

REVISTA DO

Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

Número 2 - 2021

IBRAC | INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL

IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL

REVISTA DO IBRAC

São Paulo

Número 2- 2021

ISSN 1517-1957



IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121

05013-001 - São Paulo - SP Brasil

Tel: 55 11 3872 2609 3673 6748

www.ibrac.org.br

ibrac@ibrac.org.br

Editora Responsável: Priscila Brolio Gonçalves

Coeditora: Elizabeth Farina

Conselho Editorial

Amanda Flávio de Oliveira

Ana Frazão

Barbara Rosenberg

Bernardo Macedo

Caio Mario da Silva Pereira Neto

Carlos E. Joppert Ragazzo

Diogo Coutinho

Isabel Vaz

Juliano Maranhão

Leonor Cordovil

Marcio Dias Soares

Mariana Villela

Mauro Grinberg

Patricia Regina Pinheiro Sampaio

Pedro Dutra

Pedro Paulo Salles Cristofaro

Vicente Bagnoli

DIRETORIA E CONSELHO DO IBRAC 2020- 2021

DIRETORIA

Diretor Presidente

Lauro Celidonio Gomes dos Reis Neto

Diretor Vice-Presidente

Vicente Bagnoli

Diretora Institucional

Maria Eugenia Novis

Diretor de Concorrência

Bruno de Luca Drago

Diretor de Comercio Internacional

Renê Guilherme da Silva Medrado

Diretora de Relações de Consumo

Thais Matallo Cordeiro Gomes

Diretora de Publicações

Priscila Brolio Gonçalves

Diretor de Compliance e Investigações

Guilherme Favaro Corvo Ribas

Diretor de Contencioso e Arbitragem

Pedro Paulo Salles Cristofaro

Diretor de Regulação

Ricardo Botelho

Diretora de Economia

Fabiana Ferreira de Mello Tito

Diretora de Brasília

Raquel Candido

Diretora de Mercados Digitais

Silvia Faga

CONSELHO DELIBERATIVO

Presidente: Caio Mario Pereira

Vice-Presidente: Francisco Negrão

Adriana Giannini

Aurélio Marchini

Arthur Barrionuevo

Barbara Rosenberg

Bernardo Macedo

Daniel Andreoli

Eduardo Gaban

Elizabeth Farina

Enrico Spini Romanielo

Eric Jasper

Fabíola Meira

Fabício A. Cardim de Almeida

Fernando de Oliveira Marques

Flávia Chiquito

Guilherme Dantas

José Alexandre Buaziz Neto

Laércio Nilton Farina

Marcos Drummond Malvar

Marcos Lima

Mariana Villela

Patrícia Agra

Paulo Leonardo Casagrande

Pedro Zanotta

Renata Fonseca Zuccolo Giannella

Ricardo Casanova Motta

Ricardo Inglez de Souza

Ricardo Lara Gaillard

Rodrigo Zingales

Sonia Marques Döbler

Tatiana Lins Cruz

Tiago Machado Cortez

Thiago Brito

Vinicius Marques de Carvalho

Marcio de Carvalho Silveira Bueno

Eduardo Caminati Anders

Cristianne Saccab Zarzur

Mauro Grinberg

Marcelo Procopio Calliari

Tito Amaral de Andrade

Sérgio Varella Bruna

Ubiratan Mattos

Carlos Francisco de Magalhães

**PRÊMIO IBRAC DE COMÉRCIO
INTERNACIONAL 2020**

**PRÊMIO IBRAC DE COMÉRCIO
INTERNACIONAL 2021**

**ARTIGOS SOBRE DIREITO
CONCORRENCIAL**

CONTRIBUIÇÕES IBRAC

SUMÁRIO

SEÇÃO I - PRÊMIO IBRAC DE COMÉRCIO INTERNACIONAL 2020 E 2021

Classificação Prêmio IBRAC de Comércio Internacional 2020..... 9

Classificação Prêmio IBRAC de Comércio Internacional 2021..... 9

Sobre os autores..... 11

1.º CONCURSO IBRAC DE MONOGRAFIAS EM COMÉRCIO INTERNACIONAL 2020

Comércio internacional e crise sanitária: Uma análise sobre a previsibilidade multilateral das restrições às importações de animais e derivados em razão da COVID-19

Carolina Bermúdez..... 13

Empirical analysis of provisions related to state-owned enterprises in preferential trade agreements – an international economic law approach

Julia Marssola Loures

Governança da Política Econômico-Tarifária de Combate à Covid-19 no Brasil

Heloisa Santos Souza e Juliana Maria de Almeida Barros 99

2.º CONCURSO IBRAC DE MONOGRAFIAS EM COMÉRCIO INTERNACIONAL 2021

Discricionariedade estatal para determinar interesses de segurança nacional no comércio exterior: Uma análise do artigo XXI.(b).III do Acordo Geral sobre Comércio e Tarifas - GATT

Ana Vitória Muniz Bokos 118

Comércio internacional e desenvolvimento sustentável: as ineficiências do acordo MERCOSUL-UE

Eduardo Parenti Gonçalves e Leonardo Gioachini de Paula..... 147

Comércio Internacional, Corrupção e Investimentos: um estudo empírico sobre as cláusulas que versam sobre corrupção nos Acordos de Investimento celebrados pelo Brasil entre 1980 e 2020

Elisa Amorim Boaventura..... 169

O Déficit democrático no Sistema de Solução de Controvérsias da OMC: Perspectivas à luz de um Tribunal Arbitral “Ad Hoc”

Johnny Tzu Sien Yu e Giulia Tavares Murta..... 189

Gênero e comércio internacional: riscos jurídicos e geopolíticos inerentes à emenda proposta às cláusulas de gênero do ACL Brasil-Chile

Gabriela Leoni Furtado..... 211

Qual o peso do Cade nas avaliações de interesse público em defesa comercial após o Decreto 10.044/2019 da Camex? Uma análise dos processos de interesse público entre 2019 e junho de 2021

Tanise Brandão Bussmann..... 234

SEÇÃO II ARTIGOS SOBRE DIREITO CONCORRENCIAL

Zigzag consumers and the converging online and offline retail channels

Sílvia Fagá de Almeida, Anna Olimpia de Moura Leite, Leonardo de Castro Lima e Paulo Oliveira 258

Derrubando os mitos da arbitragem para a reparação de danos concorrenciais

Christiane Meneghini S. de Siqueira, Joana Temudo Cianfarani e Paula Müller Ribeiro Bernini..... 275

Acordo de não persecução penal e Termo de Compromisso de Cessação

André Augusto Mendes Machado..... 282

Aspectos concorrenciais em operações de M&A: considerações práticas em tempos de crise

Amadeu Carvalhaes Ribeiro, Marcio Dias Soares e João Marcelo da Costa e Silva Lima 292

Investigações internas: melhores práticas internacionais e a experiência brasileira

Alexandre Ditzel Faraco e Gabriela Costa Carvalho Forsman 300

SEÇÃO III CONTRIBUIÇÕES IBRAC

Contribuição IBRAC à tomada de Subsídios n. 1/2021 da Autoridade Nacional de Proteção de Dados 317

Contribuição do IBRAC à Consulta Pública acerca da Norma de fiscalização da ANPD 342

Contribuição do IBRAC à Consulta Pública CADE n. 02/2020 408

Contribuição IBRAC ao Guia de Dosimetria de Multas de Cartel 416

Contribuição IBRAC ao Guia de Condutas Unilaterais 459

**SEÇÃO I -
PRÊMIO IBRAC DE
COMÉRCIO
INTERNACIONAL 2020 E 2021**

**CLASSIFICAÇÃO PRÊMIO IBRAC DE COMÉRCIO
INTERNACIONAL 2020**

CATEGORIA GRADUAÇÃO

1º lugar -Graduação

Comércio internacional e crise sanitária: Uma análise sobre a previsibilidade multilateral das restrições às importações de animais e derivados em razão da COVID-19

Carolina de Almeida Bermúdez

CATEGORIA PÓS GRADUAÇÃO

1º lugar - Pós Graduação / Profissional

Empirical analysis of provisions related to state-owned enterprises in preferential trade agreements – an international economic law approach

Julia Marssola Loures

2.º lugar - Pós Graduação / Profissional

Governança da política econômico-tarifária de combate à Covid-19 no Brasil

Heloisa Santos Souza

Juliana Maria de Almeida Barros

**CLASSIFICAÇÃO PRÊMIO IBRAC DE COMÉRCIO
INTERNACIONAL 2021**

CATEGORIA GRADUAÇÃO

1º lugar -Graduação

Discricionariedade estatal para determinar interesses de segurança nacional no comércio exterior: uma análise do artigo XXI.(b).III do Acordo Geral sobre Comércio e Tarifas - GATT

Ana Vitória Muniz Bokos

2º lugar - Graduação

Comércio internacional e desenvolvimento sustentável: as ineficiências do acordo MERCOSUL-UE

Eduardo Parenti Gonçalves e Leonardo Gioachini de Paula

3º lugar - Graduação

Comércio Internacional, Corrupção e Investimentos: um estudo empírico sobre as cláusulas que versam sobre corrupção nos Acordos de Investimento celebrados pelo Brasil entre 1980 e 2020

Elisa Amorim Boaventura

CATEGORIA PÓS-GRADUAÇÃO

1º lugar - Pós Graduação / Profissional

O déficit democrático no sistema de solução de controvérsias da OMC: perspectivas à luz de um tribunal arbitral “ad hoc”

Johnny Tzu Sien Yu e Giulia Tavares Murta

2º lugar - Pós Graduação / Profissional

Gênero e comércio internacional: riscos jurídicos e geopolíticos inerentes à emenda proposta às cláusulas de gênero do ACL Brasil-Chile

Gabriela Leoni Furtado

3º lugar - Pós Graduação / Profissional I

Qual o peso do Cade nas avaliações de interesse público em defesa comercial após o Decreto 10.044/2019 da Camex? Uma análise dos processos de interesse público entre 2019 e junho de 2021

Tanise Brandão Bussmann

SOBRE OS AUTORES

2020

Carolina Bermúdez. Advogada e consultora em Direito de Comércio Internacional.

Heloisa Santos Souza. Advogada de Direito Pós-Graduada em Direito Econômico e Regulatório pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO).

Júlia Marssola. Mestranda em Direito Internacional Econômico na Université Panthéon Sorbonne – Paris 1 (2019/2010) e bacharel em Direito pela UnB.

Juliana Maria de Almeida Barros. Graduada em Relações Internacionais em 2007 e em Direito em 2016, ambos pela Universidade de Brasília (UnB).

2021

Ana Vitória Muniz Bokos, estudante de graduação em Administração de Empresas na Universidade de Brasília UnB.

Eduardo Parenti Gonçalves, estudante de graduação em Direito da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas SP.

Elisa Amorim Boaventura, estudante de graduação em Direito da Universidade de Brasília - UnB.

Gabriela Leoni Furtado, bacharela em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Giulia Tavares Murta, pós graduanda da Universidade Estadual Paulista - UNESP

Johnny Tzu Sien Yu, pós graduando da Universidade Estadual Paulista - UNESP

Leonardo Gioachini de Paula, estudante de graduação de Direito da Escola de Direito da FGV-SP

Tanise Brandão Bussmann, Doutora em Economia pelo PPGE/PUCRS.

**1.º CONCURSO IBRAC DE
MONOGRAFIAS EM
COMÉRCIO
INTERNACIONAL 2020**

COMÉRCIO INTERNACIONAL E CRISE SANITÁRIA: UMA ANÁLISE SOBRE A PREVISIBILIDADE MULTILATERAL DAS RESTRIÇÕES ÀS IMPORTAÇÕES DE ANIMAIS E DERIVADOS EM RAZÃO DA COVID-19

Carolina Bermúdez

Resumo: A pandemia tem provocado a necessidade de uma rápida e eficaz resposta governamental. Para combater a disseminação da doença, medidas de comércio internacional foram aplicadas, mas, diferentemente de políticas domésticas, tais medidas não são sujeitas exclusivamente ao crivo nacional. É nesse contexto que o presente artigo buscará abordar quais são as previsões multilaterais sobre o tema para verificar se um país é autorizado a impor restrições ao comércio sob o argumento da contenção da disseminação do coronavírus. O confronto entre livre comércio e proteção à saúde são abordados, bem como o papel do princípio da precaução no âmbito sanitário. Palavras-chave: OMC; Restrições às importações; Animais e produtos derivados; Princípio da precaução; COVID-19.

Key words: WTO; Import restrictions; Animals and animal products; Precautionary principle; COVID-19.

1. Introdução

A relação entre comércio internacional e saúde pública tem sido cada vez mais colocada em evidência, especialmente quando se fala de doenças com alta capacidade de transmissão. De fato, o avanço da globalização, o aumento da migração e da transação de mercadorias facilitaram a propagação de doenças em escala global (STERN e MARKEL, 2004) e continuam provocando dúvidas se algum dos princípios, liberalização comercial ou proteção sanitária, devem prevalecer.

Com a declaração da Organização Mundial da Saúde (OMS) de que havia se instalado uma nova emergência de saúde pública - em inglês, Public Health Emergency of International Concern (PHEIC) (WHO, 2020) – e posteriormente uma pandemia, governantes tiveram de readaptar as políticas públicas à nova realidade. Notadamente, o surto do coronavírus constituiu um desafio sem precedentes para os países, pois, além de outros temas, questões

de saúde e comércio internacional foram colocadas em discussão. Os Estados foram compulsoriamente levados a adotar certas medidas unilaterais que entenderam necessárias para combater a doença (WTO, 2020) e foram encorajados a notificá-las à Organização Mundial do Comércio (OMC), em razão dos princípios da transparência e cooperação.

Cerca de dois terços dessas notificações estão relacionadas a normas e regulamentos sanitários e fitossanitários, os quais abrangeram vários produtos como equipamentos de proteção individual (EPI), produtos vegetais, produtos médicos, alimentos e animais vivos (WTO, 2020). Estes últimos são sem dúvidas os mais polêmicos, de modo que alguns membros chegaram a impor inclusive restrições¹ ao trânsito e às importações desses bens.

A título de exemplo, a Coreia do Sul² aplicou medidas de restrição temporária à importação de animais selvagens, alegando a possível transmissão do vírus para seus nacionais e as aplicou sobre produtos de qualquer origem. No mesmo sentido, o Cazaquistão³ introduziu restrições temporárias à importação e ao trânsito de peixes vivos e seus produtos em seu território que fossem originários da China. As Filipinas também notificaram⁴ à OMC sobre o banimento das importações de carne de frango de origem brasileira. O país utilizou como justificativa o fato de a China ter verificado o vírus nas embalagens de um lote de frango congelado importado do Brasil (SPRING e MANO, Notícia Thomson Reuters, 2020), sem ter promovido qualquer outra avaliação técnica nem estabelecer um prazo para a medida. A restrição, no entanto, já foi retirada pelo país.

Nesse contexto, as considerações sobre a pesquisa levam à seguinte indagação, considerada o problema desta pesquisa: as medidas de restrição às importações de animais e produtos derivados aplicadas no contexto da COVID-19 têm previsão no ordenamento jurídico da OMC?

Em princípio, essas medidas não podem constituir restrição arbitrária ao comércio internacional e devem ser baseadas em padrões internacionais ou em evidências científicas que justifiquem a adoção de nível

¹ As restrições ao comércio podem se dar por meio de barreiras tarifárias e não-tarifárias, podendo atingir tanto as exportações quanto as importações. No entanto, no presente trabalho, serão analisadas apenas as barreiras não-tarifárias, especificamente as sanitárias, às importações de animais e produtos derivados.

² Notificação G/SPS/N/KOR/685

³ Notificação G/SPS/N/KAZ/59

⁴ Notificação G/SPS/N/PHL/467

mais elevado de proteção, (OMC, Acordo SPS, 1995). Porém, até o momento⁵, ainda que as evidências atuais sugiram que o SARS-CoV-2, vírus da COVID-19, emergiu de uma fonte animal, não há evidências suficientes para comprovar a relação da transmissão de animais ou alimentos para humanos, bem como não há recomendação para a imposição de restrições comerciais. (OIE, 2020) e (FAO, 2020).

Não obstante, disposições na OMC preveem que o risco tolerável por cada país se baseará no nível de proteção que ele próprio considerar “adequado”, o que estaria relacionado não a questões científicas, mas aos valores de cada sociedade (ECHOLS, 1996 apud ALMEIDA, 2005, p. 51). Além disso, outras disposições internacionais dispõem sobre uma abordagem de precaução que permite a adoção de políticas provisórias quando não há certeza científica, nos casos em que houver riscos substanciais à saúde pública (DPHIL, DPHIL e MPHIL, 2009).

Primeiramente, o artigo discorrerá sobre os fundamentos da OMC, bem como sobre os acordos que contém disposições relacionadas ao tema, quais sejam, o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) e o Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS). Posteriormente, abordará o papel do princípio da precaução no âmbito internacional e em algumas disputas solucionadas pela OMC. Em seguida, tratará das especificidades da COVID-19 e da posição oficial das organizações internacionais referência para segurança animal e alimentar para, por fim, fazer a aplicação dos conceitos e jurisprudências no contexto da doença.

Para avaliar esta problemática, será utilizada a metodologia dogmático instrumental, a partir da qual serão analisados o ordenamento jurídico da OMC, jurisprudências da Organização e bibliografia sobre tema.

2. A OMC e suas exceções ao livre comércio

A Organização Mundial do Comércio (OMC) surgiu em um contexto de pós-guerra e globalização, momento em que se via a necessidade de promover transformações econômicas e institucionais em busca de paz e desenvolvimento. A Organização foi efetivamente criada na Rodada Uruguai⁶

⁵ 1 de junho de 2020.

⁶ Rodada Uruguai é o nome do conjunto de rodadas de negociações que culminou na criação da OMC. Na última rodada desse conjunto, os países assinaram o Tratado de Marrequexe, o qual efetivamente estabeleceu a Organização como pessoa jurídica do

e tem como principal objetivo administrar o sistema multilateral do comércio, a partir da aplicação de regras claras e previamente estabelecidas. (AMARAL, 2015). À época, os países já enxergavam a necessidade de se discutir outras pautas que envolviam o comércio internacional além das tarifas, tais como agricultura, serviços, regras técnicas e sanitárias e, nesse sentido, a OMC comportou um arcabouço normativo multidisciplinar (Itamaraty, s/a).

Além de funcionar como centralizadora de regras comerciais, a Organização prega a liberalização do comércio, especialmente através da identificação e desmantelamento de barreiras tarifárias e não-tarifárias (THORSTENSEN, 1998), as quais podem ser observadas como instrumentos protecionistas em algumas situações (ZARRILLI e MUSSLELLI, 2004 apud ALMEIDA, 2005, p. 15). Nas palavras de Barral (2002), entende-se como protecionismo a aplicação de medidas que, em última análise, visam favorecer a indústria nacional, sob a justificativa de se estar impedindo que padrões domésticos sejam rompidos. Tais padrões estão relacionadas a questões religiosas, culturais, morais, defesa do consumidor, da segurança nacional e, na grande maioria dos casos, da saúde (BARRAL, 2002).

Diante desse contexto, normativas da OMC eventualmente permitem exceções ao livre comércio para resguardar aspectos como a saúde pública nacional, mas assim o fazem estabelecendo os procedimentos e limites para cada uma das situações. O equilíbrio nessa dinâmica de interesses foi um dos fatores essenciais para o comprometimento multilateral dos países, que aceitaram a oponibilidade dos acordos e se comprometeram a cumprir suas mais diversas disposições, sem que se sentissem prejudicados em sua soberania (HAHN, 1991).

Sob essa perspectiva, no presente artigo serão analisados dois destes dispositivos que comportam exceções ao livre comércio, quais sejam o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (em inglês, The General Agreement on Tariffs and Trade - GATT) de 1994 e o Acordo de Medidas Sanitárias (em inglês, Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures - SPS), a fim de se verificar as previsões para imposição de medidas restritivas ao comércio relacionadas à saúde humana e consequentemente à COVID-19.

direito internacional público. Anexos a este Tratado estão o GATT e o Acordo SPS, notadamente no Anexo 1A – Multilateral Agreements on Trade in Goods.

2.1 GATT

O GATT 1994 trata dos limites e direitos para o comércio de bens, bem como dos princípios basilares que guiam o comércio internacional desde a criação da OMC, tais como o da não discriminação, do tratamento nacional e da transparência, estabelecendo regras que afastem práticas protecionistas e aumentem os fluxos comerciais como política de fomento ao desenvolvimento, especialmente para nações menos desenvolvidas (BORGES, 2013). Exceções a esses princípios estão contidas no artigo XX do acordo e assentam que a liberalização comercial pode ser mitigada caso comprometa a economia ou a saúde doméstica. (BORGES, 2013).

Estas exceções autorizam os países membros a adotarem medidas incompatíveis com as disciplinadas neste acordo desde que não constituam discriminação arbitrária, injustificada ou sejam uma restrição disfarçada ao comércio internacional (OMC, Acordo GATT, 1995). Tais medidas podem ser utilizadas quando, dentre outras hipóteses especificadas nos incisos do artigo XX, necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas, dos animais e à preservação dos vegetais (OMC, Acordo GATT, 1995).

Para se utilizar deste artigo no embasamento de uma medida de restrição à importação, é necessário realizar uma avaliação com relação a sua contribuição efetiva para o alcance do objetivo do país em questão, qual seja, o de prevenir ou reduzir o risco, levando-se em conta outras possíveis alternativas. Esta foi a conclusão do Órgão de Apelação (OA) da OMC na análise do caso da importação de pneus usados pelo Brasil (OMC, OA Brasil – Pneus usados, 2007, para. 182), na qual também foi ponderada a necessidade de se realizar uma avaliação holística de todas as variáveis, de modo que possa ser constatado a relação de causa e efeito do banimento da importação com a diminuição do risco (OMC, OA Brasil – Pneus usados, 2007, para. 151).

Além das exceções contidas no artigo XX, outros dois artigos do GATT podem ser vislumbrados para se restringir as importações de determinados produtos. São eles o art. XXI, que trata da segurança nacional, e o art. XI, que estabelece as disposições para a aplicação de restrições quantitativas às importações ou exportações.

No que se refere ao art. XXI, o Painel do caso Rússia - Tráfego em Trânsito entendeu que o termo “emergência nas relações internacionais” (OMC, Acordo GATT, XXI, (b), (iii), 1995) se referia a, dentre outros conceitos, uma grande tensão ou crise e instabilidades que cercavam o Estado (OMC, OSC Rússia - Tráfego em Trânsito, 2019, paras. 7.76 e 7.77). Via de regra, o artigo XXI e o termo “emergência nas relações internacionais” são

relacionados a conflitos e à defesa nacional. No entanto, cresce na seara internacional a utilização da expressão em contextos econômicos e, por essa razão, poder-se-ia considerar a sua aplicação no contexto da pandemia. Não obstante, como destaca Trujillo, 2020, até o momento, essa questão não foi endereçada pela OMC, permanecendo a dúvida sobre se a segurança nacional poderia ser invocada em contextos de insegurança econômica ou sanitária também.

Já o art. XI (restrições quantitativas), como bem ponderado por Aatreya, 2020, e Pauwelyn, 2020, possui uma aplicação mais específica em comparação ao art. XX. Isso porque, o art. XI deve ser aplicado apenas temporariamente e em ocasiões em que houver uma escassez “crítica” de um bem “essencial”, o que não se relaciona com a questão sanitária do coronavírus. Adicionalmente, o Órgão de Apelação no caso China - Matérias-primas entendeu que, diante do próprio título da normativa, as proibições às importações amparadas nesta exceção estariam relacionadas a restrições quantitativas e não a qualquer tipo de banimento.

Desse modo, percebe-se que esses dois artigos são mais específicos em relação ao art. XX e possuem mais critérios para sua utilização. Por esse motivo, é mais provável que uma eventual medida de restrição às importações relacionada à COVID-19, no que se refere à matéria sanitária, seja enquadrada no artigo das exceções gerais do GATT, haja vista seu escopo mais amplo.

2.2 *Acordo SPS*

O Acordo de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS) tem como objetivo definir os procedimentos e limites para que cada membro exerça seu direito regulatório no âmbito da saúde e do comércio internacional, a partir da aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias, que podem ser entendidas como uma ação governamental no contexto da saúde e segurança animal e de seus derivados. O texto está dividido em catorze artigos e três anexos e, no presente trabalho, serão analisados especificamente o artigo 2, que trata dos direitos e obrigações básicas, o artigo 3, que trata da harmonização, o artigo 5, o qual dispõe sobre a avaliação de risco e a determinação do nível apropriado proteção (ALOP), e o anexo A, que contém algumas definições importantes.

De maneira geral, o artigo 2 autoriza os membros a priorizarem a proteção da saúde em detrimento do comércio, bem como estabelece que o nível de proteção adequada é estipulado por cada Estado (WTO, Curso sobre o Acordo SPS, s/a). No entanto, para que essas medidas sejam aplicadas em

nível superior ao estabelecido pelas organizações internacionais reconhecidas⁷, o país deve apresentar uma justificativa científica (OMC, Acordo SPS, 1995), por meio de uma avaliação de risco. Feito isso, passa-se à escolha da medida a ser aplicada, a qual deve ser proporcionalmente necessária para proteger a vida ou a saúde da sociedade do membro em questão. O dispositivo ainda estabelece que nenhuma medida deve ser mantida sem evidência científica suficiente, sendo responsabilidade do membro atualizar a regulamentação caso aplique uma medida em caráter provisório, diante da rápida evolução do conhecimento científico (WTO, Curso sobre o Acordo SPS, s/a).

Previsões sobre harmonização das normas sanitárias também estão contidas no Acordo SPS. De acordo com o artigo 3.2, as medidas sanitárias e fitossanitárias que estiverem em conformidade com as recomendações internacionais terão presunção de necessidade e de compatibilidade com as disposições do referido acordo, bem como com o GATT. Não obstante, o artigo 3.3 abre a possibilidade para que os membros adotem medidas que “resultem em nível mais elevado de proteção sanitária ou fitossanitária”, desde que haja justificativa científica para tanto “ou [que seja] como consequência do nível de proteção (...) que um membro determine ser apropriado” (OMC, Acordo SPS, 1995). A prerrogativa do membro de estipular o seu próprio nível de proteção será, entretanto, contrabalanceada pelo artigo 5 do Acordo SPS, o qual dispõe exigências a serem cumpridas pelos membros (OMC, OA, CE – Hormônios nota 63 para. 177)

Tais exigências se referem à avaliação de risco e à determinação do nível adequado de proteção sanitária e fitossanitária. A avaliação de risco pode ser definida como um processo científico de identificar um potencial perigo ou resultado adverso, bem como de avaliar a probabilidade de sua ocorrência para então chegar a efetiva caracterização do risco (Adam, 1995). Ao fazer a avaliação, os membros deverão levar em consideração a evidência científica disponível, “o dano potencial em termos de perda de produção ou de vendas no caso de entrada, estabelecimento e disseminação de uma peste ou doença, os custos de controle e de erradicação no território do Membro importador e da relação custo-benefício de enfoques alternativos para limitar os riscos”

⁷O Anexo A.3. define que as organizações internacionalmente reconhecidas para criar padrões internacionais são a Comissão do Codex Alimentarius; a Organização Mundial de Saúde Animal (OIE) e a Convenção Internacional de Proteção Vegetal (IPPC), Comissão do Codex Alimentarius; a Organização Mundial de Saúde Animal (OIE) e a Convenção Internacional de Proteção Vegetal (IPPC)

(OMC, Acordo SPS, 1995), com vistas a gerar o menor impacto negativo no comércio, como dispõem os artigos 5.1 ao 5.4.

Cumpra destacar que a avaliação de risco pode ser dividida em dois tipos: (i) avaliação da probabilidade de entrada, estabelecimento ou disseminação de uma praga ou doença e (ii) avaliação do potencial prejuízo na saúde alimentar decorrente de aditivos, toxinas ou organismos causadores de doenças (OMC, Acordo SPS, Anexo A.4, 1995). O primeiro tipo de avaliação, o qual se refere ao objeto deste trabalho, já foi algumas vezes analisado pelo Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC.

Durante a análise do caso Austrália - Salmão, o Órgão de Apelação (OA) entendeu que a mera demonstração da possibilidade de entrada, estabelecimento ou disseminação da doença não seria suficiente para atender ao critério “avaliação de risco” (WTO, Curso sobre o Acordo SPS, s/a). Ainda, mencionou que, para esse tipo de avaliação, é necessária uma análise da probabilidade, ou seja, uma análise sobre os resultados concretos e objetivos da disseminação da doença em questão.

Por outro lado, no caso CE - Hormônios, o Órgão de Apelação afirmou que os membros não precisam basear a medida em uma avaliação de risco que represente o entendimento científico majoritário ou convencional, podendo utilizar opiniões divergentes de fontes respeitadas e qualificadas (WTO, Curso sobre o Acordo SPS, s/a), assim como foi compreendido no caso CE-Amianto. Ademais, definiu que os riscos devem ser determináveis, isto é, uma avaliação de risco não pode abordar um “risco geral de dano”, devendo ser feita uma análise da situação concreta (WTO, Curso sobre o Acordo SPS, s/a).

A limitação para um “risco determinável” foi importante na medida em que a aferição do risco pelas pessoas que compõem uma sociedade, incluindo-se poder público, stakeholders, população, dentre outros, nem sempre se alinham com a visão dos especialistas (Nunn, 2012). Além disso, análises indicam que riscos mais desconhecidos ou que geram mais temor são compreendidos em uma escala maior pelas pessoas do que aquela que pode ser comprovada cientificamente (Slovic, 1987 apud Nunn, 2012). Dessa forma, também é maior a probabilidade de haver mais demandas governamentais para o controle e proteção contra a disseminação desses riscos, pois mesmo com uma demonstração científica de que o risco é baixo, seus efeitos “potencialmente catastróficos” são entendidos como de alto risco (Nunn, 2012) - o que pode ocorrer com a COVID-19, por exemplo.

Atentando-se a isso, outro quesito é levado em consideração quando da aplicação de uma medida, qual seja, o nível adequado de proteção sanitária e fitossanitária (ALOP). Embora o Acordo SPS não defina exatamente o ALOP, este é entendido como o nível de risco aceitável pelo país para aplicar uma medida sanitária. Como salientado anteriormente, esse risco não pode ser geral e deve representar uma situação concreta, de modo que a prerrogativa do membro para decidir sobre seu ALOP será limitada quando gerar ambiguidades para a aplicação das demais disposições do Acordo SPS (HENSON, 2012)

Nesse sentido, o artigo 5.5 prevê que o membro deverá evitar distinções arbitrárias nos níveis de proteção em diferentes situações (WTO, Curso SPS). A violação desse dever pode ser demonstrada se verificados três requisitos cumulativos: (i) o membro adotou seu nível apropriado de proteção em várias situações diferentes, (ii) esses níveis de proteção indicam diferenças arbitrárias ou injustificáveis quando analisadas essas diferentes situações, (iii) as diferenças arbitrárias resultam em discriminação ou restrição disfarçada ao comércio internacional, conforme entendeu o OA no caso CE - Hormônios (WTO, Curso sobre o Acordo SPS, s/a).

Diferentemente do artigo 5.5, o artigo 5.6 trata da escolha da medida adequada, ou seja, o instrumento para atingir o nível de proteção adotado pelo membro. A escolha deve levar em consideração a “exequibilidade econômica e técnica” da medida, de modo que esta não seja mais restritiva ao comércio do que o necessário, bem como as opções menos prejudiciais ao livre comércio. (WTO, Curso sobre o Acordo SPS, s/a). Isto significa que, após definir o seu nível de proteção adequado e desenvolver uma avaliação de risco, o país irá escolher qual medida aplicar para conter, prevenir ou remediar o risco verificado. É nesse momento que questões econômicas e de comércio são levadas em conta.

No julgamento do caso Austrália – Salmão, o Órgão de Apelação estipulou que, para determinar se uma medida é mais restritiva ao comércio internacional do que poderia ser, devem ser observados outros três elementos cumulativos: (i) existência de outra medida sanitária ou fitossanitária possível de ser aplicada, tendo em conta os aspectos técnicos e econômicos, (ii) que atinja os níveis de proteção adequado para o membro, (iii) e que seja significativamente menos restritiva do que a medida contestada (WTO, Curso sobre o Acordo SPS, s/a). Com isto, a OMC consolida o entendimento de que a priori o que deve ser observado é se o nível de proteção indicado pelo país como tolerável foi respeitado/cumprido. A partir daí, analisa-se se alternativas, menos prejudiciais ao livre comércio, poderiam ter sido aplicadas.

Para finalizar a análise do Acordo SPS, serão feitas algumas considerações sobre o artigo 5.7, que possui uma temática mais controversa. Conforme já mencionado, as medidas sanitárias e fitossanitárias podem ser aplicadas mediante evidência científica baseadas em padrões internacionais ou então a partir de uma justificativa científica plausível, ainda que minoritária. No entanto, o mencionado artigo dispõe que, caso essa evidência seja insuficiente, o membro poderá adotar uma medida provisoriamente (OMC, Acordo SPS, 1995).

A flexibilização quanto à evidência científica existe para ocasiões em que há incerteza científica, situações em que o art. 5.7 normalmente é suscitado. Com efeito, o país poderá impor medidas provisórias, tendo a responsabilidade de baseá-la em informações pertinentes disponíveis e de aprofundar a pesquisa na procura de novas informações para realizar uma avaliação mais objetiva do(s) risco(s) (WTO, Curso sobre o Acordo SPS, s/a).

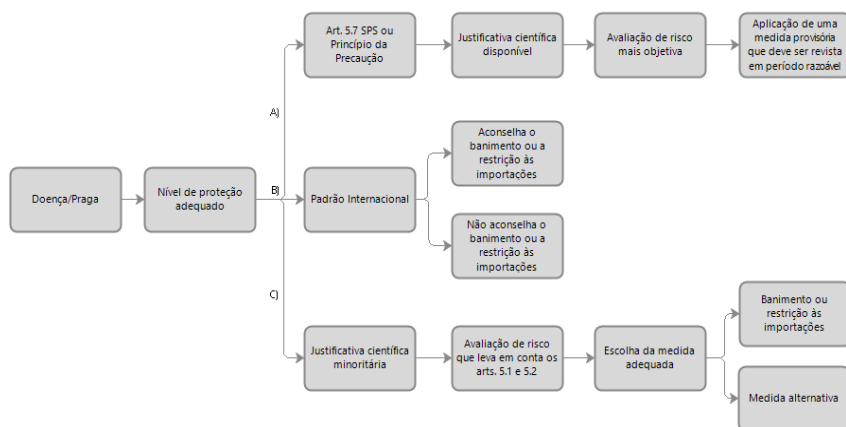
Na avaliação do art. 5.7, o OA firmou entendimento de que existem quatro requisitos cumulativos para que o membro possa embasar sua medida no artigo: (1) medida imposta em uma situação de insuficiente científica⁸; (2) adotada 'com base nas informações pertinentes disponíveis'. (3) deve-se buscar obter as informações adicionais necessárias para uma avaliação mais objetiva do risco; e (4) a medida deve ser revista em um prazo razoável (OMC, OA Japão – Produtos Agrícolas, 1999, para. 89). Assim, percebe-se que a incompatibilidade com o referido dispositivo pode não ocorrer inicialmente, mas, caso o membro deixe de reavaliá-la, por exemplo, constituir-se-ia um desrespeito a uma das exigências da norma.

Diante de seu denominador comum, qual seja, a perspectiva de prevenção com relação a um risco incerto, o art. 5.7 tende a ser constantemente atrelado ao princípio da precaução - que será analisado no tópico 3 deste trabalho. Sobre o assunto, o OA esclareceu que embora este princípio não esteja expresso no Acordo SPS, ele encontra reflexões no artigo 5.7 do Acordo SPS, além de outros dispositivos, exatamente por terem essa abordagem precaucionista. Não obstante essa correlação, ficou estabelecido que o princípio da precaução não anula as obrigações dos artigos 5.1 e 5.2 do Acordo SPS (OMC, CE - Hormônios, 1998, paras. 124 e 125), dentre elas, a necessidade de prover uma avaliação de risco, ainda que mais objetiva.

⁸ O que não se confunde com incerteza científica, conforme salientado no Relatório do Órgão de Apelação.

Para consolidar as informações relativas ao Acordo SPS e facilitar a compreensão dos artigos abordados, o fluxograma abaixo ilustra as três “opções” que o membro poderá adotar ao se deparar com a disseminação de uma praga ou doença em seu território.

Figura 1 – Fluxograma para aplicação de medidas sanitárias



Fonte: Acordo SPS. Elaboração da autora

O nível de proteção adequado, como já abordado acima, definirá o caminho a ser seguido pelo país na implementação da medida para prevenir a entrada ou disseminação da doença em seu território. O ideal, e o que já possui presunção de validade, é a escolha por um padrão internacional (B) definido pelas organizações internacionais específicas. No entanto, como também já mencionado, o país poderá optar por embasar sua medida em uma justificativa científica minoritária (C) e, assim, necessariamente seguir os requisitos dos art. 5.1 e 5.2 do Acordo SPS. O membro ainda poderá escolher pela aplicação de uma medida provisória (A), naqueles casos em que não há certeza científica. No caso, o país opta por adotar postura de maior prevenção, que pode estar embasada no art. 5.7 ou eventualmente no princípio da precaução, que será explicado no próximo tópico.

3. O princípio da precaução

O princípio da precaução foi construído a partir da ideia de que a certeza científica pode muitas vezes retardar uma resposta jurídica e política eficaz para combater determinado risco (GEHRING e SEGGER, 2003).

Segundo um estudo desenvolvido pela Universidade das Nações Unidas (2005) a definição mais conhecida desse princípio foi proposta na Conferência Rio 92 e atualmente consta no Princípio 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. O texto estabelece que “(...) o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental” (ONU, Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1992).

Embora o conceito seja antigo, ainda não há definição na jurisprudência internacional sobre a natureza jurídica do princípio da precaução. Como aponta Moraes (2011), algumas Cortes reconhecem a precaução como princípio, mas outras entendem que se trata apenas de uma “abordagem”, não havendo, portanto, a certeza de que se trata de um direito consuetudinário⁹. No mesmo sentido, Murray (2006) afirma que o status da precaução no direito internacional tende mais para “abordagem” do que para princípio e que não há previsão expressa do termo em acordos na OMC.

Por sua vez, a OMC deu início à discussão do tema quando tratou do caso CE - Hormônios, oportunidade em que apontou que o princípio da precaução encontra reflexo no Acordo SPS, principalmente no art. 5.7, porém não retira daquele suas demais obrigações (OMC, CE - Hormônios, 1998, paras. 124 e 125). Essa reflexão acontece, pois, assim como definido no princípio 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, o Acordo SPS autoriza a aplicação de uma medida sanitária ou fitossanitária sem que haja certeza científica. Porém, nesse caso, o art. 5.7 do Acordo SPS deve ser analisado em conjunto com as outras disposições do acordo, sendo necessário embasar a medida, ainda que sob uma visão de precaução, em estudos e análises até então disponíveis (MORAES, 2011).

Tal entendimento foi compartilhado na análise do caso CE - Aprovação e Comercialização de Produtos Biotecnológicos. Inclusive, nesta disputa o Painel salientou que, mesmo quando um membro se embasa no

⁹ Para ser considerado como um costume internacional, o Estatuto da Corte Internacional de Justiça determina, em seu art. 38, parágrafo 1, inciso b, que este deve representar uma “evidência de uma prática geral aceita como lei”. Em complementação, Trouwborst (2002) destaca que se presentes a prática estatal (elemento objetivo) e a opinio juris (elemento subjetivo) pode-se verificar que a norma é vinculante e obrigatória a toda comunidade global.

princípio da precaução, medidas sanitárias e fitossanitárias precisam ser baseadas em uma avaliação de risco, ou seja, devem respeitar as obrigações do art. 5.1 (OMC, CE - Aprovação e Comercialização de Produtos Biotecnológicos, 2006, parágrafo 7.3065). Apesar das discussões no âmbito do OSC, o princípio continua fora do ordenamento da OMC.

Não obstante, caberá à Organização prosseguir avaliando se o princípio foi utilizado como válvula de escape para adoção de práticas protecionistas e criação de barreiras ao comércio (United Nations University, 2005). Por ser aplicado em ocasiões de “incerteza, indefinição e desconhecimento da ciência sobre os riscos de determinada prática” (PRAZERES, 2003), o princípio pode ser distorcido pelo nacionalismo exacerbado e assim comprometer o equilíbrio entre proteção da saúde e comércio internacional. Ao mesmo tempo, considerando que a OMC tem uma racionalidade voltada à liberalização comercial, é possível que a interpretação da precaução como direito do Estado seja prejudicada por uma avaliação preponderantemente econômica, o que torna estes casos extremamente complexos (MORAES, 2011) e sem previsão sobre o resultado do julgamento pelo OSC.

Nesse contexto, Christoforou (2003) afirma que a aplicação da precaução e sua conseqüente validação em termos jurídicos dependerá das circunstâncias do caso concreto. Porém, no âmbito do comércio internacional, uma medida que se baseie na precaução também deve necessariamente ser compatível com as demais exigências do Acordo SPS (PRIESS e PITSCHAS, 2000-2001).

4. A COVID-19

Após uma descrição dos principais artigos, jurisprudências e possibilidades para a aplicação de restrições ao comércio em razão da proteção à saúde humana e animal, é necessário compreender em que medida a COVID-19 se encaixa em tais previsões e como deve ser feita sua análise sob a ótica do comércio internacional. Para tanto, neste tópico serão abordadas informações gerais sobre a doença, a posição oficial da Organização Mundial Para a Saúde Animal (OIE), bem como da Organização das Nações Unidas para a Agricultura e a Alimentação (FAO) sobre o tratamento que deve ser dado ao comércio internacional de animais e alimentos na atual situação de pandemia.

A COVID-19 teve início em Wuhan, província de Hubei, China, no final de 2019. Inicialmente, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que se tratava de uma emergência de saúde pública - em inglês, Public Health Emergency of International Concern (PHEIC) (WHO, 2020), mas, dois meses depois, anunciou o surto do SARS-CoV-2 como pandemia. Até o momento, cientistas entendem que a doença se originou de morcegos, mas o tipo de animal intermediário que teria causado a transmissão para seres humanos permanece incerto (GOUMENOU, SPANDIDOS, TSATSAKIS, 2020).

A OIE¹⁰, por sua vez, compartilha do entendimento de que não há evidência científica suficiente para explicar a transmissão para humanos, bem como para identificar a fonte do vírus (OIE, 2020). Com o intuito de compilar as informações e responder aos principais questionamentos sobre a nova pandemia, a Organização elaborou a página Questions and Answers on COVID-19 - disponível no site oficial da Organização - da qual serão analisadas quatro perguntas, quais sejam: (1) Animais são responsáveis pela contaminação da doença em humanos? (2) Animais podem ser infectados pela COVID-19? (3) Devem ser tomadas precauções com relação a animais vivos ou produtos animais? (4) Há alguma recomendação relacionada ao trânsito internacional desses produtos ou animais?

Em resposta à primeira pergunta (1), a OIE mencionou que ainda estão sendo feitas investigações para verificar a real fonte da doença, para determinar como o vírus iniciou sua atividade e qual o papel dos animais nesse contexto (OIE, 2020). Para tanto, foi estabelecido o grupo consultivo informal “COVID-19 e Comércio seguro de animais e produtos animais”, o qual salientou que, ainda que haja um receptor adequado em um outro hospedeiro (animal), isso não seria suficiente para resultar em infecção (OIE, Ad Hoc Group, 2020). Como exemplo, destacaram que, das espécies analisadas até o momento, os porcos possuem o receptor mais semelhante ao dos humanos, mas ainda assim não são suscetíveis à contaminação (OIE, Ad Hoc Group, 2020).

No que se refere à segunda pergunta (2), a Organização entende que, diante da vasta contaminação em humanos, há possibilidade que estes transmitam a doença para certas espécies animais em razão do contato próximo. Já testaram positivo alguns gatos domésticos e cães que tiveram

¹⁰ Fundada em 1924, a OIE tem papel fundamental no comércio internacional de animais e produtos derivados, razão pela qual é reconhecida pelo Acordo SPS e possui legitimidade para elaborar normas e recomendações para as operações comerciais desse tipo de bem (WTO, Curso sobre o Acordo SPS, s/a).

contato com pessoas infectadas ou suspeitas. Dessas espécies, os gatos são os mais suscetíveis à contaminação, e, em testes de laboratório, foram capazes de transmitir para outros gatos. Da mesma forma, furões e morcegos participaram de experimentos em laboratório e foram capazes de transmitir para outros de sua respectiva espécie (OIE, 2020). Por outro lado, já existem estudos indicando que aves e suínos não são suscetíveis à doença (OIE, 2020).

Na terceira pergunta (3) foi respondido se haveria alguma precaução a ser tomada com relação aos animais. De modo geral, as recomendações da OIE foram semelhantes às da OMS: higienizar as mãos e evitar de levá-las ao rosto. Ademais, a OIE ressalta que se deve evitar qualquer contato com outros animais – “não comestíveis” -, tais como gatos e cães vira latas, roedores, pássaros e morcegos.

Sobre as recomendações para restrição do trânsito internacional de animais (4), a OIE foi pragmática e seguiu o racional da OMC, afirmando que “não recomenda que nenhuma medida sanitária relacionada à COVID-19 seja aplicada ao trânsito internacional de animais vivos ou produtos derivados sem uma avaliação de risco” (OIE, 2020). Adicionalmente, a Organização divulgou uma nota sobre a aplicação de medidas sanitárias em razão da COVID-19, na qual destacou que esta escolha está efetivamente relacionada ao equilíbrio entre a proteção da saúde e a manutenção da cadeia de suprimentos e do fluxo comercial, e que ela caberia aos países e seus governantes (OIE, 2020). No entanto, frisou que, não obstante as evidências circunstanciais sobre a possível transmissão da doença por meio de animais, “evidências de avaliações de risco, investigações epidemiológicas e estudos experimentais não sugerem que animais vivos ou produtos animais desempenham um papel na infecção de SARS-CoV-2 em humanos” (OIE, 2020). Assim, recomendou que não sejam introduzidas medidas restritivas até que se tenha demonstrado que elas são necessárias para proteger a vida humana e animal.

Diante das respostas da OIE e das informações trazidas pela FAO, percebe-se que, embora algumas espécies animais tenham sido infectadas com o SARS-CoV-2, até o momento, não se verificou necessário restringir as transações comerciais dessa categoria de bens, razão pela qual o risco da contaminação por animais tem sido considerado mínimo/relativo. Mesmo assim, a OMC tem sido notificada de medidas nesse sentido. Fazendo uma breve comparação, durante o surto de H1N1 em 2009 a OIE também indicou que restrições não seriam justificáveis nem necessárias, mas cerca de 47 países restringiram o comércio de produtos suínos que advinham de territórios contaminados (WILSON K, BROWNSTEIN JS, FIDLER DP, 2010) e

(WORSNOP, 2016). Ressalta-se, no entanto, que o padrão internacional não precisa ser obedecido por nenhum membro da OMC. Como já abordado no tópico sobre o Acordo SPS, caso o país discorde das sugestões apresentadas pelas organizações internacionais, bem como tenha estipulado que o seu nível de proteção adequado não será atendido com a aceitação do padrão, poderá impor uma restrição comercial à importação de animais em seu território desde que forneça a avaliação de risco compatível para tanto.

5. Considerações finais

Como visto, o ordenamento jurídico da OMC comporta exceções ao livre comércio relacionadas, dentre outros assuntos, à saúde pública. A partir dos casos e acordos abordados, foi possível perceber que são feitas duas análises quando medidas sanitárias são questionadas. A primeira delas é com relação ao nível de proteção adequado. É pacífico o entendimento na OMC de que essa definição é prerrogativa do país, sendo considerada uma decisão política que levará em conta não apenas questões científicas, como também sociais. Já a segunda análise se refere à aplicação da medida em resposta a esse risco tolerável. Esta ação governamental, embora também seja vinculada a uma escolha política, deverá seguir as exigências dispostas nos acordos da OMC.

À vista disso, em eventuais futuros casos, o que poderá ser analisado nas medidas aplicadas em meio à pandemia da COVID-19 não é se há possibilidade legal para se impor uma restrição comercial em razão da doença, pois já se concluiu que isso é plenamente cabível. O que poderá ser examinado, na realidade, é se a medida imposta está em conformidade com o Acordo SPS. Como os padrões internacionais não indicam o banimento até então, o membro que optar por restringir as importações de animais e seus produtos derivados deverá desenvolver uma avaliação de risco que objetivamente represente a necessidade da medida restritiva para prevenir a contaminação, ponderando se havia medidas alternativas ao banimento. O mesmo deve ser feito se o membro estiver se respaldando no princípio da precaução, uma vez que o princípio não exime o Estado das demais obrigações constantes do Acordo SPS.

Nesse contexto, pode-se considerar que a premissa estabelecida na introdução deste trabalho foi confirmada, tendo em vista que há a previsibilidade para a imposição de restrições comerciais no âmbito da OMC. Por outro lado, é certo que as circunstâncias fáticas do caso concreto serão

consideradas em uma eventual disputa comercial envolvendo o coronavírus, o que proporcionará as diferenciações necessárias para a aplicação dos precedentes citados no trabalho e, ocasionalmente, gerará decisões divergentes no âmbito do OSC. Não obstante, independentemente de qualquer fator, o painel irá validar se a medida escolhida é a menos restritiva possível ao comércio, como se propõe no Acordo SPS, bem como nos princípios que regem a OMC.

Embora pareça uma simples avaliação de compatibilidade com o ordenamento da Organização, os contenciosos que envolvem medidas sanitárias demonstram-se bem complexos. Por serem mais difíceis de se identificar do que barreiras tarifárias, por exemplo, essas medidas são mais propícias de serem utilizadas como instrumentos protecionistas. Soma-se a isso o fato de que o princípio da precaução não tem uma regulamentação multilateral voltada ao comércio, facilitando uma ampla discricionariedade em sua aplicação.

Nota-se, assim, que o embate entre livre comércio e proteção à saúde continuará desencadeando uma série de outras discussões. A melhor saída seria então encontrar um ponto de equilíbrio entre os dois, que proporcione a manutenção dos fluxos comerciais, bem como a segurança nacional em termos sanitários, tarefa árdua para os chefes de Estado e de Governo. O momento atual exige políticas coerentes, que levam em conta a cooperação internacional e o senso de coletividade, tendo-se em mente que a pandemia foi - e ainda é - uma crise mundial. Entretanto, o que se espera para o pós-2020 são, na verdade, tendências mais protecionistas e precaucionistas não só para as relações comerciais, mas também como um modelo de estratégia global.

Referências bibliográficas

AATREYA, S.S. Are COVID-19 Related Trade Restrictions WTO-Consistent?. EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law, Cambridge, abri. 2020. Disponível em < <https://www.ejiltalk.org/are-covid-19-related-trade-restrictions-wto-consistent/> > Acesso em 10 ago. 2020.

ADAMS, J. Risk. Londres. UCL Press, 1995 apud PEEL, J. Of Apples And Oranges (And Hormones In Beef): Science And The Standard Of Review In Wto Disputes Under The Sps Agreement. Cambridge, International and Comparative Law Quarterly vol 61, p. 427-458, 2012. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/259422796_Of_Apples_and_Ora

nges_and_Hormones_in_Beef_Science_and_the_Standard_of_Review_in_WTO_Disputes_under_the_SPS_Agreement>

ALMEIDA, J.S. Acordo sobre a aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias: balanço de uma década buscando o equilíbrio entre a proteção do comércio e a proteção da saúde dos consumidores. CEPAL. Santiago de Chile, 2005.

AMARAL JÚNIOR, A. do. Curso de direito internacional público. [s. l.], 2015. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000006874&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 28 abr. 2020.

ARCURI, A. Law and Economics of the SPS Agreement: A critical perspective. Rotterdam Institute of Law and Economics, Department of International Law, Erasmus School of Law, Erasmus University Rotterdam. Working Paper Series No. 2012/03

BARRAL, Welber. Protecionismo e Neoprotecionismo no Comércio Internacional. In: BARRAL, Welber (Org). O Brasil e o Protecionismo. São Paulo: Aduaneiras, p. 14, 2002.

BERGEN. Declaração Ministerial de Bergen sobre Desenvolvimento Sustentável na Região da ECE (Noruega), parágrafo 7, feita em 16 de maio de 1990, reimpressa no documento das Nações Unidas A / CONF.151 / PC / 10, Anexo I; Anuário de Direito Ambiental Internacional, Oxford University Press, 1990, página 429 – apud UNITED NATIONS UNIVERSITY. Trading Precaution: The Precautionary Principle and the WTO. UNU-IAS Report. 2005; 4)

BORGES, M.S. Organização mundial do comércio e Codex Alimentarius: a institucionalização da qualidade no mercado internacional de alimentos. 2013. 180 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais Aplicadas) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2013.

BOSSCHE, P. van den. The law and policy of the World Trade Organization: text, cases and materials. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, [2011]. 917 p.

BYRNE, D. “Is There a Lawyer in the House: The Law of Global Public Health?” Journal of Law, Medicine & Ethics, [s. l.], v. 33, n. 4, p. 19–23, 2005. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=asn&AN=19724990&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 6 abr. 2020.

CANADA NEWSWIRE. World Animal Protection Calls for International Ban on Wildlife Trade Due to COVID-19. Canada Newswire, [s. l.], 23 mar. 2020. Disponível

em:<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bwh&AN=202003231204CANADANWCANADAPR.C5431&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em 6 abr. 2020.

DPHIL, K. L.; DPHIL, D. S.; MPHIL, M. P. Bridging the divide: global governance of trade and health. *The Lancet*. Londres, v. 373, n. 9661, p. 416-422, 2009. Disponível em <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2730441/>> Acesso em: 15 mai. 2020.

ECHOLS, M. A. Sanitary and phytosanitary measures. Multilateral trade framework for the 21 century and us implementing legislation. American Bar Association. Washington/DC: Editor: Terence P. Stewart., 1996, p. 200. Apud ALMEIDA, J. S. Acordo sobre a aplicação de medidas sanitarias e fitosanitarias: balanço de uma década buscando o equilíbrio entre a proteção do comércio e a proteção da saúde dos consumidores. Santiago: Nações Unidas, 2005. (CEPAL – SERIE Comércio Internacional; 59)

GAINES, S. E., The Wto's Reading of the GATT Article XX Chapeau: A Disguised Restriction on Environmental Measures. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol. 22, No. 4, Winter 2001. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=301404> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.301404>

GEHRING, M. W., SEGGER, M. C. Precaution in World Trade Law: The Precautionary Principle and its Implications for the World Trade Organization. 2003. Disponível em <<https://cisdl.org/wp-content/uploads/2018/05/Precaution-in-World-Trade-Law-2003.pdf>> Acesso em 20 set. 2020.

GENEVA. WTO Analytical Index. GATT 94 – Article XX (Jurisprudence), General Exceptions, atualizado até dezembro de 2019. Disponível em <https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/gatt1994_art20_jur.pdf> Acesso em 30 de abril de 2020.

GENEVA. WTO Analytical Index. GATT 94 – Article XXI (Jurisprudence), Security Exceptions, atualizado até dezembro de 2019. Disponível em <https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/gatt1994_art21_jur.pdf> Acesso em 30 de abril de 2020.

GENEVA. WTO Analytical Index. GATT 94 – Article XI (Jurisprudence), General Elimination of Quantitative Restrictions, atualizado até dezembro de 2019. Disponível em <https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/gatt1994_art11_jur.pdf> Acesso em 30 de abril de 2020.

GENEVA. WORLD HEALTH ORGANIZATION. Statement on the Second Meeting of the International Health Regulations (2005). Emergency Committee Regarding the Outbreak of the Novel Coronavirus. Disponível em <[https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov))>. Acesso em 1 mai. 2020.

GENEVA. WORLD TRADE ORGANIZATION. Cte Holds Information Session With MEAS And Addresses The Relationship Between The WTO And MEAS, The Export Of Domestically Prohibited Goods, The Trips Agreement And Fisheries Subsidies. It discussed the precautionary principle. PRESS/TE/033. 2000. Disponível em https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=47519,20921,60153,91767,2962,23762,41897,90200,14822,30655&CurrentCatalogueIdIndex=6&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True

GENEVA. WORLD TRADE ORGANIZATION. WTO Secretariat's, Export Prohibitions and Restrictions Report. 2020. Disponível em <https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/export_prohibitions_report_e.pdf>. Acesso em 1 de maio de 2020.

GONTIJO, C. A questão dos riscos e o acordo SPS. Conjuntura internacional, v. 13, n. 3, p. 179-195, 23 jan. 2017.

GOUMENOU, M., SPANDIDOS, D. A., TSATSAKIS, A. "[Editorial] Possibility of transmission through dogs being a contributing factor to the extreme Covid-19 outbreak in North Italy". Molecular Medicine Reports 21.6 (2020): 2293-2295.

HAHN M. J., Vital Interests and the Law of the GATT – an Analysis of GATT's Security Exception, Michigan Journal of International Law, v. 12, n. 3, p. 558-562, 1991.

HENSON, S. The 'appropriate level of protection': a European perspective. In *The Economics of Quarantine and the SPS Agreement*, University of Adelaide Press, Parte II, Cap. 6, p. 105-132, 2012

HORAN, R., FENICHEL, E., FINNOFF, D., WOLF, C. Managing dynamic epidemiological risks through trade. *Journal of Economic Dynamics and Control*. Volume 53, April 2015, Pages 192-207. Disponível em <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4404753/#?>>

ITAMARATY. Organização Mundial do Comércio. Disponível em <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/132-organizacao-mundial-do-comercio-omc>>

JONATHAN, E. S., THOMAS, V. C., BEAUTÉ, J., BARTELS, C., TSOLOVA, S., PHARRIS, A., CIOTTI, M. & SEMENZA, J.C. The interconnected and cross-border nature of risks posed by infectious diseases, *Global Health Action*, 7:1, 25287, (2014) DOI: 10.3402/gha.v7.25287. Acesso em 5 de abril de 2020.

MCLEOD, A. Economics of avian influenza management and control in a world with competing agendas. *Avian diseases*, [s. l.], v. 54, n. 1 Suppl, p. 374–379, 2010. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=mdc&AN=20521663&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 28 abr. 2020.

MORAES, Gabriela Bueno de Almeida. O princípio da precaução no direito internacional do meio ambiente. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/D.2.2011.tde-03092012-111415. Acesso em: 2020-04-05

MURRAY, N. International trade and the spread of animal diseases: Assessing the risks. *Veterinaria italiana* 42(4):319-36. 01/10/2006.

NOVA SCHOOL OF LAW. Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio 1947. Disponível em <https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/LTF_MA_26142.pdf>

NUNN, M. J. Analytical foundation of risk analysis. In *The Economics of Quarantine and the SPS Agreement*, University of Adelaide Press, Parte I, Cap. 3, p. 29-53, 2012

PAUWELYN, J. Export Restrictions In Times Of Pandemic: Options And Limits Under International Trade Agreements (April 30, 2020). Disponível

em <<https://ssrn.com/abstract=3579965>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3579965>>. Acesso em 25 ago. 2020.

PRAZERES, T. L. Comércio Internacional e Protecionismo: As Barreiras Técnicas na OMC. São Paulo: Aduaneiras, p. 39, 2003.

PRIESS, H., & PITSCHAS, C. Protection of Public Health and the Role of the Precautionary Principle under WTO Law: A Trojan Horse before Geneva's Walls. *Fordham Int'l L.J.* 519 (2000-2001). Disponível em <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/frdint24&div=30&id=&page=>>>

RIO DE JANEIRO. Organização das Nações Unidas. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Junho de 1992. Disponível em <https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf>. Acesso em 15 jun. 2020.

ROMA. Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO). Report on Food safety in the time of COVID-19, 14 abr. 2020. Disponível em <<http://www.fao.org/3/ca8623en/CA8623EN.pdf>> Acesso em 5 ago. 2020.

SHILLING, G. A Look at Economies and Markets After Covid-19. *Bloomberg Opinion*, [s. l.], p. N.PAG, 2020. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=142358906&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 6 abr. 2020.

SLOVIC, P. 'Perception of risk', *Science* 236: 280–285, 1987 apud NUNN, M. J. Analytical foundation of risk analysis. In *The Economics of Quarantine and the SPS Agreement*, University of Adelaide Press, Parte I, Cap. 3, p. 29-53, 2012

SPRING, J., MANO, A. Coronavirus contaminated chicken came from Brazil's Aurora, Chinese local government says. Thomson Reuters. São Paulo, 13 ago. 2020. *Healthcare & Pharma*. Disponível em <<https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-brazil-china/coronavirus-contaminated-chicken-came-from-brazils-aurora-chinese-local-government-says-idUSKCN25922T>>

TOMAZZETE, M. A necessidade de regulamentação multilateral do comércio internacional: protecionismo x liberalização. *Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 59-85, jul./dez. 2010

THORSTENSEN, V. A OMC - Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre comércio, meio ambiente e padrões sociais. *Rev. bras. polít. int.*, Brasília, v. 41, n. 2, p. 29-58, Dec. 1998. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291998000200003&lng=en&nrm=iso>. access on 28 Mar. 2020. <https://doi.org/10.1590/S0034-73291998000200003>

THORSTENSEN, V. e VIEIRA, A. *Regulatory Barriers to Trade: TBT, SPS and Sustainability Standards*. 2016. São Paulo: VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda.

UNITED NATIONS UNIVERSITY. *Trading Precaution: The Precautionary Principle and the WTO*. UNU-IAS Report. 2005

VEINLA, H. Free Trade and the Precautionary Principle. *Juridica International*. 186 (2003). Disponível em <https://www.juridicainternacional.eu/public/pdf/ji_2003_1_186.pdf>

WILSON K, BROWNSTEIN JS, FIDLER DP. *Strengthening the International Health Regulations: Lessons from the H1N1 pandemic*. *Health Policy Plan* 25:505–509. Published by Oxford University Press in association with The London School of Hygiene and Tropical Medicine. 2010

WORLD Health Organization Europe. Geneva. 2019-nCoV outbreak is an emergency of international concern. Disponível em <<http://www.euro.who.int/en/health-topics/health-emergencies/international-health-regulations/news/news/2020/2/2019-ncov-outbreak-is-an-emergency-of-international-concern>> Acesso em 1 de julho de 2020.

WORLD Organization For Animal Health (OIE). Geneva. *Questions and Answers on the 2019 Coronavirus Disease (COVID-19)*. Disponível em <<https://www.oie.int/en/scientific-expertise/specific-information-and-recommendations/questions-and-answers-on-2019novel-coronavirus/>> Acesso em 1 de julho de 2020.

WORLD Trade Organization. *Apostila do curso Sanitary and Phytosanitary Measures*. Plataforma WTO E-learning. Geneva, 2020

WORLD Trade Organization, Geneva, 2020. *COVID-19 and world trade*. Disponível em <https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/covid19_e.htm>. Acesso em 1 mai. 2020.

WORLD Trade Organization. Geneva. Legal texts: the WTO agreements. Disponível em <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/ursum_e.htm#Agreement> Acesso em 1 de julho de 2020.

WORLD Trade Organization. Geneva. The WTO Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures. Disponível em <https://www.wto.org/english/tratop_e/sps_e/spsagr_e.htm> Acesso em 1 de julho de 2020.

WORLD Trade Organization. Geneva. Understanding the WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/sps_e/spsund_e.htm> Acesso em 1 de julho de 2020.

WORLD Trade Organization. Geneva. WTO Agreements and Public Health — A joint study by WHO and the WTO Secretariat. Disponível em <https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/who_wto_e.pdf> Acesso em 1 de julho de 2020.

WORLD Trade Organization. Geneva. WTO rules and environmental policies: GATT exceptions. Disponível em <https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/envt_rules_exceptions_e.htm> Acesso em 1 de julho de 2020.

WORSNOP, C. Z. “Domestic Politics and the WHO’s International Health Regulations: Explaining the Use of Trade and Travel Barriers during Disease Outbreaks,” *The Review of International Organizations*, p. 1–31, 2016 Disponível em <<https://link.springer.com/article/10.1007/s11558-016-9260-1>>

WORSNOP, C. Z. Provoking Barriers: The 2014 Ebola Outbreak and Unintended Consequences of WHO’s Power to Declare a Public Health Emergency. *Global Health Governance*, Volume XI, no. 1 (spring 2017). Disponível em <<http://www.ghgj.org>>.

ZARRILLI, S.; MUSSLELLI, I. The Sanitary and Phytosanitary Agreement, Food Safety Policies and Product Attributes. *Agriculture and the WTO. Creating a trading system for development*. Edited by Merlinda D. Ingco and John D. Nash. Washington: World Bank and Oxford University Press, p. 215, 2004. Apud ALMEIDA, J. S. Acordo sobre a aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias: balanço de uma década buscando o equilíbrio entre a

proteção do comércio e a proteção da saúde dos consumidores. Santiago: Nações Unidas, 2005. (CEPAL – SERIE Comércio Internacional; 59)

Disputas

WORLD Trade Organization. Austrália - Salmão. DS 18. Disponível em <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds18_e.htm>

WORLD Trade Organization. Brasil – Pneus usados. DS 332. Disponível em <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds332_e.htm>

WORLD Trade Organization. CE - Amianto. DS 135. Disponível em <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds135_e.htm>

WORLD Trade Organization. CE - Aprovação e Comercialização de Produtos Biotecnológicos. DS 291. Disponível em <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds291_e.htm>

WORLD Trade Organization. CE - Hormônios. DS 394. Disponível em <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds26_e.htm>

WORLD Trade Organization. Japão – Produtos Agrícolas. DS 76. Disponível em <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds76_e.htm>

WORLD Trade Organization. Rússia – Tráfego em Trânsito. DS 512. Disponível em <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds512_e.htm>

EMPIRICAL ANALYSIS OF PROVISIONS RELATED TO STATE-OWNED ENTERPRISES IN PREFERENTIAL TRADE AGREEMENTS – AN INTERNATIONAL ECONOMIC LAW APPROACH

Julia Marssola Loures

Abstract: State-owned enterprises (SOEs) represent an important challenge for International Economic Law, as they are increasingly active in trade and investment and compete with private companies. One of the most important fora through which their economic activity can be regulated is Preferential Trade Agreements (PTAs). This article presents the results of an extensive empirical analysis conducted with all the PTAs in force in September 2020 that contained provisions related to SOEs. The agreements were assessed based on four criteria: (a) definition for SOEs, (b) relation to WTO commitments to SOEs, (c) SOEs related provisions in the investment chapters and (d) in the competition chapters.

Key-words: State-owned enterprises (SOEs), Preferential Trade Agreements (PTAs), International Economic Law, Investment, Competition.

Resumo: As empresas estatais (SOEs) representam um desafio importante para o Direito Internacional Econômico, cada vez mais ativas nas trocas comerciais e nos fluxos de investimentos, competindo com empresas privadas. Um dos mais importantes fóruns para regular sua atividade econômica são os Acordos Preferenciais de Comércio (PTAs). Este artigo apresenta os resultados de uma análise empírica exaustiva realizada com todos os PTAs em vigor em setembro de 2020 que continham disposições relacionadas às estatais. Os acordos foram avaliados com base em quatro critérios: (a) definição para empresas estatais, (b) relação aos compromissos da OMC com empresas públicas, (c) disposições relacionadas às empresas estatais nos capítulos de investimento e (d) nos capítulos de concorrência.

Palavras-chave: Empresas estatais, Acordos preferenciais de comércio, Direito internacional econômico, Investimentos, Concorrência.

1. Introduction

The purpose of this article is to analyze state-owned enterprises related provisions in Preferential Trade Agreements (hereafter PTAs) in order to answer some of the questions¹ that the economic activity of such companies raise to International Economic Law², more specifically, to World Trade Organization Law, International Investment Law and Competition Law. An empirical analysis was undertaken, and all the relevant PTAs were assessed individually. We will expose the reasons for this investigation, the methodology adopted, and discuss the results obtained.

In 2017, the United Nations Conference on Trade and Development (hereafter “UNCTAD”)³ identified around 1,500 transnational state-owned enterprises (hereafter SOEs) and found that they held USD 2,000 billion in foreign assets in 2014. If some of these SOEs enjoy advantages, the potential for economic distortions can therefore be significant.

SOEs may operate on the basis of commercial considerations or may have non-business priorities. And that is because when the State intervenes in economic activity of SOEs, his goal goes way beyond profit, having social

¹ See: CHAISSE, Julien, “Untangling the Triangle: Issues for State-controlled Entities in Trade, Investment, and Competition Law”, In: *International Economic Law and Governance: Essays in Honour of Mitsuo Matsushita*, Oxford University Press, 2016, pp. 233-258.

² “International Economic Law” can be defined by at least two approaches. The classic one, according to which it would be a branch of Public International Law dealing with international economic relations. This is a narrow and erroneous definition, since these sources are not the only sources of International Law, national laws also playing an important role. For a more contemporary approach, International Economic Law is made of all the rules of governance and regulation of the world economy. If we adopt the field of application chosen by Dominique Carreau and Patrick Julliard, International Economic Law includes all the rules governing the international movements of factors of production, with several subsets: international trade law, international investment law and international finance law. See. ASCENSIO, *Droit international économique*, Paris: Thémis puf, 2018, p. 1 ; JUILLARD, P. et. al., *Droit international économique*, Dalloz, 2017, p. 3-6.

³ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Rapport sur l’investissement dans le monde 2017: L’investissement et l’économie numérique, repères et vue d’ensemble*, New York and Geneva, 2017, p. xii. These are the most recent data. The 2019 UNCTAD Investment report does not present information on investments made by SOEs.

and development objectives as well. Hence, SOEs are also a means of implementing public policies. In certain circumstances, they benefit from advantages in the form of direct subsidies, financing, guarantees supported by the State, preferential regulatory treatment and exemptions from competition rules. Because of the increasingly interconnected markets, phenomenon enhanced by globalization, SOEs are often in competition with private ones.

To prevent trade distortions and preserve free competition, rules should be established to regulate the economic activity of SOEs. This is not to discourage or prohibit their operations, but rather to seek a level playing field with regards to private companies. Nonetheless international rules applicable to SOEs, especially in International Economic Law, remain largely insufficient⁴. One of the main reasons for that is the lack of clear definition to what constitutes a SOE. It is not a trivial challenge to propose a homogeneous notion for a model of enterprises that can change substantially from one country to the other⁵. In reality, there is no universal definition for SOEs⁶, and even if International Economic Law has made some effort to try to come up with potential definitions, they are not the same and often excessively comprehensive⁷.

⁴ MARSSOLA, Julia, *La notion d'entreprise d'État en droit international économique*, Dissertação (Mestrado em Direito Internacional Econômico), École de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, Paris, 2020 (forthcoming).

⁵ The notion of SOE in China can be tremendously different that the one in Saudi Arabia. And we will see, in the results of the research conducted for this paper, that it is the case even for different Parties of a PTA. See: KOBAYASHI, E., “Definindo empresas públicas e participações estatais no Direito Comparado: a importância das definições e o caótico exemplo do Japão”, In: *Revista de Direito Publico da Economia – RDPE*, ano 17, no. 66, 2019, p. 35.

⁶ WILLEMYNS, Ines, «Disciplines on State-Owned Enterprises in International Economic Law: Are We Moving in the Right Direction? », In: *Journal of International Economic Law*, 2016, p.664.

⁷ MARSSOLA, Julia, *Op. cit.*, 2020b.

For International Trade Law, at the WTO, for instance, the discussions around SOEs are crucial, since many Members⁸ – and scholars⁹ – correlate the amount of SOEs in a country to its status as a non-market economy, that entails a different method to calculate the normal value¹⁰ of products, ultimately influencing the dumping margin for trade defense proceedings.

Despite the existence of a dedicated article to SOEs in the General Agreement on Tariff and Trade of 1994 (hereafter GATT 1994), Article XVII, the definition of SOEs to the organization remains open, even if, according to recent research, the Dispute Settlement Body(hereafter DSB) case law has done some progress in clarifying blind spots of the WTO rules¹¹. There is also

⁸ The United States and the European Union argue that China has yet to complete its transition to a market economy. They point to the large number of SOEs that operate as an arm of the Chinese government rather than enterprises driven exclusively by commercial considerations. The situation has even led to disputes under the WTO Dispute Settlement Body (DS 515 and DS 516) between these two countries and China. This discussion arose out of the fact that Article 15 of China's Protocol of Accession to the WTO allows Members to view China as a non-market economy. To this end, they have the right to use a third country to determine normal value in anti-dumping cases. However, China considers that this right would have expired upon its definitive entry into the organization in December 2016. Despite this interpretation, some Members continue to regard China as a non-market economy. In addition to the United States and the European Union, it is also the case of Canada, Japan, Mexico and India. See: TIETJE, C. and NOWROT, K., "Myth or Reality? China's Market Economy Status under the WTO Anti-dumping Law after 2016", In: Policy Papers on Transnational Economic Law, no 34, December 2011 ; UNITED STATES OF AMERICA, Third-Party Submission, European Union - Measures Related to Price Comparison Methodologies, WT/DS516, November 21, 2017; PUCCIO, Laura, Attribution du statut l'OMC, EPRS – Service de Recherche du Parlement Européen, Novembre, 2015.

⁹ See, for instance: DAVEY, William, "Article XVII GATT: An Overview", In: State Trading in the Twenty-Frist Century: The World Trade Forum, Volume 1, University of Michigan Press, 1998, p. 21.

¹⁰ The normal value of a product is used to prove the existence of a dumping situation. This value corresponds to the price at which goods are normally sold on the markets of the exporting country and therefore at the national level. Dumping occurs when a good is exported at a price lower than its normal value, which generally means that it is exported at a lower price than that at which it is sold in the domestic market, or at cost of production. See: WTO Glossary.

¹¹ MARSSOLA, Julia, Op. cit. 2020b.

a Working Party¹² dedicated to State Trading Enterprises¹³, which has been working on an illustrative list of different types of SOEs.

Besides the multilateral level, initiatives on regional or bilateral level have also tried to discipline the activity of SOEs in international trade. It is the case of PTAs which, even if compatible with WTO law if certain conditions laid down by Article XXIV of GATT and by Article V of the General Agreement on Trade and Services (hereafter GATS) are met¹⁴, are not part of the WTO framework.

The importance of analyzing what PTAs have to say about SOEs becomes natural when their level of importance for trade law is taken into consideration: PTAs are responsible for 80% of global trade nowadays. The statistics are understandable if we consider that WTO Members use preferential agreements for various economic and political reasons. Regionalism allows States sharing the same concerns to align¹⁵. In a smaller regional forum, consensus can be more easily reached. In addition, this allows countries that are more motivated to negotiate to do so faster than through the WTO¹⁶.

¹² A Working Party, established on behalf of the Council for Trade in Goods by paragraph 5 of the Understanding on Article XVII, is in charge of examining Members' notifications concerning their state trading enterprises and activities, such as set forth by paragraph 4 (a) of Article XVII of GATT 1994. It is also responsible for examining its consistency with the 1960 State Trading Questionnaire in order to revise it if necessary, and to draw up an illustrative list indicating the types of relations between public authorities and state trading enterprises as well as the types of activities in which they are engaged. The Group meets at least once a year, with participation open to all Members, and reports to the Council for Trade in Goods. See. WTO official website.

¹³ In the WTO, SOEs are usually named State Trading Enterprises. For the purposes of this article, they will be treated as synonyms to SOEs.

¹⁴ See : MARCEAU G.; REIMAN C., "When and How Is a RTA Compatible with the WTO", In: Legal Issues of Economic Integration, 2001.

¹⁵ For an analysis of the proliferation of PTAs and a threat to multilateralism, see: MARSSOLA, Julia, "Preferential Trade Agreements : crisis or opportunity to the WTO?", In: Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília, 17eme ed. 1/2020.

¹⁶ HOEKMAN, B.; KOSTECKI, M., The Political Economy of the World Trading System - From GATT to WTO, Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 216.

Moreover, recourse to regional or bilateral agreements is not only done to escape the rule of consensus, but also in order to be able to deal with subjects not covered by the WTO. These are called OMC-plus, when they deepen obligations already agreed upon under WTO rules, or WTO-extra, that disciplines matters outside the scope of WTO¹⁷.

These considerations were at the beginning of the intent to conduct the research that resulted in the present article. If PTAs allow countries to go beyond WTO provisions and commitments, they could potentially constitute a very interesting forum to discuss and evolve in regulating SOEs economic activity. So we analyzed all the 161 PTAs that contained SOEs related provisions. In addition to verifying some of the SOEs issues related to the WTO, we wanted to analyze the PTA also from an investment and competition law perspective.

For International Investment Law, one of the biggest issues consists of determining whether SOEs can be claimants in international investment arbitrations. International investment law was designed to protect investors from developed countries in the a priori uncertain environment of host states, often developing countries¹⁸. The investor is first of all the one who benefits from the protection but is also the one who has the procedural right to act before an arbitral tribunal¹⁹, exclusive in the case of the International Center for Settlement of Investment Disputes (hereafter ICSID) proceedings²⁰.

Hence, it is important to establish whether SOEs constitute public entities that can replace the government, thus acting like State and defendants in arbitration proceedings, or if they constitute and act like private companies. In other words, whether SOEs can realize international investments, be regarded as investors of a Party and then be claimants in arbitration proceedings.

¹⁷ HORN H., MAVROIDIS PC, SAPIR A., *Beyond the WTO? An anatomy of EU and US preferential trade agreements*, Brussels: Bruegel Blueprint, 2009, p. 4.

¹⁸ JUILLARD, P. et. al., *Droit international économique*, Dalloz, 2017, p. 7.

¹⁹ NANTEUIL, Arnaud de, *Droit international de l'investissement*, Paris : Pedone, 2015, p. 191.

²⁰ The ICSID accepts only investor-State disputes, and States cannot be claimants.

Most Bilateral Investment Treaties (BITs) are silent regarding to the SOEs acting like investors²¹, but the UNCTAD suggests that when the text is silent, the protection to investors should be extended to SOEs, allowing them to act like claimants²². We wanted to verify this same issue on PTAs, that often contain investment related provisions.

