia para a COP26: O que é preciso saber sobre o maior evento climático do mundo. Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/156377-guia-para-cop26-o-que-e-preciso-saber-sobre-o-maior-evento-climatico-do-mundo. Acesso em 11 de nov. de 21.

[3] UN Climate Press Release. COP26 Reaches Consensus on Key Actions to Address Climate Change. Disponível em: https://unfccc.int/news/cop26-reaches-consensus-on-key-actions-to-address-climate-change. Acesso em 11 de nov. de 21.

[4] Greta Thunberg: 'A COP26 é um fracasso'. Disponível em: https://brasil.elpais.com/internacional/2021-11-05/greta-thunberg-a-cop26-e-um-fracasso.html. Acesso em 11 de nov. de 21.

Fruto do recente fortalecimento do debate, já é possível ver iniciativas de autoridades de concorrência e discussões teóricas que buscam melhor entender e delimitar as ações possíveis entre empresas concorrentes, ações unilaterais e aspectos a serem considerados em atos de concentração. Por outro lado, na longa trajetória de análise concorrencial, verificam-se casos relevantes nos quais aspectos de sustentabilidade já foram considerados.

No presente artigo, inicialmente, busca-se identificar a evolução do debate no campo teórico. Para tanto, no capítulo 2, serão apresentadas as inovações trazidas pela proposta holandesa de Guia de Sustentabilidade, publicado em 2020, bem como retratado o cenário mundial, a partir do Relatório ICN 2021. No capítulo 3, alguns dos casos mais relevantes decididos até o momento serão analisados para que seja compreendido se há uma evolução no campo empírico. Assim, foram analisados sete casos, decididos entre os anos de 1999 e 2021. Ao final, serão apresentadas as conclusões.

Assim, o artigo busca responder se há convergência ou divergência entre tendências teóricas e práticas em relação à consideração de elementos de sustentabilidade em análises concorrenciais, a partir dos casos analisados. Tem-se como hipótese que não é possível identificar uma convergência entre a evolução teórica da discussão e a evolução prática da análise de casos pelas autoridades da concorrência. Em relação ao Brasil, a hipótese é de que a discussão ainda é incipiente.

2. NOVAS INICIATIVAS E INTENÇÕES PARA SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL NA CONCORRÊNCIA

Dentre as ações tomadas por autoridades da concorrência para endereçar preocupações de sustentabilidade, a publicação de minuta de Guia de Sustentabilidade pela Autoridade holandesa (*Authority for Consumers and Markets* - ACM), em 2020, tem papel de destaque. Nesse capítulo serão apresentadas as principais inovações do Guia (2.1.), bem como serão feitas considerações sobre o posicionamento e iniciativas de outros países sobre o tema (2.2.), a partir do relatório divulgado pela ICN - International Competition Network, em 2021.

2.1 O Guia ACM e o cenário europeu

O Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFEU, artigo 101, §3º), tal qual a Lei de Concorrência Holandesa (artigo 6º), já preveem exceções à proibição de cartel, em alguns casos, desde que cumpridos critérios para a isenção. De acordo com o Tratado, os critérios

atuais são: a) O acordo deve contribuir para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico; b) Deve ser reservada aos consumidores uma parte equitativa do lucro resultante; c) As restrições devem ser indispensáveis à consecução desses objetivos e, por último; d) O acordo não deve dar às partes a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa[5].

Em julho de 2020, a Autoridade Holandesa para Consumidores e Mercados (ACM) publicou proposta de guia – "Sustainability agreements: Opportunities within competition law" – para direcionar iniciativas de sustentabilidade e clarificar o espaço disponível para ações relacionadas ao tema. O Guia traz inovações em relação aos critérios de exceção já previstos no regramento europeu, como, por exemplo, a possibilidade de flexibilização do critério de compensação direta ao consumidor, a desnecessidade, em alguns casos, de estudos quantitativos, entre outros.

Diante da ausência de definição clara sobre o termo sustentabilidade, o Guia da ACM define acordos sustentáveis como quaisquer acordos entre empresas, bem como quaisquer decisões de associações de empresas, que visam a identificação, prevenção, restrição ou mitigação do impacto negativo das atividades econômicas sobre as pessoas (incluindo suas condições de trabalho), animais, o meio ambiente ou a natureza.[6]

O Guia reforça que muitos dos acordos para sustentabilidade não serão, de início, anticompetitivos, de forma que não é necessária uma análise dos impactos concorrenciais, pois não há restrição da concorrência. Como exemplo, podem ser citados acordos setoriais que definem metas de sustentabilidade e códigos de conduta sobre sustentabilidade (e.g. padrões conjuntos e selos de certificação), desde que tenham critérios de participação transparentes, razoáveis e não discriminatórios, e acordos que introduzem marcas de qualidade e rótulos ou acordos conjuntos para cumprir a legislação de outros países (e.g. acordos para respeitar a proibição de extração ilegal de madeira em determinado país).

Como mencionado, na legislação aplicável à Europa e aos Países Baixos, há casos em que os acordos restringem a concorrência, mas serão permitidos se certas condições forem cumpridas. No entanto, no capítulo 5 do Guia, é apresentada a visão da autoridade sobre os critérios de exceção. Assim, de forma mais ampla, entende-se que uma das condições é que os

[5] Comissão Europeia. Guidelines on the application of Article 101(3) TFEU. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0427(07)&from=EN; Acesso em: 29 de out. de 21.

[6] Draft Guidelines: Sustainability agreements - Opportunities within competition law, 2020. Disponível em: https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-07/sustainability-agreements%5B1%5D.pdf; Acesso em: 29 de out. de 21.

benefícios superem as desvantagens geradas pela atuação conjunta. Por exemplo, uma diminuição na taxa de emissão de carbono pode ser considerada benefício, frente ao prejuízo do aumento de preço para o consumidor.

Entre as principais alterações introduzidas pelo guia, está a diferenciação entre acordo de danos ambientais e acordos de sustentabilidade. Afirma-se que acordos de danos ambientais são acordos que visam a melhorar os processos de produção que causam danos aos seres humanos, ao meio ambiente e à natureza. A partir dessa distinção, tem-se que, para os acordos de danos ambientais, pode ser justo não compensar totalmente os usuários pelos danos que o acordo causa[7]. Trata-se de uma importante alteração do paradigma de compensação do consumidor, prevista na legislação.

Quadro 1 – Acordos de sustentabilidade x Acordo de danos ambientais

Acordos de sustentabilidade	Acordos de danos ambientais
Quaisquer acordos entre empresas, bem como quaisquer decisões de associações de empresas, que visam a identificação, prevenção, restrição ou mitigação dos impactos negativos das atividades económicas nas pessoas (incluindo as suas condições de trabalho), nos animais, no ambiente ou na natureza (p. 7)	Considera-se danos ambientais os danos ao meio ambiente na produção e consumo de bens ou serviços (ex: emissão de poluentes atmosféricos, desperdício de matéria prima). Nesse sentido, danos ambientais poderiam ser reduzidos por meio de acordos, gerando ganho de eficiência. O ganho então não seria colhido apenas pelo usuário, mas pela sociedade como um todo (redução de externalidade negativa).
Requisito para excepcionar a atuação conjunta: Deve ser reservada aos consumidores uma parte equitativa (fair share) dos benefícios resultante do acordo	Usuários (consumidores) não precisam ser totalmente compensados se dois critérios forem atendidos: (i) o acordo for um acordo de danos ambientais, e (ii) o acordo ajudar, de maneira eficiente, a cumprir uma norma internacional ou

[7] Draft Guidelines: Sustainability agreements - Opportunities within competition law. Second draft version, 2021. Disponível em: https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/second-draft-version-guidelines-on-sustainability-agreements-oppurtunities-within-competition-law.pdf. Acesso em: 11 de nov. de 21.

	nacional, ou ajuda a concretizar um objetivo da política (para prevenir tais danos)
Já previsto no Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFEU, artigo 101, §3º) e na Lei de Concorrência Holandesa	Inovação trazida pelo Guia ACM

Fonte: Guia ACM. Elaboração da autora.

Ao considerar o bem-estar da sociedade e não apenas do consumidor, o guia traz uma nova concepção do *trade-off* necessário: os benefícios para a sociedade como um todo deve ser maior que as desvantagens para os usuários.

No entanto, nesse contexto, o acordo deve contribuir para um objetivo político que foi estabelecido em um padrão internacional ou nacional ao qual o governo holandês é vinculado. Além disso, essa contribuição deve ser eficiente, nos termos definidos pelo próprio guia. Nesses casos, os consumidores irão, como regra, colher os benefícios do acordo da mesma forma que o resto da sociedade faz.

Outra importante novidade trazida pelo Guia encontra-se na proposta de considerar desnecessária a análise quantitativa de benefícios e desvantagens em todos os casos. Tendo em vista a complexidade da análise, o Guia entende que, em alguns casos, pode ser considerado suficiente apresentar uma descrição completa dos benefícios e desvantagens.

A quantificação poderia então ser dispensada caso a participação de mercado combinada das empresas que celebram o acordo seja inferior a 30% ou os benefícios superarem claramente as desvantagens.

Por fim, destaca-se que a ACM não imporá multas para acordos conjuntos em que as empresas tenham claramente seguido as diretrizes do Guia de boa fé, mas, em última análise, não atendam a todas as condições. Nesses casos, primeiramente, será solicitado que os acordos sejam alterados.

Após a publicação da minuta do Guia, o texto proposto foi aberto para consulta pública e, em janeiro de 2021, foi publicada a versão revisada da minuta do Guia de Sustentabilidade[8].

[8] ACM. Draft Guidelines: Sustainability agreements - Opportunities within competition law, revised 2021. Disponível em: https://www.acm.nl/en/publications/technical-report-sustainability-and-competition Acesso em: 29 de out. de 21.

Dentre as principais alterações da nova versão, encontram-se definições mais claras sobre a distinção entre acordos de dano ambiental e outros acordos de sustentabilidade, tal como mencionado anteriormente.

O ACM agora enfatiza no projeto revisado das diretrizes que a avaliação mais ampla da lei de concorrência de iniciativas de sustentabilidade só se aplicará se, como resultado de falhas de mercado, as empresas não forem capazes de obter os benefícios de sustentabilidade desejados de forma independente.

A nova versão do Guia traz um teste de custo-eficácia adicional segundo o qual os custos resultantes para os consumidores do acordo não podem ser maiores do que no caso de uma medida governamental com os mesmos benefícios de sustentabilidade.

Além disso, mais orientações são fornecidas sobre como os benefícios de sustentabilidade e eficiência dos acordos podem ser demonstrados e quais métodos podem ser usados para isso na prática. A este respeito, o ACM afirma que, em princípio (especialmente para "acordos de danos ambientais"), os benefícios gerados fora dos Países Baixos também podem ser tidos em conta na avaliação do direito da concorrência.

Vale ressaltar que, em cooperação com a autoridade da concorrência grega, a ACM publicou ainda um relatório econômico conjunto sobre os métodos para quantificar os ganhos de eficiência de iniciativas de sustentabilidade ambiental[9]. O Relatório Técnico, de acordo com a autoridade holandesa, constitui a base científica para uma abordagem mais aberta aos acordos de sustentabilidade na política de concorrência, ao descrever os conceitos de externalidades negativas e danos ambientais e oferecer uma visão ampla dos instrumentos empíricos para medir os ganhos de sustentabilidade.

2.2 O Relatório ICN e o cenário mundial

No ano de 2021, o ICN – *Internacional Competition Network* – produziu relatório que congregou o resultado de pesquisa feita com 52 agências de concorrência e 41 consultores não governamentais, selecionados por possuírem experiência relevante.

O documento reuniu informações sobre a experiência existente e previsões das agências de concorrência quanto às opiniões dos consultores não governamentais do ICN em relação à

[9] ACM; HCC. Technical Report on Sustainability and Competition, 2021. Disponível em: https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/technical-report-sustainability-and- competition_0.pdf.; Acesso em: 11 de nov. de 21.

aplicação de considerações de sustentabilidade ambiental na aplicação da lei de concorrência, com um foco particular sobre acordos restritivos.

Conclui o relatório que a questão será cada vez mais demandada, o que representará um desafio para as agências de concorrência. Verifica-se ainda que, até o momento, há pouca experiência, embora crescente, limitada principalmente à Europa. Em uma tradução livre, o relatório dispõe que "[e]nfrentar esse desafio - ou seja, se, quando e como incorporar considerações de sustentabilidade na avaliação da competição - requer esforço, como cooperação e capacitação, mas não se espera que acarrete uma mudança paradigmática."[10]

As principais conclusões a que se chegaram no relatório estão reproduzidas abaixo[11]:

(i) Consultores não governamentais entendem que leis de concorrência tem um papel a desempenhar na concretização dos objetivos de sustentabilidade, pelo menos dentro de certos limites;

(ii) O padrão de eficiência / bem-estar não parece impedir os casos de sustentabilidade e disposições especiais da lei de concorrência não parecem propícias a tais casos *per se*. A ação legislativa não parece ser imperativa, mas pode ser instrumental em certas - talvez muitas - jurisdições. Leis e orientações *soft-law*, no entanto, são exigidas por agentes não governamentais.

(iii) As considerações de sustentabilidade na aplicação das leis de concorrência não são novas, mas a experiência de casos permanece muito limitada. No entanto, as considerações de sustentabilidade provavelmente surgirão com mais frequência e se tornarão geograficamente mais difundidas no futuro.

(iv) Atualmente, a sustentabilidade e a concorrência são mais importantes na Europa do que em qualquer outro lugar. No entanto, o interesse e a expectativa estendem-se muito além da Europa, mesmo que sejam relativamente modestos até agora. Os resultados não são conclusivos sobre se a convergência ou divergência internacional está se desenvolvendo, embora haja sinais de convergência regional na Europa.

(v) As considerações de sustentabilidade surgem mais frequentemente na prática como uma defesa (ao invés de levar a preocupações competitivas relacionadas à

[10] ICN. Sustainable development and competition law (Special project for the 2021 ICN Annual Conference – Survey). Disponível em: https://www.gvh.hu/pfile/file?path=/en/gvh/Conference/icn-2021-annual-conference/sustainability_survey_REPORT_2021_09_30_final_PUBLIC.pdf1&inline=true. Acesso em: 29 de out. de 21.

[11] ICN. Sustainable development and competition law (Special project for the 2021 ICN Annual Conference – Survey). Disponível em: https://icn2021budapest.hu/site/. Acesso em: 12 de nov. de 21.

sustentabilidade). A defesa da sustentabilidade também parece ser um conceito mais reconhecido e sua análise parece mais evoluída.

(vi) Habilidades adicionais são provavelmente necessárias, junto com atenção e preparações. No entanto, a "P&D da política de concorrência" parece ser uma condição prévia para o progresso em muitos aspectos.

(vii) A cooperação internacional é importante, é bem-vinda e pode ser crucial para alguns.

A partir dos anexos que dão suporte ao resultado apresentado no relatório principal, é possível notar que a América do Sul, possui representatividade significativa no relatório, especialmente em relação à experiência de consultores não governamentais (27% com conhecimento em América do Sul), ainda que tenha apresentado baixa taxa na resposta de Autoridades Concorrenciais.

3. O PAPEL DA SUSTENTABILIDADE EM ANÁLISE DE CASOS DE CONDUTA

O capítulo tem por objetivo analisar os principais casos analisados por autoridades da concorrência de diversos países nos quais foram discutidas questões de sustentabilidade, de forma direta ou indireta.

Os casos serão apresentados, em ordem cronológica, com informações sobre: (i) autoridade que realizou a análise; (ii) ano da decisão; (iii) setor envolvido e mercado relevante; (iv) estrutura ou conduta; (v) resumo do caso, com principais aspectos discutidos; (vi) decisão da autoridade, sistematizadas conforme modelo abaixo.

Quadro 2 – Estrutura modelo

Caso	(i) autoridade que realizou a análise	(ii) ano da decisão	(iii) setor envolvido e mercado relevante	(iv) estrutura ou conduta	(v) resumo do caso, com principais aspectos discutidos	(vi) decisão da autoridade

3.1 Caso CECED – Europa (1999)[12]

Em 1999, a Comissão Europeia analisou e aprovou um acordo proposto por fabricantes e importadores de máquinas de lavar para garantir que não fossem comercializados produtos para uso doméstico com baixa eficiência energética (classes D a G).

O pedido de isenção à legislação de concorrência foi apresentado pelo *Conseil Européen de la Construction d'Appareils Ménagers* (CECED), associação constituída sob as leis do direito belga e que congrega fabricantes produtores e vendedores de eletrodomésticos de diferentes marcas. Entre os fabricantes que buscaram o acordo encontravam-se Atag Kitchen Group BV, a Bosch Siemens Hausgeräte GmbH, a Brandt SA, a Candy Elettrodomestici Srl, a Electrolux Holdings Ltd, a Merloni Elettrodomestici Spa, a Miele & Cie GmbH & Co e a Whirlpool Europe Srl. O acordo incluía ainda fabricantes que eram partes no acordo através de uma organização comercial nacional e organizações comerciais nacionais.

Na análise da Comissão, o mercado, sob a ótica do produto, foi definido como mercado de máquinas de lavar roupa para uso doméstico. Outras alternativas de lavagem (ex: lavanderia, máquinas de propriedade coletiva, etc) não foram consideradas substitutos relevantes. As segmentações existentes para cada produto (capacidade de carga, consumo de água e energia, etc.) não foram consideradas mercados distintos.

Em relação ao mercado geográfico, verificou-se, entre outros fatores, que as importações eram pouco representativas no Espaço Econômico Europeu - EEE (5 – 7%) e que, apesar de algumas marcas terem representatividade maior em alguns Estados-Membros, os mesmos produtores principais encontravam-se presentes em todo o EEE. Os fabricantes que assinaram o acordo representavam 90% do mercado da EEE.

Na análise da Comissão Europeia, considerou-se que o mercado de máquinas de lavar, tal como ocorre com outros eletrodomésticos na visão da Comissão, é um mercado saturado. A procura se dá então pela renovação do equipamento instalado e pela evolução sócio demográfica. O volume de vendas se mantinha a níveis estáveis, enquanto as vendas em termos de valor registaram um decréscimo significativo.

As Diretivas da Comissão Europeia relativas à eficiência energética de máquinas de lavar de uso doméstico definem que as máquinas são classificadas e rotuladas, de acordo com sua eficiência energética (kWh/kg), em sete classes de energia, de A a G. Através do rótulo

[12] European Commission, Decision of January 24, 1999, CECED, IV.F.1/36.718, OJ L187, http://data.europa.eu/eli/dec/2000/475/oj. Acesso em: 29 de out. de 21.

ecológico comunitário, os consumidores podem avaliar facilmente o custo-benefício da sua escolha.

Em 1997, cerca de 10-11% das máquinas de lavar vendadas no EEE pertenciam às classes D a G.

O elemento com maior impacto no nível de eficiência energética é o volume de água utilizado no ciclo de lavagem. Outro fator é o volume de "água residual" no fundo do tambor. De forma indireta, também contribuem para o ganho de eficiência energética sensores de nível de água mais precisos e controles mais inteligentes, bem como melhoramentos de partes mecânicas.

O acordo, composto de duas fases, teria como objetivo, inicialmente, encerrar a produção e importação na União Europeia de produtos da classe E, F e G e, posteriormente, de máquinas da classe D. As partes envolvidas no acordo deveriam envidar esforços para atingir uma média ponderada de eficiência energética de 0,24 kWh/kg até 31 de dezembro de 2000.

Outro fator relevante do ponto de vista ambiental, é que as partes concordavam em melhorar a informação do público sobre a utilização das máquinas de lavar de forma mais favorável ao ambiente (como utilizar uma máquina de lavar consumindo menos energia, detergente, água, etc.) e promover uma maior utilização das tecnologias de economia de energia (e.g. melhor utilização da capacidade de carga) e técnicas neste domínio.

A apreciação jurídica foi decomposta em várias fases. A análise sobre o acordo ter ou não por objeto ou por efeito impacto na concorrência foi assim realizada em variadas dimensões. Em relação ao objetivo geral, a Comissão entendeu que o acordo, ao impor a obrigação específica de observância a uma norma mínima de eficiência energética, não tinha por objeto ou por efeito, restringir a concorrência.

Quando ao objetivo específico, foram observados impactos de restrição da concorrência. Previamente ao acordo, os participantes já focavam sua produção nas classes A a C, e parcialmente na classe D. Diante da estagnação do mercado, o acordo impede os fabricantes e importadores de concorrer com base na gama completa das classes de eficiência energética, conforme sucedia previamente ao acordo. Haveria assim uma restrição da autonomia das partes, inclusive de consumidores, com o objetivo de controlar uma característica importante do produto. Ocorreria assim um aumento dos custos de produção e uma distorção da concorrência em matéria de preço.

Considerou-se não haver restrição na concorrência quanto ao intercâmbio de informações e à informação do consumidor e disseminação da tecnologia de poupança de energia.

Em relação à contribuição para o progresso econômico e técnico e benefícios para o consumidor, a Comissão entendeu que o funcionamento da totalidade de máquinas instaladas que asseguram a prestação de um serviço idêntico com menos poluição indireta é economicamente mais eficiente do que seria possível na ausência do acordo.

Entendeu-se ainda que, em relação aos benefícios econômicos individuais, embora o preço mínimo das máquinas de lavar seja suscetível de aumentar, seria possível considerar que os produtos pertencentes às classes A e B poderiam vir a ser comercializadas a um preço mais baixo.

Haveria ainda benefícios coletivos para o meio ambiente. Nesse ponto, a Comissão relembra as regras já existentes para a celebração de acordos dessa natureza, quais sejam: produzir benefícios econômicos que excedam os respectivos custos e ser compatíveis com as regras concorrenciais estipuladas.

A Comissão estimou os danos marginais evitados e, partindo de premissas razoáveis, os benefícios para a sociedade provenientes do acordo CECED afiguraram-se ser sete vezes superiores ao aumento dos custos de aquisição de máquinas mais eficientes do ponto de vista do consumo de energia. Estas consequências ambientais para a sociedade permitiriam reservar para os consumidores uma parcela suficientemente equitativa dos benefícios, mesmo levando em conta que os compradores de máquinas de lavar a roupa não obteriam vantagens individuais.

Assim, concluiu-se que o acordo é susceptível de contribuir de forma significativa para o progresso técnico e econômico, repartindo entre os consumidores uma proporção equitativa dos benefícios.

Verificou-se o caráter carácter indispensável das restrições. A Comissão examinou se seria possível alternativas menos restritivas para obtenção de reduções semelhantes. Constatou-se que um acordo entre um acordo entre distribuidores e varejistas seria mais restritivo e, na ausência de acordo, as partes teriam incentivo para produzir máquinas da classe C. Isoladamente, as campanhas de informação, que constituem uma parte distinta dos acordos, afiguram-se igualmente menos eficazes do que a aplicação de uma norma. O fornecimento de informações não permitiria por si só alcançar todos os benefícios ambientais do acordo.

Ao final, entendeu-se que o acordo e o rótulo ecológico comunitário são complementares e reforçam-se mutuamente.

Como resultado da análise, para o caso específico, as normas concorrências previstas no TFEU foram declaradas inaplicáveis de 22 de Outubro de 1997 até 31 de Dezembro de 2001.

Em resumo:

Quadro 3 – Caso CECED

Caso	(i) autoridade que realizou a análise	(ii) ano da decisão	(iii) setor envolvido e mercado relevante	(iv) estrutura ou conduta	(v) resumo do caso, com principais aspectos discutidos	(vi) decisão da autoridade
CECED	Comissão Europeia	1999	Máquinas de lavar roupa para uso doméstico	Conduta	Acordo proposto por fabricantes e importadores de máquinas de lavar para garantir que não fossem comercializados os produtos para uso doméstico com baixa eficiência energética Estimativa de danos marginais evitados: sete vezes superior ao aumento no custo de aquisição do produto Acordo deveria acompanhar medidas educativas	Autorizado

					Considerou-se que não haveria alternativas menos restritivas	

Elaboração da autora.

3.2 Caso Sabão em pó (*Consumer D*etergents) – Europa (2011)[13]

Em 2011, a Comissão Europeia constatou a existência de cartel e condenou três grandes fabricantes de sabão em pó: Henkel, Unilever e Procter & Gamble. As multas aplicadas totalizaram 315,2 milhões de euros.

De acordo com a Comissão, a conduta ocorreu entre os anos de 2002 e 2005, nos seguintes países: Bélgica, França, Alemanha, Grécia, Itália, Portugal, Espanha e Holanda.

O cartel ocorreu no mercado de sabão em pó de alta resistência destinado a máquinas de lavar e vendido a consumidores ("HDD" com baixo teor de espuma). Os produtos, vendidos em caixas e sacos, representavam a maior categoria de detergentes para roupa à época dos fatos.

A conduta dos infratores visava estabilizar as posições de mercado e coordenar preços, sendo, portanto, considerada como capaz de restringir a concorrência.

O acordo não previa ou exigia a discussão de preços, mas sim se relacionava à implementação de uma iniciativa ambiental que visava a dosagem e redução de peso de HDD com baixo teor de espuma pó e material de embalagem correspondente (o "Iniciativa AISE"), o que acaba por refletir na coordenação de preços.

As empresas almejavam a estabilização do mercado, garantindo que nenhum deles usariam a iniciativa ambiental para ganhar vantagem competitiva sobre os outros, e que as posições de mercado permaneceriam as mesmas em relação ao nível anterior às ações tomadas dentro da iniciativa ambiental (em particular em relação à compactação de produtos).

As partes concordaram em manter o preço inalterado durante a implementação do diferentes fases da iniciativa ambiental, o que significava, em aumento indireto de preço. Em particular, as partes concordaram em não diminuir preços quando os produtos foram "compactados" (quando o peso dos produtos foi reduzido), quando a quantidade do produto foi

[13] European Commission, Decision of April 13, 2011, Consumer Detergents, COMP/39579, Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39579/39579_2633_5.pdf. Acesso em: 29 de out. de 21.

reduzida (quando o volume do produto foi reduzido) ou em algumas ocasiões quando eles reduziram coletivamente o número de colheres (cargas de lavagem) por pacote.

Em segundo lugar, eles concordaram em restringir promoções, que também é considerada uma forma de conluio de preços. Em particular, as partes concordaram excluir tipos específicos de promoções enquanto diferentes fases da iniciativa ambiental foram implementados.

Por fim, as partes concordaram com um aumento direto de preços no final de 2004, que foi direcionado a mercados específicos, a ser implementado em a ordem da liderança de mercado, ou seja, o mercado líder implementaria primeiro e os outros seguiriam o aumento.

Além disso, as partes trocaram informações confidenciais informações sobre preços e condições comerciais, facilitando assim as várias formas de conluio sobre preço.

Assim, em 2011, houve a condenação das empresas envolvidas no conluio. Embora o caso tenha reflexo em questões ambientais, trata-se também de um cartel no modelo clássico, de forma que a análise do caso não trouxe grandes inovações em relação ao tema de sustentabilidade.

Em resumo:

Quadro 4 – Caso Consumer Detergent

Caso	**(i) autoridade que realizou a análise**	**(ii) ano da decisão**	**(iii) setor envolvido e mercado relevante**	**(iv) estrutura ou conduta**	**(v) resumo do caso, com principais aspectos discutidos**	**(vi) decisão da autoridade**
Consumer detergent	Comissão Europeia	2011	sabão em pó de alta resistência destinado a máquinas de lavar e vendido a consumidores (“HDD” com baixo teor de espuma	Conduta	Cartel dos três maiores produtores de sabão em pó, entre os anos de 2002 e 2005, que almejava garantir que nenhum deles	Condenaçã o

					usariam a iniciativa ambiental para ganhar vantagem competitiva sobre os outros, após iniciativas ambientais de compactação de embalagens	

3.3 Caso Usinas de Carvão (*Coal P*ower) – Holanda (2013)[14]

Em 2013, a Autoridade holandesa analisou um acordo por meio do qual empresas do setor elétrico pretendiam fechar cinco plantas de usinas de carvão, o que correspondia a 10% da capacidade de produção elétrica, antes do prazo definido pela regulação.

A análise da autoridade ocorreu por provocação das partes e, ao final, foi entendido que o acordo geraria contas de energia mais altas para os consumidores porque a capacidade de produção seria reduzida. Além disso, os benefícios ambientais que as partes ofereceram eram muito pequenos para compensar essas desvantagens.

Dentro da iniciativa governamental SER Energieakkoord para o Crescimento Sustentável, do qual, além do governo central, regional e local, participam associações de empregadores, sindicatos, organizações ambientais e sociais, havia, entre outros elementos, a previsão de fechamento de usinas de carvão da década de 1980.

Para análise do acordo que visava encerrar, antes do prazo estipulado no SER Energieakkoord, as atividades de cinco usinas de carvão, sob alegações de ganho de sustentabilidade, a autoridade observou, inicialmente, duas premissas: (i) a Holanda tinha sobrecapacidade substancial no que diz respeito à produção de eletricidade, bem como um portfólio de capacidade variado. O excesso de capacidade estava previsto para aumentar ao longo dos próximos anos; (ii) os níveis de produtividade entre os produtores de eletricidade

[14] ACM. ACM analysis of closing down 5 coal power plants as part of SER Energieakkoord. Disponível em: https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/12082_acm-analysis-of-closing-down-5-coal-power-plants-as-part-of-ser-energieakkoord.pdf. Acesso em: 12 de nov. de 21.

estão abaixo do esperado, o que é uma situação que não havia expectativa de melhora nos próximos anos.

A autoridade considerou que os benefícios ambientais resultantes do fornecimento de energia mais sustentável poderia ser considerado benefício no sentido das condições das exceções previstas no TFEU e na lei de concorrência holandesa.

Considerou-se que o fechamento das usinas em questão levará à redução das emissões de dióxido de carbono (CO2), enxofre dióxido (SO2), óxido de nitrogênio (NOx) e partículas. Cálculos realizados pela Rede Europeia da Concorrência (ECN) indicaram reduções médias anuais na ordem de 4,7 mton de CO2, 1,5 kton de NOx, 2,0 kton de SO2 e 0,1 kton de partículas, durante o período de 2016-2021. A partir de 2022, entende-se que o acordo não levará a quaisquer reduções de emissões adicionais, porque pode-se esperar que, por razões comerciais, as usinas em questão seriam fechadas de qualquer maneira, a partir de 2022.

Pelos cálculos, entende-se que a redução da emissão de SO2, NOx e partículas poderiam ajudar a melhorar a qualidade do ar na Holanda. No entanto, as reduções de CO2 teria uma extensão muito limitada, se existentes. Foi igualmente estimado o efeito do acordo sobre o preço de atacado da eletricidade. A ECN considerou que haveria um aumento de 0,9% no preço da energia para consumidores.

O ACM examinou de várias maneiras se os benefícios ambientais propostos pelo acordo eram suficientes para compensar o aumento de preço para os consumidores. No entanto, verificou-se que os benefícios ambientais positivos não eram substanciais o suficiente para compensar as contas de energia mais altas para os consumidores holandeses. Assim, concluiu que o negócio como na forma como apresentado deveria ser considerado uma violação das regras de concorrência holandesas, que proíbem o comportamento anticompetitivo das empresas.

Um aspecto que contribuiu para essa conclusão é a questão da possível redução das emissões de dióxido de carbono (CO2), alegada como resultado do fechamento dessas cinco usinas a carvão. O argumento não foi considerado pertinente já que os direitos de emissão poderiam ser utilizados em outro local do mercado europeu de direitos de emissão de CO2. As emissões não são, de fato, reduzidas, mas apenas transferidas para outro lugar.

Em resumo:

Quadro 5 – Caso Coal Power

Caso	**(i) autoridade que realizou a análise**	**(ii) ano da decisão**	**(iii) setor envolvido e mercado relevante**	**(iv) estrutura ou conduta**	**(v) resumo do caso, com principais aspectos discutidos**	**(vi) decisão da autoridade**
Coal Power	ACM (Holanda)	2013	Usinas de carvão	Conduta	Acordo por meio do qual empresas do setor elétrico pretendiam fechar cinco plantas de usinas de carvão, o que correspondia a 10% da capacidade de produção elétrica, antes do prazo definido pela regulação A conclusão foi alcança após análises quantitativas nas quais buscou-se estimar o aumento de	Não autorizado

					preço e os potenciais ganhos ambientais, pela utilização de *shadow prices* Como os benefícios, critério cumulativo de exceção, não foram suficientes para autorizar o acordo, não foi preciso observar os outros critérios previstos na legislação	

3.4 Caso Frango do Amanhã (*Chicken of Tomorrow*) – Holanda (2015)[15]

A Autoridade Holandesa de Concorrência e Consumo (ACM) havia divulgado, em maio de 2014, documento com a visão da autoridade sobre Concorrência e Sustentabilidade. O documento pretendia fornecer ferramentas para que negócios analisassem por si mesmos se as

[15] ACM. Analysis of the sustainability arrangements concerning the 'Chicken of Tomorrow'. ACM/DM/2014/206028. Disponível em: https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13789_analysis-chicken-of-tomorrow-acm-2015-01-26.pdf.pdf; https://vakbladvoedingsindustrie.nl/storage/app/media/Rapporten/Rapporten%202020/VOE-2020-SEP-ACM-WELZIJNKIP-2020.pdf (original). Acesso em: 11 de nov. de 21

iniciativas de sustentabilidade são permitidas na visão da ACM. Para fornecer uma visão mais clara sobre a visão da autoridade, a ACM analisou o caso *Chicken of Tomorrow*.

A análise do caso permitiu concluir que a o acordo implementado resultou na restrição da concorrência no mercado de carne de frango de corte. Com base no documento de 2014, a ACM verificou se o acordo se enquadrava nos quatro critérios de exceção à competição, analisando os custos e benefícios relacionados ao bem-estar animal, ao meio ambiente e à saúde pública. No entanto, a análise revelou que os benefícios do arranjo não superavam os custos gerados aos consumidores.

Além disso, a ACM alegou que medidas de menor alcance poderiam ser possíveis, para tornar a carne de frango oferecida nos supermercados mais sustentável. Como exemplo, haveria espaço para a melhoria da educação do consumidor sobre as opções em relação à carne de frango sustentável.

Após a análise, a ACM aconselhou os organizadores do "Chicken of Tomorrow" a ajustarem o acordo de sustentabilidade para que eles pudessem cumprir as exigências das leis concorrenciais.

O acordo almejava a substituição completa da carne de frango de corte produzida regularmente, que fazia parte da linha de produtos padrão dos supermercados, pelo "Chicken of Tomorrow" ou "Frango do Amanhã", a partir de 2020. Haveria assim uma restrição à liberdade de escolha dos consumidores, em prol de um novo padrão mínimo de qualidade de vida animal. As redes de supermercados continuariam a ter a liberdade de vender produtos de carne de frango com características de produção mais abrangentes, como frango com o rótulo "Better Life" ("Beter Leven" da Sociedade Holandesa de Proteção Animal) e frango orgânico. Como a maior parte das vendas é realizada em supermercados, a autoridade entendeu que o acordo tinha um efeito considerável (real ou potencial) no mercado consumidor de carne de frango.

O regulamento holandês – tal qual o regramento geral europeu, TFEU - já trazia a previsão de critérios de exceção para situações em que os prejuízos advindos da restrição da concorrência seriam compensados pelos benefícios do acordo, conforme mencionado no capítulo 2 do presente artigo.

Em relação à contribuição para a melhoria da produção ou distribuição, ou para a promoção do progresso técnico ou econômico, a ACM analisou a relação custo/benefício relacionada ao bem-estar animal, meio ambiente e saúde pública. A análise foi baseada em dados coletados de organizações participantes, opiniões de especialistas em bem-estar animal, entre outros.

A ACM assumiu que custos adicionais seriam transmitidos aos consumidores e então passou à análise da disposição a pagar (*willingess-to-pay*) do consumidor. Como resultado, entendeu-se que o consumidor tinha uma pequena propensão a pagar pelo bem-estar animal, estimada em 68 centavos de euro por quilo de filé de frango. Fatores ambientais tem um efeito positivo de 14 centavos de euro, enquanto saúde pública não teve efeito sobre o consumidor, já que a diminuição de uso de antibióticos já seria observada sem o acordo. Assim, os benefícios total foram mensurados em 82 centavos de euro por quilo de filé de frango. Por outro lado, os custos estimados foram de EUR 1.46 euros por quilo de filé de frango.

Em relação ao critério que determina que os consumidores devem ter uma "parte justa" desses benefícios (critério 2), como não foram verificados ganhos para o consumidor, a análise de distribuição dos ganhos para o consumidor não precisou ser continuada.

Apesar do acordo não ter cumprido o critério 1, ACM verificou o critério de necessidade e proporcionalidade do acordo (critério 3). Nesse contexto, foi observado que supermercados têm oferecido carne de frango produzido de diversas maneiras por anos. Um exemplo é a o rótulo "Better Life", da Sociedade Holandesa para Proteção Animal. Os supermercados podem competir entre si com produtos que indicam melhor qualidade de vida animal. De acordo com o ACM, há bastante espaço para melhoras na educação do consumidor e na confiança deste em outras formas de produção.

Por fim, a ACM entende que, em razão das maiores redes de supermercado fazerem parte do acordo, há dúvidas sobre restar concorrência suficiente no mercado (critério 4). Apenas 5% do mercado estaria disponível a consumidores que não desejam comprar frango com padrões de bem-estar mais elevados.

Em relação a disponibilidade da carne, conclui que há um competição residual no mercado (5%). As outras formas de competição que também continuarão a existir são a competição entre os diferentes tipos de carne de frango que são produzidos de acordo com padrões mais elevados de bem-estar animal e concorrência de preço.

A autoridade concluiu por não haver necessidade do acordo "Chicken of Tomorrow".

Em 2020, o ACM lançou novo documento sobre o caso. Cinco anos após a decisão final do acordo, a ACM entendeu que atualmente os supermercados holandeses oferecem mais variedades de carne de frango produzidos em melhores condições animais, do que ofertariam, caso o acordo tivesse sido aprovado.

De acordo com o estudo, praticamente todas as variedades de carne de frango atualmente em oferta nos supermercados holandeses foram produzidas em melhores condições aos animais

do que a iniciativa conjunta de produtores e varejistas ("Frango do Amanhã") pretendia alcançar.

Os desenvolvimentos após a avaliação da ACM do “Frango do Amanhã”, segundo o novo estudo, mostram que a redução da concorrência entre as empresas nem sempre é necessária para tornar o processo de produção mais sustentável. Entendeu-se que as empresas também podem tornar seus serviços e produtos mais sustentáveis, mesmo quando estão competindo entre si (se necessário, com novos padrões impostos por um selo independente). Nesse entender, a competição também poderia impulsionar a sustentabilidade em vez de atuar como um obstáculo.

Ressalva a autoridade que uma restrição da concorrência pode de fato ser necessária para atingir os objetivos de sustentabilidade. Nesse contexto está inserido a proposta de Guia de Sustentabilidade.

Em resumo:

Quadro 6 – Caso Coal Power

Caso	**(i) autoridade que realizou a análise**	**(ii) ano da decisão**	**(iii) setor envolvido e mercado relevante**	**(iv) estrutura ou conduta**	**(v) resumo do caso, com principais aspectos discutidos**	**(vi) decisão da autoridade**
Chicken of tomorrow	ACM (Holanda)	2015	Carne de frango de corte	Conduta	Acordo para a substituição completa da carne de frango de corte produzida regularmente, que fazia parte da linha de produtos padrão dos supermercados holandeses, pelo “Chicken of Tomorrow”, a partir de 2020,	Não autorizada

					que estabelecia um padrão mínimo de qualidade de vida animal. A disposição a pagar do consumidor foi considerada menor que os ganhos estimados de bem-estar animal Haveria outras opções de ganho de sustentabilidade com menor restrição à concorrência	

3.5 Caso Pisos de PVC e Linóleo (*PVC and Linoleum Floor*) – França (2017)[16]

Em 2017, a autoridade francesa impôs sanções aos principais produtores de piso de revestimento de PVC e linóleo da França: Forbo, Gerflor e Tarkett, juntamente com o sindicato do setor, o SFEC (*Syndicat Français des Enducteurs Calandreurs et Fabricants de Revêtements de Sols et Murs*).

No curso da investigação, foram realizadas buscas e apreensões nas empresas e, ao final do processo, concluiu-se pela prática de três condutas: (i) um amplo acordo anticoncorrencial entre os três principais fabricantes de revestimentos de piso de PVC na França, cobrindo vários

[16] Autorite de la Concurrence (2017), Décision 17-D-20. Disponível em: https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/communiques-de-presse/19-october-2017-cartel-floor-coverings-sector; https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/commitments//17d20.pdf (fr). Acesso em: 29 de out. de 21.

aspectos da política de vendas, incluindo preços, com o objetivo de reduzir drasticamente ou eliminar a concorrência na produção e comercialização de piso de PVC e linóleo revestimentos, e estabilização da participação de mercado de Forbo, Gerflor e Tarkett; (ii) troca de informações confidenciais, sob a égide do SFEC, permitindo, a partir disso, a adequação das políticas de venda; (iii) celebração de um acordo de não concorrência, celebrado com a anuência da SFEC, relativo à comunicação sobre o desempenho ambiental dos seus produtos.

Para análise da consideração sobre aspectos de sustentabilidade, verifica-se que as empresas foram condenadas, juntamente com o sindicato, por produzirem e assinarem um estatuto proibindo cada empresa de divulgar o desempenho ambiental individual de seus produtos. Os fabricantes só podiam se comunicar sobre o desempenho ambiental de seus produtos por meio de planilhas de dados conjuntas produzidas pela associação comercial.

O objetivo do acordo previsto nos próprios termos firmados era: 'eliminar práticas de marketing competitivas baseadas em características ambientais' e 'evitar controvérsia desnecessárias relacionadas a produtos específicos e adotar uma abordagem de marketing consistente' para prevenir 'marketing verde irresponsável'.

A um concorrente que desejava oferecer produto livre de com características ambientais distintas o SFEC enviou uma carta explicando "nesta fase, consideramos suficiente identificar para os clientes quaisquer produtos que excedam os requisitos das regulamentações francesas por um fator de dois (...) indo além, em vista do nível prevalecente de conhecimento e compreensão das emissões atmosféricas, não lhes proporcionaria qualquer valor acrescentado "(§ 402).

Entendeu-se que comerciantes, varejistas e consumidores, cada vez mais sensíveis ao debate em torno do impacto da qualidade do ar na saúde humana, especificamente em decorrência de lançamentos de pisos de PVC, não puderam receber o padrão de informação que poderia ter prevalecido na ausência deste acordo, e pode ter esclarecido suas decisões de compra. Além disso, esse acordo pode ter atuado como um desestímulo aos fabricantes para inovar no sentido de oferecer aos seus clientes produtos caracterizados por melhores desempenhos ambientais, impactando assim um fator de diferenciação do produto.

Mesmo com a redução da pena diante do pedido de leniência das empresas, as multas aplicadas totalizaram um valor de €302 milhões, pelas condutas praticadas de 2002 a 2011.