With regards to Competition Law, it follows a different logic than International Trade and International Investment Law. It does not have a multilateral institution such as the WTO nor a well-established and centralized center for international dispute settlement like the ICSID. Discussions for unique guichet for competition law have been made, but with no relevant progress²³. So competition rules are usually integrated in national law, but are also present in PTAs.

Because the ultimate challenge of the economic activity of SOEs is trying to create a level playing field with private companies so to prevent anticompetitive consequences, we adopted the hypothesis that SOEs are more often – or could be more often – regulated through competition law. At least 35 competition jurisdictions have provisions destined to SOEs²⁴. But because they are national, and the present study is not about extraterritorial application of competition law²⁵, we wanted to verify this hypothesis checking whether SOEs provisions in PTAs were included in the competition chapters of these agreements.

To verify these hypotheses, we have conducted an empirical research analyzing all PTAs that contain specific provisions for SOEs, a total of 161 agreements, from the 306 PTAs in force as of September 30th 2020.

²¹ SHIMA, Yuri, “The Policy Landscape for International Investment by Government-controlled Investors: A Fact-Finding Survey”, OECD Working Papers on International Investment, 2015, p. 12.

²² UNCTAD, “La protection de la sécurité nationale dans les accords internationaux d’investissements (AII)”, Études de la CNUCED sur les politiques d’investissement international au service du développement, New York and Geneva : United Nations, 2009, p. 47.

²³ SILVEIRA, Paulo Burnier da, *Le contrôle des concentrations transnationales*, Paris : L’Harmattan, 2013, p. 27.

²⁴ FOX, Eleanor M. & HEALEY, Deborah, “When the State Harms Competition – The Role for Competition law”, In: *Antitrust Law Journal*, vol. 79, n°3, 2014, p. 784.

²⁵ For extraterritoriality of European Union and American competition law, see: FRIEDEL-SOUCHU, Evelyne, *Extraterritorialité du droit de la concurrence aux États-Unis et dans la Communauté européenne*, Paris: LGDJ, 1994.

We wanted to identify what these PTAs said about SOEs, and more specifically if they could provide answers to recent challenges that SOEs have posed to International Economic Law.

2. Methodology

The relevant PTAs were identified at the WTO Regional Trade Agreements Database²⁶. When in the platform, we used the search tool, selecting as search criteria two filters: status of agreement and RTA provisions. For status of agreement, we selected agreements signed, agreements not yet in force, agreements in force for at least one of the Parties, and agreements in force. For RTA provisions, we selected “Provisions on designated monopolies or State-Owned Enterprises (SOEs)”.

From the 306 agreements in force in the database on September 30 2020, 161 PTAs corresponded to our criteria. The list was ordered by date of notification²⁷. The documents were analyzed in French, English and Spanish, favoring the original version, when possible. Four general questions guided the assessment:

- a) Does the agreement contain a definition of SOEs?
- b) Does the agreement mention State Trading Enterprises? Does it reaffirm the commitments based under the WTO or does it go beyond them?
- c) Is there a reference to SOEs in the investment chapter? Are SOEs considered within the meaning of investor of a Party?
- d) Is there a mention to SOEs in the competition chapter?

The questions were answered with YES or NO, and the results obtained for each question then showed other questions or elements that need to be taken into consideration, which are illustrated and summarized in the chart of results, available at Annex II.

²⁶ A printscreen of the Database in the page of the search tool is attached to this article. Check Annex I.

²⁷ Check Annex II.

3. Assessment of results

The analysis of the 161 PTAs that contained SOE related provisions shows that they often go beyond the WTO rules on SOEs provisions. Indeed, it is possible to draw up a typology of agreements and the way in which they apprehend SOEs. Considering the questions that guided our analysis, four types of agreements can be distinguished: (i) agreements which contain a definition of SOEs, (ii) agreements which mention their existence and reaffirm the compromises made in this regard at the WTO; (iii) agreements which mention SOEs in the investment chapter; and (iv), finally, agreements which refer to SOEs in the chapter establishing competition rules.

The results for each group will be presented and discussed below.

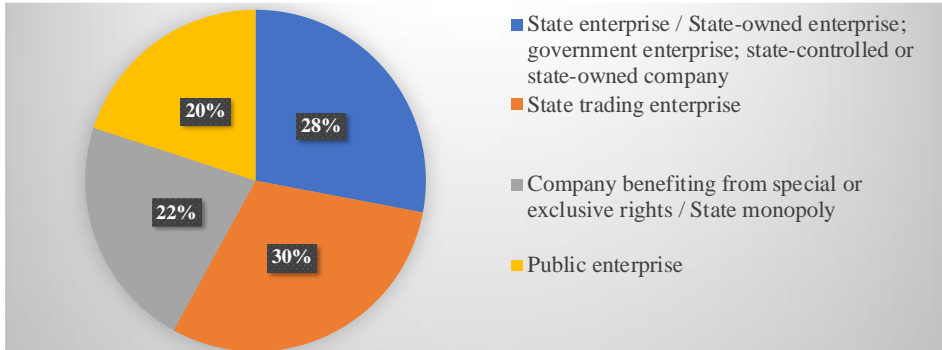
3.1 *PTAs that contain a definition of SOEs*

As discussed above, one of the main reasons for the deficient apprehension of SOEs economic activity by International Economic Law is the absence of a clear definition. So we tried to find it in PTAs.

First of all, it is important to clarify that several expressions were used among these agreements to refer to the term "SOEs" as used in this work.²⁸ We have classified them into five categories, described below with their frequency of occurrence in PCAs:

Graph 1- Expressions used to designate "state enterprises" in the PTAs

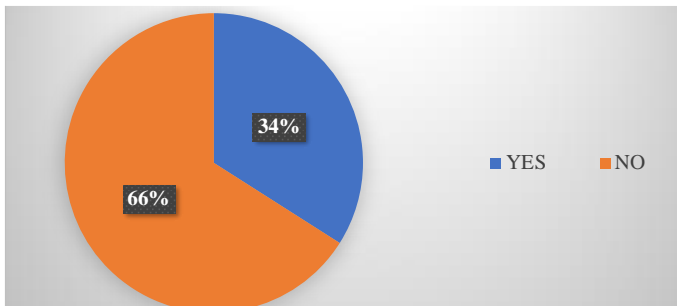
²⁸ As there is no precise definition for "state enterprise" in international economic law and several expressions can refer to the concept normally associated with this term, for this paper, for a matter of simplification, we have chosen to use "SOEs" to refer to a whole category of enterprises, including enterprises controlled or owned by the State, enterprises of a public nature, and enterprises receiving special benefits or advantages.



Source: WTO RTA Database, September 2020. Prepared by the author. See Annex II.

Of the 161 PTAs analyzed, 55 presented some sort of definition (34%).

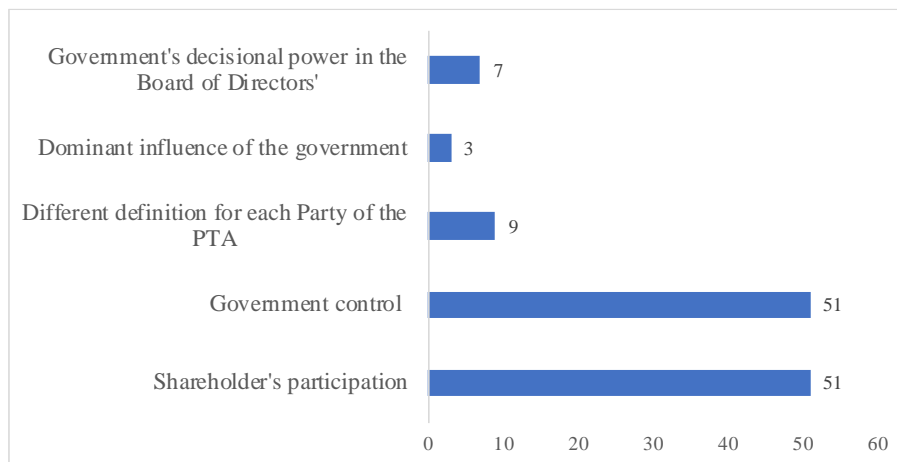
Graph 2- PTAs with definition of SOEs



Source: WTO RTA Database, September 2020. Prepared by the author. See Annex II.

From the study of the clauses that contained the definition of SOEs in these agreements, five elements were identified which, presented individually or together among the characteristics of an enterprise, seem to define a state enterprise. These elements are: (a) the majority shareholder participation of the government in the company; (b) government control over decisions made by the enterprise; (c) different definitions by each country party to the agreement; (d) the dominant influence of the state over company's decisions; and (e) government decision-making power in the company's board of directors.

Graph 3- PTA criteria to define an SOE



Source: WTO RTA Database, September 2020. Prepared by the author. See Annex II.

These results allow us to draw some conclusions. First of all, in the clauses relating to the definitions of SOEs in PTAs, every time shareholder participation is mentioned as a criterion, government control over decisions of an enterprise is also mentioned. Even if these conditions, according to the texts of the PTAs, are not cumulative, they always appear linked in these agreements.

This could indicate that the degree of importance of the shareholder structure and the behavior or function of a company are the same. That is, if an enterprise is state-owned (structural criterion), it is characterized as a state enterprise, which is not surprising. But if it is controlled by the State (functional or behavioral criterion), independently thus from its structure, it will also be classified as an SOE.

Also, there are two other factors that can be identified as structural or functional criteria. Dominant influence of the government in the decisions of this enterprise is an example of functional criterion, while decision-making power of the government in the board of directors of the company a structural one. As for the PTAs which contain a different definition of SOE for each party to the agreement, this difference may be minimal²⁹, being limited to

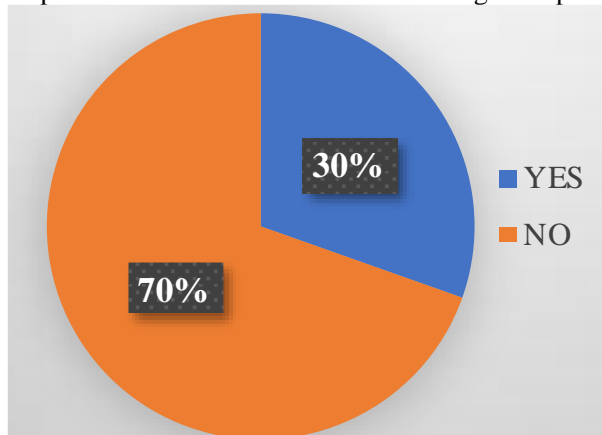
²⁹ PTA Canada-Korea. "For the purposes of Article 15.3.3, "State enterprise" means: (a) in the case of Canada, a State corporation within the meaning of the Financial Administration Act, a State corporation within the meaning of any comparable provincial law, or an equivalent entity that is incorporated under other applicable provincial laws; (b) in the case of Korea, a State corporation and a quasi-governmental

explaining the need for compliance with the legislation and internal regulations of the Parties, or, at contrary, very important³⁰.

3.2 *PTAs and their relationship with WTO-related provisions for SOEs*

In addition to searching for a definition for SOEs among the 161 PTAs studied, we also analyzed the reference to "state trading enterprises", in relation to their obligations at a WTO level. Among the 49 agreements that specifically mention state trading enterprises (30%), we investigated whether the PTAs went beyond WTO obligations or whether they limited themselves to reaffirming the commitments of SOEs within the organization.

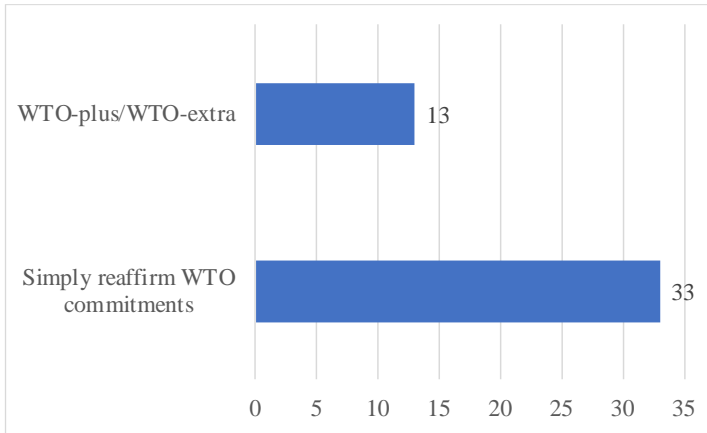
Graph 4 – PTAs that mention State Trading Enterprises



entity within the meaning of the Non-Ministerial Public Entities Management Act". Canada - Republic of Korea Free Trade Agreement, entered into force on Jan 1st, 2015.

³⁰ PTA US-Singapore: "Article 12.8: Definitions 6. government enterprise means: (a) for the United States, an enterprise owned, or controlled through ownership interests, by that Party; and (b) for Singapore, an enterprise in which that Party has effective influence". United States - Singapore Free Trade Agreement, entered into force on Jan. 1st, 2004.

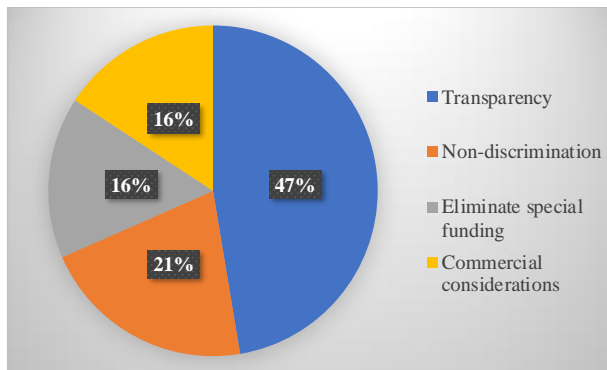
Graph 5 – Number of PTAs that go beyond or simply reaffirm WTO commitments regarding State Trading Enterprises



Source: WTO RTA Database, September 2020. Prepared by the author. See Annex II.

When these agreements include engagements that go beyond WTO commitments, these are linked to transparency, non-discrimination, elimination of special financing for SOEs and respect of commercial considerations.

Graph 6 – WTO-plus and WTO-extra obligations related to State Trading Enterprises in the PTAs



Source: WTO RTA Database, September 2020. Prepared by the author. See Annex II.

It is not surprising that the ACPs go beyond the obligations imposed on SOEs by substantive WTO law. Even with the presence and work of the

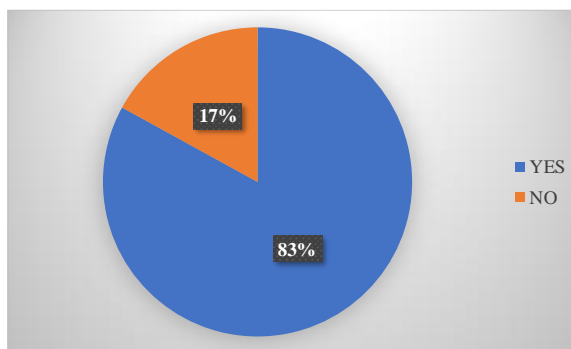
Working Group dedicated to SOEs, it remains easier to pursue an agenda in SOEs regulation bilaterally or regionally.

3.3 PTAs that mention SOEs in the investment chapter

The third criteria of our analysis of the PTAs investigated whether the SOEs related provisions were included in the chapter dedicated to the regulation of investments.

Among the 161 PTAs studied, only 31 contained provisions relating to SOEs in the chapter dedicated to investments. As we mentioned in the introduction, it was important to know whether the question of the participation of SOEs as investors had been resolved. Of these agreements, 26 either recognize the possibility of SOEs to act as an investor or are not explicitly contrary to this possibility. In contrast, 5 agreements explicitly exclude SOEs from their investment protection clauses. The results are expressed below:

Graph 7 - Can SOEs be considered as investors according to PTAs?



Source: WTO RTA Database, September 2020. Prepared by the author. See Annex II.

We see that, when the investment chapter of a PTA contains provisions for SOEs, they tend to consider these companies as potential investors of a Party.

An example of a clause that explicitly recognizes the condition of investor of SOEs is that of the Canada - Honduras agreement³¹, according to which "investor of a Party means a Party or a State enterprise, or a national or

³¹Free Trade Treaty between Canada and the Republic of Honduras, entered into force on October 1st, 2014.

an enterprise of that Party, which seeks to make, is making or has made an investment ". When agreements want to exclude such possibility, the term "state enterprise" does not appear in general definitions and often an exceptions clause is present. For example, let's see the text of the Mexico - Uruguay agreement³²:

Article 13-09 - Reservations and exceptions

6. Articles 13-03, 13-04 and 13-08 do not apply: (a) to purchases made by a Party or by a State enterprise; (b) grants, loans, guarantees and insurance granted by the government by a Party or by a State enterprise³³.

Analysis of the PTA text allows us to conclude that the regulation of the activity of SOEs is not often linked, in these agreements, to the investment regime, since only in 19% of cases the provisions relating to SOEs were included in the chapter dedicated to investments. This could be a result of several reasons. First, not all PTAs contain provisions relating to investments. In addition, although recent PTAs tend to have a broader scope and cover provisions relating to trade, investment, intellectual property, among others, the Parties of an PTA may have concluded between themselves a BIT. However, among the PTAs which contained provisions relating to SOEs in the onset of investments, most consider SOEs as potential investors and thus able to start an arbitration proceeding as claimants.

3.4 *PTAs that mention SOEs in the competition chapter*

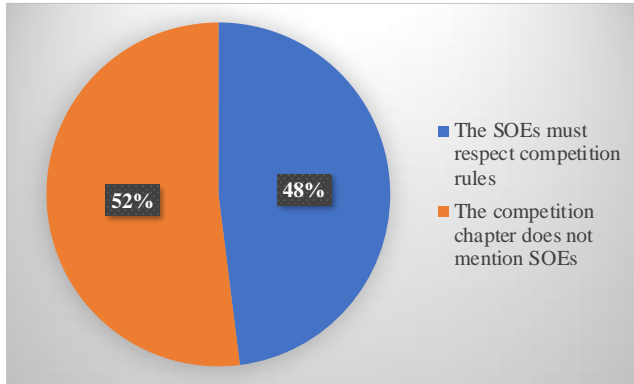
The fourth and last criteria of analysis consisted of checking if the competition chapter of PTAs included any provisions related to SOEs. The aim was to verify the hypothesis according to which competition law would be a viable or more suitable field to discipline economic activity of SOEs.

Among the 161 PTAs analyzed, 77 (48%) explicitly mentioned SOEs in the chapter dedicated to competition, either with a specific article targeting the functioning of these enterprises, or just with a mention that SOEs should not escape the obligation to act in accordance with competition rules.

³²Free Trade Treaty between the United Mexican States and the Republic of Uruguay, entered into force on July 15th, 2004.

³³Author's translation. Original in Spanish: "Artículo 13-09: Los artículos 13-03, 13-04 y 13-08 no se aplican a) las compras realizadas por una Parte o por una empresa del Estado; b) subsidios o aportaciones, incluyendo los prestamos, Garantías y seguros respaldados por el gobierno, otorgados por una Parte o por una empresa del Estado".

Graph 8 - PTAs which explicitly mention SOEs in the competition chapter

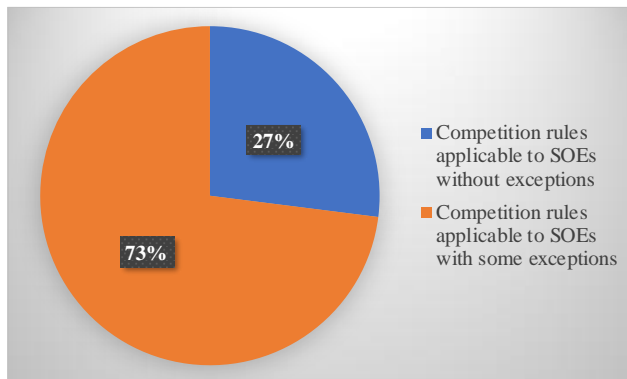


Source: WTO RTA Database, September 2020. Prepared by the author. See Annex II.

Thus, in almost half of the PTAs in force which contain provisions relating to SOEs, those are found in the competition chapters. This is a very important result which validates one of the hypotheses of this research: competition law is a valid field for regulating the activity of SOEs.

A few PTAs mention exceptions for the obligation of SOEs to comply with competition rules. Among the 77 PTAs with mention to SOEs in the competition chapter, 18 contain some type of exception, thus 27%.

Graph 9 – Application of competition rules to SOEs in PTAs



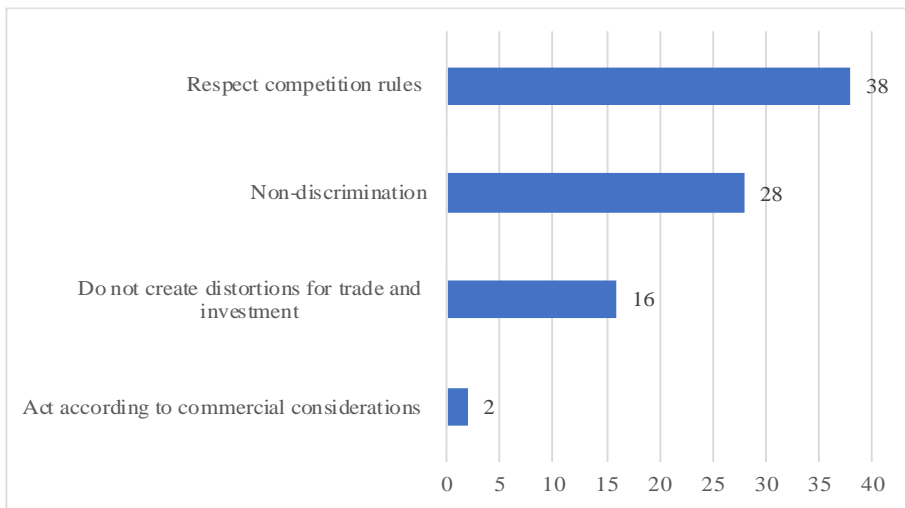
Source: WTO RTA Database, September 2020. Prepared by the author. See Annex II.

These exceptions are normally linked to public procurement (5/18). Some PTAs also mention the entry into force of measures for SOEs only within 3 to 5 years after (10/18).

In addition, in most of the agreements in which SOEs were mentioned in the chapter dedicated to competition, a clause recalls that the existence of the agreement does not prevent the establishment of SOEs (55/77, so 71%). It reflects one of the foundations of this paper: the aim of regulating the activity of SOEs is not to prohibit or discourage their activity, but to ensure that they act in accordance with the rules of International Economic Law.

Among these 77 PTAs, we found four obligations often linked to the regulation of the activity of SOEs with regards to competition law: (i) general obligation to respect the competition rules set forth by the agreement; (ii) obligation of non-discrimination; (iii) obligation for companies to act on commercial grounds; (iv) obligation not to create distortions for trade and investment.

Graph 10 - Obligations of SOEs in PTA competition chapters



Source: WTO RTA Database, September 2020. Prepared by the author. See Annex II.

With regards to these obligations, two points should be noticed.

Firstly, although explicitly mentioned in only two PTAs, the clause for the obligation to act only on commercial grounds in the agreement

concluded between the EU and Singapore³⁴ provides an interesting definition for the term “commercial considerations:

Article 11.3 Public Undertakings and Undertakings Entrusted with Special or Exclusive Rights

4. Singapore shall ensure that any public undertaking and any undertaking entrusted with special or exclusive rights acts solely in accordance with commercial considerations in its purchase or sale of goods or services, such as with regard to price, quality, availability, marketability, transportation, and other terms and conditions of purchase or sale, and provides non-discriminatory treatment to establishments of the Union, to goods of the Union, and to service suppliers of the Union.

Here, it refers to several elements of a transaction, such as price, quality, stocks, marketing possibilities, transport, and terms and conditions of purchase or sale.

Secondly, the obligation of non-discrimination appears more often explicitly, in 28 of the 77 ACPs analyzed. The provisions refer to non-discriminatory treatment in general.

In addition, when analyzing SOEs provisions in the competition chapters of PTAs, two exceptional or particular situations were found.

The first, in the PTA United States and Singapore³⁵, there is a statement that Singapore must not take any action to try to influence, directly or indirectly, the decisions of SOEs. However, the State can exercise its voting rights in companies without this being considered a violation under the PTA.³⁶

This mention appears surprising because, according to what we were able to establish in our study, the government's right to vote in the board of directors of a company is often an element that characterizes a state enterprise.

³⁴ EU-Singapore Trade and Investment Agreement, entered into force on November 14th, 2019.

³⁵ United States - Singapore Free Trade Agreement, entered into force on January 1st, 2004.

³⁶ *Ibid.*, Article 12.3 (e) “Singapore shall take no action or attempt in any way, directly or indirectly, to influence or direct decisions of its government enterprises, including through the exercise of any rights or interests conferring effective influence over such enterprises, except in a manner consistent with this Agreement. However, Singapore may exercise its voting rights in government enterprises in a manner that is not inconsistent with this Agreement”.

Nevertheless, it reinforces our findings that behavior is more important than structure in terms of degree of implication of the State in the company's activities.

The second is the inclusion of a passage on competitive neutrality in the PTA between Singapore and Australia³⁷, which specifies:

ARTICLE 4 - Competitive neutrality

1. The Parties shall take reasonable steps to ensure that governments at all levels do not provide any competitive advantage to SOEs in their business activities simply because they are government owned.
2. This article applies to the commercial activities of public enterprises and not to their non-commercial and non-professional activities.

Here we have a mention to a key concept of the subject of SOEs, fundamental to guarantee a market where private and public enterprises can compete under equivalent conditions.

4. Conclusion

From the field of application chosen, the problematic identified and the methodology adopted, this work adds value to currently available literature dedicated to SOEs in International Economic Law by bringing together the fields of international trade law, investments and competition to conduct an extensive empirical research with all the 161 PTAs that contain SOEs related provisions.

This paper presented the results of an investigation among PTAs guided by four elements: whether they include a definition for SOEs, whether they mention and trespass WTO commitment on SOEs, whether the investment chapter include SOEs related provisions, and whether the competition chapter include SOEs related provisions.

Our empirical analysis allowed us to conclude that several expressions are used to refer to state enterprises, which reinforces the difficulty of establishing a precise definition. Nevertheless, in 33% of the PTAs a definition was found, and among these, the functional criterion, that is, level of influence or control of the government over a company seems to

³⁷ Free Trade Treaty between Australia and Singapore (SAFTA), entered into force on July 28th, 2003.

be sufficient for it to be considered as a state enterprise, regardless of the structure of the company. The criteria of structure and function/ behavior often appear next to each other, but do not need to be cumulative.

In relation to WTO obligations, it was found that although most of the agreements were limited to reaffirming the commitment of SOEs with their obligation within the WTO, a few went beyond, imposing other obligations on SOEs. This indicates that, even with the efforts of the State Enterprise Working Group in the WTO, Members might still favor the bilateral route to advance in their objectives.

To our surprise, most of the PTAs did not have any provisions related to SOEs in the investment chapter. However, in those who had, SOEs were mostly regarded as investors of a Party, hence being able to start arbitration proceedings as claimants.


In almost half of these agreements, provisions relating to SOEs were present in the chapters dedicated to competition rules. It is possible to draw two conclusions. First, it is an interesting alternative to fill the lack of clarity or definition as to the applicability of competition law to SOEs in certain countries. Second, the content of the PTAs demonstrates the tendency of countries to recognize that competitive neutrality is fundamental to ensure a level playing field between SOEs and private companies.

This empirical research was guided by four questions and did not aim to draw a framework of the SOEs related provisions found in the PTAs. That would be an interesting path to further discuss the topic of SOEs and International Economic Law.

Annex I : Screenshot of the search tool page of the WTO RTA Database

Source : WTO RTA Database. Available at : <<http://rtais.wto.org/>>, screenshot from September 2nd, 2020.

français [español](#)
Last updated on: Tuesday, September 1, 2020. Contact us: rtai@wto.org



Regional Trade Agreements
Database

[HOME](#)
[EXPLORE THE DATA](#)
[GRAPHS](#)
[PREFERENTIAL TARIFF ANALYSIS](#)
[ABOUT](#)

Search RTAs

Search criteria: [Status of Agreement](#)-[Early announcement](#)-[Signed](#) - [Not yet in force](#)-[In force for at least one Party](#)-[In Force](#)-[RTA Provisions](#):[Provisions on designated monopolies or State Owned Enterprises \(SOEs\)](#):

<p>Coverage of Agreement: <input type="text" value="Select"/></p> <p>Type of Agreement: <input type="text" value="Select"/></p> <p>Status of Agreement: <input type="text" value="Early announcement-Signed ; Not yet"/></p> <p>Entry into force year: <input type="text" value="Select"/></p> <p>Signature year: <input type="text" value="Select"/></p> <p>End of implementation year: <input type="text" value="Select"/></p> <p>Transition period: <input type="text" value="Select"/></p> <p>Signatories: <input type="text" value="Select"/></p> <p>Region: <input type="text" value="Select"/></p> <p>Cross region: <input type="text" value="All"/></p> <p>Does RTA constitute an accession : <input type="text" value="All"/></p> <p>All Parties WTO Member: <input type="text" value="Select"/></p> <p>RTA Composition: <input type="text" value="Select"/></p> <p>RTA Provisions: <input type="text" value="Provisions on designated monopolies or State Owned Enterprises (SOEs)"/></p>	<p>WTO notification year: <input type="text" value="Select"/></p> <p>Notification under: <input type="text" value="Select"/></p> <p>WTO consideration status (G): <input type="text" value="Select"/></p> <p>WTO consideration year (G): <input type="text" value="Select"/></p> <p>WTO consideration status (S): <input type="text" value="Select"/></p> <p>WTO consideration year (S): <input type="text" value="Select"/></p> <p>WTO document type: <input type="text" value="Select"/></p> <p>Search the following string of characters: <input type="text" value=""/></p> <p>Results per page: <input type="text" value="160"/></p>
---	--

[RTA Provisions Glossary](#)

Annex II – Empirical analysis of the 161 preferential trade agreements that contain provisions related to state owned enterprise (as of September 30th 2020)

Source : WTO RTA Database. Available at : <<http://rtais.wto.org/>>.

PTA	Date of Notification	Does the PTA contain a definition for SOEs?	Shareholder participation	Government control	Predominant influence of the government	Decisional power of the government on the Board of Directors	Does the PTA mention State Trading Enterprises?	Only restate WTO commitments ?	Is the PTA WTO+ or WTO extra?
EU - Vietnam	13-JUIL-20	YES	YES	YES	NON	YES	YES	NO	YES
Peru - Australia	24-JUIN-20	YES	YES	YES	NO	YES	YES	NO	YES
EU SINGAPORE -	01-APR-2020	NO	N/A	N/A	N/A	N/A	YES	YES	NO
EU - ARMENIA	23-AUG-2019	YES	YES	YES	NO	YES	YES	YES	NO
EU - JAPAN	14-JANV-19	YES	YES	YES	NO	YES	YES	NO	NO
CANADA UKRAINE -	13-SEPT-17	YES	YES	YES	NO	YES	NO	N/A	N/A
EFTA PHILIPPINES -	26-OCT-18	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	YES	YES	NO
PERU HONDURAS -	17-OCT-18	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	YES	YES	NO
CHINA GEORGIA -	05-APR-2018	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A

PTA	Date of Notification	Does the PTA contain a definition for SOEs?	Shareholder participation	Government control	Predominant influence of the government	Decisional power of the government on the Board of Directors	Does the PTA mention State Trading Enterprises?	Only restate WTO commitments ?	Is the PTA WTO+ or WTO extra?
TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP (CPTPP)	20-DEC-2018	YES	YES	YES	NO	YES	YES	NO	YES
CANADA - HONDURAS	05-FEB-2015	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A
EFTA - GEORGIA	29-AUG-2017	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	YES	YES	NO
EURASIAN ECONOMIC UNION (EAEU) - VIET NAM	04-MAY-2017	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	YES	NO	NO
PACIFIC ALLIANCE	3-NOV.-16	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
CANADA - KOREA, REPUBLIC OF	20-JANV-15	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A
KOREA, REPUBLIC OF - AUSTRALIA	22-DEC-2014	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A
KOREA, REPUBLIC OF - VIET NAM	02-MARS-16	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A

PTA	Date of Notification	Does the PTA contain a definition for SOEs?	Shareholder participation	Government control	Predominant influence of the government	Decisional power of the government on the Board of Directors	Does the PTA mention State Trading Enterprises?	Only restate WTO commitments ?	Is the PTA WTO+ or WTO extra?
PANAMA - EL SALVADOR (PANAMA CENTRAL AMERICA)	24-FEB-2005	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A
AUSTRALIA - CHINA	26-JANV-16	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
MAURITIUS - PAKISTAN	02-OCT-15	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	YES	YES	YES
GULF COOPERATION COUNCIL (GCC) - SINGAPORE	30-JUIN-15	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	YES	YES	NO
CHILE - MEXICO	27-FEB-2001	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A
ISRAEL - MEXICO	22-FEB-2001	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A
JAPAN - AUSTRALIA	12-JANV-15	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EFTA - BOSNIA AND HERZEGOVINA	06-JANV-15	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	YES	YES	NO
UNITED STATES - SINGAPORE	17-DEC-2003	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A

PTA	Date of Notification	Does the PTA contain a definition for SOEs?	Shareholder participation	Government control	Predominant influence of the government	Decisional power of the government on the Board of Directors	Does the PTA mention State Trading Enterprises?	Only restate WTO commitments ?	Is the PTA WTO+ or WTO extra?
EURASIAN ECONOMIC UNION (EAEU)	12-DEC-2014	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
JAPAN - MONGOLIA	01-JUIN-16	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A
ICELAND - CHINA	10-OCT-14	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EU - GEORGIA	02-JUIL-14	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EU - UKRAINE	01-JUIL-14	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
SWITZERLAND - CHINA	30-JUIN-14	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	YES	YES	NO
EU - MOLDOVA, REPUBLIC OF	30-JUIN-14	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
SINGAPORE - CHINESE TAIPEI	22-APR-2014	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
PANAMA - CHINESE TAIPEI	28-JUIL-09	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A
KOREA, REPUBLIC OF - COLOMBIA	05-OCT-16	YES	YES	YES	NO	NO	YES	YES	NO
CHILE - COSTA RICA (CHILE -	16-APR-2002	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A

PTA	Date of Notification	Does the PTA contain a definition for SOEs?	Shareholder participation	Government control	Predominant influence of the government	Decisional power of the government on the Board of Directors	Does the PTA mention State Trading Enterprises?	Only restate WTO commitments ?	Is the PTA WTO+ or WTO extra?
CENTRAL AMERICA)									
MALAYSIA - AUSTRALIA	13-MAY-2013	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
KOREA, REPUBLIC OF - TURKEY	30-APR-2013	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
PANAMA - GUATEMALA (PANAMA - CENTRAL AMERICA)	22-APR-2013	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
CHILE - EL SALVADOR (CHILE - CENTRAL AMERICA)	29-JAN-2004(G) / 05-FEB-2004(S)	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A
JAPAN - MALAYSIA	12-JUL.-06	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A
EU - CENTRAL AMERICA	26-FEB-2013	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
UNITED STATES - CHILE	16-DEC-2003	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A

PTA	Date of Notification	Does the PTA contain a definition for SOEs?	Shareholder participation	Government control	Predominant influence of the government	Decisional power of the government on the Board of Directors	Does the PTA mention State Trading Enterprises?	Only restate WTO commitments ?	Is the PTA WTO+ or WTO extra?
CHINA - KOREA, REPUBLIC OF	01-MARS-16	YES	NO	NO	NO	NO	YES	YES	NO
RUSSIAN FEDERATION - BELARUS - KAZAKHSTAN	21-DEC-2012	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EU - CHILE	03-FEB-2004(G) / 28-OCT-2005(S)	YES	YES	YES	YES	YES	NO	N/A	N/A
EFTA - MONTENEGRO	24-OCT-12	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	YES	YES	NO
EFTA - HONG KONG, CHINA	27-SEPT-12	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	YES	YES	NO
CANADA - PERU	31-JUIL-09	YES	YES	YES	NO	NO	YES	YES	YES
PANAMA - PERU	23-APR-2012	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	YES	YES	NO
UNITED STATES - COLOMBIA	08-MAY-2012	YES	YES	YES	NO	NO	YES	NO	YES
KOREA, REPUBLIC OF - UNITED STATES	15-MARS-12	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
UNITED STATES - AUSTRALIA	22-DEC-2004	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A

PTA	Date of Notification	Does the PTA contain a definition for SOEs?	Shareholder participation	Government control	Predominant influence of the government	Decisional power of the government on the Board of Directors	Does the PTA mention State Trading Enterprises?	Only restate WTO commitments ?	Is the PTA WTO+ or WTO extra?
CARIBBEAN COMMUNITY AND COMMON MARKET (CARICOM)	14-OCT-1974(G) / 19-FEB-2003(S)	YES	YES	YES	YES	NO	NO	N/A	N/A
PANAMA - COSTA RICA (PANAMA CENTRAL AMERICA)	07-APR-2009	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A
INDIA - JAPAN	14-SEPT-11	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EFTA - COLOMBIA	14-SEPT-11	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	YES	NO	NO
NICARAGUA - CHINESE TAIPEI	09-JUIL-09	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A
EU - KOREA, REPUBLIC OF	07-JUIL-11	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	YES	NO	YES
EFTA - PERU	14-SEPT-11	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	YES	NO	NO
EFTA - ALBANIA	07-FEB-2011	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	YES	YES	NO
EU - CANADA	19-SEPT-17	YES	YES	YES	NO	NO	YES	YES	NO
EFTA - SERBIA	24-NOV-10	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	YES	YES	NO

PTA	Date of Notification	Does the PTA contain a definition for SOEs?	Shareholder participation	Government control	Predominant influence of the government	Decisional power of the government on the Board of Directors	Does the PTA mention State Trading Enterprises?	Only restate WTO commitments ?	Is the PTA WTO+ or WTO extra?
CHILE - NICARAGUA (CHILE CENTRAL AMERICA)	14-JUIN-13	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A
ASEAN - INDIA	19-AUG-2010(G) / 20-AUG-2015(S)	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
TURKEY - SERBIA	10-AUG-2010	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EU - SERBIA	31-MAY-2010(G) / 20-DEC-2013(S)	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
MEXICO - URUGUAY	28-JUIN-13	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A
TURKEY - MONTENEGRO	12-MARS-10	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
PERU - CHINA	03-MARS-10	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	YES	YES	NO
SOUTHERN COMMON MARKET (MERCOSUR) - INDIA	23-FEB-2010	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	YES	YES	NO

PTA	Date of Notification	Does the PTA contain a definition for SOEs?	Shareholder participation	Government control	Predominant influence of the government	Decisional power of the government on the Board of Directors	Does the PTA mention State Trading Enterprises?	Only restate WTO commitments ?	Is the PTA WTO+ or WTO extra?
HONG KONG, CHINA - NEW ZEALAND	03-JANV-11	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A
JAPAN - VIETNAM	01-OCT-09	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
JAPAN - SWITZERLAND	01-SEPT-09	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EFTA - CANADA	04-AUG-2009	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	YES	YES	NO
COSTA RICA - PERU	05-JUIN-13	YES	NO	NO	NO	NO	YES	NO	NO
KOREA, REPUBLIC OF - CHILE	08-APR-2004	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A
CANADA - JORDAN	10-APR-2013	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A
CHINA - NEW ZEALAND	21-APR-2009	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
CANADA - CHILE	30-JUIL-97	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A
PERU - KOREA, REPUBLIC OF	09-AUG-2011	YES	YES	YES	NO	NO	YES	YES	NO

PTA	Date of Notification	Does the PTA contain a definition for SOEs?	Shareholder participation	Government control	Predominant influence of the government	Decisional power of the government on the Board of Directors	Does the PTA mention State Trading Enterprises?	Only restate WTO commitments ?	Is the PTA WTO+ or WTO extra?
CHINA SINGAPORE -	02-MARS-09	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	YES	YES	NO
TURKEY GEORGIA -	18-FEB-2009	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EU - COLOMBIA AND PERU	26-FEB-2013	YES	YES	YES	YES	NO	YES	NO	YES
CHILE - INDIA	13-JANV-09	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	YES	NO	YES
JAPAN PHILIPPINES -	11-DEC-2008	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EU CARIFORUM STATES EPA -	16-OCT-08	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	YES	YES	NO
UKRAINE NORTH MACEDONIA -	18-AUG-2008	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EFTA CENTRAL AMERICA (COSTA RICA AND PANAMA) -	19-NOV-14	YES	NO	NO	NO	NO	YES	NO	NO
EU - BOSNIA AND HERZEGOVINA	11-JUL-2008(G) / 12-JAN-2016(S)	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A

PTA	Date of Notification	Does the PTA contain a definition for SOEs?	Shareholder participation	Government control	Predominant influence of the government	Decisional power of the government on the Board of Directors	Does the PTA mention State Trading Enterprises?	Only restate WTO commitments ?	Is the PTA WTO+ or WTO extra?
ICELAND FAROE ISLANDS -	10-JUIL-08	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
JAPAN INDONESIA -	27-JUIN-08	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
TURKEY ALBANIA -	09-MAY-2008	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
PAKISTAN MALAYSIA -	19-FEB-2008	YES	N/A	N/A	N/A	N/A	YES	YES	NO
PAKISTAN CHINA -	18-JAN-2008(G) / 20-MAY-2010(S)	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EU MONTENEGRO -	16-JAN-2008(G) / 18-JUN-2010(S)	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
JAPAN THAILAND -	25-OCT-07	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EGYPT TURKEY -	05-OCT-07	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
CENTRAL EUROPEAN FREE TRADE	26-JUIL-07	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A

PTA	Date of Notification	Does the PTA contain a definition for SOEs?	Shareholder participation	Government control	Predominant influence of the government	Decisional power of the government on the Board of Directors	Does the PTA mention State Trading Enterprises?	Only restate WTO commitments ?	Is the PTA WTO+ or WTO extra?
AGREEMENT (CEFTA) 2006									
EFTA - EGYPT	17-JUL-07	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	YES	YES	NO
UNITED STATES - PANAMA	29-OCT-12	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A
PANAMA - SINGAPORE	04-APR-2007	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EU - ALBANIA	07-MAR-2007(G) / 07-OCT-2009(S)	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
TURKEY - SYRIA	15-FEB-2007	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EFTA - LEBANON	22-DEC-2006	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EFTA - KOREA, REPUBLIC OF	23-AUG-2006	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	YES	YES	NO
COLOMBIA - MEXICO	13-SEPT-10	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A
TURKEY - MOROCCO	10-FEB-2006	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
ASEAN - CHINA	21-SEP-2005(G) / 26-JUN-2008(S)	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	YES	YES	NO

PTA	Date of Notification	Does the PTA contain a definition for SOEs?	Shareholder participation	Government control	Predominant influence of the government	Decisional power of the government on the Board of Directors	Does the PTA mention State Trading Enterprises?	Only restate WTO commitments ?	Is the PTA WTO+ or WTO extra?
TURKEY - PALESTINIAN AUTHORITY	1-SET.-05	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
TURKEY - TUNISIA	1-SET.-05	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EFTA - TUNISIA	3-JUN.-05	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
CHILE - GUATEMALA (CHILE - CENTRAL AMERICA)	30-MARS-12	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A
PERU - CHILE	29-NOV-11	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A
EFTA - CHILE	03-DEC-2004	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	YES	YES	NO
EU - EGYPT	3-SET.-04	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
CHILE - HONDURAS (CHILE - CENTRAL AMERICA)	30-MARS-12	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A
EL SALVADOR - HONDURAS - CHINESE TAIPEI	06-APR-2010	YES	YES	YES	NO	NO	YES	NO	YES

PTA	Date of Notification	Does the PTA contain a definition for SOEs?	Shareholder participation	Government control	Predominant influence of the government	Decisional power of the government on the Board of Directors	Does the PTA mention State Trading Enterprises?	Only restate WTO commitments ?	Is the PTA WTO+ or WTO extra?
PANAMA - NICARAGUA (PANAMA CENTRAL AMERICA)	25-FEB-2013	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A
EC TREATY	24-APR-1957(G) / 10-NOV-1995(S)	YES	NO	NO	NO	NO	NO	N/A	N/A
TRANS-PACIFIC STRATEGIC ECONOMIC PARTNERSHIP	18-MAY-2007	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A
SINGAPORE - AUSTRALIA	25-SET.-03	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
TURKEY - BOSNIA AND HERZEGOVINA	29-AUG-2003	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EU - LEBANON	26-MAY-2003	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EFTA - SINGAPORE	14-JAN.-03	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	YES	YES	NO
EU - JORDAN	17-DEC-2002	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A

PTA	Date of Notification	Does the PTA contain a definition for SOEs?	Shareholder participation	Government control	Predominant influence of the government	Decisional power of the government on the Board of Directors	Does the PTA mention State Trading Enterprises?	Only restate WTO commitments ?	Is the PTA WTO+ or WTO extra?
JAPAN - SINGAPORE	8-NOV.-02	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	YES	NO	NO
CANADA - COLOMBIA	07-OCT-11	YES	YES	YES	NO	NO	YES	NO	YES
EFTA - JORDAN	17-JAN.-02	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EU - NORTH MACEDONIA	23-OCT-2001(G) / 02-OCT-2009(S)	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EFTA - MEXICO	25-JUL.-01	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	YES	YES	NO
CANADA - PANAMA	10-APR-2013	YES	YES	YES	NO	NO	YES	NO	YES
BRUNEI DARUSSALAM - JAPAN	31-JUL-08	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A
TURKEY - NORTH MACEDONIA	5-JAN.-01	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EFTA - NORTH MACEDONIA	11-DEC-2000	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EU - SOUTH AFRICA	2-NOV.-00	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EU - MOROCCO	13-OUT.-00	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A

PTA	Date of Notification	Does the PTA contain a definition for SOEs?	Shareholder participation	Government control	Predominant influence of the government	Decisional power of the government on the Board of Directors	Does the PTA mention State Trading Enterprises?	Only restate WTO commitments ?	Is the PTA WTO+ or WTO extra?
EU - ISRAEL	20-SET.-00	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EFTA MOROCCO	20-JAN.-00	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EFTA PALESTINIAN AUTHORITY	23-JUL.-99	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EU - TUNISIA	15-JANV-99	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
TURKEY ISRAEL	16-APR-1998	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
NORTH AMERICAN FREE TRADE AGREEMENT (NAFTA)	29-JAN-1993(G) / 01-MAR-1995(S)	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A
EU PALESTINIAN AUTHORITY	29-MAY-1997	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
CANADA ISRAEL	15-JANV-97	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EUROPEAN ECONOMIC AREA (EEA)	13-SEPT-96	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A

PTA	Date of Notification	Does the PTA contain a definition for SOEs?	Shareholder participation	Government control	Predominant influence of the government	Decisional power of the government on the Board of Directors	Does the PTA mention State Trading Enterprises?	Only restate WTO commitments ?	Is the PTA WTO+ or WTO extra?
FAROE ISLANDS - NORWAY	12-FEB-1996	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EU - TURKEY	22-DEC-1995	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
PANAMA - HONDURAS (PANAMA - CENTRAL AMERICA)	16-DEC-2009	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A
EFTA - ISRAEL	30-NOV-92	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
ECONOMIC COOPERATION ORGANIZATION (ECO)	10-JUL-92	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EFTA - TURKEY	06-MARS-92	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
AUSTRALIA - NEW ZEALAND CLOSER ECONOMIC RELATIONS TRADE AGREEMENT (ANZCERTA)	14-APR-1983(G) / 22-NOV-1995(S)	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A

PTA	Date of Notification	Does the PTA contain a definition for SOEs?	Shareholder participation	Government control	Predominant influence of the government	Decisional power of the government on the Board of Directors	Does the PTA mention State Trading Enterprises?	Only restate WTO commitments ?	Is the PTA WTO+ or WTO extra?
AUSTRALIA - CHILE	03-MARS-09	YES	YES	YES	NO	NO	NO	N/A	N/A
EU - NORWAY	13-JUIL-73	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EU - ICELAND	24-NOV-72	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EU - SWITZERLAND - LIECHTENSTEIN	27-OCT-72	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
CENTRAL AMERICAN COMMON MARKET (CACM)	24-FEB-1961	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
EUROPEAN FREE TRADE ASSOCIATION (EFTA)	14-NOV-1959(G) / 15-JUL-2002(S)	NO.	N/A	N/A	N/A	N/A	NO	N/A	N/A
UNITED STATES - PERU	03-FEB-2009	YES	YES	YES	NO	NO	YES	NO	YES

PTA	DATE OF NOTIFICATION	Does the investment chapter include provisions related to the SOEs?	Are SOEs considered as investors of a Party?	Does the competition chapter include provisions related to the SOEs?	Obligation not to create distortions to trade and investment	Other obligations	The agreement does not forbid the existence and economic activity of SOEs	Exceptions
EU - Vietnam	13-JUIL-20	YES	NO	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
Peru - Australia	24-JUIN-20	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
EU SINGAPORE -	01-APR-2020	NO	N/A	YES	NO	YES	NO	NO
EU - ARMENIA	23-AUG-2019	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
EU - JAPAN	14-JANV-19	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
CANADA UKRAINE -	13-SEPT-17	NO	N/A	YES	NO	YES	YES	NO
EFTA PHILIPPINES -	26-OCT-18	NO	N/A	YES	NO	YES	NO	NO
PERU HONDURAS -	17-OCT-18	YES	YES	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
CHINA GEORGIA -	05-APR-2018	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP (CPTPP)	20-DEC-2018	YES	YES	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
CANADA HONDURAS -	05-FEB-2015	YES	YES	YES	NO	YES	YES	NO

PTA	DATE OF NOTIFICATION	Does the investment chapter include provisions related to the SOEs?	Are SOEs considered as investors of a Party?	Does the competition chapter include provisions related to the SOEs?	Obligation not to create distortions to trade and investment	Other obligations	The agreement does not forbid the existence and economic activity of SOEs	Exceptions
EFTA - GEORGIA	29-AUG-2017	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
EURASIAN ECONOMIC UNION (EAEU) - VIET NAM	04-MAY-2017	NO	N/A	YES	NO	YES	NO	NO
PACIFIC ALLIANCE	3-NOV.-16	YES	YES	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
CANADA - KOREA, REPUBLIC OF	20-JANV-15	YES	YES	YES	NO	YES	YES	NO
KOREA, REPUBLIC OF - AUSTRALIA	22-DEC-2014	YES	YES	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
KOREA, REPUBLIC OF - VIET NAM	02-MARS-16	NO	N/A	YES	NO	YES	NO	NO
PANAMA - EL SALVADOR (PANAMA CENTRAL AMERICA)	24-FEB-2005	NO	N/A	YES	NO	YES	YES	NO

PTA	DATE OF NOTIFICATION	Does the investment chapter include provisions related to the SOEs?	Are SOEs considered as investors of a Party?	Does the competition chapter include provisions related to the SOEs?	Obligation not to create distortions to trade and investment	Other obligations	The agreement does not forbid the existence and economic activity of SOEs	Exceptions
AUSTRALIA - CHINA	26-JANV-16	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
MAURITIUS - PAKISTAN	02-OCT-15	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
GULF COOPERATION COUNCIL (GCC) - SINGAPORE	30-JUIN-15	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
CHILE - MEXICO	27-FEB-2001	NO	N/A	YES	NO	YES	YES	NO
ISRAEL - MEXICO	22-FEB-2001	NO	N/A	YES	NO	YES	YES	NO
JAPAN - AUSTRALIA	12-JANV-15	NO	N/A	YES	NO	YES	NO	NO
EFTA - BOSNIA AND HERZEGOVINA	06-JANV-15	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
UNITED STATES - SINGAPORE	17-DEC-2003	NO	N/A	YES	NO	YES	YES	YES
EURASIAN ECONOMIC UNION (EAEU)	12-DEC-2014	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A

PTA	DATE OF NOTIFICATION	Does the investment chapter include provisions related to the SOEs?	Are SOEs considered as investors of a Party?	Does the competition chapter include provisions related to the SOEs?	Obligation not to create distortions to trade and investment	Other obligations	The agreement does not forbid the existence and economic activity of SOEs	Exceptions
JAPAN - MONGOLIA	01-JUIN-16	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
ICELAND - CHINA	10-OCT-14	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
EU - GEORGIA	02-JUIL-14	NO	N/A	YES	NO	YES	YES	NO
EU - UKRAINE	01-JUIL-14	NO	N/A	YES	NO	YES	YES	NO
SWITZERLAND - CHINA	30-JUIN-14	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
EU - MOLDOVA, REPUBLIC OF	30-JUIN-14	NO	N/A	YES	NO	YES	YES	NO
SINGAPORE - CHINESE TAIPEI	22-APR-2014	NO	N/A	YES	NO	YES	YES	NO
PANAMA - CHINESE TAIPEI	28-JUIL-09	YES	YES	YES	NO	YES	YES	NO
KOREA, REPUBLIC OF - COLOMBIA	05-OCT-16	YES	YES	YES	NO	YES	YES	NO
CHILE - COSTA RICA (CHILE - CENTRAL AMERICA)	16-APR-2002	NO	N/A	YES	NO	YES	YES	NO

PTA	DATE OF NOTIFICATION	Does the investment chapter include provisions related to the SOEs?	Are SOEs considered as investors of a Party?	Does the competition chapter include provisions related to the SOEs?	Obligation not to create distortions to trade and investment	Other obligations	The agreement does not forbid the existence and economic activity of SOEs	Exceptions
MALAYSIA - AUSTRALIA	13-MAY-2013	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
KOREA, REPUBLIC OF - TURKEY	30-APR-2013	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
PANAMA - GUATEMALA (PANAMA - CENTRAL AMERICA)	22-APR-2013	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
CHILE - EL SALVADOR (CHILE - CENTRAL AMERICA)	29-JAN-2004(G) / 05-FEB-2004(S)	NO	N/A	YES	NO	YES	YES	NO
JAPAN - MALAYSIA	12-JUL.-06	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
EU - CENTRAL AMERICA	26-FEB-2013	NO	N/A	YES	NO	YES	YES	NO
UNITED STATES - CHILE	16-DEC-2003	YES	YES	YES	NO	YES	YES	NO

PTA	DATE OF NOTIFICATION	Does the investment chapter include provisions related to the SOEs?	Are SOEs considered as investors of a Party?	Does the competition chapter include provisions related to the SOEs?	Obligation not to create distortions to trade and investment	Other obligations	The agreement does not forbid the existence and economic activity of SOEs	Exceptions
CHINA - KOREA, REPUBLIC OF	01-MARS-16	NO	N/A	YES	NO	YES	YES	NO
RUSSIAN FEDERATION - BELARUS - KAZAKHSTAN	21-DEC-2012	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
EU - CHILE	03-FEB-2004(G) / 28-OCT-2005(S)	NO	N/A	YES	NO	YES	YES	NO
EFTA - MONTENEGRO	24-OCT-12	NO	N/A	YES	NO	YES	YES	NO
EFTA - HONG KONG, CHINA	27-SEPT-12	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
CANADA - PERU	31-JUIL-09	YES	YES	YES	NO	YES	YES	NO
PANAMA - PERU	23-APR-2012	YES	YES	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
UNITED STATES - COLOMBIA	08-MAY-2012	YES	YES	YES	NO	YES	YES	NO
KOREA, REPUBLIC OF - UNITED STATES	15-MARS-12	NO	N/A	YES	NO	YES	YES	NO

PTA	DATE OF NOTIFICATION	Does the investment chapter include provisions related to the SOEs?	Are SOEs considered as investors of a Party?	Does the competition chapter include provisions related to the SOEs?	Obligation not to create distortions to trade and investment	Other obligations	The agreement does not forbid the existence and economic activity of SOEs	Exceptions
UNITED STATES - AUSTRALIA	22-DEC-2004	NO	N/A	YES	YES	YES	NO	NO
CARIBBEAN COMMUNITY AND COMMON MARKET (CARICOM)	14-OCT-1974(G) / 19-FEB-2003(S)	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
PANAMA - COSTA RICA (PANAMA - CENTRAL AMERICA)	07-APR-2009	YES	NO	YES	NO	YES	YES	NO
INDIA - JAPAN	14-SEPT-11	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
EFTA - COLOMBIA	14-SEPT-11	NO	N/A	YES	NO	YES	YES	YES
NICARAGUA - CHINESE TAIPEI	09-JUIL-09	YES	YES	YES	NO	YES	YES	NO
EU - KOREA, REPUBLIC OF	07-JUIL-11	NO	N/A	YES	NO	NO	YES	NO
EFTA - PERU	14-SEPT-11	NO	N/A	YES	NO	YES	YES	YES

PTA	DATE OF NOTIFICATION	Does the investment chapter include provisions related to the SOEs?	Are SOEs considered as investors of a Party?	Does the competition chapter include provisions related to the SOEs?	Obligation not to create distortions to trade and investment	Other obligations	The agreement does not forbid the existence and economic activity of SOEs	Exceptions
EFTA ALBANIA -	07-FEB-2011	NO	N/A	YES	NO	YES	NO	NO
EU - CANADA	19-SEPT-17	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
EFTA - SERBIA	24-NOV-10	NO	N/A	YES	NO	YES	NO	NO
CHILE - NICARAGUA - (CHILE - CENTRAL AMERICA)	14-JUIN-13	NO	N/A	YES	YES	YES	NO	YES
ASEAN - INDIA	19-AUG-2010(G) / 20-AUG-2015(S)	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
TURKEY - SERBIA	10-AUG-2010	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
EU - SERBIA	31-MAY-2010(G) / 20-DEC-2013(S)	NO	N/A	YES	YES	NO	NO	YES
MEXICO - URUGUAY	28-JUIN-13	YES	NO	YES	YES	YES	YES	NO
TURKEY - MONTENEGRO	12-MARS-10	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A

PTA	DATE OF NOTIFICATION	Does the investment chapter include provisions related to the SOEs?	Are SOEs considered as investors of a Party?	Does the competition chapter include provisions related to the SOEs?	Obligation not to create distortions to trade and investment	Other obligations	The agreement does not forbid the existence and economic activity of SOEs	Exceptions
PERU - CHINA	03-MARS-10	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
SOUTHERN COMMON MARKET (MERCOSUR) - INDIA	23-FEB-2010	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
HONG KONG, CHINA - NEW ZEALAND	03-JANV-11	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
JAPAN - VIETNAM	01-OCT-09	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
JAPAN - SWITZERLAND	01-SEPT-09	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
EFTA - CANADA	04-AUG-2009	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
COSTA RICA - PERU	05-JUIN-13	YES	NO	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
KOREA, REPUBLIC OF - CHILE	08-APR-2004	NO	N/A	YES	NO	YES	YES	NO
CANADA - JORDAN	10-APR-2013	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A

PTA	DATE OF NOTIFICATION	Does the investment chapter include provisions related to the SOEs?	Are SOEs considered as investors of a Party?	Does the competition chapter include provisions related to the SOEs?	Obligation not to create distortions to trade and investment	Other obligations	The agreement does not forbid the existence and economic activity of SOEs	Exceptions
CHINA - NEW ZEALAND	21-APR-2009	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
CANADA - CHILE	30-JUIL-97	YES	YES	YES	NO	NO	YES	YES
PERU - KOREA, REPUBLIC OF	09-AUG-2011	YES	YES	YES	NO	YES	YES	NO
CHINA - SINGAPORE	02-MARS-09	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
TURKEY - GEORGIA	18-FEB-2009	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
EU - COLOMBIA AND PERU	26-FEB-2013	NO	N/A	YES	YES	YES	YES	NO
CHILE - INDIA	13-JANV-09	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
JAPAN - PHILIPPINES	11-DEC-2008	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
EU - CARIFORUM STATES EPA	16-OCT-08	NO	N/A	YES	YES	YES	YES	NO
UKRAINE - NORTH MACEDONIA	18-AUG-2008	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A

PTA	DATE OF NOTIFICATION	Does the investment chapter include provisions related to the SOEs?	Are SOEs considered as investors of a Party?	Does the competition chapter include provisions related to the SOEs?	Obligation not to create distortions to trade and investment	Other obligations	The agreement does not forbid the existence and economic activity of SOEs	Exceptions
EFTA - CENTRAL AMERICA (COSTA RICA AND PANAMA)	19-NOV-14	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
EU - BOSNIA AND HERZEGOVINA	11-JUL-2008(G) / 12-JAN-2016(S)	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
ICELAND - FAROE ISLANDS	10-JUIL-08	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
JAPAN - INDONESIA	27-JUIN-08	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
TURKEY - ALBANIA	09-MAY-2008	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
PAKISTAN - MALAYSIA	19-FEB-2008	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
PAKISTAN - CHINA	18-JAN-2008(G) / 20-MAY-2010(S)	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A

PTA	DATE OF NOTIFICATION	Does the investment chapter include provisions related to the SOEs?	Are SOEs considered as investors of a Party?	Does the competition chapter include provisions related to the SOEs?	Obligation not to create distortions to trade and investment	Other obligations	The agreement does not forbid the existence and economic activity of SOEs	Exceptions
EU - MONTENEGRO	16-JAN-2008(G) / 18-JUN-2010(S)	NO	N/A	YES	YES	NO	NO	YES
JAPAN - THAILAND	25-OCT-07	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
EGYPT - TURKEY	05-OCT-07	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
CENTRAL EUROPEAN FREE TRADE AGREEMENT (CEFTA) 2006	26-JUIL-07	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
EFTA - EGYPT	17-JUIL-07	NO	N/A	YES	NO	NO	NO	YES
UNITED STATES - PANAMA	29-OCT-12	YES	YES	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
PANAMA - SINGAPORE	04-APR-2007	YES	YES	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
EU - ALBANIA	07-MAR-2007(G) / 07-OCT-2009(S)	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A

PTA	DATE OF NOTIFICATION	Does the investment chapter include provisions related to the SOEs?	Are SOEs considered as investors of a Party?	Does the competition chapter include provisions related to the SOEs?	Obligation not to create distortions to trade and investment	Other obligations	The agreement does not forbid the existence and economic activity of SOEs	Exceptions
TURKEY - SYRIA	15-FEB-2007	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
EFTA - LEBANON	22-DEC-2006	NO	N/A	YES	NO	NO	NO	YES
EFTA - KOREA, REPUBLIC OF	23-AUG-2006	NO	N/A	YES	NO	YES	NO	NO
COLOMBIA - MEXICO	13-SEPT-10	YES	YES	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
TURKEY - MOROCCO	10-FEB-2006	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
ASEAN - CHINA	21-SEP-2005(G) / 26-JUN-2008(S)	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
TURKEY - PALESTINIAN AUTHORITY	1-SET.-05	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
TURKEY - TUNISIA	1-SET.-05	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
EFTA - TUNISIA	3-JUN.-05	NO	N/A	YES	NO	YES	NO	NO
CHILE - GUATEMALA	30-MARS-12	NO	N/A	YES	YES	YES	NO	YES

PTA	DATE OF NOTIFICATION	Does the investment chapter include provisions related to the SOEs?	Are SOEs considered as investors of a Party?	Does the competition chapter include provisions related to the SOEs?	Obligation to create distortions to trade and investment	Other obligations	The agreement does not forbid the existence and economic activity of SOEs	Exceptions
(CHILE - CENTRAL AMERICA)								
PERU - CHILE	29-NOV-11	YES	YES	YES	NO	YES	YES	NO
EFTA - CHILE	03-DEC-2004	NO	N/A	YES	NO	YES	NO	NO
EU - EGYPT	3-SET.-04	NO	N/A	YES	NO	NO	NO	YES
CHILE - HONDURAS (CHILE - CENTRAL AMERICA)	30-MARS-12	NO	N/A	YES	YES	YES	NO	YES
EL SALVADOR - HONDURAS - CHINESE TAIPEI	06-APR-2010	YES	YES	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
PANAMA - NICARAGUA (PANAMA - CENTRAL AMERICA)	25-FEB-2013	YES	NO	YES	YES	YES	YES	NO
EC TREATY	24-APR-1957(G) / 10-NOV-1995(S)	NO	N/A	YES	NO	YES	YES	NO

PTA	DATE OF NOTIFICATION	Does the investment chapter include provisions related to the SOEs?	Are SOEs considered as investors of a Party?	Does the competition chapter include provisions related to the SOEs?	Obligation not to create distortions to trade and investment	Other obligations	The agreement does not forbid the existence and economic activity of SOEs	Exceptions
TRANS-PACIFIC STRATEGIC ECONOMIC PARTNERSHIP	18-MAY-2007	NO	N/A	YES	YES	YES	YES	NO
SINGAPORE - AUSTRALIA	25-SET.-03	NO	N/A	YES	NO	YES	NO	YES
TURKEY - BOSNIA AND HERZEGOVINA	29-AUG-2003	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
EU - LEBANON	26-MAY-2003	NO	N/A	YES	NO	NO	YES	YES
EFTA - SINGAPORE	14-JAN.-03	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
EU - JORDAN	17-DEC-2002	NO	N/A	YES	NO	NO	YES	YES
JAPAN - SINGAPORE	8-NOV.-02	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
CANADA - COLOMBIA	07-OCT-11	YES	YES	YES	YES	YES	YES	NO
EFTA - JORDAN	17-JAN.-02	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
EU - NORTH MACEDONIA	23-OCT-2001(G) / 02-OCT-2009(S)	NO	N/A	YES	NO	YES	NO	NO

PTA	DATE OF NOTIFICATION	Does the investment chapter include provisions related to the SOEs?	Are SOEs considered as investors of a Party?	Does the competition chapter include provisions related to the SOEs?	Obligation not to create distortions to trade and investment	Other obligations	The agreement does not forbid the existence and economic activity of SOEs	Exceptions
EFTA - MEXICO	25-JUL.-01	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
CANADA - PANAMA	10-APR-2013	YES	YES	YES	YES	YES	YES	NO
BRUNEI DARUSSALAM - JAPAN	31-JUIL-08	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
TURKEY - NORTH MACEDONIA	5-JAN.-01	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
EFTA - NORTH MACEDONIA	11-DEC-2000	NO	N/A	YES	NO	YES	YES	NO
EU - SOUTH AFRICA	2-NOV.-00	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
EU - MOROCCO	13-OUT.-00	NO	N/A	YES	NO	NO	YES	YES
EU - ISRAEL	20-SET.-00	NO	N/A	YES	NO	NO	YES	YES
EFTA - MOROCCO	20-JAN.-00	NO	N/A	YES	NO	YES	YES	NO
EFTA - PALESTINIAN AUTHORITY	23-JUL.-99	NO	N/A	YES	NO	YES	YES	NO

PTA	DATE OF NOTIFICATION	Does the investment chapter include provisions related to the SOEs?	Are SOEs considered as investors of a Party?	Does the competition chapter include provisions related to the SOEs?	Obligation not to create distortions to trade and investment	Other obligations	The agreement does not forbid the existence and economic activity of SOEs	Exceptions
EU - TUNISIA	15-JANV-99	NO	N/A	YES	NO	NO	YES	YES
TURKEY - ISRAEL	16-APR-1998	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
NORTH AMERICAN FREE TRADE AGREEMENT (NAFTA)	29-JAN-1993(G) / 01-MAR-1995(S)	YES	YES	YES	YES	YES	YES	NO
EU - PALESTINIAN AUTHORITY	29-MAY-1997	NO	N/A	YES	NO	NO	YES	NO
CANADA - ISRAEL	15-JANV-97	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
EUROPEAN ECONOMIC AREA (EEA)	13-SEPT-96	NO	N/A	YES	NO	YES	NO	NO
FAROE ISLANDS - NORWAY	12-FEB-1996	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
EU - TURKEY	22-DEC-1995	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A

PTA	DATE OF NOTIFICATION	Does the investment chapter include provisions related to the SOEs?	Are SOEs considered as investors of a Party?	Does the competition chapter include provisions related to the SOEs?	Obligation not to create distortions to trade and investment	Other obligations	The agreement does not forbid the existence and economic activity of SOEs	Exceptions
PANAMA - HONDURAS (PANAMA CENTRAL AMERICA)	16-DEC-2009	YES	NO	YES	YES	YES	YES	NO
EFTA - ISRAEL	30-NOV-92	NO	N/A	YES	NO	YES	YES	NO
ECONOMIC COOPERATION ORGANIZATION (ECO)	10-JUIL-92	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
EFTA - TURKEY	06-MARS-92	NO	N/A	YES	NO	YES	YES	NO
AUSTRALIA - NEW ZEALAND CLOSER ECONOMIC RELATIONS TRADE AGREEMENT (ANZCERTA)	14-APR-1983(G) / 22-NOV-1995(S)	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
AUSTRALIA - CHILE	03-MARS-09	YES	YES	YES	NO	YES	YES	NO
EU - NORWAY	13-JUIL-73	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A

PTA	DATE OF NOTIFICATION	Does the investment chapter include provisions related to the SOEs?	Are SOEs considered as investors of a Party?	Does the competition chapter include provisions related to the SOEs?	Obligation not to create distortions to trade and investment	Other obligations	The agreement does not forbid the existence and economic activity of SOEs	Exceptions
EU - ICELAND	24-NOV-72	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
EU - SWITZERLAND - LIECHTENSTEIN	27-OCT-72	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
CENTRAL AMERICAN COMMON MARKET (CACM)	24-FEB-1961	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
EUROPEAN FREE TRADE ASSOCIATION (EFTA)	14-NOV-1959(G) / 15-JUL-2002(S)	NO	N/A	NO	N/A	N/A	N/A	N/A
UNITED STATES - PERU	03-FEB-2009	YES	YES	YES	YES	YES	YES	NO

References

ASCENSIO, Droit international économique, Paris: Thémis puf, 2018.

Canada - Republic of Korea Free Trade Agreement, entered into force on Jan 1st, 2015.

CHAISSÉ, Julien, “Untangling the Triangle: Issues for State-controlled Entities in Trade, Investment, and Competition Law”, In: International Economic Law and Governance: Essays in Honour of Mitsuo Matsushita, Oxford University Press, 2016, pp. 233-258.

DAVEY, William, “Article XVII GATT: An Overview”, In: State Trading in the Twenty-First Century: The World Trade Forum, Volume 1, University of Michigan Press, 1998.

EU-Singapore Trade and Investment Agreement, entered into force on November 14th, 2019.

FOX, Eleanor M. & HEALEY, Deborah, “When the State Harms Competition – The Role for Competition law”, In: Antitrust Law Journal, vol. 79, n° 3, 2014,

Free Trade Treaty between Australia and Singapore (SAFTA), entered into force on July 28th, 2003.

Free Trade Treaty between Canada and the Republic of Honduras, entered into force on October 1st, 2014.

Free Trade Treaty between the United Mexican States and the Republic of Uruguay, entered into force on July 15th, 2004.

FRIEDEL-SOUCHU, Evelyne, Extraterritorialité du droit de la concurrence aux États-Unis et dans la Communauté européenne, Paris: LGDJ, 1994.

HOEKMAN, B.; KOSTECKI, M., The Political Economy of the World Trading System - From GATT to WTO, Oxford: Oxford University Press, 1995.

HORN H., MAVROIDIS PC, SAPIR A., Beyond the WTO? An anatomy of EU and US preferential trade agreements, Brussels: Bruegel Blueprint, 2009.

JUILLARD, P. et al., Droit international économique, Dalloz, 2017.

KOBAYASHI, E., “Definindo empresas públicas e participações estatais no Direito Comparado: a importância das definições e o caótico exemplo do Japão”, In: Revista de Direito Publico da Economia – RDPE, ano 17, no. 66, 2019.

MARCEAU G.; REIMAN C., “When and How Is a RTA Compatible with the WTO”, In: Legal Issues of Economic Integration, 2001.

MARSSOLA, Julia, La notion d’entreprise d’État en droit international économique, Dissertação (Mestrado em Direito Internacional Econômico), École de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, Paris, 2020b (forthcoming).

MARSSOLA, Julia, “Preferential Trade Agreements : crisis or opportunity to the WTO?”, In: Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília, 17eme ed. 1/2020.

NANTEUIL, Arnaud de, Droit international de l’investissement, Paris : Pedone, 2015.

PUCCIO, Laura, Attribution du statut l’OMC, EPRS – Service de Recherche du Parlement Européen, Novembre, 2015.

SHIMA, Yuri, “The Policy Landscape for International Investment by Government-controlled Investors: A Fact-Finding Survey”, OECD Working Papers on International Investment, 2015,

SILVEIRA, Paulo Burnier da, Le contrôle des concentrations transnationales, Paris : L’Harmattan, 2013,

TIETJE, C. and NOWROT, K., “Myth or Reality? China's Market Economy Status under the WTO Anti-dumping Law after 2016”, In: Policy Papers on Transnational Economic Law, no 34, December 2011.

UNCTAD, “La protection de la sécurité nationale dans les accords internationaux d’investissements (AII)”, Études de la CNUCED sur les politiques d’investissement international au service du développement, New York and Geneva : United Nations, 2009,

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Rapport sur l’investissement dans le monde 2017: L’investissement et l’économie numérique, repères et vue d’ensemble, New York and Geneva, 2017.

United States - Singapore Free Trade Agreement, entered into force on Jan. 1st, 2004.

United States - Singapore Free Trade Agreement, entered into force on January 1st, 2004.

UNITED STATES OF AMERICA, Third-Party Submission, European Union - Measures Related to Price Comparison Methodologies, WT/DS516, November 21, 2017.

WILLEMYNS, Ines, «Disciplines on State-Owned Enterprises in International Economic Law: Are We Moving in the Right Direction? », In: Journal of International Economic Law, 2016,

GOVERNANÇA DA POLÍTICA ECONÔMICO-TARIFÁRIA DE COMBATE À COVID-19 NO BRASIL

*Heloisa Santos Souza
Juliana Maria de Almeida Barros*

Resumo: O presente artigo analisa o modelo de governança da política pública adotada pelo Brasil com a finalidade de solucionar, temporariamente, a problemática de aquisição de produtos importados para o combate à pandemia da COVID-19. Os resultados apontam a existência de 9 resoluções com adições de produtos e modificações em NCMs de mercadorias, o que corresponde a um total de 549 produtos que tiveram a tarifa de importação zerada para o combate à COVID-19 até 30/09/2020. Essa estratégia de coordenação adotada na criação da política de redução tarifária envolve atores do núcleo do Governo Federal e de fora do setor público.

Palavras-Chave: Governança; Política Pública; Tarifa Externa Comum; Imposto de Importação; COVID-19.

Abstract: The present paper analyzes the governance model of public policy adopted by Brazil with the purpose of temporarily solving the problem of purchasing imported products to combat the pandemic of COVID-19. The results point to the existence of 9 resolutions with product additions and changes in goods NCMs, which corresponds to a total of 549 products whose import tariff was zeroed to combat COVID-19 until 09/30/2020. This coordination strategy adopted in the creation of the tariff reduction policy involves actors from the core of the Federal Government and from outside the public sector.

Keywords: Governance; Public Policy; Common External Tariff; Import tax; COVID-19.

1. Introdução

O presente trabalho se propõe a analisar o modelo de governança da política pública adotada pelo governo brasileiro com a finalidade de solucionar, temporariamente, a problemática que enfrenta para adquirir produtos importados para o combate à pandemia do COVID-19. Essa problemática ocorre em virtude do alto grau de dependência tecnológica que

o Brasil possui em relação aos países considerados como desenvolvidos, motivada por uma histórica ausência de um processo de industrialização nacional, cumulada com a incorporação do progresso tecnológico, de recursos humanos e de um processo eficaz de justiça distributiva. A medida adotada pelo governo do Brasil consiste na redução temporária da alíquota da Tarifa Externa Comum do Mercosul (TEC), incidente sobre a importação de diversos produtos que poderiam auxiliar no combate ao vírus pandêmico instalado no país. A TEC é o conjunto de alíquotas uniformemente empregadas pelos países-membros do Mercosul aos produtos importados de origens extrabloco. Ela foi implementada no país em 1994 após intensa negociação considerando o sistema produtivo do bloco e sua complementariedade econômica.¹ Sua aplicação é feita por linhas de 8 dígitos, que consiste na transformação em código numérico de determinada mercadoria. A essa classificação, dá-se o nome de Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM).²

Apesar de ter sido criada para compor um sistema harmônico comum de controle de importações, a TEC possui alguns sistemas de exceções, em que por determinada circunstância ou até por opção limitada de algum país, uma alíquota diferente da TEC é aplicada (seja ela maior ou menor) a determinado produto.³ Todavia, para que um produto possa ter seu imposto de importação (II) alterado, o pleito precisa ser apresentado por uma entidade ou empresa interessada na importação do produto ou a alteração pode ser solicitada pela própria administração pública. Essa dinâmica ocorre porque o imposto de importação é considerado um imposto regulatório, isto é, têm a função de regular as atividades econômicas, não visando a mera arrecadação tributária.⁴ Dessa forma, como qualquer regulação, sua alteração envolve

¹ KUM, Honório; PIANI, Guida. Perspectivas da Tarifa Externa Comum. In: **Revista Desafios do Desenvolvimento**, Brasília, ano 8, ed. 68, 2011. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8831/1/Perspectivas%20da%20tarifa%20externa%20comum_62.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020, p. 1.

² AZEVEDO, André Filipe Zago de; MASSUQUETTI, Angélica. TEC no Âmbito do Mercosul: Teoria e Prática. In: **Análise Econômica**, Porto Alegre, ano 27, n. 52, p. 7-23, set./2009. Disponível em: <<https://www.seer.ufrgs.br/AnaliseEconomica/article/view/3336/7450>>. Acesso em: 30 set. 2020, p. 12.

³ Idem, p. 14.

⁴ LEITÃO, Fábio Pereira. *Política Comercial e Proteção Tarifária: Uma Análise Comparativa entre a Alíquota Legal e a Alíquota Verdadeira*. Dissertação (Mestrado Profissionalizante em Economia) – Departamento de Economia da Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em:

atores econômicos antagônicos. Além disso, impacta a sociedade como um todo, uma vez que pode não somente variar o preço final do produto, mas, também, desencadear estímulo ou desestímulo a determinado setor, impactando ainda em áreas sociais como a empregabilidade, por exemplo.

Tendo em vista os apontamentos proemiais, passa-se a discorrer, com maior profundidade, sobre os arranjos de governança relativos à medida de alteração tarifária excepcional, diante do contexto pandêmico.

2. Arranjo de governança na alteração de alíquotas do Imposto de Importação

Os atores envolvidos no arranjo de governança dessa política pública de comércio internacional para o combate à COVID-19 podem ser resumidos no pleiteante, nos manifestantes, sejam eles à favor ou contra a medida, e na administração pública.