Em resumo:

Quadro 7 – Caso PVC e Linoleum Floor

Caso	**(i) autoridade que realizou a análise**	**(ii) ano da decisão**	**(iii) setor envolvido e mercado relevante**	**(iv) estrutura ou conduta**	**(v) resumo do caso, com principais aspectos discutidos**	**(vi) decisão da autoridade**
PVC and Linoleum Floor	Autorité de la Concurrence (França)	2017	piso de revestimento de PVC e linóleo	Conduta	Acordo entre empresas e sindicato no qual fou produzido e assinado um estatuto proibindo cada empresa de divulgar o desempenho ambiental individual de seus produtos	Condenação

3.6 Caso Conselho de Administração de Baterias Recicláveis (*Battery Stewardship Council*) – Austrália (2020)[17]

Em 14 de julho de 2020, a Autoridade Australiana de Concorrência e Consumo autorizou um acordo proposto por Battery Stewardship Council (BSC), para estabelecer e operar um esquema de administração nacional para a gestão todos os tipos de baterias em fim

[17] ACC. Application for authorisation AA1000476 lodged by Battery Stewardship Council in respect of the Battery Stewardship Scheme Authorisation number: AA1000476 Disponível em: https://www.accc.gov.au/system/files/public-registers/documents/Final%20Determination%20-%2004.09.20%20-%20PR%20-%20AA1000476%20-%20BSC_0.pdf. Acesso em: 29 de out. de 21.

de vida, para eliminação adequada e reutilização, exceto baterias de chumbo-ácido e baterias que estão atualmente incluídas em um esquema de manejo ou reciclagem.

O modelo de administração proposto prevê a aplicação de taxa às baterias importadas no valor de USS 0,04 por 24 gramas, que será repassado aos consumidores no preço na bateria. O acordo ainda prevê que membros do acordo devem negociar apenas com integrantes do próprio acordo, à exceção de arranjos já em andamento.

A taxa prevista tem por objetivo financiar o acordo (*scheme*) e o sistema de descontos para os provedores de serviços responsáveis pela coleta, classificação e processamento de baterias.

O ACCC considerou que o acordo provavelmente resultará em benefícios públicos na forma de benefícios ambientais significativos, maior conscientização pública sobre o descarte de baterias e reutilização e apoio ao aumento da inovação, pesquisa e desenvolvimento.

Na decisão proferida, a autoridade alegou que considera que o esquema provavelmente resultará em algum prejuízo público por meio de a obrigação dos membros do regime de negociar apenas com outros membros. Contudo, este prejuízo é amplamente mitigado pelas exceções à obrigação, a habilidade das empresas aderirem ao esquema gratuitamente e o provável aumento na arrecadação, disponibilidade de serviço de classificação e reciclagem ao longo do tempo.

Em geral, o ACCC considerou que os benefícios públicos do esquema provavelmente superarão qualquer prejuízo público.

Em 4 de setembro de 2020, o ACCC concedeu autorização condicional ao BSC até 26 de setembro de 2025.

Em resumo:

Quadro 8 – Caso Battery Stewardship Council

Caso	**(i) autoridade que realizou a análise**	**(ii) ano da decisão**	**(iii) setor envolvido e mercado relevante**	**(iv) estrutura ou conduta**	**(v) resumo do caso, com principais aspectos discutidos**	**(vi) decisão da autoridade**
Battery Stewardship Council	ACCC (Austrália)	2020	Baterias recicláveis	Conduta	Acordo para estabelecer e operar um esquema de	Autorizada

					administração nacional para a gestão todos os tipos de baterias em fim de vida, para eliminação adequada e reutilização Embora haja um possível prejuízo público pela restrição da concorrência, o acordo possivelmente resultará em benefícios públicos ambientais mais significativos	

3.7 Caso BMW, Daimler e VW – Europa (2021)[18]

Em 2021, a Comissão Europeia anunciou a aplicação de multa de €875 milhões a fabricantes de automóveis por restringirem a concorrência em tecnologia de redução de emissões de novos modelos de automóveis de passeio movidos a diesel. A análise da Comissão concluiu que Daimler, BMW e o grupo Volkswagen (VW, Audi e Porsche), no período de 2009 a 2014, violaram normas concorrenciais ao conspirarem a respeito do desenvolvimento técnico na área da limpeza com óxido de nitrogênio.

[18] European Commission, Press release. Antitrust: Commission fines car manufacturers. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3581. Acesso em: 12 de nov. de 21.

A investigação se iniciou a partir de acordo de leniência firmado com a empresa Daimler, que, por esta razão, não foi multada pela Comissão. Ficou constato que Daimler, BMW, Volkswagen, Audi e Porsche possuíam tecnologia para reduzir o nível de emissões prejudiciais de automóveis abaixo do padrão mínimo exigido pela União Europeia, entretanto, optaram por não concorrer em relação ao uso da tecnologia em sua potencialidade máxima.

As empresas realizaram reuniões técnicas regularmente para discutir o desenvolvimento da tecnologia de redução catalítica seletiva (SCR, do acrónimo em inglês) que elimina emissões nocivas de óxido de nitrogênio (NOx) de automóveis de passageiros movidos a diesel por meio da injeção de ureia (também chamada AdBlue).

Por mais de cinco anos os fabricantes de automóveis conspiraram para evitar a concorrência que poderia levar a uma poluição a níveis abaixo do que o exigido por lei, apesar da tecnologia relevante estar disponível. A Daimler, a BMW e o grupo Volkswagen acordaram sobre os tamanhos e alcances dos tanques AdBlue e um entendimento comum sobre o consumo médio estimado de AdBlue. Houve ainda a troca de informações comercialmente sensíveis sobre esses elementos. Ainda que não tenha sido discutido preço propriamento, considerou-se que houve a redução da concorrência nas características do produto relevantes para os clientes.

A conduta ocorreu entre 25 de junho de 2009 e 1 de outubro de 2014.

Como não houve nenhuma implicação quanto ao preço, foi aplicada uma redução adicional a todas as partes, uma vez que se considerou ser a primeira decisão de proibição do cartel baseada unicamente numa restrição ao desenvolvimento técnico e não na fixação de preços, partilha de mercado ou atribuição de clientes.

Em resumo:

Quadro 9 – Caso BMW, Daimler and VW

Caso	**(i) autoridade que realizou a análise**	**(ii) ano da decisão**	**(iii) setor envolvido e mercado relevante**	**(iv) estrutura ou conduta**	**(v) resumo do caso, com principais aspectos discutidos**	**(vi) decisão da autoridade**
BMW, Daimler and VW	Comissão Europeia	2021	Fabricantes de automóveis	Conduta	Acordo a respeito do desenvolvimento técnico na área	Condenação

					da limpeza com óxido de nitrogênio. Embora as empresas possuissem tecnologia para reduzir o nível de emissões prejudiciais de automóveis abaixo do padrão mínimo exigido pela União Europeia, optaram por não concorrer em relação ao uso da tecnologia em sua potencialidade máxima Não houve discussão sobre preço, mas sim sobre uma característica relevante ambientalmente	

3.8 Quadro comparativo

Em resumo:

Quadro 10 – Resumo comparativo dos casos apresentados

Caso	**(i) autoridade que**	**(ii) ano da**	**(iii) setor envolvido e**	**(iv) estrutur**	**(v) resumo do caso, com principais**	**(vi) decisão da**

	realizou a análise	**decisão**	**mercado relevante**	**a ou conduta**	**aspectos discutidos**	**autoridade**
CECED	Comissão Europeia	1999	Máquinas de lavar roupa para uso doméstico	Conduta	Acordo proposto por fabricantes e importadores de máquinas de lavar para garantir que não fossem comercializados produtos para uso doméstico com baixa eficiência energética Estimativa de danos marginais evitados: sete vezes superior ao aumento no custo de aquisição do produto Acordo deveria acompanhar medidas educativas Considerou-se que não haveria alternativas menos restritivas	Autorizado
Consumer detergent	Comissão Europeia	2011	Sabão em pó de alta resistência destinado a máquinas de lavar e vendido a consumidores (“HDD”	Conduta	Cartel dos três maiores produtores de sabão em pó, entre os anos de 2002 e 2005, que almejava garantir que nenhum deles usariam a	Condenação

			com baixo teor de espuma		iniciativa ambiental para ganhar vantagem competitiva sobre os outros, após iniciativas ambientais de compactação de embalagens	
Coal Power	**ACM (Holanda)**	**2013**	**Usinas de carvão**	**Conduta**	Acordo por meio do qual empresas do setor elétrico pretendiam fechar cinco plantas de usinas de carvão, o que correspondia a 10% da capacidade de produção elétrica, antes do prazo definido pela regulação A conclusão foi alcança após análises quantitativas nas quais buscou-se estimar o aumento de preço e os potenciais ganhos ambientais, pela utilização de *shadow prices* Como os benefícios, critério	**Não autorizado**

					cumulativo de exceção, não foram suficientes para autorizar o acordo, não foi preciso observar os outros critérios previstos na legislação	
Chicken of tomorrow	ACM (Holanda)	2015	Carne de frango de corte	Conduta	Acordo para a substituição completa da carne de frango de corte produzida regularmente, que fazia parte da linha de produtos padrão dos supermercados holandeses, pelo "Chicken of Tomorrow", a partir de 2020, que estabelecia um padrão mínimo de qualidade de vida animal. A disposição a pagar do consumidor foi considerada menor que os ganhos estimados de bem-estar animal	Não autorizada

					Haveria outras opções de ganho de sustentabilidade com menor restrição à concorrência	
PVC and Linoleum Floor	Autorité de la Concurrence (França)	2017	Piso de revestimento de PVC e linóleo	Conduta	Acordo entre empresas e sindicato no qual fou produzido e assinado um estatuto proibindo cada empresa de divulgar o desempenho ambiental individual de seus produtos	Condenação
Battery Stewardship Council	ACCC (Austrália)	2020	Baterias recicláveis	Conduta	Acordo para estabelecer e operar um esquema de administração nacional para a gestão todos os tipos de baterias em fim de vida, para eliminação adequada e reutilização Embora haja um possível prejuízo público pela restrição da concorrência, o acordo possivelmente resultará em	Autorizada

					benefícios públicos ambientais mais significativos	
BMW, Daimler and VW	Comissão Europeia	2021	Fabricantes de automóveis	Conduta	Acordo a respeito do desenvolvimento técnico na área da limpeza com óxido de nitrogênio. Embora as empresas possuíssem tecnologia para reduzir o nível de emissões prejudiciais de automóveis abaixo do padrão mínimo exigido pela União Europeia, optaram por não concorrer em relação ao uso da tecnologia em sua potencialidade máxima Não houve discussão sobre preço, mas sim sobre uma característica relevante ambientalmente	Condenação

4. CONCLUSÃO

Na primeira parte do trabalho foi possível concluir que tem havido uma crescente preocupação com questões ambientais no âmbito das discussões teóricas sobre a análise concorrencial.

A autoridade concorrencial holandesa tem especial destaque no movimento global de tentar endereçar as preocupações ambientais e compatibilizá-las com as normas concorrenciais. A proposta de Guia elaborada pela ACM, embora também seja objeto de críticas por parte da doutrina, avança no sentido de discutir a questão e buscar soluções para um movimento crescente de aumento de demanda por sustentabilidade.

Outros movimentos podem ser verificados sobretudo na Europa, como os documentos produzido pela autoridade grega e pela autoridade húngara.

Nesse sentido, o relatório ICN demonstra que grande parte dos participantes que responderam o questionário sobre concorrência e sustentabilidade, acredita que a há algum espaço para sustentabilidade na análise concorrencial.

Por outro lado, o estudo de casos relevantes nos quais foram consideradas questões ambientais indicou que as análises se deram dentro de um quadro tradicional de análise antitruste.

Os casos destacados foram relativos a condutas horizontais. No presente artigo, não foram exploradas análises de ato de concentração de grande repercussão que se relacionavam com a questão de sustentabilidade ambiental. Embora seja possível inferir que tais casos sejam menos frequentes, tendo em vista a metodologia escolhida e o pequeno nível amostral, o trabalho é inconclusivo a respeito da distinção de tratamento para controle de condutas e controle de estrutura.

A conclusão que se pôde atingir com o artigo é que, embora a discussão teórica tenha avançado nos últimos anos, ainda aquém do nível de preocupação apreendido do cenário global, os avanços teóricos não têm se refletido em uma significativa alteração nas análises de casos concretos. Os principais casos que levaram em consideração questões ambientais, notadamente na Europa, o fizeram dentro dos limites tradicionais de análise.

5. REFERÊNCIAS

ACC. *Application for authorisation AA1000476 lodged by Battery Stewardship Council in respect of the Battery Stewardship Scheme Authorisation number*: AA1000476 Disponível

em: https://www.accc.gov.au/system/files/public-registers/documents/Final%20Determination%20-%2004.09.20%20-%20PR%20-%20AA1000476%20-%20BSC_0.pdf. Acesso em: 29 de out. de 21.

ACM. *ACM analysis of closing down 5 coal power plants as part of SER Energieakkoord*. Disponível em: https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/12082_acm-analysis-of-closing-down-5-coal-power-plants-as-part-of-ser-energieakkoord.pdf; Acesso em: 12 de nov. de 21.

_____. *Analysis of the sustainability arrangements concerning the 'Chicken of Tomorrow'*. ACM/DM/2014/206028. Disponível em: https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13789_analysis-chicken-of-tomorrow-acm-2015-01-26.pdf.pdf; Acesso em: 29 de out. de 21

_____. *Draft Guidelines: Sustainability agreements - Opportunities within competition law*, 2020. Disponível em: https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-07/sustainability-agreements%5B1%5D.pdf; Acesso em: 29 de out. de 21.

_____. *Draft Guidelines: Sustainability agreements - Opportunities within competition law. Second draft version*, 2021. Disponível em: https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/second-draft-version-guidelines-on-sustainability-agreements-oppurtunities-within-competition-law.pdf. Acesso em: 11 de nov. de 21.

ACM; HCC. Technical Report on Sustainability and Competition, 2021. Disponível em: https://www.acm.nl/en/publications/technical-report-sustainability-and-competition. Acesso em: 11 de nov. de 21.

Autorite de la Concurrence (2017), Décision 17-D-20. Disponível em: https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/communiques-de-presse/19-october-2017-cartel-floor-coverings-sector. Acesso em: 29 de out. de 21.

European Commission. *Decision of January 24, 1999*, CECED, IV.F.1/36.718, OJ L187, http://data.europa.eu/eli/dec/2000/475/oj. Acesso em: 29 de out. de 21.

_____. *Decision of April 13, 2011, Consumer Detergents*, COMP/39579, Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39579/39579_2633_5.pdf. Acesso em: 29 de out. de 21.

_____. *Press release. Antitrust: Commission fines car manufacturers*. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3581. Acesso em: 12 de nov. de 21.

ICN. *Sustainable development and competition law (Special project for the 2021 ICN Annual Conference – Survey*). Disponível em: https://www.gvh.hu/pfile/file?path=/en/gvh/Conference/icn-2021-annual-conference/sustainability_survey_REPORT_2021_09_30_final_PUBLIC.pdf1&inline=true. Acesso em: 29 de out. de 21.

IPCC. Painel Intergovernamental sobre mudanças climáticas. Relatório especial: Aquecimento Global de 1,5º C. Disponível em: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2019/07/SPM-Portuguese-version.pdf. Acesso em 29 de out. de 21.

LAURINEN, Elina. The Consumer detergents cartel. Competition Policy Newsletter. Number 2 — 2011. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2011_2_1_en.pdf. Acesso em 29 de out. de 21.

OCDE. *Sustainability and Competition, OECD Competition Committee Discussion Paper*, 2020. Disponível em: http://www.oecd.org/daf/competition/sustainability-and-competition-2020.pdf; Acesso em: 29 de out. de 21.

_____. *Sustainability and Competition – Note by the Netherlands*, 2020. Disponível em: https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)66/en/pdf; Acesso em: 29 de out. de 21.

15. ANTITRUST ENFORCEMENT IN LABOR MARKET: DEVELOPMENTS FROM AN INTERNATIONAL COMPARATIVE PERSPECTIVE

Fernanda Dalla Valle Martino

SUMMARY: 1. INTRODUCTION 2. INTERNATIONAL EVOLUTION OF THE ANTITRUST ENFORCEMENT IN LABOR CONDUCTS 2.1. The United States perspective on the antitrust enforcement of labor conducts 2.1.1. Ancillary administrative antitrust enforcement of labor conducts in the US 2.1.2 From an increasing awareness to a strong administrative antitrust enforcement of labor conducts in the US 2.1.3 Criminal antitrust enforcement of labor conducts in the US 2.2. The European Union' perspective on the antitrust enforcement of labor conducts 2.3 Other jurisdictions: antitrust enforcement of labor conducts in Canada, Japan, Hong Kong and Mexico 3. THE BRAZILIAN EXPERIENCE AND NEXT CHALLENGES 3.1 Overview on labor related practices as an anticompetitive conduct 3.2. Challenges in view of the national and international experience 4. FINAL REMARKS

ABSTRACT: This paper aims to analyze the evolution on the enforcement of anticompetitive labor practices and next challenges. The study is presented through the description of practical cases, focused on the main international antitrust jurisdiction concerned with this issue, beginning by the United States. Subsequently, the experience of the European Union (at the community level and specific member states such as Netherlands, Portugal, France, Spain, Croatia) and Brazil will be discussed, with a brief mention to other jurisdictions, such as Canada, Mexico, Japan and Hong Kong. After identifying the current status of enforcement of each jurisdiction, the paper will conclude by exposing the main challenges in this area.

Keywords: Labor market; No-poach; Wage-fixing; Exchange of competitively information

7. INTRODUCTION

The labor market has been at the spotlight of antitrust authorities. The US jurisdiction has been leading the discussion for some years, but the interest for this subject has been gradually spread around the globe such as European Union member states - Netherlands, Portugal, France, Spain, Croatia – and other countries like Canada, Mexico, Japan and Hong Kong, just to mention a few.

Although there is always room for discussion and new topics emerge from time to time, the approach of antitrust authorities on traditional collusive agreements, such as hard core cartels, have reached a consolidated understanding in their core aspects. It happened due to a construction of a consolidated case law and improvements of enforcement mechanism, such as soft laws and guidelines. However, the enforcement of antitrust laws on collusive agreements

at the labor market is a new topic and it may bring challenges as regards the application of the traditional antitrust tools.

The question is what antitrust watchdogs are looking at when talking about labor related issues. In a nutshell, the enforcement has been focused basically on four types of conducts: **(i)** wage-fixing agreements; **(ii)** no-poach agreements; **(iii)** exchange of competitively sensitive information; **(iv)** non-compete agreements[1].

A wage-fixing agreement encompasses **(i)** not only the wage in itself, but also the benefits granted by companies to their employees. To some extent, it is equivalent to a price-fixing agreement, but from a buyer side perspective. In other words, instead of fixing the prices of the products or services to be sold or offered to consumer, it is an agreement to fix the price of inputs to be acquired[2].

The so-called no poach agreement **(ii)** is undoubtedly the labor related conduct that have drawn more attention from the antitrust authorities because it is specific to the labor market. In a no-poach agreement the companies may agree not to expressly solicit the employee of their competitor (known as a "cold call") or, in a more restrictive approach, they may agree not to hire a certain employee in any circumstance[3].

The antitrust limit of the exchange of competitively sensitive information **(iii)** is a more grey area not only in relation to labor information. The approach and evolution of the topic depend on the jurisdiction and, from different perspectives, this topic may raise even more attention from antitrust authorities in the context of labor related antitrust practices.

Differently from the three conducts described above that are coordinated actions among employers, a non-compete **(iv)** is agreed between an employer and an employee. In general, the inclusion of non-compete clauses on labor contracts has been accepted if limited on its scope and duration and it is justified due to the investment made by the employer (company) on the employee[4]. From the antitrust perspective, the United States has recently emphasized the importance of such clauses, as it will be mentioned later. In Brazil, it is worth mentioning one

[1] ATHAYDE, Amanda; DOMINGUES, Juliana; MENDONÇA, Nayara. Da Improvável à incontornável interface entre concorrëncia e trabalho.

[2] Issue Paper on Labor Market Agreements and Competition Policy. Available at: <https://www.concorrencia.pt/sites/default/files/Issues%20Paper_Labor%20Market%20Agreements%20and%20Competition%20Policy%20-%20EN%20USA.pdf>, p. 10. Accessed 22 October 2021.

[3] *Ibid.*

[4] ATHAYDE, Amanda; DOMINGUES, Juliana; MENDONÇA, Nayara. Da Improvável à incontornável interface entre concorrência e trabalho

specific case in which CADE decided to restrict the non-compete clause of a former employee (i.e. a doctor) to two years to be counted as from the end of their relationship with the hospital[56].

This paper will cover the development of the enforcement of potential anticompetitive conducts related to the labor market above mentioned – specially naked wage-fixing agreement, naked no-poach agreements and the exchange of competitively sensitive information on labor related practices – in the United States, Europe (at the community level and specific member states such as Netherlands, Portugal, France, Spain, Croatia), Brazil and briefly mentioning other jurisdictions such as Canada, Mexico, Japan and Hong Kong, Based on this comparative perspective, the article proposes a division on the evolution of the status is each jurisdiction. Lastly, it proposes new challenges that Brazil may face in view of the international development[7].

8. INTERNATIONAL EVOLUTION OF THE ANTITRUST ENFORCEMENT ON LABOR CONDUCTS

The first chapter will bring the evolution in the United Stated because it represents the leading jurisdiction on the topic **(2.1.).** The following part will cover the approach taken by Europe (at the community level and specific member states such as Netherlands, Portugal, France, Spain, Croatia) and their convergence and contrast with the US status **(2.2.).** Finally, a brief overview of how other authorities have been dealt with the matter ends a broad picture of the subject worldwide, such as Canada, Mexico, Japan and Hong Kong, **(2.3.).**

2.1. The United States perspective on the antitrust enforcement of labor conducts

After analyzing the characteristics of the lawsuits brought each year, this paper proposes that the US antitrust enforcement on labor conducts can be divided in three phases: **(2.1.1.)** ancillary administrative antitrust enforcement, **(2.1.2.)** increasing awareness administrative antitrust enforcement and **(2.1.3.)** criminal antitrust enforcement.

[5] In Brazil, non-compete clause established in relation to former partners (sellers) has been object of analysis and restrictions in merger reviews. In such a case, CADE has a consolidated understanding setting that a non-compete clause is allowed for a period of five years as of the acquisition of the company, according to CADE Sumula 5.

[6] Merger Review 08012.011602;2011-26 (Hospital e Maternidade So Luiz S.A. et. all.).

[7] The article is focused on naked restraints on labor related conducts. Antitrust authorities have already established mechanisms related to the exchange of competitively sensitive information as well as flexibilities and conditions for "non-compete" and "non-solicit" provisions in the context of a transaction. Particularities on merger review issues will not be explored on this paper.

2.1.1. Ancillary administrative antitrust enforcement of labor conducts in the US[8]

From the 90s until 2010, there have been a few antitrust lawsuits brought related to some extent to labor practices. Those cases were related to wage-fixing and exchange of information, sometimes as part of a wide cartel. To illustrate, it is worth mentioning three cases of the early 1990s.

In 1994, the Federal Trade Commission ("FTC") investigated a collusion between nursing homes in Illinois to avoid the rise in prices of an outsourced nurses by a temporary employment agency. The practice was not exactly a wage-fixing, since the agreement was not related to the employees of the nursing homes, but it is a comparable action because it was related to the prices charged by service providers (comparable to employees)[9].

The process against trade association and hospitals of Utah[10] in 1995 represents an example of a civil lawsuit for exchanging competitively sensitive information such as certain wages and budgets of hospitals. As a consequence of such conduct, the hospitals have maintained the salary paid to nurses at a low level.

The most famous case on wage-fixing happened in the fashion market. In an investigation opened in 1995, the FTC investigated an agreement with the objective of paying a low fee to models at fashion shows[11].

As it can be seen from the examples above, the antitrust authority concern on the labor market was considerably weak during such period. The authority was more concerned with exchange of information related to labor related matters, such as wages, and potential agreements derived from them, but there was no further action and deep studies on the matter.

[8] For more details on Brazilian cases of such period see: ATHAYDE, Amanda; Domingues, JULIANA; SOUZA, Nayara. O improvável encontro do direito trabalhista com o direito antitruste. Revista do IBRAC, Volume 24 - Número 2 - 2018.

[9] U.S. v. Debes Corp 115 F.T.C. 701

[10] US v. Utah Society for Healthcare Human Resources

[11] US v. Council of Fashion Designers of America Fashion Designers, 120 F.T.C

2.1.2. From an increasing awareness to a strong administrative antitrust enforcement of labor conducts in the US

From 2010 on, it is possible to see a turning point on the approach of labor related practices from the antitrust point of view. The interest for investigating the so called no-poach agreements characterizes this new era.

The paradigmatic case on no-poach is the one related to the big tech companies in the Silicon Valley[12]. In 2010, the DOJ charged six technologies companies - Adobe Systems, Inc., Apple Inc., Google Inc., Intel Corp., Intuit Inc., and Pixar – for entering into bilateral agreements according to which they were prohibited to hire ("cold calling") employees of the others. In the same year, the DOJ filed another suit in face of Lucasfilm Ltd. for entering an agreement with Pixar to prohibit cold calling and also stipulating anti-counteroffer rules that restrained bidding for employees[13]. Another remarkable case was the no-poach agreement between the online auction website e-Bay and the software company Intuit[14]. It is important to note that such agreements do not involve companies that are direct competitors on the product side.

There was also class actions relating to the matter. The most famous one is a class action against Duke University and the University of North Carolina for an alleged agreement not to poach each other's medical faculty[15]. The DOJ has formally intervened in such private action and issued public releases, what corroborates the interest of the authority for the subject.

In the state level, there have been several no-poach cases brought in face of franchise agreements, according to which a franchisee cannot hire an employee from the other employee. Many sectors have been target, especially fast-food chains. A particularity in relation to the analysis of such no-poach agreements is the standard of proof and effects. On the one hand, such conducts may be considered as vertical agreements, but on the other hand they results in horizontal effects. Although there is still discussion between state courts, most of the courts have granted a lighter approach in relation to the typical no-poach and the rule of reason has prevailed, considering that those agreements results basically in intra-band restriction on hiring

[12] United States v. Adobe Sys., Inc., No. 10-cv-1629 (2010).

[13] United States v. Lucasfilm Ltd., No. 10-cv-2220 (2010).

[14] Case 5:12-cv-05869. United States District Court For the Northern District Of California San Jose Division. United States Of America, Plaintiff, V. Ebay Inc. Available at: < https://www.justice.gov/atr/case-document/file/494626/download> Accessed 27 October 2021.

[15] Case 1:15-CV-462 In The United States District Court For The Middle District Of North Carolina Danielle Seaman, Individually And On Behalf Of All Others Similarly Situated, Plaintiff, V. Duke University And Duke University Health System. Available at: <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/1210436/download and < https://www.justice.gov/atr/case-document/file/1141756/download> Accessed 15 October 2021.

and intends to avoid free riding[16]. On this topic, it is important to note that the analysis depends on the market involved, considering that the investment made by companies on employees of a fast food chains is considerably lower than the one required for an employee of a high tech company[17].

Based on the above, it is clear the attention and the increase of civil actions brought by public authorities and private parties related to labor practices in the United States between 2010 and 2015 in relation to the predecessors period.

In this context, in 2016, the DOJ and the FTC jointly released the Antitrust Guidance for Human Resource Professional ("US HR Antitrust Guidelines")[18] and the Antitrust Red Flags for Employment Practices. The document brings some important guidelines on the standard of analysis of anticompetitive agreements on labor practices, as briefly summarized below.

Firstly, the US HR Antitrust Guidelines expressly stated that wage-fixing and no-poach agreements are per se unlawful, what means that proof of effects and efficiencies is not necessary. A highlight point is that the US HR Antitrust Guidelines expressly stated that those conducts - wage-fixing and no-poach - may be subject to criminal charges. It represented a new understanding in relation to the current practice considering that only civil actions have been filed by the DOJ until that date.

In relation to the exchange of competitively sensitive information, the US HR Antitrust Guidelines pointed that they may be lawful if some requirements are met. In other words, such conducts are not per se illegal and a case by case efficiency analysis is required (under the so called rule of reason).

In 2018, there was a civil case against two large companies of the railway sector - Knorr and Wabtec [19]. Differently from the previous cases, in this investigation the companies were also close competitors in the downstream market. Although this case was opened in 2018, there

[16] For more details: see case *Stigar v. Dough Dough, Inc*

[17] MARTINS, Fernanda Lopes. Acordos de não contratação e trocas de informações sensíveis sobre termos e condições de trabalho no Direito Antitruste brasileiro: uma análise a partir da abordagem estadunidense. 2021. Dissertação de Mestrado, USP Ribeirão Preto.

[18] USA, Department of Justice Antitrust Division and Federal Trade Commission, Antitrust Guidance for Human Resource Professionals. Available at: <https://www.justice.gov/atr/file/903511/download> Accessed 22 October 2021.

[19] Case 1:18-cv-00747-CKK, U.S. District Court for the District of Columbia, United States Of America, Plaintiff, V, Knorr-Bremse Ag, And Westinghouse Air Brake Technologies Corporation; (2018). Available at: < https://www.justice.gov/atr/case-document/file/1084651/download> Accessed 18 October 2021.

was no criminal charge. According to the decision, the DOJ filed only a civil action because the defendants terminated the agreements before the release of US HR Antitrust Guidelines[20].

The combination of several civil suits covering the topic – public and private enforcement, at federal and state level - and the release of the US HR Antitrust Guidelines have been seen as a clear sign to the market that anticompetitive conducts on labor market would be at the authority's agenda for the following years and that a stronger approach could have been expected.

2.1.3. Criminal antitrust enforcement of labor conducts in the US

Following the warning of the US HR Antitrust Guidelines, in December 2020 the DOJ brought the first criminal charge. The case was related to a wage-fixing agreement between staffing companies in relation to the rates to be paid to physical therapists[21]. In November 2021, the Federal District Court in Texas held that wage-fixing is a per se violation and can be criminally prosecuted, in line with the US HR Antitrust Guidelines[22]. According to the decision *"(...) any naked agreement among competitors—whether by sellers or buyers—that fixes components that affect price meets the definition of a horizontal price-fixing agreement (...)"*[23].

In January 2021, the DOJ brought the first criminal charge related to a no-poach agreement. In this case, two outpatient health care companies entered into agreements to not hire senior employees[24]. In March 2021, a new criminal charge case also related to no-poach and wage-fixing was filed. This second case was against a health care staffing company that refused to hire nurses from another school as well as to fix their wage in the same district[25]. In July 2021, a third criminal no-poach case was brought against DaVita and their CEO for

[20] Case 1:18-cv-00747-CKK, U.S. District Court for the District of Columbia, United States Of America, Plaintiff, V, Knorr-Bremse Ag, And Westinghouse Air Brake Technologies Corporation. Competitive Impact Statement. Available at: <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/1048891/download> Accessed 21 October 2021.

[21] U.S. District Court for the Eastern District of Texas Sherman Division, United States Of America v. Neeraj Jindal Case No. 4:20-Cr-00358 (2020). Available at: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1344191/download> Accessed 24 October 2021.

[22] Update on DOJ "NO-Poach" and "Wage-Fixing" Criminal Antitrust Prosecutions (December 07, 2021). Available at: <https://www.jdsupra.com/legalnews/update-on-doj-no-poach-and-wage-fixing-6261900/> Accessed 30 November 2021.

[23] United States Of America v. Neeraj Jindal Case No. 4:20-Cr-00358 (E.D. Tex. Nov. 29, 2021), at.9

[24] Case 3:21-cr-00011-L. United States District Court for the Northern District Of Texas Dallas Division. United States of America V. Surgical Care Affiliates, Llc And Scai Holdings, Llc

[25] Health Care Staffing Company and Executive Indicted for Colluding to Suppress Wages of School Nurses. Available at: <https://www.justice.gov/opa/pr/health-care-staffing-company-and-executive-indicted-colluding-suppress-wages-school-nurses> Accessed 26 October 2021.

agreeing with other healthcare companies not to solicit senior-level employees[26]. In December 2021, the aerospace industry was the target of a new criminal non-poach investigation[27]. To date, there is no developments on the motion to dismiss filed by the parties and, therefore, on the understanding of the Courts about the criminal prosecution of no-poach cases[28].

As it can been seen, the DOJ has bought five criminal charges related to conducts on the labor market in a period of time of one year. It demonstrates the tendency of the DOJ of pursuing anticompetitive labor related practices as hard core cartels.

The US HR Antitrust Guidelines, in theory, could mark the beginning of a new phase in the US enforcement. However, considering that it still took a few years for the first criminal charge, in practice, 2020 marks the beginning of a third phase of the antitrust labor enforcement in the US.

By concluding the proposed division, the enforcement in the US can be defined as: (i) phase 1: labor issues assessed as an ancillary matter, in a few sparse actions, i.e. or in a broad context of a cartel or only related to wage-fixing and exchange of information; (ii) phase 2: turbulent civil enforcement on antitrust labor related practices, covering stand-alone lawsuits and several no-poach cases (from an increasing awareness to a strong enforcement); (iii) phase 3: criminal enforcement, as a consequence of the US HR Guidelines.

As an additional point to corroborate the increased enforcement tendency, in July 2021, President Joe Biden issued an Executive Order[29] establishing several initiates to improve the American economy, including the antitrust policy. The Executive Order expressly highlights that the labor market is one of the top enforcement priorities. The document brings some antitrust labor related recommendations, as following: (i) reviewing of the US HR Guidelines to prevent the exchange of information on wages and benefits between employers in a way that could harm employees, (ii) limitation or ban of non-compete clauses and (iii) ban of unnecessary occupational licensing requirements. This provision is in line and complementary

26 US District Court for the District of Colorado, United States Of America v. DaVita Inc. and Kent Thiry. Case 1:21-cr-00229-RBJ (2021). Available at: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1412606/download> Accessed 30 November 2021.

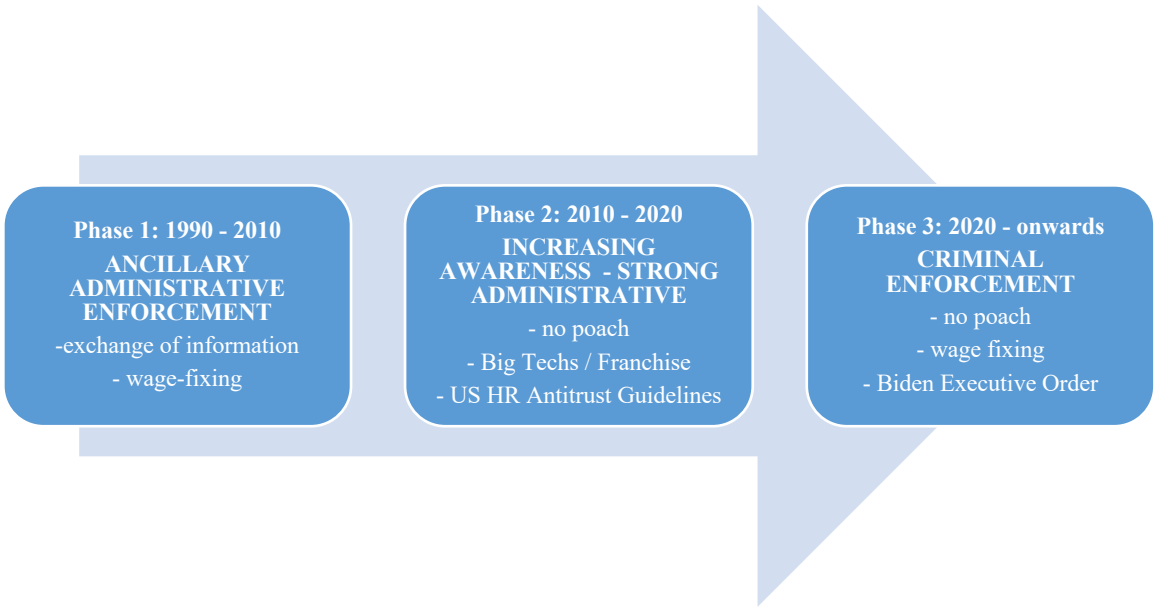
27 Former Aerospace Outsourcing Executive Charged for Key Role in a Long-Running Antitrust Conspiracy. Available at: <https://www.justice.gov/opa/pr/former-aerospace-outsourcing-executive-charged-key-role-long-running-antitrust-conspiracy> Accessed 11 December 2021.

28 Update on DOJ "NO-Poach" and "Wage-Fixing" Criminal Antitrust Prosecutions (December 07, 2021) Available at: <https://www.jdsupra.com/legalnews/update-on-doj-no-poach-and-wage-fixing-6261900/> Accessed 30 November 2021.

29 Executive Order on Promoting Competition in the American Economy. Available at: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/07/09/executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/ >. Fact Sheet: Executive Order on Promoting Competition in the American Economy. Available at: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/07/09/fact-sheet-executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/> Accessed 15 October 2021.

to the increasing enforcement activity on labor antitrust practices, as it proves that the US new government intends to improve their enforcement on anticompetitive agreements and exchange of commercially sensitive information with anticompetitive purposes as well as to avoid any conduct that may limit the employees' ability of changing jobs - non-compete clauses between employees and employers, excessive and disproportionate occupational licensing requirements for certain functions as well as no-poach agreements between employers.

The diagram below illustrates the proposed division in relation to the US enforcement on labor practices:



2.2. The European Union' perspective on the antitrust enforcement of labor conducts

Differently from the US, Europe still has an incipient experience tackling labor related conducts. While there is no public standalone action related to labor practices at the community level so far, some National Competition Authorities ("NCAs") have already tackling some actions related to the matter.

Some NCAs have investigated labor conduct as part of a wider cartel investigation, including no-poach, wage-fixing and exchange of information. The authorities considered that such conducts constituted an infringement by object.

From 2010 to 2020, several NCAs initiated such type of process. The freight forwarding and the hairdresser cartel in Spain and the PVC cartel in France were typical examples of cartel investigations with mention to such labor practices. In the Netherlands, there was a famous

investigation in the hospital sector in which fifteen hospitals agree not to hire each other's anesthesiologists for at least 12 months as well as to fix for maximum cap the overtime payment.

Differently from the cases above that were investigated as collusive agreement - under article 101 of the Treatment for the Functioning of the European Union and national equivalent - in 2014, the Croatian Competition Authority opened an abuse of dominance investigation. The case refers to an IT Provider Company with dominant position has established no-poach clauses in agreements with clients in order to prevent them to hire their former employees[30].

The table below summarizes the main cases:

Main investigations (2010 – 2021) – National Competition Authorities				
National Competition Authority	**Market involved**	**Type of Conduct**	**Labor related conduct**	**Decision**
Netherlands	hospitals[31]	Cartel	- wage-fixing - no-poach (12 months)	2010
Spain	freight forwarding[32]	Cartel	- no poach	2010
Spain	hairdressers[33]	Cartel	- no-poach - exchange of information	2011
Croatia	IT service[34]	Abuse of dominance	- no-poach	2015
France	PVC[35]	Cartel	- no poach - wage-fixing	2017
Portugal	Sport (soccer)	Stand-Alone	- no poach	2020

30 Competition Issues in Labour Markets – Note by Croatia. Available at: <https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2019)41/en/pdf Accessed 24 October 2021.> Accessed 22 October 2021.

31 Issue Paper on Labor Market Agreements and Competition Policy.

32 Spain: Competition Authority (CNC) imposes Fines on Freight Forwarding Cartel <https://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/04_2010/es_freight.pdf. Accessed 24 October 2021.

33 Available at: <https://www.cnmc.es/expedientes/s008608> Accessed 25 October 2021.

34 Issue Paper on Labor Market Agreements and Competition Policy.

35 *Ibid.*

In a different and stronger approach, in April 2021, the Portuguese Competition Authority expressly stated that the labor market is one of their priorities and published an Issues Paper on Labor Market Agreements and Competition Policy"[36] ("AdC HR Guidelines"). This paper was the first official guidelines issued by a European jurisdiction. It makes a review of the worldwide case law, theory of harm and concerns on the matter.

On the same month, the AdC issued the first Statement of Objections related to a no-poach investigation. This case was opened in May 2020 to investigate a supposed an agreement involving the Portuguese Professional Football League and 31 clubs participants of the 2019/2010 edition of the First and Second Leagues according to which they could not hire players who unilaterally terminated their employment contact due to COVID-19 pandemic[37]. The authority had already imposed an interim measure when the case was opened in 2020.

Following the evolution described above and US new government tendency highlighted by the Executive Order, in October 2021, the European Commission also signed for the first time the labor market is a top priority[38].

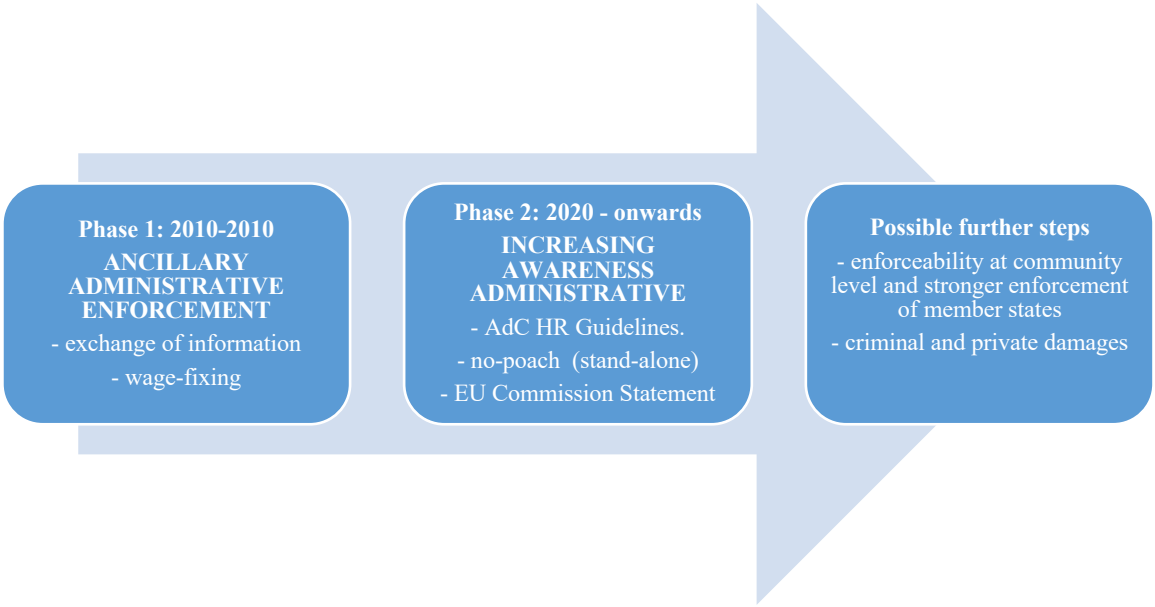
It is important to make a note in relation to the comparison proposed in the US enforcement. In a comparative perspective with the US, the enforcement in the EU may be considered recent and a division of phases is not as clear as it is in the American scenario, especially considering the existence of a community dimension and several member states in different levels. However, even if the analogy is not so precise, taking into consideration the evolution of the enforcement, Europe may be at phase 2, considering the existence of some specific process on no-poach and the recent issuance of the AdC HR Guidelines (highlighting that the administrative enforcement could not be considered so strong as in the US). The diagram below illustrates the proposed division in relation to the EU enforcement on labor practices:

---

[36] PORTUGAL, Issue Paper on Labor Market Agreements and Competition Policy. Available at: <https://www.concorrencia.pt/sites/default/files/Issues%20Paper_Labor%20Market%20Agreements%20and%20Competition%20Policy%20-%20EN%20USA.pdf> Accessed 22 October 2021.