Na forma de pleiteante, pode participar, primordialmente, o setor econômico, composto por: (i) empresas produtoras ou compradoras do produto; (ii) entidades ou associações de produtores; ou (iii) qualquer outro ator relacionado ao mercado do produto do país. Adicionalmente, são habilitadas a pleitear as consultorias econômicas ou jurídicas que representem empresas, entidades ou associações e órgãos públicos, que tenham interesse ou sejam afetados pelas alterações propostas.

Como manifestante, tanto a favor, de reforço do pleito, quanto contrariamente, são considerados habilitados os mesmos atores relacionados na forma do pleiteante. Já a administração pública, funciona na referida governança não somente como instância decisória, mas, também, instância mediadora no caso de conflito entre os atores. Nas hipóteses circunstanciais, a administração pública, isto é, o Governo Federal, por meio de órgãos e/ou legislação pode também ser a pleiteante, como ocorreu no caso de produtos para o combate à COVID-19.

Nota-se que há uma responsabilização no setor público em decorrência da complexificação dos problemas, do desempenho e das

<https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/12376/1/2013_FabioPereiraLeitao.pdf>. Acesso em: 30 de set. 2020, p. 53.

possibilidades de solução da crise gerada pela pandemia.⁵ Contudo, em relação a essa medida em especial, a governança, mais do que nunca, pode ser compreendida como um instrumento heurístico ou uma perspectiva analítica, dado que ela permite com que a forma de organização do Estado, a partir do contexto econômico-sanitário, seja visualizada e problematizada a tal ponto, que carece de uma reestruturação, de uma mudança de parte da atividade governamental no sentido de aprovar medidas econômicas de exceção, que se constituem como novos métodos para a condução socioeconômica da população em meio a uma crise sanitária.⁶

No que tange a arena decisória, verifica-se que a análise técnica do pleito é realizada em primeira instância pelo Comitê de Alterações Tarifárias (CAT), órgão técnico composto por representantes de cada membro do Comitê Executivo de Gestão (GECEX), instância essa política-decisória. A função do CAT é apenas consultiva, dado que ele realiza o tratamento técnico dos pleitos de alterações tarifárias recebidos pela Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), antes que estes sejam encaminhados às reuniões do GECEX. Observa-se que, nessa instância, é possível verificar instrumentos de coordenação prévia, não somente entre os órgãos decisórios, mas também como fórum para debates técnicos entre os atores governamentais envolvidos.⁷ A deliberação pela aceitação ou não do pleito ocorre no âmbito do GECEX, que, conforme mencionado, é a instância decisória técnico-política, composta por membros de órgãos da administração pública federal. A coordenação também atua nessa instância, porém por meio de um caráter mais político.⁸

⁵ CAVALCANTE, Pedro; PIRES, Roberto. Governança Pública: das prescrições formais à construção de uma perspectiva estratégica para a ação governamental. In: *Boletim de Análise Político-Institucional*, v. 1, p. 9-16, 2018, p. 10.

⁶ Idem, p. 12.

⁷ Vide: BRASIL. *Decreto nº 10.242, de 13 de Fevereiro de 2020*. Institui o Comitê de Alterações Tarifárias no âmbito da Câmara de Comércio Exterior. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/decreto-n-10.242-de-13-de-fevereiro-de-2020-243324041>>. Acesso em: 30 set. 2020.

⁸ Para maior aprofundamento no tema, vide: SANTISO, Carlos; LAFUENTE, Mariano; ALESSANDRO, Martín. *The Role of the Center of Government*. Technical Note No. IDB-TN-581, Inter-American Development Bank, iv, title v., sep./2013. Disponível em: <<https://publications.iadb.org/publications/english/document/The-Role-of-the-Center-of-Government-A-Literature-Review.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2020.

Considerando os apontamentos anteriores acerca da arena decisória da medida em análise, destaca-se, ainda, que a coordenação da política pública econômica de combate à COVID-19 criada em 2020 envolve especificamente o núcleo de governo. Isto, considerando que toda a articulação dessa política ocorre no âmbito do Governo Federal, por meio do Ministério da Economia. Entretanto, é necessário enfatizar que o GECEX é composto por representantes não apenas do Ministério da Economia, mas, também, da Presidência da República, do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e da Receita Federal. Todos eles, com direito a um voto, sendo os pleitos aprovados por maioria simples.⁹ Há, entretanto, internamente, uma tentativa de se buscar um consenso ou solução de meio entre os atores, o que nem sempre é possível. Ademais, salienta-se que, antes da reunião formal do GECEX, já há enorme articulação política nos bastidores a respeito dos pleitos apresentados. Porém, toda a articulação desses agentes apenas reforça a estabilidade das políticas públicas de cunho econômico-tarifário no núcleo de governo.

Após deliberações em suas reuniões, é o próprio GECEX, por meio de Resoluções próprias, que define o instrumento a ser utilizado para a alteração tarifária, os códigos a serem alterados e suas respectivas alíquotas, bem como o prazo da alteração. Dessa forma, o Congresso Nacional não é instado a elaborar e pautar qualquer projeto de lei relacionado ao tema, motivo pelo qual ele não faz parte da coordenação de políticas públicas como a de alteração tarifária elaborada no apogeu da pandemia.

3. A Política de Alterações Tarifárias para produtos de combate a COVID-19

Com a confirmação de casos do vírus da COVID-19 no Brasil e a confecção do Decreto Legislativo nº 6/2020¹⁰, que aprova o estado de

⁹ BRASIL. Secretaria-Executiva da Câmara de Comércio Exterior. *Comitê-Executivo de Gestão – Gecex*. Disponível em: <<http://www.camex.gov.br/gecex>>. Acesso em: 30 set. 2020.

¹⁰ BRASIL. *Decreto Legislativo nº 06, de 2020*. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

calamidade pública no país, iniciou-se uma corrida de políticas públicas com o intuito de diminuir o impacto do vírus sobre a população. Desse modo, uma das maiores preocupações de todos os entes governamentais era conseguir atender a escalada crescente de demanda na saúde em decorrência da doença, bem como evitar sua propagação. Para isso, era necessário aumentar o volume de estoques de produtos voltados a esse fim.

Conforme explicitado anteriormente, o imposto de importação atua como um instrumento regulador da economia, normalmente utilizado para proteger indústria nacional estabelecida ou incipiente. Com o aumento do consumo interno de produtos médico-hospitalares, a expectativa era de que não haveria oferta suficiente para atender com eficiência as políticas públicas de combate à pandemia em razão de uma explosão circunstancial da demanda¹¹. Ademais, observou-se, concomitantemente, uma corrida mundial em direção aos ofertantes internacionais desses produtos, o que acabou por encarecer o preço final e também levou à diminuição de estoques, dificultando o acesso a eles por parte dos países subdesenvolvidos¹². Diante de tal cenário, o governo brasileiro iniciou uma corrida para implementar programas e medidas internas com vistas a facilitar o combate ao vírus¹³. Dentre as medidas adotadas, destaca-se, nesse trabalho, o esforço em reduzir, para zero, as alíquotas de imposto de importação para produtos de uso médico-hospitalar até o fim do ano de 2020, bem como a orientação aos intervenientes no comércio internacional para facilitar e agilizar, em seus ramos de atuação, os

¹¹ VARGAS, Mateus. Anvisa pede a empresas informações sobre estoques de produtos contra coronavírus. *UOL*, São Paulo, 28 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/estado/2020/02/28/anvisa-pede-a-empresas-informacoes-sobre-estoques-de-produtos-contr-coronavirus.htm>>. Acesso em: 28 jul. 2020.

¹² JUCÁ, Beatriz. Preterido por fornecedores, Brasil entra em corrida contra o relógio para obter material médico contra coronavírus. *El País*, São Paulo, 01 de abril de 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-04-02/preterido-por-fornecedores-brasil-entra-em-corrida-contra-o-relogio-para-obter-material-medico-contr-coronavirus.html>>. Acesso em: 28 jul. 2020.

¹³ Sousa, Yvna Et At. Coronavírus: governo dá 3 meses para depósito de fgts, antecipa 13º do inss e reforça bolsa família. *GI*, rio de janeiro, 16 de março de 2020. Disponível em:

<<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/03/16/ministerio-da-economia-anuncia-novas-medidas-para-reduzir-impacto-do-coronavirus-veja-lista.ghtml>>.

Acesso em: 29 jul. 2020.

procedimentos necessários para o licenciamento e o desembaraço das mercadorias hospitalares logo na chegada ao país¹⁴.

As alterações tarifárias, conforme já abordado, necessitam de um processo envolvendo vários atores do comércio internacional. A normatização maior encontra-se no Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) de 1994, nos acordos comerciais da Organização Mundial do Comércio (OMC) e nos acordos que instituem o Mercosul. Todo esse arcabouço jurídico forma o sistema legal em que o comércio internacional é baseado, traçando limites para as variações da política nacional. Esses mesmos acordos, entretanto, também recepcionam artigos de excepcionalidade, que visam flexibilizar a política de um país-membro em caso de circunstâncias extraordinárias, como é o caso do vírus da COVID-19¹⁵.

Em circunstâncias normais, os países do bloco deveriam estudar e debater sobre possíveis impactos de um livre comércio de produtos médico-hospitalares de forma a não afetar o comércio intrabloco. Na atual circunstância, o Brasil invocou artigo constante no acordo constitutivo do Mercosul, em que avoca para si a política de comércio exterior do país, garantindo o uso de medidas que possam, em tese, contrariar os acordos de comércio já assinados. Aduz o artigo 50, alínea D, do Tratado de Montevidéu de 1980¹⁶, internalizado pelo Decreto Legislativo nº 66, de 16 de novembro de 1981¹⁷, que nenhuma disposição do Tratado deve ser interpretada como

¹⁴ Martello, Alexandre. Governo zera imposto de importação de 50 produtos para combate ao coronavírus. *G1*, rio de janeiro, 18 de março de 2020.

Disponível em:

<<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/18/receita-simplifica-importacao-de-produtos-de-uso-medico-hospitalar-para-combater-o-coronavirus.ghtml>>. Acesso em: 29 jul. 2020.

¹⁵ BRASIL. Secretaria-Executiva da Câmara de Comércio Exterior. *Redução Temporária (COVID-19)*. Disponível em: <<http://camex.gov.br/tarifa-externa-comum-tec/listacovid>>. Acesso em: 27 jul. 2020.

¹⁶ Vide: *Tratado de Montevidéu 1980*: Instrumento que Institui a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI). Disponível em: <http://www2.aladi.org/biblioteca/Publicaciones/ALADI/Secretaria_General/Documentos_Sin_Codigos/Caja_062_001_pt.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020, p. 30.

¹⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto Legislativo nº 66, de 1981*. Aprova o texto do Tratado de Montevidéu 1980, firmado pelos Plenipotenciários dos Governos da República Federativa do Brasil, da República Argentina, da República da Bolívia, da República Colômbia, da República dos Estados Unidos Mexicanos, da República do Paraguai, da República Peru, da República Oriental do Uruguai, da República da

uma espécie de impedimento à adoção de quaisquer medidas destinadas à proteção da vida e da saúde das pessoas, dos animais e dos vegetais, bem como ao seu cumprimento. A partir da invocação desse artigo, o Brasil pôde se imiscuir dos compromissos firmados com o estados-membros da União Aduaneira e elaborar a melhor estratégia a ser adotada na seara do comércio exterior.

Foram, assim, realizados levantamentos a respeito de produtos que poderiam facilitar as políticas públicas de acompanhamento à pandemia junto aos atores do processo de controle do vírus, como Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e o Ministério da Saúde, que também são atores de coordenação do próprio núcleo de governo. Assim, em 13 de março de 2020, foi elaborada a primeira lista de NCMs contendo os principais produtos a serem envolvidos na política pública excepcional, culminando em uma Resolução GECEX, que zera provisoriamente a alíquota do Imposto de Importação somente para os itens nela listados.

Em um recente levantamento feito pela CAMEX, verifica-se que alguns itens possuíam imposto de importação de até 35%, como era o caso de luvas médico-hospitalares, em razão da existência de amplo mercado fornecedor intrabloco¹⁸. Publicou-se, então, a Resolução GECEX nº 17, de 17 de março de 2020¹⁹, concedendo uma redução temporária da alíquota do Imposto de Importação de 50 novos produtos até o dia 30 de setembro de 2020, com vistas a facilitar o combate à pandemia. A medida foi devidamente amparada pelo Tratado de Montevideu de 1980 e pelo Decreto Legislativo de 1981. Para além desse substrato legal, o conjunto desses produtos gerou um total de US\$ 1,3 bilhão em 2019 no que tange ao volume importado, o que representa um dado altamente relevante para o comércio internacional em um cenário de constantes crises econômicas e institucionais, pautadas por instabilidades de ordem política, diplomática e, sobretudo, sanitária.

Venezuela, a 12 de agosto de 1980. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1980-1987/decretolegislativo-66-16-novembro-1981-361276-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 30 set. 2020.

¹⁸ Idem.

¹⁹ BRASIL. *Resolução nº 17, de 17 de Março de 2020*. Concede redução temporária da alíquota do Imposto de Importação ao amparo do artigo 50, alínea d, do Tratado de Montevideu de 1980, internalizado pelo Decreto Legislativo nº 66, de 16 de novembro de 1981, tendo por objetivo facilitar o combate à pandemia do Corona Vírus/Covid-19. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-17-de-17-de-marco-de-2020-248564246>>. Acesso em: 30 set. 2020.

Em 25 de março de 2020, foi editada uma nova resolução, a de nº 22, que adicionava mais 61 produtos à lista inicial do GECEX. A redução a zero das alíquotas dessa nova rodada de produtos, elaborada em estreita relação com o Ministério da Economia, com o Ministério da Saúde e com a ANVISA, incluía kits para testes de coronavírus, equipamentos e aparelhos médico-hospitalares, além de drogas, como: cloroquina, hidroxicloroquina, azitromicina e imunoglobulina. Também são relacionados, dentre outros, grupos de itens como: (i) álcool etílico, cloreto de sódio puro, oxigênio e dióxido de carbono medicinais; (ii) gaze, água oxigenada, lençóis de papel, luvas de proteção, esterilizadores e agulhas; e (iii) equipamentos de oxigenação e de intubação, aparelhos de respiração artificial, termômetros, instrumentos e aparelhos para diagnóstico.²⁰

Posteriormente, novas rodadas de listas foram sendo incluídas à original, ampliando o escopo da medida ao acrescentar partes e peças para confecção de aparelhos e itens de proteção, dado que, até então, tinham sido zeradas as alíquotas somente no formato de produto final. Como exemplos de partes e peças, pode-se verificar itens como: placa-mãe, placa controladora de *touch screen*, painel *touch screen*, monitor LCD e cartão de memória do tipo microSD industrial, além de motores, baterias chumbo-ácido e de lítio.

O intuito, com a nova rodada, que acrescentou 22 NCMs à lista original, foi aumentar a oferta de insumos para a produção nacional de bens destinados a combater a pandemia, diminuindo os custos para a fabricação desses bens no país e aumentando a sua disponibilidade para o sistema de saúde brasileiro²¹. Com a maior abrangência desta última rodada e de forma a não precaver o seu desvirtuamento para outros fins, a resolução acrescentou na redação original um texto a respeito da finalidade das mercadorias, que aduz que as mercadorias nela previstas apenas teriam a redução da alíquota a zero de seu imposto de importação se fossem utilizadas no enfrentamento da pandemia. Dessa forma, após qualquer fiscalização por parte da Receita Federal do Brasil de importação desses produtos em que for constatado

²⁰ *Camex zera Imposto de Importação de mais 61 produtos para combate ao coronavírus. Siscomex, Brasília, 26 de março de 2020. Disponível em: <<http://www.siscomex.gov.br/camex-zera-imposto-de-importacao-de-mais-61-produtos-para-combate-ao-coronavirus/>>. Acesso em: 30 jul. 2020.*

²¹ *Camex zera tarifas de importação de 25 insumos para combate ao coronavírus. Siscomex, Brasília, 03 de abril de 2020. Disponível em: <<http://www.siscomex.gov.br/camex-zera-tarifas-de-importacao-de-25-insumos-para-combate-ao-coronavirus/>>. Acesso em: 30 jul. 2020.*

destinação divergente da normatizada, a empresa pode ser autuada a pagar a diferença de imposto, bem como multas e juros pela fraude.

A Resolução nº 31, de 08 de abril de 2020²², ampliou ainda mais o leque de produtos destinados a facilitar a produção nacional dos produtos. Nessa leva, foram zeradas as alíquotas de Imposto de Importação não somente de mais produtos médico-hospitalares, mas, também, de máquinas e insumos utilizados para a fabricação nacional desses produtos. Assim, a política de comércio internacional toma novo eixo, passando da priorização da importação do produto final ao estímulo à indústria nacional para a produção interna das mercadorias.²³

Outras resoluções vieram acrescentando a lista de produtos mais tarde, como a Resolução nº 32, de 16 de abril de 2020²⁴, por exemplo, que adicionou mais 141 produtos à lista original, e a Resolução nº 33, de 29 de abril de 2020²⁵, que previu 81 produtos a mais. Até a finalização deste trabalho foram totalizadas 9 resoluções com adições de produtos e modificações nas NCMs de mercadorias já listadas, de modo a ajustar o fluxo operacional, o que

²² BRASIL. *Resolução nº 31, de 7 de Abril de 2020*. Concede redução temporária, para zero por cento, da alíquota do Imposto de Importação ao amparo do artigo 50, alínea d, do Tratado de Montevideu de 1980, internalizado pelo Decreto Legislativo nº 66, de 16 de novembro de 1981, tendo por objetivo facilitar o combate à pandemia do Corona Vírus / Covid-19. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-31-de-7-de-abril-de-2020-251704729>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

²³ Brasil. Ministério da Economia. *Camex zera imposto de importação de mais 41 produtos contra o coronavírus*. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/abril/camex-zera-imposto-de-importacao-de-mais-41-produtos-contra-o-coronavirus>>. Acesso em: 27 jul. 2020.

²⁴ BRASIL. *Resolução nº 32, de 16 de Abril de 2020*. Concede redução temporária, para zero por cento, da alíquota do Imposto de Importação ao amparo do artigo 50, alínea d, do Tratado de Montevideu de 1980, internalizado pelo Decreto Legislativo nº 66, de 16 de novembro de 1981, tendo por objetivo facilitar o combate à pandemia do Corona Vírus/Covid-19. Disponível em: <<http://www.camex.gov.br/resolucoes-camex-e-outros-normativos/58-resolucoes-da-camex/2687-resolucao-n-32-de-16-de-abril-de-2020>>. Acesso em: 29 set. 2020.

²⁵ BRASIL. *Resolução nº 33, de 29 de Abril de 2020*. Concede redução temporária, para zero por cento, da alíquota do Imposto de Importação ao amparo do artigo 50, alínea d, do Tratado de Montevideu de 1980, internalizado pelo Decreto Legislativo nº 66, de 16 de novembro de 1981, tendo por objetivo facilitar o combate à pandemia do Corona Vírus/Covid-19. Disponível em: <<http://www.camex.gov.br/resolucoes-camex-e-outros-normativos/58-resolucoes-da-camex/2689-resolucao-n-33-de-29-de-abril-de-2020>>. Acesso em: 29 set. 2020.

corresponde a um total de 549 produtos que tiveram a tarifa de importação zerada para o combate à COVID até o dia 30 de setembro de 2020.²⁶

É importante ressaltar que todo o processo de confecção das listas de produtos contou com a participação de órgãos públicos, do mercado e da sociedade civil, motivo pelo qual o mecanismo de coordenação subjacente a essa política é não somente a coordenação de mercado, mas, também, a coordenação em redes. Por sua vez, a coordenação hierárquica, aqui, é discreta, pois ocorre apenas à medida em que os órgãos ligados à Receita Federal passam a não mais cobrar o imposto de importação sobre esses produtos durante o desembaraço aduaneiro, em virtude da força da resolução. Ademais, nota-se que se trata de uma coordenação hierárquica dentro da própria esfera federal, o que constitui um aspecto relevante sob a ótica da governança de políticas públicas, dado que a coordenação federativa é um requisito contemporâneo para o desenvolvimento desse tipo de política.

4. Conclusão

Sob o ponto de vista técnico, conclui-se que a medida de redução temporária da alíquota da TEC, incidente sobre a importação de diversos produtos relacionados ao combate do COVID-19 consiste em uma medida extremamente necessária e eficaz em relação ao propósito para o qual foi criada. Além disso, configura-se como uma medida interdisciplinar, pois, embora represente uma espécie de intervenção estatal para dirimir os impactos econômicos gerados pela crise pandêmica, como, por exemplo, as dificuldades de importação de produtos médico-hospitalares para atender à demanda, essa medida também está ligada à produção de insumos de saúde para lidar com a crise sanitária. Tanto é assim que, por conta dessa medida, o Brasil foi considerado como um país de referência, em termos de política de comércio internacional de combate à pandemia, por um estudo elaborado pelo Banco Mundial, denominado “*The World Bank Trade and Covid-19 Guidance Note:*

²⁶ *Governo zera Imposto de Importação de medicamento para atrofia muscular espinhal e outros 37 produtos. Siscomex, Brasília, 13 de julho de 2020. Disponível em: <<http://www.siscomex.gov.br/governo-zera-imposto-de-importacao-de-medicamento-para-atrofia-muscular-espinhal-e-outros-37-produtos/>>. Acesso em: 30 jul. 2020.*

*Managing Risk and Facilitating Trade in the Covid-19 Pandemic*²⁷, que versa sobre a mitigação dos impactos do COVID-19, à medida em que o comércio internacional é usado como limitador dos impactos negativos da crise de saúde e do nível de pobreza²⁸.

Já sob a ótica de sua estruturação, a estratégia de coordenação adotada pelo Brasil na criação da política de redução da TEC envolve atores de dentro do setor público, mais especificamente, do núcleo do Governo Federal, bem como atores de fora do setor público, como os diversos agentes da iniciativa privada, que são competentes para realizar esse tipo de pleito e que, de fato, realizam as importações em questão.

Em que pese não tenha sido verificado o protagonismo da Presidência da República na condução de políticas públicas de cunho econômico para o combate à pandemia, constata-se que tais medidas fazem parte da agenda estratégica dos órgãos basilares do governo, dado o grau de empoderamento que lhes foi conferido para o enfrentamento de questões relativas à funções típicas de planejamento, gerenciamento e coordenação de políticas públicas socioeconômicas, inclusive tarifárias, em estados de exceção.²⁹

Quanto aos níveis de coordenação, verifica-se que houve uma consulta com outros ministérios, além do Ministério da Economia, para a elaboração da política público econômico-tarifária, houve o estabelecimento de prioridades, notadamente, de produtos a serem abrangidos pela medida, e também houve uma estratégia governamental para a adoção e implantação dessa política, com vistas a gerar um *enforcement* eficaz para o setor

²⁷ O Banco Mundial retratou o Brasil no quadro de “Melhores Práticas em lidar com a COVID-19”. Cf. Banco Mundial destaca política comercial brasileira no combate à Covid-19. Siscomex, Brasília, 06 de abril de 2020. Disponível em: <<http://www.siscomex.gov.br/banco-mundial-destaca-politica-comercial-brasileira-no-combate-a-covid-19/>>. Acesso em: 01 ago. 2020.

²⁸ WORLD BANK GROUP. *The World Bank Trade and Covid-19 Guidance Note: Managing Risk and Facilitating Trade in the Covid-19 Pandemic*. Disponível em: <<http://documents1.worldbank.org/curated/en/751981585606039541/pdf/Trade-and-COVID-19-Guidance-Note-Managing-Risk-and-Facilitating-Trade-in-the-COVID-19-Pandemic.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2020.

²⁹ Para maior aprofundamento no tema, vide: ARRETCHE, Marta. Quando Instituições Federativas Fortalecem o Governo Central? In: *Novos Estudos*, São Paulo, v. 95, n. II, p. 39-57, mar./2013.

econômico internacional e para a diminuição da crise no acesso à saúde pública e privada que tem assolado internamente o país.

Por fim, ressalta-se que a coordenação é, portanto, relacionada à própria colaboração, já que diversos Ministérios, de certa forma, trabalharam em conjunto e de forma voluntária para a elaboração da medida. A participação dos agentes do núcleo de governo ocorreu inteiramente sob esse espectro colaborativo e foi fundamental para o desencadeamento de outras medidas de comércio internacional relevantes para o contexto da crise sanitária, mas que fogem à alçada do Ministério da Economia. Como exemplo, alude-se à situação da ANVISA, que tem reduzido a burocracia para a concessão de licenças de importação de produtos de combate à COVID-19 durante as sessões de julgamento em sua Diretoria Colegiada (DICOL), bem como facilitado a aquisição e a fabricação de alguns produtos em razão da pandemia³⁰. Esta medida foi importante em um cenário pautado, inclusive, pela necessidade de redução a zero da TEC incidente sobre essas mesmas mercadorias, motivo pelo qual se identifica que os mecanismos de governança da política de comércio internacional no âmbito do combate à COVID-19 no Brasil são extremamente sofisticados e possibilitam com que a problemática seja sanada sempre que há o empenho e a celeridade na elaboração de projetos por agentes do núcleo de governo.

Referências Bibliográficas

Anvisa diminui burocracia para adquirir alguns produtos no combate ao novo coronavírus. *O Globo*, Rio de Janeiro, 24 de Março de 2020. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/anvisa-diminui-burocracia-para-adquirir-alguns-produtos-no-combate-ao-novo-coronavirus-24324370>>. Acesso em: 01 out. 2020.

ARRETCHE, Marta. Quando Instituições Federativas Fortalecem o Governo Central? In: *Novos Estudos*, São Paulo, v. 95, n. II, p. 39-57, mar./2013.

AZEVEDO, André Filipe Zago de; MASSUQUETTI, Angélica. TEC no Âmbito do Mercosul: Teoria e Prática. In: *Análise Econômica*, Porto Alegre,

³⁰ Anvisa diminui burocracia para adquirir alguns produtos no combate ao novo coronavírus. *O globo*, rio de janeiro, 24 de março de 2020. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/anvisa-diminui-burocracia-para-adquirir-alguns-produtos-no-combate-ao-novo-coronavirus-24324370>>. Acesso em: 01 OUT. 2020.

ano 27, n. 52, p. 7-23, set./2009. Disponível em: <<https://www.seer.ufrgs.br/AnaliseEconomica/article/view/3336/7450>>. Acesso em: 30 set. 2020, p. 12.

Banco Mundial destaca política comercial brasileira no combate à Covid-19. *Siscomex*, Brasília, 06 de abril de 2020. Disponível em: <<http://www.siscomex.gov.br/banco-mundial-destaca-politica-comercial-brasileira-no-combate-a-covid-19/>>. Acesso em: 01 ago. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto Legislativo nº 66, de 1981*. Aprova o texto do Tratado de Montevideu 1980, firmado pelos Plenipotenciários dos Governos da República Federativa do Brasil, da República Argentina, da República da Bolívia, da República Colômbia, da República dos Estados Unidos Mexicanos, da República do Paraguai, da República Peru, da República Oriental do Uruguai, da República da Venezuela, a 12 de agosto de 1980. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1980-1987/decretolegislativo-66-16-novembro-1981-361276-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. *Decreto Legislativo nº 06, de 2020*. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/portaria/DLG6-2020.htm>>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 10.242, de 13 de Fevereiro de 2020*. Institui o Comitê de Alterações Tarifárias no âmbito da Câmara de Comércio Exterior. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/decreto-n-10.242-de-13-de-fevereiro-de-2020-243324041>>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. *Camex zera Imposto de Importação de mais 41 produtos contra o coronavírus*. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/abril/camex-zera-imposto-de-importacao-de-mais-41-produtos-contr-o-coronavirus>>. Acesso em: 27 jul. 2020.

BRASIL. *Resolução nº 17, de 17 de Março de 2020*. Concede redução temporária da alíquota do Imposto de Importação ao amparo do artigo 50, alínea d, do Tratado de Montevideu de 1980, internalizado pelo Decreto Legislativo nº 66, de 16 de novembro de 1981, tendo por objetivo facilitar o combate à pandemia do Corona Vírus/Covid-19. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-17-de-17-de-marco-de-2020-248564246>>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. *Resolução nº 31, de 7 de Abril de 2020*. Concede redução temporária, para zero por cento, da alíquota do Imposto de Importação ao amparo do artigo 50, alínea d, do Tratado de Montevideu de 1980, internalizado pelo Decreto Legislativo nº 66, de 16 de novembro de 1981, tendo por objetivo facilitar o combate à pandemia do Corona Vírus / Covid-19. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-31-de-7-de-abril-de-2020-251704729>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. *Resolução nº 32, de 16 de Abril de 2020*. Concede redução temporária, para zero por cento, da alíquota do Imposto de Importação ao amparo do artigo 50, alínea d, do Tratado de Montevideu de 1980, internalizado pelo Decreto Legislativo nº 66, de 16 de novembro de 1981, tendo por objetivo facilitar o combate à pandemia do Corona Vírus/Covid-19. Disponível em: <<http://www.camex.gov.br/resolucoes-camex-e-outros-normativos/58-resolucoes-da-camex/2687-resolucao-n-32-de-16-de-abril-de-2020>>. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. *Resolução nº 33, de 29 de Abril de 2020*. Concede redução temporária, para zero por cento, da alíquota do Imposto de Importação ao amparo do artigo 50, alínea d, do Tratado de Montevideu de 1980, internalizado pelo Decreto Legislativo nº 66, de 16 de novembro de 1981, tendo por objetivo facilitar o combate à pandemia do Corona Vírus/Covid-19. Disponível em: <<http://www.camex.gov.br/resolucoes-camex-e-outros-normativos/58-resolucoes-da-camex/2689-resolucao-n-33-de-29-de-abril-de-2020>>. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. Secretaria-Executiva da Câmara de Comércio Exterior. *Comitê-Executivo de Gestão – Gecex*. Disponível em: <<http://www.camex.gov.br/gecex>>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Secretaria-Executiva da Câmara de Comércio Exterior. *Redução Temporária (COVID-19)*. Disponível em: <<http://camex.gov.br/tarifa-externa-comum-tec/listacovid>>. Acesso em: 27 jul. 2020.

Camex zera Imposto de Importação de mais 61 produtos para combate ao coronavírus. *Siscomex*, Brasília, 26 de março de 2020. Disponível em: <<http://www.siscomex.gov.br/camex-zera-imposto-de-importacao-de-mais-61-produtos-para-combate-ao-coronavirus/>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

Camex zera tarifas de importação de 25 insumos para combate ao coronavírus. *Siscomex*, Brasília, 03 de abril de 2020. Disponível em: <<http://www.siscomex.gov.br/camex-zera-tarifas-de-importacao-de-25-insumos-para-combate-ao-coronavirus/>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

CAVALCANTE, Pedro; PIRES, Roberto. Governança Pública: das prescrições formais à construção de uma perspectiva estratégica para a ação governamental. In: *Boletim de Análise Político-Institucional*, v. 1, p. 9-16, 2018, p. 10.

[Governo zera Imposto de Importação de medicamento para atrofia muscular espinhal e outros 37 produtos](#). *Siscomex*, Brasília, 13 de julho de 2020. Disponível em: <<http://www.siscomex.gov.br/governo-zera-imposto-de-importacao-de-medicamento-para-atrofia-muscular-espinhal-e-outros-37-produtos/>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

JUCÁ, Beatriz. Preterido por fornecedores, Brasil entra em corrida contra o relógio para obter material médico contra coronavírus. *El País*, São Paulo, 01 de abril de 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-04-02/preterido-por-fornecedores-brasil-entra-em-corrída-contra-o-relogio-para-obter-material-medico-contra-coronavirus.html>>. Acesso em: 28 jul. 2020.

KUM, Honório; PIANI, Guida. Perspectivas da Tarifa Externa Comum. In: *Revista Desafios do Desenvolvimento*, Brasília, ano 8, ed. 68, 2011. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8831/1/Perspectivas%20da%20tarifa%20externa%20comum_62.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020, p. 1.

LEITÃO, Fábio Pereira. **Política Comercial e Proteção Tarifária: Uma Análise Comparativa entre a Alíquota Legal e a Alíquota Verdadeira**. Dissertação (Mestrado Profissionalizante em Economia) – Departamento de Economia da Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em:

<https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/12376/1/2013_FabioPereiraLeitao.pdf>. Acesso em: 30 de set. 2020, p. 53.

MARTELLO, Alexandro. Governo zera imposto de importação de 50 produtos para combate ao coronavírus. G1, Rio de Janeiro, 18 de março de 2020. Disponível em:

<<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/18/receita-simplifica-importacao-de-produtos-de-uso-medico-hospitalar-para-combater-o-coronavirus.ghtml>>. Acesso em: 29 jul. 2020.

SANTISO, Carlos; LAFUENTE, Mariano; ALESSANDRO, Martín. The Role of the Center of Government. Technical Note No. IDB-TN-581, Inter-American Development Bank, iv, title v., sep./2013. Disponível em: <<https://publications.iadb.org/publications/english/document/The-Role-of-the-Center-of-Government-A-Literature-Review.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2020.

SOUSA, Yvna et al. Coronavírus: governo dá 3 meses para depósito de FGTS, antecipa 13º do INSS e reforça Bolsa Família. G1, Rio de Janeiro, 16 de março de 2020. Disponível em:

<<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/03/16/ministerio-da-economia-anuncia-novas-medidas-para-reduzir-impacto-do-coronavirus-veja-lista.ghtml>>. Acesso em: 29 jul. 2020.

Tratado de Montevideu 1980: Instrumento que Institui a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI). Disponível em: <http://www2.aladi.org/biblioteca/Publicaciones/ALADI/Secretaria_General/Documentos_Sin_Codigos/Caja_062_001_pt.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020, p. 30.

VARGAS, Mateus. Anvisa pede a empresas informações sobre estoques de produtos contra coronavírus. *UOL*, São Paulo, 28 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/estado/2020/02/28/anvisa-pede-a-empresas-informacoes-sobre-estoques-de-produtos-contracoronavirus.htm>>. Acesso em: 28 jul. 2020.

WORLD BANK GROUP. *The World Bank Trade and Covid-19 Guidance Note: Managing Risk and Facilitating Trade in the Covid-19 Pandemic*. Disponível em: <<http://documents1.worldbank.org/curated/en/751981585606039541/p>>

df/Trade-and-COVID-19-Guidance-Note-Managing-Risk-and-Facilitating-Trade-in-the-COVID-19-Pandemic.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2020.

**2.º CONCURSO IBRAC DE
MONOGRAFIAS EM
COMÉRCIO
INTERNACIONAL 2021**

**DISCRICIONARIEDADE ESTATAL PARA DETERMINAR
INTERESSES DE SEGURANÇA NACIONAL NO COMÉRCIO
EXTERIOR: UMA ANÁLISE DO ARTIGO XXI.(B).III DO ACORDO
GERAL SOBRE COMÉRCIO E TARIFAS - GATT**

Ana Vitória Muniz Bokos

Resumo: O artigo XXI.(b).III do GATT dispõe da exceção de segurança em guerra ou emergências nas relações internacionais. O problema de pesquisa do trabalho trata dos limites à discricionariedade em emergências internacionais. Assim, com ênfase no caso “*Russia — Measures Concerning Traffic in Transit*”, será verificada a jurisdição para revisão de legalidade, os limites ao julgamento do mérito, a possibilidade de aplicação do princípio da boa-fé e de exigir o ônus da prova como critério objetivo. Além disso, o trabalho sugere possibilidades de desenvolvimento da jurisprudência com base em interpretações do Direito Internacional Público e do Direito dos Investimentos.

Palavras-chave: Exceções de Segurança. Cláusula auto determinável. Discricionariedade estatal. Emergência internacional. Revisão de legalidade.

Keywords: Security Exception. Self-judging clause. State discretion. International emergency. Legality review.

Introdução

De forma geral, as regras de Comércio Internacional visam a liberalizar o comércio, reduzir de tarifas e barreiras e eliminar o tratamento discriminatório. Entretanto, as nações restringem o comércio por razões de segurança que, na ausência das exceções, violariam regras fundamentais da OMC. A pesquisa existente reconhece uma prevalência das preocupações com a segurança nacional em comparação às preocupações com o livre comércio¹. Apesar de a liberalização do comércio geralmente ter primazia nos acordos da OMC, existe o entendimento de que nenhum país deve liberalizar o comércio

¹ YOO, Ji Yeong; AHN, Dukgeun. Security Exceptions in the WTO System: Bridge or Bottle-Neck for Trade and Security?. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 19, n. 2, p. 417-444, out. 2015.

a qualquer custo.² Mas as preocupações sobre o abuso da exceção de segurança foram reconhecidas desde sua criação.³

Neste sentido, surgiu margem à interpretação quanto ao caráter ‘justiciável’⁴ das exceções de segurança, que foi objeto de pesquisa ao longo dos anos⁵, sem ter chegado, no entanto, a uma análise jurisprudencial até recentemente, no caso envolvendo Rússia e Ucrânia⁶. Ademais, o artigo XXI.(b).III dispõe sobre a exceção de segurança com base no contexto de “emergência nas relações internacionais”, termo que precisaria de uma definição jurídica.

Diante das possibilidades de interpretação, seja pela prevalência da autonomia estatal em definir seus próprios interesses de segurança nacional, seja pela possibilidade de limitar abusos decorrentes da discricionariedade, questiona-se: qual o escopo de revisão de legalidade de medidas restritivas ao comércio sob o fundamento da exceção de segurança?

Sob essa ótica, a análise do trabalho parte (1) da interpretação das exceções de segurança, em especial, (2) no caso ‘*Russia — Measures Concerning Traffic in Transit*’ de 2019. Em seguida, (3) será analisada a

² NAGY, Csongor István. World Trade, Imperial Fantasies and Protectionism: Can You Really Have Your Cake and Eat It Too?. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 26, n. 1, p. 87-132, 2019.

³ UNITED NATIONS. Economic and Social Council, Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Thirty-Third Meeting of Commission A, Doc. *E/PC/T/A/PV/33*, 1947.

⁴ O termo ‘justiciability’ é usado diferentemente de jurisdição; enquanto a jurisdição considera apenas a capacidade do foro decidir a questão, a ‘justiciabilidade’ considera se seria apropriado que o foro a decidisse. BOGDANOVA, Iryna. Adjudication of the GATT Security Clause: To Be or Not to Be, This is the Question. *World Trade Institute Working Paper*, Mar. 2019, p. 4. Disponível em: <https://www.wti.org/research/publications/1208/adjudication-of-the-gatt-security-clause-to-be-or-not-to-be-this-is-the-question/>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁵ HAHN, Michael J. Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT's Security Exception. *Michigan Journal of International Law*, Michigan, v. 12, p. 558-620, 1991. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol12/iss3/3>. Acesso em: 30 mar. 2021.; CANN, Wesley A. Jr. Creating Standards and Accountability for the Use of the WTO Security Exception: Reducing the Role of Power-Based Relations and Establishing a New Balance Between Sovereignty and Multilateralism. *Yale Journal of International Law*, v. 26, p. 413-485. 2001. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol26/iss2/7>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁶ WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), Doc. *WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019.

possibilidade de revisão da legalidade através (i) do princípio da boa-fé, (ii) do ônus da prova em demonstrar a relação entre a medida restritiva ao comércio e os interesses essenciais de segurança e (iii) da interpretação no Direito dos Investimentos.

1. Interpretação das exceções de segurança no comércio internacional

As discussões acerca da discricionabilidade estatal para a adoção de medidas restritivas ao comércio por interesses essenciais são verificadas desde as (1) negociações das exceções de segurança, partindo (2) à interpretação dada nas disputas do artigo XXI do GATT.

1.1 As Exceções de Segurança na codificação das normas de Comércio Internacional

Na fase inicial da elaboração da Carta da Organização Internacional do Comércio ('International Trade Organization' - ITO), as exceções se concentravam nas exceções gerais, que passou a incluir disposição que se assemelha à exceção de segurança a partir da Proposta dos Estados Unidos⁷. O artigo XXI do GATT, justamente, se baseia no artigo 99 da Carta de Havana e era uma das cláusulas consideradas condições "não negociáveis" dos EUA para a adesão à ITO.⁸

Entre a delegação americana nas negociações da Carta da ITO, existiam questionamentos aos possíveis efeitos das exceções.⁹ Mas durante as negociações de 1947, em Genebra, eles deixaram claro que o objetivo não seria de mascarar medidas comerciais e que a exceção de segurança não teria por objetivo "permitir qualquer coisa sob o sol"¹⁰.

⁷ UNITED STATES OF AMERICA. Department of State. *Proposals for Expansion of World Trade and Employment*, Nov. 1945.

⁸ GOLDSTEIN, J. Creating GATT Rules: Politics, Institutions, and American Policy. In: RUGGIE, John (edit.). *Multilateralism Matters*. Nova York: Columbia University Press, 1993. p. 36-37.

⁹ VANDELDELDE, Kenneth J. *The first bilateral investment treaties: U.S. postwar friendship, commerce, and navigation treaties*. Nova York: Oxford University Press, 2017, p. 509.

¹⁰ UNITED NATIONS. Economic and Social Council, Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Thirty-Third Meeting of

Na Conferência de Genebra em 1947, foi sugerida a separação¹¹ entre exceções gerais e de segurança,¹² como nos artigos XX e XXI do GATT. A interpretação doutrinária era de que o artigo XXI: (i) não traz *caput*, o que significa, comparativamente, que os países não estão sujeitos a uma proibição da arbitrariedade;¹³ e (ii) sugere que basta que os países aplicando medidas restritivas 'considerem' que seus interesses essenciais de segurança estão envolvidos. O Presidente da comissão que redigiu o artigo ressaltou a importância da interpretação como garantia contra as medidas de segurança com fins comerciais¹⁴, para evitar abusos¹⁵.

1.2 As Exceções de Segurança no histórico de disputas na OMC

A maioria das questões acerca das exceções de segurança envolveram a linguagem em que o Estado “considera necessário para proteger seus interesses essenciais de segurança”, “tomadas em tempo de guerra ou 'outra emergência nas relações internacionais””, do artigo XXI.(b).III. As partes do GATT muitas vezes aproveitaram da linguagem ambígua¹⁶.

Commission A, Declaration of US Delegate JM Leddy, *Doc. E/PC/T/A/PV/33*, 1947, p. 21.

¹¹ UNITED NATIONS. Economic and Social Council, Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Thirty-Third Meeting of Commission A, *Doc E/PC/T/196*, September Draft, 1947.

¹² UNITED NATIONS. Economic and Social Council, Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Eleventh Meeting of the Tariff Agreement Committee, *Doc. E/PC/T/TAC/PV/11*, 1947, p. 23-26. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/UN/EPCT/TACPV-11.PDF>. Acesso em: 31 mar. 2021; UNITED NATIONS. Economic and Social Council, Final Act, GATT and Protocol of Provisional Application, *Doc. E/PC/T/214/Add.1/Rev.1*, 1947.

¹³ AYRES, Glyn; MITCHELL, Andrew. General and Security Exceptions under the GATT and GATS. In: CARR, Indira; BHUIYAN, Jahid; ALAM, Shawkat (edit.). *International Trade Law and WTO*. Sidney: Federation Press, 2012. p. 228-268.

¹⁴ WTO. GATT 1994. Article XXI (Jurisprudence), Security Exceptions. In: WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). *WTO Analytical Index: Guide to WTO Law and Practice*. Genebra: World Trade Organization, 2012. p. 600.

¹⁵ UNITED NATIONS. Economic and Social Council, Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Thirty-Third Meeting of Commission A, *Doc. E/PC/T/A/PV/33*, 1947, p. 20-21. UNITED NATIONS. Economic and Social Council, Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Thirty-Third Meeting of Commission A, *Doc. E/PC/T/A/SR/33*, 1947, p. 3.

¹⁶ Ver nota de rodapé 1.

Na OMC, antes de 2019, o Painel nunca havia analisado a norma. No caso ‘China -Raw Materials’, o Painel comparou o artigo XI.2 com o artigo XXI.(b), concluindo que o Estado invocando o artigo XI.2 não poderia determinar de forma discricionária sua aplicação, pois o artigo não trazia a linguagem “que considere necessário”, ao contrário do XXI.(b), fazendo menção ao dispositivo,¹⁷ bem como que se a intenção fosse de discricionariedade, teria linguagem semelhante à do artigo XXI.¹⁸

Inicialmente, as disputas envolvendo exceções de segurança tiveram como consequência acordos informais, encerramento das medidas ou a posterior não negociação tarifária entre as partes da disputa. Como exemplo, no caso ‘US – Export Restrictions’ de 1949, a Tchecoslováquia requereu, nos termos do art. XXIII da GATT 1947, nullification ou impairment, alegando discriminação¹⁹. As obrigações foram anuladas por acontecimentos políticos²⁰. No mesmo sentido, em 1961, Gana seguiu a interpretação dos Estados Unidos para restringir o comércio com Portugal.²¹ Entretanto, subsequentemente invocou as disposições do Artigo XXXV contra Portugal para as partes não entrarem em negociações tarifárias²².

Em 1982, a Comunidade Europeia, o Canadá e a Austrália suspenderam importações da Argentina²³ após o ataque às Ilhas Malvinas. Em comunicação conjunta, declararam que (a) tomaram medidas sob a Resolução 502 do Conselho de Segurança; (b) com base em direitos inerentes, cujo Artigo XXI é reflexo²⁴, em menção ao artigo 51 da Carta das Nações Unidas. Vários países discordaram da recusa em fundamentar menção ao artigo, mas concordaram que os interesses essenciais de segurança devem ser definidos

¹⁷ WTO. China—Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, *WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R*, Panel report, July 5, 2011, para 7.276.

¹⁸ A União Europeia solicitou a remoção de qualquer referência ao Art. XXI do GATT. WTO. China - Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, *WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R*, Panel report, July 5, 2011, para. 6.22.

¹⁹ GATT. Contracting Parties Third Session. *Doc. GATT/CP.3/33*, 1949.

²⁰ GATT. Contracting Parties Sixth Session. *Doc. GATT/CP.6/5*, 1951.

²¹ GATT. Contracting Parties Nineteenth Session. *Doc. GATT/SR.19/12*, 1961.

²² GATT. Portugal Accession, *Doc. L/1764*, 1962.

²³ GATT. Trade Restrictions Affecting Argentina Applied for Non-Economic Reasons, Communication, *Doc. L/5336*, June 15, 1982.

²⁴ GATT. Trade Restrictions Affecting Argentina Applied for Non-economic Reasons, Communication, *Doc. L/5319/Rev.1*, May 18, 1982.

pelo Estado que os invoca.²⁵ Como consequência, adotaram a “Decisão Relativa ao Artigo XXI do Acordo Geral”²⁶, cujo preâmbulo, afirma que o artigo pode “afetar os benefícios para as Partes Contratantes nos termos do Acordo Geral”²⁷, cuja redação é do artigo XXIII, base para o procedimento de solução de controvérsias.

O caso ‘Sweden - Import Restrictions on Certain Footwear’²⁸ entendeu que a proibição de importação de calçados como bens estratégicos militares seria um exemplo de abuso e uso indevido das Exceções de Segurança do GATT.²⁹ Ficou claro que o artigo XXI do GATT não aceita a declaração arbitrária sobre a necessidade de proteger os interesses de segurança.

Em 1985 o Conselho do GATT tratou do embargo comercial dos EUA contra a Nicarágua e o painel entendeu que “não pode examinar ou julgar a validade ou motivação para a invocação do Artigo XXI.(b).III pelos Estados Unidos”³⁰. A linguagem de autojulgamento é ilustrada no caso julgado na Corte Internacional de Justiça (“CIJ”), que declarou que tem jurisdição e autoridade sobre a revisão de casos relativos a interesses essenciais de segurança³¹. Durante a guerra fria e com a adesão Tchecoslováquia, Cuba e Nicarágua ao GATT, o princípio da nação mais favorecida do GATT tornou-se um obstáculo para os Estados Unidos na sua política externa contra o bloco comunista,³² ficando clara a motivação política das medidas.³³

²⁵ GATT. Minute of the meeting Held in the Centre William Rappard, *GATT Doc. C/M/157*, May 7, 1982.

²⁶ GATT. Decision Concerning Article XXI, *L/5426*, Nov. 30, 1982, para. 1, 2 e 3.

²⁷ WTO. *General Agreement on Tariffs and Trade - GATT*, 1994, article XVIII.

²⁸ GATT. Minutes of Meeting - Held in the Palais des Nations, Geneva, *Doc. C/M/109*, Oct. 31, 1975, p. 9.

²⁹ GATT. Sweden—Import Restrictions on Certain Footwear, *L/4250*, Nov. 17, 1975, para. 4.

³⁰ GATT. US – Trade Measures Affecting Nicaragua, *L/6053*, Panel Report, Oct. 13, 1986, para. 5.1-5.3.

³¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. Estados Unidos da America), Judgment, 1986, para. 222.

³² Ver nota de rodapé 1.

³³ BOGDANOVA, Iryna. Adjudication of the GATT Security Clause: To Be or Not to Be, This is the Question. *World Trade Institute Working Paper*, Mar. 2019, p. 3. Disponível em: <https://www.wti.org/research/publications/1208/adjudication-of-the->

A mais recente das disputas é apresentada pela Ucrânia contra as restrições russas ao tráfego em trânsito da Ucrânia para países terceiros através da Rússia, sob a alegação de violações das disposições sobre “Liberdade de Trânsito” do Artigo V do GATT.

2. A interpretação trazida pela decisão do painel no caso ‘Russia — measures concerning traffic in transit’ de 2019

As alegações da Ucrânia são de que a Rússia teria (i) banido o trânsito de produtos ucranianos pelo território russo; (ii) limitado o tráfego de produtos ucranianos e (iii) proibido o trânsito de mercadorias ucranianas em razão de regras de vigilância sanitária e fitossanitária³⁴. A Rússia apresentou uma defesa baseada no artigo XXI(b).III do GATT, alegando que (i) o Painel não teria jurisdição sobre o caso e (ii) a natureza excepcional da medida justificaria o descumprimento dos compromissos assumidos pela Rússia³⁵.

2.1 A análise de jurisdição pelo Painel: o caráter auto determinável da Exceção de Segurança como limite à jurisdição

A primeira decisão em que o Painel interpretou a exceção de segurança intensificou as discussões sobre a norma³⁶. O Direito Internacional tem entendido que a segurança nacional não retira o caráter econômico³⁷: invocar exceção de segurança por razões comerciais trará ‘justiciabilidade’ da segurança nacional, mesmo que seja para decidirem se têm jurisdição³⁸.

[gatt-security-clause-to-be-or-not-to-be-this-is-the-question/](#). Acesso em: 30 mar. 2021.

³⁴ WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/1*, Request for consultations by Ukraine.

³⁵ WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/R/Add.1*, Report of the Panel - Addendum, 2019.

³⁶ BOKLAN, D.; BAHRI, A. The First WTO's Ruling on National Security Exception: Balancing Interests or Opening Pandora's Box?. *World Trade Review*, v. 19, n. 1, p. 123-136, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1474745619000430>.

³⁷ DESIERTO, Diane A. *Necessity and National Emergency Clauses: Sovereignty in Modern Treaty Interpretation*. Nijhoff: Brill, Jan. 2012, p. 412. DOI: <https://doi.org/10.1163/9789004218536>.

³⁸ DESIERTO, Diane A. Protean ‘National Security’ in Global Trade Wars, Investment Walls, and Regulatory Controls: Can ‘National Security’ Ever Be Unreviewable in International Economic Law?. *EJIL Talk*, Apr. 2, 2018. Disponível

Antes da decisão, o caso “EC – Bananas Recourse to arbitration under article 22.6 of DSU” interpretou o artigo 22.3 do DSU, com a expressão “se a parte considerar”. Os árbitros entenderam por uma “margem de apreciação [...] em chegar às suas conclusões no que diz respeito a uma avaliação de certos elementos factuais”.³⁹ Concluiu que poderiam julgar se a parte considerou os fatos objetivamente e se, com base neles, poderia chegar à conclusão.⁴⁰

No caso da Rússia houve o argumento de verificar (i) se o Membro considera a ação necessária e (ii) é tomada para a proteção de interesses essenciais de segurança⁴¹. Também, o argumento de que os tribunais têm competência para decidir sobre as questões de segurança sem restrições à ‘justiciabilidade’, de acordo com o artigo 11 do DSU e que as restrições prejudicariam os objetivos do sistema de solução de controvérsias do Artigo 3.2 do DSU⁴².

Desta forma, o Painel analisou os limites de sua jurisdição sob dois aspectos: a jurisdição adjudicativa e a *ratione materiae*. Primeiramente, o Painel destacou que tem competência para decidir os limites da sua competência, conforme o artigo 1 do DSU. Como a Ucrânia iniciou a disputa com base no artigo XXIII do GATT, e considerando que não há regras especiais de procedimento previstas, o Painel considerou ter jurisdição adjudicativa.

Ademais, a Rússia questionou a jurisdição com base na natureza auto determinável do artigo XXI do GATT, enquanto limite à jurisdição *ratione materiae* do Painel, de que o significado do termo “que considere” seria um qualificante dos itens I a III,⁴³ de modo que os Membros teriam

em: <https://www.ejiltalk.org/national-security-defenses-in-trade-wars-and-investment-walls-us-v-china-and-eu-v-us/>. Acesso em: 20 mar. 2021.

³⁹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Whaling in the Antarctic* (Australia v. Japan: New Zealand intervening) Written Observations by New Zealand, 4 April 2013, para. 51-52.

⁴⁰ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Whaling in the Antarctic* (Australia v. Japan: New Zealand intervening) Written Observations by New Zealand, 4 April 2013, para. 52..

⁴¹ WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *DS512*, Third-Party Oral Statement of Australia, 2018.

⁴² WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *DS512*, European Union Third Party Written Submission, 2017.

⁴³ WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019, para. 7.65.

discrecionalidade para definir o que configura “guerra ou outras emergências nas relações internacionais”. Com base no art. 31(1) da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT), o Painel concluiu que a interpretação a partir do objetivo do GATT e do *effet utile* do artigo XXI.(b), indica que o termo não se estende aos itens I a III.⁴⁴ Pelo contrário, que os itens são critérios objetivos para verificar se o artigo XXI.(b) se aplica a uma determinada medida, com a consequente competência do Painel para julgar se foram satisfeitos.⁴⁵

2.2 *A análise de mérito pelo Painel: o caráter auto-determinável da Exceção de Segurança como limite ao julgamento de mérito*

As questões de mérito verificadas foram (i) se a emergência alegada pela Rússia satisfazia os critérios do artigo XXI.(b).III, e (ii) se requisitos contidos no artigo XXI.(b) foram satisfeitos. A ordem da decisão do Painel seguiu a os argumentos alegados pela defesa russa.⁴⁶

Iniciando pela análise do item III, o Painel interpretou que o termo “outras emergências nas relações internacionais” seria uma situação de conflito armado ou latente, tensões, crises ou instabilidade em torno do Estado. Esta definição considerou que o termo “ou”, indicaria que tais emergências teriam relação com o conceito de guerra.⁴⁷ Assim, foram verificadas evidências de que as relações entre os países se deterioraram a se tornarem uma preocupação para a comunidade internacional, com o

⁴⁴ WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019, para. 7.5.3.1.3..

⁴⁵ WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019, para. 8.1.(a).(i).

⁴⁶ BOGDANOVA, Iryna. The WTO Panel Ruling on the National Security Exception: Has the Panel ‘Cut’ the Baby in Half? *EJIL Talk*, Apr. 12, 2019. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/the-wto-panel-ruling-on-the-nationalsecurity-exception-has-the-panel-cut-the-baby-in-half/>. Acesso em: 20 mar. 2021.

⁴⁷ WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019, para. 7.72.

reconhecimento pela Assembleia Geral da ONU de que envolvia um conflito armado⁴⁸, havendo nexos temporais entre as medidas e a situação.⁴⁹

Já na análise do artigo XXI.(b), o Painel entendeu que o termo “interesses essenciais de segurança” se relaciona “às funções essenciais do Estado, como a proteção do seu território e de seu povo de ameaças externas, e a manutenção do direito e da ordem pública interna”⁵⁰. Por outro lado, no Direito internacional, a CIJ entende que “o conceito de interesses de segurança essenciais certamente se estende além do conceito de um ataque armado”⁵¹, mas uma ameaça militar significativa é necessária para invocar adequadamente a cláusula. O caso das “Oil Platforms”, decidido pela CIJ, rejeitou o argumento de defesa de segurança essencial⁵² e considerou que a mineração de um único navio militar é insuficiente para justificar os ataques.

No caso Gabcikovo-Nagymaros, a CIJ reconheceu que a necessidade é direito internacional consuetudinário, estabelecendo o critério (a) de perigo grave e iminente para ser salvaguardado o interesse essencial, e (b) a ação realizada ser a “única maneira” disponível para salvaguardar esse interesse. O segundo critério é que a conduta não deve prejudicar um interesse essencial de outro Estado ou da comunidade internacional. Terceiro, a necessidade não pode ser invocada para excluir a ilicitude de uma medida quando a obrigação internacional em questão exclui o fundamento de necessidade. Por fim, o quarto critério é que a necessidade não pode ser usada como desculpa se o Estado contribuir para a situação de necessidade.

No âmbito da OMC, o caso ‘United States-Restrictions on Imports of Tuna’ também examina a necessidade, estabelecida no artigo XX do

⁴⁸ UNITED NATIONS. *General Assembly Resolution No. 71/205*. Situation of human rights in the Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol, Dec. 19, 2016. WTO. *Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation)*, *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019, para. 7.8.

⁴⁹ UNITED NATIONS. *General Assembly Resolution No. 68/262*. Territorial integrity of Ukraine, 27 Mar. 2014. WTO. *Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation)*, *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019, para. 7.122.

⁵⁰ WTO. *Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation)*, *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019, 7.130..

⁵¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. Estados Unidos da America), Judgment, 1986, p. 116.

⁵² INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, 2003.

GATT. O Painel entendeu que “necessário” significa “indispensável” ou “inevitável”.⁵³ Portanto, uma medida contrária ao GATT só poderia ser necessária se “não houvesse medida alternativa [...] que fosse consistente ou menos inconsistente com outras disposições do GATT”.⁵⁴ Por outro lado, o Órgão de Apelação no caso ‘Korea - Beef’ apresentou interpretação sobre o termo “necessário” como algo que “dê uma contribuição para” o resultado esperado.⁵⁵ Entretanto, no caso da Rússia o Painel deixou de analisar⁵⁶ se houve a proteção de interesse de segurança essencial ao entender que tal definição seria de discricionariedade do país alegando a cláusula, ressalvada a boa-fé.

Quanto aos interesses de segurança da Rússia, apesar de não entender que houve uma articulação com as medidas tomadas, se mencionou a segurança da fronteira Ucrânia-Rússia.⁵⁷ Por esses motivos, o Painel entendeu que existia umnexo entre a emergência internacional e as medidas adotadas pela Rússia, concluindo que a Rússia satisfaz as condições do caput do artigo XXI.(b) do GATT e as eventuais violações alegadas pela Ucrânia estariam justificadas.

3. Os limites à aplicação discricionária de medidas de segurança nacional

A partir da interpretação dada ao caso Russia - Measures concerning traffic in transit, algumas lacunas e críticas podem ser observadas. Assim, este capítulo abordará (1) o princípio da boa-fé como limite à discricionariedade através da revisão de legalidade; (2) a exigência do ônus da prova, em lacuna deixada pela decisão; (3) os conceitos de necessidade, interesse essencial de segurança e emergência internacional, a partir do Direito dos Investimentos.

⁵³ WTO. United States – Restrictions on Imports of Tuna (México v. Estados Unidos da América), *DS29/R*, Panel Report, para. 3.71.

⁵⁴ WTO. United States – Restrictions on Imports of Tuna (México v. Estados Unidos da América), *DS29/R*, Panel Report, para. 3.71.

⁵⁵ WTO. Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef (United States of America v Korea), *WT/DS161/AB/R*, *WT/DS169/AB/R*, Report of the Appellate Body, Dec. 11, 2000, para. 161.

⁵⁶ WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019, para. 8.1.(d).

⁵⁷ WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019, 8.1.(d).(ii).

3.1 A aplicação do princípio da boa-fé como limite ao interesse de segurança essencial

O trabalho visa observar os limites à discricionariedade estatal para determinar medidas contrárias às regras do GATT para proteção de interesses de segurança essenciais. Na doutrina, é frequente o argumento de que o princípio da boa-fé pode limitar a atuação através de revisão judicial⁵⁸, embora nem sempre reconhecida sua possibilidade.⁵⁹ No âmbito do Órgão de Apelação o caput do Artigo XX "é, de fato, uma expressão do princípio de boa fé".⁶⁰ Entretanto, a discussão de que o artigo XXI não traz tal disposição em seu caput não esbarra no óbice à revisão de legalidade, já que regras gerais de Direito Internacional Público se aplicam às regras da OMC⁶¹. Não obstante, é comum que a OMC recorra a decisões de outros tribunais internacionais ao abordar questões de Direito Internacional Público.⁶²

Assim, partindo da interpretação dada ao princípio da boa-fé, é possível verificar sua aplicação à cláusula auto determinável. Ressalta-se que a CIJ entendeu que tinha jurisdição para examinar medidas tomadas em conformidade com exceções de segurança em casos em que não havia a expressão "que considere", fazendo menção ao artigo XXI do GATT.⁶³ O

⁵⁸ SCHLOEMANN, Hannes L.; OHLHOFF, Stefan. 'Constitutionalization' and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence. *The American Journal of International Law*, v. 93, n. 2, p. 424-451, 1999, p. 426; LOBSINGER, Eric J. Diminishing borders in trade and terrorism: An examination of regional applicability of GATT article 21 national security trade sanctions. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, v. 13, n. 1, p. 99-138, 2006; BONNAN, Regis. The GATT Security Exception in a Dispute Resolution Context: Necessity or Incompatibility? *Currents International Trade Law Journal*, v. 3, p. 449-478, 2010.

⁵⁹ KNOLL, David D. The Impact of Security Concerns upon International Economic Law. *Syracuse J. Int'l L. & Com.* Syracuse, v. 11, p. 587-624, 1984, em p. 586-590. Disponível em: <https://surface.syr.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1201&context=jilc>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁶⁰ WTO. United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, *Doc. WT/DS58/AB/R*, Report of the Appellate Body, Nov. 1998, para. 158.

⁶¹ PAUWELYN, Joost. The Role of Public International Law in the WTO: How far can we go?. *American Journal of International Law*, v. 95, n. 3, p. 535-578, 2001.

⁶² COOK, Graham. *A Digest of WTO Jurisprudence of Public International Law Concepts and Principles*. Genebra: Cambridge University Press, 2015, p. 246-247. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9781316212691>.

⁶³ Ver nota de rodapé 31.

Painel, entretanto, observou, no caso envolvendo a Rússia, que a CIJ não pretendia interpretar o Artigo XXI do GATT, mas apenas referiu-se à disposição a contrário a fim de destacar a ausência do termo “que considere” na exceção de segurança analisada.

Por outro lado, em decisão mais recente, a CIJ entendeu pela possibilidade de revisão de legalidade através do requisito da boa-fé em cláusula auto determinável⁶⁴, que estabelece que um Estado pode recusar um pedido se “considerar que a execução do pedido é suscetível de prejudicar a sua soberania, a sua segurança, seu *ordre public*, ou outros interesses de segurança essenciais”.⁶⁵ A CIJ considerou que a discricionariedade está sujeita à boa fé nos termos do Artigo 26 da CVDT. Além disso, entendeu que tem jurisdição para examinar se a justificação satisfaz o requisito. O juiz Keith, em sua opinião separada, considerou, também, abuso de direito e abuso de poder⁶⁶.

No entanto, a análise de boa-fé eventualmente realizada no âmbito da OMC tomaria como base a jurisprudência voltada a casos de comércio internacional. Ocorre que, no caso da Rússia, o Painel deixou de usar a jurisprudência do caso EC – Bananas Recourse to arbitration under article 22.6 of DSU, em decisão semelhante à do juiz Keith⁶⁷ e do direito dos Investimentos.⁶⁸

O entendimento de que o princípio da boa-fé seria baseado em dois requisitos foi intencionalmente⁶⁹ não utilizado na decisão da Rússia. Sob esta

⁶⁴ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti v. France), Judgement, 2008, para. 135 e 145.

⁶⁵ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti v. France), Judgement, 2008.

⁶⁶ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti v. France), Declaration of Judge Kenneth Keith, 2008, para. 6.

⁶⁷ SANKLECHA, Jay Manoj. The limitations on the invocation of self-judging clauses in the context of WTO dispute settlement. *Indian Journal of International Law*, v. 59, p. 77-109, 2019, p. 29.

⁶⁸ NOLAN, Michael D.; SOURGENS, Frederic G. The Limits of Discretion? Self-Judging Emergency Clauses in International Investment Agreements. In: SAUVANT, Karl P. (edit.). *Yearbook of International Investment Law & Policy 2010-2011*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 363-413.

⁶⁹ WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019, para. 7.147.

perspectiva, o tribunal apenas teria jurisdição para definir a (1) especificidade da articulação em que o Estado invoca um interesse de segurança essencial e (2) cumprimento mínimo do requisito de plausibilidade. Quanto ao primeiro, de acordo com o Painel, quanto mais afastada a situação da emergência, mais específica a articulação exigida do Estado.⁷⁰ O segundo verifica se a medida está tão distante do interesse essencial de segurança que seria implausível ser adotada para sua proteção.⁷¹

3.2 A exigência do ônus da prova para demonstrar a relação causal entre a medida e a proteção de interesses essenciais de segurança

A Rússia apresentou a defesa de que não assume o ônus da prova nos termos da cláusula de segurança em virtude do Artigo XXI.(a), que isenta o réu desse dever. A questão do ônus da prova foi ocultada, já que o painel seguiu a ordem de argumentos da defesa, dispensando-a de demonstrar a relação causal entre a medida e a proteção dos interesses essenciais de segurança.⁷²

A questão do ônus da prova pode ser visualizada como uma obrigação de quem alega a violação no direito internacional, devendo, portanto, comprovar o descumprimento à obrigação.⁷³ No caso da revisão de boa-fé, por ser presumida, o órgão revisor apenas analisaria se foi estabelecida a falta de boa-fé por aquele que alega a violação.⁷⁴ Por outro lado, no caso de defesa por exceção, o Estado alegando a preclusão da ilicitude seria o

⁷⁰ SANKLECHA, Jay Manoj. The limitations on the invocation of self-judging clauses in the context of WTO dispute settlement. *Indian Journal of International Law*, v. 59, p. 77-109, 2019, p. 30.

⁷¹ WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019, para. 7.138.

⁷² WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019, para. 8.1.(d).(ii)..

⁷³ CHENG, Bin. *General Principles Of Law As Applied By International Courts And Tribunals*. Londres: Stevens & Sons Ltd., 1953, p. 326-335.

⁷⁴ SCHILL, Stephan; BRIESE, Robyn. If the State Considers: Self-Judging Clauses In International Dispute Settlement. In: WOLFRUM, Rüdiger (edit.). *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Nijhoff: Brill, 2009. v. 13, p. 61-140, at p. 123.

responsável de estabelecer se a exceção de fato se aplica.⁷⁵ Como se verifica da decisão, o próprio Painel reconheceu que:

Embora a Rússia não tenha articulado explicitamente os interesses de segurança essenciais que considera que as medidas em questão são necessárias para proteger, referiu-se a certas características da emergência de 2014 que dizem respeito à segurança da fronteira Ucrânia-Rússia.⁷⁶

No Direito Internacional, além da mera causalidade, o critério da proximidade estabelece que o dano não pode ser remoto ou indireto.⁷⁷ Neste sentido, não sendo a medida elemento necessário e suficiente⁷⁸ para a não ocorrência de dano à segurança nacional, não haveria proximidade entre a medida de restrição e a proteção de seus interesses essenciais de segurança. Assim, a exigência do ônus da prova para demonstrar a relação causal entre a medida restritiva de comércio e a proteção da segurança nacional ainda pode ser invocada em casos futuros.⁷⁹

3.3 *A interpretação das exceções para adotar medidas de interesse nacional no Direito dos Investimentos*

O objetivo deste tópico é trazer a interpretação do Direito dos Investimentos na aplicação dos institutos já tratados, em cláusulas autodetermináveis. Tais cláusulas são trazidas em diversos tratados de investimentos bilaterais e multilaterais, bem como acordos de livre comércio. Como exemplo, tem-se o artigo 2102(1) do NAFTA que, em seu item (b).II,

⁷⁵ TRYBUS, M. “The EC Treaty as an Instrument of European Defence Integration: Judicial Scrutiny of Defence and Security Exceptions”, *Common Market Law Review*, v. 39, pp. 1347 a 1369, 2002, p. 1361-1362.

⁷⁶ WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019, para. 7.136.

⁷⁷ UNITED NATIONS REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS (UNRIAA). *Trail Smelter case (United States, Canada)*, Decision of 16 April 1938, vol. III, p. 1931; INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2001, article 31(10). UNITED NATIONS. *Security Council resolution 687*, Apr. 3, 1991, para. 16.

⁷⁸ WRIGHT, Richard W. Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts. *Iowa Law Review*, v. 73, p. 1001-1077, 1988, at p. 1019.

⁷⁹ Ver nota de rodapé 46.

se relaciona com o artigo XXI.(b).III do GATT. Entretanto, não decidiu sobre exceções autodetermináveis.⁸⁰ O que se verifica são visões, através de *obiter dictum*, em que “Caso o Tribunal concluísse que a disposição é auto julgável, a determinação estaria sujeita a uma revisão de boa-fé de qualquer maneira”.⁸¹

Outro ponto analisado pela doutrina ao comparar a aplicação do artigo XXI do GATT ao Direito dos Investimentos se trata da interpretação dada à necessidade, sendo verificada sob o contexto de proteção de interesses essenciais de segurança,⁸² ainda que não exista uma discussão semelhante em relação à natureza auto determinável.⁸³ Os casos relevantes são ‘CMS v. República Argentina’⁸⁴, ‘LG&E v. República Argentina’⁸⁵, ‘Enron v. República Argentina’ e ‘Sempra v. República Argentina’⁸⁶, onde a Argentina

⁸⁰ SCHILL, Stephan; BRIESE, Robyn. If the State Considers: Self-Judging Clauses In International Dispute Settlement. In: WOLFRUM, Rüdiger (edit.). *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Nijhoff: Brill, 2009. v. 13, p. 61-140, at p. 111. DOI: <https://doi.org/10.1163/18757413-90000037>.

⁸¹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic, *ICSID Case No. ARB/02/1*, Decision on Liability, Oct 3, 2006, para. 214.

⁸² A análise nos casos *CMS*, *Enron*, ‘*LG&E e Sempra* envolvendo a Argentina, especificamente, tratam expressamente a defesa de necessidade no contexto do acordo com os Estados Unidos (U.S-Argentina Bilateral Investment Treaty), em seu artigo XI, que traduz: “Este Tratado não obsta à aplicação por qualquer das Partes das medidas necessárias para a manutenção da ordem pública, o cumprimento de suas obrigações no que diz respeito à manutenção ou restauração da paz ou segurança internacional, ou a proteção de seus próprios interesses essenciais de segurança”. Veja: JÜRGEN, Kurtz. Adjudging the Exceptional at International Law: Security, Public Order and Financial Crisis. *Society of International Economic Law*, Jul. 2008. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1154702>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁸³ O artigo XI analisado nestes casos traz redação que se assemelha ao tratado compreendido no Caso de Nicarágua, decidido pela CIJ, onde o entendimento foi de que a previsão seria *a contrario* do artigo XXI do GATT.

⁸⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, *ICSID case No. ARB/01/8*, Award of 12 May 2005.

⁸⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic, *ICSID Case No. ARB/02/1*, Decision on Liability, Oct 3, 2006.

⁸⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). Sempra Energy Int’l v. Argentine Republic, *ICSID Case No.*

alegou ser isenta de responsabilidade com base no estado de necessidade, que foi provocada por uma crise econômica, social e política. Para verificar a necessidade, existem diversas sugestões, como testes de proporcionalidade,⁸⁷ da medida menos restritiva e razoável,⁸⁸ que alcancem o mesmo nível de benefício e efeitos menos restritivos.

O caso ‘CMS’ analisa a exceção com base no estado de necessidade como costume internacional e, em seguida, trata da cláusula do tratado bilateral conectada ao princípio costumeiro.⁸⁹ O caso ‘Sempra’ também indica parecida motivação, mas considera que “o próprio Tratado não tratou dos elementos necessários para a invocação de um estado de necessidade”.⁹⁰

Ressalta-se que enquanto a análise do artigo XXI do GATT considerava a liberalização do comércio, entendendo inviável a adoção de exceções de segurança por motivos comerciais, os casos arbitrais entenderam que motivos econômicos comprometeriam a “existência do Estado e sua independência” a ponto de atrair a exceção,⁹¹ mas a resposta regulatória não é considerada a “única forma” de lidar com crise, tendo em vista que existe “uma variedade de alternativas”⁹², ao contrário do sugerido pelo artigo 25(2) dos Artigos da ILC sobre Responsabilidade dos Estados.

Arb 02/16, Decision on the Argentine Republic’s Application for Annulment of the Award of 29 June 2010.

⁸⁷ REINISCH, August. Necessity in International Investment Arbitration: An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases. *Journal of World Investment & Trade*, v. 8, p. 191-201, 2007.

⁸⁸ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Continental Casualty Company v Argentine Republic*, ICSID Case no. ARB/03/9, Award of 5 Sept. 2008, para. 198-199.

⁸⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/01/8, Award of 12 May 2005, para. 315-352 e para. 353-78.

⁹⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Sempra Energy Int’l v. Argentine Republic*, ICSID Case No. *Arb 02/16*, Decision on the Argentine Republic’s Application for Annulment of the Award of 29 June 2010, para. 378..

⁹¹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Sempra Energy Int’l v. Argentine Republic*, ICSID Case No. *Arb 02/16*, Decision on the Argentine Republic’s Application for Annulment of the Award of 29 June 2010, para. 348.

⁹² INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/01/8, Award of 12 May 2005, para. 323. INTERNATIONAL CENTRE

Em relação ao conceito de emergência, os casos CMS, LG&E e Enron concluíram que compõem crises econômicas graves, não sendo preciso que haja ação militar,⁹³ diferente do entendimento da OMC. No entanto, no CMS e no Enron, a conclusão foi de que a crise na Argentina não seria o suficiente para ser uma emergência, já que não causou um total colapso.⁹⁴

No caso LG&E, o tribunal analisou os termos do BIT e, se necessário, para sua interpretação, o direito internacional geral⁹⁵, por considerar o caráter de *lex specialis*, diferente dos demais casos ao considerar o direito costumeiro. Entendeu que houve “crise em que foi necessário adotar medidas para manter a ordem pública e proteger seus interesses essenciais de segurança”.⁹⁶

Estes entendimentos mostram uma preocupação menor na liberalização do comércio e maior na proteção dos interesses essenciais quando comparada a interpretação dada no âmbito da OMC. Além disso, revelam uma diferenciação entre as exceções de interesse público, adotada no Direito dos Investimentos,⁹⁷ e as exceções de segurança, adotada no Comércio Internacional, ainda que não haja um reconhecimento explícito desta diferença pelos tribunais.

FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Sempra Energy Int'l v. Argentine Republic*, ICSID Case No. Arb 02/16, Decision on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award of 29 June 2010, para. 350-351.

⁹³ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, Oct 3, 2006, para. 238.

⁹⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/01/8, Award of 12 May 2005, para.355.

⁹⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, Oct 3, 2006, para. 206.

⁹⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, Oct 3, 2006, para. 229.

⁹⁷ FORDE, 1980 apud MOON, William. Essential Security Interests in International Investment Agreements. *Journal of International Economic Law*, v. 15, n. 2, p. 481-502, Apr. 2012.

Conclusão

Neste trabalho, verificou-se que a exceção de segurança não é estritamente discricionária. Ainda assim, foi verificado que, por se tratar de cláusula auto determinável, a análise do mérito se limita a verificar se o contexto da alegação se enquadra em “guerra ou outras emergências nas relações internacionais” e o nexos causal entre a medida restritiva e os interesses essenciais de segurança. Isso significa que a preponderância da discricionariedade estatal em oposição à revisão de legalidade ainda é verificada, mesmo que haja jurisdição.

Ainda, foi verificada a discussão acerca da possibilidade da revisão de boa-fé e seus critérios. Um ponto crítico percebido, que sugere a possibilidade de desenvolvimento da jurisprudência é de que, como a decisão do Painel seguiu a ordem dos argumentos da Rússia, o ônus da prova para demonstrar o nexos de causalidade sugerido por outros países não foi abordado. Por fim, foram vistos os limites à discricionariedade no Direito dos Investimentos, bem como as definições jurídicas de necessidade e de interesse essencial de segurança.

Nesse sentido, conclui-se que é possível restringir a discricionariedade estatal na aplicação de medidas de segurança nacional através da revisão de legalidade, apesar de existirem restrições, sendo necessário também que se continue a considerar alternativas para estabelecer limites mais objetivos na aplicação de exceções de segurança.

Referências bibliográficas

AYRES, Glyn; MITCHELL, Andrew. General and Security Exceptions under the GATT and GATS. In: CARR, Indira; BHUIYAN, Jahid; ALAM, Shawkat (edit.). *International Trade Law and WTO*. Sidney: Federation Press, 2012. p. 228-268.

BOGDANOVA, Iryna. Adjudication of the GATT Security Clause: To Be or Not to Be, This is the Question. *World Trade Institute Working Paper*, Mar. 2019. Disponível em: <https://www.wti.org/research/publications/1208/adjudication-of-the-gatt-security-clause-to-be-or-not-to-be-this-is-the-question/>. Acesso em: 30 mar. 2021.

BOGDANOVA, Iryna. The WTO Panel Ruling on the National Security Exception: Has the Panel ‘Cut’ the Baby in Half? *EJIL Talk*, Apr. 12, 2019.

Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/the-wto-panel-ruling-on-the-national-security-exception-has-the-panel-cut-the-baby-in-half/>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BOKLAN, D.; BAHRI, A. The First WTO's Ruling on National Security Exception: Balancing Interests or Opening Pandora's Box?. *World Trade Review*, v. 19, n. 1, p. 123-136, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1474745619000430>.

BONNAN, Regis. The GATT Security Exception in a Dispute Resolution Context: Necessity or Incompatibility?. *Currents International Trade Law Journal*, v. 3, p. 449-478, 2010.

CANN, Wesley A. Jr. Creating Standards and Accountability for the Use of the WTO Security Exception: Reducing the Role of Power-Based Relations and Establishing a New Balance Between Sovereignty and Multilateralism. *Yale Journal of International Law*, v. 26, p. 413-485. 2001. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol26/iss2/7>. Acesso em: 30 mar. 2021.

CHENG, Bin. *General Principles Of Law As Applied By International Courts And Tribunals*. Londres: Stevens & Sons Ltd., 1953.

COOK, Graham. *A Digest of WTO Jurisprudence of Public International Law Concepts and Principles*. Genebra: Cambridge University Press, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9781316212691>.

DESIERTO, Diane A. *Necessity and National Emergency Clauses: Sovereignty in Modern Treaty Interpretation*. Nijhoff: Brill, Jan. 2012. DOI: <https://doi.org/10.1163/9789004218536>.

DESIERTO, Diane A. Protean 'National Security' in Global Trade Wars, Investment Walls, and Regulatory Controls: Can 'National Security' Ever Be Unreviewable in International Economic Law?. *EJIL Talk*, Apr. 2, 2018. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/national-security-defenses-in-trade-wars-and-investment-walls-us-v-china-and-eu-v-us/>. Acesso em: 20 mar. 2021.

GATT. Contracting Parties Nineteenth Session. *Doc. GATT/SR.19/12*, 1961. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/SR/19-12.PDF>. Acesso em: 10 mar. 2021.

GATT. Contracting Parties Sixth Session. *Doc. GATT/CP.6/5*, 1951. Disponível em:

https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90070309.pdf. Acesso em: 10 mar. 2021.

GATT. Contracting Parties Third Session. *Doc. GATT/CP.3/33*, 1949. Disponível em: https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90320183.pdf. Acesso em: 10 mar. 2021.

GATT. Decision Concerning Article XXI, *L/5426*, Nov. 30, 1982. Disponível em: https://www.wto.org/gatt_docs/english/SULPDF/91000212.pdf. Acesso em: 10 mar. 2021.

GATT. Minute of the meeting Held in the Centre William Rappard, *GATT Doc. C/M/157*, May 7, 1982. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/C/M157.PDF>. Acesso em: 30 mar. 2021.

GATT. Minutes of Meeting - Held in the Palais des Nations, Geneva, *Doc. C/M/109*, Oct. 31, 1975. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/C/M109.PDF>. Acesso em: 10 mar. 2021.

GATT. Portugal Accession, *Doc. L/1764*, 1962. Disponível em: https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90750286.pdf. Acesso em: 10 mar. 2021.

GATT. Sweden—Import Restrictions on Certain Footwear, *L/4250*, Nov. 17, 1975. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/L4399/4250.PDF>. Acesso em: 10 mar. 2021.

GATT. Trade Measures Taken by the European Community against the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, *L/6948*, Communication, Dec. 2, 1991. Disponível em: https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/91600060.pdf. Acesso em: 30 mar. 2021.

GATT. Trade Restrictions Affecting Argentina Applied for Non-Economic Reasons, Communication, *Doc. L/5336*, June 15, 1982. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/L5399/5336.PDF>. Acesso em: 30 mar. 2021.

GATT. Trade Restrictions Affecting Argentina Applied for Non-economic Reasons, Communication, *Doc. L/5319/Rev.1*, May 18, 1982. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/L5399/5319R1.PDF>. Acesso em: 30 mar. 2021.

GATT. United States – Imports of Sugar from Nicaragua, *L/5607*, Panel Report, Mar. 2, 1984. Disponível em:

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/83sugar.pdf. Acesso em: 30 mar. 2021.

GATT. United States – Restrictions on Exports to Czechoslovakia, *CP.3/SR22*, Record of the Twenty-second meeting, June 8, 1949. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/GATTC3/SR22.PDF>. Acesso em: 30 mar. 2021.

GATT. United States – Trade Measures Affecting Nicaragua, *L/6053*, Panel Report, Oct. 13, 1986. Disponível em: https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/91240197.pdf. Acesso em: 30 mar. 2021.

GOLDSTEIN, J. Creating GATT Rules: Politics, Institutions, and American Policy. In: RUGGIE, John (edit.). *Multilateralism Matters*. Nova York: Columbia University Press, 1993. p. 201-232.

GREENWOOD, Christopher. The Concept of War in Modern International Law. *Cambridge University Press*, v. 36, n. 2, p. 283-306, 1987. DOI:10.1093/iclqaj/36.2.283.

HAHN, Michael J. Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT's Security Exception. *Michigan Journal of International Law*, Michigan, v. 12, p. 558-620, 1991. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol12/iss3/3>. Acesso em: 30 mar. 2021.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, *ICSID case No. ARB/01/8*, Award of 12 May 2005. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). Sempra Energy Int'l v. Argentine Republic, *ICSID Case No. Arb 02/16*, Decision on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award of 29 June 2010. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0776.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). Continental Casualty Company v Argentine Republic, *ICSID Case no. ARB/03/9*, Award of 5 Sept. 2008. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0228.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic, *ICSID Case No. ARB/02/1*, Decision on Liability, Oct 3, 2006. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0460.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). Marfin Investment Group Holdings S.A. et al. v. Republic of Cyprus, *ICSID Case No. ARB/13/27*, Award, July 26, 2018. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10149.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Whaling in the Antarctic* (Australia v. Japan: New Zealand intervening) Written Observations by New Zealand, 4 April 2013. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/148/17386.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti v. France), Judgement, 2008. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/136/136-20080604-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti v. France), Declaration of Judge Kenneth Keith, 2008. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/136/136-20080604-JUD-01-06-EN.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. Estados Unidos da America), Judgement, 1986. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgement, 2003. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/90/090-20031106-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2001. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3ddb8f804.html>. Acesso em: 30 mar. 2021.

JÜRGEN, Kurtz. Adjudging the Exceptional at International Law: Security, Public Order and Financial Crisis. *Society of International Economic Law*, Jul. 2008. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1154702>. Acesso em: 30 mar. 2021.

KNOLL, David D. The Impact of Security Concerns upon International Economic Law. *Syracuse J. Int'l L. & Com.* Syracuse, v. 11, p. 587-624, 1984. Disponível em: <https://surface.syr.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1201&context=jilc>. Acesso em: 30 mar. 2021.

LOBSINGER, Eric J. Diminishing borders in trade and terrorism: An examination of regional applicability of GATT article 21 national security trade sanctions. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, v. 13, n. 1, p. 99-138, 2006.

MOON, William. Essential Security Interests in International Investment Agreements. *Journal of International Economic Law*, v. 15, n. 2, p. 481-502, Apr. 2012. DOI: 10.1093/jiel/jgs024.

NAGY, Csongor István. World Trade, Imperial Fantasies and Protectionism: Can You Really Have Your Cake and Eat It Too?. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 26, n. 1, p. 87-132, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3363951>. Acesso em: 10 mar. 2021.

NOLAN, Michael D.; SOURGENS, Frederic G. The Limits of Discretion? Self-Judging Emergency Clauses in International Investment Agreements. In: SAUVANT, Karl P. (edit.). *Yearbook of International Investment Law & Policy 2010-2011*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 363-413.

PAUWELYN, Joost. The Role of Public International Law in the WTO: How far can we go?. *American Journal of International Law*, v. 95, n. 3, p. 535-578, 2001.

PELC, Krzysztof J. *Making and bending international rules: The design of exceptions and escape clauses in trade law*. Nova York: Cambridge University Press, 2016.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE (PCIJ). *Case of the S.S. Lotus* (France v. Turkey), Judgement, 1927, series A, No. 10. Disponível em: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.

RANJAN, Prabhash. COVID-19, India and Indirect Expropriation: Is the Police Powers Doctrine a Reliable Defence?. *Contemporary Asia Arbitration Journal*, v. 13, n. 1, p. 205-228, May 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3617770>. Acesso em: 20 mar. 2021.

REINISCH, August. Necessity in International Investment Arbitration: An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases. *Journal of World Investment & Trade*, v. 8, p. 191-201, 2007.

SANKLECHA, Jay Manoj. The limitations on the invocation of self-judging clauses in the context of WTO dispute settlement. *Indian Journal of International Law*, v. 59, p. 77-109, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1007/s40901-019-00108-6>.

SCHILL, Stephan; BRIESE, Robyn. If the State Considers: Self-Judging Clauses In International Dispute Settlement. In: WOLFRUM, Rüdiger (edit.). *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Nijhoff: Brill, 2009. v. 13, p. 61-140. DOI: <https://doi.org/10.1163/18757413-90000037>.

SCHLOEMANN, Hannes L.; OHLHOFF, Stefan. 'Constitutionalization' and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence. *The American Journal of International Law*, v. 93, n. 2, p. 424-451, 1999. DOI: <https://doi.org/10.2307/2997999>.

SIEGEL, Deborah E. Legal Aspects of the IMF/WTO Relationship: The Fund's Articles of Agreement and the WTO Agreements. *American Journal of International Law*, v. 96, n. 3, p. 561-599, 2002.

TRYBUS, M. The EC Treaty as an Instrument of European Defence Integration: Judicial Scrutiny of Defence and Security Exceptions. *Common Market Law Review*, v. 39, p. 1347-1369, 2002.

UNITED NATIONS REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS (UNRIAA). *Sugar Company (United States v. Germany)*, Decision of 1 November 1923, vol. VII. Disponível em: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_VII/44-63.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

UNITED NATIONS REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS (UNRIAA). *Trail Smelter case (United States, Canada)*, Decision of 16 April 1938, vol. III. Disponível em: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

UNITED NATIONS. Economic and Social Council, Final Act, GATT and Protocol of Provisional Application, *Doc. E/PC/T/214/Add.1/Rev.1*, 1947.

Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/UN/EPCT/214A1R1.PDF>. Acesso em: 31 mar. 2021.

UNITED NATIONS. Economic and Social Council, Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Thirty-Third Meeting of Commission A, Declaration of US Delegate JM Leddy, *Doc. E/PC/T/A/PV/33*, 1947. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/UN/EPCT/APV-33.PDF>. Acesso em: 31 mar. 2021.

UNITED NATIONS. Economic and Social Council, Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Thirty-Third Meeting of Commission A, *Doc. E/PC/T/A/PV/33*, 1947. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/UN/EPCT/APV-33.PDF>. Acesso em: 31 mar. 2021.

UNITED NATIONS. Economic and Social Council, Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Thirty-Third Meeting of Commission A, *Doc. E/PC/T/196*, September Draft, 1947. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/UN/EPCT/196.PDF>. Acesso em: 31 mar. 2021.

UNITED NATIONS. Economic and Social Council, Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Eleventh Meeting of the Tariff Agreement Committee, *Doc. E/PC/T/TAC/PV/11*, 1947. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/UN/EPCT/TACPV-11.PDF>. Acesso em: 31 mar. 2021.

UNITED NATIONS. Economic and Social Council, Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Thirty-Third Meeting of Commission A, *Doc. E/PC/T/A/SR/33*, 1947. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/UN/EPCT/ASR-33.PDF>. Acesso em: 31 mar. 2021.

UNITED NATIONS. *General Assembly Resolution No. 68/262*. Territorial integrity of Ukraine, 27 Mar. 2014. Disponível em: https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/a_res_68_262.pdf. Acesso em: 01 abr. 2021;

UNITED NATIONS. *General Assembly Resolution No. 71/205*. Situation of human rights in the Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol, Dec. 19, 2016. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/858544?ln=en>. Acesso em: 01 abr. 2021.

UNITED NATIONS. *Security Council resolution 687*, Apr. 3, 1991. Disponível em: <https://www.un.org/Depts/unmovic/documents/687.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. Department of State. *Proposals for Expansion of World Trade and Employment*, Nov. 1945. Disponível em: <http://www.worldtradelaw.net/document.php?id=misc/ProposalsForExpansionOfWorldTradeAndEmployment.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.

VANDEVELDE, Kenneth J. *The first bilateral investment treaties: U.S. postwar friendship, commerce, and navigation treaties*. Nova York: Oxford University Press, 2017.

WEISS, Martin A. *Arab League Boycott of Israel*. Washington: Congressional Research Service, Ago. 2017. Disponível em: <https://www.refworld.org/pdfid/59c37d214.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

WRIGHT, Richard W. Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts. *Iowa Law Review*, v. 73, p. 1001-1077, 1988.

WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *DS512*, European Union Third Party Written Submission, 2017. Disponível em: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/february/tradoc_156602.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/3*, Request for the establishment of a panel by Ukraine. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DS/512-3.pdf&Open=True>. Acesso em: 31 mar. 2021.

WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/R/Add.1*, Report of the Panel - Addendum, 2019. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DS/512RA1.pdf&Open=True>. Acesso em: 31 mar. 2021.

WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=253739,252975,252976,248421,240333,236742,234478,231517,231365,231300&CurrentCatalogueIdIndex=1&

FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em: 31 mar. 2021.

WTO. China—Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, *WT/DS394/R*, *WT/DS395/R*, *WT/DS398/R*, Panel report, July 5, 2011. Disponível em: https://www.wto.org/english/news_e/news11_e/394_395_398r_e.htm. Acesso em: 30 mar. 2021.

WTO. *Dispute settlement activity: some figures*. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispustats_e.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

WTO. GATT 1994. Article XXI (Jurisprudence), Security Exceptions. In: WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). *WTO Analytical Index: Guide to WTO Law and Practice*. Genebra: World Trade Organization, 2012. p. 600. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/art21_e.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

WTO. GATT 1994. Provisional Application of the General Agreement of 1947. In: WTO. *WTO Analytical Index: Guide to WTO Law and Practice*. Genebra: World Trade Organization, 2012. p. 1071-1084. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/prov_appl_gen_agree_e.pdf. Acesso em: 01 abr. 2021.

WTO. *General Agreement on Tariffs and Trade - GATT*, 1994. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

WTO. Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef (United States of America v Korea), *WT/DS161/AB/R*, *WT/DS169/AB/R*, Report of the Appellate Body, Dec. 11, 2000. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=28643,66170,107599,12458,13372,22203,110283,19005,7858,46659&CurrentCatalogueIdIndex=3&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em: 31 mar. 2021.

WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *DS512*, Third-Party Oral Statement of the United States of America, 25 Jan. 2018. Disponível em: <https://ustr.gov/sites/default/files/enforcement/DS/US.3d.Pty.Stmt.%28as%20delivered%29.fin.%28public%29.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *DS512*, Third-Party Oral Statement of Australia, 2018. Disponível em: <https://www.dfat.gov.au/sites/default/files/ds512-australias-third-party-oral-statement-240118.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/1*, Request for consultations by Ukraine. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DS/512-1.pdf&Open=True>. Acesso em: 30 mar. 2021.

WTO. United States – Restrictions on Imports of Tuna (México v. Estados Unidos da América), *DS29/R*, Panel Report. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/92tuna.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

WTO. United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, *Doc. WT/DS58/AB/R*, Report of the Appellate Body, Nov. 1998. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=49069,73647,22613,31576,97612,43205,14994,1751,52902,34963&CurrentCatalogueIdIndex=2&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em: 31 mar. 2021.

YOO, Ji Yeong; AHN, Dukgeun. Security Exceptions in the WTO System: Bridge or Bottle-Neck for Trade and Security?. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 19, n. 2, p. 417-444, out. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2809074>. Acesso em: 31 mar. 2021.

COMÉRCIO INTERNACIONAL E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: AS INEFICIÊNCIAS DO ACORDO MERCOSUL- UE

Eduardo Parenti Gonçalves e Leonardo Gioachini de Paula

Resumo: Partindo de breve contextualização do multilateralismo e do regionalismo enquanto arranjos de integração no âmbito do comércio internacional, o presente artigo empreende análise holística do Acordo Comercial Mercosul-União Europeia a partir da perspectiva de suas principais ineficiências, a saber: (i) as dificuldades de inclusão de comunidades locais nas discussões acerca do acordo; (ii) as assimetrias entre Mercosul e União Europeia, sejam econômicas ou no âmbito da participação da sociedade civil; (iii) questões atinentes à transparência e coleta de dados relacionados a setores de alto impacto ambiental; e (iv) problemas de *enforcement* dos dispositivos do capítulo de comércio e desenvolvimento sustentável.

Palavras-Chave: Direito do comércio internacional. Arranjos de integração. Multilateralismo e Regionalismo. Proliferação de acordos regionais. Normas de sustentabilidade. Ineficiências no acordo Mercosul-UE.

Abstract: Starting from a brief contextualization of multilateralism and regionalism as integration arrangements within the scope of international trade law, this article presents a holistic analysis of the EU-Mercosur Agreement from the perspective of its inefficiencies, such as: (i) the difficulties related to the inclusion of local communities of the discussions within the purview of the agreement; (ii) the asymmetries between Mercosur and the EU, whether economic or regarding civil society participation; (iii) questions concerning transparency and data collection in sectors with high environmental impacts; and (iv) enforcement problems of the chapter of trade and sustainable development dispositions.

Keywords: International trade law. Integration arrangements. Multilateralism and Regionalism. Proliferation of regional trade agreements. Sustainability provisions. Inefficiencies of the EU-Mercosur Agreement.

I. Introdução

O presente artigo apresenta uma análise holística do Acordo Comercial Mercosul-União Europeia (doravante, “Acordo Mercosul-UE”) a

partir da perspectiva de suas principais ineficiências dentro do capítulo de desenvolvimento sustentável. Apesar de haver notáveis escritos sobre o tratado como um todo, vislumbra-se pouca produção acadêmica acerca das obrigações de sustentabilidade previstas e suas inaptidões.

Muito se fala das pressões de grupos de interesse¹, de ambos os lados, resistindo ao acordo temendo impactos negativos em seus setores, sem falar na rejeição dos termos do Acordo por diversos grupos ambientalistas, inclusive de próprios países europeus, como a França, em virtude do descaso do atual governo brasileiro com questões ambientais. Nesse sentido, visando contribuir para o debate acerca do Acordo Mercosul-UE, este trabalho busca sistematizar as principais ineficiências identificadas no capítulo de sustentabilidade.

Este artigo não se propõe a discutir soluções aos problemas identificados, mas tão somente a mapeá-los de modo que a literatura e a pesquisa futura sobre o tema possam focar nos endereçamentos para os questionamentos aqui levantados.

Na seção II, será realizada uma breve digressão acerca do regionalismo e do multilateralismo enquanto arranjos de integração no comércio internacional, passando pelo fenômeno de proliferação de acordos regionais de comércio, que se deve em grande parte pela inovação temática veiculada por tais instrumentos. A seção III parte da referida inovação temática para apresentar como um tema considerado *WTO-Plus* como a interface entre comércio e desenvolvimento sustentável se desenrola no âmbito de um acordo regional, nomeadamente, o Acordo Mercosul-UE.

A seção IV, feita a referida contextualização, dedica-se à apresentação das referidas ineficiências. Por fim, a seção V apresenta breves conclusões acerca do tema.

¹ Sobre este tema, ver, dentre outros: <https://domtotal.com/noticia/1369633/2019/07/setores-industriais-brasileiros-temem-impacto-negativo-com-acordo-mercosul-ue/>; [Grupos agrícolas europeus agem contra acordo Mercosul-UE \(gazetadopovo.com.br\)](http://www.gazetadopovo.com.br). Acesso em junho de 2021.

II. Regionalismo e Multilateralismo enquanto arranjos de integração no comércio internacional

De acordo com dados da Organização Mundial do Comércio (OMC)², existem atualmente 343 acordos regionais em vigor notificados. Na década de 1990, o número de acordos regionais em vigor cresceu 277,27%. De 2000 a 2010, tal aumento foi de 157%.

Em consonância com as regras jurídicas da OMC, todos os acordos regionais de comércio devem ser notificados à OMC, sendo tal mecanismo de notificação um instrumento regulatório do sistema multilateral³, mantendo uma base de dados para controle dos acordos assinados, de seu conteúdo e sua relação com os demais compromissos internacionais assumidos pelos Estados signatários.⁴

Assim, pode-se dizer que os acordos regionais de comércio servem como mecanismos de liberalização comercial e, acima de tudo integração no comércio internacional, vez que que estatuem regras jurídicas que vinculam duas ou múltiplas jurisdições, servindo de arranjo associativo entre tais ordenamentos jurídicos, estreitando também os laços de cooperação entre os países envolvidos, gerando ainda desenvolvimento e bem-estar do ponto de vista econômico, servindo como verdadeira via alternativa ao multilateralismo representado pelos acordos comerciais negociados sob a baliza da OMC.

Estudos afirmam que os acordos bilaterais, regionais e plurilaterais não são, necessariamente, instrumentos mais eficientes no que concerne à

² Informações retiradas da base de dados da Organização Mundial do Comércio. Disponível em: <https://rtais.wto.org/UI/publicsummarytable.aspx>. Acesso em abril de 2021.

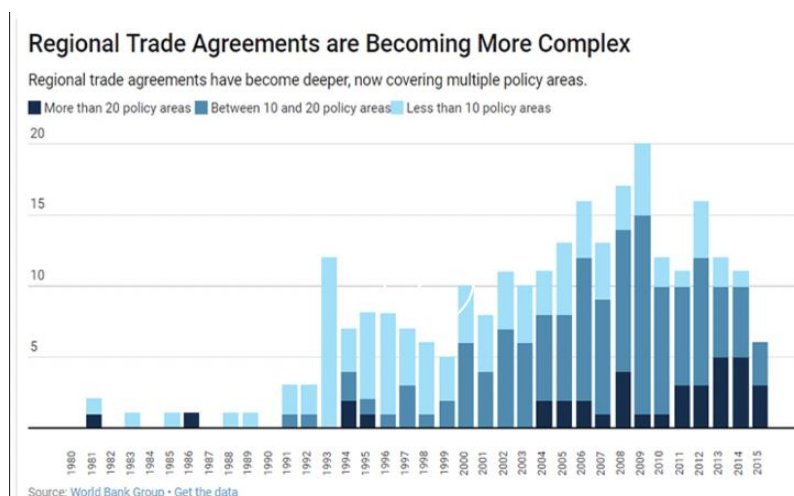
³ Uma fonte normativa relevante que estabelece tal mecanismo de transparência é a chamada *General Council Decision on a Transparency Mechanism for Regional Trade Agreements*, que clarifica o procedimento de notificação de acordos regionais a OMC. Tal decisão clarifica que os acordos regionais devem ser notificados não após seu processo de ratificação, e antes de qualquer preferência tarifária ou comercial ser oficializada. Além disso, dispõe que todos os acordos regionais notificados devem passar por um processo de verificação de transparência, inclusive com a previsão de consideração pelo Comitê da OMC relevante, seja o *Committee on Regional Trade Agreements* para acordos notificados no âmbito do Artigo XXIV do GATT ou V do GATS, ou o *Committee on Trade and Development*, para acordos notificados no âmbito da cláusula de habilitação.

⁴ ACHARYA, Rohini (Ed.). *Regional Trade Agreements and the Multilateral Trading System*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 4.

liberalização comercial, mas que hoje prevalecem no campo do comércio internacional pela inovação temática (HEYDON, WOOLCOCK, 2009; PAUWELYN, 2009).

De acordo com dados do Banco Mundial, a supracitada inovação temática fica mais perceptível à medida em que os acordos regionais de comércio estão se tornando cada vez mais complexos: desde o ano de 2015, a totalidade dos acordos regionais negociados abarcam pelo menos entre dez e vinte áreas de políticas públicas, quando não abarcam mais de vinte.

Gráfico 1 - Número de áreas e assuntos abarcados por acordos regionais



Fonte: World Bank Group.⁵

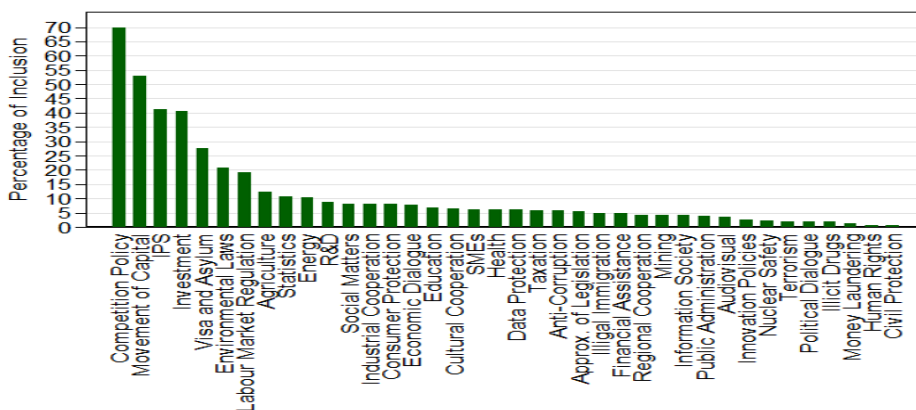
Os termos “*WTO-Plus*” e “*WTO-Extra*” foram criados especificamente para designação de tal inovação temática veiculada pelos acordos regionais de comércio.⁶ Os autores Mavroidis, Horn e Sapir identificaram 52 áreas temáticas abordadas em acordos regionais, podendo ser divididas em dois grupos: (i) regras jurídicas *WTO-Plus*, abarcando áreas já reguladas pelos acordos da OMC, mas com maior detalhe e profundidade; e (ii) regras jurídicas *WTO-Extra*, abarcando áreas fora do regime jurídico da

⁵ Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/topic/regional-integration/brief/regional-trade-agreements>. Acesso em abril de 2021.

⁶ HORN, Henrik; MAVROIDIS, Petros; SAPIR, Andre. **Beyond the WTO? An Anatomy of EU and US Preferential Trade Agreements**. Bruxelas: Bruegel Blueprint Series, 2009.

OMC, conforme detalhamento a seguir, que indica o percentual de dispositivos *WTO-extra* incluídos em acordos regionais de comércio:

Gráfico 2 - Percentual de inclusão de dispositivos WTO-Extra em Acordos Regionais.



Fonte: JANSEN, Marion; SOLLEDER, Olga; BOFFA Mauro. (2017). Do We Need Deeper Trade Agreements for GVCS or just a bit? *International Trade Centre*, outubro 2017.

A nível multilateral, a interface entre comércio internacional, direito ambiental e desenvolvimento sustentável, por exemplo, não chega nem próxima de ser exaustiva, sendo praticamente inexistente. Os Acordos da OMC se limitam apenas à uma breve menção no preâmbulo do Acordo de Marrakesh, que reconhece a *"importância de se alinhar o desenvolvimento econômico, a geração de emprego e o crescimento estável em termos de renda e demanda efetiva com a preservação ambiental e os objetivos de desenvolvimento sustentável"*. No mais, restam alguns dispositivos esparsos ao longo dos demais acordos constantes do “guarda-chuva” da OMC, como o artigo XX do GATT.

Isso posto, algumas conclusões preliminares podem ser traçadas: (i) pela combinação de diversas eficiências - verificadas a partir do fenômeno de proliferação de acordos regionais - e pela crise do Sistema Multilateral de Comércio, os Acordos Regionais se tornam o *locus* ideal para a discussão e inclusão de inovações no âmbito das regras jurídicas que regulam o comércio internacional; em segundo lugar, (ii) em face das inovações temáticas possibilitadas pelos arranjos regionais de integração no comércio

internacional, percebe-se que o caso de regras de desenvolvimento sustentável carece de disciplina na legislação multilateral e, portanto, acaba sendo abordada idealmente no âmbito de acordos regionais, a exemplo dos acordos firmados pela União Europeia.

A seguir, será estudado o exemplo concreto do endereçamento de conceitos *WTO-plus* em acordos regionais, como os temas de comércio e desenvolvimento sustentável, à ótica do Acordo Mercosul-UE.

III. Regras de comércio e desenvolvimento sustentável no Acordo Comercial Mercosul-UE

A partir da digressão acerca dos arranjos de integração regional no comércio internacional e a exposição da inovação temática proporcionada pelos Acordos Regionais de Comércio, este artigo analisa como tais temas, tidos como *WTO-plus*, podem ser inseridos na prática, a partir de breve análise das regras de comércio e desenvolvimento sustentável no Acordo Mercosul-UE, que representam compromisso internacional completamente inédito assumido por parte do governo brasileiro.

Em primeiro lugar, faz-se relevante entender que os capítulos de comércio e desenvolvimento sustentável (em inglês, "Trade and Sustainable Development chapters", ou "TSD") presentes no âmbito dos acordos regionais europeus, são instrumentos-chave na política comercial europeia, que colocam as questões ambientais como centrais em sua política comercial.⁷

De maneira resumida, tais capítulos veiculam a adoção de *standards* internacionais na seara ambiental por parte dos parceiros comerciais da UE, para além da definição de compromissos internacionais específicos para compatibilizar políticas comerciais e políticas ambientais.⁸ Feita tal introdução, passa-se agora à análise do capítulo de sustentabilidade do acordo em pauta para, em seguida, destacar suas principais ineficiências.

⁷ COMISSÃO EUROPEIA. *Abordagem da União Europeia em matéria de desenvolvimento sustentável*. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/strategy/international-strategies/sustainable-development-goals/eu-approach-sustainable-development_pt. Acesso em abril de 2021.

⁸ Amfori. *Position paper: Towards more effective EU Trade and Sustainable Development Chapters, January 2020*. Disponível em: <https://www.amfori.org/sites/default/files/amfori-2020-21-01-TSD-Position-Paper.pdf>. Acesso em abril de 2021.

O primeiro conjunto de artigos do capítulo é referente aos objetivos, escopo de aplicação, a definição do *policy space* dos Estados para criação de parâmetros de compatibilização entre comércio e desenvolvimento sustentável, além do estabelecimento de obrigações de transparência. Isso posto, o artigo 1(1) dispõe que o objetivo do Capítulo é o de “*fomentar a introdução de ideais de desenvolvimento sustentável na política comercial e de investimentos das Partes, a partir do estabelecimento de princípios e iniciativas relacionadas a questões trabalhistas⁹ e ambientais.*”

O Acordo Mercosul-UE estabelece parâmetros que vão além da compatibilização de compromissos assumidos na seara regional e aqueles assumidos no âmbito multilateral a nível de OMC, com a previsão de incorporação de *standards* dispostos em outros acordos multilaterais, seja no âmbito trabalhista ou ambiental.

O artigo 10^o aborda a questão das informações técnico-científicas, presentes também no Acordo de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias da OMC. Qualquer medida estabelecida pelos Membros - destinada à proteção do meio ambiente ou das condições de trabalho - deve ser amparada por evidências técnico-científicas reconhecidas pela comunidade científica e baseada em *standards* internacionais. Tal dispositivo está em conformidade com o artigo 2.2. do Acordo SPS¹⁰, que dispõe que toda medida SPS deve ser baseada em princípios científicos e ser mantida com base em evidências científicas suficientes.

O artigo 10 (2) veicula o chamado princípio da precaução, previsto nas regras da OMC no artigo 5.7 do Acordo SPS. Em suma, o princípio torna-se relevante quando não existem evidências científicas suficientes para amparar a imposição de uma medida SPS, embora haja a necessidade de se executar medidas imediatas e provisórias para mitigação de danos ou ameaça de danos ambientais. Tais medidas devem ser submetidas à revisão periódica, sendo que a Parte que as adotar deve procurar por fontes adicionais de informação para subsidiar a avaliação da pertinência da medida. No mais, o acordo limita a aplicação extraterritorial do princípio.

⁹ Conforme esclarece o texto do Acordo, aqui se faz referência aos princípios de trabalho decente da Organização Internacional do Trabalho, expressos na Declaração acerca de Justiça Social para uma Globalização Justa, de 2008.

¹⁰ De acordo com o referido artigo, “*Members shall ensure that any sanitary or phytosanitary measure is applied only to the extent necessary to protect human, animal or plant life or health, is based on scientific principles and is not maintained without sufficient scientific evidence, except as provided for in paragraph 7 of Article 5.*”

IV. As ineficiências do acordo Mercosul-UE no âmbito do desenvolvimento sustentável

Passamos à exposição das principais ineficiências vislumbradas no âmbito do capítulo de desenvolvimento sustentável do acordo Mercosul-UE.

(a) Inclusão de comunidades locais

A produção de *commodities* para exportação afeta de múltiplas maneiras as comunidades locais inseridas nas proximidades das zonas produtoras. Para se ter uma ideia, a agricultura e a pesca apresentam, conjuntamente, a quarta maior proporção de vítimas de trabalho forçado no mundo¹¹, sendo que o agronegócio de escala global é responsável pelo maior número de violações a defensores da terra e do meio ambiente¹². Por maiores que sejam os benefícios derivados de acordos comerciais de longa duração a ausência de regras específicas voltadas para essas comunidades pode agravar os problemas descritos. Apesar da existência de regras nacionais demandando a participação das comunidades locais em procedimentos de seu interesse, suas vozes permanecem periféricas no cenário global por conta de uma série de fatores, entre eles a ausência de direitos de propriedade robustos sobre as terras ocupadas, desequilíbrios em escala de poder nas mesas de negociação, baixa exigibilidade de cláusulas de participação e a priorização da extração dos recursos para fins industriais em detrimento de sua manutenção para fins de sustentabilidade das comunidades.

Existem, inclusive, diversos arcabouços dentro do Direito Internacional que buscam incentivar a inclusividade, tais como a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas (UNDRIP), que em seu artigo 15 afirma que as nações signatárias devem consultar, a fim de promover a igualdade, a tolerância e o combate ao preconceito, povos indígenas de acordo com suas

¹¹ International Labour Organization (2017): **Global estimates of modern slavery forced labour and forced marriage**. Disponível em https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_575479/lang--en/index.htm. Acesso em julho de 2021.

¹² Global Witness (2018): **At what cost? Irresponsible business and the murder of land and environmental defenders in 2017**, July 24, 2018. Disponível em <https://www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/at-what-cost/>. Acesso em julho de 2021.

instituições internas¹³. Contudo, crescem as evidências de que estes princípios e mandamentos não são devidamente seguidos, especialmente no que tange a negociações e contratos bilaterais¹⁴. Tem-se, por exemplo, *Peru-US Trade Preference Agreement*, o qual, segundo comentários doutrinários, catalisou tentativas estatais de reorganização de terras indígenas pré-existentes para destiná-las à agricultura, o que resultou em conflitos violentos com cerca de 33 mortos e 170 feridos no país¹⁵. Outro exemplo reside na expansão da indústria carvoeira na província colombiana de *La Guajira*, impulsionada pelo acordo entre Estados Unidos, Canadá e UE, que fez com que os povos indígenas da região, da tribo Wayuu, tivessem de se deslocar e sofressem com falta de suprimentos e uma alta taxa de mortalidade infantil¹⁶.

No caso do acordo objeto de análise deste artigo, vislumbram-se algumas ineficiências sobre o assunto. Primeiramente, comunidades locais em zonas de produção afetadas pelo instrumento não foram sistematicamente consultadas nas tratativas do acordo. Ademais, a inclusão de comunidades locais nos procedimentos que tangenciam o tema do desenvolvimento sustentável recebeu tímida atenção no corpo do acordo, como se é possível observar no único e brevíssimo artigo do acordo relacionado ao tema. Trata-se do artigo 8 (*Trade and Sustainable Management of Forests*), 2, (b), o qual coloca tão somente como uma obrigação das partes "promover, conforme apropriado e com seu consentimento prévio informado, a inclusão de comunidades locais baseadas em florestas e povos indígenas em cadeias de

¹³ "Les États prennent des mesures efficaces, en consultation et en coopération avec les peuples autochtones concernés, pour combattre les préjugés et éliminer la discrimination et pour promouvoir la tolérance, la compréhension et de bonnes relations entre les peuples autochtones et toutes les autres composantes de la société". Disponível em https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2018/11/UNDRIP_F_web.pdf. Acesso em julho de 2021.

¹⁴ GONZALEZ, C.G. (2010). *An environmental justice critique of comparative advantage: indigenous peoples, trade policy, and the Mexican neoliberal economic reforms*. Univ. Pa. J. Int. Law 32. p. 723.

¹⁵ DE JONG, Will. HUMPHREYS, David. (2016). **A failed social licence to operate for the neoliberal modernization of Amazonian resource use: the underlying causes of the Bagua tragedy of Peru**. *Forestry* 89. p. 552–564. Disponível em <https://academic.oup.com/forestry/article/89/5/552/2194576>. Acesso em julho de 2021.

¹⁶ AVILÉS, William. (2019). *The Wayúu tragedy: death, water and the imperatives of global capitalism*. *Third World Q.* 40, 1750–1766. Disponível em <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01436597.2019.1613638>. Acesso em julho de 2021.

abastecimento sustentáveis de produtos florestais madeireiros e não madeireiros, (...) (tradução nossa)¹⁷".

Nesse sentido, a grande ineficiência do acordo Mercosul-UE em relação à questão reside na latente incipiência dirigida à inclusão de comunidades e povos locais nos respectivos processos decisórios. Destaca-se a generalidade excessiva do vocabulário utilizado no dispositivo, bem como a estrutura lacônica da obrigação constituída, haja vista não haver disposição sobre o modo com que as comunidades locais devem ser incluídas ou até mesmo como deve ser entendido o termo "comunidades locais baseadas em florestas" (*forest-based local communities*) para fins de aplicação deste instituto. Tais fatores podem resultar em níveis muito baixos de exigibilidade da obrigação de inclusão, o que, por sua vez, pode acentuar o desequilíbrio entre povos locais e representantes de indústrias e setores comerciais com influência política, por exemplo.

Alguns dados ilustram ainda mais a ineficiência descrita. A produção de gado e soja, ao nosso ver, não poderia ser considerada uma produção de bens "de floresta/florestais". Todavia, constituem em conjunto o principal motor do desmatamento dentro do bloco sul-americano¹⁸, o que gera uma enorme ameaça tanto para o meio ambiente quanto para as comunidades locais afetadas por uma eventual expansão dessas culturas. Em 2017, o Brasil atingiu o maior número de defensores ambientais assassinados no período de um ano (57 pessoas)¹⁹. Em 2019, segundo dados da Comissão Pastoral da Terra, o assassinato de líderes indígenas dentro da Amazônia brasileira atingiu o maior nível em duas décadas.

Destarte, limitar a participação de povos locais e comunidades indígenas apenas para assuntos vinculados à produção e comercialização de

¹⁷ Artigo 8, 2, (b) - "*promote, as appropriate and with their prior informed consent, the inclusion of forest-based local communities and indigenous peoples in sustainable supply chains of timber and non-timber forest products, as a means of enhancing their livelihoods and of promoting the conservation and sustainable use of forests.*"

¹⁸ PENDRILL, Florence. PERSSON, U.M. GODAR, Javier. and KASTNER, Thomas. (2019). *Deforestation displaced: trade in forest-risk commodities and the prospects for a global forest transition*. Environ. Res. Lett. 14, 55003. Disponível em <https://iopscience.iop.org/article/10.1088/1748-9326/ab0d41/meta>. Acesso em julho de 2021.

¹⁹ Global Witness (2018): *At what cost? Irresponsible business and the murder of land and environmental defenders in 2017*, July 24, 2018. Disponível em <https://www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/at-what-cost/>. Acesso em julho de 2021.

"produtos florestais" equivale a ignorar a importância das vozes desses indivíduos. Um comércio verdadeiramente sustentável depende intrinsecamente da escuta dessas pessoas.

Um processo participativo mais eficaz poderia ser alcançado, por exemplo, por meio da reforma dos fóruns de governança multipartidários existentes, introduzindo-se as comunidades locais por meio de seus respectivos órgãos representativos. Na Argentina, por exemplo, as consultas poderiam estar vinculadas às atividades do Conselho Consultivo e Participativo dos Povos Indígenas da República Argentina. Iniciativas de cooperação triangular envolvendo membros da UE e países do bloco do Mercosul poderiam aprimorar os processos de consulta e os fóruns multipartidários de governança.

(b) As diversas assimetrias entre Mercosul e União Europeia e regras específicas de participação da sociedade civil

Muito se fala nos potenciais riscos que tal arranjo associativo pode vir a trazer para o Mercosul, haja vista as notáveis assimetrias entre os dois blocos econômicos. Assim, esta questão pode ser identificada como uma das ineficiências do Acordo Mercosul-UE, principalmente no que se refere ao capítulo de comércio e desenvolvimento sustentável.

Ainda no ano de 2003, em outro contexto da ordem econômica global, Deisy Ventura escreveu²⁰ acerca das assimetrias entre o Mercosul e a União Europeia, no contexto de sua integração. Segundo a autora, tais assimetrias podem ser sumarizadas em duas grandes categorias: a assimetria institucional e a assimetria relacional²¹.

Por mais atual e importante que seja tal obra, algumas adições podem ser feitas à sistematização das assimetrias no âmbito da associação entre os dois blocos. À luz da nova dinâmica negocial e dos avanços realizados no âmbito da associação entre os dois blocos, pode-se dizer que as assimetrias percebidas podem ser sumarizadas em quatro categorias, incorporando as duas categorias que Ventura compilou anteriormente: (i) assimetria institucional; (ii) assimetria relacional; (iii) assimetria econômica e de desenvolvimento; e (iv) assimetria ideológica e de priorização de certas pautas.

²⁰ VENTURA, Deisy. *As Assimetrias entre o Mercosul e a União Europeia: os desafios de uma associação inter-regional*. Barueri: Manole, 2003.

²¹ *Ibid.*, p. 133-143.

Com relação à assimetria econômica e de desenvolvimento, é evidente que há uma assimetria geral nos indicadores macroeconômicos combinados de ambas as regiões, fato comprovado pela grande maioria dos países europeus ser classificada como possuindo maior índice de desenvolvimento relativo do que suas contrapartes sul-americanas.

Não obstante, há uma grande diferenciação nas pautas ideológicas priorizadas, e o grau de engajamento das empresas e da sociedade civil em sua concretização. Um grande exemplo, como já mencionado, é a questão ambiental. Não só a questão ambiental é uma preocupação central dos países da União Europeia na maioria de seus acordos, sem mencionar a importância da questão para a própria sociedade europeia.²² Os Estados europeus ainda elevam a questão ambiental a um patamar estratégico no âmbito de suas políticas públicas²³.

A disparidade na participação da sociedade civil também é um grande exemplo de assimetria. Após pesquisa na base de dados da *Worldwide NGO Directory*²⁴, buscando informações de toda a América do Sul (não apenas os países do Mercosul), foram registradas apenas 657 ONGs, enquanto este número, na União Europeia, salta para 3787. Isso é demonstrativo não só do maior engajamento dos europeus em questões político-sociais, como também na importância que tais sociedades no geral dão para questões que, talvez pelo menor desenvolvimento econômico-industrial do Mercosul, ainda não são tão valorizadas.

O artigo 14.3 (c) do Capítulo de Comércio e Desenvolvimento Sustentável empodera o Subcomitê de Comércio e Desenvolvimento Sustentável a incorporar sugestões e discussões com organizações da sociedade civil através da publicação de seus relatórios. Essa é mais uma expressão das disparidades entre os dois blocos envolvidos no Acordo: a sociedade europeia é sensivelmente mais conectada a questões ambientais, do

²² *El cambio climático preocupa a los europeos más que el terrorismo global*. Agência EFE. 10 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.efe.com/efe/espana/sociedad/el-cambio-climatico-preocupa-a-los-europeos-mas-que-terrorismo-global/10004-4061493>. Acesso em julho de 2020.

²³ COMISSÃO EUROPEIA. *Abordagem da União Europeia em matéria de desenvolvimento sustentável*. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/strategy/international-strategies/sustainable-development-goals/eu-approach-sustainable-development_pt. Acesso em outubro de 2020.

²⁴ WORLDWIDE NGO Directory. WANGO. Disponível em: <https://www.wango.org/resources.aspx?section=ngodir&sub=region®ionID=5&ol=cc3300>. Acesso em outubro de 2020.

que decorre a aferição de que sua participação será muito mais substancial se comparada a dos países latino-americanos, fruto de seu maior nível de organização e poder de pressão.²⁵

Assim, alertam Claudia Marques e Vivian Rocha²⁶, a União Europeia pode usar tais instrumentos normativos para fins protecionistas, mencionando os efeitos da emissão de poluentes em seu território. Todavia, a estrutura do Acordo e do Subcomitê formado em seu bojo provém um *locus* institucional de endereçamento de discussões, situação que demandará a atuação ativa do governo brasileiro e dos demais países do Mercosul.

É evidente que potenciais pontos de conflito e de prejuízo às partes mais “hipossuficientes” do Acordo devem ser sempre ponderadas. Segundo reflexão de Luciana Ghiotto e Javier Echaide²⁷, existem alguns potenciais pontos de prejuízo, sobretudo pontos que ressaltam as supracitadas assimetrias, que devem ser consideradas. Em primeiro lugar, ponderam acerca das indústrias que serão majoritariamente beneficiadas: o setor industrial e o de movimentação de capitais pelo lado europeu, e o agropecuário pelo Mercosul, respectivamente seus setores mais competitivos.

Isso pode ser visto, de um lado, como um risco de se perpetuar o modelo extrativista e acentuar a dicotomia industrialização do lado dos europeus *versus* exploração do setor primário pelos latinos. A exemplo de outros acordos europeus com países em desenvolvimento, há a preocupação de que a diversificação econômica prometida pelo acordo nunca venha, de modo que apenas se verificará a acentuação da dependência do Mercosul da extração de recursos naturais e da performance exportadoras destes produtos (matérias-primas e produtos agrícolas).

Segundo Ahumada²⁸, um bom exemplo é o acordo comercial Chile-UE, celebrado em 2005. As exportações aumentaram em 23%, principalmente de cobre, mas as indústrias nacionais tiveram um crescimento das exportações de apenas 2%. Isso mostra que tais acordos podem possuir o condão de aprofundar a especialização na produção de matérias-primas e na exploração

²⁵ MARQUES, Claudia; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. Acordo Mercosul/União Europeia (EU), Sustentabilidade e o Princípio da Precaução. *Revista de Direito do Comércio Internacional*, n. 02, EnLaw, 2019, p. 70.

²⁶ *Ibid.*, p. 72.

²⁷ GHIOTTO, Luciana; ECHAIDE, Javier. *Analysis of the Agreement between the European Union and the Mercosur*. Berlin, Buenos Aires, Brussels: Anna Cavazzini MEP, The Greens/EFA, 2019, pp. 118-125.

²⁸ *Ibid.*, p. 119.

de recursos naturais, enquanto as importações industriais da UE crescem, o que aumenta a disparidade entre os dois blocos.

A primeira implicação óbvia destas disparidades é a grande possibilidade de questionamento - nos termos específicos das disposições de resolução de disputas do capítulo de comércio e desenvolvimento sustentável, o que pressupõe consultas e posterior estabelecimento de painel de experts para dirimir a lide – das políticas comerciais brasileiras, sob o pretexto de violação dos termos do capítulo. Isso não apenas pode ser um instrumento protecionista a ser utilizado por parte dos europeus, mas pode e deve ser visto como um incentivo para que o governo brasileiro honre os compromissos internacionais assumidos, criando um arcabouço de políticas públicas ambientais e comerciais que estejam em sintonia com o Acordo e com a adequação do binômio comércio-desenvolvimento sustentável.

(c) Transparência e Coleta de Dados relacionados a setores de alto impacto ambiental

Protocolos, procedimentos e ferramentas de monitoramento são necessários para identificar commodities que apresentam um alto risco de impacto ambiental e/ou social negativo ao longo de sua cadeia produtiva²⁹. Os acordos comerciais devem incluir e descrever mecanismos pelos quais todas as partes signatárias se comprometem a disponibilizar ao público dados setoriais sobre extração, produção e rotas de abastecimento de bens de alto risco ambiental, bem como implementar sistemas de rastreabilidade internos que monitorem as cadeias produtivas e desenvolvam esquemas de supervisão e conservação voltados para a sustentabilidade. Embora o acordo Mercosul-UE adote o princípio da precaução ao afirmar que o "crescimento do comércio não deve ocorrer às custas do meio ambiente ou condições de trabalho", vislumbra-se uma ausência crítica de informações sobre como os padrões de sustentabilidade previstos no acordo serão definidos e exigidos/executados.

Mais especificamente, o artigo 3 do capítulo de desenvolvimento sustentável, intitulado "Transparência" (*Transparency*), declara de maneira breve e extremamente incipiente a obrigação das partes de desenvolver e implementar medidas que possam ter efeitos no meio ambiente ou nas

²⁹ PENDRILL, Florence. PERSSON, U.M. GODAR, Javier. and KASTNER, Thomas. (2019). *Deforestation displaced: trade in forest-risk commodities and the prospects for a global forest transition*. Environ. Res. Lett. 14, 55003. Disponível em <https://iopscience.iop.org/article/10.1088/1748-9326/ab0d41/meta>. Acesso em julho de 2021.

condições de trabalho de maneira "transparente, garantindo-se a consciência pública e encorajando a participação da sociedade de acordo com regras e procedimentos domésticos" - artigo 3, 1, (a) e (b). Novamente, aqui destacamos a tímida pormenorização de um assunto tão fundamental para o desenvolvimento sustentável. O artigo apresenta também lacunas relevantes acerca do modo com que essa transparência deve ser exercida ou fiscalizada.

Cerca de 20% de toda soja, e 17% de toda carne bovina, exportada para a União Europeia e que advém da região da Amazônia e da região do Cerrado brasileiro, está ligada a casos de desmatamento³⁰. A criação de gado é o principal agente de desmatamento nas regiões³¹, sendo que a União Europeia importa cerca de 200.000 toneladas por ano e deve se comprometer com uma nova cota de 99.000 toneladas de carne bovina com tarifa reduzida sob o novo acordo³².

Nesse sentido, destacamos que o acordo Mercosul-UE não inclui mecanismos para rastrear a origem de commodities de alto risco, como carne bovina, soja e cana-de-açúcar para a produção de etanol. Os sistemas de rastreabilidade existentes, como o SISBOV no Brasil e o DICOSE no Uruguai, por exemplo, deveriam ser fortalecidos e ampliados por meio da cooperação entre as partes, e seus dados deveriam ser divulgados e vinculados a informações de desempenho ambiental e social para que produtores, consumidores, empresas e agências interessadas, organizações não governamentais, povos indígenas e reguladores pudessem garantir que as importações não causem perdas ao meio ambiente ou conflitos sociais. Sistemas de rastreabilidade das safras cultivadas e esquemas de certificação/supervisão também são urgentemente necessários. Os sistemas de rastreabilidade da União Europeia também devem ser aprimorados. Por

³⁰ RAJÃO, Raoni. SOARES-FILHO, Britaldo. NUNES, Felipe. BÖRNER, Jan. MACHADO, Lilian. ASSIS, Débora. OLIVEIRA, Amanda. PINTO, Luís. RIBEIRO, Vivian. RAUSCH, Lisa. GIBBS, Holly. FIGUEIRA, Danilo. (2020). *The rotten apples of Brazil's agribusiness*. Science 369, 246–248. Disponível em <https://science.sciencemag.org/content/369/6501/246>. Acesso em julho de 2021.

³¹ PENDRILL, Florence. PERSSON, U.M. GODAR, Javier. and KASTNER, Thomas. (2019). *Deforestation displaced: trade in forest-risk commodities and the prospects for a global forest transition*. Environ. Res. Lett. 14, 55003. Disponível em <https://iopscience.iop.org/article/10.1088/1748-9326/ab0d41/meta>. Acesso em julho de 2021.

³² "Acordo UE-Mercosul pode turbinar a indústria da carne e impactar meio ambiente" - Disponível em <https://reporterbrasil.org.br/2021/03/acordo-ue-mercosul-pode-turbinar-a-industria-da-carne-e-impactar-meio-ambiente/>. Acesso em julho de 2021.

exemplo, o sistema de verificação de pesca ilegal, não declarada e não regulamentada, poderia ser fortalecido e expandido através de um regime de divulgação obrigatória de registros de embarcações e autorizações de pesca.

Outro ponto a se colocar está relacionado ao fato de que o monitoramento em grande escala é particularmente importante tendo em vista que a atenção e a fiscalização do público em geral tendem a se concentrar em biomas mais "carismáticos" (por exemplo, a Amazônia), enquanto as regiões vizinhas são frequentemente negligenciadas (por exemplo, Pantanal, Gran Chaco, Cerrado e a Chiquitania boliviana) apesar de seu incalculável valor de conservação e capacidade de armazenamento de carbono.

Reforçamos que, neste caso, a ineficiência do acordo em pauta não reside, como em outras situações estudadas, na generalidade ou abstração das obrigações relacionadas ao tema. Na verdade, o acordo possui diversas previsões que obrigam as partes a intercambiar informações no âmbito do desenvolvimento sustentável³³. Contudo, o que buscamos apontar aqui é a ausência de previsões e delimitações específicas que forneçam maior materialidade para este elemento basilar do desenvolvimento comercial sustentável (a coleta e troca de dados e informações). Não constam pormenorizações mínimas acerca do modo de coleta dos dados, dos mecanismos a serem utilizados e nem das formas de divulgação das informações reunidas, especialmente no que tange a culturas e cadeias de produção com alto impacto ambiental, como aquelas de soja, carne bovina e cana-de-açúcar para etanol.

(d) Enforcement dos dispositivos do capítulo de comércio e desenvolvimento sustentável

Mesmo sendo vinculantes, os capítulos de sustentabilidade nos Acordos Comerciais celebrados pela UE não estão atrelados aos mecanismos de solução de controvérsias previstos para os demais capítulos dos tratados. Assim, a rigor, tais dispositivos não são passíveis de serem executados (*enforced*) através de procedimentos específicos de solução de disputas, ou através da imposição de sanções por um tribunal ou corte arbitral competente.

Nesse tocante, os capítulos de comércio e desenvolvimento sustentável, aos moldes dos presentes nos acordos comerciais europeus, possuem mecanismos próprios de solução de controvérsias, que envolvem

³³ Artigo 4, 6; artigo 5, 4; artigo 7, 3; artigo 8, 3, (a); artigo 9, 2, (d); artigo 11, 4; artigo 13, (d).

primariamente consultas e diálogos entre as partes nos mecanismos institucionais previstos pelo acordo, como o Comitê de Comércio e Desenvolvimento Sustentável³⁴. Caso o recurso a tais mecanismos de autocomposição não seja suficiente para dirimir a lide, as partes podem submeter a disputa a um painel de três *experts*, nomeados por cada parte a partir de uma lista pré-selecionada. O painel decide se de fato houve uma violação do acordo e determina meios para resolução da controvérsia.

No Acordo Comercial UE-Mercosul, capítulo de comércio e desenvolvimento sustentável, artigo 15, item 5, veda-se expressamente o recurso ao mecanismo de solução de controvérsias aplicado aos demais capítulos do Acordo, conforme transcrição abaixo:

"No Party shall have recourse to dispute settlement under Title VIII (Dispute Settlement) for any matter arising under this Chapter."

Assim, percebe-se que os artigos 16 e seguintes criam um procedimento *sui generis* para a resolução de disputas acerca dos dispositivos do capítulo de comércio e desenvolvimento sustentável, o qual estabelece a necessidade de consultas entre as partes (*Article 16 - Consultations*) e a formação, em caso de insucesso das consultas, de um painel de especialistas (*Article 17 - Panel of Experts*), concluindo-se com procedimentos de revisão das medidas de implementação (*Article 18 - Review*).

Não obstante, ao empoderar entidades civis organizadas e engajadas no que tange à interface entre comércio e sustentabilidade, o Acordo acaba atraindo muito de sua esfera de exigibilidade para a atuação dessas entidades, a partir dos DAGs (*Domestic Advisory Groups*), que fiscalizam as medidas adotadas pelas partes signatárias do acordo e sua compatibilização para com as obrigações assumidas. A União Europeia, em seus capítulos de comércio e sustentabilidade, aproveita fortemente o engajamento de sua sociedade civil em aspectos ambientais e institui uma DAG para cada Acordo Comercial firmado, além de fomentar a realização de reuniões periódicas para discussão de percepções e tomada de providências para cumprimento e melhor implantação dos dispositivos do acordo.

Todavia, por mais vigilante que seja a atuação da sociedade civil organizada, este tipo de pressão para cumprimento das regras veiculadas pelo

³⁴ Harrison, James et al. 2019: **Labour Standards Provisions in EU Free Trade Agreements: Reflections on the European Commission's Reform Agenda**, in: *World Trade Review* 18: 4, Cambridge University Press, pp. 635 – 657, in: <https://bit.ly/2HSMnm3>

Acordo Comercial jamais poderá substituir a presença de um corpo julgador com poder sancionatório, que pode forçar o *compliance* com as inovações veiculadas pelo Acordo. Muito embora tenham sido dados relevantes passos rumo a um melhor equilíbrio na relação comércio-sustentabilidade, a abordagem utilizada para conferir executoriedade às regras do acordo é largamente criticada pela falibilidade em termos de exigibilidade, de forma que o tratamento do tema tem sido classificado, por críticos, como "*lacking teeth*"³⁵.

Em relação à UE, a maior parte das críticas giram em torno de sua aparente falta de intenção ou capacidade para instaurar medidas mais rígidas de *accountability* das obrigações assumidas pelas partes, mesmo diante de evidentes descumprimentos. Contrariamente, verifica-se que a UE adota uma postura dialógica-cooperativa³⁶, em que o *compliance* com as provisões dos acordos não se vincula a consequências econômicas, como a possibilidade de sanções pecuniárias e alterações no cronograma de desgravação tarifária, mas sim ao fornecimento de um arcabouço de normas cooperativo e atrelado à incorporação de mecanismos de *soft law*, como acordos multilaterais sobre o tema e o exercício de pressão política e comercial.

É notável que a própria UE parece ter consciência do problema em referência. Após diversas consultas realizadas, no ano de 2017, a Comissão publicou um "Plano de Ações" de 15 pontos³⁷. Tais ações visam a construção de um regime de *enforcement* mais assertivo, com alguns melhoramento, a saber: (i) aumento do papel de monitoramento da sociedade civil; (ii) criação de mecanismos mais assertivos e flexíveis para cooperação com a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE); e (iii) disponibilização de recursos para assegurar o cumprimento dos compromissos pelas partes signatárias.

³⁵ LOWE, Sam. **The EU should reconsider its approach to trade and sustainable development**. Disponível em <https://www.cer.eu/insights/eu-should-reconsider-its-approach-trade-and-sustainable-development>. Acesso em abril de 2021.

³⁶ International Labour Organization (ILO) 2013. **Social dimensions of free trade agreements**. Geneva, p.1. Disponível em: <https://bit.ly/2HXivVJ> - acesso em abril de 2021.

³⁷ European Commission 2018: **Feedback and way forward on improving the implementation and enforcement of Trade and Sustainable Development chapters in EU Free Trade Agreements**. 26 Feb 2018. Disponível em: <https://bit.ly/383QzKw> - acessado em abril de 2021

Não obstante, em que pese a aparente consciência europeia e os constantes melhoramentos quanto ao tema, conclui-se que o atual modelo de executoriedade dos compromissos comerciais com sustentabilidade poderia apresentar melhorias e resultados ainda mais concretos e substanciais³⁸.

V. Conclusão

Buscamos explorar neste artigo algumas ineficiências identificáveis no acordo Mercosul-UE dentro do capítulo de desenvolvimento sustentável. Vimos que o acordo em questão, apesar de apresentar imensas vantagens no âmbito comercial entre os dois maiores blocos econômicos do mundo, deixa a desejar no que tange a alguns pontos relacionados ao tema da sustentabilidade, como a inclusão de comunidades locais nos processos decisórios e de consulta, a coleta de dados e a transparência em relação a setores de alto impacto ambiental, as assimetrias informacionais entre os blocos no que tange à participação da sociedade civil e os problemas de exigibilidade (*enforcement*) das obrigações descritas no capítulo.

Assim, tendo-se mapeado estes pontos de observação relacionados aos compromissos de desenvolvimento sustentável, acreditamos que novas oportunidades de pesquisa se abrem para que este assunto, tão relevante no cenário atual, seja mais bem compreendido e endereçado.

Referências bibliográficas

Amfori. Position paper: *Towards more effective EU Trade and Sustainable Development Chapters*, January 2020. Disponível em: <https://www.amfori.org/sites/default/files/amfori-2020-21-01-TSD-Position-Paper.pdf>.

Acesso em abril de 2021.

AVILÉS, William. (2019). *The Wayúu tragedy: death, water and the imperatives of global capitalism*. Third World Q. 40, 1750–1766. Disponível

³⁸ Para uma discussão acerca dos possíveis encaminhamentos em relação aos problemas de *enforcement* nos capítulos de desenvolvimento sustentável, ver: PARENTI, Eduardo; GIOACHINI, Leonardo. **Comércio Internacional e desenvolvimento sustentável: dos impactos no arranjo de integração à falta de enforcement**. Revista de Direito do Comércio Internacional, n. 04, EnLaw, 2021, p. 113-158.

em <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01436597.2019.1613638>. Acesso em julho de 2021.

COMISSÃO EUROPEIA. *Abordagem da União Europeia em matéria de desenvolvimento sustentável*. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/strategy/international-strategies/sustainable-development-goals/eu-approach-sustainable-development_pt. Acesso em outubro de 2020.

DE JONG, Will. HUMPHREYS, David. (2016). *A failed social licence to operate for the neoliberal modernization of Amazonian resource use: the underlying causes of the Bagua tragedy of Peru*. *Forestry* 89. p. 552–564. Disponível em <https://academic.oup.com/forestry/article/89/5/552/2194576>. Acesso em julho de 2021.

El cambio climático preocupa a los europeos más que el terrorismo global. Agencia EFE. 10 de Setembro de 2019. Disponível em: <https://www.efe.com/efe/espana/sociedad/el-cambio-climatico-preocupa-a-los-europeos-mas-que-terrorismo-global/10004-4061493>. Acesso em julho de 2020.

European Commission 2018: *Feedback and way forward on improving the implementation and enforcement of Trade and Sustainable Development chapters in EU Free Trade Agreements*. 26 Feb 2018. Disponível em: <https://bit.ly/383QzKw> - acessado em abril de 2021

GHIOTTO, Luciana; ECHAIDE, Javier. *Analysis of the Agreement between the European Union and the Mercosur*. Berlin, Buenos Aires, Brussels: Anna Cavazzini MEP, The Greens/EFA, 2019.

Global Witness (2018): *At what cost? Irresponsible business and the murder of land and environmental defenders in 2017*, July 24, 2018. Disponível em <https://www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/at-what-cost/>. Acesso em julho de 2021.

GONZALEZ, C.G. (2010). *An environmental justice critique of comparative advantage: indigenous peoples, trade policy, and the Mexican neoliberal economic reforms*. *Univ. Pa. J. Int. Law* 32. p. 723.

Harrison, James et al. 2019: *Labour Standards Provisions in EU Free Trade Agreements: Reflections on the European Commission's Reform Agenda*, in: *World Trade Review* 18: 4, Cambridge University Press, pp. 635 – 657, in: <https://bit.ly/2HSMnm3>

HORN, Henrik; MAVROIDIS, Petro; SAPIR, Andre. *Beyond the WTO? An Anatomy of EU and US Preferential Trade Agreements*. Bruxelas: Bruegel Blueprint Series, 2009.

JANSEN, Marion; SOLLEDER, Olga; BOFFA Mauro. (2017). *Do We Need Deeper Trade Agreements for GVCs or just a bit?* International Trade Centre, outubro 2017.

International Labour Organization (ILO) 2013. *Social dimensions of free trade agreements*. Geneva, p.1. Disponível em: <https://bit.ly/2HXivVJ> - acesso em abril de 2021.

LOWE, Sam. *The EU should reconsider its approach to trade and sustainable development*.

Disponível em: <https://www.cer.eu/insights/eu-should-reconsider-its-approach-trade-and-sustainable-development>. Acesso em abril de 2021.

MARQUES, Claudia; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. *Acordo Mercosul/União Europeia (EU), Sustentabilidade e o Princípio da Precaução*. Revista de Direito do Comércio Internacional, n. 02, EnLaw, 2019, p. 70.

PARENTI, Eduardo; GIOACHINI, Leonardo. *Comércio Internacional e desenvolvimento sustentável: dos impactos no arranjo de integração à falta de enforcement*. Revista de Direito do Comércio Internacional, n. 04, EnLaw, 2021, p. 113-158.

PENDRILL, Florence. PERSSON, U.M. GODAR, Javier. and KASTNER, Thomas. (2019). *Deforestation displaced: trade in forest-risk commodities and the prospects for a global forest transition*. Environ. Res. Lett. 14, 55003. Disponível em <https://iopscience.iop.org/article/10.1088/1748-9326/ab0d41/meta>. Acesso em julho de 2021.

RAJÃO, Raoni. SOARES-FILHO, Britaldo. NUNES, Felipe. BÖRNER, Jan. MACHADO, Lilian. ASSIS, Débora. OLIVEIRA, Amanda. PINTO, Luís. RIBEIRO, Vivian. RAUSCH, Lisa. GIBBS, Holly. FIGUEIRA, Danilo. (2020). *The rotten apples of Brazil's agribusiness*. Science 369, 246–248. Disponível em <https://science.sciencemag.org/content/369/6501/246>. Acesso em julho de 2021.

VENTURA, Deisy. *As Assimetrias entre o Mercosul e a União Europeia: os desafios de uma associação inter-regional*. Barueri: Manole, 2003.

WORLDWIDE NGO Directory. WANGO. Disponível em:

<https://www.wango.org/resources.aspx?section=ngodir&sub=region®ionID=5&col=cc3300>. Acesso em outubro de 2020.

COMÉRCIO INTERNACIONAL, CORRUPÇÃO E INVESTIMENTOS: UM ESTUDO EMPÍRICO SOBRE AS CLÁUSULAS QUE VERSAM SOBRE CORRUPÇÃO NOS ACORDOS DE INVESTIMENTO CELEBRADOS PELO BRASIL ENTRE 1980 E 2020

Elisa Amorim Boaventura

Resumo: O combate à corrupção impacta nos investimentos recebidos por um país, assim, o presente artigo visa responder se Acordos de Investimento celebrados pelo Brasil versam sobre corrupção. Para tanto, mediante análise empírica dos Acordos de Investimento dispostos na base de dados da UNCTAD, identificam-se menções à corrupção entre 1980-2020. Dentre os 46 Acordos analisados, apenas 17 mencionam corrupção, sendo estes negociados após a criação dos ACFIs, em 2013. Assim, explica-se o contexto de inserção das cláusulas sobre corrupção em Acordos de Investimento, a fim de contribuir para discussão sobre investimentos recebidos pelo Brasil e/ou realizados por empresários brasileiros no exterior.

Palavras-chave: Acordos Bilaterais de Investimento; Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimento; Tratados com disposições sobre investimentos; Combate à Corrupção; Brasil.

I. Introdução

A relação do direito dos investimentos com o combate à corrupção não é automática ou direta. Por muito tempo acreditou-se que a diminuição da corrupção em um país seria fator que aumentaria os investimentos estrangeiros recebidos. Todavia, estudo empírico elaborado por Belgibayeva e Plekhanov¹ demonstra que, na realidade, o combate à corrupção impacta na qualidade e na composição dos investimentos recebidos. Deste modo, em razão do tema de combate à corrupção estar cada vez mais inserido nas discussões no âmbito

¹ BELGIBAYEVA, Adiya; PLEKHANOV, Alexander. *Does corruption matter for sources of foreign direct investment?* Review of World Economics, v. 155, p. 487–510, 8 jun. 2019. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10290-019-00354-1>. Acesso em: 27 maio 2021.

de fóruns internacionais e afetar diferentes áreas de estudo, surgiu a ideia de verificar se os Acordos de Investimento estariam em consonância com esta preocupação com o combate à corrupção.

Neste contexto, no presente artigo pretende-se responder a seguinte pergunta de pesquisa: os Acordos de Investimento celebrados ao longo dos anos pelo Brasil versam sobre o combate à corrupção? Em caso afirmativo, seriam averiguados o momento e o contexto histórico em que esta preocupação foi posta. Com efeito, tendo em vista que o tema de combate à corrupção tem sido cada vez mais discutido no cenário internacional, a hipótese inicial era de que a temática de combate à corrupção estaria presente nos acordos celebrados apenas mais recentemente pelo Brasil, todavia, o modo de inserção desta temática ainda era uma incógnita.

Para tanto, fez-se necessária uma densa pesquisa empírica. Em termos metodológicos, realizou-se a análise na íntegra dos acordos bilaterais de investimento (*Bilateral Investment Treaties - BITs lato sensu*) e dos tratados que versam sobre investimentos (*Treaties with Investment Provisions - TIPS*) firmados pelo Brasil ao longo dos anos e disponibilizados na base de dados da UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*). Foram encontrados 46 (quarenta e seis) Acordos de Investimento celebrados pelo Brasil entre os anos de 1980 e 2020, estes foram classificados e analisados pormenorizadamente.

A fim de responder à pergunta de pesquisa e verificar a respectiva hipótese, após breve explicação da relação entre a Corrupção e os Acordos de Investimento (II), passar-se-á à pesquisa empírica sobre os Acordos de Investimento celebrados pelo Brasil e as cláusulas sobre corrupção (III). Em seguida, apresenta-se a base de dados e a metodologia (III.1), bem como uma análise quantitativa (III.2) e qualitativa (III.3) dos Acordos de Investimento celebrados pelo Brasil ao longo dos anos. Em relação a análise qualitativa, esta primeiro é realizada em relação aos BITs *lato sensu* (III.3.1) e, posteriormente, em relação aos TIPS (III.3.2). Por fim, passa-se aos efeitos da inserção de cláusulas que versam sobre corrupção nos Acordos de Investimento celebrados pelo Brasil (IV), focando, especificamente, na criação dos ACFIs e suas consequências, a fim de contribuir para a discussão sobre a qualidade e a composição dos investimentos recebidos no Brasil e realizados por empresários brasileiros no exterior.

II. Breves considerações sobre a relação entre Corrupção e Acordos de Investimento

O termo corrupção possui definições variáveis de acordo com a cultura e o contexto histórico de cada país, sendo modificado ao longo dos anos. A Transparência Internacional² define corrupção como “abuso de poder confiado a alguém para obtenção de ganho privado”, sendo que este poder pode ser confiado por um empregador ao empregado ou pelo governante a população, por exemplo. Dentro deste conceito, é possível inserir diversos tipos de atos considerados corruptos, como o suborno, o nepotismo, fraude eleitoral, conflitos de interesse.

Para fins do presente artigo, destaca-se o conceito de suborno, uma vez que esta prática é quase que universalmente tida como corrupta e é comumente praticada no cenário internacional. O suborno é definido por Susan Rose-Ackerman³ como a troca explícita de dinheiro, presentes de qualquer tipo ou favores em razão do desrespeito a uma norma ou ao pagamento por benefícios não onerosos ou que deveriam ser alocados de acordo com requisitos diversos a possibilidade de pagamento. Este conceito inclui tanto o suborno de agentes públicos como de agentes privados.

O suborno transnacional foi apontado como um problema para as empresas que buscavam atuar e investir em outros países ainda em 1977, ano no qual os Estados Unidos editaram o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA). Esta iniciativa foi essencial para que o tema passasse a ser discutido em âmbito internacional, uma vez que esta lei, apesar de criada pelos Estados Unidos, impede empresas norte-americanas, empresas estrangeiras que atuem nos Estados Unidos ou empresas que possuam ações na bolsa norte-americana ofereçam suborno em países estrangeiros, podendo ser punidas.

Todavia, do ponto de vista das empresas norte-americanas, a FCPA criou uma desvantagem competitiva, pois na época o suborno transnacional era visto como prática comum, tanto é que os países e as empresas já incluíam nos custos de transação e atuação em outras nações os subornos que deveriam

² TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL (Brasil). O que é corrupção? In: BRASIL, Transparência Internacional. *Perguntas Frequentes*. 11 maio 2021. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/quem-somos/perguntas-frequentes/>. Acesso em: 27 maio 2021.

³ ROSE-ACKERMAN, Susan and PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government: Causes, consequences and reforms*. New York, NY: Cambridge University Press, 2016.

ser pagos. Logo, os Estados Unidos passaram a pressionar outros países a adotarem as mesmas práticas de combate ao suborno transnacional, além de colocar em pauta o assunto em organismos internacionais.

Tal esforço gerou resultado, uma vez que a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997 e promovida pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), foi o primeiro acordo multilateral sobre corrupção, e contou, inclusive, com o Brasil como signatário.

Desse modo, o esforço norte-americano na década de 70 acabou por colocar o tema em pauta nas reuniões de organismos internacionais, e desde então cada vez mais países tem tomado medidas com o intuito de combater à corrupção em suas diversas formas, seja por meio de legislações ou por meio de políticas de combate à corrupção incluídas em acordos de comércio e de investimento.

Entretanto, se engana quem acredita que a corrupção é somente um problema político. A corrupção gera consequências econômicas e é um dos fatores de distorção da concorrência. Outrossim, a corrupção pode ser entendida como um fator negativo para os investidores internacionais que, por vezes, ao incluir os custos morais e financeiros necessários para investir em um país, além das possíveis consequências legais em razão da prática de ato ilegal, entendem que tal investimento não é economicamente interessante ou viável.

Em análise empírica quanto ao impacto da corrupção nos investimentos diretos recebidos por um país, Belgibayeva e Plekhanov⁴ verificaram que o combate à corrupção está associado ao investimento internacional direto recebido por um país. Os autores destacam que o combate à corrupção se relaciona ao aumento dos investimentos em um país, sendo que este efeito não é universal e muitas vezes não é considerável. Todavia, ressaltam que um maior controle da corrupção em um país impacta fortemente na qualidade e na composição dos investimentos internacionais diretos: o controle da corrupção em um país receptor de capitais tende a atrair investimentos de países com baixo nível de corrupção e a reduzir os investimentos advindos de países com altos níveis de corrupção. Deste modo,

⁴ BELGIBAYEVA, Adiya; PLEKHANOV, Alexander. *Does corruption matter for sources of foreign direct investment?* Review of World Economics, v. 155, p. 487–510, 8 jun. 2019. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10290-019-00354-1>. Acesso em: 27 maio 2021.

entendem que caso o país receptor possua investimentos de países com baixos níveis de corrupção, tal pode ser um incentivo para que aquele adote práticas de boa governança e medidas de combate à corrupção.

Portanto, discutir sobre a temática do combate à corrupção e a influência desta nos investimentos recebidos por um país se mostra de extrema relevância. Insta ressaltar que os investimentos internacionais são regulados por normas fracionadas, pois está disposto, majoritariamente, em Acordos de Investimento firmados entre diferentes nações, uma vez que as legislações nacionais não tratam sobre esta matéria e, ao contrário do direito do comércio internacional, regulado pela Organização Mundial do Comércio (OMC), não há órgão centralizado que o faça.

Neste sentido, tendo em vista a importância do combate à corrupção na atualidade e a sua influência tanto para o livre mercado quanto para a recepção de capitais, entende-se como relevante a análise de Acordos de Investimento negociados e/ou celebrados pelo Brasil ao longo dos anos com o intuito de verificar se estes abrangem a temática de combate à corrupção.

III. Pesquisa empírica sobre Acordos de Investimento celebrados pelo Brasil e cláusulas sobre corrupção

No presente capítulo, pretende-se demonstrar a metodologia utilizada e justificar a escolha da base de dados da UNCTAD no bojo da presente pesquisa (III.1). Ademais, a partir dos dados encontrados ao se realizar a leitura minuciosa dos Acordos de Investimento celebrados pelo Brasil e verificar a presença ou ausência de cláusulas sobre corrupção, será apresentada tanto a análise quantitativa (III.2.), quanto a análise qualitativa (III.3.) dos dados.

III.1. Base de dados e metodologia

O objetivo da presente pesquisa empírica é identificar menções à corrupção no bojo de Acordos de Investimento negociados pelo Brasil. Para tanto, foi preciso analisar um universo considerável de acordos dos quais o Brasil é signatário. Optou-se por realizar a análise dos acordos presentes na base de dados da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), em razão do fácil acesso à plataforma gratuita e aos acordos, disponibilizados em formato PDF. Deste modo, na presente pesquisa empírica, não são analisados Acordos Preferenciais, Acordos

Regionais ou outros Acordos Comerciais que não estejam dispostos na base de dados da UNCTAD e/ou não disponham sobre investimentos⁵.

Os Acordos de Investimento dispostos na plataforma são classificados pela UNCTAD em Acordos Bilaterais de Investimentos⁶ (*Bilateral Investment Treaties* – doravante *BITs*) e Tratados com disposições sobre Investimentos (*Treaties with Investment Provisions* – doravante *TIPs*), podendo ser negociados pelo Brasil individualmente como nação ou conjuntamente com outros países, com destaque para aqueles negociados em conjunto com os países membros do Mercosul (Mercado Comum do Sul).

Insta ressaltar que na presente pesquisa considerou-se que a base de dados da UNCTAD se refere aos BITs de forma ampla, sem considerar as peculiaridades do contexto brasileiro. Deste modo, optou-se por considerar que o termo BITs é utilizado pela base de dados no sentido de BITs *lato sensu*, que se diferenciam, no contexto brasileiro, em BITs *stricto sensu* – modelo clássico de Acordo Bilateral de Investimento e adotado por diversas nações em meados de 1990 – e ACFIs (Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos) – modelo de Acordo Bilateral de Investimento elaborado pelo Brasil e utilizado a partir de 2015.

Na base de dados da UNCTAD, constam 46 (quarenta e seis) acordos negociados pelo Brasil, sendo 27 (vinte sete) acordos bilaterais de investimento (BITs *lato sensu*) e 19 (dezenove) tratados com disposições sobre investimentos (TIPs). O download de todos os acordos disponíveis foi realizado, sendo estes nomeados sistematicamente na seguinte ordem de termos: ano de assinatura do acordo – língua na qual foi disponibilizado – nome do acordo em conformidade com a base de dados.

A partir da organização dos dados empíricos coletados por meio de pesquisa na base de dados da UNCTAD, foi possível realizar a classificação dos acordos. Estes 46 acordos de investimento foram catalogados, analisados e classificados em tabela Excel, que continha as seguintes colunas: (i) nome do acordo; (ii) países signatários, de modo a explicitar se o acordo foi

⁵ Destaca-se a possibilidade de análise futura dos acordos celebrados pelo Brasil, sejam eles de investimento, preferenciais, comerciais, entre outros, presentes em diferentes bases de dados e não incluídos na presente pesquisa.