[37] **AdC issues Statements of Objections for anticompetitive agreement in the labor market for the first time. Available at:** <https://www.concorrencia.pt/en/articles/adc-issues-statements-objections-anticompetitive-agreement-labour-market-first-time> Accessed 25 October 2021

[38] "*And some buyer cartels do have a very direct effect on individuals, as well as on competition, when companies collude to fix the wages they pay; or when they use so-called "no-poach" agreements as an indirect way to keep wages down, restricting talent from moving where it serves the economy best. And that's not the only way that an agreement not to poach each other's staff can create a cartel. There are markets where you can only compete if you have expensive machinery, or costly IP. And then there are those where the key to success is finding staff who have the right skills. So in these cases, a promise not to hire certain people can effectively be a promise not to innovate, or not to enter a new market*." Speech of Margarethe Vestager at the Italian Antitrust Association Annual Conference. A new era of cartel enforcement, (22 October 2021). Available at: <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/speech-evp-m-vestager-italian-antitrust-association-annual-conference-new-era-cartel-enforcement_en.> Accessed 25 November 2021.



2.3. Other jurisdictions: antitrust enforcement of labor conducts in Canada, Japan, Hong Kong and Mexico

Jurisdictions other than the US and, more recently, the EU member states, have attempted to monitor labor practices. Although the emphasis given by any other authority on enforcing such anticompetitive is still far away from the US, it is worth briefly mentioning with the objective of demonstrating that investigation of this type may be spread around the world.

In November 2020, the Canada Competition Bureau issued a statement clarifying that buy side agreements - which includes the no-poach and wage-fixing agreements – will not be assess as a criminal infringement[39].

In Asia, Hong Kong issued an Advisory Bulletin[40] and Japan released a Report of Study group on Human Resource and Competition Policy in 2018[41]. However, no relevant antitrust enforcement has been noted.

In Latin America, the Mexican Antitrust Authority (COFECE) has issued in 2021 the first decision on labor related issues. In such case, COFECE fined 17 clubs and 8 individuals for two conducts: (i) set a maximum cap on the salaries paid to the female players and (ii)

[39] CANADA, Competition Bureau statement on the application of the Competition Act to no-poaching, wage-fixing and other buy-side agreements. Available at: <https://www.canada.ca/en/competition-bureau/news/2020/11/competition-bureau-statement-on-the-application-of-the-competition-act-to-no-poaching-wage-fixing-and-other-buy-side-agreements.html> Accessed 20 October 2021.

[40] Competition Commission Advisory Bulletin. Available at: <https://www.compcomm.hk/en/media/press/files/20180409_Competition_Commission_Advisory_Bulletin_Eng.pdf> Accessed 21 October 2021.

[41] JAPAN, Report of Study group on Human Resource and Competition Policy. Available at: < https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2018/February/180215.html> Accessed 27 October 2021.

establishment of a right of retention, according to which a new club that was interested in hiring certain player after the expiration of their contract with the original team should obtain authorization from the original club before making the offer (and also make a payment in some cases)[42].

As a conclusion, it is interesting to note the increase attention of authorities on the topic and the diversity of industries that are currently target of labor conducts, from traditional ones as the healthcare industry to new ones such as the technology and sport market[43].

9. THE BRAZILIAN EXPERIENCE AND NEXT CHALLENGES

Taking in mind the international approach to the topic, this chapter will focus on the analysis of labor related practices by CADE **(3.1)** and the main challenges that the authority may face on labor antitrust conducts considering that it is still a new topic **(3.2).**

3.1. Overview on labor related practices as an anticompetitive conduct

In Brazil, the development of the topic is still incipient, but it has been attracted attention from the Administrative Council for Economic Defense ("CADE") what can be proved by the recent opened of the first process on labor practices.

Likewise in Europe, no-poach have already been analyzed by CADE as a side conduct part of a wide cartel in some process, as briefly mentioned below.

There are two traditional cartel investigations that have dealt with the topic to a limit extent. In the electronic recharge for prepaid cell phones cartel[44], CADE considered that the no-poach was one of the collusive conducts when opened the investigation in 2010. However, no additional evidence confirmed the alleged conduct during the discovery phase. Therefore,

[42] *COFECE sanciona a 17 clubes de la Liga MX, a la Federación Mexicana de Futbol y 8 personas físicas por coludirse en el mercado de fichaje de las y los futbolista*s. Available at:<https://www.cofece.mx/cofece-sanciona-a-17-clubes-de-la-liga-mx-a-la-federacion-mexicana-de-futbol-y-8-personas-fisicas-por-coludirse-en-el-mercado-de-fichaje-de-las-y-los-futbolistas/> Accessed 22 October 2021.

[43] In this sense, the Executive Order on Promoting Competition in the American Economy stress that: "*This order affirms that it is the policy of my Administration to enforce the antitrust laws to combat the excessive concentration of industry, the abuses of market power, and the harmful effects of monopoly and monopsony — especially as these issues arise in labor markets, agricultural markets, Internet platform industries, healthcare markets (including insurance, hospital, and prescription drug markets), repair markets, and United States markets directly affected by foreign cartel activity. It is also the policy of my Administration to enforce the antitrust laws to meet the challenges posed by new industries and technologies, including the rise of the dominant Internet platforms, especially as they stem from serial mergers, the acquisition of nascent competitors, the aggregation of data, unfair competition in attention markets, the surveillance of users, and the presence of network effects."*

[44] BRAZIL, CADE, Administrative Process 08012.002812/2010-42.

CADE dismissed such allegation of no-poach. Another case in which the opening note included no-poach as one of the conducts was the cartel related to the bid ridding for IT services[45]. There is no final decision to date.

In a case a little different from the above, in 2018, CADE opened a preliminary investigation to investigate discriminatory practices by several Brazilian banks against a fintech (Nubank)[46]. One of such practices was that one of the banks would have prospected strategic employees of Nubank. In other words, the conduct identified was the opposite of a non-hire agreement. The process was opened without inclusion of such specific claim. It may be a sign that competition for employees is positive from the CADE point of view. Although the alleged labor practice was once more a side practice of a wide anticompetitive investigation, it is an additional example of a more recent interface on labor issues.

Moving on to the exchange of information topic, an ongoing process at CADE that is worth mentioning is the cartel to investigate the exchange of competitively sensitive information in the after parts[47]. In a series of about 20 investigations of the auto parts market in Brazil, following the international tendency, this process is the only one related exclusively to the exchange of competitively sensitive information. It is expected that the approach of CADE to this case may provide a good guidance as to how the authority may deal with exchange of information as an autonomous violation and exchange of information on labor matters (wages and benefits) as an anticompetitive conduct.

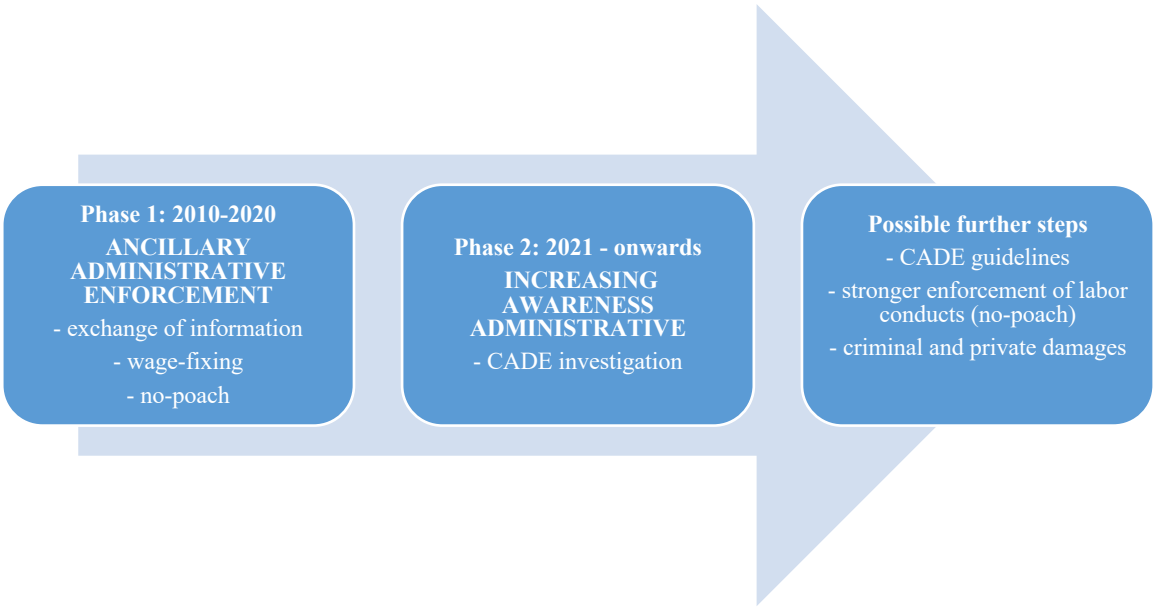
Finally, in March 2021, CADE has opened the first investigation exclusively related to anticompetitive labor practices in the healthcare industry, targeting 36 companies and 108 individuals basically for an alleged exchange of competitively sensitive information[48].

In relation to the applicable framework, there is no specific provision or guidelines related specifically to the labor market in Brazil. There are two guidelines for merger assessment issued by CADE that make some reference to the subject. The Guidelines on Gun Jumping mentions that "employee 'wages" may be considered a competitively sensitive information. It is important to mention that such information is competitively sensitive if it is specific, non-public and recent and the mentioned document provides guidelines and mechanisms to convert the non-public information into aggregated and historical data for the

[45] BRAZIL, CADE, Administrative Process 08012.003021/2005-72.
[46] BRAZIL, CADE, Preliminary Investigation 08700.003187/2017-74.
[47] BRAZIL, CADE, Administrative Process 08700.006386/2016-53.
[48] BRAZIL, CADE, Administrative Process 08700.004548/2019-61.

purposes of a merger transaction[49]. Also, according to the Guidelines on Antitrust Remedies[50] the definition of the "key personnel" is mentioned as one of the assets of the divestiture package in an eventual Merger Control Agreement.

Following the same comparative method proposed above and assuming that a precise division would not be possible due to the preliminary stage of the authority, in an analogy exercise, Brazil may be placed at the beginning of phase 2, slightly behind Europe, considering the launched of the investigation on labor market in the 2021 (i.e. increasing awareness administrative antitrust enforcement). It demonstrated the convergence of the Brazilian authority with the international labor concern as well as represented a red flag for companies that enforcement on this area is expected to increase. The diagram below illustrates the proposed division in relation to the Brazilian enforcement on labor practices:



3.2. Challenges in view of the national and international experience

The assessment of labor practices may lead to several discussions such as what types of companies are in fact competitors (eg. definition of the relevant market), standard of analysis applied by the authority and the potential liability derived from labor conducts.

A first question that will likely be faced is if the companies are competitors and what is the scope of "competitors" considering the labor market and the product market. Although the

[49] BRAZIL, CADE, Guidelines on Gun Jumping. Available at: <http://en.cade.gov.br/topics/publications/guidelines/guideline-gun-jumping.pdf> Accessed 24 October 2021.

[50] BRAZIL, CADE, Guidelines on Remedies. Available at: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/Guide-Antitrust-Remedies.pdf Accessed 24 October 2021.

definition of the relevant market shall be more essential as a standard initial point in a merger review, there may be some discussions in some labor related conducts such as exchange of information as an autonomous conduct (not a cartel) and unilateral practices (non-compete clauses). Also no-poach agreements have not yet been analyzed by CADE, so it is not clear whether the authority will follow the US approach and consider them as per se unlawful[51]. In this regards, most part of the doctrine and international guidelines have already expressly stated that conspirators do not need to be competitors in the downstream market to engage in an anticompetitive practice in the labor market[52]. In other words, at this point, the traditional antitrust tool for the definition of the relevant market does not apply and the development of new tools still have a period of learning process. From a practical point of view, the definition of companies that compete for the same employees is not easy as several factors may be taken into consideration, such as the level of seniority, the mandatory and desirable skill of an employee for a certain role, geographic particularities of a hiring market, among others[53].

Another point is how to assess the effects and define the legal standard applied. On such point, it is interesting to see how the traditional goals of antitrust will interact with the competitive effects of the labor market. According to Hovenkamp[54], the definition of consumer welfare when talking about labor market should focus on output rather than prices. Following this understanding a no-poach agreement should be equivalent to a market division agreement in the product market and, therefore, it should be considered a per se unlawful conduct.

It worth mentioning that there is room for discussion on the standard of analysis – per se or rule of reason - in Brazil if the conduct is analyzed as a purchasing cartel, taking into account the theory that the labor force is an input. In such a case, the theoretical reallocation to the final consumer of the profits earned by companies for paying lower salaries to employees

[51] CADE may use the terminology "per se" or "by object". Although they are not exactly the same, they are considered equivalent forms of analysing the conduct in the United States and in the European Union, respectively, as both disregard an assessment of effects (as opposed to the rule of reason).

[52] MARTINS, Fernanda Lopes. Acordos de não contratação e trocas de informações sensíveis sobre termos e condições de trabalho no Direito Antitruste brasileiro: uma análise a partir da abordagem estadunidense. 2021. Dissertação de Mestrado, USP Ribeirão Preto.

[53] From a theoretical point of view, it will be necessary to adapt the traditional "hypothetical monopolist test" to the "hypothetical monopsonist test", according to which it should be considered the conditions that a monopsonist could impose a "small but significant and non-transitory decrease in wages. This methodology is more adopted in merger reviews.

[54] OECD. Competition Policy for Labour Markets – Note by Herbert Hovenkamp. Roundtable on Competition Issues in Labour Markets Hovenkamp. Available at: <https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2019)67/en/pdf.> Accessed 27 October 2021.

has been proved to be unrealistic in a monopsony scenario[55]. To date, CADE has analyzed few buyer cartels, being the orange juice cartel and the meat producer's cartels considered an illicit by object[56]. In a supposed buyer cartel related to the medical service, CADE understood that the case was not a cartel but a purchase agreement subject to the rule of reason[57].

Finally, it is important to note that some discussions are not related exclusively to labor practices, but will directly reflect on the enforcement and prevention of labor conducts. For example, the issue of exchange of competitively sensitive information as an autonomous conduct or as a means for a collusive conduct may be a relevant aspect in view of the recent investigation opened by CADE. Still on this topic, the assessment of the effects and advantages of competitively sensitive information, under a rule of reason, may be a challenge depending on the specific market involved.

Differently from other jurisdictions such as the United States, Portugal, Canada, Hong and Japan that have already issued guidelines, Brazil has no guidelines and no specific precedent on this type of conduct. Therefore, it should be argued that such conduct is not unlawful under the Brazilian Antitrust Law or that this fact is, at least, a mitigating factor in case of condemnation[58].

In addition to the administrative antitrust liability, two new topics should be added. One is the criminal prosecution of labor related conducts. In case of cartel, the conduct is a crime under the Brazilian Antitrust Law, but an additional doubt is relation to the cartel on the product market may be if and how the involvement of the Labor Prosecution Office and / or the Federal Prosecution Office may occur[59].

Potential concerns on civil liability may also be discussed in the context of labor conducts[60]. Private damages are increasing but still incipient in Brazil. However, in a hypothetical cartel on the labor market, current discussions such as who should be considered

[55] MARTINS, Fernanda Lopes. Acordos de não contratação e trocas de informações sensíveis sobre termos e condições de trabalho no Direito Antitruste brasileiro: uma análise a partir da abordagem estadunidense. 2021. Dissertação de Mestrado, USP Ribeirão Preto.

[56] MARTINS, Fernanda Lopes. Acordos de não contratação e trocas de informações sensíveis sobre termos e condições de trabalho no Direito Antitruste brasileiro: uma análise a partir da abordagem estadunidense. 2021. Dissertação de Mestrado, USP Ribeirão Preto.

[57] CADE, Administrative Process 08012.005135/2005-57

[58] ATHAYDE, Amanda; DOMINGUES, Juliana; MENDONÇA, Nayara. Da Improvável à incontornável interface entre concorrëncia e trabalho.

[59] ATHAYDE, Amanda. 27 Seminário Internacional de Defesa da Concorrência do IBRAC. Available at: < 62c611_609db0bae22443e2a7ee787a8b977f4c.pdf (amandaathayde.com.br)> Accessed 01 December 2021.

[60] Ibid.

the injured party for the damages action (eg. the employee or the final consumer of the product) based on the "passing on defense" may be even more complex[61].

10. FINAL REMARKS

In conclusion, the enforcement in labor related practices is likely to continue to be a hot topic among antitrust authorities. If ten years ago the US has taken the lead on the debate, today several antitrust authorities and international forums are interested on the subject, as proved by the examples mentioned during the article

The increased enforcement tendency of the US is likely to be followed by other jurisdictions to some extent, as demonstrated by the evolution on the approach of the topic so far, considering the particularities of each legal antitrust system.

Independently of the level of enforcement, new challenges are expected in face of this topic. At the same time, old challenges of the antitrust may also be resumed due to the rise of the labor market issues, such as the exchange of competitively sensitive information and the enforcement on multiple levels (administrative, criminal and private damages).

In general, the main challenge will be to discover how the traditional antitrust tools of enforcement may be adapted to labor markets in view of the antitrust goals.

As a final lesson, in the context of the increasing enforcement and still unpredictability of the standard of analysis and consequences for the companies (and individuals) involved, it is recommended and expected that the companies expand their compliance training to the human resources department, in line with the international guidelines on labor conducts and the Brazilian regulatory context.

REFERENCES

Case law

BRAZIL, CADE, Administrative Process 08012.002812/2010-42.
BRAZIL, CADE, Administrative Process 08012.003021/2005-72.
BRAZIL, CADE, Preliminary Investigation 08700.003187/2017-74.

[61] According to the US HR Antitrust Guideline: "*In addition, if an employee or another private party were injured by an illegal agreement among potential employers, that an employee or another private party could bring a civil lawsuit for treble damages (i.e., three times the damages the party actually suffered).*"

BRAZIL, CADE, Administrative Process 08700.006386/2016-53.
BRAZIL, CADE, Administrative Process 08700.004548/2019-61.
BRAZIL, CADE, Merger Review 08012.011602/2011-26.
U.S. v. Debes Corp 115 F.T.C. 701
US v. Utah Society for Healthcare Human Resources
US v. Council of Fashion Designers of America Fashion Designers, 120 F.T.C
United States v. Adobe Sys., Inc., No. 10-cv-1629 (2010).
United States v. Lucasfilm Ltd., No. 10-cv-2220 (2010).
US District Court for the District of Colorado, United States Of America v. DaVita Inc. and Kent Thiry. Case 1:21-cr-00229-RBJ (2021)
Case5:12-cv-05869. United States Of America, Plaintiff, V. Ebay Inc.
Case 1:15-CV-462 Carolina Danielle Seaman, Individually and on Behalf Of All Others Similarly Situated, Plaintiff, V. Duke University And Duke University Health System.
Case 1:18-cv-00747-CKK, U.S. District Court for the District of Columbia, United States Of America, Plaintiff, V, Knorr-Bremse Ag, And Westinghouse Air Brake Technologies Corporation (2018).
US. District Court for the Eastern District of Texas Sherman Division, United States Of America V. Neeraj Jindal No. 4:20-Cr-00358 (2020).
Case 3:21-cr-00011-L. United States District Court for the Northern District Of Texas Dallas Division. United States of America V. Surgical Care Affiliates, Llc and Scai Holdings, Llc
Stigar v. Dough Dough, Inc

Guidelines

BRAZIL, CADE, Guidelines on Remedies.
BRAZIL, CADE, Guidelines on Gun Jumping.
CANADA, Competition Bureau statement on the application of the Competition Act to no-poaching, wage-fixing and other buy-side agreements.
JAPAN, Report of Study group on Human Resource and Competition Policy.
PORTUGAL, Issue Paper on Labor Market Agreements and Competition Policy, 2021.
USA, Department of Justice Antitrust Division and Federal Trade Commission, Antitrust Guidance for Human Resource Professionals

Articles / Press Releases

ATHAYDE, Amanda; Domingues, JULIANA; MENDONÇA, Nayara. O improvável encontro do direito trabalhista com o direito antitruste. Revista do IBRAC, Volume 24 - Número 2 - 2018.

Executive Order on Promoting Competition in the American Economy

OECD. Competition Policy for Labour Markets – Note by Herbert Hovenkamp. Roundtable on Competition Issues in Labour Markets

USA, Health Care Staffing Company and Executive Indicted for Colluding to Suppress Wages of School Nurses.

COFECE. COFECE sanciona a 17 clubes de la Liga MX, a la Federación Mexicana de Futbol y 8 personas físicas por coludirse en el mercado de fichaje de las y los futbolistas. Comisión Federal de la Competencia Económica 23 setembro 2021.

SPAIN, Competition Authority (CNC) imposes Fines on Freight Forwarding Cartel

PORTUGAL, AdC issues Statements of Objections for anticompetitive agreement in the labor market for the first time.

ATHAYDE, Amanda; DOMINGUES, Juliana; MENDONÇA, Nayara. Da Improvável à incontornável interface entre concorrência e trabalho. 2021.

ATHAYDE, Amanda. 27 Seminário Internacional de Defesa da Concorrência do IBRAC. 2021.

MARTINS, Fernanda Lopes. Acordos de não contratação e trocas de informações sensíveis sobre termos e condições de trabalho no Direito Antitruste brasileiro: uma análise a partir da abordagem estadunidense. 2021. Dissertação de Mestrado, USP Ribeirão Preto.

Update on DOJ “NO-Poach” and “Wage-Fixing” Criminal Antitrust Prosecutions (December 07, 2021).

DOJ. Former Aerospace Outsourcing Executive Charged for Key Role in a Long-Running Antitrust Conspiracy.

Speech of Margarethe Vestager at the Italian Antitrust Association Annual Conference. A new era of cartel enforcement, (22 October 2021).

16. ABERTURA COMERCIAL COM A ADESÃO AO GPA: CLÁUSULAS DE TRANSPARÊNCIA E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E OS IMPACTOS NO COMBATE À CORRUPÇÃO, NO COMPLIANCE E DESAFIOS À SUA IMPLEMENTAÇÃO EFICAZ

16. TRADE OPENING WITH GPA MEMBERSHIP: TRANSPARENCY CLAUSES AND THE NEW BIDDING LAW AND THE IMPACTS ON ANTI-CORRUPTION, COMPLIANCE AND CHALLENGES TO ITS EFFECTIVE IMPLEMENTATION

Beatriz Watanabe Silva

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Alterações no GPA em 2012: cláusulas anticorrupção e dispositivos de transparência. 3. Abertura comercial e a cartelização *bid rigging*. 4. A adesão do Brasil ao GPA representa um incentivo ao *compliance*? 5. Regime de licitações no Brasil e compatibilidade com os dispositivos de transparência do GPA e com o combate à cartelização bid rigging. 5.1. Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei Geral de Licitações) 5.2. Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas) 5.3. Legislação nacional e os cartéis bid rigging. 6. Conclusões.

RESUMO: O presente artigo propõe fazer um cotejo entre as alterações promovidas pela revisão do texto do GPA em 2012, que entraram em vigor no ano de 2014, precipuamente em relação ao combate à corrupção e às cláusulas de transparência, com o ordenamento jurídico brasileiro que regulamenta as compras públicas, de modo a aferir a compatibilidade, as potenciais consequências decorrentes do pedido de entrada do Brasil como signatário do Acordo, e as melhorias que ainda devem ser implementadas a fim de garantir uma melhor eficiência à abertura de mercado pretendida. Posteriormente, far-se-á uma associação entre a adesão ao GPA e sua influência nos programas de *compliance* do ordenamento pátrio.

***ABSTRACT**: This article aims to compare the changes promoted by the revision of the GPA text in 2012, which entered into force in 2014, especially in relation to the fight against corruption and the transparency clauses, with the Brazilian legal system that regulates the public procurement, in order to assess the compatibility, the potential consequences arising from the entry of Brazil as a signatory member to the Agreement, and the improvements that still need to be implemented in order to ensure better efficiency for the intended market opening. Lastly, an association will be made between the entry into the GPA agreement and its influence on the Brazilian legal system's compliance programs.*

1. Introdução

Em maio de 2020, o Brasil solicitou à Organização Mundial do Comércio (OMC) a entrada do país no GPA (*Agreement on Government Procurement*, ou Acordo sobre Contratações Governamentais) como signatário, tendo entregue a sua oferta de mercado em

fevereiro de 2021. Atualmente, aguarda o processo de negociação com as Partes do Acordo. Cabe destacar que o GPA é um importante instrumento plurilateral de compras públicas internacionais no âmbito de países membros da OMC que conta, ainda, com governos observadores.

Segundo nota conjunta do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Economia[1], "*a adesão ao acordo promoverá a redução de gastos públicos e a melhoria da qualidade dos bens e serviços governamentais, e incentivará as exportações brasileiras e os investimentos externos no país*". Complementa, ainda, que "*a adesão do Brasil ao GPA está em linha com recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) relativas ao aumento da transparência, ao fomento da concorrência no âmbito nacional e ao combate à corrupção e a práticas anticompetitivas em licitações públicas*".

Neste sentido, apesar de a abertura comercial representar um grande avanço na seara do comércio internacional, convém questionar as consequências e os potenciais riscos que podem decorrer, principalmente relativos à adequação da atual regulamentação nacional de compras públicas e às respectivas medidas internas que devem ser adotadas para que o país possa se beneficiar integralmente desta abertura. Por fim, apresentados estes aspectos, será apresentada como a adesão ao GPA, precipuamente em relação ao aceite e ao comprometimento de combate à corrupção, afeta o desenvolvimento dos programas de *compliance* no Brasil.

Neste contexto, convém mencionar que o GPA foi originalmente assinado em 15 de abril de 1994, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1996. Com efeito, em 30 de março de 2012, após discussões e revisões que perduraram até 2011, o GPA recebeu profundas alterações em suas cláusulas, dentre as quais se destaca a inserção de cláusulas anticorrupção e de dispositivos que regulamentam a questão da transparência, e entrou em vigor a partir de 6 de abril de 2014.

No presente artigo, serão apontadas primeiramente, no item 2, as principais alterações incorporadas ao GPA pela revisão de 2012, precipuamente em relação ao combate à corrupção e à transparência nas contratações públicas exigida dos membros signatários.

Após, no item 3, haverá a subdivisão em três itens a fim de explanar a atual arquitetura dos processos de licitações vigentes na legislação atual, previstos nas leis nº 8.666/1993 e 14.133/2021 (subitem 5.1.); e na lei nº 12.462/2011 (subitem 5.2.). No subitem 5.3., pretende-

[1] Disponível em <Oferta inicial brasileira para adesão ao Acordo sobre Contratações Governamentais - Nota conjunta do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Economia — Português (Brasil) (www.gov.br)>. Acesso em 01/11/2021.

se demonstrar a correlação da legislação nacional brasileira com as novas cláusulas do GPA, seus reflexos e ajustes adicionais necessários em caso de adesão ao acordo.

Por fim, no item 4, discorrer-se-á acerca do impacto da adesão do Brasil ao GPA nos programas de *compliance* anticorrupção e concorrencial adotados no ordenamento jurídico nacional, em razão das novas cláusulas de transparência e combate à corrução.

Ao final, serão apresentadas as conclusões de modo a responder a pergunta de pesquisa.

2. Alterações no GPA em 2012: cláusulas anticorrupção e dispositivos de transparência

Em seu preâmbulo, o GPA de 2012 incluiu o seguinte trecho relativo a ambos a transparência e o combate à corrupção, *in verbis*:

"Reconhecendo a importância de medidas transparentes em relação às compras governamentais, de realizá-las de forma transparente e imparcial e de evitar conflitos de interesses e práticas de corrupção, de acordo com os instrumentos internacionais aplicáveis, como a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção;" (tradução livre)[2]

Ademais, no Artigo IV, que dispõe sobre os Princípios Gerais, dentre eles a "Conduta de Aquisições", o item 4.c. prevê que "*A entidade aquisidora deve conduzir as aquisições cobertas de maneira transparente e imparcial que: [...] evita práticas corruptas*.[3]",

Cabe destacar que referidos trechos, que relacionam o combate à corrupção dentro das compras públicas abrangidas pelo GPA com a transparência, não eram previstos no Acordo de 1994, representando, desta forma, avanço significativo no controle obrigatório para os membros signatários. Pode-se dizer, portanto, que o texto revisado do GPA incorpora uma maior ênfase na promoção da "boa governança" e da luta contra a corrupção como objetivos explícitos do Acordo[4].

No mais, diante do *status* e da relevância do GPA no mercado do comércio internacional de compras públicas, o papel que passa a desempenhar ao apoiar o combate global à corrupção

[2]WTO Agreement: *Agreement on Government Procurement*, Apr. 6, 2014Trecho original: "*Recognizing the importance of transparent measures regarding government procurement, of carrying out procurements in a transparent and impartial manner and of avoiding conflicts of interest and corrupt practices, in accordance with applicable international instruments, such as the United Nations Convention Against Corruption*", disponível em <https://www.wto.org/english/docs_e/ legal_e/rev-gpr-94_01_e.htm>. Acesso em 03/11/2021.

[3] Ver Artigo IV – Princípios Gerais, ponto 4, item c.

[4]ANDERSON, Robert; MÜLLER, Anna Caroline. The revised WTO Agreement on Government Procurement: An Emerging Pillar of the World Trading System: Recent Developments. In Trade, Law and Development. 7, 2015, p. 42-63.

com a participação de seus países signatários pode alterar a dinâmica dos sistemas de compras públicas, na medida em que:

Ao exigir que todos os países participantes estabeleça, "sistemas de revisão" (mecanismos de revisão de reclamações para os quais fornecedores tanto estrangeiros quanto nacionais possam solicitar correções de erros de procedimento), o GPA estabelece um poderoso mecanismo para garantir o cumprimento das regras aplicáveis e "sacudir" formas já estabelecidas de fazer negócios. O efeito desta mudança institucional é reforçado pelo fato de que fornecedores estrangeiros vindos de outros países signatários do GPA provavelmente terão incentivos mais fortes e menos inibições do que os fornecedores domésticos para relatar conluio e/ou corrupção, pois são menos sujeitos a escrutínio contínuo e pressões sociais;

O GPA estabelece supervisão externa adicional ao fazer com que os sistemas de aquisições nacionais sejam objeto de escrutínio no Comitê de Compras Governamentais da OMC e através do sistema vinculativo de solução de controvérsias da OMC. Este escrutínio adicional é realizado de forma institucionalizada pelas partes do GPA por meio da solução de controvérsias da OMC em nível internacional, ajudando assim a quebrar ciclos viciosos;

A participação do GPA sinaliza a ambos os fornecedores domésticos e o mundo externo que um país aderente tem a intenção de adotar as melhores práticas internacionais, conforme consubstanciadas no GPA – potencialmente desafiando as expectativas arraigadas em sociedades de relevância no que diz respeito à corrupção.[5]

Com relação à transparência, a intenção da revisão do GPA em 2012 foi potencializá-la nas medidas e operações dos países signatários do Instrumento, de modo a garantir a não discriminação e a publicidade de cada "mercado de compras públicas protegido" ("*covered procurement markets*"); nas informações relativas às compras públicas nacionais, como regulações e legislações relevantes, critérios de avaliação e prêmios dos contratos; e na pretensão de promover convergência internacional sobre as melhores práticas nas compras públicas[6].

[5] ANDERSON, Robert; MÜLLER, Anna Caroline. The revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Key design features and significance for global trade and development, WTO Staff Working Paper, No. ERSD-2017-04, World Trade Organization (WTO), Geneva, 2017. Disponível em <https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201704_e.pdf>.

[6] ANDERSON, Robert; MÜLLER, Anna Caroline. The revised WTO Agreement on Government Procurement: An Emerging Pillar of the World Trading System: Recent Developments. In Trade, Law and Development. 7, 2015, p. 42-63.

Isso porque não obstante o GPA de 1994 já contivesse disposições específicas sobre transparência, em seu Artigo XVII: Transparência[7], a revisão de 2012, no Artigo XVI – Transparência das Informações sobre Aquisições, detalhou ainda mais as situações de dever de transparência para com os fornecedores de todo o processo de seleção, ressaltando-se a manutenção da previsão de publicação de informações como o valor da proposta selecionada ou das propostas mais alta e mais baixa tidas em consideração na adjudicação do contrato, dentre horas, em até 72 (setenta e duas) horas após a adjudicação do contrato público, além da adição das obrigações de manutenção de documentação, relatório e rastreabilidade eletrônica e de coleta e produção de relatório de estatísticas.

Por fim, convém igualmente expor que o Anexo III do Instrumento implementa um novo processo de notificação eletrônica ao Comitê de mudanças nas leis e regulamentações nacionais[8], a fim de garantir publicidade ampla aos demais signatários e avaliar a compatibilidade da mudança.

GPA

* Tabela das principais alterações do GPA 2012 nas vertentes de transparência e combate à corrupção (1).

3. Legislação de compras públicas no Brasil e modificações voltadas à transparência e ao combate à corrupção

Recentemente, o regramento jurídico concernente às licitações e aos contratos administrativos passou por mudanças com a publicação da Lei nº 14.133/2021. Apesar de sua aplicação concreta na prática ainda ser recente, é possível identificar alguns pontos de destaque em relação à transparência dos certames e dos itens que compõem o seu edital a fim de analisar a compatibilidade com o quanto previsto no GPA.

[7] "*Artigo XVII: Transparência*

1. Cada Parte deve encorajar as entidades a indicar os termos e condições, incluindo quaisquer desvios dos procedimentos de licitação ou acesso a procedimentos de contestação, segundo os quais serão aceitas propostas de fornecedores situados em países não Partes deste Acordo, mas que, com vistas a criando transparência em suas próprias concessões de contratos, no entanto:

a) Especificar os seus contratos em conformidade com o artigo VI (especificações técnicas); (b) publicar os avisos de licitação referidos no Artigo IX, incluindo, na versão do aviso referido no parágrafo 8 do Artigo IX (resumo do aviso de licitação prevista) que é publicado em um idioma oficial da OMC, um[a] indicação dos termos e condições em que serão aceitas propostas de fornecedores situados em países Partes deste Acordo;

(c) estão dispostos a garantir que os seus regulamentos de aquisição não mudem normalmente durante a aquisição e, no caso de tal alteração se revelar inevitável, a assegurar a disponibilidade de meios de reparação satisfatórios.

2. Os Governos não Partes no Acordo que cumpram as condições especificadas nos parágrafos 1 (a) a 1 (c), terão o direito, se assim informarem as Partes, de participarem no Comité como observadores."

[8] Idem.

No item 3.1., serão discutidos aspectos da Lei nº 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, destacando-se as diferenças de tratamento da transparência em face das leis gerais de licitações antiga e nova. No item 3.2. será feita uma comparação entre as leis antiga e nova de licitações, respectivamente Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 14.133/2021, precipuamente em relação às previsões de publicidade e transparência e os pontos de incompatibilidade com o regramento internacional de compras públicas. Por fim, no item 3.3., será feito um cotejo entre a legislação nacional que regulamenta as compras públicas e sua adequação com as novas cláusulas do GPA.

3.1. Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC)

A Lei nº 12.462/2011, em sentido diverso das leis gerais de licitações, como será abordado adiante, adotou a excepcionalidade de sigilo do orçamento estimado para o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), com a peculiaridade de ainda estar em consonância com a publicidade, apenas adotando as características de temporariedade e de relatividade do sigilo, constituindo, assim, "*uma importante ferramenta de prevenção a cartéis em licitações públicas no Brasil*", segundo Amanda Athayde[9].

Referido posicionamento encontra espeque nos artigos 6º, *caput* e §3º[10]; e 15[11] do Diploma, deixando claro que apesar da regra de publicidade estabelecida tanto pela Constituição Federal, quanto pelo próprio regime jurídico-administrativo, é possível estabelecer exceções de modo a resguardar a própria lisura dos certames de modo a blindá-lo de eventuais conluios que se organizam a partir das informações atinentes aos preços e ao orçamento.

Mister ressaltar que apesar da inovação que beneficia a própria defesa da concorrência e se consubstancia em avanço ao quanto orientado pelos organismos internacionais[12], o RDC

[9] ATHAYDE, Amanda. Licitação privada e licitação pública: sigilo do orçamento no Regime Diferenciado de Contratações Públicas e prevenção a cartéis. In: Direito Privado Administrativo. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). 1 ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 1, p. 66.

[10] *"Art. 6º Observado o disposto no § 3º , o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.*

(...)

§ 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno."

[11] *"Art. 15. Será dada ampla publicidade aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório:" (...)*

[12] OECD. Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas, 2009, p. 8. Disponível em <https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/44162082.pdf>. Acesso em 06/11/2021.

representa regime excepcional e transitório, não devendo ser considerado como regra a ser adotada perante as previsões do GPA.

3.2. Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações)

A transparência aparece como princípio geral que rege a aplicação da Lei nº 14.133/2021, em seu artigo 5º[13]. Registre-se que a lei anterior, Lei nº 8.666/1993, ainda em vigor pelo período de 2 (dois) anos após a publicação da Lei nº 14.133/2021, sequer previu a transparência em seus dispositivos, restringindo-se ao princípio basilar da Administração Pública da publicidade nas licitações.

Não obstante, apesar de a transparência ser imprescindível no âmbito das licitações e das compras públicas, registre-se que ela não deve ser absoluta em todas as informações que compõem as especificações técnicas e as informações sobre aquisições durante todo o processo anterior à adjudicação de cada contrato, sob pena de impactar significamente a própria lisura do procedimento ao facilitar condutas como combinação de preços entre concorrentes.

Embora referida afirmação pareça controversa, há que se interpretar a questão da publicidade, que, apesar de não ser característica exatamente sinônima, está intrinsecamente relacionada à transparência, sendo que ambas devem estar em conformidade com o interesse público.

A previsão constitucional de publicidade dos atos administrativos e de transparência deriva do próprio Estado Democrático de Direito, que exige a participação coletiva daqueles cujos interesses podem ser afetados pelos atos administrativos, de modo a permitir a própria *accountability* sobre os negócios públicos.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, "*O princípio da publicidade impõe que os atos e termos da licitação – no que se inclui a motivação das decisões – sejam efetivamente expostos ao conhecimento de quaisquer interessados. É um dever de transparência, em prol não apenas dos disputantes, mas de qualquer cidadão. De resto, a Lei 8.666, no §3º do art. 3º, estatui que: 'A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas até a respectiva abertura*'"[14].

---

[13] *"Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)."*

[14] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 528-529.

Com efeito, o artigo 40 da antiga lei de licitações, Lei nº 8.666/1993, prevê os critérios obrigatórios que devem constar no edital, dentre eles "*o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;*", em seu inciso X.

O parágrafo 2º, inciso II do mesmo dispositivo dispõe que contitui anexo do edital o "*orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários*", de forma que tanto os preços, quanto o orçamento são publicizados com a publicação do edital de licitação.

Outrossim, o artigo 6º, que estabelece as definições dos termos e expressões utilizados ao longo da lei, prevê como elemento do Projeto Básico de um certame o "*orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados*", em seu inciso IX, alínea f.

A nova lei de licitações, Lei nº 14.133/2021, incluiu no artigo 6º, inciso XXIII, a definição do termo de referência, mantendo as previsões, nas alíneas i e j, respectivamente, as "*estimativas do valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado*" e a "*adequação orçamentária*".

Eem contrapartida, a Lei nº 14.133/2021 abriu uma brexa para a questão da possibilidade de restrição da publicidade em relação ao orçamento em seus artigos 13[15], 18[16] e 24[17], prevendo que essa informação pode ser sigilosa desde que haja justificativa para tanto.

Como se depreende, ambas as leis definiram como regra a publicidade do orçamento estimado destinado para as contratações, bem como da variação de preços dos itens.

Conforme já abordado, apesar da regra geral da publicidade, aponta-se a necessidade de retringí-la temporariamente, quando da publicação do Edital e do Termo de Referência, de modo a preservar informações que possam ensejar a facilidade de conluio por parte dos fornecedores, conforme se detalhará mais adiante.

3.3. Legislação nacional e sua adequação

Conforme o exposto, a legislação nacional referente às compras públicas e licitações possui lacunas que ensejam o questionamento sobre a compatibilidade com as cláusulas do GPA e sobre a possibilidade de que a abertura comercial represente algo de fato positivo não apenas para as empresas nacionais, como também para a Administração Pública.

Apesar de a nova lei de licitações e contratos administrativos ter entrado em vigência no ano de 2021, a arquitetura do regime de compras públicas continua contendo alguns aspectos

---

[15] "*Art. 13. Os atos praticados no processo licitatório são públicos, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, na forma da lei.*

Parágrafo único. A publicidade será diferida:

I - quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura;

II - quanto ao orçamento da Administração, nos termos do art. 24 desta Lei."

[16]"*Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do **caput** do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:*

(...)

XI - a motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação, observado o art. 24 desta Lei.

*§ 1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do **caput** deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos:*

(...)

VI - estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;"

[17] *"Art. 24. Desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas, e, nesse caso:*

I - o sigilo não prevalecerá para os órgãos de controle interno e externo;

II - (VETADO).

Parágrafo único. Na hipótese de licitação em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, o preço estimado ou o máximo aceitável constará do edital da licitação."

arcaicos que impulsionam em direção contrária ao próprio combate à corrupção e ao desestímulo à formação de cartéis *bid rigging*.

Todavia, apesar de conter a possibilidade de restrição de informações como o orçamento total e a precificação aceitável em consonância com os valores praticados pelo mercado, trazida como inovação na nova lei de licitações, a letra da lei apresenta definições abertas, gerais, e que serão submetidas à discricionariedade da autoridade da Administração Pública, sem que haja parâmetros ou critérios que orientem o próprio administrador para avaliação da pertinência do sigilo, sendo apenas exceção ao princípio da publicidade.

Destaca-se que não se defende a supressão da publicidade e da transparência, e sim a adoção de restrição temporária quanto à divulgação de informações a fim de prevenir a facilitação de formação de conluios e manipulação de preços, superfaturando, consequentemente, os serviços e produtos adquiridos pela Administração Pública.

*	***Lei nº 8.666/1993***	***Lei nº 12.462/2011***	***Lei nº 14.133/2021***
Transparência	- Prevê informações obrigatórias que devem constar no edital da licitação (art. 40), dentre as quais o orçamento do custo global e preço unitário, permitida a fixação de preços máximos.	- Prevê ampla publicidade de todas as fases e procedimentos do processo de licitação, respeitado o contido no art. 6º (art. 4º, VII).	- Prevê expressamente, no art. 5º, caput, a adoção ao princípio da transparência. - Dispõe que o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, desde que justificado (art. 24).
Combate à corrupção	- Estabelecimento de crimes e penas relativos a ilícitos que envolvem licitações (Seção III), como possibilitar vantagem e frustrar ou fraudar licitação mediante ajuste ou	- A adoção de mecanismo de restrição temporária de informações, como o sigilo do orçamento total da licitação, a fim de evitar a formação de conluios e não estimular práticas de	- Responsabilização por infrações, como fraude à licitação e atos lesivos previsto no art. 5º, da Lei nº 12.846/2013 (art. 155). - Obrigatoriedade de implantação de programa de

combinação (arts. 89 a 99 – revogados pela Lei nº 14.133/2021).	corrupção (art. 6º, *caput*, e 15). - Responsabilização por infrações, como fraude à licitação (art. 47).	integridade pelo licitante vencedor (art. 25, §4º).

*Tabela das principais alterações legislativas nas vertentes de transparência e combate à corrupção (2).

Assim, em razão da aplicação temporal limitada da Lei nº 8.666/1993 e da aplicação específica a determinados casos da Lei nº 12.462/2011, considerar-se-á como parâmetro de comparação a Lei nº14.133/2021 – nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, para comparação com as previsões do GPA.

Nesta senda, primeiramente com relação à transparência, é de se destacar que as previsões do GPA são mais específicas, destinando além de um artigo inteiro com especificações de como se dará a transparência e quais tipos de informações engloba, é mencionada ao longo do Acordo diversas vezes.

Não obstante, a disposição expressa da transparência como princípio norteador da nova lei de licitações já representa um grande avanço para compatibilização da legislação pátria com a transparência prevista no GPA. O fator que se mostra mais inadequado e preocupante é o sigilo necessário nas fase iniciais do procedimento licitatório, que apenas poderá ser limitado mediante justificativa e, consequentemente, aprovação da autoridade administrativa, o que, apesar de inicialmente restringir a transparência plena, se trata de mecanismo imprescindível para evitar conluios e combinação de preços pelos concorrentes

Quanto às medidas de combate à corrupção, a legislação peca por sequer mencionar a sua importância na temática das licitações e compras públicas, além de não prever medidas que possam ser adotadas a fim de prevenir práticas corruptas e anticoncorrenciais, como cooperação com autoridades públicas nacionais e internacionais (Cade, Ministério Público, Polícias, além de autoridades dos países estrangeiros), de atribuição investigativa e de controle externo, de modo a fortalecer o próprio desenho institucional necessário ao combate à corrupção.

Assim, tendo em vista que o Estado Brasileiro assumiu compromissos internacionais que foram incorporados ao ordenamento jurídico[18], mister ressaltar a indispensabilidade de

[18] Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, internalizada através do Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000; Convenção Interamericana contra a Corrupção, internalizada pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002; Convenção das

especificar, desenvolver e aprimorar medidas e mecanismos efetivos e eficazes a fim de adequar a legislação das compras públicas para total consonância com o GPA.

4. GPA e possíveis reflexos no Brasil: novas alterações legislativas e/ou incentivos ao *compliance* empresarial?

No Brasil, em específico, a "Operação Lava Jato", conduzida pelos órgãos de persecução integrantes do Sistema Brasileiro Anticorrupção a partir de 2014, deu início à negociação e celebração de acordos de leniência anticorrupção[19] entre o Ministério Público Federal (MPF) e as empresas envolvidas.

Como consequência, uma das obrigações assumidas pela empresa nas cláusulas previstas é a implementação, caso não haja, ou o aprimoramento de um programa de integridade efetivo, nos termos dos artigos 41 e 42 do Decreto nº 8.420/2015, a ser fiscalizado pelos Membros do *Parquet* signatários como condição ao cumprimento do quanto acordado.

O comprometimento em evitar práticas de corrupção, bem como de agir de forma transparente e imparcial cria, de uma certa forma, uma obrigação adicional ao desenvolvimento de *compliance* por parte das empresas participantes de licitações e compras públicas, precipuamente àquelas que já se envolveram em atos ilícitos.

Segundo recente Guia de Programas de Compliance Concorrenciais da OCDE[20], quando se tratam de cartéis *bid rigging* ou atos colusivos, as licitações ou compras públicas são um dos alvos principais. Não à toa, os programas de *compliance* concorrencial são influenciados pelos desenvolvimentos nessa seara das compras públicas, podendo representar um incentivo direto ao seu fortalecimento com a entrada do Brasil no GPA.

Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, internalizada pelo Dereto nº 5.015, de 12 de março de 2004; e Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, internalizada através do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

[19] A íntegra dos acordos de leniência celebrados pelo Ministério Público Federal cujo sigilo tenha sido levantado está disponível para consulta em <https://sig.mpf.mp.br/sig/servlet/mstrWeb?evt=3140&src=mstrWeb.3140&documentID=DE8159D411EA799D1A090080EF2586DD&Server=MSTRIS.PGR.MPF.MP.BR&Project=Unico&Port=0&share=1>. Acesso em 04/11/2021.

[20] OECD. Competition Compliance Programmes, 2021, p. 27-31. Disponível em <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-compliance-programmes-2021.pdf>.

A Lei nº 14.133/2021, trouxe uma perspectiva bastante alinhada com a sugestão do referido Guia de prever como condição de participação em procedimentos de compras públicas de grande vulto a adoção de programas de *compliance* efetivo, em seu artigo 25, parágrafo 4º[21].

Nesta linha, a integridade como condição para ter acesso a processos licitatórios pode ser um incentivo forte para a implementação de programas de *compliance*, e o desenvolvimento do *compliance* concorrencial deve ser tido como prioritário em face dos processos licitatórios.

No processo de implementação e/ou fortalecimento de ambos os programas de *compliance*, afetados indiretamente, no caso do concorrencial, e diretamente, no caso do anticorrupção, pela adesão ao GPA e aumento da abertura comercial, devem ser considerados alguns fatores a serem enfrentados pelas autoridades.

Neste sentido, um deles seria a análise das próprias empresas da viabilidade de se estabelecer um programa de *compliance*, tanto anticorrupção, como concorrencial, em contrapartida a aceitar os riscos decorrentes de eventual detecção de ilícitos pelas autoridades competentes, perpassam fatores como (i) os custos da condução de uma investigação interna; (ii) os custos dispendidos por processos judiciais e administrativos; (iii) a exposição da empresa associada a uma investigação de cartel sob uma perspectiva negocial e comercial; (iv) as consequências que derivam da admissão de responsabilidade na perspectiva de ações de ressarcimento de danos; e (v) exposição criminal das pessoas físicas relacionadas à companhia e participantes do cartel. Esses são fatores que influenciam a análise de cooperar a fim de cessar a conduta e diminuir eventuais impactos de imagem e financeiros, ou de compensar a perpetuação do conluio[22].

Por óbvio, caso os riscos sejam baixos em razão do próprio descrédito nas agências investigativas em descobrir e desvendar o conluio mediante investigações, a possibilidade de adesão às práticas de integridade diminuem potencialmente.

As agências de defesa da concorrência poderiam promover essas políticas em suas jurisdições e fazer um papel ativo em sua implementação. Entretanto, há que se fazer uma

[21] *"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.*

(...)

§ 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento."

[22] OECD. Criminalisation of Cartels and the Application of Imprisonment Penalties: Notes on the Challenges for Corporate and Individual Defendants, 2020, p. 3. Disponível em <https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2020)6/en/pdf >.

diferenciação quanto à gama de tipos de empresas que compõem o universo das compras públicas, a fim de garantir que qualquer disposição que determine a obrigatoriedade de um programa de *compliance* garanta que não crie um obstáculo para a participação de pequenas empresas em processos licitatórios, reduzindo assim potencialmente o número de competidores.

Além disso, outro fator a ser sopesado é a necessidade de recursos que demandam a avaliação e o monitoramento dos programas de *compliance*, devendo este custo ser inferior aos benefícios obtidos. Qualquer regulação que apenas incentive o *compliance* no papel não compensará o esforço, e a expectativa sobre esse programas pode ser ainda maior quando eles são impostos obrigatoriamente por alguém de fora[23].

Para finalizar, convém diferenciar duas categorias de *compliance* que envolvem a abertura comercial internacional, e, consequentemente, a concorrência: (i) *compliance* anticorrupção; e (ii) *compliance* concorrencial, prática pouco comum ainda no âmbito dos ilícitos de concorrência.

Dessarte, é imprescindível fazer uma diferenciação, que decorre de tratamento histórico, dos regimes de responsabilização de atos anticoncorrenciais e atos de corrupção. O recente Guia da OCDE é bastante esclarecedor neste sentido:

> *A corrupção é tida como ilícito penal, e o seu combate tem historicamente se direcionado a indivíduos, pessoas físicas. Apenas nos últimos 20 anos, após a apresentação da Anti-Bribery Convention da OCDE, que a responsabilidade criminal corporativa foi estabelecida nas jurisdições cada vez mais.*
> *Ao contrário, ilícitos anticoncorrenciais tradicionalmente resultam em responsabilidade corporativa, e um delito individual seria imputado à empresa. Muitas jurisdições implementam primeiramente em um regime de responsabilização administrativa, e sanções contra indivíduos são frequentemente fracas, raramente levando à prisão, até mesmo quando o regime é penal.*

Em complemento, mister relembrar que o ilícitos anticoncorrenciais cometidos por cartéis envolvem mais riscos de detecção que os ilícitos de corrupção. A uma porque exige o conluio entre diversas empresas, aumentando a quantidade de pessoas envolvidas, que, potencialmente, podem decidir delatar as condutas em troca de benefícios individuais. A duas, porque justamente pela gama de agentes envolvidos, direta ou indiretamente, necessita de uma coordenação entre si a fim de acobertar as práticas. As consequências disso para detecção, persecução e subsequentemente incentivar os programas de *compliance* não atraíram muita atenção ainda em face dos programas de leniência já concretos e fortalecidos no âmbito do Cade que fornecem à empresa uma saída alternativa mais branda, mas possuem potencial para que sejam desenvolvidos.

[23] Idem, p. 29-30.

Diferentemente, nos casos de *compliance* anticorrupção, é possível que o envolvimento na prática corrupta seja composto por um número expressivamente menor de agentes, podendo ser configurada apenas pela relação entre oferecedor e receptor da propina, que, dificilmente, delatarão anteriormente ao deslinde de investigações que já estejam em estágio avançado.

Por isso mesmo há o foco na prevenção de ilícitos por meio de um programa interno de *compliance* anticorrupção, dada a maior dificuldade de detecção dessas condutas.

Deve-se ter em mente, pois, que a entrada do Brasil no GPA, com a consequente abertura de mercado e atração de uma multiplicidade de empresas, possui grande potencial de impactar direta e indiretamente o aperfeiçoamento de programas de *compliance*, tanto concorrencial, como anticorrupção, principalmente quando essa exigência está alinhada com a transparência, um dos maiores princípios norteadores do Acordo, e com a exigência de combate às práticas de corrupção.

5. Conclusões

A pretensão de adesão do Brasil ao GPA traz muitas expectativas no sentido de impactar significativamente as compras públicas, promovendo uma maior concorrência e possibilitando maior eficiência ao aumentar a qualidade de produtos e serviços licitados por um menor preço, com propostas mais vantajosas.

A partir de 2014, entrou em vigor o novo texto do GPA, com incrementos relevantes nas searas da transparência e do combate à corrupção. Por essa razão, é imprescindível realizar uma análise global da adequação, tanto da legislação, quanto das práticas licitatórias, a fim de obter maior eficiência e maiores benefícios por meio da abertura comercial.

Relativamente às leis que regem as compras públicas, o regime estabelecido pelo RDC representa avanços que não foram incorporados na nova lei de licitações – simplificação, celeridade, transparência e eficiência nos procedimentos, como a restrição da publicidade de aspectos relevantes à própria blindagem da lisura dos certames públicos, ainda que temporária, do orçamento destinado à contratação.

Por outro lado, a nova lei de licitações e contratos administrativos trouxe importantes incrementos, como o estabelecimento da transparência como princípio norteador das compras públicas, a exigência de programa de integridade à empresa vencedora do certame, e a possibilidade, ainda que limitada, de se estabelecer o sigilo do orçamento.

Destarte, para que o aumento da concorrência proporcionado pela abertura comercial possa de fato beneficiar a Administração Pública, faz-se necessário ainda a melhoria em

aspectos como a cooperação interinstitucional agências de controle e investigativas, mediante o próprio fortalecimento das instituições; a previsão da relevância do combate à corrupção com o estabelecimento de uma cultura institucional que seja de fato combativa, a partir do aumento de ferramentas de deteccção às agências integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e do investimento em pessoal suficiente e qualificado, uma vez que é intuitivo o aumento da demanda de controle preventivo e repressivo com a multiplicação de fornecedores internacionais concorrentes; e o estímulo direto ao desenvolvimento dos programas de *compliance* como mecanismo de disuasão e repressão de práticas anticoncorrenciais e de corrupção.

Por fim, é imprescindível que se estabeleçam mecanismos de convergência e compromisso de cooperação internacional coordenada entre os órgãos e as agências de detecção, prevenção e combate às práticas anticoncorrencias e de corrupção dos membros signatários que atuarão paralelamente e de modo convergente com o Comitê de Compras Governamentais da OMC.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDERSON, Robert; MÜLLER, Anna. The revised WTO Agreement on Government Procurement: An Emerging Pillar of the World Trading System: Recent Developments. In Trade, Law and Development. 7, 2015, p. 42-63.

ANDERSON, Robert; MÜLLER, Anna Caroline. The revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Key design features and significance for global trade and development, WTO Staff Working Paper, No. ERSD-2017-04, World Trade Organization (WTO), Geneva, 2017. Disponível em <https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201704_e.pdf>.

ANDRADE, Leonardo Sousa de. A abertura comercial no âmbito das contratações públicas e os cartéis *bid* rigging. In ATHAYDE, Amanda; MAIOLINO, Isabela e BURNIER, Paulo (Orgs). Comércio Internacional e Concorrência Desafios e Perspectivas Atuais, Volume II, 2019. Disponível em: < https://bit.ly/3iQwZVv>.

ATHAYDE, Amanda. Licitação privada e licitação pública: sigilo do orçamento no Regime Diferenciado de Contratações Públicas e prevenção a cartéis. In: Direito Privado Administrativo. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). 1 ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 1, p. 65-83.

BRASIL. Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>.

BRASIL. Lei Federal nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm>.

BRASIL. Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. Corrupção e cartéis em licitação. In CAMINATI, Eduardo *et al* (coord.). 5 Anos da Lei de Defesa da Concorrência: Gênese, Jurisprudência e Desafios para o Futuro, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

OECD. Criminalisation of cartels and bid rigging conspiracies, 2020. Disponível em <https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2020)1/en/pdf>.

OECD. Criminalisation of Cartels and the Application of Imprisonment Penalties: Notes on the Challenges for Corporate and Individual Defendants, 2020, p. 3. Disponível em <https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2020)6/en/pdf >.

OECD. Competition Compliance Programmes, 2021, p. 27-31. Disponível em <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-compliance-programmes-2021.pdf>.

OECD. Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas, 2009. Disponível em <https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/44162082.pdf>.

OECD. Executive Summary of the roundtable on Criminalisation of cartels and bid rigging conspiracies, 2020. Disponível em < pdf (oecd.org)>.

OECD. Organisation for Economic Cooperation and Development Competition Trends, 2020. Disponível em **https://www.oecd.org/daf/competition/OECD-Competition-Trends-2020.pdf**

17. AS TRÊS FASES DAS DISCUSSÕES SOBRE GÊNERO E CONCORRÊNCIA

17. THE THREE PHASES OF DISCUSSIONS ON GENDER AND COMPETITION

Isabel Jardim

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. CONCEPÇÃO: O INÍCIO DAS DISCUSSÕES SOBRE A RELAÇÃO ENTRE GÊNERO E CONCORRÊNCIA. 3. FORMAÇÃO: ESTUDOS EMPÍRICOS. 4. DESENVOLVIMENTO: DISCUSSÕES SOBRE GÊNERO E CONCORRÊNCIA NA OCDE. 4.1. "*Gender inclusive competition policy project*". 4.1.1. "*Cartels and Collusion*" 4.1.2. "*Market definition*" 4.1.3. "*Prioritisation and Public Interest Approach*" 5. CONCLUSÃO.

RESUMO: O debate sobre gênero e desenvolvimento econômico tem ganhado destaque na agenda internacional desde a década de 1970. Até 2018, porém, pouco se discutia sobre a possibilidade de a política antitruste, especificamente, incluir questões de gênero. Tendo em vista o recente crescimento das discussões sobre a possibilidade de desenvolvimento de uma política antitruste inclusiva quanto ao gênero, o presente artigo busca analisar, por meio de pesquisa bibliográfica, quando essa discussão foi iniciada e como tem se desenvolvido. Diante da pesquisa, propõe-se a divisão da discussão sobre gênero e concorrência em três fases, denominadas (1) concepção, (2) formação e (3) desenvolvimento, traçando uma linha do tempo das principais produções acadêmicas sobre o tema.

ABSTRACT: The debate on gender and economic development has gained prominence on the international agenda since the 1970s, however, until 2018, little has been discussed about the possibility of antitrust policy including gender issues. Given the recent growth of discussions on the possibility of developing a gender-inclusive antitrust policy, this article seeks to analyze when this discussion started and how it has developed and proposes, for this, a division of the doctrine into three phases, named (1) conception, (2) formation and (3) development, tracing a timeline of the main academic productions on the subject.

1. INTRODUÇÃO

Historicamente, as mulheres enfrentam diversas barreiras para acessar os mercados e, quando essa participação é possível, elas experimentaram resultados piores que os dos homens[1], recebendo salários mais baixos por hora e tendo mais chances de trabalhar no mercado informal[2]. Estas barreiras podem ser formais, como as oriundas de normas e regulamentos e/ou informais, como as que resultam de fatores comportamentais e culturais.

[1] OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Competition Policy and Gender*. Background paper por Chris Pike & Estefania Santacreu-Vasut. 2018. p. 3. Disponível em: https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2018)4/en/pdf

[2] International Labour Office (ILO). *World Employment and Social Outlook: Trends for women, International Labour Office* – Genebra. Suíça. 2017.

Além disso, a divisão desigual do trabalho doméstico entre os sexos também é um importante obstáculo para a maior e mais justa participação das mulheres no mercado de trabalho[3].

Infelizmente, essas barreiras ao acesso das mulheres ao mercado de trabalho, bem como os resultados inferiores, persistem em diversos países, mesmo nos mais desenvolvidos, como a Noruega e a Suécia[4].

Estudos recentes[5] sugerem que a disparidade salarial entre homens e mulheres resultam em uma perda per capita de quase $24.000,00 por ano, o que significa uma grande restrição ao PIB dos países e uma enorme perda para a receita global.

Embora seja possível perceber algumas melhorias para a atuação das mulheres nos mercados nas últimas décadas, esse progresso ainda é lento. Segundo um estudo de 2017 do Fórum Econômico Mundial, precisaremos de 217 anos para que ambos os sexos tenham salários e representatividade iguais no mercado de trabalho se mantivermos as tendências atuais[6]. Em 2016, a previsão era de que seriam necessários 170 anos se alcançar esta mesma meta.

À vista de questões como estas, há um grande corpo de estudos empíricos que demonstram que a desigualdade de gênero gera diversos danos ao desenvolvimento socioeconômico dos países e, por esse motivo, a luta pela igualdade de gênero se revela como um dos desafios mais importantes e urgentes da atualidade.

Nesse sentido, e tendo em vista a importância do tema e a necessidade de superação das estruturas econômicas, jurídicas e socioculturais que dão suporte às desigualdades entre mulheres e homens, os Membros das Nações Unidas acordaram em definir a igualdade de gênero como um dos objetivos da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável[7].

Porém, a despeito da existência de evidências que demonstram a correlação entre desigualdade de gênero e desenvolvimento econômico, bem como entre desigualdade de gênero e mercados mais ou menos competitivos, até recentemente a política antitruste se manteve "cega" sobre as questões de gênero.

---

[3] OCDE. Op., cit., p. 9

[4] HAUSSMAN, R., TYSON, L. e ZAHIDI, S. The Global Gender Report. World Economic Forum. Suíça. 2006. p. 18. Disponível em: https://www3.weforum.org/docs/WEF_G enderGap_Report_2006.pdf

[5] WODON, Q., e B. de la BRIÈRE. 2018, *Unrealized Potential: The High Cost of Gender Inequality in Earnings.* The Cost of Gender Inequality Notes Series. Washington, DC: The World Bank. p. 2. Disponível em: https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/29865/126579-Public-on-5-30-18-WorldBank-GenderInequality-Brief-v13.pdf?sequence=1&isAllowed=y

[6] World Economic Forum. The Global Gender Gap Report 2017. 2017. p. 25. Disponível em: https://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2017.pdf

[7] GALIZA E SILVA, Gabriela. Comércio e gênero: um novo tema na agenda internacional. FGV São Paulo School of Economics: Working Paper Series. Working Paper n. 485, 2018. p. 4.

Este cenário começou a mudar apenas a partir de 2018, por meio de diversas ações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em parceria com o governo do Canadá com o objetivo de construir e promover uma política de defesa da concorrência inclusiva em relação às questões de gênero.

Dessa forma, a OCDE começou a explorar se uma *lente de gênero* poderia ajudar a construir uma política de concorrência mais eficaz, "identificando características adicionais relevantes do mercado e do comportamento de consumidores e empresas, bem como se uma concorrência mais eficaz a política pode ajudar a abordar a desigualdade de gênero"[8].

Diante do crescimento dessas discussões sobre gênero e antitruste, especialmente fomentadas pela OCDE, buscou-se investigar: como a discussão sobre gênero e concorrência se iniciou e tem se desenvolvido? É possível definir fases temporais dessa discussão, que apesar de tão recente, se mostra tão relevante para o antitruste no mundo e no Brasil? Também buscou-se entender quais são os principais objetos de pesquisa sobre este assunto atualmente e as principais propostas da comunidade científica para a integração das questões de gênero à política antitruste. Além disso, parte-se da hipótese de que, com base nas evidências e na doutrina atualmente disponíveis, já é possível para as autoridades de defesa da concorrência endereçar questões relativas ao combate à disparidade de gênero por meio da política antitruste.

Tendo este quadro em vista, o presente artigo é divido em três partes, além desta Introdução. No capítulo 2, será apresentada a literatura que inaugurou as discussões sobre a inter-relação entre desigualdade de gênero e concorrência, consubstanciada na Teoria da Discriminação de Gary Becker, desenvolvida a partir de 1957. Já no capítulo 3, será apresentada a literatura que desenvolveu e testou a aplicação dinâmica da teoria de Becker, por meio de diversos estudos empíricos entre a década de 80 e o ano de 2018. No capítulo 4, serão analisados estudos produzidos entre 2018 e outubro de 2021, aqui identificados como representantes da terceira - e atual - fase das discussões sobre gênero e concorrência. Por fim, no último capítulo, a partir das considerações feitas nos capítulos anteriores, serão apresentadas as novas perspectivas para o endereçamento das questões de gênero pelas autoridades antitruste. Assim, estudo propõe, para fins didáticos, a divisão da doutrina sobre as relações entre questões de gênero e concorrência em três fases, traçando uma linha do tempo das principais pesquisas sobre o tema.

[8] OCDE. Disponível em: < https://www.oecd.org/competition/gender-inclusive-competition-policy.htm>.

1. CONCEPÇÃO: O INÍCIO DAS DISCUSSÕES SOBRE A RELAÇÃO ENTRE GÊNERO E CONCORRÊNCIA

Conforme brevemente mencionado, o presente artigo propõe, para fins didáticos, a divisão da doutrina sobre as relações entre questões de gênero e concorrência em três fases distintas, traçando uma linha do tempo com base em algumas das principais produções sobre o tema.

Nesta primeira seção abordaremos a primeira fase, relativa ao início do desenvolvimento da discussão, através da *teoria econômica da discriminação* de Gary Becker, que será sumarizada adiante.

Teoria da Discriminação de Gary Becker

A influência gerada pelo aumento da competição nos mercados de produtos e serviços sobre os resultados no mercado de trabalho tem sido objeto de intenso debate no âmbito da literatura econômica[9].

Frequentemente, estas análises são realizadas de forma a buscar evidências sobre a possibilidade de redução da discriminação no mercado de trabalho por meio do incremento da competitividade nos mercados de produtos e serviços.

O arcabouço teórico que originou e dá suporte a estes debates é a teoria da discriminação de Gary Becker, desenvolvida a partir de 1957. Esta teoria examina o tratamento desigual dispensado a um indivíduo baseado em critérios que sejam irrelevantes para a atividade econômica a ser desempenhada, tal como raça, gênero, orientação sexual, origem étnica, religião etc.

[9] MEIRELES, Débora; FREGUGLIA, Ricardo; CORSEUIL, Carlos Henrique. Discriminação por gênero e poder de mercado como determinantes do emprego relativo de mulheres. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea. 2019. p. 7. http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9332/1/TD_2484.PDF.

O modelo de Becker introduziu na economia o conceito de discriminação baseada no "gosto": uma preferência de certos indivíduos por não interagirem com membros de minorias ou de determinados grupos sociais, como as mulheres.

Dessa forma, a teoria de Becker "formula como a discriminação por gênero por parte dos empregadores pode gerar resultados distintos no mercado de trabalho para homens e mulheres, mesmo quando se aceita que ambos sejam igualmente produtivos"[10].

A teoria demonstra a existência de um *trade off*, por parte do empregador, entre a satisfação de discriminar com base em seus preconceitos e os seus lucros. Isto é, se um empregador tem preferência por discriminar, deixando de interagir com determinados grupos, ele está disposto a sofrer uma redução no seu lucro para agir de acordo com suas preferências.

Dessa forma, ambientes mais competitivos acabariam por expulsar agentes com condutas discriminatórias, uma vez que estes se tornam menos eficientes e, consequentemente, resistem menos às pressões causadas pela concorrência.

Assim, com base na teoria de Becker seria possível concluir que, em razão de seu custo, a discriminação não é sustentável para uma empresa em um mercado competitivo. Consequentemente, mercados mais competitivos suportam menos desigualdades, incluída a desigualdade de gênero.

2. FORMAÇÃO: ESTUDOS EMPÍRICOS

A segunda fase identificada na literatura sobre gênero e concorrência é formada por diversos estudos empíricos, iniciados a partir da década de 80. Estas pesquisas, que analisam a ineficiência da discriminação usando como base a teoria da discriminação de Gary Becker, discutiam a correlação entre mercados mais competitivos e maior igualdade entre homens e mulheres.

A seguir, será apresentada uma síntese dos principais objetos estudados nesta fase e as evidências que eles apresentaram. Aqui, o recorte temporal proposto engloba o período de 1980 a 2018. Cumpre destacar que o presente capítulo não pretende listar de forma exaustiva os estudos realizados sobre o tema neste período, mas apenas demonstrar, de forma exemplificativa, como o assunto foi abordado.

[10] MEIRELES, Débora; FREGUGLIA, Ricardo; CORSEUIL, Carlos Henrique. Discriminação por gênero e poder de mercado como determinantes do emprego relativo de mulheres. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea. 2019. p. 7. http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9332/1/TD_2484.PDF.

Estudos empíricos baseados na teoria econômica da discriminação

Em linhas gerais, pode-se dizer que os estudos sobre gênero e concorrência que sucederam a teoria de Becker confirmaram as predições deste estudo seminal.

Um importante estudo empírico pautado na teoria da discriminação foi produzido por HANNAN e ASHENFELTER em 1986[11], examinando a relação entre a concorrência no mercado de produtos e a discriminação no mercado de trabalho. O trabalho utilizou dados microeconômicos sobre emprego feminino e os relacionou com medidas de concentração no setor bancário. Ao final da pesquisa, os autores encontraram resultados que demonstram uma forte relação negativa entre a concentração de mercado e o emprego relativo das mulheres.

Posteriormente, em 2001, BLACK e STRAHAN investigaram como a desregulamentação do setor bancário afetou a diferença salarial entre homens e mulheres e concluíram que, após a desregulação, nesse setor os salários das mulheres caíram menos que os dos homens.[12]

Em seguida, HELLERSTEN, NEUMARK e TROSKE, em 2002, sugeriram que empresas com poder de mercado que empregam mais mulheres são mais lucrativas[13], já em relação às firmas com baixo poder de mercado essa relação não foi encontrada, o que pode ser entendido como uma evidência que comprova o modelo de Becker.

Nesse mesmo sentido concluiu KAWAGUCHI em 2007, que, com base em dados de firmas japonesas, encontrou uma relação positiva entre uma maior proporção de mulheres ocupando vagas nas empresas e o aumento dos lucros dessas firmas.[14]

Em 2004, BLACK e BRAINERD[15] também analisaram a aplicação da teoria de Becker, comparando dados entre setores mais e menos competitivos e concluíram que o aumento da competição levou ao aumento salarial feminino nas indústrias de manufatura.

Por fim, outra contribuição importante para a discussão sobre competição nos mercados e menor desigualdade de gênero pode ser encontrada em COOKE, FERNANDES e FERREIRA, em seu trabalho intitulado "*Product market competition and gender discrimination*", publicado em 2018. Neste estudo, os autores analisaram o impacto da desregulação em diversos mercados de Portugal e concluíram, em linha com a teoria de Becker,

[11] HANNAN, Orley; ASHENFELTER, Timothy. *Sex Discrimination and Product Market Competition*: The Case of the Banking Industry. 1986.
[12] @@
[13] @@
[14] @@
[15] @@.

que este processo aumentou a competição nesses mercados, diminuindo o *gap* salarial entre homens e mulheres, particularmente entre as trabalhadoras com média e alta capacitação e entre as ocupantes de cargos de gestão.

Da leitura dos resultados encontrados nos estudos empíricos acima, é possível concluir que nesta segunda fase das discussões sobre gênero e concorrência foram encontradas diversas evidências que confirmaram as predições da teoria da discriminação de Gary Becker, no sentido de que mercados mais competitivos promovem a diminuição da desigualdade de gênero.

3. DESENVOLVIMENTO: DISCUSSÕES NO ÂMBITO DA OCDE

O presente capítulo apresenta a terceira, última e atual fase das discussões sobre a relação entre gênero e concorrência.

Como já mencionado, até recentemente a política de concorrência se manteve cega quanto às questões de gênero. Este cenário passou a mudar com a publicação no sítio eletrônico da OCDE, em comemoração ao dia da mulher, do artigo "*What`s gender got to do with competition policy*?[16]" de autoria de Chris Pike, em 2018. Porém, para compreender melhor esta história é preciso voltar alguns passos atrás.

Isto porque, em 1995, a Plataforma de Ação de Pequim (PAP) foi adotada na IV Conferência Mundial das Nações Unidas sobre as Mulheres. Por via da Declaração de Pequim, aprovada por consenso geral, os Estados-membros das Nações Unidas se comprometeram a pôr em prática a PAP e garantir que a perspectiva de igualdade de gênero seria refletida em todas as suas políticas e programas.

No mesmo ano, em atenção aos compromissos da PAP, o governo canadense se comprometeu a utilizar o "*Gender-based analysis*" (GBA) na análise de todas as suas políticas públicas. O GBA é um processo analítico que fornece um método para a avaliação das desigualdades sistêmicas e sua relação com as políticas e iniciativas governamentais, que considera diversos fatores de identidade, como raça, etnia, religião, idade, gênero entre outros.

Após duas décadas, em 2015, uma auditoria do governo canadense verificou que sua autoridade antitruste ainda não havia conduzido avaliação sobre GBA e, por este motivo, a "*Canadian Competition Bureau"*, autoridade antitruste do Canadá, procurou a OCDE para buscar informações sobre estudos que abordassem a relação entre desigualdade e concorrência,

[16] O artigo pode ser acessado em: https://www.gee.gov.pt//RePEc/WorkingPapers/GEE_PAPERS_105.pdf;

bem como para se informar sobre possíveis medidas adotadas por outras agências antitruste nesse mesmo sentido.

Ocorre que a OCDE verificou que, até aquele momento, a literatura sobre a relação entre gênero e defesa da concorrência ainda era inexplorada. Diante da percepção dessa carência de estudos e pesquisas sobre o tema é que, em 2018, a OCDE publicou o já mencionado artigo de Chris Pike.

Este artigo apresentou uma agenda de pesquisa potencial sobre as possíveis inter-relações entre gênero e concorrência e defendeu a existência de efeitos positivos derivados da inclusão das questões de gênero na política antitruste. Dessa forma, foram elaborados diferentes questionamentos e propostas algumas formulações sobre o assunto, tanto sob as perspectivas das mulheres como empreendedoras/empresarias quanto como consumidoras.

O quadro abaixo sintetiza algumas das formulações propostas por Pike no artigo supracitado sob estas duas óticas:

Mulheres como empresarias/profissionais	**Mulheres como consumidoras**
As empresas lideradas por mulheres são mais ou menos propensas a cometer ilícitos/colusão?	Existem diferenças de preços por produtos ligeiramente diferentes (versões femininas e masculinas)
As mulheres em cargos de alto escalão são mais propensas a denunciar comportamentos anticompetitivos dentro de suas empresas?	Diferenças de preços podem não refletir discriminação, mas o fato de que existem dois mercados distintos que precisam ser refletidos na definição de mercado relevante.
Os efeitos de dissuasão das multas ou encarceramento são mais ou menos eficazes para as mulheres?	Impacto na definição do mercado pode, então, significar que as agências fiquem preocupadas com os efeitos de uma fusão ou comportamento apenas em relação às consumidoras.
Elas teriam mais ou menos probabilidade de levar suas empresas a se candidatarem à leniência?	**Fora da estrutura atual de análise das agências antitruste**: auditorias de gênero como padrão em estudos de mercado.
	Remédios mais eficazes podem ser construídos visando soluções do lado da

	demanda para certos grupos de consumidores.

Fonte: elaboração própria, com base na leitura do artigo "*What`s gender got to do with competition policy*?"

Além das possíveis mudanças na forma de condução das análises das autoridades nos estudos de mercado com base na ótica das mulheres como consumidoras, Pike também conclui que, no caso de se verificarem efeitos observáveis quanto às proposições relativas às mulheres enquanto empresarias e profissionais, essas evidencias poderiam informar o debate sobre as cotas de gênero nos conselhos e nos cargos de alta administração.

Ainda em 2018, mesmo ano da publicação do artigo mencionado supra, a relação entre gênero e concorrência foi tema do "OECD *Global Forum On Competition"*, um dos mais importantes fóruns de discussão sobre a defesa da concorrência em todo o mundo, que conta com a presença de mais de cem autoridades de diversão jurisdições, além da presença de diversos especialistas e organizações internacionais, que debatem e discutem os principais tópicos da agenda antitruste.

Por meio da inclusão do tema no Fórum Global sobre Competição em 2018, a OCDE buscou discutir se a utilização de uma lente de gênero (*gender lens*) poderia ajudar a entregar uma política de concorrência mais objetiva[17].

O Fórum contou com a apresentação de um *background paper* desenvolvido por Chris Pike e Estefania Santacreu-Vasut, intitulado "*Competition Policy and Gender*" [18], o qual foi definido pelos autores como um ponto de partida para a discussão atual sobre o tema e buscou chamar atenção para "a oportunidade de as autoridades de concorrência contribuírem para a luta pela igualdade de gênero, o quinto dos objetivos de desenvolvimento sustentável da ONU[19]".

De acordo com o *paper,* as autoridades antitruste podem contribuir com essa luta sem comprometer seu foco no bem-estar do consumidor, uma vez que a adoção de uma lente de gênero poderia ser útil para as autoridades na obtenção dos seus objetivos pautados na eficiência. Também foram discutidas opções para a inclusão dessa pauta na política das autoridades que possuem interesses públicos mais amplos do que apenas o bem-estar do consumidor.

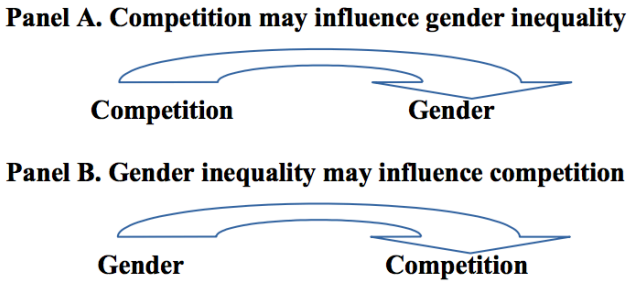
[17] OECD. Gender inclusive competition policy. 2018. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-policy.htm

[18] O *paper* pode ser acessado em: https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2018)4/en/pdf .

[19] OECD. *Background paper on Competition Policy and Gender*, por Chris PIKE & Estefania SANTACREU-VASUT. *Competition policy and gender*. 2018. p. 3.

Além disso, foi apresentado um "menu de opções" com diversos meios para as autoridades integrarem uma perspectiva de gênero na prática da política de concorrência e, por fim, foram apresentados alguns temas para pesquisas futuras sobre a relação entre gênero e concorrência.

Ainda, o estudo propôs a existência de uma relação bidirecional entre gênero e concorrência. Isto é, "a competição pode influenciar a desigualdade de gênero e, ao mesmo tempo, a desigualdade de gênero e o uso de lentes de gênero pode ter um impacto no processo competitivo e no trabalho de autoridades da concorrência"[20]. A imagem abaixo resume esta proposição:



Fonte: OECD. 2018.

Nesse sentido, são citados alguns exemplos, como o fato de que promover a competição pode ajudar a reduzir a discriminação baseada no gosto por parte dos empregadores, ao mesmo tempo em que reconhecer o impacto que o gênero tem nos mercados pode ajudar a melhorar a eficácia das agências na promoção da concorrência.

O *paper* também defendeu que as autoridades de defesa da concorrência poderiam obter um "duplo dividendo" ao priorizar sua fiscalização em relação a mercados específicos que são particularmente importantes para as mulheres, dessa forma, elas poderiam aumentar a competição nesses mercados, ao passo que promoveriam a redução da desigualdade de gênero por meio dos resultados desse incremento na competitividade.

Em outras palavras, o "duplo dividendo" será obtido "se a ação pode melhorar a eficiência em um determinado mercado (primeiro dividendo) e contribuir para a redução da desigualdade de gênero (segundo dividendo)[21]".

Cumpre destacar que foram considerados mercados sensíveis para as mulheres *a)* os que oferecem serviços substitutos àqueles geralmente por elas desempenhados, inclusive sem recebimento de remuneração, como creches, cuidados de enfermagem domiciliar e serviços

[20] OECD. Op., cit., p. 33.
[21] OECD. Op., cit., p. 34.

domésticos; e *b)* aqueles que podem complementar a participação econômica feminina como empresárias ou funcionárias, como o mercado financeiro e de infraestrutura.

O estudo também recomendou que as autoridades foquem no setor informal por meio da *advocacy,* tendo em vista que um grande número de mulheres atua na informalidade e defendeu que o acesso das mulheres a micro-finanças pode ser uma importante ferramenta para o fortalecimento das mulheres no empreendedorismo.

No que diz respeito ao já brevemente mencionado menu de opções para as agências antitruste, foram apresentadas formas alternativas (que são viáveis de serem incorporadas desde já ou que foram baseadas em práticas e ferramentas já existentes) por meio das quais as autoridades poderão integrar considerações de gênero em sua prática[22].

Em síntese, as propostas foram as seguintes: *a)* compreender como o gênero pode influenciar a substituibilidade da demanda e, consequentemente, permitir a segmentação de consumidores do sexo feminino, de modo que isto poderá ser um fator importante na definição dos mercados relevantes; *b)* realização de estudos sobre as barreiras à entrada em todas as linhas de gênero, incluindo custos de transação e fatores comportamentais; *c)* realização de estudos sobre os mercados sensíveis para as mulheres; *d)* aplicação de remédios que levem em consideração o gênero dos consumidores e as diferenças nos custos de transação entre os consumidores em razão de seu gênero e de fatores comportamentais; *e)* identificação das consequências para a desigualdade de gênero de qualquer preocupação anticompetitiva que seja indicada ao fornecer opiniões sobre regulamentos, normas e políticas públicas e *f)* verificação sobre o gênero enquanto uma dimensão de vulnerabilidade do consumidor em um determinado mercado. Destaca-se que para cada um desses tópicos foram apresentadas diversas aplicações possíveis na prática das autoridades de defesa da concorrência.

Ao final do *paper*, é pontuado o desejo de que trabalhos futuros possam se aprofundar na análise apresentada e contribuir para estudar a melhor forma de integração das considerações de gênero nas diretrizes de priorização e avaliação das autoridades antitruste.

Nessa direção, em 2020 a OCDE realizou uma chamada de artigos com vistas a contribuir para a discussão sobre a relação entre gênero e concorrência. Após a submissão de diversos projetos, foram selecionadas sete pesquisas para serem desenvolvidas, as quais foram finalizadas e apresentadas ao público em 7 de outubro de 2021.

Estes sete projetos serão sumarizados adiante, na seção 4.1.

[22] OECD. Op., cit., p. 34.

4.1. "Gender inclusive competition policy project"

Após a produção de diversos eventos internacionais, fóruns, artigos, entrevistas e discussões, a OCDE lançou seu projeto de Política de Concorrência Inclusiva de Gênero ("*Gender inclusive competition policy project*") em 2020 com o apoio do governo do Canadá.

Como parte do projeto, a OCDE convocou equipes de pesquisadores de todo o mundo para produzir novas evidências, com a finalidade de informar o debate e desenvolver orientações sobre como desenvolver uma política de concorrência inclusiva quanto as questões de gênero. Além disso, as pesquisam visam contribuir para a criação de um kit de ferramentas prático para o "*Canadian Competition Bureau*" e outras autoridades de concorrência interessadas em implementar uma política de concorrência inclusiva de gênero.

Dessa forma, após uma chamada pública, a OCDE selecionou sete projetos sobre o tema, os quais foram apresentados ao público em 7 de outubro de 2021 e que serão resumidos abaixo, com vistas a apresentar as evidências mais recentes sobre a relação entre gênero e antitruste.

Abaixo, os trabalhos serão separados em três subseções, as quais foram adotadas no evento de apresentação do projeto pela OCDE.

*4.1. 1. Projeto OCDE 1 - **Cartels and Collusion***

Esta seção irá apresentar as conclusões e recomendações dos projetos que analisaram os efeitos da diversidade de gênero sobre a estabilidade de cartéis e as diferenças na propensão de homens e mulheres para conspirar ou denunciar condutas ilícitas.

Sobre estes temas, foram apresentados os seguintes estudos: "*Gender and Collusion*" (projeto n.º 5) por Justus Haucap, Christina Heldman e Holger Rau Gender;[23] "*Gender Bias in Cartel Engagement*" (projeto n.º 4) por Joan-Ramon Borrell, José Manuel Ordóñez-de-Haro,

[23] UCAP, J; HELDMAN, C e RAU, H. A. *Gender and Collusion*. Gender Inclusive Competition Policy. OECD. 2021. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-proj-5-gender-and-collusion.pdf.

Carmen García e Juan-Luis Jiménez[24] e "*Cartel Behaviour and Boy's Club Dynamics*" (projeto n.º 3) por Alexis Brunelle e Carolina Abate[25].

O projeto "*Gender and Collusion*" teve como foco principal de sua análise as diferenças de gênero no comportamento colusivo. Segundo os autores, os resultados da pesquisa sugerem que "mulheres são, em geral, menos inclinadas a se envolver em comportamento de conluio ao custo de terceiros do que os homens".[26] Sobre este ponto, destacam:

> *Interestingly enough, for females this effect does not depend on knowing anything about the other potential cartelist. In contrast, while male participants are more inclined to form cartels, they also engage less in collusive behavior once they learn about the personal characteristics of the other potential cartelist. However, it remains to be explored how stable these effects are once the game is played repeatedly and players can develop more trust for each other. Moreover, we have not been able to explore how these findings may depend or interact with other individual characteristics such as age, education, or cultural background.*

Ao final, o estudo conclui que, aparentemente, uma maior representação feminina em cargos de gestão pode tornar menos provável a participação das empresas em um conluio ou, de forma positiva, pode promover uma maior conformidade da empresa com a legislação concorrencial.[27]

No que diz respeito às recomendações às autoridades, os autores argumentam que **a)** a diversidade pode ser um fator adicional a ser considerado pelas agências na sua avaliação dos programas de *compliance* das empresas[28]; **b)** as autoridades podem considerar essas proposições nas investigações de cartéis, uma vez que as indústrias dominadas por homens podem ser mais propensas ao comportamento colusivo; **c)** a prioridade de fiscalização pode ser dadas a indústrias caracterizadas por menores graus de diversidade de gestão e **d)** a fim de facilitar novas pesquisas futuras sobre o papel do gênero em conluios, as autoridades de defesa da concorrência podem coletar e registrar dados sobre as características sociodemográficas dos participantes de cartéis e condutas colusivas.