⁶ Júlia Marssola explica que “[o]s BITs caracterizam-se pela celebração de um acordo entre dois Estados, via de regra, um país receptor de capitais e um país exportador de capitais, através do qual são definidos direitos e obrigações recíprocas a ambos. No modelo tradicional dos BITs, os maiores beneficiários são os investidores, o que lhes confere um caráter de trilateralidade: Estado receptor, Estado exportador e investidor estrangeiro”.

celebrado por intermédio de bloco econômico ou não; (iii) ano de assinatura e ano de vigência; (iv) o tipo de acordo (BITs *lato sensu* ou TIPS); (v) se há menção à corrupção e o trecho no qual é mencionada; (vi) se há menção a boas práticas de governança e o trecho no qual são mencionadas; (vii) se há menção a suborno transnacional e o trecho no qual é mencionado; e (viii) se há menção a transparência e o trecho no qual é mencionada.

Ante o exposto, passa-se a análise quantitativa (III.2) e qualitativa (III.3) dos dados dos Acordos de Investimento celebrados pelo Brasil e listados na base de dados da UNCTAD.

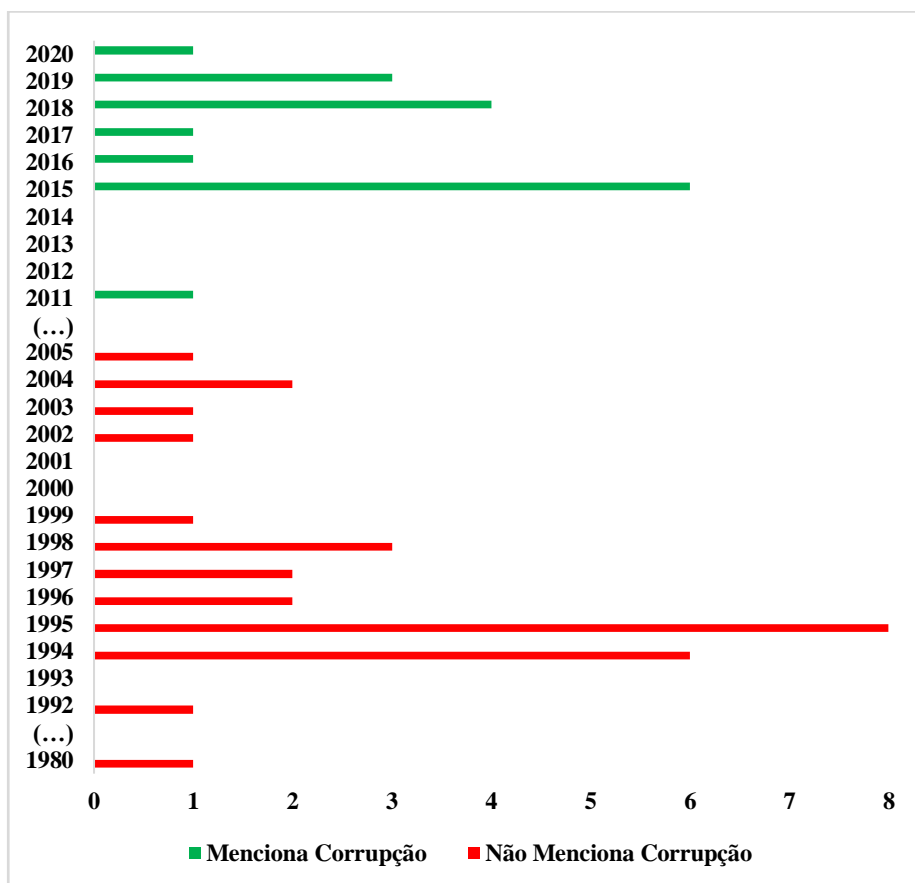
III.2. Análise quantitativa dos dados sobre Acordos de Investimento celebrados pelo Brasil e cláusulas sobre corrupção

Dentre os 46 (quarenta e seis) acordos analisados, 29 (vinte e nove) acordos não mencionavam corrupção, enquanto 17 (dezessete) faziam menção à corrupção. Analisando a série histórica de 1980 a 2020, percebe-se que em dois períodos foram celebrados uma maior quantidade de Acordos de Investimento: entre os anos de 1994 e 1995, e entre 2015 e 2019.

Entre 1994 e 1995, os acordos negociados estão inseridos no contexto dos BITs clássicos (*stricto sensu*), sendo que nesta época diversos países em desenvolvimento optaram por firmar BITs com o intuito de atrair investimentos estrangeiros. Por sua vez, a partir de 2015 o Brasil já fazia uso do modelo de ACFI e tinha interesse em atrair investidores e investir em outros países em desenvolvimento. Deste modo, o país passou a divulgar o seu novo modelo de BIT, os ACFIs, em fóruns internacionais, chamando a atenção de diversos países, em especial os africanos e os latino-americanos.

Após a análise pormenorizada dos Acordos de Investimento celebrados pelo Brasil ao longo dos anos, percebe-se que, até meados de 2011 nenhum dos acordos fazia menção a corrupção. Todavia, a partir de 2015, todos os Acordos de Investimento celebrados pelo Brasil possuem alguma cláusula ou capítulo que verse sobre corrupção, como se demonstra no gráfico “Acordos de Investimento e cláusulas de combate à corrupção ao longo dos anos”, elaborado a partir da análise empírica realizada:

Acordos de Investimento e cláusulas de combate à corrupção ao longo dos anos



Fonte: Elaboração própria a partir da análise dos acordos dispostas na plataforma da UNCTAD

Tendo em vista a análise quantitativa dos Acordos de Investimento dispostos na base de dados da UNCTAD, passa-se a análise qualitativa, que considera o contexto histórico e regulatório que levou o Brasil a celebrar os acordos acima analisados e a inclusão, ou não, de capítulos ou cláusulas que versem sobre corrupção.

III.3. Análise qualitativa dos dados sobre Acordos de Investimento celebrados pelo Brasil e cláusulas sobre corrupção

Para fins da análise qualitativa, primeiro serão apresentados os resultados em relação aos BITs *lato sensu* (III.3.1) e, posteriormente, em relação aos TIPs (III.3.2)

III.3.1. BITs *lato sensu*

No fim dos anos 80, surge o modelo clássico de Acordo Bilateral de Investimento (BIT *stricto sensu*), no qual são definidos direitos e obrigações devidas a ambos os signatários. Geralmente, este é celebrado por dois Estados: um receptor de capitais, na maioria das vezes um país em desenvolvimento, e um exportador de capitais, na maioria das vezes um país desenvolvido. Os BITs *stricto sensu* se tornaram os principais mecanismos para regulação de investimentos estrangeiros ao redor do mundo.

Contudo, este modelo de regulação de investimentos foi criado por países desenvolvidos, deste modo priorizava a proteção dos investimentos e dos investidores estrangeiros, até mesmo em relação a riscos não comerciais, em detrimento das necessidades e especificidades caras aos países em desenvolvimento. Por este motivo, apesar do aumento de BITs *stricto sensu* celebrados ao redor do mundo ainda na década de 90, o Brasil, mesmo tendo negociado alguns Acordos de Investimento, não chegou a ratificá-los, pois entendia que esta ferramenta não era benéfica ao país.

Dentre as limitações dos BITs *stricto sensu*, o Brasil⁷ identificou como principais: (i) as restrições à liberdade regulatória e à capacidade dos Estados de adotarem políticas públicas; (ii) o tratamento mais favorável do investidor estrangeiro em relação ao investidor nacional; (iii) o elevado custo econômico e político dos procedimentos arbitrais previstos para a solução de controvérsias; (iv) a imposição de onerosas indenizações; e (v) a falta de transparência das decisões arbitrais.

⁷ MINISTÉRIO DA ECONOMIA (Brasil). Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimento – ACFI. In: *Negociações Internacionais de Investimentos*. 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-externior/pt-br/assuntos/comercio-externior/negociacoes-internacionais/negociacoes-internacionais-de-investimentos/nii-acfi>. Acesso em: 27 maio 2021.

Neste contexto, o Brasil negociou 14 (quatorze) BITs *stricto sensu*⁸ entre 1994 e 1999, entretanto, estes não chegaram a ser ratificados. Ressalta-se, ainda, que nenhum destes fazia qualquer referência ou menção a corrupção ou a transparência, mesmo que, em meados de 1990, a temática do combate à corrupção, em especial ao suborno transnacional, já fosse discutida amplamente no cenário internacional, com destaque para a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE, firmada em 1997.

Portanto, devido as deficiências identificadas pelo Brasil e as críticas elaboradas ao modelo clássico de BIT, até meados de 2015, o Brasil não possuía nenhum acordo bilateral de investimento vigente, de encontro a tendência mundial dos países em desenvolvimento de recorrer aos BITs *stricto sensu* para atrair investidores diretos aos países. Em meados de 2013, tiveram início estudos para a criação de um novo modelo de Acordo Bilateral de Investimento que atendesse as expectativas e as necessidades do Brasil.

Com efeito, o país, ao optar por elaborar modelo de acordo bilateral próprio, passou a considerar as peculiaridades de um país em desenvolvimento: predominantemente receptor de capitais, mas que também começava a investir em outros países. Surge, então, o modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimento (ACFI), que se baseia em três principais pilares: (i) mitigação de riscos; (ii) governança institucional; e (iii) agendas temáticas para cooperação e facilitação dos investimentos. Nesse sentido, Julia Marssola destaca que “[o]s ACFIs despontaram como uma rara alternativa ao sistema econômico liberal e suas regras, oferecendo uma resposta pragmática baseada nas necessidades domésticas do Brasil e em sua posição geoeconômica”⁹.

Os ACFIs surgiram a partir dos estudos de equipe técnica especializada que fez uso de subsídios disponibilizados por organismos internacionais, estudos dos mais atuais *benchmarkings* e consultas realizadas ao setor privado brasileiro. Ademais, este modelo de acordo foi pensado para que os Estados atuassem como facilitadores na relação técnica entre

⁸ Foram negociados BITs *stricto sensu* com os seguintes países: Chile, Portugal, Suíça, Reino Unido, Finlândia, Alemanha, Venezuela, Dinamarca, França, Itália, República da Coreia, Cuba, Holanda e Bélgica e Luxemburgo (BLEU – *Belgium and Luxembourg Economic Union*).

⁹ MARSSOLA LOURES, Júlia. Acordos Internacionais de Investimentos no Brasil: Análise do tratamento da nação mais favorecida. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019. p. 38.

investidores e o governo do país receptor, de modo a prevenir conflitos entre as partes e fomentar relações de longo prazo entre as partes.

Destaca-se, ainda, que esta nova modalidade de acordo buscava corrigir pontos de discordância criticados pelo Brasil ainda na década de 90, como as restrições à liberdade regulatória e à capacidade dos Estados de adotarem políticas públicas; e o tratamento mais favorável do investidor estrangeiro em relação ao investidor nacional; que resultaram na não ratificação da maioria dos Acordos de Investimento à época negociados.

Entre 2015 e 2020, foram negociados 13 (treze) BITs *lato sensu*¹⁰, que seguem o modelo de ACFIs elaborado pelo Brasil. Insta ressaltar que todos fazem menção à corrupção, seja expressamente – trazendo uma cláusula ou capítulo sobre corrupção – ou indiretamente – descrevendo uma prática que pode ser considerada corrupta.

Outrossim, estes Acordos de Investimento mencionam a necessidade de se observar boas práticas de governança corporativa e a importância da transparência entre as partes. Quanto a transparência, determinam que “cada Parte garantirá que suas leis e regulamentos relativos a qualquer assunto compreendido [no] Acordo, em especial em matéria de qualificação, licença e certificação, sejam publicadas sem demora, e, quando for possível, em formato eletrônico”.

Os acordos celebrados com Angola (2015), Moçambique (2015), Malauí (2015) e México (2015), fazem menção indireta à corrupção ao indicar que os investidores devem possuir uma conduta empresarial responsável e coerente, e em conformidade com as leis do país receptor, de modo a

abster-se de procurar ou aceitar exceções que não estão previstas na legislação da Parte Receptora, relativos a meio ambiente, saúde, segurança, trabalho ou incentivos financeiros, ou outras questões; apoiar e manter princípios de boa governança corporativa, e desenvolver e aplicar boas práticas de governança corporativa; e abster-se de ação discriminatória ou disciplinar contra os trabalhadores que fizerem relatórios graves à direção ou, quando apropriado, às autoridades públicas competentes, sobre práticas transgredindo a lei ou

¹⁰ Entre 2015 e 2020 foram firmados Acordos Bilaterais de Investimento (BITs *lato sensu*) com os seguintes países: Angola (2015), Moçambique (2015), Chile (2015), Colômbia (2015), Malauí (2015), México (2015), Etiópia (2018), Guiana (2018), Suriname (2018), Equador (2019), Marrocos (2019), Emirados Árabes Unidos (2019), e Índia (2020).

violando os padrões de boa governança corporativa aos quais a empresa estiver submetida.

Ou seja, estes acordos, apesar de não mencionarem expressamente corrupção, inibem práticas a ela relacionadas ao definir que os investidores não devem procurar ou aceitar exceções ou privilégios de qualquer natureza que não estejam previstos na legislação da parte receptora.

Os demais acordos bilaterais celebrados a partir de 2015 – Chile (2015), Colômbia (2015), Etiópia (2018), Guiana (2018), Suriname (2018), Equador (2019), Marrocos (2019), Emirados Árabes Unidos (2019), e Índia (2020) – possuem capítulo específico que versa sobre o combate à corrupção, nomeado “Medidas sobre investimentos e luta contra a corrupção e a ilegalidade”. Neste, fica definido que:

Medidas sobre investimentos e luta contra a corrupção e a ilegalidade

(1) Cada Parte adotará e manterá medidas e esforços para prevenir e combater a corrupção, a lavagem de ativos e o financiamento ao terrorismo relacionados às matérias cobertas por este Acordo.

(2) Nada do disposto neste Acordo obrigará a qualquer das Partes a proteger investimentos realizados com capitais ou ativos de origem ilícita ou investimentos em cujo estabelecimento ou operação forem verificados atos ilícitos que tenham sido sancionados com a perda de ativos ou atos de corrupção. (Grifamos)

Outrossim, os acordos celebrados a partir de 2018¹¹, com exceção do acordo com a Etiópia (2018) e o Equador (2019), fazem menção específica ao suborno transnacional ao descreverem a prática, como se demonstra:

Investidores e seus investimentos não deverão, antes ou depois do estabelecimento de um investimento, oferecer, prometer ou dar qualquer vantagem pecuniária indevida, gratificação ou presente, direta ou indiretamente, a um servidor público ou funcionário de governo de uma Parte como forma de induzir a que realize ou deixe de realizar qualquer ato oficial ou para obter ou manter vantagem indevida, nem

¹¹ Os acordos entre Brasil e Guiana (2018), Suriname (2018), Marrocos (2019), Emirados Árabes Unidos (2019), e Índia (2020), fazem menção específica ao suborno transnacional.

ser cúmplices de incitar, auxiliar, instigar ou conspirar para que sejam cometidos tais atos¹².

Abster-se de oferecer, prometer, conceder ou solicitar, direta ou indiretamente, pagamentos ilícitos ou outras vantagens indevidas com vistas a obter ou manter um negócio ou outra vantagem indevida.¹³

Em síntese, no bojo dos BITs *lato sensu*, 13 (treze) acordos, todos celebrados após a criação dos ACFIs, se referem a corrupção, a transparência e a boas práticas de governança, enquanto 14 (quatorze) não fazem qualquer menção ao tema.

Portanto, a partir da presente análise, verifica-se que, com a elaboração dos modelos de ACFIs, o combate à corrupção passou a ser tema relevante e mencionado no bojo dos acordos bilaterais de investimento. Esta constatação é de suma importância, uma vez que os ACFIs foram elaborados, principalmente, a partir de pesquisas junto ao setor privado brasileiro e estudo de documentos de organismos internacionais. No mesmo sentido, os TIPs se desenvolveram ao longo dos anos e passaram a mencionar o combate à corrupção, como se passa a demonstrar.

III.2.3. *TIPs*

Entre 1980 e 2005, o Brasil celebrou 15 (quinze) TIPs¹⁴, sendo que nenhum menciona corrupção e somente quatro acordos mencionam

¹² Formato utilizado nos seguintes acordos: Guiana (2018), Suriname (2018), Emirados Árabes Unidos (2019), e Índia (2020).

¹³ Formato utilizado no acordo de investimento celebrado com o Marrocos (2019).

¹⁴ Os seguintes acordos com disposições sobre investimento foram negociados pelo Brasil entre 1980 e 2005: Associação Latino-Americana de Integração (ALADI) (1980), Acordo de Cooperação entre Brasil e Comunidade Europeia (1992), Protocolo de Investimento do Mercosul (Intra e Extra) (1994), Acordo de Cooperação entre Comunidade Europeia e Mercosul (1995), Acordo de Complementação Econômica entre Bolívia e Mercosul (1996), Acordo de Complementação Econômica entre Chile e Mercosul (1996), Protocolo de Serviços do Mercosul (1997), Acordo Marco para a Criação de uma Área de Livre Comércio entre Comunidade Andina e Mercosul (1998), Acordo de Cooperação entre Canadá e Mercosul (1998), Acordo de Complementação Econômica entre México e Mercosul (2002), Acordo-Quadro entre República da Índia e Mercosul (2003), Acordo-Quadro entre Egito e Mercosul (2004), Acordo de Complementação Econômica entre Colômbia, Equador, Venezuela e

transparência: o Protocolo de Serviços do Mercosul (1997), o Acordo de Complementação Econômica entre México e Mercosul (2002), o Acordo de Complementação Econômica entre Colômbia, Equador, Venezuela e Mercosul (2004) e o Acordo de Complementação Econômica entre Mercosul e Peru (2005).

Estes acordos, ao mencionarem a transparência, determinam que os Estados signatários exponham as modificações legais que podem afetar as relações comerciais e de investimento abarcadas pelos acordos. Deste modo, tal disposição é tida como de extrema relevância, pois acaba por limitar, por exemplo, pedidos de suborno devido ao não cumprimento de normas muitas vezes inexistentes e ditas como “recém-criadas”, pois o Estado tem o dever de divulgar e notificar quaisquer normas ou resoluções que passarem a vigorar e afetem o acordo celebrado com os demais Estados signatários.

Ressalta-se que entre 2005 e 2010, nenhum tratado com disposição sobre investimento foi celebrado pelo Brasil. Somente em 2011, o Brasil firmou o Acordo Brasil–Estados Unidos de Comércio e Cooperação Econômica (ATEC), emendado em meados de 2020. Esta emenda inseriu anexo voltado especificamente ao combate à corrupção, nomeado “*Anti-corruption*” e está em consonância com os acordos celebrados a partir de 2015.

Insta ressaltar que os quatro TIPs celebrados entre os anos de 2011 e 2020 – Acordo Brasil–Estados Unidos de Comércio e Cooperação Econômica (ATEC) (2011/2020), Acordo de Expansão Econômica e Comercial Brasil-Peru (2016), Protocolo de Cooperação Intra-Mercosul e Facilitação de Investimentos (2017), e Acordo de Livre Comércio entre Brasil e Chile (2018) – fazem menção à corrupção, apresentando cláusula semelhante àquela presente nos ACFIs.

Destaca-se que o Acordo Brasil–Estados Unidos de Comércio e Cooperação Econômica (ATEC) (2011/2020) e o Acordo de Livre Comércio entre Brasil e Chile (2018) fazem menção expressa ao suborno transnacional, prática reprovada desde meados de 1980, com a edição do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) pelos Estados Unidos em 1977.

Em síntese, dentre os TIPs, 4 (quatro) se referem a corrupção e 15 (quinze) não fazem qualquer menção ao tema. Ademais, interessante ressaltar

Mercosul (2004), e Acordo de Complementação Econômica entre Mercosul e Peru (2005). Dentre estes, Protocolo de Investimento do Mercosul (Intra e Extra) (1994) e o Acordo-Quadro entre Egito e Mercosul (2004) não entraram em vigor.

que, dentre os acordos que não fazem menção à corrupção, 4 (quatro) se referem a transparência.

Portanto, tem-se que, ao longo dos anos, disposições que versam sobre o combate à corrupção, a transparência e ao suborno transnacional se tornaram cada vez mais usuais no âmbito dos TIPs, fenômeno semelhante ao ocorrido no bojo dos BITs *lato sensu*. Ante o exposto, passa-se a análise dos efeitos da inserção de cláusulas que versam sobre o combate à corrupção no bojo de Acordos de Investimento.

IV. A inserção de cláusulas que versam sobre corrupção nos Acordos de Investimento celebrados pelo Brasil: a criação dos ACFIs e suas consequências

A partir da análise dos acordos presentes na base de dados da UNCTAD, observa-se dentre os 27 (vinte e sete) BITs *lato sensu* celebrados pelo Brasil, somente 13 (treze)¹⁵ mencionam, de forma direta ou indireta, corrupção, sendo estes celebrados após a criação do modelo de ACFI e conforme as suas diretrizes. Dentre os 19 (dezenove) TIPs celebrados pelo Brasil, somente 4 (quatro)¹⁶ mencionam corrupção, sendo estes firmados ou emendados após a criação do modelo ACFI e conforme suas diretrizes.

Portanto, a presente pesquisa aporta dados empíricos inéditos pois constata que, após a criação do modelo ACFI, que inclui cláusulas que versam sobre corrupção, todos os Acordos de Investimento celebrados pelo Brasil até o ano de 2020 fazem menção à corrupção. Tendo em vista a ampla utilização do modelo de ACFI, é preciso compreender o porquê deste modelo trazer em sua estrutura cláusulas que versam sobre transparência e corrupção.

Destaca-se que, inicialmente, o ACFI foi pensado como modelo de Acordo Bilateral de Investimento a ser firmado junto aos países africanos,

¹⁵ Entre 2015 e 2020 foram firmados Acordos Bilaterais de Investimento (BITs *lato sensu*) com os seguintes países: Angola (2015), Moçambique (2015), Chile (2015), Colômbia (2015), Malauí (2015), México (2015), Etiópia (2018), Guiana (2018), Suriname (2018), Equador (2019), Marrocos (2019), Emirados Árabes Unidos (2019), e Índia (2020).

¹⁶ Entre 2015 e 2020 foram celebrados os seguintes TIPs: Acordo Brasil–Estados Unidos de Comércio e Cooperação Econômica (ATEC) (2011/2020), Acordo de Expansão Econômica e Comercial Brasil-Peru (2016), Protocolo de Cooperação Intra-Mercosul e Facilitação de Investimentos (2017), e Acordo de Livre Comércio entre Brasil e Chile (2018).

entretanto, após apresentação deste em fóruns internacionais, como UNCTAD, *World Investment Forum (WIF)* e *International Institute for Sustainable Development (IISD)*, diversos países latino-americanos, assim como outros países em desenvolvimento, se interessaram em celebrar Acordos de Investimento com o Brasil com base nos novos termos dispostos no modelo de ACFI.

Portanto, no contexto de criação do ACFI, as cláusulas de combate à corrupção inseridas eram de extrema relevância pois, além de estarem em consonância com as discussões internacionais sobre investimentos e corrupção, os países com os quais o Brasil iria firmar estes Acordos de Investimento possuíam contexto histórico e político entrelaçados com escândalos de corrupção, o que poderia prejudicar os investidores brasileiros.

Deste modo, a cláusula de combate à corrupção inserida é medida que protege tanto o país exportador, quanto o país receptor de capitais em face a eventuais ilícitos e atos corruptos praticados. Ademais, impõe obrigação de ambos os países envolvidos adotarem e manterem medidas e esforços para prevenir e combater a corrupção, a lavagem de ativos e o financiamento ao terrorismo. Com efeito, insta destacar que o investidor brasileiro se vê protegido frente a eventuais pedidos de suborno no país receptor de investimentos, por exemplo.

Outrossim, a equipe técnica responsável por elaborar o modelo de ACFI buscou subsídios em organismos internacionais, estudos de *benchmarking* e consultas ao setor privado brasileiro¹⁷. Dentre estes, destaca-se o documento “Linhas Diretrizes da OCDE para as Empresas Multinacionais”, no qual os países aderentes, incluso o Brasil, buscam “encorajar as contribuições positivas que as empresas multinacionais possam trazer para o progresso econômico, ambiental e social, e minimizar as dificuldades que possam decorrer das várias atividades destas empresas”¹⁸.

Neste documento, há diretriz relacionada ao combate ao suborno, delimitando que as empresas multinacionais – tanto as que atuam com investimentos, quanto aquelas que atuam no comércio internacional – devem

¹⁷ MINISTÉRIO DA ECONOMIA (Brasil). Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimento – ACFI. In: *Negociações Internacionais de Investimentos*. 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/negociacoes-internacionais-de-investimentos/nii-acfi>. Acesso em: 27 maio 2021.

¹⁸ OCDE. Linhas Diretrizes da OCDE para as Empresas Multinacionais, de 27 de junho de 2000. 27 jun. 2000. Disponível em: <https://www.oecd.org/corporate/mne/38110590.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021. p. 07.

não só evitar se envolver em práticas ilícitas e corruptas, mas também adotar sistemas de controle de gestão que desencorajem a corrupção e as práticas corruptas. Conclui-se que as cláusulas de combate à corrupção, inovações trazidas no bojo dos ACFIs, estão em consonância com as discussões e políticas internacionais.

Consequentemente a adoção de cláusula que verse sobre corrupção com o advento dos ACFIs, o olhar dos investidores estrangeiros e das empresas multinacionais perante o Brasil é modificado, pois o país e as empresas brasileiras se comprometem a adotar medidas com o intuito de combater à corrupção. Neste sentido, a adoção de cláusula que verse sobre corrupção no bojo dos Acordos de Investimento mostra-se relevante, pois demonstra que o país está atento as preocupações dos investidores e tem adotado políticas que vão ao encontro do discutido no cenário internacional, o que aumenta a confiança dos investidores estrangeiros no país.

Ademais, Belgibayeva e Plekhanov¹⁹ ressaltam que a adoção de políticas de combate à corrupção em um país receptor de capitais tende a atrair investimentos de países com baixo nível de corrupção e a reduzir os investimentos advindos de países com altos níveis de corrupção. Ou seja, a adoção das cláusulas de combate à corrupção no âmbito dos Acordos de Investimento pode impactar a qualidade e a composição de investimentos recebidos pelo Brasil.

Portanto, as cláusulas de combate à corrupção inseridas no bojo dos acordos celebrados pelo Brasil a partir de 2015 são elementos que aumentam tanto a confiança do investidor estrangeiro no país, atraindo investimentos de países menos corruptos, quanto a confiança do país receptor no investimento estrangeiro realizado por empresas estrangeiras em seu país. Tanto é que, em 2020, o Acordo Brasil–Estados Unidos de Comércio e Cooperação Econômica (ATEC), celebrado em 2011, foi emendado, sendo inserido anexo específico focado no combate à corrupção e que segue o modelo de cláusula disposto nos ACFIs, o que fortaleceu a relação entre os países signatários.

Destaca-se, por fim, que a maioria dos Acordos de Investimento celebrados em consonância com o modelo de ACFI ainda não está em vigência, pois estes foram celebrados recentemente. Deste modo, ainda é cedo para realizar uma análise sobre os efeitos da inserção destas cláusulas e as

¹⁹ BELGIBAYEVA, Adiya; PLEKHANOV, Alexander. Does corruption matter for sources of foreign direct investment? *Review of World Economics*, v. 155, p. 487–510, 8 jun. 2019. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10290-019-00354-1>. Acesso em: 27 maio 2021.

mudanças que estas geraram em relação, por exemplo, a qualidade e a composição dos investimentos estrangeiros recebidos pelo Brasil.

V. Conclusão

Após a análise dos Acordos de Investimento celebrados pelo Brasil até o ano de 2020, percebe-se, dentre os 46 (quarenta e seis) acordos analisados, que somente 17 (dezesete) se referem a corrupção. Esta temática já vem sendo discutida no cenário internacional desde o fim da década de 70, mesmo assim, provisões que tratassem sobre o tema ainda não eram tidas como relevantes no bojo das negociações destes acordos.

Isto se deve, em parte, devido à relação entre a corrupção e os investimentos estrangeiros não ser óbvia ou linear, uma vez que não necessariamente um país corrupto receberá menos investimentos estrangeiros. Na realidade, o nível de preocupação com a corrupção em um país é fator que pode interferir na qualidade e na composição dos investimentos por ele recebidos, pois países menos corruptos tendem a investir em países que se preocupam com o combate à corrupção. Tal se deve porque a corrupção não é fator exclusivamente negativo, podendo, em alguns cenários, ser vantajosa para os investidores beneficiados pela prática.

Contudo, com o passar dos anos, o combate à corrupção tem sido cada vez mais discutido e comportamentos antes naturalizados, como o suborno transnacional, passaram a ser considerados inaceitáveis. Ademais, a corrupção pode ser entendida como um fator negativo para os investidores internacionais que, por vezes, ao incluir os custos morais e financeiros necessários para investir em um país, além das possíveis consequências legais em razão da prática de ato ilegal, entendem que tal investimento não é economicamente ou moralmente interessante ou viável.

Neste contexto, durante a elaboração do modelo de ACFI, o Brasil parece ter percebido, ao realizar consultas a documentos de organismos internacionais, analisar estudos de *benchmarking* e realizar pesquisas junto ao setor privado brasileiro, que a corrupção era fator relevante e preocupava as empresas multinacionais e os investidores. No mesmo sentido, verificou que as cláusulas que versam sobre corrupção em acordos de investimento contribuíam para que o Brasil atraísse capital de países com menores níveis de corrupção, e, quando atuasse como investidor no país estrangeiro, passasse a ter maiores níveis de compliance do que o país investido. Portanto, foram inseridas cláusulas que versassem sobre o combate à corrupção no âmbito do modelo de acordo ACFI.

Este novo modelo influenciou os acordos firmados pelo Brasil a partir de 2015, uma vez que os acordos bilaterais de investimento (BITs *lato sensu*) celebrados pelo Brasil passaram a fazer menção à corrupção, seja de maneira expressa ou descrevendo uma prática classificada como corrupta; fazendo uso do modelo de ACFI. Já os TIPs, na parte relativa a investimentos, também passaram a ser estruturados e ter características semelhantes aos ACFIs.

Deste modo, percebe-se o caráter inovador deste novo modelo de acordo bilateral de investimentos pensado pelo Brasil e denominado Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI), de modo que a presente pesquisa empírica, assim como as conclusões dela extraídas a partir da análise do contexto e das razões de inserção de cláusulas de combate à corrupção, demonstram-se relevantes para a discussão sobre a qualidade e a composição dos investimentos recebidos no Brasil e realizados por empresários brasileiros no exterior.

VI. Referências Bibliográficas

BELGIBAYEVA, Adiya; PLEKHANOV, Alexander. Does corruption matter for sources of foreign direct investment? *Review of World Economics*, v. 155, p. 487–510, 8 jun. 2019. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10290-019-00354-1>. Acesso em: 27 maio 2021.

MARSSOLA LOURES, Júlia. *Acordos Internacionais de Investimentos no Brasil: Análise do tratamento da nação mais favorecida*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA (Brasil). Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimento – ACFI. In: *Negociações Internacionais de Investimentos*. 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-externo/pt-br/assuntos/comercio-externo/negociacoes-internacionais/negociacoes-internacionais-de-investimentos/nii-acfi>. Acesso em: 27 maio 2021.

NAÇÕES UNIDAS. Navegador de Acordos de Investimento internacional. In: Conferência das Nações Unidas Sobre Comércio e Desenvolvimento. *Centro de Políticas de Investimento*. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>. Acesso em: 25 nov. 2020.

OCDE. *Linhas Diretrizes da OCDE para as Empresas Multinacionais, de 27 de junho de 2000*. 27 jun. 2000. Disponível em: <https://www.oecd.org/corporate/mne/38110590.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

ROSE-ACKERMAN, Susan and PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government: Causes, consequences and reforms*. New York, NY: Cambridge University Press, 2016.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL (Brasil). O que é corrupção? In: BRASIL, Transparência Internacional. *Perguntas Frequentes*. 11 maio 2021. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/quem-somos/perguntas-frequentes/>. Acesso em: 27 maio 2021.

O Déficit democrático no Sistema de Solução de Controvérsias da OMC: Perspectivas à luz de um Tribunal Arbitral “Ad Hoc”

Johnny Tzu Sien Yu e Giulia Tavares Murta

RESUMO: Este artigo traz reflexões advindas das mudanças propostas pelo Governo Trump no Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio, principalmente no tocante à possibilidade de dissolução do Órgão de Apelação e os impactos que isso traria para os Países-Membros menos desenvolvidos, os “*Least Developed Countries*” (LDC). Para tanto, através do método procedimental bibliográfico, expõe o já existente déficit democrático na OMC e as razões para as dificuldades de acesso à solução de controvérsias e por meio do estudo exploratório e do método dedutivo, discorre acerca de como as mudanças propostas pelo governo norte-americano podem agravar o déficit.

Palavras-chave: Organização Mundial do Comércio; Sistema de Solução de Controvérsias; déficit democrático; desenvolvimento; multilateralismo

Keywords: *World Trade Organization; Dispute Settlement System; democratic deficit; development; multilateralism*

1. Introdução

O Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio é um dos mais bem-sucedidos mecanismos de *enforcement* entre as organizações internacionais. Ao longo dos anos, o sistema foi o responsável pela definição do alcance dos Acordos que compõem o acervo normativo da OMC, contribuindo para precisar os compromissos assumidos pelos países no âmbito internacional, de forma consistente e qualificada.

Em que pesem seus méritos, o funcionamento do SSC possui algumas deficiências notáveis, como a dificuldade de celeridade processual diante de casos cada vez mais complexos, aumentando-se os custos envolvidos na preparação e condução dos contenciosos. Essas deficiências são ainda mais desafiadoras para os países em desenvolvimento e para os menos desenvolvidos (“*least developed countries*”), que não possuem os recursos humanos e financeiros necessários para acessar o mecanismo e, por consequência, o usam e o conhecem pouco. Além disso, esses países possuem maior dificuldade para aplicar os remédios existentes no ESC para os casos de

descumprimento das decisões, o que a longo prazo representa um enfraquecimento político do sistema.

Desta forma, este artigo expõe, inicialmente, o já existente déficit democrático dentro da OMC e de seu Sistema de Solução de Controvérsias. Posteriormente, indica as principais razões para as dificuldades de acesso dos países menos desenvolvidos ao mecanismo de solução de controvérsias, através do método bibliográfico. Por fim, apresenta, através de um estudo exploratório e do método dedutivo, o debate acerca de como as mudanças propostas pelo governo norte-americano, em especial para dissolução do Órgão de Apelação, podem afetar mais severamente os países menos desenvolvidos e não devem ser consideradas o melhor remédio para sanar as deficiências do SSC.

2. O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC: histórico e deficiências para países menos desenvolvidos

O Sistema de Soluções de Controvérsias da OMC surgiu em resposta aos problemas apresentados pelo seu predecessor, o GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*). Embora o GATT tenha sido bem-sucedido em manter e aprofundar o livre comércio por quase cinco décadas após a Segunda Guerra Mundial, alguns problemas começaram a surgir após a década de 1980: o recrudescimento de novas barreiras comerciais na forma de restrições voluntárias às exportações; a ausência de cobertura e proteção de setores importantes das economias desenvolvidas – principalmente dos EUA – e a ausência de uma estrutura confiável e efetiva de solução das controvérsias comerciais (BOWN; KEYNES, 2020).

Pelas regras do GATT, os Membros poderiam endereçar reclamações oficiais a serem julgadas por um Painel de três árbitros, mas as decisões dadas no âmbito do Painel não eram obrigatórias ou forçosamente exequíveis, tendo em vista a existência da regra do consenso, que significava que qualquer membro – incluindo o réu – poderia bloquear as decisões dadas pelo órgão, sem qualquer consequência. Isso certamente representava uma barreira inicial para que Estados-membros apresentassem suas reclamações, bem como permitia medidas unilaterais ou bilaterais para a resolução de controvérsias, que não compreendiam o interesse de terceiros e que eram mais favoráveis aos países desenvolvidos.

Foi diante da necessidade de se resolver tais problemas que a OMC surgiu. Sob os auspícios da organização, novas medidas de restrições voluntárias à exportação foram proibidas e as existentes foram gradualmente

eliminadas, reduzindo-se sua relevância e impacto. Mas a mais relevante mudança foi a introdução de um Sistema de Solução de Controvérsias (SSC)¹ com decisões vinculativas. Isso significa que um país, sozinho, não mais seria capaz de bloquear o início ou a resolução de uma disputa e que a decisão dada pelo Órgão de Apelação passaria a ser obrigatória, independentemente de quem sofreu ganhos ou perdas, exceto nas situações em que, por consenso, ambas as partes decidissem não acatá-la.

O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC trouxe exequibilidade aos compromissos assinados no âmbito da organização e segurança jurídica sobre a forma como seriam decididas as controvérsias, congruentes com as decisões anteriores do Órgão de Apelação, formando-se uma espécie de jurisprudência.. Além disso, com a criação do sistema, qualquer País-membro poderia ingressar no litígio como terceiro interessado, para monitorar a disputa e proteger seus próprios direitos, sob a égide dos princípios da não-discriminação e da transparência para a resolução de controvérsias, de modo que um país não poderia mais, ao menos explicitamente, administrar sua política comercial em detrimento de outros membros da OMC e das determinações dos tratados.

O sistema foi desenhado para ser apolítico, rigorosamente técnico e imune às pressões unilaterais dos países, sendo por isso valorizado e reconhecido, especialmente no que tange à proteção comercial dos países menos desenvolvidos, que passaram a poder participar – e vencer – disputas comerciais em face de países com maior poder político-econômico². Por outro

¹ O Sistema de Solução de Controvérsias (SSC) da OMC e seus mecanismos estão previstos no Entendimento sobre Solução de Controvérsias (ESC), presente no Anexo 2 do Acordo de Marraqueche. Compreende o Órgão de Solução de Controvérsias (instituição considerada político-administrativa), os Painéis e o Órgão de Apelação (as duas últimas consideradas instituições judiciais). Os Painéis e o Órgão de Apelação formam o que é considerado um “duplo grau de jurisdição”, em que os Painéis são formados “*ad hoc*” e o OA tem a obrigação principal de verificar a adequação das decisões estabelecidas no Painel, tratando-se, assim, da última instância para solução de disputas comerciais entre países. Majoritariamente, as disputas na OMC se iniciam por consultas que, caso infrutíferas, levam os países a acionar os Painéis e, posteriormente, o OA (ANYIWE;EKHATOR, 2013). Por sua vez, o OSC fornece três diferentes remédios: (a) retirada ou modificação da inconsistência comercial; (b) aplicação temporária de retirada ou modificação, que consiste numa compensação; (c) suspensão de concessão e outras obrigações, na forma de retaliações (INGNAM, 2018).

² Diferentemente do que ocorre no Sistema de Solução de Controvérsias da OMC, os relatórios do sistema de disputas do GATT (1948-1995) tinham que ser aceitos por

lado, ao induzir um sistema em que os países em conflito devem estar dispostos a defenderem seus interesses com a imposição de tarifas, é certo que, em disputas bilaterais, o desenho do OSC não contempla todas as necessidades e deficiências dos países menos desenvolvidos. Assim, embora seja louvável o princípio geral de se assegurar amplo acesso à justiça, a aplicação desse princípio nem sempre é garantida e a presunção de igualdade legal e financeira dos membros, presente no Entendimento de Solução de Controvérsias (ESC), não se mostra verdadeira (KHOURY, 2011).

Na prática, países como os Estados Unidos, Canadá e Japão, bem como a União Europeia, têm muito mais facilidade de ingressar em disputas no Sistema de Solução de Controvérsias da OMC porque, dentre outras razões têm mais recursos financeiros para manter, em tempo integral, equipes de profissionais para monitorar relatórios, proteger seus direitos e aplicar suas regras³. O acesso à justiça na OMC para esses países – e outros desenvolvidos – ocorre de forma desimpedida em razão de possuírem vastos recursos para treinar e aperfeiçoar equipes técnicas e para custear possíveis litígios, ao passo que países menos desenvolvidos têm dificuldade em recrutar funcionários estatais com *expertise* para navegar no *case law* da OMC, assim como para obter subsídios financeiros adequados.

Dentro das regras da OMC, os países-membros podem receber três denominações diferentes: país desenvolvido, país em desenvolvimento (emergentes), ou país menos desenvolvido (*least developed country*). Os países menos desenvolvidos são, em sua maioria, localizados na África e na

meio do consenso positivo, o que significava a necessidade de concordância por parte do respondente. Dos relatórios elaborados no período, 96 de 136 foram adotados por consenso e 40 não foram. (WTO, 2021e) Por outro lado, no SSC da OMC, 603 disputas foram trazidas para apreciação de 1995 até hoje, havendo 350 decisões proferidas (WTO, 2021b) Proporcionalmente, a taxa de decisões aceitas do GATT é superior à OMC, no entanto, contabilizando o total, o acesso ao mecanismo é consideravelmente mais amplo na OMC. Assim, é possível concluir que em um período de tempo inferior ao GATT, o sistema da OMC permitiu a diversos países significativa facilidade e ampliação no acesso a resolução de conflitos.

³ Os Estados Unidos já ingressaram como reclamante em 124 casos perante a OMC, como respondente em 156 casos, e como terceira parte interessada em 165 casos. O Canadá ingressou em 40 casos como reclamante, 23 como respondente e 164 como terceira parte interessada. O Japão ingressou em 28 casos como reclamante, 16 como respondente e 220 casos como terceira parte interessada. E, por último, a União Europeia ingressou em 104 casos como reclamante, 88 como respondente e 210 como terceira parte interessada. Esses números são bastante expressivos tendo em vista que o número de disputas já abertas na OMC é de 603 (WTO, 2021c).

região do Caribe e Oceano Pacífico⁴. Por terem um menor desenvolvimento socioeconômico e serem mais suscetíveis a pressões políticas, recebem o chamado tratamento especial e diferenciado fornecido pela OMC⁵.

Em que pese a variedade do perfil comercial entre os países em desenvolvimento, Roderick Abbott (2007, p. 11) sumariza as dificuldades por eles enfrentadas para utilização do SSC em três grandes desafios: (i) falta de conhecimento e *expertise* jurídica sobre o funcionamento do órgão e dos tratados da OMC; (ii) dificuldades financeiras para subsidiar os custos legais de um caso na OMC e para requerer auxílio jurídico externo; e (iii) receio de represálias políticas e econômicas. No tocante aos países menos desenvolvidos, Bangladesh é o único país classificado como *least developed country* que já iniciou uma disputa no âmbito do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC⁶, e ainda assim o conflito alcançou apenas a fase das consultas no órgão, o que por si só indica a inacessibilidade dessas nações a uma efetiva integração para o comércio.

O sistema legal da OMC é altamente complexo e demanda experiência prévia para lidar com as regras existentes. Apenas os países desenvolvidos e alguns em desenvolvimento têm servidores públicos experientes para encarar com êxito os litígios comerciais. Entre os LDCs e alguns países emergentes, a baixa participação em disputas comerciais na

⁴ Atualmente, há 35 países-membros da OMC que estão listados na categoria dos LDCs: Afeganistão, Angola, Bangladesh, Benin, Burkina Faso, Burundi, Camboja, República Centro-Africana, Chade, Congo, Djibouti, Gâmbia, Guiné, Guiné-Bissau, Haiti, Laos, Lesoto, Libéria, Madagáscar, Malawi, Mali, Mauritània, Moçambique, Myanmar, Nepal, Níger, Ruanda, Senegal, Serra Leoa, Ilhas Salomão, Tanzânia, Togo, Uganda, Iêmen, Zâmbia. (WTO, 2021f)

⁵ O Acordo da OMC contém regras especiais que fornecem a países em desenvolvimento e menos desenvolvidos vantagens por meio do “tratamento especial e diferenciado” (*special and differential treatment*), como: (a) período mais longo para implementação de acordos e compromissos; (b) aumento de oportunidades comerciais; (c) provisões para que países membros garantam a salvaguarda de interesses comerciais de países mais economicamente vulneráveis; e (d) apoio para que países em desenvolvimento e menos desenvolvidos construam uma capacidade de lidar com trabalho da OMC, resolver disputas e adotar posicionamentos técnicos; Cf. (WTO, 2021g)

⁶ Conforme consta em relatório elaborado pela OMC, Bangladesh é o único *least developed country* que já ingressou no Sistema de Solução de Controvérsias como reclamante. Os outros LDCs tiveram participação como terceiros interessados em algumas disputas, porém essa participação é visivelmente menor do que a de países desenvolvidos, ou mesmo em desenvolvimento. (WTO, 2021c)

OMC faz com que não haja interesse em recrutar, manter e treinar funcionários públicos especializados em comércio internacional. E essa escassez de funcionários altamente qualificados, que possam ser alocados em responsabilidades estatais específicas, dificulta o foco em demandas judiciais internacionais e o desenvolvimento da área.

Training internal counsel requires a significant allocation of resources that makes little sense if the government is not a repeat player in WTO litigation. Moreover, the availability of developing country government staff often being very limited, assigning an official full time to a particular dispute, away from his or her other responsibilities, could affect the functioning of the entire administrative section. Finally, even if government officials have been successfully trained in WTO matters, developing countries face a particularly pronounced problem of brain drain towards the private sector and other institutions. (BOHANNES, GARZA, 2012, p.29)

A capacitação técnica também é importante para a identificação de violações aos tratados da OMC e de barreiras comerciais. Deve estar presente não somente no setor público, como também no privado, tendo em vista que as violações dos acordos prejudicam setores da indústria nacional e são notificadas e acompanhadas pelas próprias empresas inseridas nestes setores. Além disso, as indústrias nacionais costumam custear as disputas na OMC, o que evidencia a necessidade de convergência dos interesses e de apoio mútuo entre o setor público e privado. Sendo assim, é evidente que os dois setores precisam estar capacitados para identificar e desenvolver tais demandas, através de uma cultura de cooperação e comunicação, que entre os países menos desenvolvidos ainda é muito incipiente. É isso que a pesquisa de Bohannes e Garza (2012) identifica:

An important task for the government is to foster the private sector's trust as well as the belief that the government is willing and able to pursue justified WTO claims. In many developing countries, the private sector harbours doubts about the political commitment and ability of the government to do so. Practical experience also suggests that confidentiality concerns may also play a role. For instance, a private company may be unwilling to give the government access to confidential information (sales data, identity of customers, internal accounting, etc.) that would be needed to effectively challenge an anti-

dumping order in an export market. One of the authors has seen such confidentiality-related concerns arise also in developed countries, but the level of distrust will tend to be a greater problem in developing countries with less pronounced legal safeguards and less trust by the private sector in its own government. (BOHANNES; GARZA, 2012, p.40)

Em razão do reconhecimento, entre Estados-membros, de que para a OMC ter credibilidade e aceitabilidade é necessário que todos os Membros efetivamente participem da organização e tenham oportunidades iguais de recorrer aos procedimentos de solução de controvérsias, em 2001 foi criado o ACWL (*Advisory Centre on World Trade Organization Law*)⁷. O ACWL tem o dever de oferecer igualmente os seus serviços a todos os membros elegíveis, a fim de estabelecer o equilíbrio adequado de direitos e obrigações e mitigar as dificuldades sofridas com a falta de expertise, principalmente entre os LDCs. Assim, opera como um bem público, congregando conhecimento adquirido no âmbito dos litígios da OMC e fornecendo esse *know-how* para qualquer país que o deseje (MEAGHER, 2015).

É evidente que o ACWL trouxe aspectos positivos para a integração mundial para o comércio, como o fornecimento de informações para os países em questões de legitimidade e aprofundamento dos casos, além de auxiliá-los diretamente, caso requisitem, de forma mais barata e eficiente⁸, entretanto, não soluciona

⁷ O ACWL foi estabelecido com objetivo de auxiliar países em desenvolvimento e menos desenvolvidos (LDCs), permitindo que estes membros usufruam integralmente do que a OMC tem a oferecer. Características notáveis são: (a) LDCs membros da OMC ou desejando se tornarem estados-membro não precisam se filiar ao ACWL (exige contribuição a um fundo da organização) para ter direito de utilizar os serviços dela. no entanto, após a graduação (processo que LDC ganha status de país em desenvolvimento), deve respeitar os termos de países em desenvolvimento; (b) conselhos legais e treinamento não tem custo para LDCs; (c) o ACWL cobra honorários reduzidos para disputas, em relação a escritórios de advocacia grandes; (d) o ACWL fornece suporte jurídico para que LDCs participem em disputas comerciais como terceiros interessados sem custo (UNITED NATIONS, 2019).

⁸ Nesse sentido, é importante mencionar que, desde julho de 2001, o ACWL auxiliou países em desenvolvimento em mais de 66 disputas na OMC (ACWL, 2021). Dessas 66 disputas, em 8 o auxílio foi para participação desses países como terceira parte interessada e em 58 os países participaram como reclamantes. Considerando que já

o déficit democrático existente na OMC. Isso porque, ela somente auxilia os LDCs em casos viáveis e com provas contundentes, sendo que a identificação de violações comerciais e coleta de dados pré-litígios excede a competência e os objetivos da instituição. Ou seja, na prática, o ACWL providencia estritamente conselhos legais, baseando-se em fatos e provas trazidas pelos países que o acionam e não fornece conselhos estratégicos, negociais ou políticos, até mesmo para garantir imparcialidade e neutralidade. Além disso, o fato de o ACWL estar localizado em Genebra também é objeto de críticas, porque os custos para o deslocamento até a cidade e a manutenção de uma missão diplomática na região, por si só, inviabilizam o acesso de países menos desenvolvidos aos seus serviços (MEAGHER, 2015).

Soma-se a estes fatores institucionais, o receio que os países menos desenvolvidos têm de sofrerem retaliações ao proporem disputas comerciais, e mais, a ineficácia das retaliações por eles impostas quando vencem uma controvérsia em face de um país desenvolvido. Mesmo que um país menos desenvolvido obtenha êxito em sua demanda judicial, é mínima a possibilidade dele implementar uma retaliação efetiva, que impeça o vencido de continuar as violações. Ou seja, é muito improvável que um país não desenvolvido consiga dar cumprimento a uma decisão contra Estados Unidos ou União Europeia, por exemplo, tendo em vista que a imposição de tarifas em face dessas potências teria um impacto econômico irrisório.

O caso US-Gambling (WT/DS285/ARB)⁹, de 2003, é emblemático ao evidenciar esta questão. Nesse caso, o pequeno país

foram abertas 603 disputas, até o momento, na OMC, o ACWL participou de 10.94% dos litígios (WTO, 2021a)

⁹ Em 13 de março de 2003, Antígua e Barbuda requisitou uma consulta com os EUA para tratar de questões tomadas por autoridades norte-americanas, relacionadas ao fornecimento transfronteiriço de jogos de azar e apostas. Antígua e Barbuda alegou que o impacto cumulativo das medidas dos EUA eram para prevenir o fornecimento de serviços de aposta por outro país membro da OMC num âmbito transfronteiriço. Em 25 de agosto de 2003, o Painel foi estabelecido. Em 30 de março de 2007, o relatório do painel do artigo 21.5 ESU foi informado aos membros, e concluiu que houve uma falha por parte dos EUA de obedecer às recomendações e cumprir o que foi estabelecido pelo OSC. Em 22 de maio de 2007, a OSC adotou o relatório do painel do artigo 21.5. Em 21 de dezembro de 2007, a decisão arbitral foi informada aos

insular ganhou uma disputa contra os EUA perante o Órgão de Apelação, e, como consequência, o OSC permitiu que suspendesse as obrigações de obedecer ao Tratado TRIPS em um valor que não excedesse 21 milhões de dólares anualmente (valor determinado pelo árbitro referente às perdas anuais de Antígua e Barbuda devido ao descumprimento, pelos EUA, do GATS). Ocorre que essa permissão para retaliar foi concedida apenas seis anos após o vencimento da disputa, ou seja, ao longo de todo esse período os EUA não cumpriram com a determinação dada pelo OSC, tendo em vista que as exportações de Antígua e Barbuda para os EUA representam apenas 0,02% da economia norte-americana (INGNAM, 2018) e mesmo a retaliação na forma de suspensão dos direitos de propriedade intelectual expressam um valor irrisório para o país.

Isso acontece porque há grandes assimetrias de poder econômico – e, consequentemente, de poder de barganha – entre países altamente industrializados e países subdesenvolvidos e as regras da OMC não são suficientes para balizar isso, mesmo que prevejam o princípio da não discriminação¹⁰. Em contrapartida, retaliações comerciais de países desenvolvidos contra países em desenvolvimento e menos desenvolvidos têm uma efetividade grande pois há dependência exportadora desses países que, caso não acatem a decisão do OSC, de fato sofrem danos econômicos e políticos. Como consequência, o sistema de retaliações falha em cumprir com seu objetivo original de aplicar as regras do multilateralismo a todos os Estados-membros. Nesse sentido, é relevante a conclusão de Van der Borgh (2011):

Retaliation as a method of enforcement lacks the legitimacy that the system as a whole attempts to achieve. First, it contravenes the

membros. E, em 28 de janeiro, a autorização para retaliação foi concedida, devido à *non-compliance* dos EUA (WTO, 2021d).

¹⁰ É o que discorre Lanoszka (2006, p.3): “*Power relations shape the world economy. The system of international economic transactions has been persistently asymmetrical as it consists of highly industrialized states as well as of many poorer countries at different levels of economic development. The dominant position of the rich developed countries cannot be simply assumed away, even in the rules-based World Trade Organization (WTO) guided by the principles of international law*”.

objectives of the WTO Agreements as it does not promote predictability, a basic principle of the system. Perhaps even more importantly, it leads to a restriction of international trade. It would be more constructive and more in line with the WTO objectives to accord additional trade advantages to the prevailing party rather than denying trade advantages to the party that has contravened the WTO Agreements (compulsory trade compensation). The current system is, moreover, inappropriate in cases where the prevailing party is economically much weaker as the retaliation will resort little or no effect and is likely to harm the winning party economically. Most WTO members are developing countries that cannot effectively use retaliation. The system therefore leaves most WTO members without recourse to enforceable justice. It also makes short shrift of one panel's assertion that "carrying a big stick is, in many cases, as effective a means to having one's way as actually using the stick"(VAN DER BORGHT, 2011, p.12).

O Sistema Geral de Preferências (*Generalized System of Preferences* – GSP) também representa um entrave para a implementação de medidas de retaliação por países menos desenvolvidos. Essas preferências comerciais fornecidas por países desenvolvidos têm peso considerável na economia local de países menos desenvolvidos e, por serem concedidas externamente aos acordos da OMC, dependem de negociações bilaterais, o que as tornam objeto de demandas políticas e legais (GERHART; KELLA, 2004). Isso significa que, no sistema internacional, determinados benefícios comerciais concedidos na forma de acordos e compromissos podem servir como instrumentos de controle dos países em desenvolvimento pelos países desenvolvidos, funcionando como mais um obstáculo para que eles busquem a solução de possíveis conflitos na esfera do OSC, por receio da perda de vantagens econômicas. É esta também a interpretação de Van der Borgh:

Gradually, a more pernicious concern has entered the public debate concerning the limited participation of developing countries in the dispute settlement system. The main trading powers have a hold over developing countries through other agreements and arrangements, not in the least development assistance and preferential arrangement outside the WTO system. For developing countries, and especially for LDCs, this support can represent an important economic factor in their

foreign policy. It can influence their position in trade negotiations, in consultations, in the decision to request a panel, in the decision to request to activation of S&D measures and in the feasibility of using retaliation in the event the developing country prevails in dispute settlement proceedings. (VAN DER BORGHT, 2011, p.10)

Deste modo, uma solução possível defendida no meio acadêmico e diplomático é a compensação financeira por violações comerciais, em substituição às retaliações por imposição de tarifas. O benefício da adoção deste remédio é o fato de que não existiria restrição do comércio internacional, além de evitar prejuízos às indústrias que não têm relação com a disputa, mas são afetadas por meio da retaliação (VAN DE BORGHT, 2011).

Nesse sentido, importante mencionar o entendimento de Bronckers; Van Der Broek (2005):

Whatever instrument one uses, as long as the level of retaliation, compensation or monetary compensation is calculated the way is currently is (e.g., based on the level of trade concerned in the case of GATT violations), a small (developing) economy is at a disadvantage compared to a large (developed) country in terms of the pressure it can exercise on a non-complying Member. Financial compensation will at least enable those countries that are now simply unable to take on the burden of withdrawing concessions and shooting themselves in the foot to send a signal. In addition, it provides these countries with at least some form of reparation for the damages caused by non-compliance. (BRONCKERS; VAN DEN BROEK, 2005, p.118)

Assim, é possível concluir que o atual Sistema de Solução de Controvérsias da OMC representou um avanço com relação ao sistema do GATT, trazendo muito mais eficiência na solução de controvérsias no comércio internacional, inclusive em comparação com os mecanismos de outras organizações internacionais. Além disso, auxiliou na manutenção da estabilidade do comércio internacional, em benefício de produtores, vendedores, compradores e consumidores, sendo considerado uma “joia da coroa” no multilateralismo. Apesar disso, o desenho do OSC ainda privilegia países desenvolvidos (e alguns países em desenvolvimento, os considerados emergentes)¹¹ com infraestrutura legal e econômica para participação nos

¹¹ Os autores consideram que apenas uma minoria dos países em desenvolvimento conseguem acessar o SSC da OMC e se beneficiarem dele, como Argentina, Brasil, Chile, China, Índia, México, África do Sul e Tailândia. “*These countries are atypical*

litígios, o que pode contribuir para o aumento das desigualdades entre eles. É exigido dos países uma capacidade técnico-financeira mínima que, somada à dificuldade de um país em desenvolvimento implementar efetivas retaliações e às pressões político-econômicas comuns no ambiente internacional, faz com que ainda seja irrisória a participação dos LDCs na solução de controvérsias, conforme demonstrado nesta seção. E essas dificuldades certamente aumentarão caso seja estabelecido um tribunal arbitral “*ad hoc*”, em substituição ao Órgão de Apelação, conforme proposto pelo governo norte-americano.

3. A proposta de um tribunal “*ad hoc*” e o agravamento do déficit democrático

A partir de 2017, o Órgão de Apelação passou a operar com apenas três membros – número mínimo para o seu funcionamento. Os EUA, à época sob o governo de Donald Trump, se recusaram a fazer novas nomeações, afirmando que o órgão funcionaria como um tribunal cuja organização e escopo não haviam sido concordadas pelo governo norte-americano quando da origem da OMC¹² e que estaria criando regras e legislações sem o consenso

developing countries and are better classified as emerging economies” (VAN DER BORGHT, 2011).

¹² Desde a sua fundação o Órgão de Apelação da OMC enfrentou críticas e insatisfações por parte do Congresso norte-americano. Robert Lighthizer – representante de Comércio do Governo Trump (*United States Trade Representative - USTR*) – ainda enquanto Conselheiro do Senador Robert Dole, em 1995, pressionou pela aprovação de uma legislação que permitisse aos EUA se retirarem da OMC após três disputas adversas. A legislação foi rejeitada pelo Congresso, mas foi implementada uma revisão, a cada cinco anos, da participação dos EUA na legislação de implementação da OMC (Estados Unidos, 1995, p. 58). Já na primeira revisão, em 2000, as objeções feitas pelo Congresso demonstravam uma insatisfação com o sistema de solução de controvérsias, que, segundo o Congresso, teria inicialmente se apresentado como um espaço para interpretação imparcial dos acordos negociados, mas posteriormente mostrou-se um espaço onde era permitido ao Órgão de Apelação a formulação de políticas comerciais (Estados Unidos, 2000, p. 84). Uma outra crítica feita pelos EUA é a de que a OMC não tem um corpo legislativo em funcionamento, de modo que nenhuma regra pode ser adicionada ou negociada, mesmo quando os países em disputa reconhecem lacunas imprevistas nas disposições legais da OMC (GREENWALD, 2003, p. 113). O resultado, sob a perspectiva do país, seria um Órgão de Apelação colocado sob pressão para resolver ambiguidades e lacunas sem ultrapassar os limites políticos, mas que muitas vezes teria decidido a partir de interpretações erradas e prejudiciais para os EUA (BOWN; KEYNES, 2020, p. 12).

dos Membros. Assim, em 10 de dezembro de 2019, quando dois dos membros do completaram seus mandatos, o órgão – com apenas um membro efetivo – já estava praticamente extinto e inoperante. Essa inércia dos EUA posteriormente se comprovou uma estratégia para favorecer seus interesses comerciais. No final de agosto de 2020, Robert Lighthizer – principal negociador comercial do Governo Trump – publicou o plano do governo norte-americano para reconfiguração da Organização Mundial do Comércio, focado em quatro aspectos principais: tarifas, acordos bilaterais de comércio, mudanças no tratamento especial e diferenciado e reforma do mecanismo de solução de controvérsias.

No tocante à reforma proposta pelo Governo norte-americano para o Mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC, o objetivo é que não mais exista o Órgão de Apelação, que deverá ser substituído por um tribunal “*ad hoc*”, isto é, um tribunal que se organiza como uma arbitragem comercial e que se renova a cada disputa, devendo solucionar as controvérsias rapidamente. Além de ser formado por árbitros nomeados a cada disputa, a decisão dada vincularia apenas os países em litígio, sem que houvesse a consolidação de uma jurisprudência do órgão, ou melhor, a formação de um *case law*. Além disso, a ideia é que essa arbitragem sirva como um mecanismo de revisão dos relatórios dos Painéis, capaz de anular e alterar a opinião emitida pela primeira instância de solução de controvérsias, fortalecendo-se, assim, o processo de negociação e barganha na resolução de disputas, em prejuízo da técnica e da imparcialidade.

Pesquisa realizada por Chad P. Bown e Soumaya Keynes (2012, p. 11-13) demonstra que quase dois terços das 141 disputas formuladas contra os EUA perante o Sistema de Solução de Controvérsias da OMC, entre 1995 e janeiro de 2019, envolveram as medidas compensatórias, de salvaguardas e de *antidumping* aplicadas pelo País. Das três medidas de defesa comercial, os limites para uso e aplicação de direitos *antidumping* trouxeram a mais sensível e controversa mudança para os EUA ao envolverem, por exemplo, a proibição da aplicação do método de “*zeroing*” para cálculo dessas medidas, comumente utilizado pelo Departamento de Comércio dos Estados Unidos. Esse contexto de perda nas disputas, somado ao fato de que outras grandes economias sofreram poucas controvérsias concernentes às medidas de defesa comercial, fez com que crescesse o ressentimento por parte do Congresso norte-americano, que passou a alegar uma “perda da soberania nacional” (BOWN; KEYNES, 2020, p.12). Essa insatisfação ganhou novos contornos, ainda, com a ascensão comercial da China, que apesar da economia crescente, continuou se beneficiando do status de economia de não mercado concedido pela OMC quando da sua acessão, ainda em 2001.

Assim, é evidente que a inexistência de um Órgão de Apelação permitiria a escalada do poder político em detrimento do Estado de Direito. Países como os EUA passariam a poder utilizar de seu domínio econômico global para obtenção de acordos comerciais favoráveis no âmbito da solução de controvérsias, que não poderiam mais ser discutidos perante um órgão técnico e imparcial. Por outro lado, há também a possibilidade de que sem uma medida de equilíbrio trazida pelo Órgão de Apelação, a parte vencedora de uma disputa comercial passe a retaliar as violações da parte vencida muito acima dos valores reais, favorecendo guerras comerciais desestabilizadoras. Esse cenário é, portanto, extremamente desvantajoso para os países em desenvolvimento e, mais especificamente, para os *least developed countries*.

Um sistema submetido às forças político-econômicas globais mitiga as possibilidades de êxito desses países em uma controvérsia contra um país desenvolvido, excluindo-os ainda mais das cadeias globais de valor. É este o entendimento da OCDE (2015): “*The policy measures that are likely to be most conducive to value chain integration are those that promote deep integration, including trade facilitation, services liberalisation, competition policy, investment openness, intellectual property protection and dispute settlement*”.

Além disso, um tribunal arbitral *ad hoc* certamente aumentaria os custos para o acesso à solução de controvérsias na OMC, o que representaria um entrave ainda maior para que esses países busquem a resolução de disputas comerciais. A necessidade de pagamento de árbitros, de custas processuais e de custas para implementação de um tribunal a cada novo conflito encareceria o processo e dificultaria o interesse dos países em litigarem em nome das indústrias nacionais prejudicadas, especialmente diante das habituais dificuldades de governança doméstica desses países, que ainda necessitam fortalecer seus ministérios e corpo diplomático e agilizar os mecanismos de tomada de decisão, a fim de criar condições favoráveis para coordenação e comunicação dentro do governo e entre o governo e o setor privado.

O mesmo raciocínio é aplicável para a impossibilidade de formação de um “*case law*”, que faria com que todos os casos levados a este tribunal arbitral tivessem resultado imprevisível. Como consequência, seria necessário um volume maior de investimentos em mão-de-obra especializada, principalmente no governo, que precisaria se manter constantemente preparada para casos inovadores e específicos, vez que a experiência em controvérsias anteriores não poderia ser considerada. Ainda, a ausência de formação de uma jurisprudência do órgão, a conferir segurança jurídica a todos os membros, por certo diminui a disponibilidade dos países menos

desenvolvidos – naturalmente menos confiantes e com menos vantagens financeiras – de se arriscarem na resolução de conflitos internacionais e consequente participação no comércio internacional. Criaria-se, assim, uma conjuntura em que a efetiva implementação dos tratados e solução de litígios, mesmo em acordos multilaterais, não seria possível para todos os países membros.

O prejuízo dos países menos desenvolvidos para acesso ao Sistema de Solução de Controvérsias fica ainda mais evidente no âmbito da atuação do ACWL. A inexistência de um *case law* dificultaria a atuação dessa instituição, tendo em vista que ela funciona principalmente a partir da análise de casos, baseando seus pareceres e instruções em jurisprudências existentes. Com isso, a dissolução do Órgão de Apelação, com suas decisões vinculantes e mais previsíveis, exigiria significativa elevação da qualidade técnica dos membros do ACWL para lidarem com novos casos, além de provocar aumento nos gastos da instituição, de modo que seu escopo de atuação seria alterado significativamente, talvez a ponto de o centro não mais poder promover os auxílios.

Em segundo lugar, a instituição de um tribunal arbitral impediria um dos mais importantes e revolucionários mecanismos implementados pela OMC: a participação de terceiros interessados na resolução do conflito e a aplicação do princípio da transparência. Não raramente, os tribunais arbitrais possuem a política de sigilo com relação ao processo, se essa for a vontade de pelo menos um dos membros envolvidos na disputa. A instituição dessa política no âmbito das disputas comerciais, faria com que os Países com menor poderio econômico ficassem isolados na resolução dos conflitos, sem poderem contar com outras nações cujas manifestações sejam favoráveis à mesma demanda e que possivelmente teriam interesse em participar e auxiliar na controvérsia.

Neste sentido, é interessante também observar que diversos países menos desenvolvidos participaram de litígios comerciais como terceiros, não só por serem parte interessada na resolução da demanda, mas também para obterem a experiência e *know-how* para dominarem o complexo sistema legal da OMC. O Peru, na disputa DS7 (EC-Scallops), ingressou como terceira parte interessada em um litígio proposto pelo Canadá contra a UE, buscando obter experiência e, posteriormente, com o conhecimento adquirido, ingressou na disputa DS12 (EC-Scallops) como reclamante, inclusive recebendo auxílio do Estado canadense (ANYIWE; EKHATOR, 2013). Com o desfazimento do sistema de solução de controvérsias tal como ele existe e a instituição do tribunal arbitral pretendido pelo governo norte-americano, não há espaço para

que países menos desenvolvidos ingressem futuramente em ações como terceiros para obterem experiência e conhecimento. Nesse sentido:

Yet, those who pursue third party participation as a means to educate themselves and build legal capacity have two options. Countries can also learn by watching a dispute unfold, saying nothing as they learn the logistics of participating in litigation. Alternatively they can learn by doing, effectively engaging in a trial run at litigation without the costs of a potential loss bearing over them. For those with more experience, the effect is also unclear. Countries may have enough experience and thus participate less as a third party because they are able to litigate or don't feel the need to participate in order to learn. Yet, the opposite may be true. Precisely because they have experience, third party participation may be an effective means to participate in litigation simply because it's easy, states know how to do it, and they know it is cheaper than initiating a dispute. This may be even more the case if the country is poor but experienced. (KONKEN, 2019, p.22).

Dessa forma, nota-se que, embora seja desejável uma reforma e aperfeiçoamento do mecanismo de solução de controvérsias da OMC, a criação de um tribunal arbitral *ad hoc* afetaria de modo desproporcional as economias menos desenvolvidas. Essas economias encontram no atual Sistema de Solução de Controvérsias da OMC – ainda que com dificuldades – mecanismos para facilitação de sua integração no comércio mundial e para acesso à justiça, posto que a própria criação da organização remonta à essa ideia de livre comércio e igualdade de direitos.

4. Considerações finais

A mudança proposta pelos EUA, que causaria a dissolução do Órgão de Apelação e a instituição de um tribunal “*ad hoc*”, é preocupante porque importaria novas dificuldades de acesso à justiça para países em desenvolvimento e menos desenvolvidos. Nesse sentido, foram identificadas, principalmente, dificuldades relacionadas à verificação de barreiras comerciais por esses países, aos altos custos de um contencioso na OMC e à ausência de profissionais tecnicamente capacitados para enfrentar o complexo sistema legal da OMC.

Ainda, havendo a instituição de um novo sistema de solução de controvérsias, uma das alternativas para baratear os elevados custos jurídicos de uma disputa na OMC, o ACWL, muito provavelmente perderia espaço de

atuação. Isso porque, a ausência de um “*case law*” e a instituição de tribunais arbitrais a cada novo litígio faz com que os casos tenham um maior teor político, e sejam mais dependentes de negociações e trocas bilaterais, que não são a proposta do ACWL. Reflexão necessária também é que o ACWL atualmente recebe contribuições financeiras de países desenvolvidos, que ocorrem, em grande medida, em razão de seu perfil técnico e imparcial, de modo que a mudança de escopo para atuação em defesa de determinados membros traria insegurança a respeito da garantia deste apoio financeiro e, conseqüentemente, da continuidade da instituição.

A extinção do sistema de jurisprudências traria também provável encarecimento dos honorários de escritórios de advocacia internacionais, devido à maior complexidade para lidar com os casos. Além disso, a confidencialidade e exclusividade de participação para as partes diretamente envolvidas no litígio também traz restrições, ao impedir a figura do terceiro interessado que, para os países em desenvolvimento, representa uma oportunidade única de aprendizado sobre o funcionamento do Sistema de Solução de Controvérsias.

Assim, embora existam críticas para o atual sistema, a adequação dele aos moldes da proposta do governo americano iria torná-lo ainda mais complexo e inacessível aos países em desenvolvimento. Embora não seja a preocupação em voga na OMC atualmente, em razão da pandemia de Covid-19, é fato que o Governo Biden ainda não se pronunciou sobre a proposta e aparentemente irá manter o mesmo posicionamento político, de modo que muito em breve a discussão sobre o futuro do Órgão de Apelação terá que ser enfrentada. Seja qual for a decisão, o enfraquecimento do multilateralismo e a prevalência do poder político tende a aumentar as desigualdades.

Referências bibliográficas

ABBOTT, Roderick. Are developing countries deterred from using the WTO dispute settlement system? Participation of developing countries in the DSM in the years 1995-2005, *ECIPE Working Paper*, Brussels, n. 01, 2007.

ACWL. *WTO Disputes: Assistance in WTO dispute settlement proceedings since July 2001*. [S. l.], 2021. Disponível em <https://www.acwl.ch/wto-disputes/> Acesso em: 11 jul. 2021.

ANYIWE, Linimose Nzeriuno; EKHATOR, Eghosa Osa. Developing Countries and the WTO Dispute Resolution System: A Legal Assessment and Review. *Journal of Sustainable Development Law and Policy*, v. 2, n. 1, 2013.

Disponível em: <https://www.ajol.info/index.php/jsdlp/article/view/122604> .
Acesso em: 11 jul. 2021.

ARSLANIAN, Regis P. *O recurso à seção 301 da legislação de comércio norte-americana e a aplicação de seus dispositivos contra o Brasil*. Brasília: Instituto Rio Branco, 1994.

BOHANES, Jan; GARZA, Fernanda. Going Beyond Stereotypes: Participation of Developing Countries in WTO Dispute Settlement. *Trade, Law and Development*, v. 4, n. 1, 2012.

BOWN, Chad P.; KEYNES, Soumaya. Why Trump shot the Sheriffs: The end of WTO dispute settlement 1.0. *Peterson Institute for International Economics Working Paper*, Washington, n. 20-4, mar. 2020.

BOWN, Chad P.; McCULLOCH, Rachel. Developing Countries, Dispute Settlement and the Advisory Centre on WTO Law, *The Journal of International Trade & Economic Development*, v. 19, n. 1, 2010. Disponível em:

<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/19938/WPS5168.pdf;sequence=1>. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Rodada de Doha da Organização Mundial do Comércio*. Brasília, [s. d.]. Disponível em: <http://antigo.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/694-a-rodada-de-doha-da-omc>. Acesso: em 11 out. 2020.

BRONCKERS, Marco; VAN DEN BROEK, Financial Compensation in the WTO: Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement, *Journal of International Economic Law*, v. 8, n. 1, 2005. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/31047267_Financial_Compensation_in_the_WTO_Improving_the_Remedies_of_WTO_Dispute_Settlement. Acesso em: 14 jul. 2021.

ESTADOS UNIDOS. Congresso dos Estados Unidos. *WTO Dispute Settlement Review Commission Act*. Washington: Government Printing Office, 1995. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/104th-congress/house-bill/1434>. Acesso em: 01 jul. 2021.

ESTADOS UNIDOS. Senado dos Estados Unidos. *Dispute Settlements in the WTO*. Washington: Government Printing Office, 2000. Disponível em:

<https://www.finance.senate.gov/imo/media/doc/hrg106629.pdf>. Acesso em 01 jul. 2021.

GERHART, Peter M.; KELLA, Archana Seema. Power and Preferences: Developing Countries and the Role of the WTO Appellate Body. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, v. 30, n. 3. 2005.

GREENWALD, John. WTO Dispute Settlement: an Exercise in Trade Law Legislation?

Journal of International Economic Law, v. 6, n. 1, p. 113–124, 2003.

INGNAM, Kumar. Making WTO Dispute Settlement System Useful for LDCs. *Kathmandu School of Law Review*, v. 6, n. 1, 2018. Disponível em: <https://www.nepjol.info/index.php/kslr/article/download/30767/24547/>. Acesso em: 11 jul. 2021.

INÍCIO do recesso de verão na OMC marca a falta de esperanças de um acordo em Doha. *Pontes entre o comércio e o desenvolvimento sustentável*, v. 3, n. 4, ago. 2007. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/pontes/issue/view/4281/2276>. Acesso em: 11 jul. 2021.

KHOURY, Maya El. Prospects of Reform of the WTO Dispute Settlement Mechanism, *Indonesia Journal of International Law*, v. 8, n. 3, 2011. Disponível em: http://ijil.ui.ac.id/index.php/home/article/viewFile/300/pdf_195 . Acesso em: 11 jul. 2021.

KONKEN, Lauren. Silence is Golden? Revisiting Third Party Participation in World Trade Organization Litigation. *Program of the 12th Annual Conference on The Political Economy of International Organization*, 2019, Disponível em: https://www.peio.me/wp-content/uploads/2019/01/PEIO12_paper_64.pdf. Acesso em: 13 jul. 2021.

LANOSZKA, Anna. Autonomy and Domination within the Global Trade System: Developing Countries in the Quest for a Democratic WTO, *Institute on Globalization and the Human Condition - Working Paper Series 06/6*, 2006. Disponível em: https://globalization.mcmaster.ca/research/publications/working-papers/2006/ighc-wps_06-6_lanoszka.pdf Acesso em 14 jul. 2021.

LOPES, Inez. Dispute Settlement Body of the WTO: access to developing countries?. *University of Brasilia Law Journal*. v. 01, n. 02, p. 33-65, dez. 2014.

MEAGHER, Niall. Representing Developing Countries before the WTO: The Role of the Advisory Centre on WTO Law (ACWL). *Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper*, n. 02, 2015. Disponível em: http://diana-n.iue.it:8080/bitstream/handle/1814/35747/RSCAS_PP_2015_02.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em 11 jul. 2021

MICHALOPOULOS, Constantine. *The Developing Countries in the WTO*. Oxford: Blackwell, 1999.

NOTTAGE, Hunter: Developing countries in the WTO Dispute Settlement System, *GEG Working Paper*, Oxford, n. 47, 2009. Disponível em: <https://www.geg.ox.ac.uk/publication/geg-wp-200947-developing-countries-wto-dispute-settlement-system>. Acesso em: 10 jul. 2021.

OECD. The Participation of Developing Countries in Global Value Chains: Implications for Trade and Trade Related Policies. *OECD Trade Policy Paper*, n. 179, 2015. Disponível em: <https://www.oecd.org/countries/centralafricanrepublic/Participation-Developing-Countries-GVCs-Policy-Note-April-2015.pdf> Acesso em 13 jul. 2021

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Justice as Conflict Resolution: Proliferation, Fragmentation, and Decentralization of Dispute Settlement in International Trade. *Penn Law: Legal Scholarship Repository*, v. 27, n. 2, 2006. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1193&context=jil> . Acesso em: 10 jul. 2021.

REICH, Arie. The Effectiveness of the WTO Dispute Settlement System: A Statistical Analysis. *EUI Working Paper LAW*, n. 11, 2017. Disponível em: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/47045/LAW_2017_11.pdf. Acesso em: 11 jul. 2021.

SHAFFER, Gregory. The challenges of WTO law: strategies for developing country adaptation. *World Trade Review*, jul. 2006. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Petros_Mavroidis/publication/4857630_El_mess_in_TELMEX_a_comment_on_Mexico-measures_affecting_telecommunications_services/links/54d1de920cf28370d

0e14fec/EI-mess-in-TELMEX-a-comment-on-Mexico-measures-affecting-telecommunications-services.pdf#page=25. Acesso em: 10 jul. 2021.