O projeto "*Bias in Cartel Engagement*" explorou a relação entre a presença de mulheres em conselhos de empresas e o envolvimento de empresas em conluios. O estudo, que

[24] BORRELL, Joan-Ramon; ORDÓÑEZ-DE-HARO, José Manuel; GARCÍA, Carmen e JIMÉNEZ, Juan-Luis. *Gender Bias in Cartel Engagement*. Gender Inclusive Competition Policy. OECD. 2021. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-proj-4-gender-bias-in-cartel-engagement.pdf.

[25] ABATE. Carolina; BRUNELLE. Alexis. *Cartel Behaviour and Boy's Club Dynamics.* Gender Inclusive Competition Policy. OECD. 2021. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-proj-3-cartel-behaviour-and-boys-club-dynamics.pdf.

[26] HAUCAP, J; HELDMAN, C e RAU, H. A. Op., cit., p. 15.

[27] HAUCAP, J; HELDMAN, C e RAU, H. A. Op., cit., p. 15.

[28] Isto porque as evidências encontradas no estudo sugerem que conselhos de gestão mais diversos podem ajudar a promover conformidade com as leis antitruste.

analisou dados de empresas espanholas e europeias, não encontrou diferenças na presença de mulheres nos conselhos de firmas cartelizadas e não cartelizadas. Por outro lado, notou-se um impacto significativo resultante da reestruturação dos conselhos de empresas após condenação pela prática de cartel (e seu consequente desfazimento).

Segundo os autores, "*em países com cotas de gênero obrigatórias, a reestruturação pós-dissolução do cartel resulta em maior equilíbrio de gênero em cargos de alta administração*".[29] Dessa forma, concluiu-se que as políticas de gênero e as políticas de combate a cartel podem interagir e influenciar a composição dos conselhos de empresas sancionadas pelas autoridades antitruste.[30]

Já o projeto "*Cartel Behaviour and Boy's Club Dynamics*"[31] analisou a correlação entre a prevalência, em muitas indústrias, de redes informais dominadas por homens ("*boy's clubs*" ou "clubes de meninos") e a criação e manutenção de cartéis.

Por meio da análise de decisões de condenação de cartéis pela autoridade antitruste da França entre 2010 e 2021, bem como pela revisão de vasta literatura sobre economia comportamental aplicada ao antitruste, dinâmica de gênero no local de trabalho e sobre o papel das redes profissionais informais em outros crimes de colarinho branco[32], os autores concluíram que, em muitos setores, há um inter-relação entre a prevalência de redes informais baseadas em valores tipicamente masculinos e a formação e manutenção de cartéis.

Além disso, o estudo sugere que o mecanismo de *boy's clubs "favorece a confiança entre os homens e o surgimento de comportamento ilícito*"[33], ao passo que leva à exclusão[34] das mulheres de importantes redes de contato profissional, "*limitando assim suas oportunidades de desenvolvimento e promoção de carreira*"[35].

Ao final, no que diz respeito à atuação das autoridades antitruste, os autores defendem que "*even minor changes to their enforcement and advocacy policies could have a major impact on both objectives of promoting gender equality and ensuring cartel deterrence*".[36] Nesse

[29] BORRELL, Joan-Ramon; ORDÓÑEZ-DE-HARO, José Manuel; GARCÍA, Carmen e JIMÉNEZ, Juan-Luis. Op., cit., p. 44.

[30] BORRELL, Joan-Ramon; ORDÓÑEZ-DE-HARO, José Manuel; GARCÍA, Carmen e JIMÉNEZ, Juan-Luis. Op., cit., p. 44.

[31] ABATE. Carolina; BRUNELLE. Alexis. Op., cit.

[32] Os autores mencionam os delitos de corrupção, negociação de informações privilegiadas e fraude financeira.

[33] ABATE. Carolina; BRUNELLE. Alexis. Op., cit., p. 23. Tradução livre.

[34] Sobre a exclusão das mulheres, os autores também afirmam que "*This exclusion seems to be also reflected in actual cartel participation. Indeed, when women are present, they are almost always excluded from the core coalition and their participation remains limited both in time and in depth*".

[35] ABATE. Carolina; BRUNELLE. Alexis. Op., cit.. p. 1. Tradução livre.

[36] ABATE. Carolina; BRUNELLE. Alexis. Op., cit.. p. 24.

sentido, foram sugeridos três tipos de ações que podem ser aplicados pelas agências, quais sejam, **a)** usar, sistematicamente, denominações de gênero nas decisões publicadas - sempre que isso for possível sem afetar o anonimato – e coletar informações, bem como informar os resultados encontrados, acerca dos relacionamentos interpessoais entre os indivíduos envolvidos no conluio[37]; **b)** levar em consideração a estrutura de gênero das empresas para definir setores prioritários para investigação e **c)** informar as empresas, por meio de *advocacy*, sobre interações pessoais e atividades de *networking* capazes de conduzir ou facilitar condutas colusivas, levando-se em conta as evidências no sentido de riscos financeiros potenciais não serem suficientes para evitar comportamentos resultantes de fortes vínculos interpessoais[38].

*4.1. 2. Projeto OCDE 2 - **Market Definition***

A presente seção irá apresentar dois projetos que analisaram a aplicação de uma lente de gênero na definição de mercados relevantes em análises de atos de concentração e investigações de condutas anticompetitivas, em oposição a uma abordagem agregada, indiferente a questões de gênero na concepção e/ou interpretação de pesquisas de consumo, nas coletas de dados ou na realização de análises de perda crítica e outros estudos comumente empregados nas definições de mercados.

Sobre estes temas, foram apresentados os projetos "*Gender Differences in Surveys for Market Definition and Merger Analysis*"[39] (projeto n.º 1), de autoria de Lola Damstra, Gunnar Niels e Nicole Rosenboom, representantes da *Oxera* e "*Gender Considerations in the Analysis of Market Definition and Competitive Effects: Practical Framework and Illustrative Example*"[40] (projeto n.º 2), de Marissa Ginn e Johanna Posch, ambas da *Analysis Group*.

O primeiro projeto buscou responder às seguintes questões, **a)** existem diferenças significativas no comportamento do consumidor com base no gênero? e **b)** se houver diferenças,

[37] De acordo com os autores, uma parte significativa das decisões analisadas no estudo foi iniciada com base em uma lista de todos os indivíduos implicados nas práticas colusivas e nas características de suas relações, o que facilitou o entendimento sobre a dinâmica de grupo dentro de cada cartel.

[38] ABATE. Carolina; BRUNELLE. Alexis. Op., cit., p.6.

[39] DAMSTRA, Lola; NIELS, Gunnar e ROSENBOOM, Nicole. *Gender Differences in Surveys for Market Definition and Merger Analysis*. Gender Inclusive Competition Policy. OECD. 2021. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-proj-1-gender-differences-in-surveys-for-market-definition-and-merger-analysis.pdf

[40] GINN, Marisa e POSCH, Johanna. *Gender Considerations in the Analysis of Market Definition and Competitive Effects: Practical Framework and Illustrative Example*. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-proj-2-analysis-market-definition-and-competitive-effects.pdf>.

quais são as implicações para a política de concorrência?[41] Os autores buscaram as respostas destas indagações por meio da reanálise destas questões com base em pesquisas com consumidores as quais foram utilizadas em casos antitruste em diversas jurisdições.

As evidências encontradas neste estudo sugerem que em vários casos há diferenças significativas no comportamento de homens e mulheres. Nesse sentido, destacou-se que "*that there tend to be significant differences in male and female preferences for substitute products and in their switching behavior*".[42] Os autores encontraram diferenças entre homens e mulheres na substitutibilidade, na sensibilidade a preços, nas mudanças de comportamento (como contratação de novos serviços/empresas) e nas características e preferências de gênero.

Em conclusão, os autores entenderam que diferenças entre os gêneros, como as citadas acima, podem ter implicações para a definição de mercado relevante e para as análises dos efeitos de atos de concentração[43] e que, portanto, deverão ser consideradas para fins destas análises.

Por sua vez, o projeto intitulado "*Gender Considerations in the Analysis of Market Definition and Competitive Effects: Practical Framework and Illustrative Example*"[44], com base em um exemplo ilustrativo de uma fusão hipotética, demonstrou como dados publicamente disponíveis de um varejista *online* poderiam ser usados nos estágios iniciais de uma fusão ou de uma investigação antitruste para conduzir uma avaliação preliminar do impacto potencial das considerações baseadas no gênero.

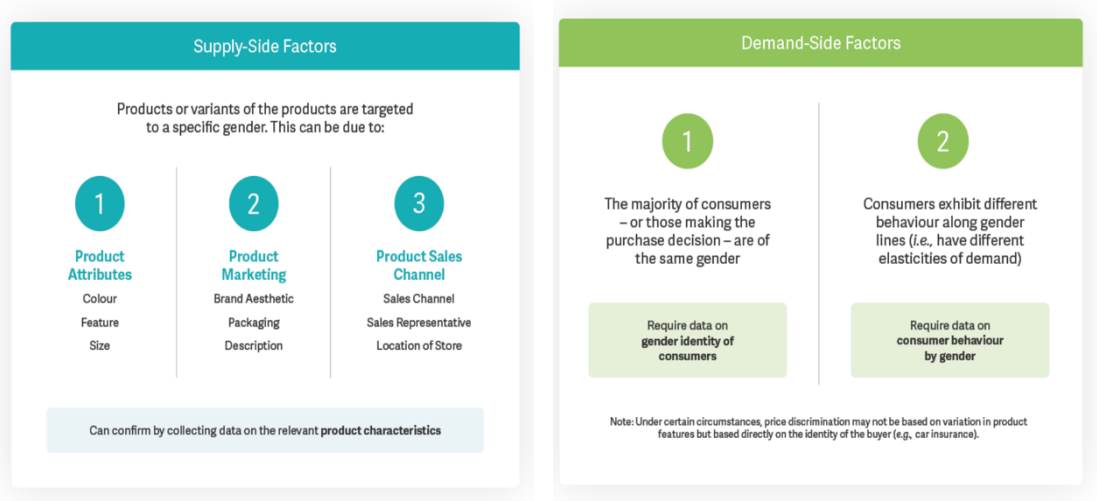
[41] DAMSTRA, Lola; NIELS, Gunnar e ROSENBOOM, Nicole. *Gender Differences in Surveys for Market Definition and Merger Analysis*. Gender Inclusive Competition Policy. OECD. 2021. p. 3.

[42] DAMSTRA, Lola; NIELS, Gunnar e ROSENBOOM, Nicole. Op., cit., p. 74.

[43] DAMSTRA, Lola; NIELS, Gunnar e ROSENBOOM, Nicole. Op., cit., p. 76.

[44] PINHEIRO, L., FAYE, A.C., GINN, M., LEHMANN, e J.Y. e POSCH, J. *Gender considerations in the analysis of market definition and competitive effects: A practical framework and illustrative example*. Gender Inclusive Competition Policy. OECD. 2021. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-proj-2-analysis-market-definition-and-competitive-effects.pdf

Nesse sentido, foram apresentados alguns fatores que podem ser considerados na aplicação de lentes de gênero nas análises antitruste do lado da oferta e da demanda, os quais estão descritos nos quadros abaixo, extraídos do estudo em referência:



Ademais, os autores também apresentaram fontes de dados e evidências que podem ser consideradas para a aplicação de uma lente de gênero. Nesse sentido, concluíram que:

> *In any given set of products or analyses, data on certain supply- or demand-side factors may be more readily available than others. Evaluation of whether gender influences supply-side factors will likely require data on relevant product characteristics, marketing, and/or sales and distribution channels. Evaluation of demand-side factors will likely require data on the gender identity of consumers that can be linked to their purchasing patterns. The availability and feasibility of collecting such relevant data will likely shape the direction and the focus of the analyses that would be part of applying a gender lens to assess competition.*[45]

Por fim, o estudo também recomendou a utilização de pesquisas com consumidores para que as autoridades possam compreender quais características do produto, localização ou canais de vendas ou estratégias de propaganda podem ser mais relevantes para as decisões de compra de um gênero em relação a outro.[46]

*4.1. 3. Projeto OCDE 3 - **Prioritisation and Public Interest Approach***

Esta seção irá apresentar os resultados de dois projetos. O primeiro examinou como as autoridades de defesa da concorrência com foco no bem-estar do consumidor podem usar orçamento, alocação de recursos e decisões de seleção de projetos para priorizar o as áreas que são estão sob seu foco. O segundo estudo apresenta lições que podem ser aprendidas com a

[45] PINHEIRO, L., FAYE, A.C., GINN, M., LEHMANN, e J.Y. e POSCH, J. Op., cit., p. 9.
[46] PINHEIRO, L., FAYE, A.C., GINN, M., LEHMANN, e J.Y. e POSCH, J. Op., cit., p. 13.

experiência da África do Sul na utilização de sua legislação concorrencial para enfrentar disparidades econômicas, sociais e raciais no país por meio da avalição de efeitos sobre Pessoas Historicamente Desfavorecidas.

O primeiro projeto, intitulado "*Incorporating Gender as a Prioritization Principle and Project Selection Criterion in Competition Agencies*"[47] de autoria de William E. Kovacic, se concentrou em responder como uma agência antitruste pode implementar uma política de competição inclusiva quanto ao gênero.

Diante disso, o estudo focou em duas etapas: a primeira buscou identificar os obstáculos que as autoridades provavelmente enfrentarão ao desenvolver uma abordagem inclusiva de gênero, enquanto a segunda apresentou possíveis abordagens para a superação desses obstáculos.

No que diz respeito à primeira etapa, o projeto apresentou dois obstáculos principais, quais sejam **a)** a dificuldade em integrar as considerações relacionadas ao gênero em uma já complexa gama de fatores que as agências de concorrência atualmente são instadas a levar em consideração quando executam suas funções, como redução da pobreza, proteção ambiental, proteção de grupos de indivíduos vulneráveis (como idosos entre outros), promoção da inovação e desenvolvimento tecnológico, distribuição de renda, preservação de oportunidades para pequenas e médias empresas etc.; e **b)** a dificuldade em se convencer a equipe profissional que faz o trabalho de concepção e execução de projetos de que o compromisso com um novo o objetivo da política é "sincero e duradouro".[48]

Como soluções para estes obstáculos, foram propostas as seguintes ações: **a)** o exame, por parte das autoridades antitruste, da representatividade de gênero na sua própria estrutura; **b)** a realização de um exame pormenorizado da experiência anterior das agencias nas suas decisões de priorização e **c)** a eliminação, por meio da aplicação de suas respetivas legislações antitruste, de barreiras artificiais para o desenvolvimento de novos negócios por grupos sub-representados, como as mulheres.

[47] KOVACIC, Willian E. *Incorporating Gender as a Prioritization Principle and Project Selection Criterion in Competition Agencies.* Gender Inclusive Competition Policy. OECD. 2021. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-proj-7-incorporating-gender-as-a-prioritization-principle.pdf

[48] KOVACIC, Willian E. Op., cit., p. 3.

O segundo projeto, e último a ser apresentado na presente seção, foi intitulado "*Prioritising gendered public interest considerations*"[49] aborda caminhos "*for the incorporation of gender in competition policy, and seeks to answer questions about how to achieve a gender-aware competition policy*".[50]

Baseando-se na estrutura da autoridade de defesa da concorrência da África do Sul e visando desenvolver um kit de ferramentas para a inclusão de gênero como uma consideração de interesse público na aplicação da política defesa da concorrência pelas autoridades, foi sugerido levar em consideração o que se segue:

> ● *A gender-aware competition policy in the interests of women as owners and key economic participants must prioritise gender in investigations such as the impact of mergers and prohibited practices on both key economic sectors for women and on women-owned businesses.*
> ● *Gender must be included in market studies, including the intentional collection and disaggregation of gender statistics on women's participation in markets as consumers, owners of equity and employers and employees. This data is essential to take stock of, and make visible, the gendered impacts of anti-competitive practices.*
> ● *Prioritise gender in remedies imposed on prohibited practices and mergers in order to make markets accessible to women and to advance the meaningful participation of women in the high value-generating sectors of the economy.*
> ● *Competition law alone is not sufficient to achieve gender equity; it is thus essential that the inclusion of gender as a PIC complements a broader industrial policy framework that intentionally inculcates gender equity as a concern. We recommend that advocacy for the inclusion of gender as a PIC be conducted in tandem with other macroeconomic policies that centre gender issues such as gender responsive budgeting (implemented in Canada and Australia) and gendered/feminist trade policy.*

[49] MKATSHWA, Betty; TSHABALALA , Mpumelelo e PHALATSE, Sonia. *Prioritising gendered public interest considerations*. Gender Inclusive Competition Policy. OECD. 2021. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-proj-6-prioritising-gendered-public-interest-considerations.pdf.

[50] IKATSHWA, Betty; TSHABALALA, Mpumelelo e PHALATSE, Sonia. Op., Cit., p. 1.

> ● *Wide stakeholder engagement is vital for these processes. Social compacts that include business, civil society, gender activists and government will be necessary for stakeholder buy-in.*
>
> ● *In applying the public interest criterion, competition authorities must also take into account the submissions of intervening parties. The submissions and the evidence of the intervening parties must be assessed against those of the merger parties*[51].

Dessa forma, o estudo concluiu que a política antitruste inclusiva de gênero é uma agenda relevante e urgente para toda a sociedade. Ademais, as autoras ressaltaram quecnão se deve perder de vista as muitas formas de desigualdade e as formas como elas se cruzam e se combinam.[52]

4. CONCLUSÃO

Desde 1995, a ONU incluiu a integração de gênero em sua política de desenvolvimento econômico sustentável, o que significa reconhecer que as políticas públicas que são explicitamente ou não explicitamente relacionadas ao gênero podem ter consequências indesejadas, positivas ou negativas, para a igualdade de gênero[53].

Posteriormente, o debate sobre as questões de gênero e suas implicações sociais e econômicas passaram a se desenvolver de forma cada vez mais aprofundada. Além das iniciativas no âmbito da OCDE, os debates sobre a relação entre gênero e concorrência também cresceram em outras esferas.

Como exemplos disso, temos a criação, em 2018, de redes de engajamento feminino – como a *Women in Antitrust* (WIA) e a *Women Inside Trade* (WIT) no Brasil – que atuam por meio da publicação de artigos acadêmicos sobre Direito da concorrência e gênero, de livros escritos exclusivamente por autoras da área de Direito concorrencial e da organização de eventos sobre a desigualdade de gênero na seara do direito da concorrência, além de outras iniciativas[54].

Também houve a publicação de importantes trabalhos e a realização de eventos internacionais para a discussão sobre o tema, como a "*Conference on gender equality in*

[51] IKATSHWA, Betty; TSHABALALA, Mpumelelo e PHALATSE, Sonia. Op., Cit., p. 36.
[52] IKATSHWA, Betty; TSHABALALA, Mpumelelo e PHALATSE, Sonia. Op., Cit., p. 37.
[53] OECD. Op., cit., p. 128.
[54] ATHAYDE, Amanda; CAVALCANTI, Mariana Piccoli L. Gênero e Antitruste: O fenômeno poliédrico da discriminação por gênero e seus impactos na defesa da concorrência. Portal Jota, 25 de fevereiro de 2021. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/elas-no-jota/genero-antitruste-25022021.

business"[55], promovida em 2019 pela OCDE, onde foram discutidas as possíveis implicações do gênero em relação aos programas que envolvem denúncias (*whistleblowing*), a diversidade de gênero na composição de conselhos de ética e outras questões relacionas à gênero e competição.

Ainda em 2019, a autoridade antitruste do Canadá definiu em seu plano anual, que estabelece as prioridades da agência para o próximo ano, que iria continuar a empreender esforços para a realização de pesquisas sobre gênero e concorrência a fim de considerar "*como a aplicação de lentes de gênero pode aprimorar o trabalho diário das agências de concorrência, com o objetivo de melhorar os resultados para consumidores e empresas*".[56]

No plano anual referente ao período 2021-2022, a autoridade canadense se comprometeu a desempenhar um papel de liderança em fóruns internacionais para avançar os trabalhos sobre as considerações de gênero na política de concorrência e a aprimorar sua aplicação da "*Gender-based Analysis*" em todo o trabalho da agência.[57]

Também em 2019, menciona-se a publicação do artigo "*Competition Policy and Gender*"[58] de Estefania Santacreu-Vasut e Chris Pike, que abordou a já mencionada relação bidirecional entre gênero e concorrência, além de apresentar possíveis aplicações práticas das lentes de gênero. Sobre este último ponto, os autores sugeriram meios de se considerar questões de gênero na definição de mercado relevante, apresentam considerações sobre gênero e comportamento colusivo e gênero e cooperação com autoridades. Ainda, foram apresentadas questões relativas às decisões de priorização de fiscalização por parte das autoridades.

No mesmo ano, também foi publicado o artigo "*Gender Inequality, Market Distortion and Consumer Welfare: A Call to Action for Competition Authorities*"[59], por Sarah Long. A autora defendeu ser necessário muitas pesquisas e uma melhor compreensão de como a disparidade de gênero pode causar distorções no mercado ou afetar o bem-estar do consumidor

[55] Mais informações sobre a conferência podem ser acessadas em: <https://www.oecd.org/competition/2019-oecd-conference-on-gender-equality.htm>.

56 Competition Bureau Canada. 2019. Disponível em: https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04480.html.

57 O plano anual 2021-2022 da *Competition Bureau Canada* pode ser acessado em: <https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04577.html>.

58 SANTACREU-VASUT, Estefania; PIKE, Chris. *Competition Policy and Gender*. Concurrences. 2019. Disponível em: https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/43._competition_policy_and_gender.pdf?55641/a8c91e8475345b86e501c3a87f6ae35c22e08165.

[59] LONG, Sarah. Gender Inequality, Market Distortion and Consumer Welfare: A Call to Action for Competition Authorities. J*ournal of European Competition Law & Practice*, Volume 10, Issue 5, Maio, 2019. Páginas 267–268. Disponível em: https://doi.org/10.1093/jeclap/lpz020.

e que as autoridades da concorrência precisam agir neste sentido desde já, uma vez que as mudanças de políticas podem levar muito tempo para serem implementadas.

Ainda, menciona-se o artigo de 2020 "*Shaping the 'she-covery': Using gender inclusive competition policy to build back better*", de Pike[60], que afirmou que as consequências econômicas nefastas causadas pela crise do COVID-19 recaíram com mais peso sobre as mulheres[61] e que, neste contexto de crise, uma política de defesa da concorrência forte é um importante instrumento para a recuperação econômica.

Nesse sentido, o autor defende que a necessidade de desenvolvimento de uma política de concorrência inclusiva quanto a questão de gênero é mais forte do que nunca e que, por este motivo, a OCDE passou a desenvolver novas pesquisas sobre o tema em 2020, para produzir um kit de ferramentas para agências de concorrência que pretendem incorporar considerações de gênero na sua política com vistas a ajudar a combater a desigualdade.

Nacionalmente, destaca-se a publicação do artigo "Gênero e antitruste: O fenômeno poliédrico da discriminação por gênero e seus impactos na defesa da concorrência" de Amanda Athayde e Mariana Piccoli, em fevereiro de 2021. As autoras abordaram o a discriminação por gênero e sua relação com o Direito da concorrência como um fenômeno multifacetado, "que possui não apenas um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram".[62] O estudo explorou seis desses perfis de gênero e concorrência:

> *(a) poder de mercado e gênero ("gênero pelo perfil social"); (b) posição das mulheres nas empresas ("gênero pelo perfil da oferta"); (c) mulheres e controle de condutas ("gênero pelo perfil dos ilícitos concorrenciais"); (d) mulheres como grupo de consumidoras ("gênero pelo perfil da compra"); (e) mulheres e controle de estruturas ("gênero pelo perfil da definição de mercado relevante"); e (f) representatividade das mulheres no antitruste ("gênero pelo perfil da representatividade").*

Com base nas produções acadêmicas, bem como nos eventos citados neste estudo e em linha com autoras citadas supra, conclui-se que os debates sobre a incorporação de questões de gênero à política antitruste parece ser, de fato, "um caminho sem volta, no qual novos debates trarão nova luz ao direito da concorrência, no Brasil e no mundo"[63].

---

[60] PIKE, Chris. *Shaping the "she-covery": Using gender inclusive competition policy to build back better*. OECD On the Level. Agosto, 2020. Disponível em: https://oecdonthelevel.com/2020/08/18/shaping-the-she-covery-using-gender-inclusive-competition-policy-to-build-back-better/.

[61] Sobre este ponto, Pike afirma que "*ao aumentar a distribuição desigual do trabalho não remunerado dentro das famílias e reduzir ainda mais a elasticidade do trabalho feminino, a crise do COVID-19 apenas intensificou a vulnerabilidade das mulheres ao monopólio indomável e ao poder de mercado monopsônico*". (Tradução livre).

[62] ATHAYDE, Amanda; CAVALCANTI, Mariana Piccoli L. *Gênero e Antitruste: O fenômeno poliédrico da discriminação por gênero e seus impactos na defesa da concorrência.* Portal Jota, 25 de fevereiro de 2021. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/elas-no-jota/genero-antitruste-25022021.

[63] ATHAYDE, Amanda; CAVALCANTI, Mariana Piccoli L. Op., cit.

Ao se integrar gênero na concepção, implementação e avaliação de políticas públicas o objetivo alcançado é duplo. Primeiro, isto permite promover a igualdade de gênero a um custo menor, evitando gastos futuros e, em segundo lugar, isto pode melhorar a eficiência da política, promovendo uma melhor compreensão dos fatores sociais relacionados ao gênero que são relevantes para os próprios objetivos das políticas.

Embora já exista farta literatura sobre os custos econômicos da desigualdade de gênero, apenas a partir de 2018 o debate sobre a possibilidade de integração de questões de gênero à política de defesa da concorrência começou a fazer parte da agenda internacional, por meio de diversas ações no âmbito da OCDE, da autoridade antitruste canadense e do aprofundamento do debate na sociedade civil, destacando-se iniciativas como a criação das redes de engajamento feminino como a WIA e a WIT.

Com o intenso crescimento e aprofundamento das discussões sobre a relação entre gênero e concorrência, o presente estudo buscou compreender quando e de que forma estas discussões foram iniciadas.

Além disso, este estudo partiu da hipótese inicial de que, com base nas evidências e na doutrina atualmente disponíveis, já seria possível para as autoridades de defesa da concorrência endereçar questões relativas ao combate à disparidade de gênero por meio da política antitruste.

Dessa forma, após revisão da literatura sobre o tema, foi sugerida, para fins puramente didáticos, a divisão da doutrina em três fases distintas de desenvolvimento, sendo a primeira consubstanciada por meio da Teoria da Discriminação de Gary Becker, a segunda relativa aos estudos empíricos que aplicaram a teoria de Becker de forma dinâmica – as quais, em sua grande maioria comprovaram as predições da clássica teoria da discriminação – e a terceira e última fase como aquela iniciada em 2018 por meio das discussões na OCDE e finalizada, por ora, com a publicação, em outubro de 2021, dos sete artigos selecionados para o desenvolvimento de dados e evidências sobre os meios de aplicação das *lentes de gênero* à política antitruste.

A revisão da literatura sobre gênero e concorrência, especialmente daquela produzida na terceira fase, entre 2018 e 2021, confirmou a hipótese inicial de que atualmente já seria possível para as autoridades de defesa da concorrência implementar uma política inclusiva quanto ao gênero, o que, além de estar em linha com os objetivos de desenvolvimento sustentável da Nações Unidas, também é capaz de gerar um dividendo duplo às autoridades antitruste e à sociedade: este "duplo dividendo" será obtido "*se a ação pode melhorar a*

eficiência em um determinado mercado (primeiro dividendo) e contribuir para a redução da desigualdade de gênero (segundo dividendo)[64]".

Dessa forma, concluiu-se, primeiramente, que mesmo para as autoridades que optem por se manterem cegas em relação às questões de gênero, ao gerar o incremento da competição nos mercados será possível obter vantagens relativas a redução de desigualdades em geral, incluída a desigualdade de gênero.

Ademais, também se entendeu que é possível às autoridades de defesa da concorrência colaborar com a luta pela desigualdade de gênero com base nas ferramentas tradicionalmente utilizadas em suas análises de condutas e de atos de concentração.

Como exemplos dessa atuação pautada em ferramentas já existentes, podemos citar a priorização de fiscalização de mercados sensíveis para as mulheres, a promoção de estudos sobre estes mesmos mercados e a avaliação de decisões anteriores com vistas a identificar questões de gênero que foram, ou não, endereçadas em sua avaliação, além de estudos com vistas a compreender o impacto de decisões de priorização anteriores.

Nesse sentido, também podem ser realizadas a coleta de dados sobre gênero pelas autoridades, bem como estas informações podem passar a ser divulgadas em suas decisões, o que pode contribuir de forma crucial para o desenvolvimento de novas pesquisas sobre o tema.

Ademais, as autoridades também podem desenvolver novas ferramentas para inclusão de questões de gênero à sua política antitruste, por meio, por exemplo, da realização de auditorias internas de gênero e de auditorias de gênero para fins de análise de programas de *compliance* dos administrados, além da realização de pesquisas com consumidores com vistas a compreender melhor suas características, evitando análises demasiado agregadas, que podem, inclusive, colocar em risco a eficiência das análises e decisões da autoridade.

Dessa forma, conforme detalhado neste estudo, concluiu-se que uma política antitruste inclusiva quanto a questões de gênero é uma agenda irreversível, relevante e urgente para toda a sociedade e que tem o potencial de ajudar a desbloquear o potencial econômico historicamente negado às mulheres devido a diversos fatores, formais e informais.

Por fim, cumpre destacar que todos os trabalhos citados neste estudo analisam as questões de gênero através de uma concepção binária: homem e mulher. Diante disso, acredita-se que futuras pesquisas deverão ser capazes de enfrentar o desafio de incluir em suas análises outras identidades de gênero, não se limitando às categorias binárias usadas até o momento.

[64] OECD. Op., cit., p. 34.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATHAYDE, Amanda; CAVALCANTI, Mariana Piccoli L. Gênero e Antitruste: O fenômeno poliédrico da discriminação por gênero e seus impactos na defesa da concorrência. Portal Jota, 25 de fevereiro de 2021. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/elas-no-jota/genero-antitruste-25022021. Acesso em: 15 out. 2021.

BECKER, G. S. 1957. The Economics of Discrimination. Chicago: University of Chicago Press.

COOKE, Dudley; FERNANDES, Ana P.; FERREIRA, Priscila. Product market competition and gender discrimination. GEE Papers, N. 105, 2018. Disponível em: https://www.gee.gov.pt//RePEc/WorkingPapers/GEE_PAPERS_105.pdf;

MEIRELES, Débora; FREGUGLIA, Ricardo da Silva; CORSEUIL, Carlos Henrique Leite. Texto para Discussão (TD) 2484: Discriminação por gênero e poder de mercado como determinantes do emprego relativo de mulheres. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). 2019. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/9332. Acesso em: 21 out. 2021.

OECD. Gender. https://www .oecd.org/daf/competition/gender-and-competition.htm;
PIKE, Chris. Shaping the "she-covery": Using gender inclusive competition policy to build back better, OECD on the Level, 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3487726.

HUBBARD, Sally. How monopolies make gender inequality worse, Revista Forbes, 2017. Disponível em: https://bit.ly/36fonCC;

PIKE, Chris. What's gender got to do with competition policy, OECD on the Level, March 2018. Disponível em: https://oecdonthelevel.com/2018/03/02/whats-gender- got-to-do-with-competition-policy/;

SANTACREU-VASUT, Estefania; PIKE, Chris. Competition Policy and Gender. Concurrences N° 4-2019. Disponível em: https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/43._competition_policy_and_gender.pdf?55641/a8c91e8475345b86e501c3a87f6ae35c22e08165;

WOMEN IN ANTITRUST (WIA). Análise Final do Relatório de Representatividade e Inclusão Feminina no Antitruste, 2019. Disponível em: https://bit.ly/3qPwFJi
PODCAST: WIA - Gênero e Antitruste, com Carol Saito. Disponível em: https://anchor.fm/womeninantitrust/episodes/WIA-Podcast-12---Gnero-e-Antitruste--com-Carolina-Saito-e14ier1.

MEIRELES, Débora; FREGUGLIA, Ricardo; CORSEUIL, Carlos Henrique. Discriminação por gênero e poder de mercado como determinantes do emprego relativo de mulheres. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea. 2019. Disponível em:

<http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9332/1/TD_2484.PDF>. Acesso em: 20 out. 2021

HANNAN, Orley; ASHENFELTER, Timothy. Sex Discrimination and Product Market Competition: The Case of the Banking Industry. 1986.

[1] OECD. 2018. https://www.oecd.org/competition/gender-inclusive-competition-policy.htm

MKATSHWA, Betty; TSHABALALA , Mpumelelo e PHALATSE, Sonia. *Prioritising gendered public interest considerations*. Gender Inclusive Competition Policy. OECD. 2021. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-proj-6-prioritising-gendered-public-interest-considerations.pdf.

KOVACIC, Willian E. *Incorporating Gender as a Prioritization Principle and Project Selection Criterion in Competition Agencies.* Gender Inclusive Competition Policy. OECD. 2021. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-proj-7-incorporating-gender-as-a-prioritization-principle.pdf

PINHEIRO, L., FAYE, A.C., GINN, M., LEHMANN, e J.Y. e POSCH, J. *Gender considerations in the analysis of market definition and competitive effects: A practical framework and illustrative example*. Gender Inclusive Competition Policy. OECD. 2021. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-proj-2-analysis-market-definition-and-competitive-effects.pdf

DAMSTRA, Lola; NIELS, Gunnar e ROSENBOOM, Nicole. *Gender Differences in Surveys for Market Definition and Merger Analysis*. Gender Inclusive Competition Policy. OECD. 2021. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-proj-1-gender-differences-in-surveys-for-market-definition-and-merger-analysis.pdf

GINN, Marisa e POSCH, Johanna. *Gender Considerations in the Analysis of Market Definition and Competitive Effects: Practical Framework and Illustrative Example*. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-proj-2-analysis-market-definition-and-competitive-effects.pdf>.

UCAP, J; HELDMAN, C e RAU, H. A. *Gender and Collusion*. Gender Inclusive Competition Policy. OECD. 2021. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-proj-5-gender-and-collusion.pdf.

BORRELL, Joan-Ramon; ORDÓÑEZ-DE-HARO, José Manuel; GARCÍA, Carmen e JIMÉNEZ, Juan-Luis. *Gender Bias in Cartel Engagement*. Gender Inclusive Competition Policy. OECD. 2021. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-proj-4-gender-bias-in-cartel-engagement.pdf.

ABATE. Carolina; BRUNELLE. Alexis. *Cartel Behaviour and Boy's Club Dynamics.* Gender Inclusive Competition Policy. OECD. 2021. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-proj-3-cartel-behaviour-and-boys-club-dynamics.pdf.

LONG, Sarah. Gender Inequality, Market Distortion and Consumer Welfare: A Call to Action for Competition Authorities. J*ournal of European Competition Law & Practice*, Volume 10, Issue 5, Maio, 2019. Páginas 267–268. Disponível em: https://doi.org/10.1093/jeclap/lpz020.

PIKE, Chris. *Shaping the "she-covery": Using gender inclusive competition policy to build back better*. OECD On the Level. Agosto, 2020. Disponível em: https://oecdonthelevel.com/2020/08/18/shaping-the-she-covery-using-gender-inclusive-competition-policy-to-build-back-better/.

OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Competition Policy and Gender*. Background paper por Chris Pike & Estefania Santacreu-Vasut. 2018. p. 3. Disponível em: https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2018)4/en/pdf
International Labour Office (ILO). *World Employment and Social Outlook: Trends for women, International Labour Office* – Genebra. Suíça. 2017.

HAUSSMAN, R., TYSON, L. e ZAHIDI, S. The Global Gender Report. World Economic Forum. Suíça. 2006. p. 18. Disponível em: https://www3.weforum.org/docs/WEF_GenderGap_Report_2006.pdf

WODON, Q., e B. de la BRIÈRE. 2018, *Unrealized Potential: The High Cost of Gender Inequality in Earnings.* The Cost of Gender Inequality Notes Series. Washington, DC: The World Bank. p. 2. Disponível em: https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/29865/126579-Public-on-5-30-18-WorldBank-GenderInequality-Brief-v13.pdf?sequence=1&isAllowed=y

World Economic Forum. The Global Gender Gap Report 2017. 2017. p. 25. Disponível em: https://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2017.pdf

18. O INSTITUTO DO *STATE AID* DA UNIÃO EUROPEIA APLICADO AOS CLUBES DE FUTEBOL: UM CAMINHO PARA O DESPORTO BRASILEIRO?

18. THE EUROPEAN UNION STATE AID INSTITUTE APLIED TO THE SOCCER CLUBS: A PATH TO BRAZILLIAN SPORT?

Igor de Oliveira

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. BREVES NOTAS SOBRE STATE AID. 2.1. ANÁLISE TEÓRICA DO STATE AID NA EU E SUA APLICABILIDADE NO FUTEBOL. 2.2. ANÁLISE CONCRETA DO STATE AID NA EU E SUA APLICABILIDADE NO FUTEBOL. 2.2.1. caso 1: o State Aid ilegal recebido pelo *Real Madrid Football Club*. 2.2.2. Caso 2: O S*tate Aid* ilegal recebido por clubes espanhóis. 2.2.3. Caso 3: A compra do Newcastle United pelo consórcio da Arábia Saudita. 2.3 TABELA COMPARATIVA DOS CASOS. 3.1. BREVES NOTAS SOBRE O QUE HÁ DE NOVO NO DIREITO DO FUTEBOL BRASILEIRO. 3.2 CASOS BRASILEIROS SOBRE E SUAS REPERCUSÕES INTERPRETATIVAS SOBRE O *STATE AID*. 3.3 TABELA COMPARATIVA ENTRE OS CASOS BRASILEIROS. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA.

RESUMO: O presente artigo busca investigar a temática sobre o State Aid europeu, sobretudo no tocante nas ajudas estatais realizadas às associações esportivas de futebol, e em que grau estas, com uma profunda similaridade se operam nos mercados em que prevalecem os ditames da concorrência, e se podem em algum ponto litigar de um lado o país da associação esportiva e de outro a comunidade europeia. Com isso, a pretensão é buscar entender se existe de fato a submissão do futebol à disciplina concorrencial, e se tal submissão também poderia ser disposta em solo brasileiro, além disso, busca inquirir se existe de fato algum controle que torne o State Aid eficaz no tocante ao auxílio aos clubes de futebol. Analisando a constatações presentes no setor esportivo tanto europeu quanto brasileiro, trata-se de um mercado com características próprias e opostas, portanto, torna interessante uma análise inédita ao interpretar com base nas leis da concorrência e do instituto europeu do State Aid para os clubes de futebol.
Palavras-chave: State Aid; Associação Esportiva; Comunidade Europeia; Disciplina Concorrencial

ABSTRACT: *This article seeks to investigate the theme of European State Aid, especially with regard to assistance provided to football sports associations, and to what degree these, with a profound similarity, operate in markets where competition dictates, and if they may at some point litigate on one side of the sports association's country and on the other of the European community. With this, the intention and seek to understand if there is in fact the submission of football to the competitive discipline, and if such submission could also be arranged on Brazilian soil, in addition, it seeks to inquire whether there is in fact any control that makes the State Aid effective in the regarding assistance to football clubs. Analyzing the findings presented in both the European and Brazilian sports sector, it is a market with its own and opposite characteristics, therefore, it makes an unprecedented analysis interesting when interpreting based on competition laws and the European Institute of State for football clubs.*

Keywords: *State aid; Sports Association; European Community; Competition Discipline.*

INTRODUÇÃO

Com o crescente movimento de globalização das atividades econômicas e a proliferação de empresas transnacionais, percebemos que um novo cenário está sendo desenhado, um mercado mais competitivo entre os Estados membros da União Europeia e que atingiu inevitavelmente mercados não tão tradicionais, como o mercado único do futebol.

Em face disso, houve um equilíbrio entre o aspecto social que o futebol proporciona e a atividade econômica que caracteriza essa nova etapa do futebol com viés mais econômico.

Para equilibrar o aspecto social e econômico de ambos os aspectos novos do futebol, a União Europeia se viu obrigada a aplicar instrumentos de política econômica e social, sendo o *State Aid*[1] sendo um instrumento aplicado em áreas tradicionalmente produtivas e empresariais do mercado que busca fomentar os negócios com auxílios diretos ou indiretos previstos em lei que têm, como finalidade precípua a distorção controlada da concorrência.

A previsão legal deste *State aid* encontra-se no Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), em seus artigos 107º a 109º, que tem como previsão a natureza e o alcance do auxílio.

Nesse sentido, o presente estudo busca efetuar uma breve análise da aplicação do *State aid* como mecanismo regulatório e fiscalizatório por intermédio da Comissão Europeia aplicadas ao setor de desportos, sobretudo o futebol europeu.

Além disso, o presente artigo busca, através de análises jurisprudenciais, legais e casuísticas entender o histórico europeu de decisões da Comissão Europeia, e com isso, busca compreender se as repercussões do *State Aid* da União Europeia seriam aportadas pelo Direito do futebol brasileiro. O State Aid se aplica no futebol europeu devido ao princípio da concorrência leal das empresas sendo garantido a essas, auxílios nas esferas tributária e fiscal, tornando os clubes mais competitivos, tal auxílio também pode ser implementado no Brasil.

O presente artigo está dividido em quatro capítulos: o primeiro capítulo busca relatar de forma breve como se deu a origem, a natureza, os pressupostos e a eficácia do instituto do *State aid* na União Europeia nos mercados tradicionais e empresariais dos Estados membros e em seguida busca entender como se deu a primeira aplicação do instituto do *State aid* no âmbito

[1] . A constituição do mercado único gera benefícios públicos na medida em que promove o aumento da eficiência econômica, que aumenta à medida que a concorrência entre empresas é maior. A existência de um ambiente concorrencial é, portanto, um requisito necessário para a elevação do bem-estar e, logo, para a própria manutenção da coesão social em tomo do projeto. Vide, CORREA, Paulo Guilherme. **Diretrizes de reestruturação industrial da União Europeia: Três lições para o caso brasileiro.** REVISTA DO BNDES, RIO DE JANEIRO, V 2. N 4. P 55-70, DEZ 1995

futebolístico, além disso, tenta explicar como o futebol se tornou uma atividade econômica relevante a ponto de ser beneficiado com um instrumento tradicionalmente aplicado em mercados tradicionais de bens e serviços.

No segundo capítulo, buscamos entender como a legislação concorrencial e de *State aid* é aplicada no âmbito futebolístico com a análise de pressupostos evolutivos do mercado esportivo, e, além disso, no primeiro subtópico o artigo esboça como a teoria é aplicada nesse novo mercado que vem ganhando mais e mais espaço, já no segundo subtópico, busca apresentar como o se deu a jurisprudência de dois casos, um caso clássico sobre a Liga espanhola de Futebol e um caso recente com a compra de um clube da *Premier League* (Linga inglesa de Futebol).

No terceiro capítulo, após análise dos pressupostos, origem, eficácia vistas no primeiro capítulo e dos casos de aplicação da legislação de *State aid* e da lei concorrencial no segundo capítulo, no terceiro capítulo buscamos analisar a pergunta de pesquisa proposta mais acima na introdução, seria possível interpretar as disposições legais do *State aid* europeu no futebol brasileiro, e ver o que já foi feito e pode ser como *State aid*.

Veremos mais à frente na conclusão, que pode ser que já venha sendo aplicado certos entendimentos favoráveis ao fomento do mercado futebolístico no Brasil, mas não somente isso, bem como auxílios diretos devido ao agravamento da situação econômica a clubes semiamadores e até profissionais, com isso é inegável que estes auxílios conferidos também podem estar cumprindo a sua função social que é tão inerente ao futebol.

5. BREVES NOTAS SOBRE STATE AID NA UE E O FUTEBOL NA EU

Sob a luz do Direito da União Europeia, o *State Aid*, representa de forma bem genérica, uma vantagem conferida em uma seleção feita pela Comissão Europeia à uma entidade privada concedida por uma entidade pública, ocasionando assim, uma distorção na concorrência e no comércio dos Estados-Membros da União Europeia.

O conceito do *State Aid* possui uma série de conceitos cumulativos:

a) São medidas que de uma forma ou de outra afetam as trocas comerciais entre os Estados-Membros da União Europeia;

b) São concedidas pelos cofres públicos do Estado;

c) Não depende de forma;

d) Tem o objetivo de falsear ou não a concorrência;

e) O *State Aid* isto é, será concedido certas empresas ou setores.

Inicialmente é necessário detalhar o propósito deste tópico único, podemos dizer que a legislação comunitária europeia possui um princípio norteador no que diz respeito à concessão dos *State Aids*. Tal vedação diz respeito ao fato que os *State Aids*serem de forma clara, prejudiciais ao mercado, ora, se um agente econômico é selecionado para receber a concessão de tal auxílio por parte do poder público, acarreta na falsa concorrência com os demais agentes do mercado.

Com este efeito, é notável que os auxílios estatais para as empresas mal geridas e sem as mínimas condições plenas de permanecer no mercado acaba por lesar as estruturas indispensáveis do próprio mercado, para tanto, acaba por causar dores de cabeça ao próprio Estado concedente do auxílio. Sendo assim, os auxílios estaduais condicionam na manutenção dos mercados nacionais, promovendo uma alteração nas estruturas concorrenciais do mercado, e os auxílios estatais se aplicam no âmbito da comunidade europeia.

Por isso a necessidade de manter o discurso de assegurar a restrição dessas concessões estatais, pois o objetivo é em última instância, na medida que o dever principal é conservar a livre concorrência e a coerência de um mercado único europeu.

Tal necessidade é justificada no contexto de legal previsto no artigo 107º nº1 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE)[2]. Ainda que tal texto normativo não possa nos fornece um conceito claro de auxílio público, há uma delimitação interpretativa presente, vejamos primeiramente o que diz o referido artigo do tratado:

> 1. Salvo disposição em contrário dos Tratados, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.

Tal interpretação do referido artigo nos faz imaginar que este auxílio público seria qualquer categoria de vantagem seletiva a ser ofertada com fundos estatais que beneficie algum setor ou entidade em face dos demais agentes econômicos.

Assim, para ser tipificado como auxílio público é preciso que a vantagem concedida, tenha potencial de infligir mudanças na concorrência e no mercado comum.

Nesse ponto, é importante conceituar o que seria a tal vantagem seletiva que pode ser mais amplo que o próprio subsídio. Neste caso, é preciso considerar que os auxílios são todos e qualquer vantagem ou benefício que poderá ser concedido a uma determinada sociedade empresária, conglomerado de empresas ou a um setor inteiro, podendo variar entre *State aid*

[2]**TRATADO DE FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA**. 13 Dez. 2007. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF> Acesso em 25 Set 2021.

positivo que pode ser benefício na figura da subvenção em dinheiro. Já o *State aid* negativo seria mediante as isenções tributárias ou benefícios fiscais seletivos.

Vejamos qual seria a origem do *State aid*, já que anteriormente só fora esboçado de forma genérica como proveniente dos recursos do Estado. No entanto, vale atentar ao que direciona o artigo 107º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) que de fato a ajuda seja proveniente dos cofres públicos, porém, a origem pode advir de um auxílio de recursos públicos estatais, regionais, municipais e inclusive de empresas públicas, sendo requisito necessário que a ajuda afete os cofres públicos, seja de forma positiva ou negativa.

Como dito previamente, o *State aid* depende do requisito da seletividade, ou seja, é exigível que a vantagem concedida de natureza dos cofres públicos tenha um alvo muito bem claro, seja sociedade empresária, conglomerado de empresárias ou setores produtivos do mercado concorrencial, e que, seja de suma importância que não beneficie toda a economia do mercado, mas somente de um beneficiário do auxílio em face dos demais agentes concorrenciais.

O nº 2 do artigo 107º possui a previsão sobre as exceções nas quais serão comportadas as hipóteses de concessão do *State aid*[3], no qual enfileira da seguinte maneira:

> 2. São compatíveis com o mercado interno:
> a) Os auxílios de natureza social atribuídos a consumidores individuais com a condição de serem concedidos sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos;
> b) Os auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários;
> c) Os auxílios atribuídos à economia de certas regiões da República Federal da Alemanha afetadas pela divisão da Alemanha, desde que sejam necessários para compensar as desvantagens económicas causadas por esta divisão. Cinco anos após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o Conselho, sob proposta da Comissão, pode adotar uma decisão que revogue a presente alínea.

Ainda cumpre destacar que ao auxílio público não pode ser afetado pelas supracitadas exceções previstas no nº2 do artigo 107º do Tratado de Funcionamento da União Europeia. Neste ponto, isto se revela de suma importância dada à compatibilidade que o auxílio pode ocasionar nos agentes econômicos do mercado interno dos estados-membros da União Europeia.

Pois, para o ponto de vista de classificação, não é interessante o objetivo que o auxílio assuma, sendo este ponto relevante apenas para os academicistas, mas tão somente é interessante qual a capacidade que o auxílio concedido irá causar efeitos de falseamento da concorrência interna dos mercados, este, será o critério definidor dos resultados.

[3]**TRATADO DE FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA**. 13 Dez. 2007. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF> Acesso em 25 Set 2021.

É interessante mencionar o nº 3 do artigo 107 do Tratado de Funcionamento da União Europeia[4], vejamos:

> 3. Podem ser considerados compatíveis com o mercado interno:
> a) Os auxílios destinados a promover o desenvolvimento económico de regiões em que o nível de vida seja anormalmente baixo ou em que exista grave situação de subemprego, bem como o desenvolvimento das regiões referidas no artigo 349. o, tendo em conta a sua situação estrutural, económica e social;
> b) Os auxílios destinados a fomentar a realização de um projeto importante de interesse europeu comum, ou a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-Membro;
> c) Os auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas atividades ou regiões económicas, quando não alterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum;
> d) Os auxílios destinados a promover a cultura e a conservação do património, quando não alterem as condições das trocas comerciais e da concorrência na União num sentido contrário ao interesse comum;
> e) As outras categorias de auxílios determinadas por decisão do Conselho, sob proposta da Comissão

É consubstanciado situações determinadas que serão onde os auxílios serão devidamente considerados compatíveis com o mercado nacional dos Estados-Membros da União, é evidente que os auxílios designam inúmeros objetivos, vejamos alguns:

a) A promoção do desenvolvimento econômico de determinadas regiões em que o nível e a expectativa de vida estejam abaixo do nível europeu;
b) Solução crises de desemprego regional; auxílios com viés de fomentar projetos de interesse continental em comum;
c) Auxílios que sejam destinados à promoção da conservação e cultural do patrimônio europeu, desde que não venha a resultar em alterações nas condições de trocas comerciais e da concorrência no interesse comum; desde a auxílio previamente debatidos e por decisão do conselho, sejam concedidos por proposta inicial da comissão prevista no Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Com a definição do *State Aid* e as suas hipóteses de cabimento e requisitos no âmbito da legislação comunitária europeia, é relevante frisar que o desporto é perfeitamente plausível pela jurisdição legal do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE).

A estrita relação entre o esporte, em geral, e os tratados europeus possuem uma sucessiva regulamentação na União Europeia, e com o advento cada vez mais pujante do futebol, esta relação vem sendo observada com certa inquietude pelos Estados-Membros da União Europeia. Os tratados europeus sobre comércio, inevitavelmente se tornaram aplicável ao cerne do mundo desportivo.

[4]**TRATADO DE FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA**. 13 Dez. 2007. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF> Acesso em 25 Set 2021.

Por isso, é inegável citarmos o Tratado de Amsterdam[5], que possui uma declaração considerável, como prescreve desta forma:

> 29. Declaração relativa ao desporto
> A Conferência salienta o significado social do desporto, em especial o seu papel na formação da identidade e na aproximação das pessoas. A Conferência convida, por isso, os órgãos e instituições da União Europeia a ouvir as associações desportivas, sempre que se coloquem importantes questões relacionadas com o mundo do desporto. Neste contexto, deverá ter-se especialmente em conta as características particulares do desporto amador.

Outro tratado que intensifica essa relação entre os esportes no território da União Europeia é o Tratado de Nice[6], que possui uma série de disposições relativas que concluem com uma série de preocupações sobre as características do desporto, bem como dialoga sobre a função social que os esportes possuem na União Europeia, bem como disponibiliza como serão as políticas comuns para a sua execução.

O Tratado de Lisboa[7], é mais enfático em incluir as Associações Desportivas no *Hall* do Direito Comunitário da União Europeia, fundindo os esportes como uma ferramenta de promoção da educação, formação profissional e conservação saudável da juventude.

Por consequência da importância gradual que o desporto teve nos Tratados mencionados acima, é inegável que o futebol nunca foi alvo de receber um tratamento normativo adequado quanto obteve nestas últimas décadas, ainda que seja reconhecido a sua função social cumprida.

Como resultado disso, a desporto foi caracterizado como atividade profissional, e por consequência tendo a sua atividade econômica reconhecida e cristalizada nas normativas europeias, como em acórdãos ou decisões judiciais nacionais, ou à nível comunitário, vide o caso *Walrave* e *Koch*[8]*,* que remonta em 1974, sendo este o primeiro caso de relação com o Direito e o Desposto.

Podemos esclarecer brevemente que os tribunais decidiram por enfim, submeter o desporto aos interesses do direito comunitário europeu, e sobretudo buscou aplicar as normas do direito concorrencial para a temática, ou seja, podemos inferir não haver de fato uma legislação específica para o desporto, sendo-lhe aplicado normas gerais de Direito Comunitário e Direito Concorrencial, onde possui como variável uma análise de caso a caso e lentamente

[5]**TRATADO DE AMSTERDÃ**, 10 nov. 1997. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11997M/htm/11997M.html#0001010001> . Acesso em: 28 set. 2021

[6]**TRATADO DE NICE**, 10 mar. 2001. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/12001C/htm/12001C.html> . Acesso em: 28 set. 2021.

[7]**TRATADO DE LISBOA**, 13 dez. 2007. Disponível em: < https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12007L:PT:HTML> . Acesso em: 28 set. 2021.

[8]ACÓRDÃO WALRAVE E KOCH, de 12 de Dezembro de 1974, **Processo n.º 36/74**. Disponível em: < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61974CJ0036> Acesso em: 28 set. 2021.

vai construindo uma jurisprudência pacificada e segura, o caso *Walrave* e *Koch* foi o primeiro, mas não será o último.

Ainda que o caso *Walrave* e *Koch* seja o primeiro caso sobre a união entre o direito comunitário e o desporto e retoma ao ano de 1974, o primeiro caso de união entre desporto e concorrência somente veio ocorrer 36 anos depois, no ano 2000, com o famigerado acórdão Deliége, de 11 de abril de 2000[9]. Porém, este não será o enfoque do referido artigo, apenas à título de conhecimento para evidenciar que a matéria está em constante evolução, seja na esfera normativa ou casuística.

2.1 ANÁLISE TEÓRICA DO STATE AID NA EU E SUA APLICABILIDADE NO FUTEBOL

Neste tópico, nós iremos debater a aplicação do Auxílio Estatal no futebol europeu, com isso, nó iremos dividir em duas subseções, sendo a primeira uma explicação teórica da disciplina de auxílio estatal e do direito concorrencial no mundo dos desportos (2.1.); já na segunda subseção, teremos uma análise de casos emblemáticos e um caso recente que no futuro será alvo de intensos debates pela Comissão Europeia (2.2). prosseguindo faremos uma comparação de casos (2.3).

Ainda que ocorra a devida submissão dos clubes e Associações Desportivas aos auxílios estatais e à matéria concorrencial, e que caracteriza a formação dos clubes futebolísticos inevitavelmente obriga a considerarmos certas considerações iniciais.

Primeiramente devemos considerar a função social e esportiva que o futebol representa ao longo de toda a sua história, que perfura as barreiras da atividade econômica. Uma das principais inquietações é o resguardo em formar jovens estrelas e não somente isso, bem como educar os jovens, motivo pelo qual muitas vezes é determinante para a concessão do *State aid* aos clubes de futebol, como dito anteriormente, o futebol atravessa as quatro linhas do campo, haja vista que muitos clubes investem na construção de academias e escolas educativas e de futebol, sempre obedecendo ao mercado interno e devendo ter como requisito para a concessão um gerenciamento fiel aos objetivos que fundaram a solicitação para o que auxílio fosse concedido.

[9]ACÓRDÃO DELIÉGE, de 11 de Abril de 2000, **Processos Conjuntos n.º C-51/96 e C-191/97**. Disponível: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61996CJ0051&from=FR> Acesso em: 28 set. 2021.

Para ilustrar, a Decisão IP/01/599 da comissão[10] é bem clara quanto aos auxílios concedidos aos clubes:

> The European Commission decided on Wednesday not to object to a public subsidy scheme for professional sports clubs, notified by France, since the subsidies do not constitute state aid under the EC Treaty. It was clear from an examination of the notification that the measures are designed to assist education and initial training and as such constitute an educational or comparable scheme (...).
> The French authorities have agreed to monitor the allocation of the subsidies closely, to prevent any overcompensation of the net cost of the training and hence any cross-subsidisation, chiefly by requiring separate accounts to be kept for training measures and for the economic activities of the professional sports clubs.

Com isso em mente, é plenamente perceptível que as academias e escolas constroem um papel estritamente precípuo na educação dos jovens atletas do futebol. Para além das quatro linhas, é inegável que a otimização da prática esportiva funciona como uma integração para os jovens que, em sua grande maioria são provenientes de famílias carentes, possuam uma oferta digna de trabalho honesto no futebol e recebam ainda uma oportunidade de prosseguir os estudos com a prática desportiva, que em muitos casos têm que ser feita uma escolha, sobre estudar ou focar no futebol profissional.

Portanto, o papel do financiamento em busca de uma construção dessas infraestruturas classificadas como auxílios estatais contribuem para essa infraestrutura acolhedora desses jovens.

Porém, o auxílio concedido deve ser proporcional com a finalidade e o seu destino deve ser bem claro com a quantia que lhe foi dada, controle sempre deve ser feito mediante a figura da Comissão Europeia de modo a evitar desvios de quaisquer naturezas.

Desta forma, os auxílios concedidos com a finalidade de formar as jovens estrelas são permitidos e assumem uma importância social tremenda, e além do mais, resguarda a prática esportiva do futebol também em clubes amadores.

Veremos mais a frente que a lei da concorrência não é aplicável aos clubes amadores por uma série de fatores, mas, na verdade, há a possibilidade de entidades públicas, especialmente as de caráter municipal, serem contempladas pelas normas concorrências e consequentemente serem tutelas pela norma concorrencial e até mesmo ser beneficiada pelo *State aid*.

Neste quesito, é preciso entender que os auxílios precisam ser compatíveis fundamentalmente aplicados por dois motivos relevantes, sendo o primeiro sobre o auxílio *de*

[10]Press Corner EU. **COMMISSION DOES NOT OBJECT TO SUBSIDIES FOR FRENCH PROFESSIONAL SPORTS CLUBS.** Press Corner, Brussels 25, abril, 2001. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_01_599> Acesso em: 29 set. 2021

minimis, esta categoria de auxílio decorre do entendimento da Comissão Europeia sobre os auxílios de valores ínfimos sendo tolerados por não caracterizarem um potencial distorção do mercado, vejamos as regras do *State aid de minimis*[11]:

> Em 1998, o Conselho da União Europeia34 publicou o Regulamento 994/98, contendo, em seu art. 2º, norma referente à regra de minimis, conferindo à Comissão poderes para, através de regulamento, determinar que certos auxílios são isentos do processo de notificação, fixando- -se limite máximo em período determinado (...)
> Como decorrência do poder normativo da Comissão, esta criou o Regulamento 69/2001, que passou a reger a regra de minimis. Para este fins, em seu art. 2º, a Comissão definiu como 100.000 euros o montante máximo de auxílio durante um período de três anos. Neste caso, a notificação à Comissão torna-se desnecessária.

Um segundo motivo é extremamente básico sendo revelado pelo fato do futebol amador, ter como constituição uma função social muito importante no futebol. Sendo, portanto, uma forte área onde o auxílio *de minimis* possa ser aplicado sem acarretar nenhuma distorção na concorrência.

Falemos agora sobre os financiamentos dos clubes aos próprios clubes, um assunto que sempre é permeado por polêmicas é a construção e a renovação dos estádios de futebol pelo poder público, e que inconsequentemente deságua na lei concorrencial.

Neste aspecto, há sim, a parceira para que esse auxílio seja implementado com a correta compatibilidade do mercado interno, e por se tratar por valores exorbitantes, bem, a Comissão Europeia tem o dever de acompanhar de perto tal concessão, vejamos o exemplo francês[12]:

> (4) Le projet notifié concerne la construction ou la rénovation de 9 stades, financée par les autorités françaises, aux fins de l'organisation du championnat UEFA « EURO 2016 » et leur exploitation ultérieure, au-delà du championnat.
> (5) La construction et la rénovation des 9 projets ont été réalisées selon les 3 montages juridiques suivants : le partenariat public-privé (PPP)1 (Bordeaux, Marseille, Lille et Nice), la maîtrise d'ouvrage public (MOP)2 (Saint-Etienne, Toulouse et Paris) et le bail emphytéotique administratif (BEA)3 (Lens). Le projet du Stade des Lyon est un projet complètement privé, développé par l'OL groupe (Olympique Lyonnais).

Neste exemplo, em meados de 2013 a França solicitou à Comissão Europeia a concessão de um auxílio de 1052 milhões de Euros para construir e renovar 9 estádios para a celebração *UEFA EURO 2016 Championship*. Bom, nessa situação a Comissão Europeia concedeu o financiamento e caracterizou como *State aid* por um motivo pertinente, sendo que

[11]JUNIOR, Celso Minoru Sakuraba. **OS AUXÍLIOS DE MINIMIS: THE DE MINIMIS STATE AIDS**. Revista do CAAP | Belo Horizonte n. 2 | v. XVIII, 2012.

[12]Decisão SA.35501 (2013/N) **FINANCEMENT DE LA CONSTRUCTION ET DE LA RÉNOVATION DES STADES POUR L'EURO 2016.** 01 de out. 2012.

Disponível em:<https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_35501>

o impacto seria a vantagem conferida para as empresas de construção e manutenção uma vantagem, bem como para o público.

Apesar disso, o auxílio em debate foi declarado compatível para com os interesses de mercado interno, além disso o projeto seria um grande interesse em comum para a Europa, portanto seria submetido aos ditames do nº3 do artigo 107º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, já para a compatibilidade com o mercado interno, bem, a Comissão Europeia entendeu que o projeto não iria acarretar uma distorção drástica na concorrência. Além do mais, a Comissão Europeia ainda entendeu que o projeto não seria realizável sem a interferência do poder público, sendo, portanto, indispensável para a sua execução.

Por fim, podemos entender que existe sim a aplicação tanto das normas do *State Aid* e da legislação concorrencial com as especificidades dos esportes e particularmente para com o futebol. No entanto, a Comissão Europeia, em casos de desporto sempre considera a função social que o esporte tem, muito além do critério econômico, sendo sem dúvida de interesse comum europeu que haja mais competições de futebol, ou seja, obedece ao critério social do futebol e o critério econômico

Podemos citar outro exemplo de aplicação dos preceitos do auxílio público na área desportiva, sendo a declaração de compatibilidade do *State aid* para a construção e conservação de estádios de futebol o país da Irlanda do Norte. Neste caso específico, a Comissão Europeia votou favoravelmente para a concessão de £133 milhões de euros para a devida construção e incrementos extras nos três estádios da capital Belfast, destinados a inúmeros esportes, desde corrida olímpica até o futebol.

Para a análise declaratória da concessão, a Comissão Europeia considerou a região onde os estádios serão construídos e modernizados, por se tratar da capital da Irlanda do Norte, Belfast, seria um importante ponto turístico que enriqueceria a cidade na sua totalidade. Como podemos ver nas justificativas do regulamento da União Europeia[13]:

> The aid is necessary and well targeted as it addresses the specific problem of underinvestment in sports infrastructure. The UK authorities have demonstrated that such infrastructure cannot be provided by market forces alone. The three stadia have not attracted sufficient private funding to deliver the reconstruction without significant public intervention (...)
> The financing is also justified by the fact that such an infrastructure otherwise would be absent in the region concerned.

[13]Decisão SA.37342 (2014/NN) **REGIONAL STADIA DEVELOPMENT IN NORTHERN IRELAND**. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/252038/252038_1585421_47_2.pdf> Acesso em: 28 set. 2021.

Além disso, a cidade é um importante ponto político e religioso, pois houve sempre dissidências na própria capital, e quem sabe a construção do estádio seria uma maneira de unir a cidade em uma identificação nacional, haja vista que o *National Football Stadium at Windsor Park* foi um dos modernizados e, portanto poderia servir como uma identidade nacional para os habitantes com pontos de vista diferentes, neste caso, a modernização foi mais centrada em uma justificativa política, sendo este o ponto de vista da Comissão Europeia para a concessão do *State aid*.

É inegável que novamente a Comissão Europeia usou seu famigerado artigo 107º, nº3 do Tratado de Funcionamento da União Europeia para declarar que como a situação é especial na região, pelos motivos já elencado acima, decidiu por enquadrar no entendimento de que é compatível com o mercado interno, pois também irá afetar no desenvolvimento das atividades econômicas da região.

Em face da caracterização dos clubes de futebol como empresas, sobretudo as Sociedades Anônimas de Futebol (SAF), ainda com a recente Lei 14.193/2021 que regula essas sociedades no contexto brasileiro, é notório mencionar que o futebol assumiu uma forma rentável, sendo por meios das SAF, expansão de fundos de investimentos e aquisições de clubes por grandes conglomerados privados de empresas ou por consórcios públicos, por isso, o *State Aid*, precisa mais do que nunca efetuar uma fiscalização atenta e executar suas concessões com eficácias.

Nesta última, precisamos denotar que a vigilância deve ser o pilar central, pois não é somente pelo valor envolvido nas transações ou no (categoria) de auxílio conferido, pois não tão atípico que os valores sejam mais elevados, seja na concessão ou na transação de aquisição dos agentes, mas sim em nome da preservação da legislação da comunidade europeia e em nome da preservação da concorrência justa, sem distorcer ferozmente o mercado interno e o mercado externo, pois se houver uma concessão indevida ou falseada, podemos dizer que o Estado sai prejudicado, o que resulta em um maior peso nas costas do financiado primário, o contribuinte europeu.

E tendo como fundamento essa ideia de peso nas costas do contribuinte, que alguns Estados Nacionais não permitem em suas legislações, seja sobre auxílio ou de concorrência concedido nenhuma categoria de auxílio direito as Associações Desportivas, ou Clubes de futebol, como na Áustria, Bélgica, Finlândia, Holanda e Suécia.

Por fim cumpre destacar que ainda que o futebol tenha o papel social de aproximação entre os adeptos, a própria regulamentação concorrencial e de concessão de auxílios estatais, se

tornam uma árdua tarefa, pois a regulação desportiva não é nada comparável com a tradicional concessão de *State aid* e concorrencial a sociedades empresariais.

Além do mais, a concorrência e a concessão de *State aid* desportivo no contexto das rivalidades de clubes e superação com seus adversários com a finalidade de ganhar o máximo de competições possíveis, há uma interdependência entre os clubes.

Mas por que tal interesse? É simples, pois há um interesse mútuo entre os clubes concorrentes com os seus adversários para manterem uma saúde financeira viável e com a manutenção de uma equipe competitiva. Isso se deve ao simples fato que quanto mais competitivo e quanto maior a incerteza de quem será campeão, maior será a captação das receitas que derivam de venda dos ingressos, direitos de imagem ou direitos televisivos, e essa receita será utilizada para comprar melhores jogadores de seus rivais e construir melhores equipes, ou seja, todos se beneficiam nessa interdependência.

Como podemos denotar, já há uma aplicação das normas e interpretações inerentes da disciplina concorrencial no contexto das Associações Desportivas Profissionais, no entanto, urge mencionar que a aplicação dos dispositivos concorrenciais é abrangida aos clubes de futebol igualitariamente, como exemplo a legislação portuguesa.

Desta forma, podemos mencionar a Lei nº19/2012[14], que em seu nº 1 do artigo 3º, consta a definição de empresa, sendo esta:

> nº1. Considera-se empresa, para efeitos presentes da lei, qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens e serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento

Seguindo com o entendimento do referido artigo mencionado, o nº1 do artigo 2º expõe que[15]:

> nº1. a presente lei é aplicável a todas as atividades económicas exercidas, com caráter permanente ou ocasional, nos setores privado, público e cooperativo

Daí como resultado é notável os efeitos da legislação concorrencial, visto que considera uma entidade como empresa não deve ser considerado o modo como essa se organiza ou como se constitui, e muito menos qual será o seu fim.

Tal despreocupação com a organização, a constituição da empresa ou em qual mercado a empresa atuará é irrelevante para a aplicação da lei da concorrência, tendo como único requisito necessário que a referida empresa atue como atividade econômica com base na lei da oferta de bem e serviços em regime de mercado, talvez seja por isso que o direito da

[14]PORTUGAL. **Lei 18/2012 08 de maio de 2012.** Assembleia da República. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/553391/details/maximized> Acesso em: 29 set. 2021.

[15]PORTUGAL. **Lei 18/2012 08 de maio de 2012.** Assembleia da República, Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/553391/details/maximized> Acesso em: 29 set. 2021.

concorrência e o desporto sejam tão plausíveis em solo europeu, dado que possui menos requisitos e menos entraves burocráticos de caracterização de empresa.

Posto isso, fica simples caracterizar as Associações Desportivas como empresas e mais simples ainda se torna a submissão dessas Associações Desportivas às leis concorrenciais e consequentemente, como será concluído mais à frente, a utilização do *State aid* a essas Associações Desportivas.

Desta forma, o resultado é claro uma vez que o desporto profissionalizado, em geral, é mais aplicável aos clubes profissionais que são alvos das previsões normativas.

Entretanto, os clubes para além das disputas esportivas dentro das quatro linhas do campo, seja por copas, campeonatos de ligas nacionais ou internacionais, como:

a) Há o desenvolvimento de atividades de cunho econômico;
b) A compra e venda de jogadores;
c) A respectiva venda dos direitos televisivos audiovisual;
d) A venda dos ingressos para os torcedores acompanharem as partidas;
e) A exploração das marcas e os contratos de publicidades com as grandes estrelas do elenco de um time e demais jogadores.

Porém, a situação difere com relação aos clubes ou Associações Desportivas Amadoras, devido à atividade desportiva exercida de forma meramente recreativa e por puro deleite, não são considerados devidamente empresas pela lei concorrencial e muito menos podem auferir auxílios estatais de qualquer natureza ou espécie.

Ainda que as atividades exercidas possam caracterizar um caráter econômico nos clubes amadores, estas são de forma esporádica e não englobam a oferta de bens ou serviços de qualquer natureza, e, portanto, são de valores irrisórios, motivo pelo qual a aplicação das normas gerais do direito comunitário e do direito da concorrência, não se preocupam com tais clubes, restringindo a eventuais auxílios ou benefícios públicos aos clubes ou Associações Desportivas de cunho profissional, ou semiprofissional.

Por fim, é necessário descrever o papel da Comissão Europeia que dispõe de plenos poderes para controlar, investigar e apreciar os potenciais projetos de auxílios estatais aos Estados Membros da União Europeia, após isso, emite as decisões sejam elas de natureza declaratória ou sancionatória, os aspectos da decisão derivam do Regulamento (UE) nº 2015/1589 do respectivo Conselho.

Além do mais, o respectivo procedimento padrão de investigação, a comissão tem o poder de solicitar informações aos Estados Membros da União Europeia sobre qualquer

empresa ou associação de empresas, e tal previsão também encontra capacidade para atingir os clubes ou associações desportivas e demais agentes econômicos que se beneficiam do respectivo auxílio, tal previsão normativa encontra base legal no artigo 7º do Regulamento 2015/1589 do Conselho[16], que diz:

> 1. Após o início do procedimento formal de investigação previsto no artigo 6.o, em especial no que se refere a casos tecnicamente complexos sujeitos a avaliação substantiva, a Comissão pode solicitar a uma empresa, a uma associação de empresas ou a outro Estado-Membro que prestem todas as informações necessárias para lhe permitir completar a apreciação da medida em apreço, se as informações prestadas pelo Estado-Membro interessado durante a análise preliminar não forem suficientes, tendo em conta o princípio da proporcionalidade, em especial para as pequenas e médias empresas.

Cumpre destacar que a União Europeia mediante a Comissão Europeia pode ser forçada a suprimir certos auxílios que serão indicados a algum Estado Membro, como também tem o poder de rejeitar a instituição de um novo auxílio. Seguindo esse raciocínio, os Estados Membros têm o dever de comunicar à Comissão Europeia, conforme o Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) sobre os seus potenciais auxílios que serão instituídos, mas dentro de um prazo fixado pela própria Comissão Europeia, desde que pautado na razoabilidade.

Porém, o poder da Comissão Europeia a frente das concessões dos auxílios estatais é tamanha, que ainda que o Estado Membro venha a concordar com a compatibilidade da concessão, este não pode instituir de imediato a sua execução, devendo aguardar até a decisão da Comissão Europeia para prosseguir com a execução, o prazo para essas decisões, são de 02 (dois) meses, contados do dia seguinte à notificação completa, conforme expressa o artigo 4º n.º 5 do Regulamento 2015/1589 do Conselho[17]:

> 5. As decisões previstas nos n.os 2, 3 e 4 do presente artigo devem ser tomadas no prazo de dois meses. Esse prazo começa a correr no dia seguinte ao da receção de uma notificação completa. A notificação considerar-se-á completa se, no prazo de dois meses a contar da sua receção ou da receção da qualquer informação adicional, a Comissão não solicitar mais nenhuma informação. O prazo pode ser alargado com o acordo da Comissão e do Estado-Membro em causa. Se for caso disso, a Comissão poderá fixar prazos mais curtos

Desta forma, qualquer *State aid* que não for aprovado ou não se enquadrar nas exceções já mencionadas, será considerado ilegal, tal espécie de auxílio ilegal terá mais

[16]Conselho da União Europeia. **Regulamento 2015/1589**, que estabelece as regras de execução do artigo 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, 13 jul. 2015. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32015R1589> Acesso em: 30 Set 2021.

[17]Conselho da União Europeia. **Regulamento 2015/1589**, que estabelece as regras de execução do artigo 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, 13 jul. 2015. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32015R1589> Acesso em: 30 Set 2021.

importância ao analisarmos casos existentes na concessão de auxílio ilegais a times da Liga espanhola de Futebol.

2.2. ANÁLISE CONCRETA DO STATE AID NA EU E SUA APLICABILIDADE NO FUTEBOL.

A aplicação da Comissão Europeia em seu bojo de atuações deve apreciar as medidas de auxílios estatais que não estejam previstas em suas orientações normativas ou sobre qualquer outra forma de auxílio, à par disso, nenhum auxílio ficará isento de apreciação ainda que não possua previsão legal, tal análise preliminar será feita em dois meses, conforme o exposto no artigo 107º nº 3 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Nesta etapa da análise, a Comissão avalia os auxílios que serão concedidos seguindo a regra do padrão *de minimis,* considerados auxílios de pequeno porte, neste caso a Comissão Europeia não afeta a concorrência ou o comércio interno, ou externo dos Estados Membros tendo em vista o valor ínfimo do auxílio e pelo seu procedimento simples, mas deve seguir as disposições do Regulamento (EU) nº1407[18] da Comissão, vejamos:

> (1) O financiamento público que preenche os critérios enunciados no artigo 107.º, n.º 1, do Tratado constitui um auxílio estatal e deve ser notificado à Comissão nos termos do artigo 108.º, n.º 3, do Tratado. No entanto, em conformidade com o artigo 109.º do Tratado, o Conselho pode fixar as categorias de auxílios isentas dessa obrigação de notificação. Em conformidade com o artigo 108.º, n.º 4, do Tratado, a Comissão pode adotar regulamentos relativos a essas categorias de auxílios estatais. Por força do Regulamento (CE) n.º 994/98, o Conselho decidiu, em conformidade com o artigo 109.º do Tratado, que os auxílios *de minimis* poderiam constituir uma dessas categorias. Nessa base, considera-se que os auxílios *de minimis*, concedidos a uma empresa única durante um dado período e que não excedam um certo montante fixo, não preenchem todos os critérios estabelecidos no artigo 107.º, n.º 1, do Tratado, pelo que não estão sujeitos ao procedimento de notificação.

Porém, a Comissão Europeia não detém todo o poder, pois é possível que os Estados membros possam conceder os auxílios *de minimis* sem terem a necessidade de notificação para a Comissão, como ocorre com os auxílios *de minimis* municipais concedidos as associações amadoras de desportos.

Entretanto, os Estados membros são obrigados a assegurar uma média de auxílios concedidos, para controle para não cumular, podendo recorrer a algum sistema de histórico de

[18] Comissão Europeia. **REGULAMENTO (UE) No 1407/2013**, relativo à aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos auxílios *de minimis,* de 18 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32013R1407> Acesso em: 01 out. 2021.

concessões ou registro central de concessão tendo em vista a publicização da concessão e o fácil acesso pelo Município, Estado ou Estado membro concedente.

Em um segundo procedimento de concessão de *State aid*, encontram-se os auxílios estatais do Regulamento Geral de Isenção por Categoria (RGIC) que possuem a mesma característica dos auxílios *de minimis, ou seja,* não é necessário Estado membro notificar a Comissão Europeia para beneficiar algum agente econômico, tal espécie de auxílio também é aplicado ao desporto, mas atenção, deve seguir os critérios do Regulamento (EU) nº 651/2014, neste caso, os Estados membros aplicam o auxílio e não há a necessidade de uma apreciação extra da Comissão. Eis os critérios a serem seguidos para a concessão do auxílio enquadrado no Regulamento Geral de Isenção por Categoria (RGIC)[19]:

> (1) o financiamento público que preenche os critérios enunciados no artigo 107.º, n.º1, do Tratado constitui um auxílio estatal e deve ser notificado à Comissão nos termos do artigo 108.º, n.º3, do Tratado. No entanto, em conformidade com o artigo 109.º do Tratado, o Conselho pode fixar as categorias de auxílio isentas dessa obrigação de notificação.

Já na ``alínea´´ (74)[20] do mesmo regulamento, lista quais serão as medidas a serem tomadas pelas autoridades quanto se enquadrar em matéria desportiva:

> (74) As medidas de auxílio ao investimento a favor de infraestruturas desportivas devem ser abrangidas pela isenção por categoria se preencherem as condições estabelecidas no presente regulamento, na medida em que constituam um auxílio estatal (...). O artigo 165.º do Tratado reconhece a importância da promoção dos aspetos europeus do desporto, tendo simultaneamente em conta as suas especificidades, as suas estruturas baseadas no voluntariado e a sua função social e educativa (...) os auxílios a infraestruturas que servem mais de um objetivo recreativo e são, portanto, multifuncionais devem também ser abrangidos pela isenção por categoria. Se as infraestruturas desportivas forem utilizadas por clubes desportivos profissionais, as condições tarifárias ligadas à utilização das infraestruturas por esses clubes devem ser tornadas públicas, de modo a garantir a transparência e a igualdade de tratamento dos utilizadores (...).

Já para o último nível de análise da Comissão Europeia, são necessárias a notificação e a aprovação prévia da Comissão, que seguirá um ritual rigoroso para a concessão do auxílio. Primeiramente a Comissão analisa as condições pré-definidas, como o valor do auxílio, os efeitos no mercado concorrencial, os efeitos e o agente econômico que irá receber. Este nível

[19]Comissão Europeia. **REGULAMENTO (UE) N.o 651/2014** que declara certas categorias de auxílio compatíveis com o mercado interno, em aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado, 16 de jun. de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014R0651> Acesso em: 01 out. 2021

[20]Comissão Europeia. **REGULAMENTO (UE) N.o 651/2014** que declara certas categorias de auxílio compatíveis com o mercado interno, em aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado, 16 de jun. de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014R0651> Acesso em: 01 out. 2021

de *State aid* acarretará a uma lesão grave na concorrência e por isso exigem um cuidado meticuloso por parte da Comissão, pois qualquer erro pode distorcer o mercado na totalidade.

O procedimento de notificação será cumprido em todas as propostas de concessão ou alteração do auxílio, portanto é indispensável a notificação para a Comissão. E se o auxílio for concedido sem ter tido a prévia notificação ou cumprido os requisitos já mencionados do Tratado de Funcionamento da União Europeia?

Nesse caso, o auxílio será considerado ilegal e será objeto de reembolso pelo beneficiário ilegal, situação que a Comissão Europeia considere incompatível com o mercado interno, no próximo tópico iremos tratar de casos de auxílios estatais ilegais.

A Comissão Europeia ainda pode recorrer das decisões ao Tribunal de Justiça nos casos que for comprovado o não cumprimento das suas decisões pelos Estados membros. Portanto, isso significa que compete na figura da Comissão Europeia a aplicação restrita dos artigos 107º e o artigo 108º do Tratado de Funcionamento da União Europeia. Neste caso, a Comissão Europeia terá a competência para estabelecer os procedimentos pertinentes para análise dos auxílios estatais, seja para conceder novos auxílios ou para alterar os auxílios já propostos.

Um exemplo de reprovação que é didático mencionar, é o caso de reprovação da Comissão Europeia aos benefícios fiscais ilegais garantidos à *Apple*, estima-se que nesse caso a *Apple* deixou de pagar cerca de 13 bilhões de Euros aos cofres públicos[21]:

> The reference system here was the general Irish corporate tax system (...). Since the EC did not find that the derogation could be justified, the tax ruling was considered to constitute illegal State aid. (...) The €13 billion bill Apple would have had to pick up had the decision been upheld would have been the biggest of any such investigation to date.

Ainda que não seja um caso ligado ao universo do futebol, é importante mencionar o quão rigoroso é a Comissão Europeia quando se trata de compatibilidade com o mercado interno e como não se deve operar a vantagem seletiva.

2.2.1. Caso 1: O State Aid ilegal recebido pelo *Real Madrid Football Club*

Um caso interessante de estudo prático sobre os critérios desenvolvidos pela Comissão Europeia é o caso Real Madrid Football, que teve duas decisões diferentes e como ocorreu essa alteração ao longo do tempo. Para entendermos mais afundo do que se trata, precisamos mencionar que o mercado de futebol europeu tem o Real Madrid como principal garoto

[21]COLINO, Sandra Marca, **The Long Arm of State Aid Law: Crushing Corporate Tax Avoidance**, 44 FORDHAM INTERNATIONAL LAW JOURNAL (2020).

propaganda, pois o time não disputa somente a Liga Nacional espanhola (*La liga)*, mas compete campeonatos europeus como a UEFA *Champions League,* que reúne inúmeros clubes de países distintos.

Pois bem, ainda que o Real Madrid não tenha competido em todas as edições da UEFA *Champions League*, o mercado europeu de futebol não deixou de ser único, dado que todos os clubes são interdependentes nesse mercado de bens e serviços, seja para solicitar empréstimos, compras de jogadores e compra de técnicos.

Portanto, é notável que a situação descrita aqui coloque o Real Madrid Football em situação de destaque tanto na liga nacional quanto na UEFA *Champions League* em que participam os demais clubes dos Estados membros.

Vejamos o primeiro caso do Real Madrid, em 7 de maio de 2001 o mandatário da comunidade Autônoma de Madrid e o presidente do *Real Madrid*, acordaram pela modificação de um terreno onde se encontrava um complexo esportivo do *Real Madrid*.

A alteração dizia respeito a 30.000 m2 de terreno do Real Madrid que seriam destinados a uso esportivo de caráter privado, porém, com o acordo a destinação seria para a construção de escritórios, estabelecimentos comerciais, hotéis, condomínios e afins. Com essa alteração, o Real Madrid negociou a venda de uma parte de seus ativos por cerca de 480 milhões de euros, que foi posteriormente construída quatro torres luxuosas de 54 andares em uma das zonas mais ricas da cidade de *Madrid*.

Na época, a quantia da venda permitiu que o *Real Madrid Football Club* pudesse equilibrar as contas e financiar uma equipe sólida para a temporada, neste caso superou os demais concorrentes

Para a Comissão Europeia, o acordo entre o mandatário de Madrid e o presidente do *Real Madrid*, poderia ser considerado um *State aid* com a concessão de um lucro expressivo para o clube, violando assim o direito comunitário da União Europeia.

Porém, a Comissão Europeia entendeu que a nova classificação do terreno acordado entre o presidente do Real Madrid, o mandatário da Região autônoma de Madrid e a cidade de Madrid não seria uma transferência direta ou indireta ao clube, por isso a comissão não aplicou o entendimento do artigo 87º do Tratado da Comissão Europeia.

2.2.2. Caso 2: O S*tate Aid* ilegal recebido por clubes espanhóis

O segundo caso se trata de quatro clubes espanhóis investigados pela Comissão Europeia em 2016, sendo eles: Barcelona, Osasuna, Athletic Bilbao e Real Madrid. O caso em questão se trata de uma possibilidade de os clubes mencionados terem se organizado como

organização sem fins lucrativos em 1990, tais clubes estavam recebendo benefícios e até mesmo isenções fiscais.

Porém, a legislação espanhola preceitua que as organizações sem fins lucrativos, devem ser instituídas como sociedades de responsabilidade limitada. Com essa estratégia, os clubes mencionados estavam desfrutando de uma redução de 5% na tributação dos lucros aferidos por mais de 20 anos. Ou seja, os clubes estavam afrente dos demais concorrentes espanhóis com o *State aid* com privilégio ilegal.

Para a Comissão Europeia não restaram dúvidas que se tratava de um *State aid* ilegal e não havia nenhuma justificativa plausível para tal acordo. Em 2019 o Barcelona recorreu da decisão alegando que não havia provas o suficiente e conseguiu a suspensão do processo, então o caso foi para o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). O conteúdo decisório do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), foi no sentido imposto pelo artigo 107º nº1 do Tratado de Funcionamento União Europeia (TFUE), obrigando os clubes a devolverem os benefícios fiscais recebidos ao longo de mais de 20 anos e com multas de 5 milhões de euros, os clubes declararam que vão respeitar a decisão.