THORSTENSEN, Vera; RAMOS, Daniel; MULLER, Carolina; BERTOLACCINI, Fernanda. *Acesso da China à OMC: a questão da economia de não mercado*. [S. l.], 2012. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16363/CNI%20-%20Acess%C3%A3o%20da%20China%20na%20OMC.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 jul. 2021.

UNITED NATIONS. LDC Portal. *Advisory Centre on WTO Law*. [S. l.], 2019. Disponível em: <https://www.un.org/ldcportal/advisory-centre-on-wto-law-acwl/>. Acesso em: 11 jul. 2021.

VAN DER BORGHT, Kim. Justice for all the Dispute Settlement System of the World Trade Organization? *Georgia Journal of International and Comparative Law*, v. 31, n. 3, 2011. Disponível em: <https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1064&context=gjicl>. Acesso em: 10 jul. 2021.

WTO. *Chronological list of disputes cases*. [S. l.], 2021a. Disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm Acesso em: 11 jul. 2021.

WTO. *Dispute Settlement*. [S. l.], 2021b. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm. Acesso em: 11 jul. 2021.

WTO. *Disputes by Member*. [S. l.], 2021c. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm Acesso em: 11 jul. 2021.

WTO. *DS285: United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*. [S. l.], 2021d. Disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds285_e.htm Acesso em: 11 jul. 2021.

WTO. *GATT disputes: 1948-1955*. [S. l.], 2021e. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt4895vol1_e.pdf Acesso em: 11 jul. 2021.

WTO. *Least-Developed Countries*. [S. l.], 2021f. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org7_e.htm Acesso em: 11 jul. 2021.

WTO. *Special and differential treatment provisions*. [S. l.], 2021g. Disponível em

https://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/dev_special_differential_provisions_e.htm Acesso em: 11 jul. 2021.

GÊNERO E COMÉRCIO INTERNACIONAL: RISCOS JURÍDICOS E GEOPOLÍTICOS INERENTES À EMENDA PROPOSTA ÀS CLÁUSULAS DE GÊNERO DO ACL BRASIL-CHILE

Gabriela Leoni Furtado

Resumo: Em 2018, Brasil e Chile assinaram o Acordo de Livre Comércio Brasil-Chile (ACL Brasil-Chile). O ALC Brasil-Chile aborda a igualdade de gênero em capítulo específico e bastante detalhado, o que está alinhado com uma tendência internacional em promover a incorporação da perspectiva de gênero no Comércio Internacional. Esse passo encontra como obstáculo a Emenda às Cláusulas de Gênero (EMP 2.0 - MSC 369/2019), de 16 de março de 2021, proposta por um deputado durante o processo de ratificação do acordo. Nesse contexto, o artigo objetiva avaliar os riscos inerentes a essa Emenda, do ponto de vista jurídico e geopolítico.

Palavras-Chave: Gênero. Comércio Internacional. Acordo de Livre Comércio Brasil-Chile. Emenda. Cláusulas de Gênero.

Abstract: In 2018, Brazil and Chile signed the Brazil-Chile Free Trade Agreement (Brazil-Chile FTA). The Brazil-Chile FTA addresses gender equality in a specific and quite detailed chapter, which is in line with an international trend in promoting the incorporation of a gender perspective in International Trade. Such endeavor is hindered by the Amendment to the Gender Clauses (EMP 2.0 - MSC 369/2019), dated March 16, 2021, offered by a Brazilian Congressman during the process of ratification of the agreement. In this framework, this article aims to evaluate the risks inherent in this Amendment, both from a legal and geopolitical standpoint.

Keywords: Gender. International Trade. Brazil-Chile Free Trade Agreement. Amendment. Gender Clauses.

1. Introdução

Em 2018, Brasil e Chile assinaram o Acordo de Livre Comércio Brasil-Chile (ACL Brasil-Chile). O ACL Brasil-Chile é, por definição, um Protocolo Adicional ao Acordo de Cooperação Econômica nº 35 (ACE 35) de 1996, que tem o objetivo de remover gradualmente as barreiras tarifárias ao comércio entre os países, além de promover o desenvolvimento, os investimentos recíprocos, a integração física e a cooperação em âmbito econômico, energético, científico e tecnológico.

O ALC Brasil-Chile contém 24 capítulos, compreendendo 17 temas de natureza não-tarifária, dentre os quais está a igualdade de gênero, que é objeto de um capítulo específico e bastante detalhado.

A inclusão do tema da igualdade de gênero no Acordo tem como finalidade “a incorporação da perspectiva de gênero no comércio internacional, incentivando a igualdade de direitos, tratamento e oportunidades entre homens e mulheres nos negócios, na indústria e no mundo do trabalho, favorecendo o crescimento econômico inclusivo para as sociedades de ambos os países”¹.

A iniciativa está alinhada com a movimentação do cenário internacional acerca do tema, prestando seu reconhecimento ao objetivo número 5 dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU)², que visa alcançar a igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas³.

Ademais, o ACL Brasil-Chile se materializa como reafirmação dos compromissos assumidos pelo Brasil e pelo Chile na Organização Mundial do Comércio (OMC)⁴ através da Declaração Conjunta sobre Comércio e Empoderamento Econômico das Mulheres firmada no âmbito da Conferência Ministerial da OMC em Buenos Aires em 2017, cujo objetivo é conseguir a eliminação das barreiras ao empoderamento econômico das mulheres e aumentar a participação das mulheres no comércio⁵.

Brasil e Chile não são os primeiros a incluírem questões de gênero em um acordo de comércio. Na verdade, é possível identificar aumento progressivo da tutela da igualdade de gênero em acordos comerciais ao redor do mundo⁶. A título de exemplo, o próprio Chile conta com outros acordos comerciais que abordam o assunto de forma bastante elaborada, como o Chile-Canadá, Chile-Argentina e Chile-Uruguai.

¹ Acordo de Livre Brasil-Chile, 2018, preâmbulo.

² Acordo de Livre Brasil-Chile, 2018, art. 18.1.2.

³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, 2015.

⁴ BRASIL; CHILE. Acordo de Livre Brasil-Chile, 2018, art. 18.1.4.

⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, Declaração Conjunta sobre Comércio e Empoderamento Econômico das Mulheres por Ocasão da Conferência Ministerial da OMC em Buenos Aires, 2017.

⁶ MONTEIRO, José Antonio. Gender-related Provisions in Regional Trade Agreements, *WTO Staff Working Paper ERSD-2018-15*, Organização Mundial do Comércio, 2018.

O caminho a ser percorrido ainda é longo, e o ACL Brasil-Chile representa um importante passo do Brasil na luta pela igualdade de gênero no Comércio Internacional.

Esse passo, entretanto, encontra um obstáculo: durante o processo de ratificação do ACL Brasil-Chile no ordenamento brasileiro, o Deputado Federal Vitor Hugo (PSL) apresentou, no dia 16 de março de 2021, uma Emenda de Plenário específica sobre as cláusulas de gênero contidas no acordo (EMP 2.0 - MSC 369/2019).

A referida Emenda limita a compreensão do tema igualdade de gênero, introduzindo uma cláusula interpretativa que contém restrições, parâmetros e premissas que não constam do texto inicial do Acordo.

Na tentativa de mensurar os riscos e impactos inerentes à Emenda apresentada, o presente artigo busca responder duas perguntas: (a) é juridicamente possível a apresentação de uma Emenda pelo Congresso Nacional durante o processo de ratificação de um acordo internacional já assinado?; (b) quais são as possíveis repercussões geopolíticas decorrentes da hipótese de ratificação do ACL Brasil-Chile com a Emenda sob análise?

A fim de responder as perguntas propostas, o presente artigo está dividido em três capítulos.

O Capítulo 1 contém uma análise do tema da igualdade de gênero no ACL Brasil-Chile, apresentando a abordagem do acordo em relação ao tema, e o exame do conteúdo da Emenda apresentada; traçando um paralelo a fim de compreender o obstáculo sobre o qual a presente pesquisa se debruça.

Em seguida, o Capítulo 2 se dedica a análise jurídica do processo de formação do ACL Brasil-Chile, analisando se a apresentação da referida Emenda possui fundamento jurídico, tanto à luz do Direito Internacional Público, como à luz do direito interno brasileiro.

Ao longo do Capítulo 3 espera-se vislumbrar as prováveis repercussões geopolíticas na hipótese de ratificação do acordo com a Emenda apresentada, levando em consideração a importância da pauta da igualdade de gênero no Comércio Internacional, e os potenciais prejuízos para outros acordos comerciais internacionais na esfera de interesse do Brasil.

Ao final, serão expostas as conclusões decorrentes de pesquisa, e apresentadas sugestões em relação a apreciação da Emenda às Cláusulas de Gênero do ACL Brasil-Chile.

2. Entendendo o obstáculo: a emenda proposta às cláusulas de gênero no ACL-Brasil Chile

O Acordo de Livre Comércio Brasil-Chile (ACL Brasil-Chile) foi assinado em 2018, e assume um papel relevante na relação entre Gênero e Comércio Internacional. O Acordo inclui diversos dispositivos que tutelam a igualdade de gênero, perpassando diversos temas ao longo do texto do Acordo de Livre Comércio, e recebendo um capítulo específico e detalhado, que parametriza a cooperação dos países em prol da igualdade de gênero.

Muito embora o ACL Brasil-Chile tenha sido assinado em 2018, ele ainda não está em vigor, pois ainda é necessário que o Acordo seja ratificado pelo Brasil. Como será demonstrado neste Capítulo 2, a ratificação do Acordo é a etapa que estabelece o compromisso definitivo dos países, e torna o Acordo apto a produzir efeitos na esfera doméstica e internacional.

No Brasil, a mensagem de aprovação do Acordo foi apresentada pelo Poder Executivo em agosto de 2019 (MSC 369/2019)⁷ e, desde então, aguarda o referendo do Congresso Nacional, conforme preveem os artigos 49 e 84 da Constituição Federal Brasileira.

Durante a análise do Congresso Nacional Brasileiro, surgiu o obstáculo que protagoniza este artigo: a Emenda de Plenário apresentada pelo Deputado Vitor Hugo (PSL-GO) em março de 2021 (EMP 2 – MSC 396/2019)⁸, doravante denominada “Emenda às Cláusulas de Gênero” ou apenas “Emenda”. A Emenda propõe a inclusão, no texto do Projeto de Decreto Legislativo a ser apresentado em decorrência da aprovação do ACL Brasil-Chile, de uma cláusula interpretativa que limita o alcance de todas expressões do acordo que fazem referência a "gênero", "perspectiva de gênero", "políticas de gênero", "igualdade de gênero" e outras.

A Emenda às Cláusulas de Gênero foi apresentada no dia 16 de março de 2021, e desde então está sujeita a apreciação e deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados. O presente artigo inclui dados até 14 de

⁷ Mensagem de Acordos, convênios, tratados e atos internacionais n. 369/2019, apresentada pelo Órgão do Poder Executivo Poder Executivo, aprovando o "Texto do Sexagésimo Quarto Protocolo Adicional ao Acordo de Complementação Econômica Nº 35 (ACE-35), que incorpora ao referido Acordo o Acordo de Livre Comércio (ALC) entre o Brasil e o Chile, assinado em Santiago, em 21 de novembro de 2018".

⁸ BRASIL. Emenda de Plenário n.2/0, Deputado Vitor Hugo (PSL-GO), 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1975277.

maio de 2021, momento no qual a matéria ainda não foi objeto de apreciação. Importante notar, portanto, que a análise deste artigo é preditiva, e se propõe a projetar os riscos jurídicos e geopolíticos decorrentes da eventual aprovação, em última instância, da Emenda apresentada.

Antes de prosseguir com a avaliação jurídica e geopolítica da Emenda às Cláusulas de Gênero (Capítulo 3), pretende-se promover o melhor entendimento do contexto em que esta pesquisa está inserida. Para tanto, buscou-se detalhar de que forma a igualdade de gênero foi tutelada do ACL Brasil-Chile (Subcapítulo 2.1) e, em seguida, analisar o objeto e o conteúdo da Emenda às Cláusulas de Gênero de 16 de março de 2021 (Subcapítulo 2.2).

2.1. A tutela da igualdade gênero no ACL Brasil-Chile

O ACL Brasil Chile aborda questões relacionadas a gênero em diversos dispositivos. O tema aparece, em primeiro lugar, no preâmbulo do Acordo, apontando o intuito de favorecer o crescimento econômico inclusivo para ambos os países. A referência ao tema no preâmbulo é bastante relevante, já que juridicamente o preâmbulo é a bússola para a interpretação do acordo, norteando as intenções das partes naquele documento.

Em seguida, o art. 10.15, dentro do capítulo de Comércio Eletrônico, traz como compromisso de cooperação entre as partes a adoção de medidas que facilitem a incorporação das mulheres no comércio eletrônico. O artigo 15.3.4, ao tratar das atividades de cooperação relacionadas a cadeias de valor, trata do comércio inclusivo, com a maior participação das mulheres nas cadeias regionais e globais de valor, o desenvolvimento sustentável e a responsabilidade social empresarial. O tema também é abordado no artigo 16.3, que trata dos compromissos compartilhados entre Brasil e Chile em prol de assuntos trabalhistas. As partes reconhecem que a não discriminação de gênero e a luta pela equidade são fundamentais para o crescimento econômico sustentável, comprometendo-se ambas as partes a envidar esforços para adotar políticas públicas que eliminem os obstáculos sistêmicos a plena participação das mulheres no mercado de trabalho.

Por fim, mas não menos importante, a igualdade de gênero recebe um capítulo específico – “Capítulo 18 - Comércio e Gênero” – que contém 7 artigos e 29 incisos, abordando o tema de forma bastante detalhada e cuidadosa.

Os países estabelecem diversas ferramentas para garantir a contínua cooperação dos países sobre os comércio e gênero, sobretudo sobre os dispositivos do Capítulo 18. Houve árduo um trabalho de negociação, debate

e redação do acordo até sua assinatura, resultando em um texto bem preparado, cheio de referências, parâmetros de interpretação, soluções de cooperação.

No que se refere à interpretação dos dispositivos de gênero contidos no Acordo, destaca-se que através do artigo 18.6 as partes se comprometeram expressamente a envidar “*todos os esforços possíveis, por meio do diálogo, consultas e cooperação, para chegar a um entendimento sobre qualquer assunto que surgir em relação à interpretação e aplicação deste Capítulo*” (grifou-se).

Esse dispositivo deixa claro que as partes estavam cientes que a implementação prática dos dispositivos de gênero do Acordo demandariam interpretações e, justamente nesse sentido, as partes assumiram o compromisso de desenvolver os entendimentos necessários através de diálogo, consultas e cooperação.

Nesse contexto, passa-se a analisar o conteúdo da Emenda de Plenário apresentada pelo Congresso Nacional Brasileiro durante o processo de ratificação do ACL Brasil-Chile.

2.2. *O obstáculo: Emenda às Cláusulas de Gênero de 16 de março de 2021*

Em contrassenso às obrigações de cooperação descritas no Subcapítulo 1.1, a Emenda de Plenário apresentada pelo Deputado Vitor Hugo (PSL-GO) em 16 março de 2021 (EMP 2 – MSC 396/2019) inclui uma cláusula interpretativa, adicionando – unilateralmente – parâmetros, limitações e interpretações relacionados aos dispositivos de gênero contidos no Acordo. Para melhor referência, reproduz-se abaixo o inteiro teor da Emenda⁹:

Art.1º Insira-se, onde couber, no texto do Projeto de Decreto Legislativo a ser apresentado em decorrência da aprovação da Mensagem 369/2019, a seguinte cláusula interpretativa: “Art. XX. As expressões constantes do Acordo sobre Livre Comércio entre Brasil e Chile que fazem referência a “gênero”, “perspectiva de gênero”, “políticas de gênero”, “igualdade de gênero” e outras semelhantes, deverão ser interpretadas com a finalidade de promover o oferecimento

⁹ BRASIL. Emenda de Plenário n.2/0, Deputado Vitor Hugo (PSL-GO), 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1975277.

de oportunidades equitativas a homens e mulheres no mercado de trabalho, sendo a expressão "gênero", e outras derivadas, entendidas como fundamentadas na não discriminação de natureza sexual entre homens e mulheres, biologicamente considerada, conforme o disposto no art. 18.1 do protocolo. §1º *A internalização do protocolo não será interpretada como a recepção, por parte do Brasil, de outras teorias sobre gênero, identidade de gênero, orientação sexual, ou de quaisquer ideologias de gênero.* §2º *A implementação da Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW), mencionada no artigo 18.2, ou qualquer outra disposição do presente acordo, não serão interpretadas como constituição de compromisso, decorrente do presente acordo, de promover novas hipóteses de interrupção da gravidez além das já existentes no ordenamento jurídico do Brasil.*

Depreende-se que a cláusula interpretativa cerceia entendimentos sobre o tema de gênero. Se aprovada pelo Plenário da Câmara dos Deputados, esta Emenda representa restrições, por parte do Legislativo Brasileiro, ao alcance de todas as expressões do acordo relacionadas a gênero, inclusive o Capítulo 18.

Importante notar que o presente artigo não visa discutir a conveniência e oportunidade da abordagem interseccional ou transversal das políticas públicas relacionadas a gênero; tampouco discutir a tutela jurídica do aborto no Brasil. Por hora, almeja-se demonstrar que a Emenda às Cláusulas de Gênero modifica o ACL Brasil-Chile, existindo riscos atrelados a essa questão.

A Emenda modifica o conteúdo do acordo na medida em que incorpora no Decreto de sua aprovação uma cláusula interpretativa, que modifica definições e parâmetros aplicáveis a todas as cláusulas do ACL-Brasil Chile relacionadas a igualdade de gênero. Assim, pouco importa se o dispositivo objeto de emenda é de caráter interpretativo, fato é que o conteúdo desse dispositivo passa a incorporar o tratado internalizado no Brasil, e limitar seu alcance.

Nesse contexto, passa-se a promover a análise jurídica da Emenda, examinando se a apresentação da referida Emenda possui fundamento, tanto à luz do Direito Internacional Público, como à luz do direito interno brasileiro.

3. Análise jurídica da emenda às cláusulas de gênero de 16 de março de 2021 no processo de incorporação do ACL Brasil-Chile

De maneira geral, a assinatura de um acordo internacional não é a fase final para sua entrada em vigor¹⁰. A assinatura vincula os Estados ao texto final que foi acordado, mas não estabelece o engajamento definitivo.

Para que exista o engajamento definitivo, e o país esteja efetivamente obrigado aos termos do acordo no plano internacional e doméstico, é necessário que o acordo seja submetido à ratificação, por meio da qual o(a) Chefe do Poder Executivo confirma a incorporação do acordo no ordenamento jurídico do país, e emite um documento que corresponde a sua “expressão de consentimento”¹¹.

Nesse sentido, é possível afirmar que o processo de ratificação é o que verdadeiramente define o sucesso ou o fracasso dos acordos internacionais¹².

Essa é a fase em foi apresentada as Emenda às Cláusulas de Gênero sob análise, o que traz à tona duas questões jurídicas: Quais os limites impostos ao processo de ratificação? (Subcapítulo 3.1); e quais as consequências desses limites para a Emenda de Plenário às Cláusulas de Gênero de 16 de março de 2021 no ACL Brasil-Chile? (Subcapítulo 3.2).

3.1. Limites jurídicos ao processo de Ratificação de um ACL

Em primeiro lugar, é indiscutível que – salvo poucas exceções¹³ – o(a) chefe do Executivo de um país tem a possibilidade de optar por não se

¹⁰ Apesar de o processo de ratificação ter se tornado “o momento mais importante da processualística contemporânea da celebração dos tratados” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, 2020, p. 173), não há regra absoluta no Direito Internacional que determine essa etapa como obrigatória (ROSENNE, Shabtai. *Treaties, Conclusion and Entry into Force*, in *ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW*, 1991, p. 166). De qualquer forma, considerando que o processo de ratificação ocorre no Brasil e no Chile, o presente artigo se debruçará sobre a regra geral.

¹¹ CASELLA, Paulo Borba et. al., *Manual de Direito Internacional Público*, 2012, p.

¹² LANTIS, J. *The Life and Death of International Treaties: Double-Edged Diplomacy and the Politics of Ratification in Comparative Perspective*, *Int Polit* 43, pp. 24–52, 2006.

¹³ Existem exceções à regra da facultatividade de ratificação dos tratados nas convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT.

submeter a um acordo internacional já assinado. Entende-se que a ratificação é um ato discricionário, que depende da análise de conveniência e oportunidade do(da) Chefe de Estado¹⁴.

O que não pode acontecer, contudo, é uma modificação unilateral posterior à assinatura. A assinatura representa o aceite formal dos estados em relação ao conteúdo, e vincula juridicamente os Estados contratantes ao texto final que foi assinado¹⁵.

Essa vinculação jurídica ao texto final é uma decorrência natural do fato que os plenipotenciários de cada estado se debruçaram sobre aquele conteúdo, negociaram seus termos, e chegaram a um consenso. A partir desse consenso, o tratado está insuscetível à alterações¹⁶.

Vale destacar que alguns tratados permitem a formulação de reservas pelos Estados contratantes, o que pode representar uma exceção à regra da imutabilidade após assinatura. No entanto, a Emenda em questão não possui conteúdo de reserva, e, acima de tudo, acordos bilaterais (como é o caso do ACL Brasil-Chile) sequer permitem a formulação de reservas¹⁷.

Assim, à luz do Direito Internacional Público, a assinatura do ACL Brasil-Chile balizou o acordo definitivo entre os países naquele sentido, de forma que modificações unilaterais durante o processo de ratificação são infundadas.

Trazendo a questão para o ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal prevê o seguinte:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que

¹⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, 2020, p. 182.

¹⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, 2020, p. 168

¹⁶ ARAÚJO, João Hermes Pereira de. *A Processualística dos Atos Internacionais*, 1958, p. 190.

¹⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, 2020, p. 190.

acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;
(...)

É de competência do(da) Chefe do Poder Executivo a celebração dos tratados internacionais – e consequentemente sua ratificação, quando acontece o engajamento definitivo. Porém, essa resolução definitiva está sujeita à “referendo” do Poder Legislativo, através do Congresso Nacional.

No exercício dessa competência de “referendo” pelo Congresso Nacional é que foi apresentada à Emenda às Cláusulas de Gênero do ACL Brasil Chile. Portanto, o cerne da questão é se poderia o Congresso propor modificações nessa etapa, ou caberia a ele simplesmente aceitar ou rejeitar o acordo em sua totalidade.

Entende-se que o Congresso Nacional não tem competência para propor mudanças ao ACL Brasil-Chile, tendo em vista: (i) a limitação do direito internacional sobre a modificação de tratados após sua assinatura; e (ii) a limitação do direito interno brasileiro acerca da competência do Congresso Nacional no processo de ratificação.

Em primeiro lugar (i), porque nenhum agente envolvido no processo de ratificação pode modificar o acordo, uma vez que essa etapa é posterior a assinatura. Evidentemente, isso se aplica à atuação do Congresso Nacional. Assim explica o Professor Mazzuoli¹⁸:

O que *não pode* o Congresso Nacional fazer é *emendar* o tratado submetido à sua apreciação, uma vez que é pacífico no Direito Internacional geral que a assinatura (que encerra a fase das negociações) torna o tratado insuscetível de alterações, a não ser que as partes celebrem *outro tratado* sobre a mesma matéria. (grifou-se)

Ademais, (ii) no que diz respeito ao direito interno, permitir que o Congresso Nacional altere de qualquer forma o conteúdo de um acordo assinado entre potências estrangeiras, representa dar ao Poder Legislativo o poder de celebrar tratados, em violação ao art. 84 da Constituição Federal. É o(a) chefe do Poder Executivo que tem a competência de negociar e assinar um acordo internacional. Isso quer dizer que, por mais que o Poder Legislativo possua um papel ativo no processo de ratificação, esse papel se limita a aceitar

¹⁸MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, 2020, p. 196.

ou rejeitar o acordo em sua totalidade. Sobre o assunto, também elucida o Professor Mazzuoli¹⁹:

De outro lado, vista a questão sob a ótica do direito interno, tem-se que *uma emenda aposta pelo Congresso ao texto de um tratado é uma ingerência indevida do Parlamento em assuntos do Executivo, ingerência essa que viola a harmonia e independência dos Poderes (garantida pela Constituição)*". E tal parece lógico, porque poderia um estado sozinho emendar um tratado negociado com vários outros sujeitos do Direito Internacional Público? Em outras palavras, como se explicaria, do ponto de vista diplomático, que possa o Legislativo (unilateralmente) reformar cláusulas de um tratado celebrado pelo Executivo com outras potências estrangeiras? É obvio que ao poder Legislativo não foi dada a faculdade de *mutilar* o texto convencional submetido à sua apreciação, o que equivaleria dar ao Congresso o poder de negociar tratados, derrubando desse posto quem realmente é competente para tal (ou seja, o Presidente da República). Ora, um tratado internacional é produto do resultado final sobre todos os seus termos e cláusulas. Depois de longas conferências, discussões e concessões recíprocas, por parte de vários Estados que ali pactuam, ponderadas e amadurecidas as propostas de cada uma das partes, tem-se por firmado o compromisso internacional, produto da vontade conjunta de *todos os* pactuantes. E *o poder legislativo, chamado a se manifestar, não pode pretender interferir indevidamente nos assuntos do Executivo, aprovando com emendas o acordo brasileiro celebrado internacionalmente.* (grifou-se)

Portanto, ao Congresso Nacional Brasileiro compete apreciar a mensagem de Aprovação do ACL Brasil-Chile, e aceita-la ou rejeitá-la, sem a possibilidade de propor alterações.

3.2. *Consequência dos limites jurídicos à Emenda às Cláusulas de Gênero de 16 de março de 2021*

Diante do exposto até aqui, entende-se que a Emenda às Cláusulas de Gênero de 16 de março de 2021 no ACL Brasil-Chile viola dois aspectos: um aspecto de direito internacional público, e um aspecto interno do direito brasileiro.

¹⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, 2020, p. 196.

Em relação ao Direito Internacional Público, a Emenda representa uma modificação unilateral no conteúdo daquele acordo que já foi assinado. Trata-se da inclusão de um conteúdo, ainda que interpretativo, que não foi devidamente analisado e acordado entre o Brasil e o Chile.

Em relação ao Direito Brasileiro, a Emenda viola o princípio da separação de poderes, ao passo que a Emenda se materializa como uma ingerência direta do Congresso Nacional na competência do Presidente da República para celebrar tratados internacionais.

Conclui-se, portanto, que não há fundamento jurídico para a referida Emenda.

Para a análise das consequências dessa ausência de fundamento, recorre-se à análise do Professor Mazzuoli²⁰:

A obrigação formal que as partes assumem na assinatura é, primeiramente, a de continuar no procedimento sobre a base do texto adotado, sem ulteriores alterações em sua estrutura (salvo, é claro, a possibilidade de reserva unilateral). Em outras palavras, a assinatura *vincula juridicamente* os Estados ao texto final do tratado (notadamente na hipótese em que ela também o autentica, nos termos do art. 10, alínea b, da Convenção de Viena). *Dá por que qualquer modificação no instrumento, posterior a ela, anula o acordo celebrado e abre, se assim quiserem as partes, nova rodada de negociações.* (grifou-se)

Entende-se que por “qualquer modificação”, inclui-se a cláusula interpretativa proposta na Emenda sob análise. Até porque, como demonstrado no primeiro capítulo deste artigo, a Emenda adiciona um conteúdo interpretativo que tem o condão delimitar, cercear, e excluir entendimentos decorrentes da interpretação dos artigos de gênero do acordo, introduzindo parâmetros, premissas e limitações que não foram objeto de acordo entre Brasil e Chile.

Portanto, sob o ponto de vista jurídico, o principal risco inerente à Emenda em questão é a nulidade do acordo celebrado, e a necessidade de nova rodada de negociações entre Brasil e Chile, se ainda houver interesse em tornar o acordo frutífero.

É importante levar em consideração que o Chile já concluiu o processo de ratificação do ACL Brasil-Chile, cumprindo com todas as devidas

²⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, 2020, p. 168.

formalidades²¹. Portanto, reside com o Brasil a responsabilidade definitiva de permitir que o ACL Brasil-Chile possa finalmente produzir efeitos.

Sendo assim, a Emenda Às Cláusulas de Gênero apresentada carece de fundamento jurídico, e caso aprovadas em última instância no processo de ratificação, põe em risco o efetivo sucesso do ACL Brasil-Chile, não apenas no que diz respeito a tutela da igualdade de Gênero, mas em sua totalidade.

4. Prováveis repercussões geopolíticas da emenda às cláusulas de gênero de 16 de março de 2021 no processo de incorporação do ACL Brasil-Chile

Para a abordar as possíveis repercussões que são objeto deste Capítulo, assume-se duas premissas, fundadas no que foi apresentado nos capítulos anteriores: (i) a Emenda às Cláusulas de Gênero foi apresentada em contrassenso com os compromissos cooperativos de interpretação que as partes expressamente estabeleceram no Acordo; (ii) não há fundamento jurídico para a Emenda apresentada, tanto à luz do Direito Internacional, como à luz do direito brasileiro.

No que tange a análise geopolítica, o presente artigo se propõe a avaliar de que forma a Emenda as Cláusulas de Gênero, se aprovada em última análise, impacta a posição do Brasil no cenário do Comércio Internacional.

Para avaliar essa questão, julgou-se oportuno em primeiro lugar avaliar o peso que as questões de gênero assumem na conjuntura atual do Comércio Internacional, compreendendo o contexto no qual Brasil e Chile firmam esse compromisso pela igualdade de Gênero (Subcapítulo 4.1); Em seguida, buscou-se avaliar os potenciais prejuízos à capacidade negociadora do Brasil no Comércio Internacional, tendo em vista outros acordos comerciais de interesse do Brasil (Subcapítulo 4.2).

²¹ A mensagem presidencial contendo o ACL Brasil-Chile foi aprovada na Câmara dos Deputados Chilena em maio de 2020, com 92 votos a favor, 44 contra e 11 abstenções; já no Senado, foi aprovado em agosto de 2020, contando com 23 votos a favor, 5 abstenções e 2 votos contra. Informações disponíveis em <https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-en-negociacion-y-suscritos>.

4.1. A Conjuntura Internacional: A expansão da pauta da igualdade de gênero no Comércio Internacional e o contrassenso da Emenda às Cláusulas de Gênero de 16 de março de 2021

Sob o espectro de desenvolvimento sustentável que vem crescendo no Comércio Internacional, cresce também o entendimento fundamentado de que a eliminação das barreiras de gênero são benéficas para o crescimento econômico e desenvolvimento, tanto a nível nacional, como a nível global²². Nessa conjuntura, Gênero é uma pauta cada vez mais presente no Comércio Internacional, sob diferentes vertentes.

Um marco importantíssimo para a consolidação de Gênero como uma pauta no Comércio Internacional é a inclusão da pauta como um dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODSs) da Agenda 2030 das Nações Unidas (ONU), mais especificamente o Objetivo nº 5, que visa “alcançar a igualdade de gênero e o empoderamento de todas as meninas e mulheres”²³.

É interessante notar que, por meio da Agenda 2030, a ONU assegura um tratamento amplo e transversal às questões de gênero²⁴, ao não fazer ressalvas quanto a raça, condição sociocultural, orientação sexual ou identidade de gênero. De imediato, é possível observar o contrassenso com as limitações impostas na Emenda às Cláusulas de Gênero de 16 de março de 2021 ao ACL Brasil-Chile.

Nessa mesma linha da Agenda da ONU, foi assinada entre 118 membros da OMC a “Declaração Conjunta sobre Comércio e Empoderamento Econômico das Mulheres” de 2017, cujo objetivo é conseguir a eliminação das barreiras ao empoderamento econômico das mulheres e aumentar a participação das mulheres no comércio²⁵. A Declaração estabelece compromissos, e um plano de ação para 2021.

²² FONTOURA, Andrezza; PRATES, Verônica. (Des)igualdade de gênero: qual o papel do Comércio Internacional?, 2018.

²³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, 2015.

²⁴ GALIZA E SILVA, Gabriela. Comércio e gênero: um novo tema na agenda internacional. FGV São Paulo School of Economics: Working Paper Series, 2018, p. 4.

²⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, Declaração Conjunta sobre Comércio e Empoderamento Econômico das Mulheres por Ocasão da Conferência Ministerial da OMC em Buenos Aires, 2017.

Como reflexo da relação intrínseca entre igualdade de gênero e sustentabilidade, o tema também é objeto de estudo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). A OCDE é conhecida como um “clube de boas práticas”, que nasceu com caráter regional na União Europeia, e passou a expandir seus membros, mas com base em análise minuciosa de suas políticas públicas e práticas regulatórias²⁶.

A agenda da OCDE foi resinificada a partir da Agenda 2030 da ONU. A OCDE está comprometida em fornecer apoio e recursos para concretização dos ODSs²⁷, incluindo a adoção de medidas e sistemas para melhorar o desempenho dos países em relação aos objetivos²⁸.

Nesse contexto, vale ressaltar que o Brasil apresentou pedido de acesso à OCDE em 2017, e desde então vem tomando medidas necessárias para passar pelo crivo dos membros no que diz respeito aos indicadores de sustentabilidade (dos quais inclui-se a igualdade de gênero). Dado o contrassenso da Emenda sob análise em relação ao ODS nº 5, é possível que a Emenda sob análise possa prejudicar o processo de acesso do Brasil à OCDE.

Por fim, é importante considerar que diante da relevância mundial do tema de gênero no Comércio Internacional, diversos países também vêm incorporando em seus acordos comerciais compromissos voltados para a igualdade de gênero. Pesquisa de 2018 conduzida no âmbito da OMC aponta tendência crescente de acordos regionais de comércio que abordam questões de gênero, identificando 74 acordos que já incluem referência explícitas²⁹.

²⁶ WITcast: OCDE e Acesso do Brasil. Entrevistado: Embaixador Carlos Marcio Cozendey. Entrevistadoras: Constanza Negri Biasutti e Marina Carvalho. Woman Inside Trade (WIT), Ago. 2020, podcast. Disponível em: https://open.spotify.com/episode/4ZjWKLXA0vwNXuGGiSkTSQ?si=hsBjY2_hSK-vP8OiaZFEuQ.

²⁷ THORSTENSEN, Vera; MOTA, Catherine R. MEIO AMBIENTE, CRESCIMENTO VERDE E SUSTENTABILIDADE - Indicadores Verdes da OCDE: o que esperar da avaliação do Brasil?, 2020, p. 2.

²⁸ No que tange ao ODS nº 5 (empoderamento de todas as mulheres e meninas), a OCDE divulgou em março de 2021 o OECD Trade Policy Paper nº 246, que apresenta uma análise estrutural de como as políticas comerciais afetam mulheres e homens de maneira diferente, com o objetivo de auxiliar os governos na implementação de políticas que possam reduzir as barreiras enfrentadas pelas mulheres.

²⁹ MONTEIRO, José Antonio. Gender-related Provisions in Regional Trade Agreements, *WTO Staff Working Paper ERSD-2018-15*, Organização Mundial do Comércio, 2018.

Considerando a conjuntura em que o ACL Brasil-Chile se firmou, e o positivo destaque do acordo em abordar questões de gênero de forma explícita e organizada em capítulo específico, entende-se que a aprovação da Emenda apresentada evidenciaria uma postura Brasileira na contramão da trajetória sobre a pauta de gênero no Comércio Internacional.

4.2. Potenciais Impactos da Emenda às Cláusulas de Gênero de 16 de março de 2021 para outros acordos comerciais de interesse do Brasil

Uma vez identificado que o posicionamento brasileiro com a Emenda às Cláusulas de Gênero se contrapõe aos compromissos internacionais que vem sendo firmados nesse tema, examina-se, por fim, os potenciais impactos da Emenda na capacidade negociadora do Brasil no Comércio Internacional, tendo em vista outras negociações comerciais em curso.

O Comércio Internacional envolve um amplo conjunto de relações econômicas, cujo o cerne é marcado pelo o que se comumente intitula *trade-offs*³⁰ - que são compromissos firmados entre esses agentes econômicos para atingir um equilíbrio de interesses e prerrogativas. Uma vez que esses compromissos formam uma rede ampla e complexa, entende-se que posicionamentos adotados pelos países, ainda que internamente, tem o condão de impactar suas relações no cenário internacional.

Nesse sentido, é possível vislumbrar potenciais impactos – ainda que indiretos – do posicionamento brasileiro através da eventual Emenda às Cláusulas de Gênero, especialmente em relação a outros acordos comerciais que são de interesse do Brasil. De imediato, duas situações se colocam: (i) a possibilidade de prejuízo a acordos internacionais em negociação; e (ii) a possibilidade de prejuízo a acordos internacionais já assinados, porém aguardando ratificação pelas partes.

No que tange aos (i) acordos comerciais em negociação, é importante notar que desde 2018 o Brasil participa das rodadas de negociação do Acordo Mercosul-Canadá³¹, que aborda diretamente os temas “Comércio e Gênero” e “Comércio Inclusivo”.

O Canadá tem apresentado muitos avanços na promoção de uma abordagem inclusiva do comércio, sobretudo no que tange à igualdade de

³⁰ OKUN, Arthur M. *Equality and efficiency: the big tradeoff*, Brookings Institution Press, 2015, p. 10.

³¹ BRASIL, *Anuário do Comércio Exterior Brasileiro*, 2020.

gênero sob uma perspectiva interseccional – que inclui a percepção das múltiplas esferas que permeiam o conceito de gênero, como: raça, condição socioeconômica, orientação sexual, identidade de gênero, dentre outros³².

Diante da importância que o Canadá confere ao tema, é pertinente ponderar em que medida o posicionamento do Brasil pode impactar sua capacidade negociadora nesse contexto, já que a Emenda às Cláusulas de Gênero traduz uma pretensão brasileira em restringir o alcance do tema de gênero – justamente o que o Canadá tem buscado enfrentar.

Em relação aos (ii) acordos internacionais já assinados, porém aguardando ratificação pelas partes, é primordial considerar que a Emenda sob análise traduz um comportamento brasileiro contraditório – e sem fundamento jurídico – após a assinatura de um acordo internacional. É possível que tal postura ponha em cheque o nível de comprometimento Brasileiro com acordos comerciais já assinados, principalmente acordos que também abordam igualdade de gênero.

Nesse ponto, vale destacar que o Brasil concluiu em 2019 as negociações entre Mercosul e a Associação Europeia de Livre Comércio (EFTA)³³, assinando o Acordo Mercosul-EFTA, que aguarda ratificação³⁴. O Acordo também comporta temas não-tarifários, contendo um capítulo destinado a “Comércio e Desenvolvimento Sustentável” que faz referência aos objetivos da Agenda da ONU 2030, dos quais inclui-se a igualdade de gênero.

Assim, reside incerto qual será o posicionamento do Brasil na ratificação desse Acordo Mercosul-EFTA, e a eventual aprovação ou rejeição da Emenda de ora se analisa – Emenda às Cláusulas de Gênero do ACL Brasil-Chile (EMP 2 – MSC 396/2019) – tem uma influência relevante nesse contexto.

³² O Governo do país divulgou recentemente informações sobre suas pretensões em relação a abordagem inclusiva de comércio, afirmando que “*Canada is committed to pursuing an inclusive approach to trade in recognition that trade policies and agreements need to respond and contribute more meaningfully to broader economic, social and environmental policy*”. Mais informações podem ser obtidas em: https://www.international.gc.ca/gac-amc/campaign-campagne/inclusive_trade/index.aspx?lang=eng.

³³ O EFTA é um bloco integrado por Suíça, Noruega, Islândia e Liechtenstein, que se apresenta como o nono maior ator no comércio mundial de bens e o quinto maior no comércio de serviços.

³⁴ BRASIL, Anuário do Comércio Exterior Brasileiro, 2020.

Portanto, tendo em vista a agenda comercial internacional do Brasil – tanto em relação a acordos em negociação, como acordos aguardando ratificação – é possível perceber que a Emenda às Cláusulas de Gênero sob análise se apresenta como um risco ainda mais amplo nos interesses comerciais brasileiros.

5. Conclusão

O objetivo desse artigo foi analisar os riscos inerentes à a Emenda de Plenário às Cláusulas de Gênero do ACL Brasil-Chile (EMP 2.0 - MSC 369/2019), de 16 de março de 2021, partindo de duas perguntas: (a) é juridicamente possível a apresentação de uma Emenda pelo Congresso Nacional durante o processo de ratificação de um acordo internacional já assinado?; (b) quais são as possíveis repercussões geopolíticas decorrentes da hipótese de ratificação do ACL Brasil-Chile com a Emenda sob análise?

Ao final da pesquisa, identificou-se que não há fundamento jurídico para a Emenda apresentada, tanto pela ótica internacional como pela ótica doméstica. Pela ótica internacional, a Emenda representa uma modificação unilateral no conteúdo daquele acordo que já foi assinado, o que não é permitido. Quanto à ótica doméstica, a Emenda viola o princípio da separação de poderes, ao passo se materializa como uma ingerência direta do Congresso Nacional na competência do Presidente da República para celebrar tratados internacionais.

Em relação aos impactos geopolíticos, verificou-se que a Emenda tem o potencial de colocar o Brasil em posição dissonante à trajetória internacional sobre a pauta de gênero no Comércio Internacional, inclusive em relação à importância do tema perante a OCDE – da qual o Brasil busca se tornar membro.

Na perspectiva da agenda comercial internacional do Brasil, também foi possível vislumbrar riscos para a capacidade negociadora do país de forma mais ampla, tendo em vista tanto acordos comerciais em negociação – como o Mercosul-Canadá – como acordos comerciais já assinados e pendentes de ratificação – como o Mercosul-EFTA.

Diante dos riscos apresentados ao longo deste trabalho, sugere-se que a apreciação da Emenda pelos agentes envolvidos no processo de ratificação do ACL Brasil-Chile seja conduzida em máxima cautela, levando em consideração as limitações jurídicas, internacionais e domésticas que se

impõem a esse processo, bem como o potencial impacto geopolítico para o Brasil.

Referências bibliográficas

AMARAL, Renata; TAVARES, Paula. *Por que o Brasil deveria reforçar as cláusulas de gênero nos acordos comerciais?*, 2020. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/colunas/noticia/2020/01/por-que-o-brasil-deveria-reforcar-clausulas-de-genero-nos-acordos-comerciais.html> (acesso em 19/05/2021).

ARAÚJO, João Hermes Pereira de. *A Processualística dos Atos Internacionais*, 1958.

BRASIL. Emenda de Plenário n.2/0, Deputado Vitor Hugo (PSL-GO), 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1975277 (acesso em 19/05/2021).

BRASIL. Mensagem nº 369/2019, que aprova o "Texto do Sexagésimo Quarto Protocolo Adicional ao Acordo de Complementação Econômica Nº 35 (ACE-35), que incorpora ao referido Acordo o Acordo de Livre Comércio (ALC) entre o Brasil e o Chile, assinado em Santiago, em 21 de novembro de 2018". Inteiro teor disponível em <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2217142> (acesso em 19/05/2021).

BRASIL; CHILE. Acordo de Livre Comércio Brasil-Chile, 2018. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1830164 (acesso em 19/05/2021).

BRASIL, Anuário do Comércio Exterior Brasileiro, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/publicacoes-secex/anuario/arquivos/anuario-comex-2020.pdf> (acesso 07/07/2021).

CASELLA, Paulo Borba et. al., *Manual de Direito Internacional Público*, 2012.

CASTRO, Carla Frade de Paula. *Capítulos de gênero em Acordos Regionais de Comércio: uma oportunidade para a igualdade de gênero*, Coletânea WIT Estudos sobre Comércio Internacional em homenagem à Professora Vera

Thorstensen, 2021. Disponível em: <https://ccgi.fgv.br/sites/ccgi.fgv.br/files/u5/Colet%C3%A2nea%20WIT%20-%20Edi%C3%A7%C3%A3o%201%20-%20Homenagem%20%C3%A0%20Prof.%20Vera%20Thorstensen%201.0.pdf> (acesso em 19/05/2021).

CHILE. Gobierno Del Chile, Ministério de Relaciones Exteriores, Subsecretaria de Relaciones Económicas Internacionales. Informe del Acuerdo De Libre Comercio Chile-Brasil. Disponível em [https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/acuerdos-comerciales/informe-alc-brasil-\(28-02-20\).pdf?sfvrsn=72f1b827_2](https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/acuerdos-comerciales/informe-alc-brasil-(28-02-20).pdf?sfvrsn=72f1b827_2) (acesso em 19/05/2021).

CHILE. Gobierno Del Chile, Ministério de Relaciones Exteriores, Subsecretaria de Relaciones Económicas Internacionales. Acuerdos en Negociación y Suscritos. Disponível em: <https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-en-negociacion-y-suscritos> (acesso em 19/05/2021).

CHILE. Gobierno Del Chile, Ministério de Relaciones Exteriores, Subsecretaria de Relaciones Económicas Internacionales. Acuerdos Comerciales Vigentes. Disponível em <https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-comerciales-vigentes> (acesso em 19/05/2021).

CHILE; URUGUAI. Acordo de Livre Comércio Chile-Uruguai, 2016. Disponível em: <https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-comerciales-vigentes/uruguay>

FONTOURA, Andrezza e PRATES, Verônica. (Des)igualdade de gênero: qual o papel do Comércio Internacional?, 2018. Disponível em: <https://womeninsidetrade.com/desigualdade-de-genero-qual-o-papel-do-comercio-internacional/> (acesso em 19/05/2021).

GALIZA E SILVA, Gabriela. Comércio e gênero: um novo tema na agenda internacional. *FGV São Paulo School of Economics: Working Paper Series*, 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/24776> (acesso em 19/05/2021).

LANTIS, J. The Life and Death of International Treaties: Double-Edged Diplomacy and the Politics of Ratification in Comparative Perspective, *Int Polit* 43, pp. 24–52, 2006.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, 2020.

MONTEIRO, José Antonio. Gender-related Provisions in Regional Trade Agreements, *WTO Staff Working Paper ERSD-2018-15*, Organização Mundial do Comércio, 2018. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/191640/1/1047566001.pdf> (acesso em 19/05/2021).

MONTEIRO, José Antonio. Gender-related Provisions in Regional Trade Agreements, *WTO Staff Working Paper ERSD-2018-15*, Organização Mundial do Comércio, 2018. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/191640/1/1047566001.pdf> (acesso em 19/05/2021).

O Brasil como visto pela OCDE, Vera Thorstensen; Mauro Kiithi Arima Jr, coordenadores – São Paulo: Centro de Estudos do Comércio Global e Investimentos e VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda., 2020. Disponível em: https://ccgi.fgv.br/sites/ccgi.fgv.br/files/u5/CCGI_Brasil%20como%20visto%20pela%20OCDE_jul_2020.pdf (acesso em 19/05/2021).

OECD TRADE POLICY PAPER N°246, Trade and Gender: A Framework Analysis, 2021. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/6db59d80-en.pdf?expires=1621470897&id=id&accname=guest&checksum=A873E8477A28AA68BB25B9F58AB4E583> (acesso em 19/05/2021).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, 2015. Disponível em: <http://www.agenda2030.com.br/> (acesso em 19/05/2021).

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, Declaração Conjunta sobre Comércio e Empoderamento Econômico das Mulheres por Ocasão da Conferência Ministerial da OMC em Buenos Aires, 2017. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc11_e/genderdeclarationmc11_e.pdf (acesso em 19/05/2021).

OKUN, Arthur M. Equality and efficiency: the big tradeoff, Brookings Institution Press, 2015. Disponível em <https://br1lib.org/book/5956325/edc7f5> (acesso em 16/06/2021).

ROSENNE, Shabtai. Treaties, Conclusion and Entry into Force, in *ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW*, 1991.

SAYEG, Carol; MARTES, Marina Martins. *Gênero e Comércio: acordos de comércio podem contribuir para a redução da desigualdade de gênero no Brasil?*, Coletânea WIT Estudos sobre Comércio Internacional em homenagem à Professora Vera Thorstensen, 2021. Disponível em: <https://ccgi.fgv.br/sites/ccgi.fgv.br/files/u5/Colet%C3%A2nea%20WIT%20-%20Edi%C3%A7%C3%A3o%201%20-%20Homenagem%20C3%A0%20Prof.%20Vera%20Thorstensen%201.0.pdf> (acesso em 19/05/2021).

THORSTENSEN, Vera. JÚNIOR, Mauro Kiithi Arima. Boas práticas regulatórias: a situação do Brasil como avaliada pela OCDE, 2020. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29175/TD%20527%20-%20CCGI_22.pdf?sequence=1&isAllowed=y (acesso em 19/05/2021).

THORSTENSEN, Vera; GULLO, Marcelly Fuzaro. O BRASIL NA OCDE: membro pleno ou mero espectador?, 2018. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/23926/TD%20479%20-%20CCGI_08.pdf?sequence=1&isAllowed=y (acesso em 19/05/2021).

THORSTENSEN, Vera; MOTA, Catherine R. MEIO AMBIENTE, CRESCIMENTO VERDE E SUSTENTABILIDADE - Indicadores Verdes da OCDE: o que esperar da avaliação do Brasil?, 2020. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29302/TD%20531%20-%20CCGI_26.pdf (acesso em 19/05/2021).

UN Secretary-General's High-Level Panel On Woman's Economic Empowerment. Leave no one behind: a call to action for gender equality and women's economic empowerment, 2016. Disponível em: <http://www2.unwomen.org/-/media/hlp%20wee/attachments/reports-toolkits/hlp-wee-report-2016-09-call-toaction-en.pdf?la=en&vs=1028> (acesso em 19/05/2021).

WITcast: OCDE e Acesso do Brasil. Entrevistado: Embaixador Carlos Marcio Cozendey. Entrevistadoras: Constanza Negri Biasutti e Marina Carvalho. Woman Inside Trade (WIT), Ago. 2020, podcast. Disponível em:

https://open.spotify.com/episode/4ZjWKLXA0vwNXuGGiSkTSQ?si=hsBjY2_hSK-vP8OiaZFEuQ (acesso em 19/05/2021).

QUAL O PESO DO CADE NAS AVALIAÇÕES DE INTERESSE PÚBLICO EM DEFESA COMERCIAL APÓS O DECRETO 10.044/2019 DA CAMEX? UMA ANÁLISE DOS PROCESSOS DE INTERESSE PÚBLICO ENTRE 2019 E JUNHO DE 2021

Tanise Brandão Bussmann

Resumo: O presente artigo tem como objetivo verificar o alinhamento entre a decisão do GECEX em processos de avaliação de interesse público com o parecer da SDCOM e com o posicionamento do CADE. Para tanto, a partir de uma metodologia empírica, partindo da coleta dos processos de interesse público, foram analisados todos os processos de Avaliação de Interesse Público encerrados em que houve manifestação do CADE entre 2019 e junho de 2021, para verificar o alinhamento ou não da decisão. Houve um alinhamento entre o SDCOM e o GECEX. Não foi possível visualizar um alinhamento entre o CADE e o GECEX.

Palavras-Chave: Avaliação de Interesse Público. CADE. GECEX. SDCOM.

Keywords: Public Interest Assessment. CADE. GECEX. SDCOM.

1. Introdução e contextualização

A defesa comercial e a defesa da concorrência são interfaces que apresentam similaridades e diferenças. Tais sissimulitudes podem apresentar distinções bastante acentuadas, o que já é esperado pela própria distinção do objeto. A defesa comercial, no escopo do mercado interno, está voltada para as ações dos diversos players nacionais e estrangeiros, principalmente no que tange as condições de concorrência entre eles. Já a defesa da concorrência analisa o ambiente competitivo per se, independente da origem dos players.

Logo, a autoridade da defesa comercial pode definir medidas *antidumping* visando proteger a industrial local prejudicada pelo comércio exterior por conta do uso de *dumping* pelos players estrangeiros (ARAÚJO JR, 2001), ao passo que a autoridade concorrencial visa um aumento de bem-estar e de eficiência produtiva, em um cenário que pode ser relevante o comércio exterior (ARAÚJO JR, 2001). No entanto, apesar de muitas vezes a aplicação destas medidas de proteção comercial gerarem tensões entre os parceiros comerciais, além de também potencialmente trazer prejuízos ao comércio local (ARAÚJO JR, 2001).

Um argumento a favor da proteção comercial é a preservação da indústria local, muitas vezes em períodos iniciais de desenvolvimento, e sem condições de competir, pelo menos momentaneamente, em igualdade com as empresas estrangeiras já incumbentes no mercado que apresentam ganhos de escala com sua produção. Além claro, de práticas que podem ser consideradas danosas tanto para a autoridade concorrencial quanto da defesa comercial, como, por exemplo, cartéis ou preços predatórios.

As sinergias entre o direito antidumping e o direito comercial podem ser vistas em Michel e Deitos (2018), principalmente para o caso em que há problemas integrados entre o comércio internacional e a concorrência. Apesar de os âmbitos de incidência serem distintos (MICHEL; DEITOS, 2018).

Ao analisar as interseções, observa-se que a maior parte dos países participantes do *Free Trade Area of Americas* (FTAA), apresenta uma correlação positiva entre a solicitação de medidas *antidumping* e a presença da autoridade concorrencial, sendo visualizado, para o autor, que a lógica é de fazer uso das duas políticas de forma ativa (tanto concorrencial quanto comercial) ou não usar nenhuma (MICHEL; DEITOS, 2018).

No caso do Brasil, há tanto a autoridade da defesa comercial quanto a concorrencial. As decisões relativas às medidas de proteção de mercado ocorrem pela Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), pelo Comitê-Executivo de Gestão (GECEX) (BRASIL, 2019a). Já a autoridade da concorrência é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), sendo que as decisões ocorrem pelo seu Tribunal e pela Superintendência-Geral (BRASIL, 2011).

A partir da Lei de Defesa da Concorrência (BRASIL, 2011), nota-se que o interesse público deixou de utilizar na sua avaliação as cláusulas de interesse público, passando a focar apenas nas eficiências na sua decisão (PIMENTA, 2020). O que pode trazer vantagens, como uma menor suscetibilidade para a interferência de agentes externos na decisão (PIMENTA, 2020).

No entanto, no âmbito da defesa comercial, a avaliação de interesse público ainda é uma temática muito importante. A inserção da avaliação de interesse público em defesa comercial está presente no ordenamento jurídico brasileiro desde 1995, tanto para o caso de dumping (BRASIL, 1995a) quanto para o caso de medidas compensatórias (BRASIL, 1995b) e salvaguarda (BRASIL, 1995). Além dessa legislação de 1995, houve uma modificação em 2012, com a criação do Grupo Técnico de Avaliação de Interesse Público (GTIP) (BRASIL, 2012), seguida do protocolo para estas solicitações (BRASIL, 2020c). Em 2015, são publicadas duas resoluções acerca das

avaliações de Interesse Público (BRASIL, 2015a; 2015b), sendo, neste período, a avaliação de responsabilidade da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, sendo que, em 2016, é modificada a secretaria responsável (BRASIL, 2020c). Em 2017 (BRASIL, 2017) é editada uma nova resolução da CAMEX com prazos e diretrizes para a condução de análises. Em 2019 há uma alteração pela modificação ministerial, passando às avaliações de interesse público a serem realizadas pela SDCOM (BRASIL, 2019c).

De acordo com a Portaria n. 13 de 29 de janeiro de 2020 (BRASIL, 2020a), a avaliação de interesse público avalia a ocorrência de elementos para justificar modificações de medidas *antidumping*. Haverá interesse público quando ao utilizar uma medida de defesa comercial, esta apresentar potencialmente um dano maior do que os efeitos positivos decorrentes da medida de defesa comercial (BRASIL, 2020a).

A avaliação de interesse público é disciplinada pela Portaria da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) no. 13/2020 (BRASIL, 2020a). A partir de 2019, com a modificação organizacional do Ministério da Economia (BRASIL, 2019b), a Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público (SDCOM) se tornou competente pelas avaliações de interesse público (BRASIL, 2019c).

Em relação ao procedimento da Avaliação e Interesse Público, nota-se que antes da abertura da avaliação preliminar, há a análise pelo SDCOM das informações constantes na petição para, a partir delas, iniciar esta etapa do processo e então divulgar aos interessados o questionário de interesse público para manifestação preliminar. Então, de acordo com as evidências encontradas, há a decisão sobre a abertura da avaliação de interesse público e, caso o processo tenha chegado a esta etapa há um novo espaço para manifestação dos agentes e então deliberação sobre a matéria, no parecer da SDCOM e, caso a SDCOM sugira uma medida, há a deliberação desta pelo GECEX. Ainda, muitas vezes por conta dos prazos e suas prorrogações, muitas vezes os processos acabam demorando mais de 1 ano desde a abertura até a conclusão.

Em 2019, houve outra modificação na CAMEX que fez com que o CADE passasse a integrar o GECEX como membro convidado. Sendo assim, a autoridade da concorrência é parte legítima para expor as preocupações concorrenciais nas decisões do GECEX. Por conta disso, o presente artigo tem como objetivo responder a seguinte pergunta: após a mudança de composição da Camex pelo Decreto 10.044/2019, que fez com que o CADE passasse a integrar a integrar como convidado, em caráter permanente, houve

alinhamento entre o posicionamento do CADE, da SDCOM e do GECEX? A hipótese inicial é a posição do CADE tenha sido levada em conta na maioria dos casos analisados.

Para responder tal pergunta, o presente artigo se estrutura da seguinte forma: A seção 2 expõe a metodologia de pesquisa empírica do presente artigo e uma breve síntese de cada um dos processos analisados. Ao final, na seção 3, são expostos os resultados, comparando os posicionamentos do CADE com o parecer do SDCOM e a decisão final da GECEX, a fim de se avaliar a existência ou não de alinhamento entre tais autoridades.

2. Da pesquisa empírica sobre as manifestações do CADE em avaliações de interesse público em defesa comercial entre Abril de 2019 e Junho de 2021¹:

Nesta seção é apresentada inicialmente a metodologia utilizada, seguida de um breve resumo de cada um dos casos em que houve participação do CADE. Em cada uma das avaliações são expostos os argumentos do relatório da SDCOM, do CADE e a conclusão do processo.

2.1. Metodologia

A pesquisa empírica consistiu no uso das informações disponibilizadas no sítio da SDCOM entre 2019 e 2021². Neste período, foram concluídos 36 processos de revisão ou de investigação inicial de interesse público. Ainda, nota-se que o número de medidas de interesse público pode ser superior, uma vez que é possível, por exemplo, que um processo esteja relacionado a mais de uma origem e, de acordo com as conclusões, é possível que haja medidas distintas para cada origem, caracterizando assim mais de uma medida relacionada com um processo.

Ainda, o mesmo processo pode tramitar mais de uma vez no período, caso tenha havido uma nova revisão. É o caso do Aço GNO, que recebeu uma alteração de medida antidumping por motivo de interesse público e, em 2020, este mesmo processo apresenta a manutenção da alteração da medida. O

¹ Para 2021, foram considerados os seis processos que estavam disponíveis no site da SDCOM em 30 de junho de 2021.

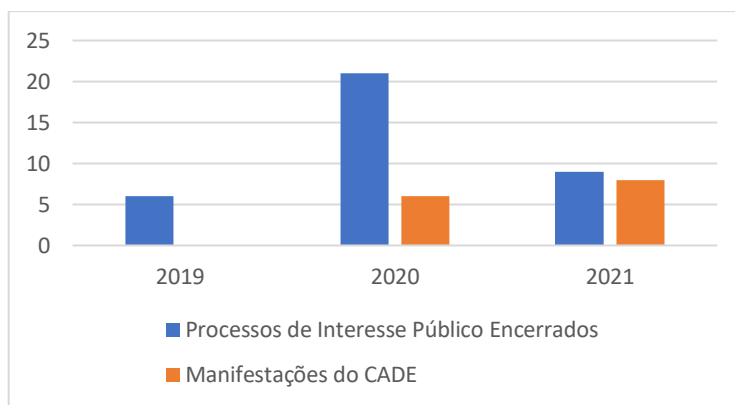
² <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/estatisticas-e-historico/avaliacoes-de-interesse-publico-encerradas>

mesmo ocorre com Tubos de Ferro Fundido, sendo que, em 2019, este processo não teve manifestação do CADE, havendo quando da tramitação em 2020.

A metodologia utilizada neste trabalho foi a leitura aos processos de Interesse Público em que constava a manifestação do CADE. Nota-se que a participação foi crescente: em 2019, o CADE não se manifestou em nenhum processo de interesse público, ao passo que em 2020, houve 7 manifestações. No primeiro semestre de 2021, houve a manifestação em 8 dos 9 processos concluídos, conforme pode ser visualizado no gráfico 1. Ainda, em muitos processos de revisão, cuja medida foi iniciada em 2019 ou mesmo antes, houve a manifestação a posteriori da definição do caso. É o caso, por exemplo, do Aço GNO, que apresentou uma decisão em 2019 e sua revisão em 2020. Ainda, em alguns casos cuja decisão saiu em 2021, a manifestação do CADE ocorreu em 2020.

No primeiro semestre de 2021, dos 9 processos encerrados, em 8 houve manifestação do CADE (ou seja, em apenas um processo não apresentou com parecer do CADE). Passaram a ocorrer manifestações ainda na fase da Análise de Interesse Público Preliminar neste último ano.

Gráfico 1 – Processos de Avaliação de Interesse Público



Fonte: Elaboração Própria a partir da SDCOM³

³ <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/estatisticas-e-historico/avaliacoes-de-interesse-publico-encerradas>

Devido aos prazos, é possível que para alguns processos de 2019 o CADE ainda não estivesse inserido no GECEX, e, em função disso, não fosse parte qualificada para opinar nos processos de avaliação de interesse público. Esta informação é relevante pois, nesta situação, já é esperada uma crescente participação do CADE uma vez que ele passa a ter essa possibilidade de manifestação como parte interessada a partir de 2019.

Além destes casos, foram identificadas participações em casos que ainda estão em andamento, muitas vezes com a manifestação ainda na análise preliminar de interesse público como é o caso de Anidrido Ftálico e Cilindros para GNV. Neste sentido, uma vez que a investigação destes casos ainda não foi concluída, não é possível responder se o posicionamento do CADE estará em conformidade com o posicionamento da SDCOM e do GECEX e, por este motivo, estes casos não foram levados em conta na análise.

São 14 os processos de avaliação de interesse público que contam com resposta do questionário pelo CADE. Destes processos, o processo de Não-Tecidos não foi considerado, sendo este, no período, o único processo encerrado por conta da inconsistência de informações pela petionária deste processo (BRASIL, 2020e). Além disso, também não foi considerado o processo de tubos de ferro fundido. Uma vez que o questionário do CADE não consta na versão pública do processo e somente seria possível inferir sobre o posicionamento deste Conselho, pois, de acordo com a SDCOM, o CADE em sua manifestação “teria por objetivo acrescentar informações e análises sobre os efeitos concorrenciais da aplicação de direito antidumping e avaliar a necessidade de suspensão desse direito com base em avaliação de interesse público” e, através de tal afirmação, não seria possível, entender o posicionamento do Cade (BRASIL, 2019f).

2.2 Breves notas sobre o posicionamento do CADE no caso de Laminados Planos de Aço ao Silício (Aço GNO) e da decisão final da Camex(Julho/2020)⁴.

No caso de Laminados Planos de Aço ao Silício (Aço GNO) originárias da China, Coréia do Sul, Taipé Chinês e Alemanha houve a abertura de processo abril de 2019. A manifestação do CADE ocorre em junho de 2020, expondo que há uma única produtora nacional de Aço GNO, e para suprir a demanda nacional, é necessário importar parte da produção. Além

⁴ BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. *Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial*. Processo n. 19972.100359/2019-35. 2019g.

disso, para transformar o aço nacional para o padrão internacional, há custos adicionais. A empresa referida também foi alvo de um termo de cessação de conduta (TCC) visando a não discriminação de distribuidores de aço em favor da rede própria desta. Para o CADE estes motivos favorecem a posição de suspensão das medidas.

No entanto, como a manifestação do CADE ocorreu posteriormente ao dia 22 de maio de 2020, que foi a data limite para recebimentos de manifestações e, por este motivo, não houve a consideração da mesma pela SDCOM, no seu parecer de 2 de julho de 2020, que também indicou que no período não foram verificadas modificações relevantes no mercado. No parecer final da avaliação de interesse público é sugerida pela SDCOM a manutenção das medidas de defesa comercial. Este resultado é corroborado na decisão do GECEX, em 14 de julho de 2020.

2.3 Breves notas sobre o posicionamento do CADE no caso de Pneus de Carga e da decisão final da Camex(Outubro/2020)

A abertura do processo administrativo para revisão da medida de defesa comercial de Pneus de Carga originários da África do Sul, Coréia, Rússia, Japão, Tailândia e Taipé Chinês iniciou em novembro de 2019. A manifestação do CADE explicita que não havia indícios relativos à diminuição da concorrência mesmo com as medidas antidumping em curso e, portanto, para este órgão, não havia a necessidade de suspensão do direito antidumping por motivos de interesse público⁵ (BRASIL, 2019g)

Em outubro de 2020, há a manifestação da SDCOM, sugerindo que neste caso não fosse iniciada a investigação de interesse público, uma vez que preliminarmente não foi possível verificar um impacto significativo na oferta de Pneus de Carga no mercado nacional para que houvesse a necessidade de revisão da medida. Nota-se que as duas posições apresentam um alinhamento, pela não necessidade de suspensão da medida por motivos de interesse público.

⁵ Neste caso, não foi encontrada a manifestação do CADE, sendo portanto utilizada a informação do relatório da SDCOM.

2.4 *Breves notas sobre o posicionamento do CADE no caso de Pneus de Carga (China) e da decisão final da Camex(Novembro/2020)*⁶

Neste caso, a SDCOM realiza a abertura de análise preliminar de interesse público no processo de revisão de *antidumping* de Pneus de Carga da China. A recomendação preliminar da SDCOM é de que a retirada do direito antidumping faria com que o dumping fosse retomado e, portanto, houvesse dano no mercado brasileiro (BRASIL, 2020f).

O CADE se manifesta em julho de 2020, expondo que no Brasil há 5 principais fabricantes, sendo que, além da China, em 2015 outros países também foram afetados pelas medidas antidumping. Ainda, após este período, notou-se que houve aumento das vendas e diminuição dos preços. O CADE entende não perceber indícios de restrição da concorrência no período de vigência das medidas antidumping, entendendo, portanto, que não haveria a necessidade de suspender tais medidas por interesse público. Neste sentido, a SDCOM em seu parecer, apresenta alinhamento com a posição do CADE, indicando em novembro de 2020 a não realização da análise de interesse público para este produto.

2.5 *Breves notas sobre o posicionamento do CADE no caso de Tubos de Borracha Elastomérica e da decisão final da Camex(Dezembro/2020)*

Para os Tubos de Borracha Elastomérica oriundos da Alemanha, Emirados Árabes e da Itália, o início do processo ocorreu em junho de 2020. Observou-se que a medida *antidumping* foi capaz de reduzir as importações das origens gravadas, bem como, foram apresentados indícios que uma vez a medida seja extinta, também retornaria a prática de *dumping*. (BRASIL, 2020g)

O CADE se manifestou na presente avaliação, expondo que existe apenas uma produtora no Brasil deste produto, e no período em que há vigência das medidas *antidumping* (desde 2015) houve um aumento no mercado doméstico com redução dos custos de produção de 17,1%, mas a redução no produto final foi de 5,1%. Para o CADE, esta empresa se beneficia da redução das participações das importações, se apropriando da maior parte da redução dos custos. Por isso para o CADE deveria haver a suspensão das medidas de interesse público.

Em dezembro de 2020, há o despacho no caso em tela, que sugere a não abertura de avaliação de interesse público, por conta da ausência de elementos. Quanto à manifestação do CADE, a SDCOM expõe que não houve uma narrativa de fatos e fundamentos ou indícios, indeferido o pleito. Nota-se a ausência o alinhamento entre a manifestação do CADE e a decisão da SDCOM.

2.6 Breves notas sobre a manifestação do CADE no caso de Vidros Planos Flotados Incolores e da decisão final da CAMEX (Fevereiro/2021):

O processo de revisão de final de período das medidas antidumping aplicadas sobre Vidros Planos Flotados Incolores originado da Arábia Saudita, da China, Egito, dos Emirados Árabes, EUA e México foi iniciada pela SDCOM em dezembro de 2019 (BRASIL, 2019h)

O CADE se manifestou duas vezes: inicialmente, indicando que, devido ao elevado nível de concentração do mercado, haveria uma tendência de aumento dos preços domésticos caso a medida fosse aprovada. No entanto, esta autarquia recebeu a manifestação da Associação Brasileira das Indústrias de Vidro bem como de um estudo realizado pela Tendências Consultoria e, com essas novas manifestações, o CADE modificou sua posição, entendendo que os efeitos previstos não se realizariam, deixando de apresentar óbice para a manutenção de medidas antidumping. O GECEX, em fevereiro, mantém a medida antidumping. Nota-se, portanto, que neste caso houve um alinhamento entre a conclusão do CADE, da SDCOM e do GECEX.

2.8 Breves notas sobre o posicionamento do Cade no caso de Ácido Adípico e da decisão final da Camex(Março/2021):

O processo de revisão das medidas antidumping aplicadas sobre Ácido Adípico oriundas da Alemanha, Itália, França, China EUA iniciou em de março de 2020. O CADE se manifesta em junho de 2020. O CADE, em sua manifestação, informa que há uma única produtora no Brasil do Ácido Adípico, e que, desde que há a aplicação das medidas, há uma redução dos custos de produção sem redução do preço de venda, sugerindo que houve a apropriação pela empresa dos custos. O CADE sugere, portanto, a suspensão das medidas (BRASIL, 2020h).

A SDCOM em Outubro de 2020 inicia o processo de avaliação de interesse público. Quanto à argumentação do CADE, a SDCOM informa que não foram trazidos por esta autoridade outros elementos ou dados deste mercado em específico na análise. No parecer final da SDCOM de março de

2021, há a sugestão de manutenção da medida. Esta sugestão é acatada na decisão mantida pelo GECEX em março de 2021. Neste caso, há uma contrariedade entre a manifestação do CADE e a sugestão da SDCOM no seu parecer e na decisão da GECEX.

2.9 Breves notas sobre o posicionamento do CADE no caso de Acrilato de Butila pela (EUA) e da decisão final da Camex(Março/2021)

Este processo diz respeito à revisão da medida antidumping aplicado ao Acrilato de Butila proveniente dos EUA, aberto em dezembro de 2019. Em Outubro de 2020, há a abertura da avaliação de interesse público. Na fase preliminar não houve manifestação do CADE (BRASIL, 2019i).

Em dezembro de 2020, há a manifestação do CADE, a favor da suspensão da medida. Uma vez que BASF apresenta uma alta concentração no mercado nacional, bem como pela estrutura verticalizada que indica uma preocupação com o mercado a jusante.

A SDCOM informa que não houve indícios de práticas abusivas no período no mercado nacional. Ainda, os preços foram próximos dos valores das importações. O parecer do GECEX em sua decisão realiza a prorrogação da medida, uma vez que há indícios para a continuação de dumping, com base nas informações da única respondente disponível, o grupo Dow. Sendo assim, não há suspensão ou alteração por interesse público neste caso, havendo a manutenção da medida de defesa comercial. Neste caso, não foi possível verificar o alinhamento entre o posicionamento do CADE e da SDCOM e GECEX.

2.10 Breves notas sobre o posicionamento do Cade no caso de Acrilato de Butila pela África do Sul e Taipé Chinês) e da decisão final da Camex(Abril/2021):

Este processo diz respeito à revisão da medida antidumping aplicado ao Acrilato de Butila proveniente da África do Sul e de Tapei Chinês. Na medida original havia também a Alemanha como origem gravosa, no entanto, não há indícios de que haveria necessidade de prorrogação contra esta origem(BRASIL, 2020i)

Neste caso, o CADE apresenta os mesmos argumentos já indicado no caso acima (3.9), que é do mesmo produto porém de outra origem. Sugerindo, no caso, a investigação de interesse público para suspender a medida. A SDCOM indefere o pleito do CADE, uma vez que não encontra elementos mínimos para análise. Além disso, como não houve a apresentação

de questionários pelas partes interessadas, não foi iniciada a avaliação de interesse público. Neste sentido, este caso apresenta uma contrariedade entre a decisão da SDCOM e do CADE. Sendo assim, não há suspensão ou alteração por interesse público neste caso, havendo a manutenção da medida de defesa comercial.

2.11 Breves notas sobre o posicionamento do Cade no caso de Magnésio Metálico pela China e da decisão final da Camex(Abril/2021)

Este processo diz respeito à revisão da medida antidumping aplicada ao Magnésio Metálico proveniente da China, iniciado em setembro de 2020. A manifestação do CADE no presente processo ocorre no dia novembro de 2020. O CADE expõe que em 2019 já havia ocorrido uma revisão deste produto, e na ocasião o CADE já havia se manifestado a favor da suspensão da medida antidumping para avaliar o comportamento do mercado com tal modificação. Nota-se que no Brasil há apenas um produtor, com aproximadamente 30% do *market share*, sendo o restante produzido na China (BRASIL, 2020j).

Em 8 de abril de 2021, a SDCOM se manifesta, expondo que a medida antidumping não apresentou uma modificação substancial no mercado, indicando que, portanto, a não realização da avaliação de interesse público, havendo a manutenção da medida de defesa comercial. Neste caso, não houve alinhamento entre a posição da SDCOM e do CADE.

2.12 Breves notas sobre o posicionamento do Cade no caso de Tubos para Coleta de Sangue a Vácuo e da decisão final da Camex(Abril/2021)

Em abril há a abertura do processo de revisão do direito antidumping das origens Estados Unidos da América, Reino Unido, Alemanha e China. Para a SDCOM, em sua análise preliminar, no caso de extinção da medida *antidumping* haveria probabilidade de retomada do *dumping* pelas origens amparadas pela medida (BRASIL, 2020k).

O CADE se manifesta, mostrando que houve crescimento do mercado interno com queda de preços, sendo esta inferior vis-à-vis o mercado externo. Também houve redução entre a relação custo/preço, sugerindo que houve absorção dos ganhos pelas empresas nacionais. Ainda, há no mercado interno uma empresa com *market share* superior a 90%. Com base nessas informações, a manifestação do CADE é favorável a suspensão do direito *antidumping*. No entanto, o questionário é recebido extemporaneamente pela

SDCOM, não sendo considerada a manifestação do CADE por este motivo. Esta secretaria inicia a avaliação de interesse público em outubro de 2020.

Em fevereiro, há uma nova manifestação do CADE no processo, expondo que, no período de análise não tinha havido atos de concentração envolvendo o produto em questão, e em 2020, com a suspensão dos direitos *antidumping* em função da pandemia de coronavírus ocorreu um aumento de importações das origens gravosas. Ainda, mesmo os preços mais elevados da empresa líder nacional não houve indícios – tanto para a SDCOM quanto para o CADE de restrição à oferta nacional. Por conta destes elementos, o CADE modifica seu posicionamento, manifestado pelo entendimento da não existência de questões concorrenciais para justificar a suspensão dos direitos *antidumping*. Este posicionamento é também recomendado pela SDCOM, em abril de 2021 e também pelo GECEX, havendo alinhamento entre SDCOM, GECEX e CADE.

2.13 Breves notas sobre o posicionamento do Cade no caso de Filmes PET e da decisão final da Camex(Maio/2021)

O processo de revisão dos direitos antidumping de Filmes PET pela China, Egito e Índia. Preliminarmente, a SDCOM considera que não existam indícios para que, com a suspensão do direito antidumping, não haja a retomada do *dumping* pelas origens gravosas. Em dezembro de 2020 há o início da avaliação de interesse público, não havendo, na fase preliminar, manifestação do CADE (BRASIL, 2020)

Em fevereiro de 2021, o CADE se manifesta, a favor da suspensão de medidas por um ano, com os argumentos de que o produto em questão apresenta pouca substituíbilidade, bem como a tendência da petionária solicitar medida de defesa comercial sempre que há o aumento de importação por uma nova origem. Além disso, o CADE defende a eliminação ou redução de barreiras para produtos desta mesma cadeia. A petionária apresenta posição dominante e aumentou suas exportações no período em análise. Por conta disso há a sugestão de suspensão por um ano da medida, para realizar uma avaliação destes impactos no mercado.

Em maio há o parecer final da SDCOM, recomendando a manutenção das medidas de defesa comercial, pois, não foram encontrados elementos que justifiquem a suspensão dos mesmos. Em maio de 2021, o GECEX também decide de forma favorável à manutenção do direito antidumping das importações de filmes PET, do Egito, China e Índia. Neste caso não foi possível visualizar um alinhamento entre GECEX, SDCOM e CADE.

2.14 Breves notas sobre o posicionamento do Cade no caso de Seringas Descartáveis e da decisão final da Camex(Junho/2021)

O processo de revisão do direito *antidumping* das seringas descartáveis pela China iniciou em junho de 2020. A SDCOM preliminarmente expõe a preocupação de que, com a extinção do direito *antidumping*, houvesse o retorno do dano referente às importações chinesas (BRASIL, 2020m)

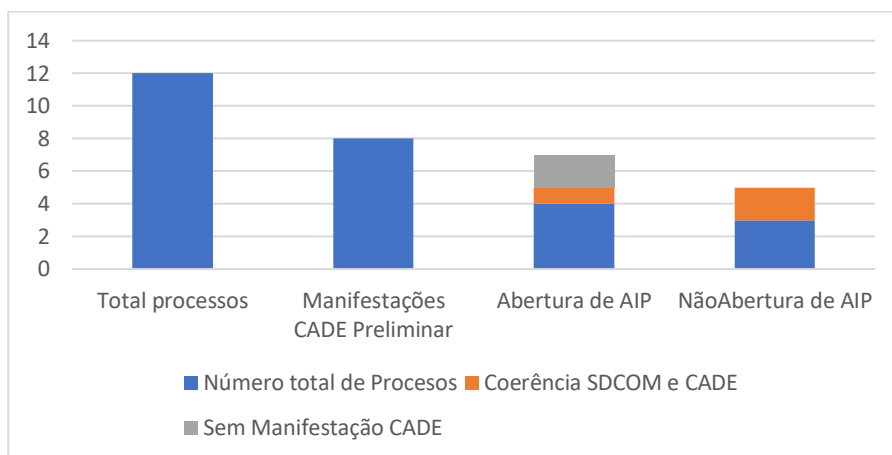
Em julho de 2020 há a manifestação do CADE, indicando que a líder no mercado nacional apresenta *market share* acima de 50%, e no período houve o aumento das importações de outras origens. Em função disso, o CADE expõe que não há indícios de que houve restrição da concorrência nos mercados por conta da medida *antidumping* vigente se posicionando de forma favorável à sua manutenção. Em janeiro de 2021 há a abertura da avaliação de interesse público por parte do SDCOM e, em junho esta secretaria sugere a suspensão dos direitos *antidumping*. Em junho de 2021, o GECEX se posiciona para a manutenção da medida de defesa comercial. Nota-se portanto que não houve alinhamento entre SDCOM, GECEX e CADE.