Vejamos o teor da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)[22]:

> o regime de auxílios resultante da medida controvertida, uma vez que concedia a certos clubes elegíveis para esse regime, dos quais fazia parte o FCB, a possibilidade de continuar a operar, a título derrogatório, como entidade sem fins lucrativos, permitiu-lhes beneficiar de uma taxa reduzida de tributação em relação ao regime aplicável aos clubes que operam como sociedades anónimas desportivas. Ao fazê-lo, o regime de auxílios em causa era, desde o momento da sua adoção, suscetível de favorecer os clubes que operam enquanto entidades sem fins lucrativos em relação aos clubes que operam como sociedades anónimas desportivas, proporcionando-lhes assim uma vantagem suscetível de ser abrangida pelo artigo 107°, n.°1, TFUE.

2.2.3. Caso 3: A compra do Newcastle United pelo consórcio da Arábia Saudita

A aquisição do *Newcastle United* em um valor de £ 300 milhões de libras foi muito bem-visto pelos fãs mais tradicionais do clube, ainda que houvesse uma rejeição inicial pelo envolvimento do príncipe herdeiro da Arábia Saudita, Mohammed Bin Salman, devido ao seu histórico com problemas de direitos humanos na Arábia Saudita.

Porém, o mais intrigante é que os mesmos que se recusaram inicialmente em aceitar a compra, utilizam produtos do mesmo Fundo de Investimento Público (FIP) que fora utilizado para comprar o clube, ora, empresas renomadas como Disney, Uber, Facebook e Starbucks são

[22]Tribunal de Justiça da União Europeia: **Acórdão no processo C-362/19 P**, 4 de março de 2021: Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-03/cp210032pt.pdf> Acesso em 15 out. 2021.

algumas das empresas que compõe o fundo governamental Saudita que detém agora cerca de 80% do *Newcastle United.*

Mas a compra de um clube inglês está relacionada com *State aid*? Sim, o Fundo de Investimento Público (FIP) é uma conta poupança do Governo da Arábia Saudita, ou seja, obtém a maior parte de seus lucros com o petróleo vendido pela Arábia Saudita em cadeia global. Logo, o Dinheiro usado pelo fundo veio dos ativos do governo Saudita, que sabe muito bem que o petróleo ainda que seja muito vantajoso não dura para sempre, então o fundo vem com o papel de diversificar os investimentos do governo de modo a retirar a sua dependência somente da exportação do petróleo.

Em uma matéria produzida pela BBC, o professor Simon Chadwick, que é o Diretor da Eurasian Sport da Escola de negócios Emlyon, diz[23]:

> They are trying to diversify their economy away from oil and gas revenues," "What they are looking towards is generating a revenue stream that means Saudi Arabia is less dependent on oil".

O grande problema atual é que os demais clubes da *Premier League (*Liga inglesa de Futebol) estão arquitetando um boicote contra o novo super rico da Liga inglesa de Futebol, mas, porque tal boicote?

Simples, os demais clubes estão vendo a ascensão de um novo clube com poder aquisitivo maior que os concorrentes, ou seja, a aquisição pelo fundo Saudita está distorcendo a concorrência da liga por isso os clubes não planejam, ao menos até a realização deste trabalho, efetuar nenhum tipo de transferência com o *Newcastle United*.

Além do mais, cumpre destacar que o Príncipe herdeiro sempre esteve envolvido com polêmicas contra direitos humanos e até mesmo acusação de assassinato contra o jornalista Jamal Khashoggi[24].

No entanto, cumpre destacar que a Comissão Europeia ainda não foi provocada para atuar no caso da compra, e muito menos irá, pois desde a saída do Reino Unido da União Europeia, esse será um problema que os ingleses terão de resolver por conta própria, ou aceitam mais um novo super rico na liga e continuam a desnivelar a *Premier League* ou busquem impor limites além do infantil boicote ao novo concorrente.

---

[23]British Broadcasting Corporation (BBC). Newcastle United takeover: What is PIF, the main owner of the club?. British Broadcasting Corporation (BBC), London, 10, outubro de 2021 Disponível em: <https://www.bbc.com/news/newsbeat-58842557>Acesso em 12 out. 2021

[24]El País. Príncipe saudita autorizou o assassinato do jornalista Jamal Khashoggi, aponta inteligência dos EUA. El País, Washington, 21, fevereiro de 2021 Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2021-02-26/principe-saudita-autorizou-o-assassinato-do-jornalista-jamal-khashoggi-aponta-inteligencia-dos-eua.html> Acesso em: 12 out. 2021.

2.2.4 TABELA COMPARATIVA DOS CASOS 1, 2 e 3

Casos de *State Aid* no futebol europeu	**CASO 1**	**CASO 2**	**Caso 3**
Órgão concedente	Comunidade de Madrid.	Nenhum, os clubes só se organizaram como associação sem fins lucrativos.	Nenhum até o momento.
Destinação	*Real Madrid Football Club.*	*Barcelona, Osasuna Athletic Bilbao* e *Real Madrid.*	Nenhuma até o momento.
Objetivo	Alteração contratual sobre terreno do clube.	Privilégio ilegal: redução de 5% na tributação dos lucros aferidos por mais de 20 anos por ser associação.	Nenhum até o momento.
Vantagem	480 milhões de euros (Indiretamente).	Somente a redução no pagamento de tributos.	Nenhum até o momento.
Resultado	A Comissão Europeia não entendeu como *State Aid* indireto.	A Comissão Europeia entendeu como *State Aid* indireto (art. 107 TFUE)	A Comissão Europeia ainda não foi convocada para discutir o caso.

**Tabela comparativa entre os casos 1, 2* e 3.

Como podemos observar na tabela acima, temos duas decisões diversas sobre a matéria de *State Aids* ilegais e um novo caso que muito em breve será alvo da comunidade inglesa de futebol, pois como o Reino Unido saiu formalmente da União Europeia, a Comissão Europeia não poderia intervir, então caberá a algum órgão governamental do Reino Unido julgar ou não o caso da compra do *Newcastle United* pelo consórcio árabe.

3.1. BREVES NOTAS SOBRE O QUE HÁ DE NOVO NO DIREITO DO FUTEBOL BRASILEIRO.

Neste último tópico do trabalho nós veremos as novidades trazidas pela nova lei da sociedade anônima do futebol (SAF) e como podem impulsionar o mercado concorrencial que pode ser caracterizada como o *State Aids* direto e indireto, e como se faz presente no mercado interno do futebol brasileiro (3.1). Em seguida, veremos como as normas do *State Aid* europeu podem ser aplicadas como forma de interpretação ao campo jurídico. Veremos ainda alguns casos em que há práticas recentes de compatibilidade com o instituto europeu (3.2), prosseguindo faremos uma comparação de casos (3.3).

Pois bem, vimos como a matéria dos auxílios estatais são tratadas no território da União Europeia e a atuação da Comissão Europeia na matéria decisória dos casos concretos trazidos até aqui. Vimos também quais são os benefícios que a aplicação dos auxílios estatais pode surtir positivamente no mercado do futebol, desde auxílios de benefícios fiscais como auxílios diretos para distorcer a concorrência e acarretar uma melhora no mercado como um todo, mas a pergunta é, no país do futebol tal prática seria bem-vinda?

Já estão sendo bem vindas, pois um auxílio indireto recente foi a instituição da nova modalidade societária para os clubes de futebol, a Sociedade Anônima de Futebol (SAF)[25]. Os pontos chaves da legislação preveem incentivos para que os clubes se transformem em empresas e tenham o direito de pedir recuperação judicial, um caso inicial foi o pedido de recuperação judicial do Figueirense Futebol clube, uma vez que a grande maioria dos clubes são Sociedades sem fins lucrativos, além do mais a legislação facilita o financiamento da atividade futebolística que será mediado pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), o levantamento dos recursos será efetuado mediante debêntures.

As novas Sociedades Anônimas de Futebol (SAF) poderão obter financiamentos para a prática da atividade esportiva, tal financiamento também poderá ser efetuado tanto por entes privados quanto por entes públicos, seria um caso próximo aos auxílios estatais aplicados nos casos europeus de construção de estádios na Irlanda, como mencionado anteriormente em que a Comissão Europeia atendeu ao interesse público para deferir o *State aid*.

Portanto, a nova legislação em vigor cria benefícios que facilitem o fomento da prática desportiva, ainda que não haja nenhuma previsão de auxílio direto como nos casos mencionados da União Europeia, a legislação ainda sim marca um importante passo para quem sabe no

[25]BRASIL. **LEI 14.193/2021**. Câmara dos Deputados: Brasília, 2021, Disponível em: http <://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14193.htm>. Acesso em: 20 out 2021.

futuro, o Brasil venha a importar o instituto do *State aid* e ainda aplicar tal entendimento favorável ou desfavorável as novas sociedades anônimas de futebol.

3.2 CASOS BRASILEIROS SOBRE E SUAS REPERCUSÕES INTERPRETATIVAS SOBRE O *STATE AID*

Com o advento da pandemia de COVID-19 e seus efeitos drásticos na economia, o governo federal se viu forçado a prestar auxílios diretos para os beneficiários mais carentes e a pequenos empreendedores, e não seria errôneo que tal auxílio beneficiasse os clubes e as associações esportivas, um caso recente foi o repasse por parte da Confederação Brasileira de Futebol (CBF) aos clubes da série C, D e Brasileirão feminino A2, tal auxílio foi na quantia de cerca de R$ 19 milhões de reais para aproximadamente 136 clubes.

Como bem explicou a CBF, os auxílios seriam aplicados somente para o cumprimento das obrigações contratuais dos clubes, caso houvesse outra destinação o clube sofreria uma multa[26].

O caso descrito acima se assemelha bastante ao auxílio *de minimis*, ou seja, como já dito anteriormente, são os auxílios mínimos que não acarretaria na distorção da concorrência, nesse caso a concorrência entre os clubes.

Mas o caso mais recente de avanço no campo de auxílios estatais brasileiros aplicados no campo do futebol brasileiro, é o caso da Assembleia Legislativa do Mato Grosso aprovou no dia 26.10.2021, o projeto de lei (PL 963/2021) que tem como nome a criação do projeto Mato Grosso Série A, vejamos na íntegra as finalidades do projeto[27]:

> Art. 1º Fica instituído o programa ``MATO GROSSO SÉRIE A´´ com o objetivo de patrocinar as equipes do futebol profissional mato-grossense que disputem às séries A e B do Campeonato Brasileiro organizado pela Confederação Brasileira de Futebol.
> Parágrafo único O programa ``MATO GROSSO SÉRIE A´´ tem por finalidade:
> I – incentivar a maior profissionalização das equipes de futebol mato-grossense;
> II – oferecer melhores condições para o acesso às séries A e B do Campeonato Brasileiro de Futebol, organizado pela CBF;
> III – promover os meios para que as equipes se mantenham nas séries A e B do Campeonato Brasileiro, organizado pela CBF;
> IV – fortalecer o futebol profissional mato-grossense;
> V – difundir as potencialidades do Estado de Mato Grosso, por meio da imagem da entidade patrocinada, junto ao público e aos canais de mídia.

[26]Globo Esporte. **Após agenda pelo Norte e Nordeste, CBF anuncia novas medidas de auxílio a clubes e Federações na pandemia**. Globo, Rio de Janeiro, 27, maio e 2021. Disponível em: < https://ge.globo.com/rj/futebol/noticia/cbf-divulga-novas-medidas-de-auxilio-financeiro-a-clubes-e-federacoes.ghtml >. Acesso em: 20 out 2021.

[27]BRASIL. **Projeto de Lei Estadual nº 963 de 2021.** Disponível em: <https://www.al.mt.gov.br/storage/webdisco/cp/20211020112926221000.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021.

A proposta do projeto de lei visa o acordo de patrocínio com os clubes de futebol do Mato Grosso que disputem as séries A e B do Campeonato Brasileiro que é atualmente organizado pela Confederação Brasileira de Futebol (CBF).

Os valores do patrocínio estatal circundam em torno de R$ 3,5 milhões para os clubes que disputem a série A e R$ 1 milhão para os clubes que compitam a série B. Tal medida visa fomentar a competição dos clubes mato-grossenses em permanecer na série A ou alcançar o acesso para a série B.

Isto fica mais evidente no caso mato-grossense, pois os seus efeitos serão vistos com mais atenção devido a televisão transmitir os jogos da série A e B. Tal investimento proposto pelo Governo Estadual do Mato Grosso é um importante incentivo para quem sabe no futuro, o Brasil possa vir a implementá-lo não somente nas quatro linhas do futebol, mas nas empresas e conglomerados empresarias, porém, até que isso venha a ocorrer, podemos apenas especular como se dará toda essa importação interpretativa.

3.3. TABELA COMPARATIVA ENTRE OS CASOS BRASILEIROS

Casos interpretados como *State Aid* no Brasil	**CASO CBF**	**CASO MATO GROSSO**
Órgão concedente	Confederação Brasileira de Futebol.	Governo Estadual do Mato Grosso.
Destinação	Clubes da Séria B, C D e A1 feminino.	Clubes de futebol Mato Grossenses.
Objetivo	Auxílio na manutenção dos clubes profissionais.	Ofertar uma vitrine para o futebol Mato-Grossense da série A ou B.
Quantia	R$ 19 milhões de reais.	R$ 3,5 milhões de reais.
Resultado	Concedido e atualmente em uso pelos 136 clubes.	Proposta em trâmite na Assembleia Legislativa do Mato Grosso.

*****_Tabela Comparativa entre os casos brasileiro._

Podemos inferir da tabela acima que no Brasil, já há algumas interpretações diretas e indiretas de alguma espécie de *State Aid* aplicado ao contexto do futebol, pois com base nos valores expressivos, é inegável que tal concessão possa vir a causar ou ameaçar algum falseamento na concorrência entre os clubes descritos ao longo deste trabalho.

CONCLUSÃO

Como podemos ver no decorrer do trabalho desenvolvido, o futebol se tornou uma atividade econômica extremamente vantajosa para os investidores, mas sem deixar a sua função social de lado, pois o futebol é o que aproxima de fato as pessoas e faz com que as massas se acomodem em estádios para esquecer dos problemas da vida cotidiana, pois para além das quatro linhas, o futebol é um veículo de difusão de ideias que preza pelo princípio do respeito mútuo, união e fraternidade.

Esta é uma vertente que deve ser preservada a qualquer custo, ainda que o futebol esteja caracterizado com um toque econômico mais agressivo e que muitas vezes o dinheiro não pode comprar a tradição. Cumpre destacar que os tratados referenciados ao longo do artigo bem como a decisão dos casos na União Europeia, a Comissão tentou ao máximo conservar os traços característicos do futebol bem como proteger de pretensões falsificadoras de ganhos ilegais por um punhado de clubes.

Ademais, como o papel econômico vem recebendo enorme relevância no futebol, a legislação da comunidade europeia está atrasada em reconhecer os clubes como empresas que auferem lucros exorbitantes, mas nessa corrida o Brasil está em uma vantagem legislativa, pois tem a Lei das Sociedade Anônimas de Futebol (SAF), que facilita o aporte financeiro de captação e gerenciamento dos clubes, ainda que não tenha um auxílio direto do estado para o clube, mas como foi dito, o caso do programa MATO GROSSO SÉRIE A é um *leading case no auxílio* direto em verba para ao financiamento do esporte no Brasil, e quem sabe pode influenciar a União a adotar os mesmos moldes de financiamento direto ou garantir benefícios fiscais para determinados clubes.

Com isso, podemos dizer que a pergunta inicialmente feita foi devidamente respondida, sim, as disposições de *State aid* estão sendo bem empregadas no âmbito futebolístico brasileiro, seja com o reconhecimento legal de clubes como sociedades anônimas para facilitar suas operações financeiras ou programas estaduais de auxílios diretos para o fomento do mercado interno das associações ou clubes.

BIBLIOGRAFIA

A constituição do mercado único gera benefícios públicos na medida em que promove o aumento da eficiência econômica, que aumenta à medida que a concorrência entre empresas é

maior. A existência de um ambiente concorrencial é, portanto, um requisito necessário para a elevação do bem-estar e, logo, para a própria manutenção da coesão social em tomo do projeto. Vide, CORREA, Paulo Guilherme. **Diretrizes de reestruturação industrial da União Europeia: Três lições para o caso brasileiro.** REVISTA DO BNDES, RIO DE JANEIRO, V 2. N 4. P 55-70, DEZ 1995

ACÓRDÃO WALRAVE E KOCH, de 12 de Dezembro de 1974, **Processo n.º 36/74**. Disponível em: < https://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61974CJ0036> Acesso em: 28 set. 2021.

ACÓRDÃO DELIÉGE, de 11 de Abril de 2000, **Processos Conjuntos n.º C-51/96 e C-191/97**. Disponível: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61996CJ0051&from=FR> Acesso em: 28 set. 2021.

British Broadcasting Corporation (BBC). **Newcastle United takeover: What is PIF, the main owner of the club?.** British Broadcasting Corporation (BBC), London, 10, outubro de 2021 Disponível em: <https://www.bbc.com/news/newsbeat58842557>Acesso em 12 out. 2021

BRASIL. **LEI 14.193/2021**. Câmara dos Deputados: Brasília, 2021, Disponível em: http <://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14193.htm>. Acesso em: 20 out 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei Estadual nº 963 de 2021.** Disponível em: <https://www.al.mt.gov.br/storage/webdisco/cp/20211020112926221000.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021.

Conselho da União Europeia. **Regulamento 2015/1589**, que estabelece as regras de execução do artigo 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, 13 jul. 2015. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32015R1589> Acesso em: 30 Set 2021.

Conselho da União Europeia. **Regulamento 2015/1589**, que estabelece as regras de execução do artigo 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, 13 jul. 2015. Disponível em: <https://eurolex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32015R1589> Acesso em: 30 Set 2021.

Comissão Europeia. **REGULAMENTO (UE) No 1407/2013**, relativo à aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos auxílios *de minimis,* de 18 de dezembro de 2013.
Disponível em: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=CELEX:32013R1407> Acesso em: 01 out. 2021.

Comissão Europeia. **REGULAMENTO (UE) N.o 651/2014** que declara certas categorias de auxílio compatíveis com o mercado interno, em aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado, 16 de jun. de 2014. Disponível em: <https://eurlex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014R0651> Acesso em: 01 out. 2021

Comissão Europeia. **REGULAMENTO (UE) N.o 651/2014** que declara certas categorias de auxílio compatíveis com o mercado interno, em aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado,

16 de jun. de 2014. Disponível em: <https://eurlex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014R0651> Acesso em: 01 out. 2021

COLINO, Sandra Marca, **The Long Arm of State Aid Law: Crushing Corporate Tax Avoidance**, 44 FORDHAM INTERNATIONAL LAW JOURNAL (2020).

Decisão SA.35501 (2013/N) **FINANCEMENT DE LA CONSTRUCTION ET DE LA RÉNOVATION DES STADES POUR L'EURO 2016.** 01 de out. 2012.
Disponível em:<https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_35501>

Decisão SA.37342 (2014/NN) **REGIONAL STADIA DEVELOPMENT IN NORTHERN IRELAND.** Disponível em: **<**https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/252038/252038_1585421_47_2.pdf> Acesso em: 28 set. 2021.

El País. **Príncipe saudita autorizou o assassinato do jornalista Jamal Khashoggi, aponta inteligência dos EUA.** El País, Washington, 21, fevereiro de 2021 Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2021-02-26/principe-saudita-autorizou-o-assassinato-do-jornalista-jamal-khashoggi-aponta-inteligencia-dos-eua.html> Acesso em: 12 out. 2021.

Globo Esporte. **Após agenda pelo Norte e Nordeste, CBF anuncia novas medidas de auxílio a clubes e Federações na pandemia**. Globo, Rio de Janeiro, 27, maio e 2021. Disponível em: < https://ge.globo.com/rj/futebol/noticia/cbf-divulga-novas-medidas-de-auxilio-financeiro-a-clubes-e-federacoes.ghtml >. Acesso em: 20 out 2021.

JUNIOR, Celso Minoru Sakuraba. **OS AUXÍLIOS DE MINIMIS: THE DE MINIMIS STATE AIDS**. Revista do CAAP | Belo Horizonte n. 2 | v. XVIII, 2012.
Press Corner EU. **COMMISSION DOES NOT OBJECT TO SUBSIDIES FOR FRENCH PROFESSIONAL SPORTS CLUBS.** Press Corner, Brussels 25, abril, 2001. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_01_599> Acesso em: 29 set. 2021

TRATADO DE AMSTERDÃ, 10 nov. 1997. Disponível em: <https://eurlex.europa.eu/pt/treaties/dat/11997M/htm/11997M.html#0001010001>. Acesso em: 28 set. 2021
TRATADO DE NICE, 10 mar. 2001. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/12001C/htm/12001C.html>. Acesso em: 28 set. 2021.

TRATADO DE FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA. 13 Dez. 2007. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF> Acesso em 25 Set 2021.

TRATADO DE LISBOA, 13 dez. 2007. Disponível em: < https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12007L:PT:HTML> . Acesso em: 28 set. 2021.

Tribunal de Justiça da União Europeia: **Acórdão no processo C-362/19 P**, 4 de março de 2021: Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-03/cp210032pt.pdf> Acesso em 15 out. 2021.

PORTUGAL. **Lei 18/2012 08 de maio de 2012.** Assembleia da República. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/553391/details/maximized> Acesso em: 29 set. 2021.

PORTUGAL. **Lei 18/2012 08 de maio de 2012.** Assembleia da República, Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/553391/details/maximized> Acesso em: 29 set. 2021.

19. RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS POR INFRAÇÕES ANTITRUSTE NO BRASIL, NOS EUA E NA UNIÃO EUROPEIA: SEMELHANÇAS OU DIFERENÇAS?

19. THIRD-PARTY LIABILITY FOR ANTITRUST VIOLATIONS IN BRAZIL, THE US AND THE EUROPEAN UNION: SIMILARITIES OR DIFFERENCES?

Camila Brito e Matheus Martins

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. Responsabilização de terceiros por infrações antitruste nos EUA x União Europeia 2.1. Responsabilização de terceiros por infrações antitruste na Comissão Europeia 2.2. Responsabilização de terceiros por infrações antitruste nos EUA 2.3. Comparação da responsabilização de terceiros por infrações antitruste EUA x União Europeia 3. Responsabilização de terceiros (grupo econômico) no Direito Antitruste brasileiro 3.1. Ilícito antitruste e responsabilidade do grupo econômico no Brasil 3.2. Comparação da responsabilização de terceiros por infrações antitruste Brasil x EUA x União Europeia 4. CONCLUSÃO

RESUMO: Frente as diferentes possibilidades de aferição da responsabilidade de terceiros por condutas anticompetivas, a União Europeia e os Estados Unidos se notabilizam por aplicar conceitos diferenciados, desde a sua legislação, até aos seus precedentes. Enquanto que, da análise de casos, depreende-se que a Comissão Europeia se utiliza da doutrina da unidade econômica (*single economic entity)* para responsabilizar a controladora por infrações antitrustes de suas subsidiárias, os Estados Unidos, tem priorizados em suas decisões a responsabilidade limitada dos entes envolvidas, apenas responsabilizando o ente que (i) tenha preenchidos os requisitos para desconsideração da personalidade jurídica; ou, (ii) tenha exercido controle a ponto de repercutir diretamente na conduta anticompetitiva. Frente a essas duas perspectivas, o Brasil situa-se no mais próximo da realidade do Direito Antitruste europeu, mas ainda muito distante da jurisprudência clara e bem estabelecida dessa jurisdição.

***ABSTRACT**: Due to the differences for assessing responsibility of third parties for antitrust infringements, European Union and the United States stood out for applying different terms, either from its Law, up to its precedents. While from a case assessment it is possible to see that the European Commission uses the single economic entity doctrine for making the parent company liable for antitrust infringement from its subsidiaries, the United States have prioritized in its decisions the limited liability of the related companies, only making liable the entity that (i) have met the requirements for lifting the corporate veil; or (ii) have exerted its control to a point that it operated directly in the antitrust infringement. Due to such perspectives, Brazil is closer to the Antitrust Law from Europe, but still quite distant from the clear and well stablished jurisprudence from this jurisdiction.*

1. INTRODUÇÃO

A responsabilização solidária entre sociedades empresariais pertencentes a um mesmo grupo econômico envolve o inafastável balanceamento entre a independência jurídica (e comercial) das sociedades integrantes e a unidade econômica do conjunto.[1] Os graus de integração entre as sociedades envolvidas transitam entre a coordenação do mercado e a hierarquia da empresa.

O Direito Concorrencial desconsidera as formalidades utilizadas na formação dos grupos para se preocupar com os efeitos desse conjunto no mercado.

A temática de responsabilização de terceiros não é um tema estanque e, tampouco, cinge-se a mera análise de controle ou direção da atividade empresarial das entidades envolvidas. Contudo, esse é amiúde um critério relevante quando há associação de sociedades empresárias para a perpetuação de atos anticoncorrenciais, e que ainda detém, nessa microesfera, diversas formas de tratamento pelas autoridades estrangeiras (especificamente, Estados Unidos e União Europeia) e a brasileira. Tais tratamentos possuem similitudes e divergências, que quando comparadas, definem padrões e criam caminhos para analisar a responsabilização de entidades associadas na prática de infrações anticoncorrenciais.

Tendo isso em mente, partindo-se da análise do instituto nessas três jurisdições, espera-se entender em que medida os institutos e experiências analisados nos Estados Unidos e na União Europeia, consideradas referência na área do Direito da Concorrência, podem contribuir para a melhor aplicação do instituto do grupo econômico no Direito da Concorrência brasileiro.

O presente artigo se propõe a analisar, inicialmente, o tratamento desse pressuposto pelas autoridades concorrenciais dos Estados Unidos e da União Europeia para fins de responsabilização de terceiros por ilícitos antitruste. Na sequência, nos concentraremos na análise da matéria no Brasil pelo CADE, de modo a encontrar possíveis elos com os modelos europeu e americano analisados, bem como as internalizações possíveis para melhor performance do efeito dissuasório da pena antitruste no país.

Sem menosprezar os demais aspectos importantes do instrumento dos grupos econômicos, o presente artigo centra-se na esfera da responsabilização das sociedades que criam desafios e complexidades para o controle repressivo na responsabilização de infrações antitrustes.

[1] FRAZÃO, Ana. Grupos societários no direito do trabalho e a reforma trabalhista. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v. 83, n. 4, p. 32, out./dez. 2017.

Nesse cenário, preliminarmente, se faz relevante uma breve contextualização do tratamento legislativo e doutrinário dado pelos Estados Unidos e pela União Europeia quanto a responsabilização de terceiros, a começar pelos termos utilizados, sobretudo nas previsões legislativas, para orientação das investigações pelas autoridades concorrenciais, complementada, na sequência, pela análise de casos paradigmáticos sobre o tema.

Na União Europeia é possível visualizar uma grande possibilidade de responsabilização do controlador pelos ilícitos concorrenciais perpetrados por suas subsidiárias, abordagem bem semelhante a como é utilizado para analisar a licitude de condutas intragrupo. Por outro lado, os Estados Unidos são bem restritivos quanto a responsabilização de terceiros por ilícitos anticoncorrenciais, mas são bem mais complacentes com a tese de responsabilização de terceiros para declarar a licitude de condutas intragrupo.

No Brasil, os casos julgados pelo CADE apontam para uma frequente responsabilização solidária entre sociedades empresárias supostamente do mesmo grupo econômico, independente da não identificação de comandos diretivos claros da empresa controladora, ou ainda, da ausência de envolvimento das demais sociedades empresárias nos atos ilícitos. Abordagem um pouco menos ampla também é utilizada para analisar a licitude de condutas intragrupo.

Assim, conforme será demonstrado e pontuado ao longo do presente artigo, as três jurisdições antitruste possuem tanto semelhanças quando diferenças na aplicação de responsabilidade solidária de terceiros por ilícitos antitruste. Uma possui uma posição mais estabelecida de respeito a responsabilidade limitada, outra de pouco respeito a responsabilidade limitada e a outra sem uma posição bem estabelecida, mas tendente a menor respeito à responsabilidade limitada.

2. Responsabilização de terceiros por infrações antitruste nos EUA e na União Europeia

O presente capítulo tem o propósito de analisar como a legislação, doutrina e precedentes dos EUA e da Comissão Europeia analisam a questão de responsabilidade de terceiros por ilícitos antitruste, bem como a análise de condutas intragrupo é realizada por essas jurisdições.

Primeiro será analisado a legislação de cada uma dessas jurisdições para que se possa entender os termos e institutos jurídicos utilizados para responsabilizar terceiros por condutas anticoncorrenciais. No primeiro subtópico serão analisados a doutrina e precedentes dos EUA e no segundo subtópico a doutrina e os precedentes da Comissão Europeia. Por fim, no fim

deste capítulo serão feitas considerações sobre diferenças ou eventuais semelhanças entre essas jurisdições e a motivação para tanto.

Diferentemente do ordenamento jurídico pátrio, nos Estados Unidos e na União Europeia não se utilizam o instituto do grupo econômico para responsabilizar terceiros.

O Sherman Act e o Clayton Act, legislações que disciplinam o Direito Antitruste nos Estados Unidos, utilizam o termo "*persons*" ao longo da legislação[2], mas a própria legislação faz a definição do que deve ser entendido como "*persons*", como pode ser visto abaixo:

> *§ 7 The word "**person**", or "**persons**", wherever used in sections 1 to 7 of this title shall be deemed to include **corporations** and **associations** existing under or authorized by the laws of either the United States, the laws of any of the Territories, the laws of any State, or the laws of any foreign country.*
> *[...]*
> *§ 12 [...] The word "**person**" or "**persons**" wherever used in this Act shall be deemed to include **corporations** and **associations** existing under or authorized by the laws of either the United States, the laws of any of the Territories, the laws of any State, or the laws of any foreign country. (grifo nosso)*

Dessa forma, "*persons*" também deve ser entendido como "*corporations*" e "*associations*" que são tipos de pessoas jurídicas que podem ser constituídas sob a égide do Direito estadunidense. Ou seja, a legislação parece tentar atribuir responsabilidade exclusivamente para a pessoa jurídica infratora ao utilizar termos que correspondem a tipos específicos de pessoas jurídicas estadunidenses ao invés de termos mais amplos como empresa ou grupo.

Por outro lado, o Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia utiliza o termo "*undertakings*"[3] ou "empresas" (conforme sua versão em português), termo mais amplo do que pessoa jurídica. Diferentemente da legislação estadunidense, a legislação europeia não define o termo. Segue abaixo o trecho do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia que utiliza tais termos:

> *101(1) São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre **empresas**, todas as decisões de associações de **empresas** e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:*
> *[...]*
> *102 É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais **empresas** explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. (grifo nosso)*

[2] *Vide*: §§ 1, 2, 3, 7, 7a, 7a-3, 8, 12, 13, 13a, 14, 15, 15c, 15d, 15e, 18, 18a, 21a, 26, 26a, 26b, 34, 37 e 37a do 15 U.S.C.

[3] *Vide*: artigos 101(1) e 102 do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia.

Cumpre-se destacar que mesmo que o termo "empresa" seja utilizado corriqueiramente no Brasil, ele normalmente é utilizado de forma atécnica, muitas vezes sendo erroneamente utilizado para fazer referência à sociedade empresária. O conceito de empresa, ou mesmo de empresário é mais amplo do que o de pessoa jurídica, "na medida em que podem ser mais amplas e mesmo transcendentes à personalidade individual de cada sociedade componente de um mesmo grupo"[4]. Então como o Direito Concorrencial da União Europeia tem como base legislativa o conceito de "empresa", diferentemente do Direito estadunidense naquele a análise não se foca apenas nos atos de uma pessoa jurídica de forma isolada.

Assim, o Sherman Act/Clayton Act tem foco maior na pessoa jurídica com respeito as suas respectivas personalidades jurídicas e responsabilidades limitadas, motivo pelo qual para responsabilização do controlador é necessário envolvimento direto na infração antitruste. Envolvimento indireto (ou seja, o mero controle), não é suficiente para responsabilizar o controlador, o controlador só será afetado por envolvimento indireto se for possível aplicar a desconsideração da personalidade jurídica.[5]

Já a Comissão Europeia por meio da legislação positivada de "*undertakings*" ou "empresa", propositadamente evita o uso de termos como "sociedades empresarias", "firma" ou "pessoa jurídica", aquele conceito deve ser entendido como abarcando uma unidade econômica, mesmo se de uma perspectiva legal tal unidade é composta por diversas pessoas jurídica.[6] Assim, a autoridade antitruste europeia desenvolveu o conceito de "*single economic entity*"[7].

Com vista no exposto nos subtópicos seguintes serão analisados precedentes dessas duas jurisdições e se tentará entender o motivo desse viés diferente.

2.1.Responsabilização de terceiros por infrações antitruste na Comissão Europeia

Já de antemão, pela mera análise técnica dos termos utilizados nos Estados Unidos, na União Europeia e no Brasil, extrai-se o evidente tratamento diferenciado dado pela responsabilidade de terceiros no Direito Antitruste dessas três jurisdições.

[4] FRAZÃO, Ana. Grupos societários no direito do trabalho e a reforma trabalhista. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v. 83, n. 4, p. 31, out./dez. 2017.

[5] KOENIG, Carsten. Comparing Parent Company Liability in EU and US Competition Law. World Competition, Vol. 33, Issue 4, 2010, p. 70.

[6] SANJUAN, Enrique. The Contamination of the Liability of the Parent Company to Its Subsidiaries in European Competition Law (March 3, 2019), p. 5.

[7] PAUER, Mag e Nada Ina. The Single Economic Entity Doctrine and Corporate Group Responsibility in European Antitrust Law. Tese de doutorado. Universidade de Viena, 2013, p. 2.

Na perspectiva do Direito Concorrencial europeu, a responsabilidade das empresas ("*undertakings*") por infrações é mais abrangente do que em relação ao Direito Concorrencial estadunidense. Com base na doutrina da "*single economic entity*", a Comissão Europeia estende a responsabilidade da subsidiária infratora à sociedades controladoras, ainda que não evidentes os atos de controle e de participação na conduta anticoncorrencial.

O Julgamento do processo Imperial Chemical Industries v. Commission (1972)[8], trata-se do primeiro caso apontado pela doutrina em que a Comissão Europeia adotou a doutrina da *single economic entity*. Na ocasião, a Corte entendeu que as subsidiárias envolvidas, ainda que tivessem independência para determinar sua política de preços (o que não era o caso, segundo o Tribunal), a repercussão financeira era diretamente aproveitada pela controladora.[9]

Assim, da análise de precedentes jurisprudenciais que se seguiram ao julgamento acima, extrai-se um entendimento reiterado que pouco se preocupa com a aferição da culpa das demais empresas coligadas. No caso Viho Europe v. Comissão (1996)[10], a Comissão Europeia indicou que as empresas ali envolvidas "formaram uma única unidade econômica, na qual as subsidiárias não possuem autonomia para determinar de forma independente seu curso de ação no mercado"[11].

Igualmente, o caso paradigmático que supostamente assenta a presunção como padrão de responsabilização em grupos de empresas pela Comissão Europeia é o caso Akzo Nobel v. Comission[12], onde a Corte, em um caso que a controladora detinha 100% da subsidiária, concluiu por aplicar "uma presunção refutável de que a controladora empresa exerce, de fato, uma influência decisiva sobre a conduta de seus subsidiária"[13]. Ou seja, na Europa, inverte-se o ônus da prova à empresa controladora, que caso não consiga demonstrar a independência de sua subsidiária nas decisões mercadológicas, será responsabilizada.

[8] Imperial Chemical Industries v. Commission, 48/69, ECLI:EU:C:1972:70.

[9] PAUER, Mag e Nada Ina. The Single Economic Entity Doctrine and Corporate Group Responsibility in European Antitrust Law. Tese de doutorado. Universidade de Viena, 2013. Pp. 62.

[10] Viho Europe v. Commission, C-73/95 P, ECLI:EU:C:1996:405.

[11] By referring to pertinente case law of the European Court of Justice, the Commission denied the application of the cartel ban to Parker's subsidarial distribution system arguing that these companies formed a 'single economic unit' in which the subsidiaries possess no autonomy to independently determine their course of action on the market. The Commission particularly found this to be the case "because the assignment of a specific distribution area to each of the subsidiaries was within the bounds of what could normally be regarded as necessary for the purpose of the proper allocation of tasks within a group". PAUER, Mag e Nada Ina. The Single Economic Entity Doctrine and Corporate Group Responsibility in European Antitrust Law. Tese de doutorado. Universidade de Viena, 2013. Pp. 39. Disponível em: http://othes.univie.ac.at/27637/1/2013-02-18_0500766.pdf;

[12] Akzo Nobel and Others v. Commission, supra n. 15, 61; and Stora Kopparbergs Bergslags v. Commission, supra n. 15, 29.

[13] Akzo Nobel and Others v. Commission, apud KOENIG, Carsten. Comparing Parent Company Liability in EU and US Competition Law. World Competition, Vol. 33, Issue 4, 2010, pp. 74.

Segundo Koening, as multas são o veículo de punição mais importante adotado pela Comissão e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. De lado outro, cumpre já registrar que nos Estados Unidos, além da esfera privada ser bastante acionada por pessoas e grupos de pessoas que se consideram prejudicadas, jurisdição pouco desenvolvida na Europa, tem-se ainda que o Sherman Act prevê rigorosas sanções criminais de prisão e de multas para as pessoas físicas envolvidas diretamente no ato anticompetitivo.[14]

Vale registrar que, assim como se verá no caso Copperweld, dos Estados Unidos, a Comissão Europeia também não entende os acordos celebrados entre a controladora e a subsidiária como ilícitos antitruste, por entender que não há concorrência entre esses dois entes.

Adotando esse entendimento, pode-se citar os casos Viho Europe v. contra Comissão (1996) e Metsä-Serla Oyj v. Comissão (2000)[15], em que, ao passo a Comissão entendeu pela impossibilidade de classificar como anticompetitivos acordos realizados entre a subsidiária integral e a controladora, por corresponderem a um ente com propósitos únicos.[16]

Nessa esteira, vale citar o entendimento da Comissão no caso Christiani & Nielsen Kopenhagen[17], apesar da separação jurídica entre as sociedades, segundo a comissão, havia "*troca de informações, inovação, patentes e know-how técnico, bem como a cooperação permanente entre essas duas empresas*"[18], o que demonstrava que os entes correspondiam a uma *single economic entity*. Dessa forma, ao concluir que os entes correspondiam a uma empresa, foi decidido que as condutas entre essas sociedades correspondiam a mera divisão interna de tarefas.

Também vale o realce do entendimento adotado pela Comissão Europeia no caso Kodak[19], em que a Comissão Europeia foi instada a decidir sobre a suposta prática concertada de preços, decorrente do envio de orientações gerais pela empresa-mãe e suas subsidiárias dispostas em diferentes países europeus. Diversamente do caso Christiani & Nielsen, não destacou a ausência de concorrência entre a empresa mãe e suas subsidiárias como argumento apto a excluir a responsabilidade.

---

[14] KOENIG, Carsten. Comparing Parent Company Liability in EU and US Competition Law. World Competition, Vol. 33, Issue 4, 2010, pp. 83.

[15] Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 16 de novembro de 2000, Metsä-Serla Oyj contra Comissão das Comunidades Europeias, C-294/98 *apud* CALDEIRA, Margarida. Da imputação, à sociedade-mãe, da conduta ilícita da subsidiária no âmbito do Direito da Concorrência: considerações à luz do princípio da presunção de inocência e à luz da jurisprudência do TJUE. Dissertação de Mestrado. Universidade de Lisboa, 2018, p. 21

[16] KOENIG, Carsten. Comparing Parent Company Liability in EU and US Competition Law. World Competition, Vol. 33, Issue 4, 2010, pp. 78

[17] Christiani & Nielsen Viho Europe [1969], OJ Nr. L 165/12, 13.

[18] Christiani & Nielsen Viho Europe [1969], apud PAUER, Mag e Nada Ina, pp. 29.

[19] Cf IV/24055, Kodak, OJ [1970] L 147/24, para. 11.

No referido caso, embora tenha deixado de repreender o acordo de preços entre as empresas subsidiárias da Kodak, a Comissão verificou que havia contratos e acordo com compradores específicos, situação que impacta no mercado. Segundo Nada Ina Pauer, a Comissão ainda não havia amadurecido a aplicação da teoria da unidade econômica, nas suas palavras:

> *On the one side, it acknowledged that competition was also possible between companies of a corporate group. On the other side, it had asserted that the instructions issued by the parent company did not constitute 'an agreement' in the sense of Art 101 (1) TFEU. The ambiguity of the Commission's decision is finally apparent given that in the present case the ascertained 'distortion of competition' was not seen as the purpose or consequence of the agreement.*

Como se vê, o que importa para a Comunidade Europeia é o controle, isto é, a influência decisiva da sociedade controladora sobre a política comercial geral das suas subsidiárias, podendo ser presumido que há um mínimo de orientação sobre as estratégias negociais e as operações das sociedades-filhas, sendo a única forma de reverter tal conclusão, demonstrando a independência das subsidiárias no exercício da atividade empresarial. Segue abaixo tabela que melhor demonstra isso:

Casos da Comissão Europeia	Principais conclusões
Christiani & Nielsen Kopenhagen (1969)[20],	- A Comissão concedeu isenção da proibição de cartéis entre controladora e subsidiárias; - A Comissão afirmou que não havia "concorrência real" entre controladora e subsidiárias; - Considerou relevante avaliar o grau de independência da subsidiária nas decisões econômicas;
Kodak (1970)	- A Comissão afastou o artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, e entendeu pela licitude de acordos de preços entre controladora e suas subsidiárias; - Entendeu que a irregularidade antitruste estava no ajuste de preços de cada subsidiária com compradores específicos;
Imperial Chemical Industries (1972)	- Primeira decisão do TJCE que começa a construir os princípios da teoria da *single economic entity*; - Ressalvou que o fato de uma subsidiária possuir personalidade jurídica distinta não é suficiente para excluir a possibilidade de imputação sua conduta para com a controladora;

[20] Commission Decision of 18.8.1969, IV/22.548, Christiani and Nielsen, [1969], OJ Nr. L 165/12, 13.

	- Afirmou que é a entidade econômica que realiza infrações à concorrência, logo, se há controle, as subsidiárias e a controladora, responderão solidariamente pelos atos antitrustes; - Concluiu que houve o controle e instrução pela controladora, o que faz das subsidiárias meras integrantes de uma esfera interna, cuja independência corporativa era limitada;
Viho Europe BV (1996)	- O Tribunal de Justiça Europeu negou a ocorrência de cartel, sob o argumento de que as empresas formavam uma *single economic entity*; - Entendeu-se pela ausência de autonomia das subsidiárias em determinar o seu curso de ação no mercado, logo eram incapazes de entrar em acordo anticompetitivo por si próprias;
Metsä-Serla Oyj (2000)	- Afirma que a avaliação de 'Influência decisiva' deve levar em conta tudo, em especial as conexões econômicas e jurídicas entre as controladoras e subsidiárias;
Akzo Nobel (2009)	- Presumiu que uma controladora exerce uma influência decisiva sobre a conduta da subsidiária quando detém participação acionária próxima a 100%; - O ônus de refutar essa presunção é da empresa controladora, caso contrário será considerada solidariamente responsável pelo ilícito antitruste;

Notadamente, como se verá a seguir, a presunção aplicada na jurisdição europeia, que responsabiliza as empresas controladores pela mera indicação de controle, difere do Direito Concorrencial dos Estados Unidos quanto a deferência à personalidade jurídica dos entes e a exigência de evidências de participação direta da controladora nas condutas ilícitas.