3. Da análise dos resultados e da conclusão

Nesta seção são apresentados os resultados encontrados no trabalho e as principais conclusões. O quadro 1 sintetiza as informações coletadas nos casos de Avaliação de Interesse Público em que houve manifestação do CADE. Foram analisados 12 processos, dentre eles, em 5 não houve a abertura de Avaliação de Interesse Público.

3.1. Há alinhamento entre a apresentação de QIP preliminar do Cade e a abertura de casos de IP pela SDCOM?

Gráfico 2- Análise da participação no QIP preliminar



Fonte: Elaboração Própria

Neste caso, observa-se que há um pouco mais de complexidade para visualizar a coerência: é possível que ela ocorra quando CADE sugere a não abertura de avaliação de interesse público e a SDCOM concorda com o CADE, ou quando o CADE está de acordo com a abertura e a SDCOM procede com a abertura.

Dos 12 processos analisados, o CADE se manifestou em 8 processos de forma preliminar. Destes processos, em 6 deles o CADE havia se manifestado pela suspensão da medida comercial, em um deles sendo favorável a manutenção e em um deles houve a sugestão pela suspensão no questionário preliminar com a mudança de posicionamento posteriormente.

Houve coerência em 3 casos entre CADE e SDCOM quanto à decisão da abertura de caso: em um dos casos, houve a coerência para a abertura (seringas descartáveis) e em dois para a não abertura (nos dois processos de pneus de carga). Nota-se que o alinhamento entre a decisão da SDCOM e do CADE no que tange a abertura de avaliação de interesse público de acordo com a manifestação preliminar do CADE ocorreu em 50% dos casos.

Na maioria dos casos, o CADE apresentou apenas estes argumentos expondo alguns fatos do mercado (poucos competidores ou mesmo monopólios, ausência de repasse aos preços de reduções que foram observadas nos custos ou no comércio internacional), e, de acordo com a SDCOM, a

narrativa feita não foi apresentada de forma suficiente para trazer novos elementos decisivos para corroborar ou inibir uma análise de interesse público.

No que tange o alinhamento entre a posição da SDCOM e do GECEX, dos 12 casos analisados, ela ocorre em todos os casos analisados (100%). Neste sentido, pode-se verificar que na totalidade dos casos analisados houve o alinhamento entre o parecer da SDCOM e a decisão do GECEX.

3.2 Há alinhamento entre a manifestação do Cade e a posição final da SDCOM?

Dos 12 casos analisados, em 7 deles há a abertura de avaliação de interesse público por parte da SDCOM. Nota-se que o CADE se manifesta a favor da suspensão da medida de interesse público em quatro situações sendo estas as discordâncias com a SDCOM. É preciso salientar que uma das solicitações foi extemporânea.

Das 4 situações (25%) em que houve alinhamento, sendo que em 2 não houve o início da investigação. Dentre os casos em que foi aberta investigação o percentual de alinhamento é de 28,6%. Nota-se que nos dois casos em que houve avaliação de interesse público houve a modificação do posicionamento do CADE, que inicialmente se manifestou pela suspensão e então, a partir de novos elementos, entendeu que não havia tal necessidade.

Quadro 1- Resumo dos Questionários da Avaliação de Interesse Público com Participação do CADE

Produto	Houve QIP preliminar do Cade?	Foi iniciada AIP pela SDCOM?	Há alinhamento entre a apresentação de QIP preliminar do Cade e a abertura de casos de IP pela SDCOM?	Houve QIP final do Cade?	Qual a posição final do Cade na AIP?	Qual a posição final da SDCOM na AIP?	Qual a posição final do Gecex na AIP? (Resolução Camex)	Há alinhamento entre a posição final do Cade e a posição final da SDCOM?	Há alinhamento entre a posição final da SDCOM e a posição final do Gecex?	Há alinhamento entre a posição final do Cade e a posição final do Gecex?	Data da Decisão
Laminados Planos de Aço ao Silício (Aço GNO)	Não	Sim	NA	Sim	Suspensão *	Manutenção	Manutenção	Não	Sim	Não	14.07.2020
Pneus de Carga	Sim	Não	Sim	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	9.10. 2020
Pneus de Carga (China)	Sim	Não	Sim	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	19.11.2020
Tubos de Borracha Elastomérica	Sim	Não	Não	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	10.12.2020
Vidros Planos	Não	Sim	NA	Sim	Manutenção	Manutenção	Manutenção	Sim	Sim	Sim	18.02.2021

Flotados Incolores											
Ácido Adípico	Sim	Sim	Não	Não	Suspensão	Manutenção	Manutenção	Não	Sim	Não	30.03.2021
Acrilato de Butila (EUA)	Não	Sim	NA	Sim	Suspensão	Manutenção	Manutenção	Não	Sim	Não	30.03.2021
Acrilato de Butila (África do Sul e Taipé Chinês)	Sim	Não	Não	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	12 .04.2021
Magnésio Metálico	Sim	Não	Não	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	12 .04.2021
Tubos de plástico para coleta de sangue a vácuo	Sim*	Sim	Não	Sim	Manutenção	Manutenção	Manutenção	Sim	Sim	Sim	28.04.2021
Filmes PET	Não	Sim	NA	Sim	Suspensão	Manutenção	Manutenção	Não	Sim	Não	20.05.2021
Seringas Descartáveis	Sim	Sim	Sim	Não	Manutenção	Suspensão	Suspensão	Não	Sim	Não	21.06.2021

Fonte: Elaboração Própria * Fora do Prazo

3.4 Há alinhamento entre a manifestação final do CADE e a posição final do GECEX?

Conforme dito anteriormente, houve total alinhamento entre o GECEX e a SDCOM. Logo, em todos os casos em que a posição do CADE foi distinta à da SDCOM e houve no processo a avaliação de interesse público, ela também foi distinta ao posicionamento do GECEX. Do total de 7 casos que foram analisados pelo GECEX, em 28,6% houve um alinhamento entre o CADE e o GECEX.

No entanto, nota-se que nos dois casos em que houve o alinhamento, o CADE modificou de posição. Notando, portanto, a inclusão e análise de outros elementos por parte desta autarquia que permitiu, inclusive, expor para a mudança de posicionamento quanto ao impacto concorrencial da medida de proteção comercial proposta.

4. Conclusão

O presente artigo visou analisar se, após o ingresso do CADE no GECEX como membro convidado, a decisão do CADE foi preponderante no GECEX. Em primeiro lugar, deve-se levar em conta que a participação do CADE é bastante recente, a partir de 2019, e neste sentido, muitos casos mais antigos de interesse público podem ter sido julgados sem que o CADE fosse parte qualificada para opinar. Como foi visto, houve um aumento da participação do CADE nos casos de interesse público ao longo do tempo.

Notou-se que o alinhamento para a abertura dos casos de avaliação de interesse público ficou em 50% ou seja, entre a sugestão do CADE sobre a realização ou não da avaliação de interesse público e sua efetivação pela SDCOM. Dentre os casos em que foi realizada a avaliação de interesse público (7), em 5 deles houve a discordância entre o CADE e a SDCOM e o GECEX, no entanto, em um dos casos a apresentação de informações foi extemporânea. Sendo assim, houve concordância em 28,5% dos casos em que houve a abertura de avaliação de interesse público entre o CADE e GECEX e SDCOM. Entre GECEX e SDCOM, o alinhamento foi de 100% dos casos.

Além disso, é preciso refletir sobre a possibilidade de haver um ganho de aprendizagem pelo CADE que, ao longo do tempo, pode modificar suas manifestações de forma que estas se mostrem mais adequadas ao padrão esperado pela SDCOM. Em síntese, entende-se que as contribuições do CADE auxiliaram no debate das avaliações de interesse público e foram analisadas pelas autoridades competentes, porém, neste momento, elas não estão

alinhadas nem com as recomendações da SDCOM e nem com a decisão final do GECEX.

5. Referências bibliográficas

ARAÚJO JR, José Tavares de. Legal and economic interfaces between antidumping and competition policy. *Série Comércio Internacional-CEPAL*. Division of International Trade and Integration Trade Unit, 2001.

BRASIL. *Acordo sobre Salvaguardas*. 1994. Disponível em: https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/arquivos/legislacao-roteiros-e-questionarios/acordo_sg.pdf.

BRASIL. *Decreto nº 1.602, de 23 de agosto de 1995*. Regulamenta as normas que disciplinam os procedimentos administrativos, relativos à aplicação de medidas antidumping.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1602.htm. 1995a.

BRASIL. *Decreto nº 1.751, de 19 de dezembro de 1995*. Regulamenta as normas que disciplinam os procedimentos administrativos relativos à aplicação de medidas compensatórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1751.htm. 1995b.

BRASIL. *Lei 12.529, de 30 de Novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/112529.htm.

BRASIL. *Resolução CAMEX nº 13, de 29 de fevereiro de 2012*. Institui o Grupo Técnico de Avaliação de Interesse Público – GTIP.2012. Disponível em: www.camex.gov.br/resolucoes-camex-e-outros-normativos/58-resolucoes-da-camex/1076-resolucao-n-13-de-29-de-fevereiro-de-2012

BRASIL. *Resolução CAMEX nº 27, de 29 de abril de 2015*. Disciplina, no âmbito do Grupo Técnico de Avaliação de Interesse Público (GTIP), os procedimentos administrativos de análise de pleitos. 2015a. Disponível em: www.camex.gov.br/resolucoes-camex-e-outros-normativos/58-resolucoes-da-camex/1490-resolucao-n-27-de-29-de-abril-de-2015

BRASIL. Resolução CAMEX nº 93, de 24 de setembro de 2015. Dispõe sobre o roteiro para pedidos de suspensão ou alteração de medidas antidumping e compensatórias definitivas, bem como de não aplicação de medidas antidumping e compensatórias provisórias, por razões de interesse público.2015b. Disponível em: www.camex.gov.br/resolucoes-camex-e-outros-normativos/58-resolucoes-da-camex/1559-resolucao-n-93-de-24-de-setembro-de-2015.

BRASIL. Resolução CAMEX nº 29, de 07 de abril de 2017. Disciplina, no âmbito do Grupo Técnico de Avaliação de Interesse Público (GTIP), os procedimentos administrativos de análise de pleitos. Disponível em: <http://camex.gov.br/component/content/article/62-resolucoes-da-camex/em-vigor/1847-resolucao-n-29-de-07-de-abril-de-2017>.

BRASIL. *Decreto 10.044 de 4 de Outubro de 2019*. Dispõe sobre a Câmara de Comércio Exterior. 2019a. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.044-de-4-de-outubro-de-2019-220285177>.

BRASIL. *Lei n. 13844, de 18 de Junho de 2019*. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios; altera as Leis nºs 13.334, de 13 de setembro de 2016, 9.069, de 29 de junho de 1995, 11.457, de 16 de março de 2007, 9.984, de 17 de julho de 2000, 9.433, de 8 de janeiro de 1997, 8.001, de 13 de março de 1990, 11.952, de 25 de junho de 2009, 10.559, de 13 de novembro de 2002, 11.440, de 29 de dezembro de 2006, 9.613, de 3 de março de 1998, 11.473, de 10 de maio de 2007, e 13.346, de 10 de outubro de 2016; e revoga dispositivos das Leis nºs 10.233, de 5 de junho de 2001, e 11.284, de 2 de março de 2006, e a Lei nº 13.502, de 1º de novembro de 2017. 2019b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13844.htm

BRASIL. *Decreto 9.745, de 8 de Abril de 2019*. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Economia, remaneja cargos em comissão e funções de confiança, transforma cargos em comissão e funções de confiança e substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE. 2019c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/decreto/D9745.htm.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. *Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em*

medidas de defesa comercial. Processo n. 19972.100136/2019-78. 2019e.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. *Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial*. Processo n. 19972.100359/2019-35. 2019f.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. *Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial*. Processo n. 19972.102473/2019-08. 2019g.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. *Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial*. Processo n. 19972.102717/2019-44. 2019h.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. *Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial*. Processo n. 19972.102696/2019-67. 2019i.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. *Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial*. Processo n.19972.102717/2019-44. 2019d.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. *Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial*. Processo n. 19972.100136/2019-78. 2019f.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. *Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial*. Processo n. 19972.100359/2019-35. 2019g.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. *Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial*. Processo n. 19972.102473/2019-08 . 2019h.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. *Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial*. Processo n. 19972.102717/2019-44. 2019i.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. *Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial*. Processo n. 19972.102696/2019-67. 2019j.

BRASIL. Ministério da Economia/Secretaria Especial de Comércio Exterior e Assuntos Internacionais/Secretaria de Comércio Exterior. *PORTARIA Nº 13, DE 29 DE JANEIRO DE 2020*. Disciplina os procedimentos administrativos

de avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial. 2020a. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-13-de-29-de-janeiro-de-2020-240570399>

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. *Guias Processual e Material de Interesse Público*. 2020c. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/publicacoes-secex/defesa-comercial-e-interesse-publico/arquivos/guia-processual-e-material-de-interesse-publico.pdf>.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. *Estatísticas Quadrimestrais da Defesa Comercial e Interesse Público*. Jan/Dez 2020. 2020d. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/estatisticas-e-historico/estatisticas-quadrimestrais2020d>.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. *Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial*. Processo n. 19972.100226/2020-01. 2020e.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. *Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial*. Processo n. 19972.100695/2020-11. 2020f.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. *Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial*. Processo n. 19972.101039/2020-36. 2020g.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. *Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial*. Processo n. 19972.100556/2020-98. 2020h.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. *Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial*. Processo n. 19972.101642/2020-18. 2020i.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. *Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial*. Processo n. 19972.101644/2020-15. 2020j

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. *Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial*. Processo n. 19972.100697/2020-19. 2020k.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. *Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial*. Processo n. 19972.100835/2020-51. 2020l.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. *Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial*. Processo n. 19972.101016/2020-21. 2020m.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. Suspensões e alterações por Interesse Público em vigor. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/medidas-em-vigor/suspensoes-por-interesse-publico-em-vigor>. 2021b.

MICHEL, Voltaire de Freitas; DEITOS; Marc Antoni. Reconciliando o Direito Antidumping e o da Concorrência: a natureza jurídica como fonte da coexistência. *Revista de Defesa da Concorrência*. v.6, n. 2, 2018. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/414>

PIMENTA, Roberto. Considerações de interesse público no controle de concentrações. *Revista de Defesa da Concorrência*, v.8 n.2, 2020. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/528>

SEÇÃO II
ARTIGOS SOBRE DIREITO
CONCORRENCIAL

ZIGZAG CONSUMERS AND THE CONVERGING ONLINE AND OFFLINE RETAIL CHANNELS

Sílvia Fagá de Almeida
Anna Olimpia de Moura Leite
Leonardo de Castro Lima
Paulo Oliveira^{1,2,3}

Abstract: The Brazilian retail industry follows the global economic trend, with rapid online and omnichannel sales growth, leading to fiercer competition. This can be seen in the zigzag consumer pattern, with consumers going back and forth between brick-and-mortar and online retail during the shopping process. In this context, companies are embracing an omnichannel strategy that connects the various shopping alternatives during the sale. This article offers important evidence that support these conclusions and reinforce the finding that this structural change in retail demand and supply intensify the convergence of the online and offline channels.

Keywords: Antitrust, Retail, Zigzag Consumer, Omnichannel, Dynamic Markets.

Introduction

The recent literature on dynamic market settings, including many that use digital technologies, has been challenging the traditional tools for

¹ Silvia Fagá de Almeida is a professor at Fundação Getúlio Vargas (FGV) and director of Competition at LCA Consultores. Anna Olímpia is a project manager at LCA Consultores. Leonardo Lima is an economist at LCA Consultores and Paulo Oliveira is an economist at LCA Consultores.

² The authors are grateful to Bernardo Gouthier Macedo, Antonio Faria, Gabriel Takahashi and Henrique Vicente for the essential contributions to the elaboration of this paper.

³ We acknowledge financial support from Amazon. The opinions in this paper are the authors' sole responsibility. Please send your comments to: silvia.almeida@lcaconsultores.com.br

defining relevant markets.¹ In these dynamic settings, static metrics and indicators such as market share and the Herfindahl-Hirschman Index (HHI) tend to generate inaccurate conclusions, as market size may be over- or underestimated (EVANS; SCHMALENSEE, 2013). To circumvent this issue, when setting the limits of a relevant market, antitrust authorities must pay heed to the competitive dynamics of a rapidly evolving marketplace, as well as to the potential for new services or products to alter relative consumer preferences (PETIT; SCHREPEL, 2020).² In this context, analysis of competitive drivers is key to enable understanding the specific competitive circumstances of a market in constant flux.

For the retail market specifically, the DEE Book³ states that traditional brick-and-mortar retail must be considered apart from digital commerce because of the limited Web-access conditions that a large portion of consumers experience (CADE, 2021). Note that, however, most of the cases that the book analyzes date from 2016 or earlier, and only two are more recent (from 2018 and 2019).⁴ As this paper will discuss, we find that the industry's recent dynamics tends to challenge this conclusion. The possible boundaries

¹ As Teece (2012) points out, dynamic competition takes place in a space where the entry of new firms occurs chiefly by means of elements of disruption and innovation, both from the strictly technological point of view and in terms of the strategies embraced.

² According to the authors:

The problems of static market definition are not mitigated by analysis of “potential competition”. The conventional assessment of potential competition determines whether firms in other markets or industries have incentives to repurpose assets to compete in close-to-perfect substitutes with established firms. In digital markets, firms often compete by supplying non-substitute products or highly imperfect ones. In particular, competitive pressure might be exercised by products relying on different technological infrastructures or supported by distinct business models. (...) Against this background, we propose that the new market definition notice considers the competitive pressure exerted by complementary and non-substitute products, services, and business models in digital markets. (PETIT; SCHREPEL, 2020, p.2)

³ A reference guide of the Brazilian antitrust watchdog's (CADE) Economic Studies Department (Departamento de Estudos Econômicos – DEE)

⁴ Concentration Acts 08700.002377/2019-36, 08700.002809/2018-28, 08700.007768/2016-02, 08700.006753/2016-19, 08700.002066/2015-43, 08700.001483/2014-98, 08012.008449/2011, 08012.004168/2010-47, 08012.010473/2009-34 and AC 08012.004857/2009-18.

between the online and offline channels are getting blurrier and blurrier, with important evidence of the two converging.

This paper has been subdivided into four sections to fulfill its purpose of showing how online and offline channels are converging.

The next section presents the Brazilian retail industry's recent evolution, changes in consumer behavior, and how retailers are modifying their business strategies by introducing the omnichannel business model. The section will also analyze the rise of "zigzag consumers" a term derived from the pattern of switching between the online and offline channels throughout the purchase process, choosing the channel that best suits the moment of purchase (RAMOS; MILAGRES; MACHADO, 2021).

Section 3 presents evidence of convergence between brick-and-mortar and digital retail as a reflection of changes in the retail industry's various competitive drivers – such as price and differentiation/quality.

Finally, the conclusion underscores the paper's principal findings and points out competitive benefits.

The retail market's recent evolution: zigzag consumers and retailer strategies

The online and offline channels converge as consumers alternate between them during the shopping process and retailers adopt omnichannel strategies to adapt to new market demands. This section of the paper addresses data on the evolution of retail, the representativeness of the online channel in total retail, the new pattern of consumer behavior, and the rise of the omnichannel strategy as a reflection and cause of the change in consumer behavior to understand how those processes effectively took place and their consequences for the retail sector.

One of the retail market's current trends is the rise of the omnichannel model, where retailers combine elements of both online and offline channels. Note that the shopping journey was already becoming less linear before the pandemic (i.e., until 2019) and consumers went back and forth between channels before making a purchase decision – using practices such as showrooming and webrooming,⁵ for example. As the paper discusses

⁵ Showrooming is an in-person visit to a brick-and-mortar store to search for products based on their features for later purchase on the Web at the best price and shortest delivery period. That is, the brick-and-mortar store serves as a showroom.

below, retailers are also increasingly using other strategies that combine online and offline channels, such as allowing consumers to buy online and pick up, return or exchange a product in-store.

Since 2020 and the pandemic, the multichannel journey intensified as consumers not only began to buy more online, but also began using online search tools with high frequency before finalizing a purchase online or offline (RAMOS; MILAGRES; MACHADO, 2021). Consumers are expected to have become used to this behavior and incorporated it into their routines and, even with the lifting of quarantine and social distancing rules, they are not expected to go back to their pre-pandemic behavior but continue instead to rely on the different channels during the shopping process to identify the best offering and greatest convenience. This behavior is becoming so common that actors going back and forth between the online and offline channels have been termed “zigzag consumers” (Ibid.), and do not follow a single-channel pattern, that is, they do not buy everything either online or offline, and make the best choice for each shopping opportunity, depending on conditions and convenience.

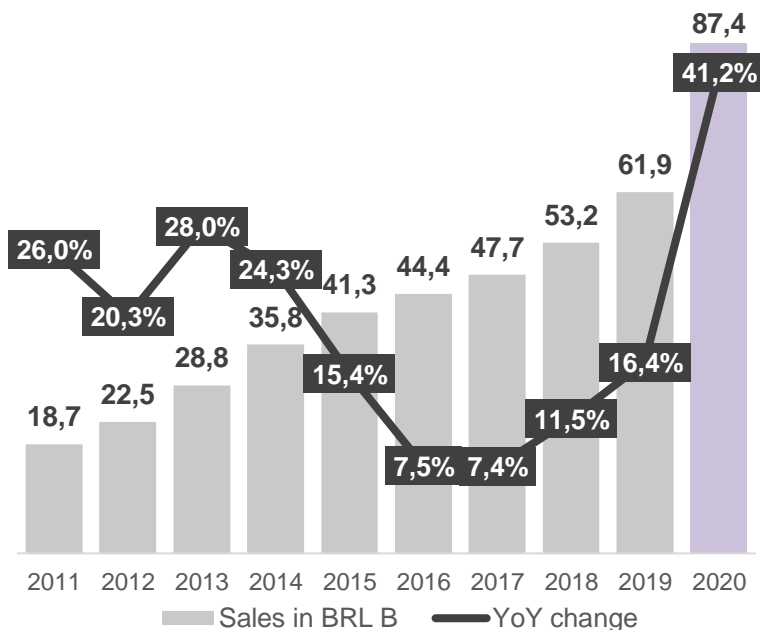
The rise of zigzag consumers goes hand-in-hand with the ascent of online retail. Data from the 43rd E-Bit | Nielsen Webshoppers survey (2020) indicate that, from 2011 to 2020, the online retail market increased from BRL 18.7 billion to BRL 87.4 billion in sales, indicating the segment’s expansion in the past decade (Figure 1, below), and recently leveraged by the pandemic.

Figure 1 also shows how the pandemic added momentum to consumer behavior changes, increasing the representativeness and relevance of the retail industry’s digital segment. Sales growth in 2020 was 41.2%. Although online retail’s share of overall retail is relatively small (10%), it has increased in recent years, reaching 41.2% growth in 2020.⁶

Webrooming is the search for products on a virtual space, comparing product features and prices on a Website, while retaining the ability to purchase the item on other platforms, or even from brick-and-mortar stores.

⁶ ALVARENGA, D., **Com pandemia, comércio eletrônico tem salto em 2020 e dobra participação no varejo brasileiro**. G1. São Paulo. February 26, 2021. Available at: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/02/26/com-pandemia-comercio-eletronico-tem-salto-em-2020-e-dobra-participacao-no-varejo-brasileiro.ghtml>. Last viewed on: August 26, 2021

Figure 1 – Online retail evolution in Brazil (2011-2020)



Source: Ebit/Nielsen Webshoppers 43

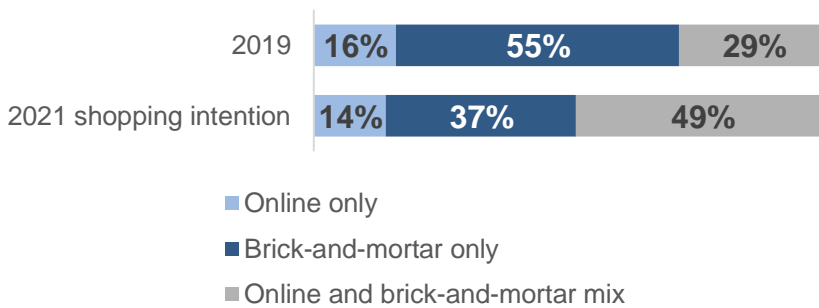
In the same vein, the Brazilian E-Commerce Association (ABComm) estimated that, in 2020 alone, more than 20 million Brazilians shopped online for the first time, and approximately 150 thousand new stores went digital (ALVARENGA, 2021). Furthermore, consumers that already shopped online intensified their use of the channel. A Kantar and Google study⁷ indicates that one-third of Brazilians purchased at least one new product category online during the pandemic.

The online segment's growth affects the dynamics of the offline channel and of retail in general. This is because consumers who previously were restricted to shopping in brick-and-mortar stores do not usually migrate completely to the digital channel, but rather merge both channels through zigzag behavior and because retailers invest in delivering an improved omnichannel service. A 2020 Social Miner study, conducted in partnership

⁷ Google/Kantar TNS, global, Shopping Preferences Study, U.S., U.K., Brazil, India. October 2018.

with Opinion Box, indicates that the mixed use of the online and offline channels is rising. As seen in Figure 2, below, approximately 49% of consumers intend to consistently switch between online and offline shopping in 2021, while the relevance of online-only purchases remains steady or even decreases. Thus, the growth of online affects the entire retail because the consumer uses both channels together, taking advantage of online and offline facilities at the same time.

Figure 2 – Channel usage mix (2019 vs. 2021)



Source: Social Miner and Opinion Box.

In the light of the evidence that consumers will increasingly choose to mix and match across retail channels, a large portion of traditional retailers are adopting omnichannel strategies, migrating into the digital space while continuing to leverage their existing brick-and-mortar structure. Similarly, native e-commerce players are beginning to use a brick-and-mortar presence to reinforce their online structures (ZHANG ET. AL., 2017). The latter is illustrated by Amazon, which is opening brick-and-mortar stores in the US, and by Mercado Livre, which has recently begun to expand its physical presence in Brazil by opening branches (partnership with storeowners) where goods can be physically picked up (Ibid.). Another example in Brazil is Evino, Latin America's largest wine e-commerce. The company announced this year that it would begin to embrace offline-channel sales strategies that will include restaurants, hotels and supermarkets. At supermarkets, Evino shelves will be tagged with the brand's logo (DOLIVEIRA, 2021).

A large portion of the increased share of online retail in consumer channel usage mix has to do with the rising adoption of the marketplace model, which enabled online retail in Brazil to expand based on the consolidation of more robust logistics structures for sellers and the ensuing offer of a wider range of products. ABCComm data indicates that the

marketplace-related share of revenues in the online retail segment has increased from 35% in 2019 to 51% in 2020 (PINHO, 2021).

The adoption of the marketplace model is a trend that has been developing over the course of the past decade and has not been limited to retailers focusing on general offerings of products for various markets. The model has also been quite significant for the expansion of players focusing on niches like sports (e.g.: Netshoes), furniture (e.g.: Mobly), interior design (e.g.: Westwing), and fashion/clothing (e.g.: Amaro), increasing the competitive pressure on more established, larger retailers, aside from giving sellers of all sizes access to consumers, as discussed before. Figure 3 shows the model's adoption by several firms.

Figure 3 – Online retailers’ entry into the online market and adoption of the marketplace model



Prepared by the authors.

This competitive dynamics may be illustrated with one of the most relevant segments of traditional retail in Brazil – the supermarket segment. Adoption of the marketplace model by meal delivery apps like iFood, Rappi, and Cornershop (Uber) allowed them to enter the grocery deliveries segment based on their existing logistics structure. This takes place simultaneously with the expansion of supermarket chains' direct e-commerce services and the entry of large retailers like Mercado Livre, Amazon, Americanas¹, and Magazine Luiza into sales of everyday items. This shows the segment's intense competitive dynamics, with competitive pressures arising from players in correlated markets.

We find that, as the retail industry evolves and new technologies are introduced, changes occur in the behavior of consumers, who now switch between online and brick-and-mortar shopping. This is known as multihoming, which is present in the retail industry.² This pattern of consumer substitution drives retail competition, which is intensified by the growth of online retail. (BRYNJOLFSSON, HU, RAHMAN, 2013).

Zigzag behavior on the part of consumers has been encouraging retailers to embrace omnichannel strategies so that they may offer consumers a wider range of shopping options and greater convenience. These changes, as the next section will show, have great impact on the dynamics of and interaction between the digital and brick-and-mortar segments.

Convergence of the online and offline channels

This section covers topics that show the convergence between online and offline retail channels. To this end, it presents data on price convergence between channels, investments in logistics to reduce costs and delivery time, the impact of the inclusion of the omnichannel and investments in the quality of services through the integration of the physical with the digital, and data showing that consumers are increasingly moving between channels.

¹ In support of this dynamics, in August 2021, Americanas acquired grocery store chain Natural da Terra, gaining ground in a segment deemed strategic for the supermarket retail segment (REUTERS, 2021).

² AKMAN (2021), based on 11,151 users in 10 countries, indicates the presence of multihoming across digital platforms in Brazil and that a majority of users associate it with increased personal satisfaction and improved probability of consumption.

As discussed above, consumers have been adopting zigzag behavior and retailers are converging on omnichannel business models. As a result, clearly defining competitive boundaries becomes more challenging as the two channels converge. As we will discuss ahead, the dynamics involving the main competitive drivers supports the convergence of the online and offline channels.

According to the previously mentioned Kantar and Google survey (done in October 2018), the elements with the greatest influence on Brazilian consumers as they shop online are price, logistics (shipping), service quality, and variety for durable goods, (see table 1) non-durable goods and everyday items.³

Table 1 – What factors influence Brazilian consumers when shopping online for durable goods?

Most influential	Least influential
Lowest product price	Previous purchase at the same store
Free shipping	Previously purchased brand
Distress, discount or promotional sale	Delivery date and time estimate
Non-credit card payments	Ability to chat with seller
Warranty availability	Friends'/relatives' opinion
Fast delivery	Local brand/company
Product specifications (e.g.: battery life)	Loyalty rewards program
Price comparison among several stores	How-to video
High-scoring consumer service	Easy sharing on social media for opinions
Customer reviews of the article	Social-media popularity
Customer reviews of the store	

³ n=1500 consumers aged 18-64 who made a purchase in the past 6 months in each country. Durable goods = electronics, appliances, sporting equipment, toys, tools and car parts. Bens Non-durable goods = clothing, footwear, interior design, bed linens, towels, jewelry and watches. Everyday items = health and beauty products, packaged food, pet products, cleaning products and office supplies. Source: https://www.thinkwithgoogle.com/feature/online-shopping-trends/values/br/hard-goods?lang=pt_BR

Most influential	Least influential
Simple returns	
Product availability	

Note Factors listed by decreasing importance. Thus, product price is more important than free shipping and so forth.

Source: *Think with Google*. Prepared by the authors

In retail, as new technologies are introduced and as new business models emerge and online channels (and marketplaces in particular) grow, comparing product prices becomes simpler for consumers. Even before the advent of marketplaces, e-commerce already had price comparison Websites that expedited product searches by comparing the prices of different retailers and including product descriptions and reviews. Marketplaces further facilitate the process by enabling comparing the same product on offer from different sellers on a single marketplace.

Cavallo (2017) shows an important interaction between online and offline retail prices. To this end, the author tracks the prices of 56 large retailers operating both brick-and-mortar stores and the online segment in 10 countries from 2014 to 2016. The study found that online and offline prices were identical in 72% of cases analyzed.

Based on the data provided by Cavallo (2017) at the Harvard Dataverse Website, we were able to replicate the international exercise for the specific case of Brazil. We compared the percentage difference between retailers' online and offline prices in May 2015 and March 2016.⁴ The data was calculated based on the following formula:

$$Difference = \frac{(Price_{online} - Price_{offline})}{Price_{offline}} \times 100$$

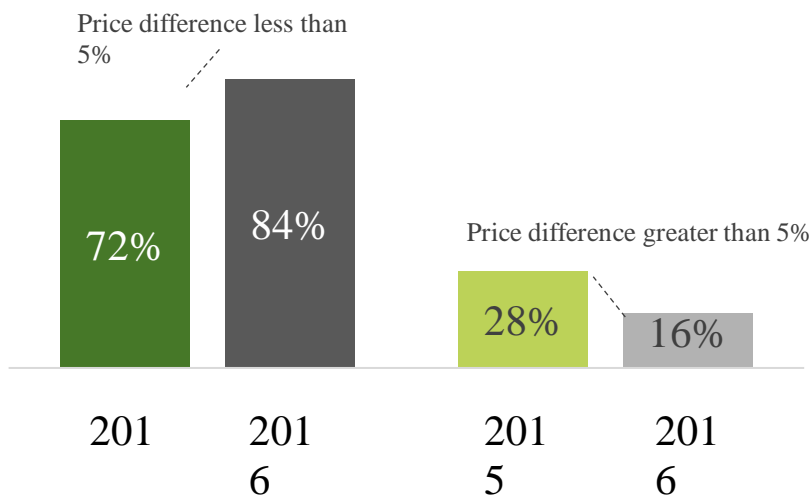
A positive difference means that the online price of a certain product is higher than at brick-and-mortar stores and *vice versa*.

Figure 4, below, presents the results of this exercise succinctly by dividing the difference in product prices into 2 categories for price differences

⁴ Due to the high dependence on several factors, such as parcel weight, place of delivery and parcel size, the author chose not to include shipping in online product prices.

above and below 5%. The data shows that 72% of the products analyzed in June 2015 had a difference of under 5% between online and offline prices and 28% had a price difference higher than 5%. In March 2016, the products with a price difference between channels smaller than 5% increased to 84% of products (only 16% had a difference above 5%), indicating the channels' price convergence in Brazil as in the other countries from the Cavallo (2017) study.

Figure 4 - Price difference between online and offline channels



Prepared by the authors.

In addition to price, logistics is also an important element of the purchasing process for both channels. It is so important in retail that, in many cases, immediate access to a product is a decisive factor leading consumers to choose to make their purchases at a brick-and-mortar store. Therefore, as seen in Table 1, above, shipping time and cost are among the most relevant characteristics of online consumer purchase decisions, because consumers always have the substitute option of a brick-and-mortar store where they can have immediate access to the desired product.

The evolution of logistics models is directly connected with the growth of the retail industry itself. For brick-and-mortar, as consumers and orders increase in numbers, retailers can better plan their logistics structures, exploring economics of scale, optimizing routes, and operating distribution centers with reduced idleness and improved geographic allocation. To compete with brick-and-mortar alternatives, retailers with a presence in the

online channel have invested to increase logistics efficiency, with reduced shipping costs and delivery times.

Additionally, the tendency toward the omnichannel model has enabled companies to even further innovate and organize their delivery centers. Streamlined delivery routes, reduced shipping costs and shorter delivery times are examples of improvements led by companies that are adopting this business model. Consequently, the online and offline channels are growing closer together. For example, for non-durable goods and everyday items, efficient logistics with low or near-zero delivery cost on the online channel will tend to capture more sales from the offline channel. The idea is that the faster the delivery, and the lower the impact of shipping cost on a product's end price, the more attractive a retailer will become from the consumer's point of view and the greater the online vs. offline competition (DE SOUZA FRANCO, 2018). Note, also, the introduction of the ability for consumers to physically pick up online purchases from nearby locations, which increases consumer options and magnifies the interconnectedness of brick-and-mortar and digital retail.

The relevance of logistics as a competitive driver can be seen in the focus on this strategy and on the investments made by e-commerce companies in Brazil and around the world. Mercado Livre, for example, announced in August 2021 the opening of two new distribution centers using the fulfillment model, one crossdocking center, and 26 last-mile centers (FONSECA, 2021). All told, the company will have 18 crossdocking and 100 last-mile distribution centers in Brazil. While announcing these investments, the Mercado Livre executive emphasized that the main goal is to "improve consumer experience" (Ibid.). Similar investment can be seen in other companies in the industry. Magazine Luiza, for example, acquired the Sode ultra-fast delivery platform in hopes of increasing the number of cities where it can make same-day deliveries, and even deliver in a few hours (REUTERS, 2021). Another example is B2W's acquisition of Courri and Pedala (MATTOS, 2019).

Another element that fosters the omnichannel model's growth is the perceived quality of the shopping experience. For example, when a purchased item must be returned, difficulty making the return when it has been purchased online may be perceived as lower quality service. However, with the introduction of the omnichannel model, companies have facilitated the return process – enabling online purchase and product exchange at physical stores – , increasing perceived service quality during the purchase and providing consumers with an experience closer to that at a brick-and-mortar store.

A 2020 European Commission study on antitrust and e-commerce showed that, as consumers adapted to migrating between channels, mixing online and offline searches and shopping, brick-and-mortar stores began to incorporate new logistics tools and online searches to accommodate consumer shopping patterns.⁵

Furthermore, the 13th annual consumer outlook survey by Zebra Technologies⁶ shows that brick-and-mortar retail is also introducing consumer service innovations, such as self-checkouts, moneyless payment methods, and technologies for staff to provide more personalized service – such as computers and tablets enabling price and stock checks. The outcome of these changes is increased service quality provided at brick-and-mortar stores and, as the previous sections have shown, increased physical and digital price convergence.

In sum, the context of retail innovations together with consumer zigzag does show increasing convergence of the online and offline channels, given the increased proximity and interconnectedness of the main competitive drivers: (i) converging prices on the two channels; (ii) adoption of the omnichannel model by retailers, with differentiation strategies and improved shopping experience; (iii) reduced shipping costs and delivery time.

⁵ *First, price transparency increased with online trade, since consumers are able to instantaneously obtain and compare product and price information online and to switch swiftly from one channel to another (i.e. from online to offline and vice versa). (...) Second, the ability to compare the prices of goods and services across online retailers leads to increased price competition affecting both online and offline sales. While such increased price competition has beneficial effects for consumers, it may affect competition on parameters other than price, such as quality, brand and innovation. Third, increased price transparency allows businesses to monitor more easily the prices at which their goods or services are distributed and the prices of competitors.* European Commission. **Commission Staff Working Document Evaluation Of The Vertical Block Exemption Regulation.** Brussels, p.31, 2020,.

⁶ ZEBRA. **A experiência essencial do consumidor: segurança, rapidez e conveniência:** Annual survey of Zebra consumers, 2021. Available at: <https://www.mobiletime.com.br/wp-content/uploads/2020/12/retail-vision-study-2021-shopper-study-pt-br.pdf>>. Viewed on: September 23, 2021.

Conclusion

As this paper shows, Brazilian retail has been undergoing many changes in recent years. Consumers began to switch more frequently between the online and offline channels while shopping, using digital tools to optimize their choices, making comparisons from price to the quality of the product itself, irrespective of the channel on which they place actual orders. Comparing brick-and-mortar store prices with online ones, or trying products at brick-and-mortar stores before making a purchase online has become commonplace, characterizing consumer zigzagging. While this feature could already be seen for durable consumer goods, it can now be observed in other retail segments.

The rapid growth of the digital channel's importance for retail, as for other industries, intensified with the pandemic and restrictive social distancing measures. And, in line with consumer behavior changes, players with a relevant presence on the offline channel have invested in logistics and consumer service, thereby also becoming more relevant on the online channel.

Therefore, the brick-and-mortar and digital channels are growing closer, boosting omnichannel strategies, keeping up with consumer multihoming not only across platforms, but also between channels. This dynamics may foster increased industry efficiency. As channels interconnect, alternative forms of cost optimization may be explored,⁷ enabling reduced expenditures and more aggressive pricing policies. At the same time, benefits exist in connection with product searches, price comparisons, and other attributes during the shopping process. In addition, the comparison takes place involving a wider range of sellers and products. That is, the digital channel and omnichannel strategies increase consumer choices and favor competition on the various dimensions, with the price variable retaining its relevance for consumer decisions.

Thus, on the sides of both supply and demand the physical and digital retail channels are increasingly connected, challenging the understanding that the online and offline segments stand as different relevant markets for competitive analysis purposes.

⁷ Such as, for example reduced need for inventories at central locations, with these serving as showrooms, but with products delivered to the consumer's door, aside from other economies of scale.

References

- ALVARENGA, D., *Com pandemia, comércio eletrônico tem salto em 2020 e dobra participação no varejo brasileiro*. G1. São Paulo. February 26, 2021. Available at: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/02/26/com-pandemia-comercio-eletronico-tem-salto-em-2020-e-dobra-participacao-no-varejo-brasileiro.ghtml>. Last viewed on: August 26, 2021
- BRYNJOLFSSON, Erik; HU, Yu Jeffrey; RAHMAN, Mohammad S. *Competing in the age of omnichannel retailing*. Cambridge: MIT, 2013.
- CADE. Mercados de plataformas digitais. *Cadernos do Cade*, August 2021.
- CAVALLO, Alberto. *Are online and offline prices similar? Evidence from large multi-channel retailers*. *American Economic Review*, v. 107, n. 1, p. 283-303, 2017.
- DE SOUZA FRANCO, Renata et al. *Tornando a experiência de compra mais efetiva: uma análise sobre a estratégia de Marketplace*. In: CLAV 2018. 2018.
- DOLIVEIRA, M. *Do e-commerce para as gôndolas: Evino inicia vendas em supermercados*. Available at: <https://exame.com/casual/do-e-commerce-para-as-gondolas-evino-inicia-vendas-em-supermercados/>. Last viewed on: September 9, 2021.
- EBIT | NIELSEN. *Webshoppers*, 43rd edition. 2020. Available at: <https://www.ebit.com.br/webshoppers>. Last viewed on: August 26, 2021
- European Commission. *Commission Staff Working Document Evaluation Of The Vertical Block Exemption Regulation*. Brussels, 2020.
- European Commission. *Final Report on the E-commerce Sector Inquiry*. Technical report, European Commission, Brussels, 2017.
- EVANS, D. e SCHMALENSEE, R. *The Antitrust Analysis of Multi-sided Platform Businesses*. Natural Bureau of Economic Research. Cambridge, MA, February 2013, p. 21-27. Available at: <https://www.nber.org/papers/w18783.pdf>. Last viewed on: June 1, 2020.
- FONSECA, M. *Mercado Livre anuncia novos centros de distribuição no Brasil e descarta participar de privatização dos Correios*. *InfoMoney*, August 11, 2021. Available at: <https://www.infomoney.com.br/mercados/mercado-livre-anuncia-novos-centros-de-distribuicao-no-brasil-e-descarta-participar-de-privatizacao-dos-correios/>. Last viewed on: September 6, 2021.

Google/Kantar TNS, *global, estudo sobre as preferências de compra, EUA, Reino Unido, Brasil, Índia*. October 2018.

MATTOS, A. *Avanço invisível do digital fortalece grandes redes e 'salva' pequena loja*. Valor Econômico. São Paulo. August 23, 2021. Available at: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2021/08/23/avanco-invisivel-do-digital-fortalece-grandes-redes-e-salva-pequena-loja.ghtml>. Last viewed on: August 26, 2021

PETIT, N.; SCHREPEL, T. *Evaluation of the Commission Notice on market definition in EU competition law*, 2020. Available at: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12325-Evaluation-of-the-Commission-Notice-on-market-definition-in-EU-competition-law/F519594>>. Last viewed on: June 1, 2020.

PINHO, F. *Marketplaces crescem na pandemia e se especializam com vendas para nichos*. Folha de São Paulo. São Paulo. June 3, 2021. Available at: <https://www1.folha.uol.com.br/mpme/2021/06/marketplaces-crescem-na-pandemia-e-se-especializam-com-vendas-para-nichos.shtml>. Last viewed on: August 26, 2021.

RAMOS, M.; MILAGRES, D.; MACHADO, J. *Você conhece o consumidor "zigue-zague"? Entenda como uma estratégia omnichannel é a ideal para fidelizar seus clientes*. Available at: <https://www.thinkwithgoogle.com/intl/pt-br/tendencias-de-consumo/jornada-do-consumidor/voce-conhece-o-consumidor-zigue-zague-entenda-como-uma-estrategia-omnichannel-e-a-ideal-para-fidelizar-seus-clientes/>>. Last viewed on: September 6, 2021.

REUTERS. *Americanas anuncia compra do hortifruti Natural da Terra por BRL 2,1 bilhões*. Available at: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/08/11/americanas-anuncia-compra-do-hortifruti-natural-da-terra-por-r-21-bilhoes.ghtml>>. Last viewed on: September 8, 2021.

Social Miner. Opinion Box. *Omnicanalidade e o futuro do varejo*. Social Miner. Available at: <http://conteudo.socialminer.com/omnicanalidade-futuro-do-varejo>. Last viewed on: September 23, 2021

TEECE, D. J; Next Generation Competition: New Concepts for Understanding How Innovation Shapes Competition and Policy in the Digital Economy. *Journal of Law, Economics and Policy* v. 9, p. 97, 2012

ZHANG, P., HE, Y. . SHI, C.V., 2017. Retailer's channel structure choice: *Online channel, offline channel, or dual channels? International Journal of Production Economics*, 191, pp.37-50.

DERRUBANDO OS MITOS DA ARBITRAGEM PARA A REPARAÇÃO DE DANOS CONCORRENCIAIS

Christiane Meneghini S. de Siqueira¹

Joana Temudo Cianfarani²

Paula Müller Ribeiro Bernini³

Depois de muito debate no meio concorrencial e no Congresso Nacional nos últimos 05 anos, o Projeto de Lei n.º 11.275/2018 - que traz importantes incentivos às Ações Reparatórias por Danos Concorrenciais (“ARDCs”) - tem chances de ser aprovado em breve. Além da previsão de que aqueles que forem condenados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE por infrações à ordem econômica, sobretudo cartéis, terão que pagar indenização de danos em dobro aos prejudicados, outra novidade que merece destaque é a previsão de que os signatários de Termos de Compromisso de Cessação (“TCCs”) deverão concordar (por meio da inclusão de uma cláusula compromissória no acordo) em responder pelos danos que causaram em juízo arbitral.

Muito já se questionou sobre a legalidade e a necessidade da imposição de (mais) essa obrigação aos compromissários de TCC⁴ e de que forma, na prática, se daria a operacionalização dessa cláusula pelo CADE. Se, de um lado, alguns comemoram a novidade, outros suscitaram a suposta desvantagem para os compromissários de terem que se submeter ao juízo arbitral para responder por esses danos. Há, no entanto, uma aparente unanimidade: os altos custos envolvidos na arbitragem seriam um desincentivo aos prejudicados pelos cartéis, que continuariam optando por recorrer ao Judiciário.

¹ Advogada, sócia de Aprigliano Sociedade de Advogados

² Advogada, sócia de Cianfarani e Müller Advogados

³ Advogada, sócia de Cianfarani e Müller Advogados

⁴ A reparação de prejuízos individuais ou individuais homogêneos já é prevista no artigo 474, da Lei nº12.529/2011 e a alteração proposta pelo Projeto de Lei nº11.275/2012 virá a reforçar a arbitrabilidade objetiva de tais litígios, em consonância com a Lei Brasileira de Arbitragem (Lei nº9.307/96) que, em seu artigo 1º, autoriza as *pessoas capazes de contratar de se valerem da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*.

Diante disso, é importante que possamos derrubar alguns mitos.

Primeiro mito: as arbitragens são favoráveis apenas aos prejudicados pelos cartéis.

É comum que se apontem, como vantagens da arbitragem em relação ao processo estatal, a *celeridade*, a *confidencialidade* e a *possibilidade de escolha e especialidade dos julgadores*. Para os pleitos reparatorios de danos concorrenciais, as vantagens apontadas iriam justamente de encontro aos principais problemas vivenciados quando tais litígios são submetidos à Justiça Estatal, como o tempo de duração dos processos judiciais, a falta de domínio específico dos juízes quanto aos temas discutidos e a própria complexidade das discussões, que envolvem questões jurídicas, econômicas e contábeis. A doutrina, inclusive, aponta que esses problemas explicam a *baixa adesão ao private litigation* no Brasil⁵.

Como, em regra, os procedimentos arbitrais já são concebidos para serem mais céleres que os processos judiciais, as decisões e a participação das partes (no limite do que conseguem consentir) certamente impõem maior *celeridade* ao procedimento. A celeridade, portanto, é conceito essencial na arbitragem e está intimamente ligada à ideia de efetividade. Outra vantagem normalmente referida é a *confidencialidade* dos procedimentos, que também decorre de decisão das partes. Assim, a publicidade do procedimento, da decisão e de eventual acordo ficará restrita às partes daquela demanda. Por fim, se a arbitragem está assentada na autonomia da vontade das partes, desta autonomia também decorre a *possibilidade de escolha de seus julgadores*, segundo critérios de formação, especialidade e reputação no mercado. Disso se extrai, em sentido contrário ao que se vê na Justiça Estatal, que, na arbitragem, a escolha costuma recair em profissionais especializados na matéria em discussão. Quanto ao procedimento, as partes podem também escolher as regras pelas quais ele será processado, reduzindo o tempo, os custos e impondo racionalidade aos atos.

Derrubando o mito: dentro desse contexto, é possível notar que não será apenas o autor da ARDC que se beneficiará da convenção de arbitragem, mas também o réu. Um dos principais benefícios da celeridade é a

⁵ Artigo – “A Arbitragem como Meio Alternativo na Resolução de Demandas Indenizatórias Decorrentes da Prática de Cartéis e a Minuta de Resolução do CADE submetida à Consulta Pública 05/2016”, Autora: Yane Pitangueiras Dantas, Revista de Defesa da Concorrência, nº1, 2017, Maio, pgs. 231/246.

considerável redução de custos que ela traz às partes (conforme se verá mais adiante). A confidencialidade do procedimento, por sua vez, no caso específico das ARDC's, é elemento que notadamente interessará a parte que é demandada pelos prejuízos. Com ela, é preservada sua reputação e evita-se a exposição ao mercado e a publicidade negativa aos consumidores e investidores. No mesmo sentido, também deveria ser de interesse do réu que a causa fosse avaliada por julgadores especialistas eleitos pelas partes, evitando-se, assim, uma decisão desconectada do real dano causado – e muitas vezes superior a este, baseada, por exemplo, em presunções (muito utilizadas nesse tipo de ação, haja vista a alta complexidade da matéria e a falta de especialidade do Judiciário no assunto).

Segundo mito: as arbitragens são mais caras que as ações judiciais.

No mesmo sentido, é importante desmitificar a principal das desvantagens comumente apontadas para a arbitragem: o elevado custo dos honorários arbitrais, despesas e custas devidas aos órgãos institucionais. Como referido, a celeridade e a eficiência do procedimento, por si só, já impõem uma economia ou um ganho financeiro às partes. Quanto maior o tempo de processo – arbitral ou judicial – maiores serão os custos envolvidos (incluindo os decorrentes de honorários advocatícios contratuais e do contingenciamento da ação, que, normalmente, tem alto valor de causa). Lembre-se que não é incomum que os processos judiciais durem quase uma década, sendo, de outro lado, comum que a duração média dos procedimentos arbitrais não supere 24 (vinte e quatro) meses⁶.

Mas não é só. Na arbitragem pode haver a combinação de que os honorários contratuais serão reembolsados pela parte perdedora, além de todos os outros custos havidos para a defesa de seus interesses. Na Justiça Estatal, a jurisprudência do STJ⁷ não tem admitido esse ressarcimento. Quanto aos honorários sucumbenciais, a doutrina ainda diverge sobre a sua incidência na

⁶ O CAM-CCBC⁶, instituição renomada na administração de procedimentos, indicou⁶ como sendo 13,2 meses o tempo médio de duração dos procedimentos iniciados entre 2017 e 2019 perante aquela instituição. Já a CAM, vinculada à BMF&BOVESPA, indicou⁶ como sendo 17 meses a duração média dos procedimentos por ela administrados.

⁷ REsp nº 1.837.453/SP, AgInt REsp nº 1.675.581/SP, AgRg no AREsp nº 810.591/SP e AgInt no AResp nº 1.449.412/SP.

arbitragem quando não houver combinação entre as partes. De qualquer forma, fato é que, se existir tal combinação, os valores normalmente não repetem os parâmetros do processo Estatal, tendendo o custo a ser menor. Outro fator de relevante economia é o fato que, na arbitragem, quando houver mais de um autor ou réu, geralmente, haverá divisão das custas totais entre eles, diferente do que ocorre no Judiciário, onde pode ser exigido, por exemplo, de cada réu, que recorre de forma independente, o preparo da apelação. Além disso, a confidencialidade também pode ser um vetor de redução de custos, notadamente ao réu, à medida em que reduz os riscos com custos reputacionais⁸.

O exercício de comparação.

A título ilustrativo, propomos abaixo um exercício de comparação⁹ de estimativas de tempo e custos envolvidos a partir do ajuizamento de uma ARDC perante o Judiciário do Estado de São Paulo e, em paralelo, a instauração de uma arbitragem, segundo as regras do CAM-CCBC, considerando um valor da causa de R\$ 20 milhões. Em ambos os casos, deve se considerar que o perdedor arcará com a integralidade das custas e despesas ao final.

⁸ A título ilustrativo, trazemos, ao menos, duas situações que se enquadrariam nesse custo: 1) desvalorização da empresa, a exemplo do que recentemente ocorreu a partir do caso das ARDCs do Câmbio, que, no dia seguinte ao ajuizamento da ação (sem segredo de justiça) alguns dos Bancos demandados tiveram queda nas ações, tendo sido mensuradas perdas de até 20 bilhões de Reais. Notícia: [Bancos brasileiros podem levar “paulada” de R\\$ 20 bilhões no lucro – Money Times](#) (Acesso em 22/06/2021); e 2) “efeito cascata”, quando outras ações indenizatórias são promovidas a partir da notícia de uma ARDC contra e empresa.

⁹ O exercício apresentado é meramente estimativo, tendo em vista a incipiência do tema e o fato de que ainda não se tem notícia acerca de procedimentos arbitrais que visem a indenização por danos concorrenciais, mesmo perante o Poder Judiciário. Certamente, o aumento do número de casos e a evolução da discussão da temática propiciarão modelos mais apurados no futuro.

REFERÊNCIAS AO FINAL DE UMA ARDC NO VALOR DE 20 MILHÕES		
CUSTOS ESTIMADOS:	JUDICIAL (Estado de São Paulo)	ARBITRAGEM (Regras CAM-CCBC)
Tempo	7 a 9 anos	1 a 2 anos
Custas processuais/do procedimento	R\$ 100 a 400 mil (parte delas não repartíveis quando houver mais de um autor e/ou réu)	R\$ 366.60 a 706.62 mil* (repartíveis entre todos os autores e/ou todos os réus)
Perícia/Pareceres econômicos opcionais/contratação de assistente técnico para perícia	R\$ 200 a 400 mil	R\$ 200 a 400mil
Honorários sucumbenciais	Sempre serão devidos (10 a 20% do valor da condenação) R\$ 2 a 4 milhões	Normalmente não são fixados (quando são, geralmente abaixo de 10% do valor da condenação)** De R\$ 0 a R\$ 1.5 milhões
RESULTADO:	JUDICIAL	ARBITRAGEM
CUSTOS ESTIMADOS	R\$ 2.3 a 4.8 milhões	R\$ 566.60 mreputil a 2.6 milhões
CUSTOS INESTIMADOS		
1) Custos reputacionais	Aplicável, exceto quando a ação tramitar em segredo de justiça	Não aplicável, pois a arbitragem normalmente é confidencial
2) Custos de contingenciamento	Aplicável, por 7 a 9 anos	Aplicável, por 1 a 2 anos
3) Honorários contratuais	Aplicável, por 7 a 9 anos	Aplicável, por 1 a 2 anos, podendo, em alguns casos, ser

		reembolsado pela parte perdedora
* Valor total devido, considerando a Câmara CCBC com um e com três árbitros. Pode ser, ou não, adiantado de forma dividida entre as Partes. Ao final, arca com o valor integral a parte perdedora.		
** Na arbitragem, há liberdade de excluir os honorários sucumbenciais. Sem essa exclusão, a tendência é a sua fixação segundo critérios de “equidade”, o que corresponde, regra geral, a valores inferiores aos 10% mínimos, que são a referência legal do CPC para os processos estatais.		

O exercício demonstra que o impacto negativo do fator *tempo* é relevante para as partes que optam pelo Judiciário em detrimento da Arbitragem. Por outro lado, não há como negar que seja considerável a diferença entre as *custas processuais/do procedimento* devidas, o que, contudo, pode não ser tão significativo quando se considera a redução do *tempo* para que se tenha uma decisão final de mérito, normalmente de melhor qualidade.

Dois outros aspectos que merecem destaque quando da escolha pela Arbitragem são a possível ausência de honorários sucumbenciais e a possível combinação de reembolso de honorários contratuais. Somados à possível (ou provável) confidencialidade do procedimento (que torna inexistentes ou muito baixos os custos reputacionais à empresa ré), há um claro impacto positivo de tais aspectos no custo final da Arbitragem em comparação com a ARDC que tramita perante o Judiciário.

Derrubando o mito: este exercício é, logicamente, hipotético e a sua ideia é provocar uma reflexão às partes envolvidas em um dano decorrente de cartel para que, antes de optar pela tradicional via do Judiciário, sopesem todos os pontos acima levantados. De qualquer forma, ele demonstra que, de fato, o estigma que existe em torno dos (supostos) altos custos da arbitragem não se confirma quando feita uma comparação com os custos de um processo judicial de alto valor, que é comum no caso das ARDCs. Ao que tudo indica, a arbitragem pode sim ser um método menos oneroso às partes envolvidas em uma ARDC, além de trazer vantagens como maior previsibilidade de custos e do tempo de tramitação, além da melhor qualidade da decisão – o que, certamente, impõe reflexos positivos às empresas envolvidas neste tipo de litígio.

Ou seja, a possibilidade de o vencedor se reembolsar integralmente dos custos havidos com a arbitragem, somada aos fatores decorrentes das vantagens acima referidos, indica que o mito dos altos custos da arbitragem não se sustenta se comparados com os custos do processo judicial.

Com essas considerações, a expectativa é que as partes – compromissário no TCC e prejudicado – enxerguem as vantagens de se adotar a arbitragem como método de solução das demandas indenizatórias e passem a utilizá-la, com a promulgação do Projeto de Lei nº 11.275/2012.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO

André Augusto Mendes Machado¹

Palavras-chave: Justiça Consensual - Acordo de Não Persecução Penal – Acordo de Leniência – Termo de Compromisso de Cessação.

1. Introdu o

O objetivo deste artigo   examinar, primeiramente, os principais aspectos do instituto do acordo de não persecu o penal (ANPP), trazido pela Lei n.  13.964/2019 (conhecida por “Pacote Anticrime”), que, ao lado dos institutos previstos na Lei n.  9.099/1995 (composi o civil, transa o penal e suspensão condicional do processo) e da colabora o premiada (regulamentada pela Lei n.  12.850/2013), veio completar o rol de soluçoes consensuais previstas para o processo criminal no ordenamento jurídico brasileiro.

Além do conceito de ANPP, serão apontados os requisitos legais, positivos e negativos, para a realiza o desse negócio jurídico processual, previstos no artigo 28-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n.  13.964/2019.

Na segunda parte do artigo, serão mencionados os reflexos penais do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessa o (TCC), enquanto soluçoes consensuais firmadas no âmbito do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica).

Por fim, será destacada a importância de celebra o de ANPP quando firmado TCC no CADE, como forma de resguardar o compromissário contra acusa oes criminais pelos mesmos fatos confessados administrativamente.

2. O ACORDO DE NÃO PERSECU O PENAL INTRODUZIDO PELA LEI N.  13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019

¹ Advogado, Mestre em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Sócio da  rea Penal de Veirano Advogados

2.1. Conceito e premissas do acordo de não persecução penal

A Lei n.º 13.964/2019 trouxe diversas inovações para o sistema jurídico penal brasileiro, tanto de ordem material quanto processual. Uma das principais novidades é o acordo de não persecução penal (ANPP), inserido no artigo 28-A do Código de Processo Penal. Este instituto, enquanto forma negocial de resolução da persecução penal, atenua o princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública (artigo 24 do Código de Processo Penal) e tem o condão de gerar mudanças significativas na forma com que os atores processuais – Ministério Público, Réu/Defesa e Magistrado – lidam com o processo penal no Brasil, possibilitando uma solução não litigiosa para o caso penal.

Pode-se definir o ANPP como negócio jurídico processual celebrado entre Ministério Público e investigado, assistido por defesa técnica, cuja eficácia está condicionada à homologação judicial e por meio do qual se estabelecem certas condições, que, uma vez cumpridas, levarão à extinção de punibilidade do autor do fato.

Reza o artigo 28-A do Código de Processo Penal que “não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

Trata-se de norma jurídica de natureza mista, material e processual, e que, como tal, deverá retroagir para beneficiar o acusado, por força do disposto no artigo 5º, XL, da Constituição da República.

Há discussão sobre o estágio processual em que se admite a aplicação retroativa do ANPP, para casos em andamento quando da entrada em vigor da Lei n.º 13.964/2019 (o que ocorreu em 23 de janeiro de 2020): (i) até a decisão judicial de recebimento da denúncia; (ii) até a prolação de sentença; (iii) até o julgamento da apelação pelo Tribunal Estadual; (iv) até o trânsito em julgado da decisão condenatória e (v) mesmo durante o processo de execução.

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, existem decisões admitindo a incidência do ANPP para processos em grau recursal, uma vez presentes as condições legais, determinando-se, assim, a conversão do julgamento em diligência e retorno dos autos à primeira instância para que seja oportunizada ao acusado a possibilidade de firmar ANPP.

Como se vê do teor do artigo 28-A do Código de Processo Penal, o ANPP poderá ser proposto pelo Ministério Público para crimes praticados sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos. Esse parâmetro legal é bastante abrangente, incluindo diversos tipos de infração penal, como furto (artigo 155 do Código Penal), apropriação indébita (artigo 168 do Código Penal), estelionato (artigo 171 do Código Penal), receptação (artigo 180 do Código Penal), associação criminosa (artigo 288 do Código Penal), falsidade ideológica (artigo 299 do Código Penal), peculato (artigo 312 do Código Penal), corrupção passiva (artigo 317 do Código Penal), prevaricação (artigo 319 do Código Penal), corrupção ativa (artigo 333 do Código Penal), crimes tributários (artigos 1º e 2º da Lei n.º 8.137/1990), crimes contra a ordem econômica e contra as relações de consumo (artigos 4º e 7º da Lei n.º 8.137/1990), crimes contra o consumidor (artigos 63 e seguintes da Lei n.º 8.078/1990), crimes financeiros (todos os previstos na Lei n.º 7.492/1986), crimes de licitação (antes previstos nos artigos 89 e seguintes da Lei n.º 8.666/1993 e agora previstos nos artigos 337-E e seguintes do Código Penal, tendo sido inseridos pela Lei n.º 14.133/2021), dentre outros.

Para a propositura do ANPP, o órgão acusatório deve verificar se existem elementos materiais aptos a embasar o oferecimento de denúncia. Em sendo caso de arquivamento da investigação preliminar, por falta de indícios de autoria e/ou prova da materialidade delitiva, o Ministério Público não pode propor ANPP, como expressamente constou do texto legal. O ANPP é uma alternativa à denúncia criminal e não meio de salvar persecução penal infundada ou forma transversa de punir o investigado. Por isso, só é admissível quando houver justa causa para a ação penal.

Note-se que o ANPP, ao contrário de outras soluções consensuais como a transação penal e a suspensão condicional do processo, pressupõe a assunção de culpa pelo agente. De fato, o Ministério Público pode propor ANPP somente se o investigado confessar formal e circunstancialmente a conduta criminosa. Por formal, entende-se a confissão registrada em termo perante a Autoridade Policial ou Judiciária competente. Por circunstancial, entende-se a confissão detalhada, que contenha todas as circunstâncias fáticas do ilícito de conhecimento do agente.

Por fim, o ANPP só é admissível se necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. O Ministério Público deve balizar tal análise nas circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, caput, do Código Penal.

2.2. Condições positivas e negativas do acordo de não persecução penal

De acordo com o disposto nos incisos do artigo 28-A do Código de Processo Penal, o ANPP poderá ser proposto pelo Ministério Público se presentes as seguintes condições (condições positivas):

(i) reparação do dano ou restituição do bem à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo (artigo 28-A, I, do Código de Processo Penal);

(ii) renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime (artigo 28-A, II, do Código de Processo Penal);

(iii) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, reduzida de um a dois terços (artigo 28-A, III, do Código de Processo Penal);

(iv) pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo de execução e que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito (artigo 28-A, IV, do Código de Processo Penal);

(v) cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com o delito imputado (artigo 28-A, V, do Código de Processo Penal).

A condição genérica prevista no artigo 28-A, V, do Código de Processo Penal, permite a negociação entre as partes (Ministério Público x acusado/defensor) de outras condições diversas daquelas já estabelecidas em lei, como, por exemplo, comparecimento periódico em juízo, proibição de frequentar determinados lugares ou manter contato com determinadas pessoas, proibição de se ausentar da comarca por certo período de tempo, limitações de final de semana, interdição temporária de direitos etc..

De outro lado, o ANPP não poderá ser proposto nas seguintes hipóteses (condições negativas):

(i) se for cabível transação penal (artigo 28-A, §2º, I, do Código de Processo Penal);

(ii) se o investigado for reincidente ou houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional (artigo 28-A, §2º, II, do Código de Processo Penal);

(iii) se o investigado foi beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento do crime em ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo (artigo 28-A, §2º, III, do Código de Processo Penal);

(iv) em casos de crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino (artigo 28-A, §2º, IV, do Código de Processo Penal).

Se o caso concreto atender às mencionadas condições positivas e negativas, o Ministério Público poderá propor o ANPP, devendo ser observado o procedimento previsto em lei.

2.3. PROCEDIMENTO E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

É possível dividir o rito procedimental do ANPP em três fases: preliminar, homologação e execução.

A etapa preliminar corresponde à negociação e formalização do acordo. Após as tratativas entre acusação e defesa, para a definição dos termos e condições do ANPP, deverá ocorrer a formalização do acordo em instrumento escrito, firmado pelo representante do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor (artigo 28-A, §3º, do Código de Processo Penal).

Em seguida, passa-se à fase de homologação judicial do ANPP, que ocorre em audiência na qual o juiz analisará a voluntariedade e a legalidade do acordo mediante oitiva do investigado, assistido por seu defensor (artigo 28-A, §4º, do Código de Processo Penal).

Com a homologação judicial do ANPP, terá início a sua execução perante o juiz competente (artigo 28-A, §6º, do Código de Processo Penal). Se descumpridas quaisquer das condições estipuladas no ANPP, haverá a sua rescisão e prosseguimento da persecução penal com o oferecimento da denúncia, para casos em fase inicial, ou a retomada da marcha processual no estágio em que se encontrava, para processos em andamento (artigo 28-A, §10, do Código de Processo Penal).

Uma vez cumprido integralmente o ANPP, o juiz decretará a extinção da punibilidade do investigado (artigo 28-A, §13, do Código de Processo Penal). A celebração e o cumprimento do ANPP não constarão da certidão de antecedentes criminais, servindo a anotação unicamente para impedir novo acordo no prazo de 5 (cinco) anos (artigo 28-A, §12, do Código de Processo Penal).

3. Reflexos penais das soluções consensuais no âmbito do Cade

3.1. Acordo de leniência

Além das soluções consensuais de natureza tipicamente penal, antes referidas, existe modalidade de acordo prevista na legislação concorrencial, que produz efeitos na esfera penal, impedindo a instauração de ação penal e levando à extinção de punibilidade do agente. É o denominado acordo de leniência, previsto no artigo 86 da Lei n.º 12.529/2011.

Trata-se de solução consensual envolvendo o CADE, por intermédio da Superintendência-Geral, e o autor de uma infração à ordem econômica (pessoa física ou jurídica), em que este confessa a prática do ilícito e colabora com a investigação das práticas anticoncorrenciais, permitindo, assim, a identificação dos envolvidos no ilícito e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada. Em contrapartida, o leniente será beneficiado com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável.

São requisitos cumulativos para a celebração do acordo de leniência, segundo o parágrafo 1º do referido dispositivo legal: (i) que a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada; (ii) que a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; (iii) que a Superintendência-Geral do CADE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e (iv) que a empresa confesse a sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, atendendo às convocações de comparecimento a atos processuais. Para as pessoas físicas, aplicam-se os mesmos requisitos, com exceção do primeiro, referente à necessidade de ser o primeiro a se qualificar para o acordo de leniência, que é próprio de acordos firmados por pessoas jurídicas.

Os efeitos do acordo de leniência estendem-se às empresas do mesmo grupo e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração, se o firmarem em conjunto e foram observadas as condições impostas (artigo 86, §6º, da Lei n.º 12.529/2011).

No âmbito penal, o acordo de leniência tem importante consequência, gerando verdadeira imunidade penal com relação (i) aos crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei n.º 8.137/1990 e (ii) aos crimes diretamente relacionados à prática de cartel, como os crimes de licitação (antes

previstos na Lei n.º 8.666/1993 e agora previstos na Lei n.º 14.133/2021) e o crime de associação criminosa (artigo 288 do Código Penal). É que, conforme se extrai do teor do artigo 87 da Lei n.º 12.529/2011, o acordo de leniência determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento de denúncia contra o leniente com relação aos mencionados delitos.

E mais, segundo o parágrafo único do artigo 87 da Lei n.º 12.529/2011, cumprido regularmente o acordo de leniência, extingue-se a punibilidade do leniente pelos crimes referidos no caput.

Sendo assim, por expressa disposição legal, o autor de infração à ordem econômica que celebra acordo de leniência não poderá ser acusado criminalmente pelos delitos mais comumente relacionados a práticas anticoncorrenciais: crimes contra a ordem econômica, de licitação e associação criminosa. Para garantir essa imunidade penal, o Ministério Público costuma participar dos acordos de leniência firmados no âmbito do CADE, apesar de não haver expressa determinação legal nesse sentido.

Isso é um grande estímulo para a celebração do acordo de leniência, pois existe a certeza de que a colaboração com o CADE, as informações e documentos fornecidos para auxiliar na identificação dos envolvidos e na comprovação da materialidade do ilícito administrativo, não serão utilizados contra o leniente na esfera criminal. Não se pode dizer o mesmo do termo de compromisso de cessação, como se examina a seguir.

3.2. Termo de Compromisso de Cessação (TCC)

O TCC, tal como o acordo de leniência, é uma solução consensual entre o CADE e o autor da infração à ordem econômica, em que este se compromete a cessar a prática sob investigação ou os seus efeitos lesivos, bem como a cumprir obrigações previamente estabelecidas pelo CADE, em troca da suspensão das investigações enquanto estiverem sendo cumpridos os termos do compromisso (artigo 85 da Lei n.º 12.529/2011).

Em caso de descumprimento das obrigações firmadas, o compromissário deverá pagar a multa previamente fixada no termo, conforme previsto no artigo 85, §1º, II, da Lei n.º 12.529/2011. De outro lado, se as obrigações forem regularmente cumpridas, o processo administrado será arquivado, nos termos do artigo 85, §9º, da Lei n.º 12.529/2011.

A regulamentação do procedimento de negociação e celebração do TCC consta dos artigos 178 a 195 do Regimento Interno do CADE (RICADE).

A partir dessas normas, infere-se que o TCC, da mesma forma que o acordo de leniência, pressupõe assunção de responsabilidade pela prática ilícita (reconhecimento de participação na conduta) e uma postura colaborativa por parte do compromissário, que deverá fornecer elementos aptos a auxiliar na apuração da infração concorrencial e identificação dos envolvidos.

Nesse sentido, dispõe o artigo 185 do RICADE que “tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, o compromisso de cessação deverá, necessariamente, conter reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário”.

Por sua vez, o artigo 186 do RICADE estabelece que “tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, a proposta final encaminhada pelo Superintendente-Geral ao Presidente do Tribunal, nos termos do art. 180, § 4º deste Regimento Interno, deverá, necessariamente, contar com previsão de colaboração do compromissário com a instrução processual”.

É importante ressaltar que o CADE, para delimitar a amplitude e utilidade da colaboração, como vistas a firmar TCC, aplica, por analogia, os mesmos critérios previstos para o acordo de leniência, quais sejam, identificação dos envolvidos na infração e obtenção de informações e documentos que comprovem a infração (artigo 86 da Lei n.º 12.529/2011).

No entanto, ao contrário do acordo de leniência, o TCC não gera qualquer benefício penal para o compromissário. Não há imunidade penal, nem a possibilidade de extinção de punibilidade pelos fatos reportados na esfera administrativa.

Assim, o compromissário, que confessou o envolvimento na infração à ordem econômica e forneceu provas que o incriminavam para o CADE, pode vir a ser denunciado criminalmente pelos mesmos fatos objeto do processo administrativo.

Ademais, com a regular celebração do TCC, pode haver o compartilhamento de provas entre o CADE e o Ministério Público, fazendo com que os elementos fornecidos pelo compromissário em âmbito administrativo sejam utilizados em seu desfavor na seara penal, servindo para instruir procedimento criminal.

Justamente para corrigir esse grande descompasso entre o acordo de leniência e o TCC no tocante aos efeitos e riscos penais, é que se entende necessária a celebração de ANPP quando firmado TCC perante o CADE.

4. Conclusão: a importância da negociação simultânea do termo de compromisso de cessação e do acordo de não persecução penal

Como salientado, o TCC, enquanto forma consensual de resolução do processo administrativo no CADE, leva o compromissário a reconhecer a prática dos atos ilícitos e, geralmente, a fornecer elementos que interessem à Autoridade Administrativa, relacionados à autoria e materialidade da infração concorrencial. Em troca, haverá o arquivamento do processo administrativo, após o cumprimento das obrigações compromissadas.

No entanto, diferentemente do acordo de leniência, a Lei n.º 12.529/2011 não previu qualquer efeito penal para o TCC, isto é, não estabeleceu imunidade penal para o compromissário no tocante aos ilícitos relatados no termo.

Assim, o compromissário acaba ficando em posição extremamente vulnerável, pois, não obstante haver o arquivamento do processo administrativo se as obrigações forem devidamente cumpridas, abre um grande flanco no âmbito penal, estando sujeito à investigação criminal ou ação penal por crimes relacionados aos fatos tratados no TCC.

Ademais, as possibilidades de defesa do compromissário na esfera penal ficam bastante reduzidas, por já ter reconhecido administrativamente o envolvimento na prática ilícita e fornecido provas autoincriminatórias, as quais, como se vê nos casos concretos, acabam sendo compartilhadas entre o CADE e o Ministério Público.

Por isso, é recomendável que o interessado em firmar TCC com o CADE, em paralelo, negocie ANPP com o Ministério Público, envolvendo os mesmos fatos. Não só, recomenda-se que o interessado firme TCC somente após a homologação do ANPP, para que tenha efetivamente a garantia de imunidade penal e não seja exposto ao risco de processo criminal com evidente limitação defensiva.

Para facilitar essa negociação simultânea do ANPP e TCC, o Ministério Público deveria também ser subscritor do TCC, tal como ocorre, na prática, nos acordos de leniência.

Essa atuação concertada entre os órgãos públicos, permitiria, de um lado, assegurar maior efetividade ao TCC, pois seria possível, já no próprio instrumento de acordo, dar tratamento adequado ao compartilhamento de provas, tornando mais célere e legítima a troca de informações sensíveis entre os órgãos. De outro, a subscrição do TCC pelo Ministério Público, responsável pela proposição do ANPP, possibilitaria maior equilíbrio e proporcionalidade

entre as condições a serem estabelecidas no TCC e no ANPP – inclusive no tocante aos valores a serem pagos a título de contribuição pecuniária, no primeiro, e reparação de dano, no segundo.

Por essas razões, propõe-se de lege ferenda inserção de norma na própria Lei n.º 12.529/2011 prevendo a necessária participação do Ministério Público tanto no acordo de leniência quanto no TCC.

Agora, com o advento do ANPP, que abrange quantidade significativa de infrações penais – inclusive aquelas comumente relacionadas a práticas anticoncorrenciais - não existe razão para excluir o Parquet das soluções consensuais no âmbito do CADE. Diga-se: na maior parte das vezes, tanto o acordo de leniência quanto o TCC possuem reflexos penais, com a diferença de que o primeiro prevê imunidade penal enquanto o segundo não, deixando o particular completamente exposto a acusação criminal. Com o novo instituto do ANPP, essa deficiência do TCC pode e deve ser reparada, por meio da negociação simultânea desses dois instrumentos consensuais.

5. Bibliografia

BARROS, Francisco Dirceu. *Acordos Criminais*. Leme/SP: JH Mizuno, 2020, pp. 102/03.

CAVALCANTE, André Clark Nunes et al. *Lei anticrime comentada*. Leme/SP: JH Mizuno, 2020, p. 180.

JUNQUEIRA, Gustavo et al.. *Lei anticrime comentada: artigo por artigo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 175.