2.2. Responsabilização de terceiros por infrações antitruste nos EUA

Bem se vê a diferenciação entre a Comissão Europeia e os Estados Unidos, tem início logo no tratamento semântico escolhido pelas legislações e jurisprudência de ambas as jurisdições para a responsabilidade direta ou indireta.

Como será visto, o Sherman Act dispensa maior deferência à responsabilidade limitada das pessoas jurídicas, circunstância que conduz a responsabilização da empresa controladora apenas para casos excepcionais, em que se verifica a sua participação direta na conduta

antitruste. A responsabilidade somente será estendida à controladora, assim como a outras empresas de um grupo, se também puder se identificar os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica[21].

Segundo Carsten Koening[22], diferentemente da aplicação dada pela Comissão Europeia, que enfatiza a doutrina da *single economic entity*, nos Estados Unidos, a responsabilidade não é baseada apenas no controle sobre outras sociedades, considerado como uma única sociedade empresária. A legislação estadunidense pressupõe uma aferição mais acurada sobre a culpa das sociedade individualmente envolvidas, sobretudo, da mínima conduta negligente ou intencional da controladora, sobre os atos ilícitos da sua subsidiária.

No caso *Reading International v. Oaktree Capital Management* (2003)[23], uma decisão do Distrito Sul de Nova York, o controlador foi responsabilizado sob as leis antitruste por ser a entidade que tomava decisão por trás da subsidiária, dando as cartas em seu dia a dia e ganhando benefícios das atividades.

No Distrito de Colorado (2004), no caso *Nobody in Particular Presents v. Clear Channel ClearChannel*[24], o Juiz decidiu que quando uma das empresas controla, dirige ou encoraja a prática anticompetitiva das demais, trata-se de conduta suficientemente independente para atrair a responsabilidade da controladora, conjuntamente com a subsidiária

Sobre esses precedentes, Koening[25] observa que, em ambos os casos: (i) os juízes deixam claras as suas ressalvas na extensão da responsabilidade às outras sociedades do grupo, que se aplicaria apenas aos casos em que fossem comprovados os requisitos da desconsideração da personalidade jurídica; e que (ii) consideram suficiente a evidência de controle pela controladora do comportamento mercadológico das suas subsidiárias.

Na mesma linha de Koening, Nada Ina Pauer observou uma tendente diversificação nos fundamentos sobre responsabilização de grupos pelas autoridades concorrenciais dos Estados Unidos. Conclui, para tanto, que os requisitos mínimos de fraude e abuso para desconsideração

[21] KOENIG, Carsten. Comparing Parent Company Liability in EU and US Competition Law. World Competition, Vol. 33, Issue 4, 2010, pp. 75.

[22] KOENIG, Carsten. Comparing Parent Company Liability in EU and US Competition Law. World Competition, Vol. 33, Issue 4, 2010, pp. 82.

[23] Reading Intern., Inc. v. Oaktree Capital Management LLC, 317 F.Supp.2d 301 (2003).

[24] Nobody in Particular Presents, Inc. v. Clear Channel Communications, Inc., 311 F.Supp.2d 1048 (2004).

[25] Although the language in these two cases sounds similar to the one used by the European Court of Justice, there is one significant difference. The District Courts clearly distinguish between direct and indirect liability and leave no doubt that they would not impose indirect liability unless the requirements for piercing the corporate veil were met.47 What makes the decisions distinctive is the apparent willingness of the judges to lower the burden for direct parent liability. Language in both decisions indicates that it could be sufficient for imposing direct liability that the parent directs and controls the policies and behaviour of its subsidiaries. Op. Cit. KOENIG, Carsten, 2010, pp. 79.

da personalidade jurídica são cada vez mais minimizados frente a primazia da realidade do "controle" sobre as decisões econômicas[26].

No caso *United States v. Bestfoods* (1998)[27], por exemplo, embora não seja propriamente um precedente de Direito Concorrencial, tem-se que a Suprema Corte dos Estados Unidos afastou a responsabilidade de uma empresa controladora nas compensações ambientais devidas pela subsidiária. No caso paradigmático, para fins de responsabilidade de controladores em direitos difusos, a Corte destacou o cuidado que se deve ter na diferenciação entre as responsabilidade direta e indireta, para que não se viole a responsabilidade limitada das sociedades empresárias.

Não basta assim, a mera análise de controle de uma empresa sobre a outra, mas a necessária intervenção no comportamento competitivo.

Certo é que, desde então, os tribunais dos EUA continuam a relutar em responsabilizar a controladora, por atos de suas subsidiárias, exigindo o preenchimento dos requisitos mínimos para a desconsideração da personalidade jurídica, para se alcançar a empresa controladora. Quais sejam: a ausência de separação de fato entre a controladora e a subsidiária; e o abuso na governança corporativa[28].

Já sobre a licitude de condutas intragrupo, o caso, talvez, mais paradigmático nos Estados Unidos seja o *Copperweld Corp v. Independence Tube Corp*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos afastou a possibilidade de colusão entre a controladora (Copperweld) e suas subsidiárias.[29] Trata-se de uma aplicação da teoria da unidade econômica, usualmente utilizada pelo direito comum europeu. Extrai-se do julgado que a controladora e sua subsidiária integral possuem "uma unidade completa de interesses", ou seja, se um grupo de empresas atuam de forma coordenada e possuem uma unidade de propósito, podem ser consideradas uma única entidade[30] e, nesse sentido, são incapazes de realizar práticas colusivas. Segundo Pauer[31] essa decisão é correlata à decisão da Comissão Europeia no caso Christiani & Nielsen Viho Europe (1996).

Assim, a jurisprudência estadunidense se amparando principalmente no Copperweld, que não se pode analisar a atuação de um grupo no mercado com conceitos rígidos, em detrimento

[26]Op. Cit. PAUER, Mag e Nada Ina, 2013, pp. 283.
[27] United States v. Bestfoods, 24 U.S. 51 (1998).
[28] Apud. PAUER, Mag e Nada Ina, 2013, pp. 283.
[29]Copperweld Corp v. Independence Tube Corp, 467 U.S. 752 (1984). https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/752/
[30] Copperweld Corp. v. Independence Tube. Corp., 467 U.S. 752 (1984), 771-72.
[31]PAUER, Mag e Nada Ina. The Single Economic Entity Doctrine and Corporate Group Responsibility in European Antitrust Law. Tese de doutorado. Universidade de Viena, 2013. Pp. 282. Disponível em: http://othes.univie.ac.at/27637/1/2013-02-18_0500766.pdf;

da realidade. De modo que, na medida em que se reafirma a unidade de propósito entre a controladora e suas subsidiárias, para fins de legalidade de condutas intragrupo.

Interessante que o mesmo entendimento de unidade empresarial que afasta a responsabilidade da controladora no direito americano é o que permite, perante a Comissão Europeia, a responsabilização da empresa controladora. Ambas as doutrinas privilegiam a realidade econômica em detrimento das estruturas formalistas de formação de grupos.[32]

Nos Estados Unidos, como se viu, prioriza-se antes os limites societários da responsabilidade empresarial, somente rompidos em casos severos de confusão patrimonial, fraude e abuso de poder e quando a rigidez interpretativa seja evidentemente injusta. Contudo, de forma contrária, os Estados Unidos fazem uma análise muito mais fluída para analisar a legalidade de condutas intragrupo.

Segue abaixo uma tabela que resume os precedentes estadunidenses:

Casos dos EUA	Principais conclusões
Copperweld Corp v. Independence Tube Corp - Suprema Corte dos Estados Unidos (1984)	- equivalente ao caso Viho Europe BV do Tribunal de Justiça Europeu; - aplicou a teoria da unidade econômica, tomando o cuidado para restringi-la àquele caso, para reconhecer a responsabilidade da empresa-mãe em casos antitruste em que há claro envolvimento no ato investigado; - o precedente é utilizado por Tribunais inferiores dos EUA para estender a responsabilidade;
United States v. Bestfoods - Suprema Corte dos Estados Unidos (1998)	- ressalvou o necessário preenchimento dos requisitos para "rompimento do véu corporativo" para fins de responsabilização da empresa-mãe por ato da subsisidiária; - destacou que o exercício de controle por sócios e acionistas normalmente não cria responsabilidade para além dos ativos que detém; - exigiu mais do que o controle, visto que este é inerente ao modelo de grupo, mas também que a empresa controladora também participe ativamente e exerça ingerência sobre o atos irregulares (no caso, instalação de uma unidade poluidora)
Reading International v. Oaktree Capital	- distingue responsabilidade direta e indireta, tomando o cuidado para ressalvar que a responsabilização de outra empresa do grupo

[32] Op. Cit. . KOENIG, Carsten, 2010, pp.92

Management - Distrito Sul de Nova York, (2003)	somente ocorrerá caso verificados os requisitos para desconsideração da personalidade jurídica (*requirements for piercing the corporate veil*); - decidiu que a empresa controladora pode ser responsabilizada sob as leis antitruste se ficar comprovado que tomava decisões pela subsidiária, assim como, gozando de benefícios de suas atividades;
Nobody in Particular Presents v. Clear Channel ClearChannel - Distrito de Colorado (2004)	- também toma o cuidado de distinguir responsabilidade direta e indireta; - conclui que, se a empresa-mãe dirige ou encoraja a conduta anticompetitiva da subsidiária, a controladora deve ser considerada diretamente responsável como uma única empresa com a subsidiária, sob o Sherman Act (§2); - equipara o conceito de empresa à controladora e subsidiária, como uma só entidade, ambas responsáveis por uma única infração;

2.3. Comparativo entre a responsabilização de terceiros por infrações antitruste nos EUA e na União Europeia

O presente subtópico busca entender por que ocorre essa diferença de tratamento nessas jurisdições. Como pode ser visto nos subtópicos acima, os EUA têm uma atuação consideravelmente mais restritiva do que em relação a Comissão Europeia quando se trata de responsabilização de outras pessoas jurídicas por ilícitos anticoncorrenciais, mas porque existe essa diferença? Talvez essa diferença seja simplesmente o resultado da influência da Escola de Chicago, um grupo de estudiosos que, conforme relatado por Lina Khan[33], infundiu no Direito Antitruste dos EUA um viés ideológico menos intervencionista por parte do Estado.

No entanto, Carsten Koening[34] apresenta uma ideia mais interessante e específica para essa diferença. Para ele, tal diferença ocorre pela forma que ambas as jurisdições buscam a dissuasão de ilícitos concorrenciais. Enquanto nos EUA se utiliza a responsabilidade individual e criminal do indivíduo que perpetrou a conduta ilícita, na União Europeia se utiliza a responsabilização do controlador para evitar uma pena que é incapaz de dissuadir as práticas

[33] KHAN, Lina M. The Ideological Roots of America's Market Power Problem. The Yale Law Journal Forum, June 4, 2018, p. 970.

[34] KOENIG, Carsten. Comparing Parent Company Liability in EU and US Competition Law. World Competition, Vol. 33, Issue 4, 2010, pp. 93-98.

anticoncorrenciais ou mesmo o não pagamento de eventuais multas. Segue abaixo um trecho do autor que resume essa dicotomia:

> *This short overview illustrates that the functions of parent company liability and individual liability overlap to a certain extent. Both aim, inter alia, at maintaining effective incentives for socially optimal behaviour in case the subsidiary is underdeterred.*[35]

Assim, enquanto na União Europeia tal previsão force com que a controladora supervise e monitore a sua controlada, os Estados Unidos forçam com que os indivíduos - que é quem de fato vai realizar a prática anticompetitiva – se sintam dissuadidos de cometer um crime.

Essa análise é especialmente interessante porque faz com que nós brasileiros reflitamos sobre o nosso conjunto de instrumentos para dissuasão de práticas antitruste. No Brasil existe a previsão de responsabilidade solidária do grupo econômico[36], responsabilidade direta da empresa[37], desconsideração da personalidade jurídica[38], responsabilidade individual[39] e criminal[40] dos indivíduos.

Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro possui previsão para todos os institutos disponíveis para a dissuasão de ilícitos antitruste nos EUA e na União Europeia. A previsão de todos esses instrumentos suscita a hipótese até mesmo que no Brasil existe uma situação de "*overdeterrence*" ao invés de "*underdeterrence*" por ilícitos antitrustes. No entanto, esse não é o caso, conforme notado por Luiz Guilherme Ros ao analisar os casos correlacionados a Operação Lava Jato (uma operação tão emblemática e que teve efeitos tão substanciais na sociedade brasileira), foi visualizado que ocorreu o indiciamento criminal em apenas metade

[35] KOENIG, Carsten. Comparing Parent Company Liability in EU and US Competition Law. World Competition, Vol. 33, Issue 4, 2010, p. 96.

[36] Art. 33. da Lei 12.529/11: "Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica".

[37] Art. 32. da Lei 12.529/11: "As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa [...]".

[38] Art. 34. da Lei 12.529/11: "A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.".

[39] Art. 32. da Lei 12.529/11: "As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade [...] e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente".

[40] Art. 4º da Lei 8.137/90: "Constitui crime contra a ordem econômica:
II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:
a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;
b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;
c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores."

dos casos.[41] Isso denota um baixo nível de uso do instrumento do indiciamento criminal das pessoas físicas no Direito Concorrencial pátrio.

Responsabilização de terceiros	
Na Comissão Europeia	Nos EUA
A legislação prevê a responsabilização da "empresa";	A legislação prevê a responsabilização da "*person*";
Evolução da teoria da *single economic entity*, inicialmente aplicada para não reconhecer como ilícito condutas dentro de uma mesma "empresa"	Utilização da teoria da *single economic entity* com restrição, a exemplo do afastamento de cartel entre entidades do mesmo grupo econômico;
Concretização da teoria da unidade econômica, que considera a controladora e suas subsidiárias uma única empresa para fins de responsabilização por atos anticoncorrenciais;	Grande deferência a responsabilidade limitada das sociedades. Assim, exige-se, a princípio, os requisitos da desconsideração da personalidade jurídica para responsabilizar a controladora
Verificando-se a existência de controle, presume-se que as subsidiárias não detêm autonomia empresarial;	A despeito de existência de controle, a regra é a responsabilidade limitada;
Há presunção de controle e de solidariedade, quando a sociedade empresária controladora detém 100% de participação nas subsidiárias;	Não há nenhuma presunção de responsabilização considerando controle, dependendo sempre da existência de participação direta na conduta antitruste;
Não é necessário aferir se a controladora realmente participou e se beneficiou da conduta irregular;	Exige-se a participação direta da controladora no ato anticoncorrencial;
Não se responsabiliza criminalmente a pessoa física infratora.	Responsabiliza-se criminalmente a pessoa física infratora.

Já sobre o uso do instituto da responsabilização do grupo econômico, esse será analisado no tópico seguinte.

3. Responsabilização de terceiros (grupo econômico) no Direito Antitruste brasileiro

[41] ROS, Luiz Guilherme. Criando incentivos, a partir da Teoria dos Jogos, para celebração de Termos de Compromisso de Cessação por Pessoas Físicas: Uma análise das Ações Penais da Lava Jato. Tese de mestrado. Instituto de Direito Público, 2020, p. 87.

Conforme relatado anteriormente, o Direito Concorrencial brasileiro prevê a responsabilidade do grupo econômico[42] e responsabilidade direta da empresa[43]. Como se vê da experiência europeia, o termo "empresa" não se refere a apenas a uma pessoa jurídica, mas um conjunto de pessoas jurídicas que a despeito da pluralidade de personalidade jurídicas, formam uma "*single economic entity*". No mesmo sentido, o grupo econômico é caracterizado por diferentes pessoas jurídicas independentes sob uma unidade de direção econômica[44], nas palavras de Engrácia Antunes:

> *[...] a sociedade que se pretende regular não é mais a entidade soberana e autónoma idealizada pelo legislador, mas surge como um mero componente organizativo de uma unidade económica constituída por um conjunto mais ou menos vasto de sociedades, cujas atividades económicas-empresariais não são mais prosseguidas na execução das respectivas vontades sociais individuais mas na actuação de uma estratégia unitária determinada pelo núcleo dirigente do grupo, nem são exercidas na prossecução dos respectivos interesses sociais particulares mas na respectiva subordinação ao interesse geral do todo económico.*[45]

Ou seja, o conceito de empresa e grupo econômico são coincidentes, ou pelo menos muito próximos. O próprio Engrácia Antunes se refere ao grupo de sociedades como "empresa plurissocietária" [46].

Então se ambos os conceitos parecem ser intercambiáveis, ou pelo menos algo próximo disso, por que a legislação Concorrencial brasileira aplica a responsabilidade direta à empresa concomitantemente com a responsabilidade solidária do grupo econômico? Se a interpretação a ser adotada fosse essa, a disposição do artigo 33 da Lei 12.529/11 seria inútil, pois, se a empresa já é responsabilizada diretamente, não há o que se falar em também responsabilizar solidariamente a "empresa plurissocietária".

Como a lei não contém palavras inúteis (*verba cum effectu sunt accipienda*), a hermenêutica jurídica demanda que se dê alguma eficácia aos dispositivos da lei. Conhecendo a forma atécnica que o termo "empresa" é utilizado no Brasil e tentando fornecer eficácia ao artigo 33 da Lei 12.529/11, faz-se necessário interpretar o termo "empresa" como pessoa jurídica, diferentemente de como é interpretado pela Comissão Europeia.

---

[42] Art. 33. da Lei 12.529/11: "Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica".

[43] Art. 32. da Lei 12.529/11: "As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa [...]".

[44] ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. Os Grupos de Sociedades. Porto: Almedina, 2002, p. 53-54.

[45] ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. Os direitos dos sócios da sociedade-mãe na formação e na direção dos grupos societários. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1994, p. 12.

[46] ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. Os direitos dos sócios da sociedade-mãe na formação e na direção dos grupos societários. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1994, p. 13.

A despeito de ter nomenclaturas um pouco diferentes, outras searas do ordenamento jurídico pátrio também utilizam o conceito de grupo, quais sejam: Direito do Consumidor[47], Direito Trabalhista[48] e Direito Previdenciário[49]. Ainda assim, a despeito da presença do instituto em outras searas, os instrumentos devem se adequar aos fins perquiridos pela norma sob análise sem perder suas características intrínsecas.

Nos autos do Requerimento nº 08700.005448/2010-14 - que se refere a um TCC firmado pela Unimed Araraquara por práticas de unimilitância - o ex-Conselheiro do Cade Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo emitiu um voto que se configurou como referência para a análise do grupo econômico sob uma acepção focada no Direito Concorrencial. Para ele o grupo econômico sob o ponto de vista concorrencial se configura pela constatação de uma orientação concorrencial central[50]. Ainda assim, o termo ainda fica um pouco amplo, motivo pelo qual o ex-Conselheiro fornece exemplos sobre quais aspectos podem ser afetados por essa orientação concorrencial central:

> "i) foco competitivo; ii) identificação de marcas; iii) seleção de canal de distribuição; iv) relação entre a marca e seu canal de distribuição; v) qualidade do produto ou serviço; vi) liderança tecnológica; vii) integração vertical; viii) política de custos; ix) prestação de serviços auxiliares; x) política de preços; xi) alavancagem financeira; xii) relacionamento com a matriz; xiii) relacionamento governamental." [51]

Sob o viés repressivo do Direito Antitruste, o conceito de grupo econômico é utilizado em duas situações distintas, mas que, para o Direito Concorrencial europeu, na prática

[47] Art. 28, §2º do CDC: "Art. 28. § 2° As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código."

[48] Art. 2, §§2º e 3º da CLT: "Art. 2º § 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.

§ 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes."

[49] Art. 30, inciso IX, da Lei de Seguridade Social (Lei nº 8.212/1991): "Art. 30 IX - as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei."

[50] CADE. REQUERIMENTO: Req. nº 08700.005448/2010-14. Relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Julgado em 14/12/2011. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM-5q5sluy4XLqIdIJ5FuY3uZihVC6NaEsxcrTN7MNh0aoQdm4yejpT0EYXy5uoQhvSzaQix8jV1OcVSHZoOKsMl>. p. 26.

[51] CADE. REQUERIMENTO: Req. nº 08700.005448/2010-14. Relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Julgado em 14/12/2011. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM-5q5sluy4XLqIdIJ5FuY3uZihVC6NaEsxcrTN7MNh0aoQdm4yejpT0EYXy5uoQhvSzaQix8jV1OcVSHZoOKsMl>. p. 26-27.

representam dois lados de uma mesma moeda[52]: (i) responsabilidade solidária; e (ii) condutas intragrupo (o que é referenciado como "*Group, or concern privilege*"[53]). Isso porque a análise com base em grupo econômico é uma forma funcional de melhor analisar os efeitos da relação de diferentes sociedades no mercado.[54]

Esse é um tema que não foi analisado de forma aprofundada pelo Direito Concorrencial pátrio (especialmente a parte de condutas intragrupo), ainda assim nos subtópicos seguintes será feita uma análise de alguns precedentes e doutrina que abordaram esse tema em alguma medida.

3.1. Ilícito antitruste e responsabilidade do grupo econômico no Brasil

Conforme destacado por Renan Cruvinel de Oliveira[55], por mais que a Lei 12.529/11 preveja responsabilidade solidária do grupo econômico se algum dos seus participantes infringir a legislação antitruste, não fica claro se a responsabilidade é pelo ilícito ou se pelo pagamento da multa.

Para os autores Daniel Andreolli e Marco Antonio Fonseca[56], essa redação ampla da lei gerou processos em face de sociedades integrantes de um mesmo grupo econômico simplesmente pelo fato de possuírem vínculo societário. Motivo pelo qual os autores alegam que o instituto de responsabilidade pelo ilícito seja aplicável apenas por ato próprio de forma garantir a justiça social e respeito à razoabilidade. Assim, os autores defendem que a responsabilidade solidária se aplica apenas para o pagamento da multa e outras penalidades e não pela autoria do ilícito.

Em sentido similar, em seu artigo o Renan Cruvinel de Oliveira[57] afirmou que a responsabilidade pelos ilícitos concorrenciais deve ter correlação com a reprovabilidade da conduta em respeito ao princípio da individualização da pena, sendo necessário um juízo

[52] KOENIG, Carsten. Comparing Parent Company Liability in EU and US Competition Law. World Competition, Vol. 33, Issue 4, 2010, p. 78.

[53] PAUER, Mag e Nada Ina. The Single Economic Entity Doctrine and Corporate Group Responsibility in European Antitrust Law. Tese de doutorado. Universidade de Viena, 2013, p. 25-26.

[54] KOENIG, Carsten. Comparing Parent Company Liability in EU and US Competition Law. World Competition, Vol. 33, Issue 4, 2010, p. 78.

[55] OLIVEIRA, Renan Cruvinel de. *A responsabilidade solidária entre sociedades empresárias de um mesmo grupo econômico por infrações ao direito da concorrência*. Revista de Defesa da Concorrência, vol. 6, n. 2, 2018, p. 149.

[56] ANDREOLI, Daniel e FONSECA, Marco Antonio. A formiga ou o formigueiro? A responsabilidade solidária concorrencial. Fevereiro, 2021.

[57] OLIVEIRA, Renan Cruvinel de. *A responsabilidade solidária entre sociedades empresárias de um mesmo grupo econômico por infrações ao direito da concorrência*. Revista de Defesa da Concorrência, vol. 6, n. 2, 2018, p. 154.

subjetivo da conduta especificamente para cada pessoa. Assim, o autor conclui que a responsabilidade pela autoria do ilícito deve ser utilizada de forma clara e em observância aos princípios constitucionais de reprovabilidade da conduta e da individualização da pena[58]. O autor entende que a responsabilidade solidária prevista na legislação antitruste é melhor aplicável para ao pagamento da multa, mas, ainda assim, analogicamente a o que é feito para execução de créditos fiscais, uma pessoa jurídica só pode ser responsabilizada pelo pagamento da multa por um ilícito antitruste se ela participou do processo administrativo e lhe foi oportunizado o direito de defesa[59].

Em consonância com os posicionamentos anteriores, a Lei Anticorrupção é expressa em prever que a responsabilidade solidária de outras pessoas jurídicas se restringe à "responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado"[60], bem como o Direito Trabalhista atribui responsabilidade solidária apenas em relação as dívidas trabalhistas[61].

Assim, os autores acima defendem que a responsabilidade solidária é melhor aplicável para o pagamento da multa e não pela autoria do ilícito, o que difere da forma utilizada pela autoridade concorrencial da Comissão Europeia. Diante dessas considerações, vamos analisar alguns precedentes do Cade em que o tema foi abordado:

- Eli Lilly[62]: a controladora estrangeira e a filial brasileira estavam no polo passivo do processo, ambas foram condenadas, sendo utilizado apenas o faturamento da filial brasileira para cálculo da multa. No entanto, o voto já previu a obrigação solidária entre as duas sociedades pelo pagamento da multa.
- Coca-Cola[63]: foi arquivado por falta de provas da conduta ilícita, mas, em sede de preliminar, foi entendido que a mera influência relevante advinda de uma

[58] OLIVEIRA, Renan Cruvinel de. *A responsabilidade solidária entre sociedades empresárias de um mesmo grupo econômico por infrações ao direito da concorrência*. Revista de Defesa da Concorrência, vol. 6, n. 2, 2018, p. 157.

[59] OLIVEIRA, Renan Cruvinel de. *A responsabilidade solidária entre sociedades empresárias de um mesmo grupo econômico por infrações ao direito da concorrência*. Revista de Defesa da Concorrência, vol. 6, n. 2, 2018, p. 149.

[60] Art. 4º. §2º, a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013).

[61] FRAZÃO, Ana. Grupos societários no direito do trabalho e a reforma trabalhista. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v. 83, n. 4, p. 47, out./dez. 2017.

[62] CADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO: PA nº 08012.011508/2007-91. Relatora: Ana Frazão. Julgado em 14/07/2015. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM98EZn6wPgAA4S5qa8PY3kHZNkkhQsXqyoBEKE-QO53fIqG5lav2fhcDbqzn7pI9D98IPIhFtEItPa5ZxbeSnq9>.

[63] CADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO: PA nº 08012.006043/2003-22. Relator: Eduardo Pontual Ribeiro. Julgado em 28/08/2013. Disponível em:

participação de 30% seria capaz de gerar responsabilidade solidária. Esse caso foi o que mais destoou dentre os analisados por configurar grupo econômico para uma mera participação societária minoritária, especialmente por ter chegado nessa conclusão sem maior fundamentação.

- Tim[64]: em sede de preliminar, a Representa suscitou sua ilegitimidade passiva, pois outra sociedade do Grupo Tim deveria integrar o polo passivo. O Cade decidiu que pela Representada deter a totalidade do capital social da suposta sociedade que perpetrou a conduta ilícita, era possível inferir que a controladora estava diretamente envolvida com a conduta comercial perpetrada pela subsidiária.
- Grupo Galebe (Shop Tour)[65]: neste caso, outra sociedade do Grupo Galebe já havia sido condenada pela mesma prática investigada, então considerando a responsabilidade solidária do grupo econômico foi decidido que uma nova condenação se caracterizaria como *bis in idem*. Um dos conselheiros vencidos nesse caso destacou que não se pode presumir que todas as empresas de um determinado grupo participaram da conduta ilícita, devendo existir provas diretas e individualizadas da participação de cada agente na infração ou que fosse comprovado que uma determinada ação fazia parte de algum tipo de tática ou estratégia do grupo[66].

<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8GSXDaE727NWmor-ihCJ0UMVTWSogATJ7ALoJi8Lx0HUBisAqfml8DcWyLm389TJ-29kC8k4fWGrln4zXEOm3D>. p. 9/10.

[64] 8 CADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO: PA nº 08012.008501/2007-91. Relator: Ana Frazão. Julgado em 11/09/2013. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM-kyoy9890rZezw2t53IbOYN6Im1dp7BAyDjjGF6hGoP0stYxcWEcMJE0PZY5CL2LNiMW4DNuLLBRc1dvVWmKgi>. p. 27.

[65] CADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO: PA nº 08012.000778/2011-52. Relator: Márcio de Oliveira Júnior. Julgado em 08/06/2016. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMK4--xwDo_4IwUcPwqu0OGWt2PFUiUbAoj_Qc0J_yntpKAQTNu0_O1McMo7xK9XTE4yTVP2qb0SX9GlvXvSGUQ >.

[66] Voto do Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPUwCYlTDDFv6I935wjxPaFAy8xX1wqxZdzs5jzn2_vC7MIVsJ2SJ2j76kbVcw3hDOuqCJw0TLwBq-IjufblCrp>.

- Unimed Araraquara[67]: foi entendido que a responsabilidade deve ser aplicada nos casos em que o comportamento anticoncorrencial seja estimulado pelos controladores e pelos demais integrantes do grupo.
- Solvay[68]: foi informado que duas empresas do mesmo grupo foram incluídas no polo passivo por existência de provas diretas de suas condutas, mas, no final, por pertencerem ao mesmo grupo econômico (a Solvay do Brasil Ltda. detinha 70% da Peróxidos do Brasil Ltda.) a Solvay do Brasil Ltda. foi declarada como solidariamente responsável pelo ilícito cometido pela Peróxidos do Brasil Ltda.

Diante dos precedentes expostos, é possível ver a aplicação da responsabilidade solidária do grupo econômico no Direito Concorrencial brasileiro sem muita consideração ou análise pelo Cade. A falta de debate tem ocorrido principalmente em relação a se a responsabilidade é pela autoria ou pela multa. Já em relação a configuração da responsabilidade solidária, por mais que alguns casos atribuam a responsabilidade pelo mero link societário, alguns casos indicam que é necessário prova de uma estratégia do grupo de estímulo à prática do ilícito antitruste investigado.

Diferentemente da Comissão Europeia, no Brasil existe pouco debate sobre a licitude das condutas intragrupo ("*Group, or concern privilege*"). Anteriormente um dos autores do presente artigo já apresentou trabalho defendendo que uma vez configurado grupo econômico, condutas intragrupo devem ser analisadas como mera organização interna do grupo e não como um ilícito anticoncorrencial[69]. Alguns precedentes do Cade abordaram a questão, os quais são analisados abaixo.

No caso do Grupo Galebe (Shop Tour) já analisado neste artigo, um conselheiro afirmou que não se pode cogitar que duas filiais que seguem a mesma política de preços fixada pela matriz fossem punidas por formação de cartel simplesmente por possuírem personalidade

[67] CADE. REQUERIMENTO: Req. nº 08700.005448/2010-14. Relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Julgado em 14/12/2011. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM-5q5sluy4XLqIdIJ5FuY3uZihVC6NaEsxcrTN7MNh0aoQdm4yejpT0EYXy5uoQhvSzaQix8jV1OcVSHZoOKsMl>. p. 26.

[68] CADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO: PA nº 08012.004702/2004-77. Relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Julgado em 09/05/2012. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM_N9OXACIxkUSxPaUTJoV_oWHcwNN61l2yGW-DbQvkU31wLt552H_KC69npMRYsziqhzUW7KpNAgWt-IywJycb6>, p. 130-131.

[69] MARTINS, Matheus. Grupo econômico e a Lei 12.529/2011: uma análise da utilização do instituto no direito concorrencial. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito), UnB, 2018, p. 32.

jurídicas distintas, mas ao mesmo tempo não se pode aceitar um cartel meramente pelas participações societárias, sendo necessário analisar a realidade do mercado e não se ater a formalismos.[70]

Adicionalmente, no caso de cartel em licitações de materiais de construção na cidade de Lages, Santa Catarina, foi arguido que não ocorreu cartel pois os licitantes pertenciam ao mesmo grupo econômico por suas relações familiares. No entanto, afastou-se essa alegação pois essas sociedades se apresentaram como sociedades independentes e concorrentes na própria licitação.[71]

Por fim, a NTN no caso de cartel de rolamentos conseguiu ter uma das provas contra ela afastadas porque correspondia a e-mail trocado entre empresas do mesmo grupo econômico (mesmo que durante a conduta as empresas não pertencessem ao mesmo grupo econômico). Nesse sentido o conselheiro entendeu que as sociedades empresariais não poderiam ser analisadas como concorrentes para fins da análise concorrencial.[72]

Assim, fica claro que esse é um debate ainda muito incipiente no Direito Antitruste brasileiro e que ainda demanda muita análise pela autoridade anticoncorrenecial brasileira. Segue abaixo uma tabela com o resumo dos precedentes brasileiros sobre o tema:

Casos dos Brasil	Principais conclusões
Unimed Araraquara (2011)	- A responsabilidade solidária deve ser aplicada nos casos em que o comportamento anticoncorrencial seja estimulado pelos controladores e pelos demais integrantes do grupo;
Solvay (2012)	- Controladora com 70% de participação possui responsabilidade solidária pelo ilícito antitruste perpetrado por sua subsidiária;

[70] CADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO: PA nº 08012.000778/2011-52. Relator: Márcio de Oliveira Júnior. Julgado em 08/06/2016. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMK4--xwDo_4IwUcPwqu0OGWt2PFUiUbAoj_Qc0J_yntpKAQTNu0_O1McMo7xK9XTE4yTVP2qb0SX9GlvXvSGUQ>.

[71] CADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO: PA nº 08012.006199/2009-07. Relator: Márcio Oliveira Júnior. Julgado em 10/12/2014. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8sNxb2Bnu6QYbzG2rTNtCSyDvPlhJk1o14fxUFkI3efwDsvkKhZKDtccJx0nQGnFZPKPsdEx50GJvk44GRdytx. p. 109.

[72] CADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO: PA nº **08012.005324/2012-59**. Relator: Mauricio Oscar Bandeira Maia. Julgado em 31/03/2021. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNFxuPz-wG2H920yQ5iUkZeHKrZ9iyvzQdkOjjhs_nYaFgnSWrZr7lCjiO4cuugyTvX66KSA5SZz2PTmGMM3Q8K>.

Coca-Cola (2013)	- Influência relevante advinda de uma participação de 30% seria capaz de gerar responsabilidade solidária;
Tim (2013)	- Totalidade do capital social da suposta sociedade que perpetrou a conduta ilícita permite inferir que a controladora estava diretamente envolvida com a conduta comercial perpetrada pela subsidiária;
Cartel em licitações de materiais de construção na cidade de Lages/SC (2014)	- Não são lícitas condutas intragrupo que frustrem licitações públicas, quando esses dois entes se apresentaram como sociedades independentes e concorrentes na própria licitação;
Eli Lilly (2015)	- Obrigação solidária entre controladora estrangeira e a filial brasileira pelo pagamento da multa
Grupo Galebe (Shop Tour) (2016)	- A condenação por um ilícito antitruste gera responsabilidade solidária para todo o grupo econômico para fins de evitar uma dupla condenação; - Foi suscitado que não se pode presumir que todas as empresas de um determinado grupo econômico participaram da conduta ilícita, devendo existir provas diretas e individualizadas da participação de cada agente na infração ou que fosse comprovado que uma determinada ação fazia parte de algum tipo de tática ou estratégia do grupo; - A matriz pode fixar preços para suas filiais, mas um cartel não passa a ser lícito apenas por ter sido feito entre sociedades com vínculos societários;
Cartel de rolamentos (2021)	- Sociedades empresariais de um mesmo grupo econômico não são capazes de fazer grupo econômico entre si;

3.2. Comparação da responsabilização de terceiros por infrações antitruste Brasil x EUA x União Europeia

Como é possível constatar, a Comissão Europeia possui uma longa e consolidada jurisprudência analisando a responsabilidade de terceiros, a qual comparativamente com os EUA tem respeitado bem menos a responsabilidade limitada das sociedades. Por outro lado, o Brasil tem analisado com pouca profundidade a utilização da responsabilidade de terceiros, o qual possui uma jurisprudência dúbia sobre o tema, algumas vezes respeitando mais a

responsabilidade limitada das sociedades empresárias, outras vezes respeitando ainda menos do que a Comissão Europeia.

Considerando todos os pontos analisados ao longo do presente artigo sobre as três diferentes jurisdições, segue abaixo uma tabela que sintetiza as diferenças e semelhanças entre elas:

Responsabilização de terceiros		
Na Comissão Europeia	Nos EUA	No Brasil
A legislação prevê a responsabilização da "empresa";	A legislação prevê a responsabilização da "*person*";	A legislação prevê a responsabilização solidária do "grupo econômico";
Evolução da teoria da *single economic entity*, inicialmente aplicada para não reconhecer como ilícito condutas dentro de uma mesma "empresa"	Utilização da teoria da *single economic entity* com restrição, a exemplo do afastamento de cartel entre entidades do mesmo grupo econômico;	Utiliza as teorias de unidade de direção econômica e/ou orientação concorrencial central entre diferentes sociedades empresárias;
Concretização da teoria da unidade econômica, que considera a controladora e suas subsidiárias uma única empresa para fins de responsabilização;	Grande deferência a responsabilidade limitada das sociedades. Assim, exige-se, a princípio, os requisitos da desconsideração da personalidade jurídica para responsabilizar a controladora	Utiliza-se o conceito de grupo econômico para a configuração de responsabilidade solidária por ilícitos antitruste (o que é reprovado pela doutrina) e pelo pagamento de multas por ilícitos anticoncorrenciais;
Verificando-se a existência de controle, presume-se que as subsidiárias não detêm autonomia empresarial;	A despeito de existência de controle, a regra é a responsabilidade limitada;	Ao invés de utilizar o conceito de controle, utiliza-se o conceito de orientação concorrencial central e/ou de unidade de direção econômica;
Há presunção de controle e de solidariedade, quando a sociedade empresária controladora detém 100% de participação nas subsidiárias;	Não há nenhuma presunção de responsabilização considerando controle, dependendo sempre da existência de participação direta na conduta antitruste;	A jurisprudência é dúbia se participações societárias são suficientes para gerar presunção de solidariedade, mas existem precedentes que consideraram controle e/ou influência relevante para presumir responsabilidade;

Não é necessário aferir se a controladora realmente participou e se beneficiou da conduta irregular;	Exige-se a participação direta da controladora no ato anticoncorrencial;	A jurisprudência é dúbia se é necessária a constatação de participação direta para gerar presunção de solidariedade;
Responsabilidade solidária por ilícitos antitruste (o que é reprovado pela doutrina) e pelo pagamento de multas por ilícitos anticoncorrenciais;	Apenas responsabilidade direta	Responsabilidade solidária por ilícitos antitruste (o que é reprovado pela doutrina) e pelo pagamento de multas por ilícitos anticoncorrenciais;
Não se responsabiliza criminalmente a pessoa física infratora.	Responsabiliza-se criminalmente a pessoa física infratora.	Não é comum, mas é possível se responsabilizar criminalmente a pessoa física infratora.

3. CONCLUSÃO

Como pode ser visto ao longo do presente artigo, existe uma dicotomia bem marcada entre o Direito Antitruste europeu e estadunidense no que concerne a responsabilidade de terceiros por ilícitos antitruste.

Na União Europeia a doutrina da *single economic entity* permite a responsabilização do controlador por condutas anticoncorrenciais de sua subsidiária por entender que esses entes atuam como uma única entidade no mercado. Por esse mesmo motivo, a jurisprudência europeia em diversos precedentes vem afastando a ilicitude de condutas intragrupo por se configurarem como mera atribuição interna de tarefas. Cumpre-se destacar que mesmo que apliquem tais pressupostos aos controladores, os casos analisados são em grande medida situações de subsidiárias integrais ou algo próximo disso, além da não independência da subsidiária ser uma presunção relativa.

Nos Estados Unidos se busca o envolvimento direto na conduta pelo controlador para responsabilização, excepcionalmente se utilizando a desconsideração da personalidade jurídica para tanto. Contraditoriamente, ao analisar a licitude de condutas intragrupo, os tribunais estadunidenses têm declarado a legalidade das condutas intragrupo por um viés menos formalista, em linha com o que é aplicado no Direito Antitruste europeu.

A tese mais provável para essa distinção é devido ao arcabouço legislativo presente em cada jurisdição, no qual nos EUA se busca a dissuasão mediante a responsabilização criminal dos indivíduos e na Comissão Europeia pela responsabilização do controlador.

O Direito Concorrencial brasileiro possui muitos instrumentos para a dissuasão de práticas anticoncorrenciais, mas ainda assim os instrumentos são utilizados sem a devida cautela, fundamentação e aprofundamento pela autoridade antitruste brasileira. É dever do Cade desenvolver uma teoria mais uniforme e clara para o uso da responsabilidade do grupo econômico.

Dado que a ação pública para indiciar os cartelistas é do Ministério, o Cade não possui muito o que fazer para melhor a dissuasão de práticas antitruste mediante o fomento de acusações criminais para os cartelistas. Então talvez a solução da grande jurisprudência do Direito Antitruste europeu seja mais factível para o Cade buscar inspiração de como aperfeiçoar a aplicação do instituto do grupo econômico, que possui um significado igual ou pelo menos similar ao conceito de "empresa" utilizado pela Comissão Europeia.

Diante de todo o exposto, é possível visualizar semelhanças e diferenças na aplicação de responsabilidade solidária de terceiros por ilícitos antitruste entre as jurisdições antitruste do Brasil, dos EUA e da Comissão Europeia. Os EUA possuem uma posição mais estabelecida de respeito à personalidade jurídica de cada sociedade empresária para fins de responsabilização por ilícitos antitruste, mas não para análise de conduta intragrupo. A Comissão Europeia tem uma posição de pouco respeito à personalidade jurídica de cada pessoa jurídica, tanto para responsabilização por ilícitos antitruste, quanto para condutas intragrupo. Já o Brasil, não possui uma posição bem estabelecida, mas, a despeito de ter a possibilidade de responsabilizar criminalmente as pessoas físicas (que nem ocorre nos EUA), tende a ter menor respeito à responsabilidade limitada (conforme ocorre na União Europeia).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREOLI, Daniel e FONSECA, Marco Antonio. A formiga ou o formigueiro? A responsabilidade solidária concorrencial. Fevereiro, 2021.

ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. Os direitos dos sócios da sociedade-mãe na formação e na direção dos grupos societários. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1994,

ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. Os Grupos de Sociedades. Porto: Almedina, 2002, p. 53-54.

CALDEIRA, Margarida. Da imputação, à sociedade-mãe, da conduta ilícita da subsidiária no âmbito do Direito da Concorrência: considerações à luz do princípio da presunção de inocência e à luz da jurisprudência do TJUE. Dissertação de Mestrado. Universidade de Lisboa, 2018.

FRAZÃO, Ana. Grupos societários no direito do trabalho e a reforma trabalhista. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v. 83, n. 4, out./dez. 2017.

KHAN, Lina M. The Ideological Roots of America's Market Power Problem. The Yale Law Journal Forum, June 4, 2018

KOENIG, Carsten. Comparing Parent Company Liability in EU and US Competition Law. World Competition, Vol. 33, Issue 4, 2010.

MARTINS, Matheus. Grupo econômico e a Lei 12.529/2011: uma análise da utilização do instituto no direito concorrencial. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito), UnB, 2018.

OLIVEIRA, Renan Cruvinel de. A responsabilidade solidária entre sociedades empresárias de um mesmo grupo econômico por infrações ao direito da concorrência. Revista de Defesa da Concorrência, vol. 6, n. 2, 2018.

PAUER, Mag e Nada Ina. The Single Economic Entity Doctrine and Corporate Group Responsibility in European Antitrust Law. Tese de doutorado. Universidade de Viena, 2013.

ROS, Luiz Guilherme. Criando incentivos, a partir da Teoria dos Jogos, para celebração de Termos de Compromisso de Cessação por Pessoas Físicas: Uma análise das Ações Penais da Lava Jato. Tese de mestrado. Instituto de Direito Público, 2020.

SANJUAN, Enrique. The Contamination of the Liability of the Parent Company to Its Subsidiaries in Europe