SAAD, Marta. *Código de Processo Penal Comentado/ coordenação Antonio Magalhães Gomes Filho, Alberto Zacharias Toron e Gustavo Henrique Badaró*. 3ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ASPECTOS CONCORRENCIAIS EM OPERAÇÕES DE M&A: CONSIDERAÇÕES PRÁTICAS EM TEMPOS DE CRISE

*Amadeu Carvalhaes Ribeiro
Marcio Dias Soares
João Marcelo da Costa e Silva Lima¹*

A. Introdução

A atuação cada vez mais sofisticada do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) e seu maior rigor na análise de operações societárias ao longo dos últimos anos fizeram com que as discussões sobre aspectos concorrenciais ganhassem mais relevância em negociações de M&As. É preciso avaliar, com antecedência, as chances da operação ser aprovada pelo CADE, com ou sem restrições, e o tempo esperado de análise, pois a resposta a essas perguntas pode impactar pontos importantes da negociação, como preço, regras de atualização e ajuste, hipóteses de saída, break up fee, entre outras.

Essa discussão ganha ainda mais relevância em momentos de crise – como a crise do COVID-19, que paralisou (ainda que parcialmente) a economia mundial e nacional no início de 2020 –, em que o fator tempo e a necessidade de criar soluções criativas se tornam prementes. Considerando esse contexto, abordaremos quatro temas neste artigo: (a) institutos jurídicos presentes na legislação concorrencial para lidar com o fator urgência, que é tão crucial para algumas operações que vieram sendo implementadas desde o início da pandemia; (b) a teoria da *failing firm*, que é uma criação da jurisprudência de autoridades antitruste (incluindo o CADE) especificamente voltada para casos em que a empresa alvo de uma aquisição está passando por graves dificuldades financeiras; (c) a teoria dos *declining markets*, outra criação da jurisprudência antitruste, aplicável a mercados em que há evidências de crise estrutural (resultante, por exemplo, de uma queda de demanda geral associada a mudanças de hábitos de consumidores); e (d) por fim, teceremos breves comentários sobre como o CADE lida com atos de concentração resultantes de recuperações judiciais.

¹ Os autores são sócios de Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr e Quiroga Advogados

B. Lidando com o fator tempo: possibilidades à disposição de empresas

Em primeiro lugar, é inevitável que os prazos de análise sejam de alguma forma impactados frente a restrições enfrentadas pela sociedade em decorrência de momentos de crise. Em decorrência da crise do COVID-19, o CADE, de forma exemplar, adotou medidas para manter suas atividades em seu curso normal. Inclusive, o balanço do CADE referente ao primeiro semestre de 2020 revelou que a produtividade do órgão concorrencial não foi abalada no auge da pandemia: enquanto no primeiro semestre de 2019 o CADE decidiu 206 atos de concentração e o tempo médio de análise foi 30,7 dias, no mesmo período em 2020 o número de atos de concentração decididos foi 203, com um tempo médio de análise de 28,8 dias. Não obstante, principalmente em operações de alta complexidade concorrencial, submetidas ao órgão concorrencial pelo rito ordinário, a autoridade precisa recorrer, muitas vezes, a concorrentes, clientes e fornecedores para obter informações necessárias à conclusão de suas análises. Nesses casos, o andamento do processo passa a depender de fatores externos que podem ter impacto maior em um momento de crise.

Para tentar reduzir os efeitos negativos de tais atrasos, as empresas podem explorar mecanismos disponíveis na legislação brasileira, tais como a autorização precária, que permite a concretização do ato de concentração antes de concluída a análise de mérito pelo órgão antitruste, ou a utilização de instrumentos de dívida conversíveis em ações, que possibilitam a capitalização da empresa em dificuldade sem a necessidade de crivo do CADE enquanto não houver conversão da dívida em participação societária efetiva.

As regras para subscrição de títulos ou valores mobiliários conversíveis sem aprovação prévia do CADE são simples e diretas, e já foram utilizadas diversas vezes em operações passadas, mesmo na ausência de situações de stress financeiro. Nesses casos, apenas a conversão efetiva da dívida em ações é que poderá estar sujeita à aprovação prévia do CADE, salvo se o próprio título ou valor mobiliário já outorgar ao adquirente direito de indicar membros dos órgãos de gestão ou de fiscalização, ou direitos de voto ou veto sobre questões concorrencialmente sensíveis da companhia emissora.

Por outro lado, ainda que sejam um instrumento pouco usado e restrito a situações de grave situação financeira, os pedidos de autorização precária podem ganhar relevância em um ambiente de retração econômica como o que estamos vivendo. A regulamentação impõe três requisitos cumulativos para aplicação desse instrumento: (a) ausência de perigo de dano

irreparável à concorrência; (b) a reversibilidade da operação em caso de decisão final negativa do CADE; e (c) risco iminente de prejuízos financeiros substanciais e irreversíveis para a empresa objeto caso a autorização precária não seja concedida.

Além do desafio de se demonstrar que todos os três critérios estão atendidos no caso específico, as empresas devem ter em mente o prazo total de 60 dias que o CADE tem para decidir sobre o pedido de autorização precária. A depender das características da operação, pode fazer mais sentido apresentar o caso pelo rito sumário e adotar uma postura transparente e cooperativa com o CADE, reforçando o caráter de urgência enfrentado pelas partes. O caso OpenGate Capital Group/Zodiac é um bom exemplo disso. Naquela oportunidade, as partes retiraram o pedido de autorização precária originalmente formulado, uma vez que, tratando-se de ato passível de apreciação pelo rito sumário, o mecanismo de autorização precária deixou de fazer sentido. De fato, a decisão da Superintendência Geral foi emitida em apenas 17 dias, fazendo com que a aprovação definitiva do CADE fosse obtida em praticamente metade do tempo estipulado para análise de um pedido de autorização precária.

Isso não significa, porém, que esse instrumento deva ser descartado de plano. Por exemplo, o mecanismo foi usado de forma bem-sucedida para agilizar a venda, para a Excelente B.V., de 60% das ações da Rio de Janeiro Aeroportos, controladora da concessionária do Aeroporto Internacional Antônio Carlos Jobim, antes controlada pelo Grupo Odebrecht. O CADE concedeu a autorização precária em menos de 10 dias, viabilizando a injeção dos recursos necessários no tempo limite para que a concessionária seguisse operando.

C. Empresas em graves apuros financeiros: a (possível) solução do direito antitruste

Aliada à questão da urgência quanto ao prazo de análise, podemos destacar também discussões baseadas na teoria da *failing firm*. Essa teoria é amplamente conhecida na área antitruste e é inclusive mencionada no Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE. Tradicionalmente, sua aplicação é restrita a casos em que as requerentes comprovem cumulativamente que, na ausência da operação, (a) a empresa sairia do mercado ou não poderia cumprir suas obrigações financeiras; (b) seus ativos não permaneceriam no mercado, o que poderia significar redução da oferta, maior nível de concentração do mercado e diminuição do bem-estar

social; e (c) não haveria alternativa com menor dano à concorrência e que não resta outra solução para a manutenção de suas atividades que não a aprovação da operação.

Muito embora a aplicação plena dessa teoria tenha sido afastada na maioria dos precedentes do CADE, há casos em que o CADE levou em consideração para sua aprovação elementos que derivam dessa teoria, como, por exemplo, a operação Petromex/Petrobras, que foi aprovada, dentre outros motivos, por ser a opção menos prejudicial ao mercado para evitar a saída de ativos relevantes, mesmo que pudesse resultar em monopólio. Naquela oportunidade, a crise passada pela Petrobras e a comprovação de que não havia outros interessados nos ativos foram sopesadas, levando o CADE a aprovar a operação condicionada a remédios comportamentais.

Diante de crises estruturais, é importante que o CADE esteja mais atento e aberto a esse tipo de abordagem. Ainda que os critérios da teoria do failing firm sejam de difícil comprovação, é importante utilizarmos o conceito-base da teoria ao fazermos uma análise dinâmica da situação específica de cada operação, ainda mais em condições extremas que têm transformado de forma muito rápida a realidade econômico-financeira das empresas, como aquelas impostas pela pandemia.

Isso foi visto, por exemplo, na decisão da autoridade concorrencial britânica (Competition and Markets Authority – “CMA”) que, em abril de 2020 (auge da pandemia), autorizou provisoriamente o investimento minoritário da Amazon na Deliveroo, umas das principais empresas de delivery alimentício do Reino Unido. Apesar daquela operação ter sido anunciada antes da chegada da pandemia, o agravamento da crise mudou completamente a realidade da Deliveroo. A CMA reconheceu que, por ser uma empresa ainda em fase de desenvolvimento/crescimento, a Deliveroo dependia de investimentos contínuos para manter sua sustentabilidade financeira. Com base nas evidências apresentadas pela Deliveroo, o CMA concluiu que o assunto era, de fato, urgente, e que a saída da empresa do mercado seria inevitável caso a empresa não tivesse acesso a investimentos significativos – os quais só a Amazon estaria disposta a realizar, dada a escassez de recursos financeiros disponíveis a negócios em estágio como o da Deliveroo.

Considerando que a saída da Deliveroo do mercado seria pior para a concorrência que a permissão aos investimentos da Amazon, o CMA aplicou a teoria da failing firm, com base nos seguintes critérios de análise:

(i) A empresa adquirida/investida sairia do mercado caso a operação não se concretizasse (seja por não conseguir cumprir com suas obrigações

financeiras, seja por não conseguir se reestruturar com sucesso)? A CMA concluiu que a Deliveroo sairia do mercado caso não recebesse investimentos por meio da aquisição de participação da Amazon, em razão das pressões financeiras que a empresa vinha sofrendo com a queda da demanda de pedidos e do número de restaurantes operando durante os períodos de lockdown.

(ii) Há outros potenciais compradores/investidores para a empresa ou seus ativos? Se sim, qual seria o impacto de uma aquisição feita por players alternativos, se comparado com os efeitos da operação que está sendo analisada? A CMA entendeu que, em razão da pandemia, a disponibilidade de investimentos para negócios em fases iniciais de crescimento/desenvolvimento estaria bastante limitada, sendo a Amazon a única alternativa viável disponível, considerando o contexto e o tempo necessário para que fosse encontrado outro investidor e estruturar outra operação de investimento na Deliveroo.

(iii) Qual seria o impacto da saída da empresa adquirida/investida do mercado, em comparação com os impactos da operação em análise? A autoridade concluiu que a saída da Deliveroo seria mais prejudicial à concorrência que a operação, considerando que o mercado envolvido já é altamente concentrado em poucos players, e que o crescimento de *market share* da Deliveroo nos últimos anos a posicionou como um player importante para a dinâmica competitiva. Dessa forma, sem a Deliveroo, a concorrência seria menos intensa por um período considerável de tempo, ainda que a Amazon tivesse incentivos a entrar nesse mercado novamente.

O mais interessante do caso é que, em junho de 2020 (portanto, dois meses após decisão que aprovou a operação provisoriamente), a CMA voltou atrás a fim de reanalisar o caso, por considerar que os efeitos da pandemia não foram tão severos quanto o imaginado e que, por esse motivo, o caso não mais se enquadraria nos critérios necessários para a aprovação nos termos da *failing firm defense*.

Nesse reanálise, a CMA considerou que o contrafactual mais provável seria um cenário em que a Deliveroo continuaria a buscar por investimentos – que não dependeriam unicamente da Amazon –, e não a sua saída do mercado. Dessa forma, o requisito (i) da análise do *failing firm* já não estaria mais cumprido. Contudo, mesmo desconsiderando o argumento de *failing firm*, a CMA concluiu que não haveria preocupações concorrenciais advindas da operação.

D. Mercados em declínio

A teoria de *declining markets* foi abordada originalmente em trabalho de Malcom Coate e Andrew Kleit, que argumentavam ser improvável que uma fusão num mercado que estivesse comprovadamente passando por uma crise estrutural fosse capaz de produzir efeitos anticompetitivos. Isso porque, se um mercado estivesse experimentando uma queda sustentada de demanda e houvesse baixíssima probabilidade de entrada de novos players – o que seria decorrente, por exemplo, de uma mudança de hábitos de um consumidor, ou de uma inovação tecnológica que tornou um mercado obsoleto – dificilmente os players nele inseridos teriam condições para aumentar arbitrariamente preços, ou adotar outras estratégias anticompetitivas: isso apenas aceleraria o processo de queda de demanda já sendo experimentado pelo setor. Por isso, concentrações num mercado em declínio não seriam, a princípio, preocupantes.

Com a crescente digitalização de mercados propulsionada pela forte mudança de hábitos imposta pela pandemia, é possível que uma série de mercados comecem a se tornar obsoletos, enquadrando-se no conceito de *declining market*.

O CADE já fez uso da teoria de *declining markets* em seus precedentes. A análise do CADE se concentra, geralmente, nos seguintes aspectos:

(a) Trata-se, de fato, de mercado em declínio? São necessárias evidências claras e confiáveis de queda sustentada de demanda e de baixíssima probabilidade de entrada no mercado, dentre outras evidências que possam ajudar a autoridade a confirmar que, de fato, o mercado está passando por uma crise estrutural que dificilmente se aliviará no curto e médio prazo. É importante, aqui, mostrar que a crise pela qual o mercado está passando não é temporária.

(b) Mesmo em se tratando de mercado em declínio, é de fato improvável que a operação em questão criaria condições para aumentos de preço? Além de apresentar evidências de crise estrutural no mercado afetado pela operação, as partes devem apresentar as informações necessárias para dar conforto à autoridade de que exercícios de poder de mercado são, de fato, improváveis. Isso porque é possível que, muito embora o mercado em questão esteja experimentando uma queda sustentada de demanda, ainda assim haja um grupo relevante de consumidores “cativos” no mercado – isso é mais possível em se tratando de mercados caracterizados por uma certa inelasticidade de demanda.

(c) Os efeitos líquidos da operação (ie, o resultado de um sopesamento de efeitos pró e anticompetitivos) são de fato positivos? Nada impede que o CADE conclua que permitir uma concentração no mercado é pior para o bem-estar dos consumidores do que simplesmente analisar a operação como se ela estivesse inserida num mercado com demanda crescente ou estagnada. Isso porque não necessariamente a aceleração do processo de declínio de um mercado é indesejável: os ativos produtivos nele incluídos podem, por exemplo, ser realocados a outros mercados – e isso pode ser positivo. Diante disso, as partes precisam também apresentar informações e evidências que permitam à autoridade ter conforto em concluir que será pior para os consumidores que o mercado em questão deixe de existir, e que, por isso, a teoria do *declining markets* deve ser aplicada de forma a aprovar uma operação que tenha por objetivo dar sobrevida a empresas desse mercado.

Dito isso, o CADE, em ao menos cinco casos decididos no passado (o último, em 2016), concluiu que os mercados sob análise estavam em declínio e que um aumento – ainda que significativo – de concentração nesses mercados seria mais benéfico do que o desaparecimento do mercado como um todo. Até o momento, nenhum ato de concentração submetido ao CADE no contexto da pandemia levantou – ao menos de maneira evidente – a teoria dos *declining markets* como fundamento (ainda que adicional) para a aprovação da operação. Embora o CADE se mostre mais aberto a essa teoria do que à teoria da *failing firm*, fato é que empresas interessadas em levar adiante o argumento precisam estar preparadas para apresentar dados muito robustos para demonstrar que se trata, de fato, de mercado em declínio e que a concentração resultante da operação será, no agregado, melhor para consumidores do que o desaparecimento do mercado como um todo.

E. Análise concorrencial de recuperações judiciais

Por fim, a análise de mérito do CADE em atos de concentração envolvendo empresas em recuperação judicial não é, a princípio, diferente da análise que é feita em operações envolvendo empresas que não estão em apuros financeiros. No passado recente, o CADE analisou uma série de atos de concentração envolvendo empresas em recuperação judicial: não há sinal, em nenhum deles, de postura mais leniente do CADE decorrente da situação financeira de uma das partes envolvidas na operação. A análise concorrencial pode ser diferente apenas nos casos em que for também apresentado – e aceito pelo CADE – um argumento de *failing firm* (vide acima).

Vale destacar, no entanto, que a experiência mostra que o CADE está aberto a analisar com mais celeridade operações envolvendo empresas em recuperação judicial, particularmente quando as partes apresentam justificativas sólidas para tanto.

F. Considerações finais

A abordagem dinâmica do CMA no caso Amazon/Deliveroo deveria ser aplicada à análise das operações que chegarem ao CADE no contexto de crises econômicas, como aquela propulsionada pela pandemia. O mesmo vale para a teoria de *declining markets*, já reconhecida pela jurisprudência do CADE, mas não testada no contexto da pandemia.

Em muitos casos, o fim principal da operação será endereçar um problema financeiro do adquirente, e não da empresa adquirida. Em outras situações, como nas operações verticais, o fim almejado estará em assegurar as condições de concorrência e de atendimento aos consumidores em um mercado relacionado, que depende do funcionamento pleno tanto do adquirente quanto da empresa adquirida. Haverá ainda outras em que uma crise terá o efeito de limitar o crescimento e expansão de empresas inovadoras menores, que poderiam ter seus produtos e serviços impulsionados e chegando ao mercado em sua plenitude se contassem com a investimento financeiro e *know how* de players mais estabelecidos. Por fim, haverá os casos em que uma crise econômica terá produzido um processo de queda de demanda irreversível – e que, no médio prazo, levará ao desaparecimento do mercado como um todo, muito embora esse mercado ainda tenha valor para um número relevante de consumidores.

Em todos esses casos, é importante se deixar de lado qualquer preconceito em relação à aplicação plena da teoria do *failing firm*, bem como da teoria de *declining markets*, e trazer seus elementos para o debate e avaliação dos efeitos líquidos de cada operação, tanto para as empresas envolvidas quanto para o bem-estar social de forma mais ampla.

INVESTIGAÇÕES INTERNAS: MELHORES PRÁTICAS INTERNACIONAIS E A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Alexandre Ditzel Faraco e Gabriela Costa Carvalho Forsman

Ao longo dos últimos anos tem se verificado um fenômeno de multiplicação de investigações internas no Brasil. Primeiro, houve uma ampliação do seu escopo de tal sorte que passassem a abranger temas como corrupção e ilícitos relacionados, tais como lavagem de capitais, em razão dos importantes avanços legislativos globais relacionados ao combate à corrupção. Em segundo lugar, investigações internas sofreram mudança de escala diante da perseguição de empresas brasileiras com presença no exterior por autoridades estrangeiras.

O aumento de investigações multijurisdicionais e ausência de regulamentação específica sobre a matéria no Brasil fez com que as práticas locais fossem fortemente influenciadas pelas práticas internacionais. Apesar de haver benefícios na uniformização de tais práticas em âmbito internacional, é necessário considerar as particularidades da cultura e do ordenamento jurídico brasileiro.

Investigações internas devem resultar na identificação e mitigação de riscos à pessoa jurídica que a promove e, para tanto, devem ser conduzidas de forma efetiva e lícita. A licitude dos procedimentos investigativos deverá ser analisada diante do ordenamento jurídico sob o qual se desenvolvem.

Para melhor aproveitar os benefícios resultantes de investigações internas, essas devem se valer de métodos e boas práticas consolidados dentro dos limites do exercício legítimo da autonomia privada, respeitando a esfera de direitos de terceiros, sob pena de incorrer em ilicitude e obrigação de indenizar.

Nesse sentido, a má condução de investigações internas pode gerar incremento dos riscos aos quais a empresa objeto estaria inicialmente sujeita. Por exemplo, há casos em que a inobservância de tais métodos e boas práticas resultou em ações trabalhistas (*e.g.*, por ter havido coação de funcionários na obtenção de cooperação) e, inclusive, determinação judicial de refazimento de

investigação interna (e.g., por falta de independência na condução das atividades investigativas)¹.

Este artigo se propõe a apresentar de forma sintética o que seria um conjunto de melhores práticas em investigações internas no contexto da cultura e legislação brasileira, de modo que sua realização leve a resultados efetivos sem incrementar os riscos associados.

O que são investigações internas e quais os seus meios

Investigação interna designa, de forma geral, o conjunto de atividades promovidas por um particular, no exercício de sua autonomia privada, para apurar fatos que possam afetar seus interesses.

Os objetivos visados pelo particular podem ser múltiplos e sobrepostos, como a identificação de eventuais atos ilícitos que atingiram o seu patrimônio, conflitos de interesse, irregularidades cometidas por empregados ou prestadores de serviços, o exercício do seu direito de defesa – a chamada “investigação defensiva” – e a obtenção de provas para demandar em juízo.

Para apuração dos fatos o particular pode se valer dos mais variados meios, desde que lícitos. Terá limitações em relação ao que é viável fazer por não deter os mesmos poderes de órgãos estatais de persecução penal ou administrativa. O uso de técnicas invasivas ou coercitivas pelo particular – como interceptações telefônicas, quebra de sigilo bancário, ações controladas – será em regra ilícito.

Em determinadas circunstâncias poderá o particular recorrer a métodos invasivos ou coercitivos para reconstrução e prova de fatos. Mas dependerá, para tanto, da atuação de autoridades com poderes legais para impor tais medidas. Nesse sentido, o particular pode conseguir acesso a

¹ V., por exemplo, o Inquérito Criminal nº 1.16.000.000393/2016-10 e Procedimento Administrativo de Acompanhamento nº 1.16.000.001755/2017-62. A Justiça Federal deferiu o pedido do Ministério Público Federal do Distrito Federal (“MPF/DF”) de refazimento de investigação interna contratada por empresa do ramo de celulose no âmbito da Operação Greenfield por entender que essa não teria sido conduzida de forma independente. O MPF/DF explicou que o órgão de apuração dos trabalhos de investigação interna era composto por empregados da empresa, incluindo um réu da Operação Greenfield.

documento em posse de terceiro por meio de pedido ao juiz competente para que ordene a sua exibição (v. artigo 396 do Código de Processo Civil).²

Embora esses meios possam ser referidos a atividades de “investigação” de fatos em sentido amplo, não são próprios de investigação qualificada como “interna” – i.e., no âmbito do domínio privado do particular. Ademais, o trabalho em regra é feito de forma sigilosa e sem envolver terceiros que não tenham compromisso de confidencialidade com o particular, o que é necessário para preservar o interesse de quem a realiza e a decisão do que fazer com os resultados alcançados.

Considerando as limitações dos meios disponíveis, as investigações internas são feitas principalmente a partir de documentos e informações detidos pelo particular ou a ele acessíveis. Isso pode parecer trivial – e em alguns casos é – mas frequentemente envolve conjunto complexo de atividades. Não se trata apenas de revisitar pastas organizadas em arquivos, mas localizar informações potencialmente relevantes em bases eletrônicas com milhões de documentos.

Mesmo em relação a documentos que sejam detidos pelo particular pode haver limitação no seu uso para fins de investigação interna. É o caso de mensagens ou dados eletrônicos armazenados em servidores de uma empresa, mas que dizem respeito a informações privadas de seus empregados.³

Além daquilo que está sob domínio do particular ou pode ser por ele acessado, as atividades de investigação interna podem abranger terceiros que tenham algum vínculo jurídico que implique dever de cooperar com o interessado para o esclarecimento dos fatos. É o caso de empregados ou prestadores de serviços em relação às atividades desempenhadas no contexto dos respectivos contratos. Ou fornecedores e parceiros de negócio que aceitaram, no âmbito de seus contratos, a possibilidade de o contratante realizar auditorias e ter acesso a documentos.

² O que não implica inadmitir a licitude do uso de certas técnicas invasivas de produção de prova diretamente pelo particular. A captação ambiental de sinais acústicos ou gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores pode ser tida como válida para fins de defesa – v. por exemplo STF, Embargos de Declaração no Segundo Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 602.724- PR, data de julgamento: 10/09/2013. Mas essas situações se revestem de certa excepcionalidade e não constituem meio ordinário de investigações internas.

³ Como se verá em seção subsequente, isso não impede necessariamente o uso desses documentos e informações. Mas é necessária análise específica das circunstâncias sob as normas aplicáveis – que podem envolver mais de uma jurisdição – para concluir pela licitude do uso.

Ainda em relação a terceiros, a investigação pode eventualmente se beneficiar da cooperação daqueles que, mesmo não tendo vínculo jurídico que os obrigue a cooperar, prestar contas ou apresentar esclarecimentos, decidam fazê-lo de forma voluntária. Normalmente esses terceiros são aqueles que podem ter seus interesses afetados pelos resultados da investigação.

Assim, os principais meios de investigação interna vão envolver (i) a localização e análise de documentos com conteúdo relevante para o entendimento dos fatos, e (ii) a entrevista de pessoas com conhecimento sobre os fatos. A depender do objeto, podem abranger ainda (iii) a realização de perícia por especialista – como análise técnica para avaliar origem de defeito de fabricação de equipamento ou de violação a sistema de segurança de dados.

Tais meios sempre terão caráter privado e não se confundem com provas produzidas em juízo ou por autoridade administrativa. As entrevistas realizadas não constituem “prova testemunhal”, que a rigor é colhida em juízo e envolve o exercício do contraditório – i.e., todas as partes podem formular perguntas. Registros das entrevistas terão o valor de declarações constantes em documentos particulares assinados, as quais presumem-se verdadeiras em relação aos signatários (v. artigo 219 do Código Civil). A análise pericial irá gerar um laudo técnico privado, mas que não é equivalente à prova pericial produzida em juízo, a qual também pressupõe a participação de todas as partes envolvidas.⁴

Os resultados alcançados pela investigação interna podem constituir meios de prova lícitos e terão em regra caráter documental. Muitos dos procedimentos e melhores práticas no âmbito de investigações internas têm como foco garantir a higidez e validade dessas provas. Concomitantemente buscam estar atentos a eventuais direitos de terceiros que possam ser atingidos pelas atividades investigativas; esse cuidado está ligado ao primeiro aspecto – pois a não observância de direitos de terceiros pode invalidar a prova –, assim como evita a prática de atos ilícitos que possam gerar pretensões contra quem promove a investigação.

As atividades desenvolvidas no âmbito de investigação interna privada se orientam, portanto, por esses dois vetores. Primeiro garantir resultado útil ao particular, o que não se limita à obtenção de determinado conhecimento sobre os fatos, mas inclui poder usar aquilo que permite esse conhecimento – documentos, registros de entrevistas, declarações e opiniões

⁴ Eventualmente esse parecer técnico pode substituir a realização de perícia judicial, como admitido pelo Código de Processo Civil: *Art. 472. O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes.*

técnicas – como prova lícita. Ao mesmo tempo, alcançar esse resultado nos limites do exercício legítimo da autonomia privada, respeitando a esfera de direitos de terceiros, de forma a não comprometer a utilidade da investigação e não gerar responsabilidade por atos ilícitos.

Esses aspectos gerais precisam ser avaliados a partir das especificidades do ordenamento jurídico que irá disciplinar, no caso concreto, o exercício da autonomia privada. Embora questões de ordem prática de como executar essa atividade não sejam propriamente jurídicas e haja uma aproximação entre o que se faz no âmbito corporativo em diferentes países, a preservação do valor probatório e o respeito à esfera de terceiros envolve análise específica ao direito de cada país.

Em geral os sistemas jurídicos não disciplinam especificamente a investigação interna, ou definem procedimentos próprios ou delimitam como e quando realizá-la. São questões que se colocam no âmbito da autonomia privada do particular. Mas há normas, ainda que não específicas ao tema, que podem nortear ou restringir decisões sobre esses pontos.

Investigações internas do direito brasileiro

O tema das investigações internas ganhou relevo no contexto brasileiro em período mais recente, em função dos avanços legislativos e institucionais relacionados ao combate à corrupção.

Houve ampliação do uso de técnicas de obtenção de provas em que particulares envolvidos em ilícitos são incentivados a colaborar com as autoridades em troca de benefícios – as colaborações premiadas na esfera penal⁵ e os acordos de leniência em âmbito cível e administrativo.⁶ Concomitantemente, a Lei 12.486/13 trouxe sistema específico de sancionamento de pessoas jurídicas privadas envolvidas ou beneficiárias de atos de corrupção. Esse sistema, baseado em responsabilização objetiva do particular, independente de discussões quanto a culpa ou dolo, implicou

⁵ A adoção de um modelo de justiça penal negociada remonta à Lei 9.099/95 que disciplinou os Juizados Especiais Criminais e tinha como foco infrações de menor potencial ofensivo. É apenas com a Lei 12.850/13, voltada ao tratamento de organizações criminosas, que a colaboração premiada efetivamente se insere como meio de obtenção de prova pela autoridade de persecução penal e estratégia de defesa para aqueles envolvidos em crimes de alta complexidade e repercussão.

⁶ No âmbito administrativo, os acordos de leniência foram usados pela primeira vez no âmbito da legislação de defesa da concorrência. O instituto foi adotado posteriormente pela Lei 12.846/13.

aumento do risco de exposição a sanções pesadas no âmbito do exercício da atividade empresarial.⁷

Evidente as razões pelas quais a relevância e utilidade das investigações internas se ampliam para as sociedades empresárias privadas como decorrência dessas mudanças. De um lado, interessados em obter os benefícios associados à cooperação com autoridades precisam aportar provas relevantes do ilícito que reportam – i.e., é condição desses acordos que o particular possa “alavancar a capacidade investigativa” das autoridades.⁸ As investigações internas são meios para obtenção dessas provas que serão oferecidas voluntariamente às autoridades.

De outro, o regime estrito de responsabilidade objetiva, ao ampliar os riscos de sanções e facilitar a punição dos particulares, estimula a adoção de programas de integridade – ou de *compliance* – que permitam melhor controlar esses riscos e prevenir práticas ilícitas. A Lei 12.846/13 prevê, ainda, como fator de incentivo, que a existência de programas efetivos dessa natureza pode mitigar a responsabilização da pessoa jurídica (v. artigo 7º, VIII). Não há obrigatoriedade de adoção desses mecanismos,⁹ mas foram criados fortes incentivos a que as empresas o façam e exijam o mesmo de seus parceiros comerciais.¹⁰

Programas de integridade efetivos pressupõem a existência de procedimentos críveis para recebimento de denúncias e apuração de irregularidades – i.e., de realização de investigações internas aptas a identificar e fazer cessar eventuais irregularidades. De pouco valem declarações de princípios e compromisso de respeito a certos parâmetros

⁷ Responsabilizar pessoas jurídicas por atos de corrupção não é propriamente novidade no direito brasileiro. Há inúmeras leis que se sobrepõem e são usadas com esse propósito – Lei de Improbidade Administrativa, leis de licitações federais, estaduais e municipais, leis disciplinando a atuação dos tribunais de contas. A Lei 12.846/13 inova por ser o primeiro diploma legal com foco específico na responsabilização da pessoa jurídica privada e o fazer com base em responsabilização objetiva (v. Alexandre Ditzel Faraco, “Lei de Defesa da Concorrência e Lei Anticorrupção: sobreposições e conflitos normativos”, *Revista de Direito Público da Economia* n. 59).

⁸ V. artigo 4º da Lei 12.850/13 em relação à colaboração premiada e artigo 16 da Lei 12.846/13 sobre acordos de leniência.

⁹ Essa obrigatoriedade existe apenas em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista – v. artigo 9º da Lei 13.303/16.

¹⁰ A previsão de responsabilidade objetiva e a amplitude com que os ilícitos são definidos na Lei 12.846/13 podem criar para o particular o risco de ser responsabilizado por atos ilícitos praticados por seus parceiros comerciais. Essa situação é evidente, por exemplo, na hipótese de agente ou representante comercial que angaria oportunidades em benefício de outrem.

normativos se no âmbito interno da empresa pouco ou nada se faz para apurar eventuais desvios.

Assim, o recurso a investigações internas é inerente a adoção de programas de integridade que se pretendam efetivos.¹¹ Essa constatação se reflete em normas editadas para fixar parâmetros de avaliação de referidos programas para fins de verificar se aplicável o citado fator de mitigação previsto no artigo 7º, VIII, da Lei 12.846/13. O Decreto 8.420/15, que regulamenta a Lei 12.846/13, estabeleceu dentre os parâmetros para avaliação de programas de integridade a existência de “canais de denúncia de irregularidades” e “procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas” (artigo 42, X e XII).

Essas referências normativas não disciplinam questões específicas sobre como devem ser os procedimentos de investigação interna e o que deve ser feito pelo particular. Apenas enfatizam a necessidade de mecanismos eficazes como parte de programa de integridade empresarial que se pretenda crível, mantendo na esfera da autonomia privada a decisão de como organizá-las.¹²

¹¹ Investigação internas são instrumentos para apurar fatos que ocorreram. Programas de integridade eficazes preveem também a existências de mecanismos de monitoramento voltados a prevenir – ou ao menos limitar a extensão – de certos fatos, os quais usualmente se baseiam em parâmetros de análise do fluxo de dados eletrônicos nos sistemas de uma empresa.

¹² Em documento de orientação da Controladoria-Geral da União (“CGU”) voltado ao setor privado, com diretrizes sobre programas de integridade, há previsão de que tais programas devem trazer normas de procedimentos sobre investigações internas. Mas não há detalhamento de quais deveriam ser essas normas (“*A detecção de indícios da ocorrência de atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, deve levar a empresa a iniciar uma investigação interna, que servirá como base para que sejam tomadas as providências cabíveis. Normas internas devem tratar de aspectos procedimentais a serem adotados nas investigações como: prazos, responsáveis pela apuração das denúncias, identificação da instância ou da autoridade para a qual os resultados das investigações deverão ser reportados* – v. Programa de integridade: diretrizes para empresas privadas de 2015; disponível em <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>). Há também referência expressa, ainda que genérica, às investigações internas em outro documento de orientação editado pela CGU sobre como deve ser feita a avaliação de programas de integridade no âmbito de processos administrativos sancionadores – *Manual prático de avaliação de programa de integridade em PAR* de 2018 (disponível em <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual-pratico-integridade-par.pdf>). O documento destaca, dentre os critérios a serem levados em conta na avaliação, a capacidade do órgão responsável pelo programa de integridade de realizar investigações internas e se foram realizadas investigações para apurar a ocorrência de atos semelhantes àqueles investigados no processo administrativo.

Apesar da associação das investigações internas, no contexto brasileiro, com os avanços nos mecanismos de combate à corrupção, o seu uso não está necessariamente ligado a esse tipo de ilícito e precede os eventos referidos acima. Investigações internas feitas no âmbito das empresas já eram comuns para apurar diferentes tipos de desvios de condutas – como assédio, furto, apropriação de bens, conflitos de interesses, danos, violação de sistemas, suborno privado – com o potencial de impactar negativamente a organização empresarial.

O que houve no período mais recente, em decorrência das medidas de combate à corrupção, foi uma mudança de escala dessas investigações – seja em termos da quantidade de empresas que passaram por processos dessa natureza, seja em relação à dimensão e abrangência das investigações. Isso resultou também no avanço e na disseminação no país de técnicas e práticas mais eficazes à consecução dos fins das investigações.

Evidência de que o tema não é propriamente novo é o fato de já existir conjunto de decisões de tribunais superiores abordando diferentes aspectos dessa atividade. Há nessas decisões o reconhecimento de que se trata de atividade que se insere no exercício legítimo da autonomia privada,¹³ ao

¹³ V. STJ, Agravo em Recurso Especial nº 284.518 - GO (2013/0010128-7), data de julgamento: 19/08/2013. A questão é discutida de forma mais frequente na Justiça do Trabalho. V. a título de exemplo as seguintes decisões: “*DANO MORAL. PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR. INVESTIGAÇÃO DE POSSÍVEIS IRREGULARIDADES COMETIDAS POR EMPREGADOS. ABUSIVIDADE. Não se pode olvidar que a investigação interna procedida pelo empregador, a fim de se apurar a prática de possíveis irregularidades cometidas pelos empregados, não constitui ato irregular ou ilícito da empresa, já que tal se insere no seu poder diretivo, quando assume os riscos do empreendimento econômico. Porém, deve o empregador observar os limites deste poder investigativo, de maneira a não adotar uma conduta abusiva, violadora dos direitos da personalidade, que atente, por sua sistematização, contra a dignidade, a integridade física ou psíquica do trabalhador, ameaçando o seu emprego ou degradando o meio ambiente do trabalho, o que, sem sombra de dúvida, gera dano moral e enseje o pagamento de indenização, nos termos dos artigos 5-o, inc. X, da CF e 186 do Código Civil.*” (TRT – Recurso Ordinário 590607 01079-2006-037-03-00-0 – Data de julgamento: 12/05/2007). “*JUSTA CAUSA. IMEDIATIDADE ENTRE O ATO FALTOSO E A DISPENSA. PERDÃO TÁCITO NÃO CONFIGURADO. A ausência de imediatidade entre o ato faltoso e a resolução do contrato de trabalho por justa causa não caracteriza perdão tácito quando a reclamada instaura sindicância para apuração da falta cometida e posterior efetivação da dispensa por justa causa. A exigência de prévia instauração de sindicância em empresas de grande porte é salutar. E a apuração dos fatos, por certo, demanda algum tempo e se reveste de natureza complexa, pois carece de efetiva apuração, com investigação cuidadosa por parte do empregador, justamente para que não aja injustiça na punição. De tal sorte, o procedimento não admite solução instantânea e, via de consequência, os dias ou alguns meses tomados para apuração dos fatos ocorridos de maneira alguma implicam perdão tácito. Este (perdão tácito) poderia restar presumido ante a falta de interesse do empregador na apuração da falta, o que efetivamente não ocorreu no presente caso. Recurso de revista parcialmente conhecido e*

mesmo tempo em que se enfatiza os seus limites e a necessidade de se respeitar a esfera de terceiros que possam ser afetados por determinada investigação.

As normas que impõem limites à autonomia privada nesse âmbito não tratam especificamente de investigações internas, mas abrangem garantias e direitos individuais de matriz constitucional e regras e princípios que balizam o direito contratual privado – tanto na esfera trabalhista, como na civil. Assim, o acesso a documentos, ainda que estejam no âmbito da empresa, precisa considerar o respeito à privacidade e à imagem das pessoas. Entrevistas, que não passam de reuniões privadas, não podem recorrer à coação moral ou ao constrangimento.

Há, portanto, conjunto extenso de normas que podem, no caso concreto, impor limitações ao exercício da autonomia privada em investigações internas. Para a presente análise não é necessário organizar quadro exaustivo de quais seriam essas normas, cuja incidência, ademais, dependerá das situações concretas às quais se volta determinada investigação. Avaliar a existência e extensão de eventual obrigação de terceiro de prestar esclarecimentos e informações, por exemplo, dependerá do tipo de vínculo jurídico que mantém com quem realiza a investigação.

Mas é certo, porém, que as atividades de investigação interna sofrem restrições em função de garantias e direitos de terceiros que possam ser por ela atingidos – como investigados ou colaboradores.

Essa dimensão é destacada no Provimento 188/18 editado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil sobre modalidade específica de investigação interna – as chamadas “investigações defensivas” conduzidas por advogados, que têm como propósito a *obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte*.¹⁴ O Provimento exige que *[d]urante a realização da investigação, o advogado deve preservar o sigilo das informações colhidas, a dignidade, privacidade, intimidade e demais direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas* (artigo 5º).

desprovido.” (TST – Recurso de Revista 580844-91.1999.5.15.5555 – Data de julgamento: 10/03/2004).

¹⁴ Conforme artigo 1º do referido provimento: *Art. 1º Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.*

A norma, é verdade, dirige-se ao advogado que conduz investigação interna, e não à sociedade e foi publicada por órgão de classe, tendo a sua aplicação e eficácia, portanto, limitadas por diversas razões. Ainda assim, constitui parâmetro relevante para qualquer análise crítica sobre a solidez de uma investigação interna específica, em especial quando conduzida por advogados.

Como assegurar investigações eficientes, úteis e lícitas? A prática das investigações internas

E ampla, como visto, a margem de liberdade de que goza o particular para decidir como organizar uma investigação interna; essa liberdade só encontra limitação, como também discutido, na esfera de direitos de terceiros que possam ser afetados pelo exercício de investigação.

Dito isto, há parâmetros metodológicos gerais e boas práticas consolidadas que servem como referência e permitem avaliar se determinada investigação pode ser reputada como adequada e suficiente. Esses parâmetros e práticas repetem-se, em larga medida, em diferentes jurisdições. A prática brasileira recente é inequivocamente influenciada por aquela de outros países¹⁵.

Especificidades dos ordenamentos jurídicos e culturas locais podem determinar cuidados e rotinas específicos para assegurar a higidez da prova produzida e o respeito à esfera dos direitos de terceiros. Mas o que se faz em diferentes países não é fundamentalmente diverso, pois em essência trata-se do emprego eficiente em âmbito privado de meios aptos à apuração de determinado conjunto de fatos.¹⁶

Por óbvio o particular pode decidir desenvolver procedimentos próprios e limitar a extensão das atividades – assim como pode simplesmente decidir não fazer nada. Mas não poderá esperar alcançar os resultados visados a partir de escolhas irrazoáveis e decisões arbitrárias inaptas a efetivamente apurar os fatos. Como já ressaltado acima, a decisão quanto aos procedimentos adotados também será limitada pela necessidade de se respeitar direitos e garantias de terceiros.

¹⁵ E influencia também, como é natural que ocorra, a prática de jurisdições próximas e menos maduras no tocante, por exemplo, a atividades anticorrupção.

¹⁶ Para análise pormenorizada e comparada de procedimentos de investigação interna em diferentes jurisdições, v. Judith Seddon et. al. *The practitioner's guide to global investigations*. London: Law Business Research, 2016.

A organização de uma investigação interna deve garantir que a atividade seja *eficiente, útil e lícita*. Eficiente para empregar os meios e recursos disponíveis numa extensão compatível com seu escopo e objetivo; *útil* para assegurar apuração dos fatos e seu eventual uso como prova; e *lícita* para respeitar direitos de terceiros potencialmente afetados, sem comprometer os resultados ou gerar prejuízos.

Investigações internas consistentes são tipicamente organizadas em torno das seguintes etapas: (i) avaliação do contexto fático e delimitação do escopo da investigação; (ii) coleta, processamento e análise de dados e documentos; (iii) entrevistas; e (iv) análise e apresentação de resultados. Essa sequência não pretende descrever a ordem cronológica daquilo que é feito. Há atividades que podem ser realizadas concomitantemente. Resultados parciais de análise documentais podem demandar novas entrevistas – e vice-versa. Trata-se de trabalho dinâmico, que pode evoluir em função dos próprios resultados alcançados e exigir revisões e ampliações de escopo. Mas a lista descreve em linhas gerais o que é comumente feito.

A depender dos objetivos da investigação, outras atividades podem ser incluídas. É o caso, notadamente, de perícias e análises técnicas. É frequente, por exemplo, em casos de envolvimento da sociedade empresária em número relevante de atos de corrupção, a avaliação, por especialistas da área contábil, dos procedimentos de registro e demonstrações contábeis da empresa, assim como a realização de testes sobre amostras de transações que possam revelar potenciais irregularidades. Pode-se definir essa amostra a partir de critérios que em si representam indícios de potenciais problemas, como elevado número de notas fiscais sequencias de prestação de serviço e fornecedores com envolvimento conhecido em atos ilícitos.

Avaliação inicial do contexto fático e delimitação do escopo da investigação

A iniciativa de promover uma investigação é provocada por algum fato específico que indique potencial impacto na esfera de interesse do particular. Tais fatos podem ser descobertos, por exemplo, por meio de denúncias internas apresentadas em canais do programa de integridade, medidas de persecução por autoridades públicas, notícias publicadas na mídia, procedimentos de *due diligence* e entrevistas de desligamento de funcionários.

O passo inicial é registrar o ocorrido (*i.e.*, criar um *paper trail* das ações voltadas à apuração dos fatos descobertos) para então se avaliar o contexto fático apresentado e determinar o escopo do quanto deve ser apurado e como fazê-lo. A partir de referida análise, se identifica o período temporal relevante e os indivíduos que podem ter tido participação relevante nos fatos

ou ter conhecimento sobre os fatos sob apuração, denominados *custodiantes*. A formação da lista de custodiantes permitirá delimitar quais documentos e bases documentais devem ser coletados e preservados.

Os documentos a serem considerados no processo incluem: (i) documentos eletrônicos localizados nos dispositivos conferidos ao particular como instrumento de trabalho e respectivos sistemas de armazenamento de documentos em nuvem; (ii) documentos físicos e eletrônicos disponíveis na empresa, tais como contratos, faturas, propostas e projetos; (iii) documentos corporativos, como políticas de integridade, procedimentos internos e atas de reuniões; e (iv) gravações de imagem e voz se existentes (*e.g.*, gravações de chamadas telefônicas e imagens de câmeras de segurança).

O volume dos documentos coletados deve então ser reduzido a universo passível de análise pormenorizada por meio da determinação de palavras-chave a serem empregadas na busca e seleção de tais documentos.

A partir da definição inicial da lista de custodiantes, marcos temporais e palavras-chaves para seleção de documentos, costuma-se redigir um *plano de investigação interna*. Esse documento detalhará o escopo da investigação, sua metodologia, cronograma e recursos a serem usados. Trata-se de providência relevante para adequadamente organizar o trabalho, delimitar seu foco e servir como referência para avaliar os resultados. O plano inicial pode vir a ser revisto e complementado em função dos desdobramentos da investigação – como, por exemplo, na hipótese de identificação de novos custodiantes ou temas relacionados que se mostrem relevantes.

A etapa inicial de delimitação e planejamento da investigação é necessária para que se possa esperar resultado útil de todo o processo. Sem organização e foco adequado o exercício tende a ser dispendioso e inconclusivo; ou restar em plano inócuo de superficialidade. A investigação não pode ser um revirar interminável de todos os documentos e informações existentes, nem tampouco excluir aspectos e custodiantes relevantes. No primeiro caso, além de ineficiente, o procedimento pode gerar custos superiores aos potenciais benefícios e demorar tanto que inviabilize decisões adequadas sobre os fatos apurados. No segundo, terá sido um exercício inútil.

Coleta, processamento e análise de dados e documentos

A análise de documentos é precedida de procedimentos específicos e padronizados de coleta, preservação e validação dos documentos em questão. Tais procedimentos técnicos de tecnologia forense permitem eventual utilização dos documentos como provas uma vez que demonstram a

sua origem e fidedignidade. Permitem, ainda, identificar evidências de eliminação em massa, limpeza e transferência de dados relevantes e a sua recuperação.

Sempre que possível os documentos eletrônicos devem ser coletados por meio da geração de cópias de seu local original. Esse processo é feito de forma a permitir atestar que se trata da reprodução fidedigna e sem interferência da fonte original. São depois processados e disponibilizados em plataformas eletrônicas criadas para facilitar o processo de seleção e revisão dos documentos relevantes.

A análise de tais documentos é feita por diferentes níveis de revisores. Em primeiro nível, os documentos são classificados entre relevantes e não relevantes por diferentes revisores. Em segundo nível, os documentos tidos como relevantes são então revistos e, caso necessário, reclassificados por número limitado de revisores mais experientes. Como forma de garantir a qualidade da revisão documental, garantir consistência de análise e evitar número relevante de falsos negativos (*i.e.*, documentos relevantes marcados como não relevantes), tem-se como uma boa prática selecionar amostra aleatória de documentos classificados como não relevantes em primeiro nível e revê-los em segundo nível.

Há também ferramentas de inteligência artificial que estabelecem padrões de documentos relevantes com base na interação com os revisores e nos tipos de documentos classificados como tais, o que auxilia na redução efetiva do volume de documentos analisados e, portanto, no custo da investigação interna.

As atividades descritas acima podem envolver discussões jurídicas complexas relacionadas à privacidade e imagem dos indivíduos afetados pela investigação interna. É o caso quando se está diante de documentos que não são de domínio público e que estão relacionados à vida pessoal dos empregados cujos dispositivos eletrônicos foram coletados (*e.g.*, especialmente, telefones celulares que são utilizados para fins profissionais e particulares). A avaliação dessas questões faz parte do planejamento de investigação e deve ser realizada a partir do caso concreto, identificando situações que podem demandar o consentimento prévio do indivíduo. No âmbito das regras e códigos internos das empresas é frequente o cuidado com esse tipo de situação e usualmente os empregados são avisados de que não devem ter expectativa de privacidade no uso de dispositivos e sistemas eletrônicos colocados à disposição pelo empregador.

A Lei 13.709/18 - Lei Geral de Proteção de Dados (“LGPD”), que passou a ter eficácia plena recentemente, trouxe novo conjunto de parâmetros

normativos que impactam investigações internas. Além de impor restrições ao tratamento de dados pessoais sensíveis pela empresa que os controla, a LGPD limita e impõe condicionantes à transferência internacional de dados pessoais, atividade comum em investigações envolvendo empresas com atuação em múltiplas jurisdições. Há, no entanto, situações em que a LGPD autoriza o tratamento de dados pessoais, aplicáveis a investigações internas, tais como o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador (artigo 7º, II e artigo 11, II, a), para o exercício regular de direitos, inclusive em processo judicial, administrativo ou arbitral (artigo 7º, VI e artigo 11, II, d) e legítimo interesse do controlador ou de terceiro (artigo 7º, IX).¹⁷

Entrevistas

A realização de entrevistas, em conjunto com a revisão documental, é o principal meio de obtenção de informações relevantes à investigação interna. Ambos possuem caráter complementar e seu emprego concomitante pode ser decisivo para o resultado da investigação.

Por mais bem pensados que sejam os parâmetros da revisão documental, é frequente se deparar com documentos obscuros cujo contexto requer esclarecimentos – é o caso de documentos informais, sem contexto, com linguagem dúbia ou truncada, com siglas ou expressões que sugerem situações que poderiam na prática não existir. Entrevistas com indivíduos colaborativos permitem uma melhor compreensão de tais documentos e de esclarecimento dos fatos objeto de investigação – trata-se de quebra-cabeça cujas peças vão se encaixando conforme os relatos dos entrevistados. As entrevistas se tornam ainda mais relevantes em investigações em que houve destruição de documentos irre recuperáveis.

Naturalmente pode haver conflito de interesse entre quem promove a investigação e a pessoa a ser investigada, bem como os indivíduos podem se recusar a cooperar.¹⁸ Não obstante, dada a importância das entrevistas,

¹⁷ Esta última hipótese não permite o tratamento de dados pessoais sensíveis, isto é, dados sobre “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”.

¹⁸ Há discussão complexa que gira em torno da aplicabilidade da garantia à não autoincriminação (*nemo tentur se detegere*) às investigações internas que envolvem a apuração de ilícitos penais. V., por exemplo, CARACAS, Christian; GRECO, Luís. Internal investigations e o princípio da não autoincriminação. In. Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro. LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza [Orgs.]- Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017.

investigação que se pretenda ampla e suficiente deve buscar ouvir todos os indivíduos com potencial conhecimento relevante para a apuração dos fatos. Essa providência também garante tratamento condigno ao indivíduo potencialmente afetado pela investigação, que tem o direito de ser ouvido, se assim o quiser, para prestar os esclarecimentos que entender devidos.

As entrevistas devem ser realizadas por integrantes da equipe de investigação a partir de roteiros previamente preparados, com base em informações já apuradas. Os registros das entrevistas são transformados em memorandos que não equivalem a uma transcrição dessas. Não é usual ou sequer recomendado pedir que o entrevistado assine as notas ou aprove o conteúdo da entrevista, que poderia resultar em inconvenientes de ordem prática (*e.g.*, com relação à sua confidencialidade).

Direitos e garantias do entrevistado devem ser preservados também nas entrevistas. Como mencionado anteriormente, é inadmissível o recurso à coação moral. O entrevistado deve ser informado sobre os propósitos da investigação interna e do uso que pode ser dado às informações que prestar. Se quiser se fazer acompanhado por advogado próprio, tem direito a tanto. O papel dos entrevistadores e quem eles representam deve estar claro (*i.e.*, o chamado *Upjohn warning* na prática norte-americana): se forem advogados, o entrevistado precisa ter ciência de que não estão ali para representar interesses dos entrevistados e não têm como eles a relação de cliente-advogado, que inclui o sigilo profissional, mas com o particular que promove a investigação ou é por ela responsável (*e.g.*, a empresa alvo de investigação).

Análise e apresentação de resultados

A última etapa de investigação interna compreende a análise do conjunto de informações apuradas por meio de revisão documental e entrevistas pessoais. Pode-se chegar a resultados que permitam a reconstrução precisa dos fatos, mas é comum que se chegue a resultados, ao menos parciais, inconclusivos. Resultados inconclusivos são também comuns em investigações promovidas por autoridades públicas e, em ambos os casos, não necessariamente traduzem falhas na metodologia e condução das investigações. Esses podem se dar em razão de diversos motivos, tais como limitação de documentação disponível ou os fatos relacionados a funcionários que não se encontram mais na empresa.

A forma de registro dos resultados de uma investigação interna varia conforme as circunstâncias. Podem ser feitos relatórios escritos detalhados ou simplesmente apresentações em reuniões. Mas é recomendável que se mantenha algum registro do plano de investigação e do que foi executado,

caso se pretenda demonstrar no futuro a suficiência e adequação da investigação.

Os relatórios e apresentações podem, ou não, incluir avaliação jurídica dos fatos e orientações de caráter legal. Por exemplo, se o foco era apuração de denúncia de participação em conduta coordenada com concorrentes, a avaliação jurídica considerará se os fatos apurados se enquadram nos ilícitos tratados na legislação concorrencial; e que opções a empresa tem para mitigar potenciais consequências legais.

Quando a investigação é instrumental a trabalho mais amplo de assessoria legal a inclusão desse tipo de análise no relatório final irá ocorrer. Em qualquer caso, porém, o uso a ser feito dos resultados e sua avaliação enquanto meios de prova envolverá sempre algum grau de análise jurídica.

A definição dos destinatários dos relatórios e apresentações dependerá do contexto e objeto da investigação. Quando esta se refere a questões mais pontuais, podem ser simplesmente os gestores das áreas de integridade e outras pessoas dotadas de atribuições relevantes no tema – como recursos humanos ou suprimentos. Há, por outro lado, programas de integridade que preveem a existência de comitês específicos para avaliar desvios de conduta objeto de apuração ou supervisionar as decisões tomadas pelos gestores das áreas afetadas.

Quando as questões envolvem atos de integrantes da alta administração da sociedade empresária – diretores e membros do conselho de administração – e repercussões potencialmente amplas, é de se esperar que o próprio conjunto dos membros da alta administração tome conhecimento dos resultados e avalie encaminhamentos cabíveis. É requisito de programas de integridade que se pretendam efetivos o envolvimento dos principais gestores nesse tipo de exercício.¹⁹

Em casos envolvendo a alta administração em exercício ou acionistas, em que se queira garantir independência da apuração e da decisão do que fazer com os resultados, é comum também a formação de comitês *ad hoc* compostos por integrantes externos à empresa, que será responsável por organizar a investigação e avaliar seus resultados.

¹⁹ V. Decreto 8.420/15: Art. 42. *Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa.*

SEÇÃO III

CONTRIBUIÇÕES IBRAC

CONTRIBUIÇÃO IBRAC À TOMADA DE SUBSÍDIOS Nº 1 /2021 DA AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Introdução

As questões a seguir buscam direcionar a tomada de subsídios da nova regulamentação aplicável à para microempresas e empresas de pequeno porte, bem como iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem startups ou empresas de inovação e pessoas físicas que tratam dados pessoais com fins econômicos, conforme disposto no art. 55-J, XVIII, da LGPD e item 3 da Agenda Regulatória 2021-2022 da ANPD.

São apresentadas questões com abordagem gerais, como a identificação dos principais problemas regulatórios que devem ser tratados na regulamentação e mapeamento de experiências internacionais que tratem do tema, e questões específicas, como a definição de microempresa e de empresa de pequeno porte que seja mais adequada para a regulação setorial de proteção e privacidade de dados, o impacto que as regras dispostas na LGPD podem causar aos agentes de pequeno porte (manutenção do registro das operações de tratamento de dados pessoais, elaboração de relatório de impacto à proteção de dados pessoais, tratamento de dados em conformidade com a legislação, indicação do encarregado de tratamento de dados pessoais, portabilidade de dados dos titulares e garantia de segurança, boas práticas e governança dos dados pessoais), bem como alternativas regulatórias para incentivar e promover a inovação nestes agentes.

Outros temas considerados relevantes para a análise de impacto regulatório da regulamentação podem ser inseridos na tabela.

Quais são os desafios/problemas regulatórios relacionados ao tema?

Um primeiro grande desafio relacionado ao tema é a **dificuldade de adequação de agentes de pequeno porte às exigências da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Em vista da falta de conhecimento e familiaridade de agentes de menor porte sobre regras de proteção de dados, a **adequação de seus negócios à LGPD envolve custos financeiros diversos**, em decorrência da contratação de consultorias jurídicas e tecnológicas, contratação de softwares e tecnologias adequadas, contratação de profissionais especializados em LGPD para exercer o cargo de Encarregado e outros cargos correlatos, e ainda investimentos em monitoramento contínuo

de implementação da LGPD de todas as atividades de tratamento de dados e em treinamento de seus profissionais¹. De acordo com Relatório da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento ("UNCTAD") a respeito do impacto das regulamentações de proteção de dados no comércio², a aprovação dessas normas pode colocar empresas de pequeno porte em desvantagem competitiva e criar obstáculos (ônus de compliance regulatório) que poderão incentivar sua saída do mercado, o que, por sua vez, acabaria por desestimular a inovação, reduzir as escolhas do consumidor e aumentar o risco de monopolização por grandes empresas já estabelecidas no mercado.

Como contorno a esses problemas, a flexibilização das normas para esses agentes pode ser considerada uma resposta para garantir a redução dos custos e, assim, não frear a competitividade e inovação no mercado. No entanto, outro desafio surge: **uma flexibilização excessiva de obrigações regulatórias pode também acarretar riscos para a proteção dos direitos de titular de dados, desvirtuando-se das diretrizes da própria LGPD.** Ilustra-se esse problema o fato de existirem agentes econômicos de pequeno porte dedicados à exploração intensiva de dados associados a um número significativo de titulares, que poderiam então, estar sujeitos à uma regulação flexibilizada de forma desproporcional. Sendo assim, é necessário, ao desenhar uma regulação específica aos agentes de pequeno porte, levar em conta um equilíbrio ideal os custos envolvidos para o atendimento de tal regulação e os possíveis problemas para a dinâmica empresarial de diferentes tipos de empresas. A regulação deve ser estruturada de modo que pequenas

¹ De acordo com estudo realizado em outubro de 2020 pela consultoria PricewaterhouseCoopers, os custos de adequação à nova lei de proteção de dados variam entre R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) a R\$800.000,00 (oitocentos mil reais). Ademais, conforme estudos presentes em Relatório da OCDE de 2015 ("Emerging Policy Issues: Localisation Barriers to Trade", disponível em: < https://www.oecd-ilibrary.org/trade/emerging-policy-issues_5js1m6v5qd5j-en >), empresas de pequeno e médio porte que não estão presentes no setor de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC), devem aumentar seus gastos em até 40% com tecnologias para se adequar a regras de proteção de dados rigorosas.

² UNCTAD, Data Protection Regulations and International data flows: Implications for Trade Development. 2016. Disponível em: < https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/dtlstict2016d1_en.pdf > Acesso em 18/02/2020

empresas a vejam como suficientemente legítima e que seus benefícios superem os custos relacionados a seu cumprimento.³

Ainda, exigências e responsabilidades em face do titular podem variar muito a depender do tipo de agente de pequeno porte e o núcleo de suas atividades, como quando comparamos, por exemplo, um pequeno ponto de venda de bebidas (em que os dados pessoais envolvidos podem consistir apenas nos dos funcionários do local) ou um administrador de banco de dados (o qual pode atuar como operador para grandes empresas que realizam o tratamento de dados sensíveis). **Em vista da diversidade não uniforme de tipos de agentes e suas estruturas com relação ao tratamento de dados pessoais, também surge o desafio da autoridade em desenvolver o endereçamento de uma regulação adequada a cada tipo específico**, de modo que não se desvie da finalidade esculpida pelo art. 55-J, XVIII, da LGPD, que é a criação de uma regulação adaptada às situações em que não seria ideal – e até mesmo prejudicial – aos agentes econômicos previstos no dispositivo a atenderem de maneira inflexível todos os requisitos contidos na LGPD.

Outro grande desafio é o de que as **exigências regulatórias cheguem ao conhecimento, de maneira clara e objetiva aos agentes de pequeno porte para que possam entrar em conformidade sem que sejam impedidos pelo desconhecimento de termos técnicos**. Além disso, é preciso considerar também a dificuldade de inserir determinadas práticas com relação à proteção e privacidade de dados dentro do ambiente cultural e rotina dos agentes de pequeno porte. Nesse sentido, para além de uma adequação de uma regulação multisetorial, é necessário um forte trabalho institucional e comunicacional para dispersão de informação e conhecimento afetos ao tema da proteção de dados, de maneira simples, clara e objetiva, modos de adequação e exigências e a relevância em si da proteção de dados e sua incorporação na empresa, bem como eventuais consequências por não conformidade.

Por fim, ainda reside o desafio de **comportar na regulamentação sobre o tema as operações de tratamento de dados relativos ao desempenho de atividade econômica por pessoas físicas e entidades não-empresariais**. Quanto à primeira categoria, ao considerarmos o quadro da

³ Hatmann Dex. GDPR in Small Business: The Antecedents of Compliance. MSc Business Administration – Small Business and Entrepreneurship (University of Groningen). Faculty of Economics & Business: janeiro, 2019.

economia brasileira, marcada pela informalidade⁴, cumulada aos diversos modelos de negócios desenvolvidos por profissionais liberais, o tratamento de dados pessoais por pessoas físicas para fins econômicos passa a ser relevante. Tal constatação também é observada nos casos de entidades não-empresariais, tal como organizações não-governamentais e associações, que podem também realizar atividades de tratamento de dados pessoais em menor ou maior escala. Estes sujeitos, em vista de suas características, também devem enfrentar dificuldades na adequação de seus negócios à LGPD, seja pela falta de recursos financeiros ou pela falta de conhecimento e familiaridade sobre regras de proteção de dados. Da mesma forma que citado anteriormente, algumas exigências podem ser irrazoáveis para garantir a proteção de dados buscada pela lei, em vista das diferentes estruturas de cada agente. Nesse sentido, entendemos que a isonomia de tratamento entre pessoas físicas que manipulam dados para fins econômicos bem como entidades não-empresariais de menor porte, e agentes de pequeno porte, merece ser considerada.

Existem sugestões para endereçamento do problema?

Sim. Uma primeira sugestão, seria garantir que a LGPD seja aplicada, ao menos, de maneira diferenciada e mitigada para esses pequenos empresários e empresas de pequeno porte, ou, mesmo prevendo isenções a essas categorias de empresas e profissionais, de forma a adequar ou mesmo reduzir seu ônus de adequação regulatória. Para regular adequadamente a atuação desses atores, um primeiro passo seria incluir critérios para sua definição como agentes de pequeno porte. Atualmente, empresas de menor porte são classificadas como tal a partir do seu faturamento anual, conforme definição de da Lei Complementar 123/2006. Este critério de definição sozinho para justificar a flexibilização de normas, no entanto, não parece adequado. Como agentes de menor porte podem possuir atividades de tratamento de dados em maior escala e/ou mais arriscadas que agentes de maior porte, a adaptação de normas para agentes a partir de uma classificação baseada em faturamento, poderia implicar em regras desproporcionais para agentes com atividades de tratamento com potencial maior de risco. Nesse sentido, entendemos que a autoridade poderia optar por (i) seguir a definição

⁴ De 38,8%, de acordo com as informações da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (“IBGE”) relativas ao trimestre encerrado em outubro de 2020, citadas em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/12/30/desemprego-fica-em-143-atingindo-141-milhoes-de-pessoas.ghtml>.

de micro e pequenas empresas da Lei Complementar 123/2006 e, em seguida (ii) estabelecer critérios secundários, cumulativos, para a definição dos agentes, baseados nas características das atividades de tratamento de dados desempenhadas.

Ainda, conforme pesquisa realizada em 60 empresas de pequeno porte em diferentes países europeus, em parceria com a União Europeia no âmbito do Programa 2014-2020 de Direitos, Equidade e Cidadania⁵, foi possível constatar que os agentes privilegiam a acessibilidade e transparência de autoridades supervisoras no processo de auxílio de adequação dos agentes à regulação, em especial por entenderem que, salvo raras exceções, empresas do mesmo porte não possuem conhecimento interno extensivo sobre o regramento de proteção de dados. Nesse sentido, para que o ônus de adequação de tais agentes não seja demasiado custoso, experiências internacionais apontam para a formulação de guias e orientações públicas, publicadas como manuais, cadernos, panfletos, infográficos, etc., que podem ser inclusive direcionadas a determinados setores, facilitando a compreensão para agentes de determinado ramo. Por meio dessas publicações institucionais é facilitada a difusão de informações em linguagem menos técnica, de modo a facilitar a familiarização com o tema para os agentes e levantar a importância de conformidade com a legislação de proteção de dados. Isso pois a educação relacionada ao tema deve ser feita de tal forma que se reduza a percepção de complexidade, aumente a legitimidade da regulação e denote os custos e consequências envolvidas no seu cumprimento. Dessa forma, também se enquadram nessas sugestões a implementação e difusão de campanhas de conscientização que se mostram relevantes para aumento da capilaridade da regulação.

Nesse sentido, podem ser realizadas, além dos mecanismos de consulta pública, a realização de pesquisas específicas sobre o tema para avaliação dos diversos agentes e suas percepções e necessidades ou checagem do nível de conformidade existente. Um ponto importante também é a manutenção de canais de contato com associações, organizações ou entidades representativas de determinados setores de modo a facilitar a abordagem e análise de questões ou problemas existentes e que eventualmente podem decorrer de uma nova regulação e procedimentos. Além disso, poderiam ser oferecidos canais de atendimento (*hot desks*) facilitados e eficientes para o

⁵ BARNARD-WILLS, David, et. al. Report on the SME experience of the GDPR. 2019. Disponível em: < <https://www.trilateralresearch.com/wp-content/uploads/2020/01/STAR-II-D2.2-SMEs-experience-with-the-GDPR-v1.0-.pdf> > Acesso em 19/02/2021.

atendimento de dúvidas relacionadas às eventuais exigências diferenciadas pela autoridade em caso de dúvidas. Para temas mais complexos, também poderiam ser previstos mecanismos de consulta administrativa que teriam valor de imunização no que tange à questão e à sugestão decidida.

Por fim, como desenvolvido no último tópico de contribuição, a implementação de *sandboxes* regulatórios com a flexibilização das normas em espaços controlados poderia contribuir para promoção de projetos de inovação por empresas de pequeno porte e startups, bem como para adequar dificuldades em detrimento da multiplicidade de setores, com exigências de regulações dinâmicas. Tal instrumento regulatório vem sendo utilizado principalmente em segmentos dos mercados de capitais e financeiro em diversos países. Porém, deve-se ter em conta que é preciso observar os limites legais e de competência para o estabelecimento lícito de *sandboxes* regulatórias. Outras sugestões importantes nesse sentido, considerando a ideia de flexibilidade e atenuação dos impactos regulatórios sentidos pelos agentes, podem ser a oportunidade de menus regulatórios, com a possibilidade de escolha de regras mandatórias alternativas, e *grandfathering*, consistente em regimes transitórios graduais para as novas estatuídas. Além disso, poderiam ser oferecidos selos e certificações especiais para determinados casos como modo de comprovar conformidade com a lei e regulamentos de modo a aumentar a credibilidade perante terceiros e incentivar a adequação às normas, como prevista na GDPR.

Quais são as oportunidades relacionadas ao tema?

Os ganhos com a regulamentação dos agentes de pequeno porte são diversos. Em primeiro lugar, sua regulamentação, garantindo a adequação de normas para agentes de pequeno porte (originalmente pensadas para grandes processadores de dados), oferece melhores condições para um *level playing field* entre esses agentes e demais empresas. Em segundo lugar, a redução de ônus regulatórios excessivamente onerosos impostos a agentes de pequeno porte contribui para a criação de um ambiente regulatório que fomente a inovação tecnológica, um dos fundamentos da disciplina de proteção de dados inaugurada com a LGPD⁶.

⁶ Lei Geral de Proteção de Dados, Art. 2º:

“A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:
(...) V – o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;”

Outra oportunidade decorrente da regulamentação do tema é a possibilidade de estabelecer um padrão institucional de relacionamento e comunicação, que poderá facilitar a interação entre os diferentes agentes com a autoridade. Ainda, com uma abordagem adequada da regulamentação, seria possível a difusão de um padrão cultural de maior informação, familiaridade e respeito à temática relacionada a proteção de dados pessoais, principalmente direcionada a agentes que talvez não sejam tão afetos ao assunto. Por esse lado, haveria ao mesmo tempo um incremento na proteção dos direitos dos titulares de dados pessoais e uma imunização de determinados agentes com relação ao revés relacionado às aplicações de sanções relativas ao não cumprimento ou violação da legislação de dados pessoais, como multas que podem significar valores importantes e cruciais para agentes de pequeno porte. Ademais, o tema pode ser aproveitado para o desenvolvimento de relações baseadas na transparência e na proteção de dados pessoais entre clientes, empresas, consumidores e parceiros comerciais.

Por fim, o aproveitamento de maior simetria regulatória com experiências internacionais de regulação que já demonstraram sucesso – em especial na União Europeia, que possui legislação similar à brasileira –, garante maior segurança jurídica nas transferências internacionais de dados decorrentes de contratos entre agentes de pequenos portes e fornecedores estrangeiros. De outro lado, o aproveitamento de experiências internacionais também contribui para que a autoridade evite desenhar soluções inadequadas do ponto de vista de políticas públicas de proteção de dados, pela constatação de iniciativas ineficientes desenvolvidas por outras autoridades.

Quais são as experiências internacionais sobre o tema?

Ao observar experiências internacionais sobre o tema, é possível dividi-las em dois níveis: a atuação de países, a partir de sua regulamentação, inclui uma flexibilização total de normas de proteção de dados completa para agentes de pequeno porte, ou, importam em uma flexibilização parcial.

No primeiro caso, tem-se regulações que concedem isenções a empresas que estejam abaixo de um determinado limite. A Austrália, por exemplo, a partir do Ato de Privacidade de 1988 (“APA”) isenta pequenas empresas e organizações sem fins lucrativos que possuem faturamento anual de \$ 3.000.000 (três milhões de dólares australianos) ou menos⁷. Tal isenção,

⁷ AUSTRALIA, Privacy Act. 1988. Seção 6D. Disponível em: < <https://www.legislation.gov.au/Series/C2004A03712> > Acesso em 18/02/2021.

no entanto, não será aplicada para pessoas ou entidades que comercializam informações pessoais, provedores de serviços de saúde, e agências de relatórios de crédito ou agentes que de outra forma lidam com informações financeiras críticas. O APA também oferece um mecanismo de “*opt-in*” para pequenas empresas que receberam essa isenção, para que, voluntariamente, se tornem sujeitas às regras do Ato da mesma forma que uma entidade coberta diretamente pela normativa, com vistas a demonstrar ao mercado e consumidor sua conformidade com o regramento de proteção de dados. Ou seja, seria um mecanismo de adesão voluntária à legislação por aqueles que, mesmo elegíveis à isenção regulatória, veem maiores benefícios na adequação plena de seu negócio ao regime protetivo de privacidade. Além disso, mesmo aceitando voluntariamente a incidência da norma aos seus negócios, esses agentes econômicos podem, posteriormente, notificar sua retirada⁸, ampliando o leque de alternativas para lidar com os excessivos ônus regulatórios da legislação de proteção de dados.

Da mesma forma, a Lei de Privacidade do Consumidor da Califórnia de 2018 (“CCPA”) é aplicável apenas a empresas cuja receita anual exceda US\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de dólares americanos), ou cuja metade da receita anual seja obtida com a venda de informações pessoais de consumidores ou que processem informações pessoais de pelo menos 50.000 pessoas anualmente⁹. Vale ressaltar, no entanto, que o último critério é objeto de diversas críticas por implicar em limiar demasiado baixo - e por consequência ampliar o universo de empresas sujeitas ao regime protetivo - visto que é razoavelmente fácil atingir o patamar de 50.000 pessoas/ano¹⁰.

Nesse critério baseado em volume de dados ou titulares potencialmente afetados, o Japão, por exemplo, optou por abandonar a isenção conferida a entidades que não tratam informações pessoais de mais de 5.000 indivíduos em qualquer dia nos últimos seis meses. Cumpre mencionar, porém, que a legislação de proteção de dados japonesa permite que isenções sejam fornecidas em uma análise casuística, por meio de decisões nos casos

⁸ *Ibid.* Seção 6EA.

⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, California Consumer Privacy Act. 2018. Seções 1798.100 a 1798.199 e Seção 1798.140(c). Disponível em: < https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billCompareClient.xhtml?bill_id=201720180&showamends=false > Acesso em 18/02/2021

¹⁰ Ver: COMSTOCK, Brendon. How the CCPA could be great for startups. 2018. Disponível em: < <https://iapp.org/news/a/how-the-ccpa-could-be-great-for-startups/> > Acesso em 18/02/2021

em que o risco de danos aos direitos e interesses dos indivíduos se mostre limitado¹¹.

Do outro lado, o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (“GDPR”) recomenda que os Estados membros levem em consideração as necessidades específicas das micro, pequenas e médias empresas na aplicação do regulamento¹², se aproximando de um modelo por isenções parciais. Em primeiro lugar, o GDPR isenta empresas com menos de 250 funcionários da obrigação de manutenção de registros de atividade de tratamento de dados, contanto que o tratamento de dados não seja ocasional, não resulte em riscos à liberdade de indivíduos e/ou não envolva determinadas categorias como dados pessoais sensíveis ou condenação criminal. Além de trazer exceções à obrigação de nomeação de *Data Protection Officer* (“DPO”), cuja figura equivalente na legislação brasileira seria o Encarregado.

Vale ressaltar que, a implementação de exceções e flexibilizações normativas para agentes de menor porte em regramentos de proteção de dados pessoais não necessariamente reduzirá a dificuldade de adequação pelos agentes. No caso da União Europeia, segundo pesquisa¹³ realizada pelo GDPR.EU, os principais pontos problemáticos relacionados à adequação das pequenas empresas¹⁴ na Espanha, Reino Unido, França e Irlanda ao GDPR são: (i) aproximadamente metade das empresas estavam falhando em cumprir requisitos essenciais de linguagem clara sobre o tratamento aos titulares e identificação de base legal; (ii) confusão com conceitos básicos de segurança de dados; (iii) realização de investimentos em tecnologia e consultas para adequação; e (iv) reconhecimento majoritário da importância de conformidade à legislação.

¹¹ JAPÃO, Ato de Proteção de Dados Pessoais, Artigo 2º, Capítulo IV, Seção 1. Disponível em: < https://www.ppc.go.jp/files/pdf/Act_on_the_Protection_of_Personal_Information.pdf > Acesso em 18/02/2021.

¹² UNIÃO EUROPEIA, General Data Protection Regulation, Recital (98), (132) e (167); Seção 5, Artigo 40. Disponível em: < <https://gdpr-info.eu/> > Acesso em 18/02/2021.

¹³ 2019 GDPR Small Business Survey. Disponível em: <https://gdpr.eu/wp-content/uploads/2019/05/2019-GDPR.EU-Small-Business-Survey.pdf>

¹⁴ A definição da pesquisa é a de que pequenas empresas possuem menos de 500 empregados. Entretanto a categoria legislativa europeia define como médias-empresas até 250 pessoas, considerando o enquadramento econômico. De qualquer modo consideramos possível extrapolar, ainda que grosseiramente, o resultado da pesquisa para agentes de pequeno porte.

De forma mais geral, foi observado¹⁵ que as principais impressões de pequenas empresas na União Europeia no que tange à adaptação legal foram: custos consideráveis para adaptação, dificuldade no atendimento de direitos dos titulares em razão da falta de ferramentas adequadas, relativa dificuldade na implementação do princípio de prestação de contas pelo aumento de recursos humanos e custos financeiros, falta de derrogações adequadas a esse tipo empresarial, importância dos códigos de condutas para cumprimento da legislação, elevados custos relativos à certificação, reconhecimento do valor de guias e ferramentas práticas disponibilizadas, fardo com aumento da documentação, alto custos na elaboração relatório de impactos a proteção de dados pessoais, diminuição de custos de transação a partir de cláusulas contratuais padrão.

Nesse sentido, algumas autoridades nacionais buscam remediar essas dificuldades oferecendo guias e suporte prático de orientação e adequação à legislação de proteção de dados, nesse sentido se destacando a autoridade francesa¹⁶, a autoridade irlandesa¹⁷ e autoridade do Reino Unido¹⁸. Além disso, são também praticadas campanhas de conscientização voltadas a pequenas empresas para que tomem conhecimento sobre a legislação de proteção de dados e auxiliar esses agentes no cumprimento de suas obrigações legais¹⁹. Dessa forma, as autoridades vêm prezando pela conscientização e facilitação às pequenas empresas por meio de guias, ferramentas (como contratos padrões e registros de atividades), FAQs, canais de atendimento, campanhas e linhas de apoio. A União Europeia, de forma centralizada a partir

¹⁵ Contribution From The Multistakeholder Expert Group To The Stock-Taking Exercise Of June 2019 On One Year Of Gdpr Application. 13 junho de 2019. Disponível em:

https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/report_from_multistakeholder_expert_group_on_gdpr_application.pdf

¹⁶ Guia disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/ds-02-18-544-en-n.pdf>.

¹⁷ Guia e orientação disponíveis em: <https://www.dataprotection.ie/en/dpc-guidance/guidance-smes>

¹⁸ Em seu site, a ICO disponibiliza uma série de informações, orientações e ferramentas para pequenas empresas com relação à proteção de dados pessoais: <https://ico.org.uk/for-organisations/data-protection-advice-for-small-organisations/>

¹⁹ GDPRights: GDPR awareness campaign and support to business organisations, in particular, SMEs. Disponível em: <https://idpc.org.mt/idpc-publications/gdpr-awareness-campaign-business-organisations-in-particular-smes>

do sítio ec.europa.eu, também já publicou informativos para auxiliar pequenas empresas na adequação ao GDPR.²⁰

No Reino Unido, por exemplo, o *Information Commissioner's Office* (ICO) visualiza a possibilidade de realização de um *sandbox* regulatória para casos de tratamento de dados pessoais, realizando uma consulta pública para visualização das dificuldades para inovação relacionadas ao tema da proteção de dados, qual seria o escopo de aplicação da *sandbox* regulatória, seus benefícios e mecanismos de funcionamento.²¹ Em geral, houve um feedback positivo para o desenvolvimento de tal instrumento regulatório, mas a autoridade consignou que este deveria estar limitado a produtos e serviços que representem inovação genuína, que demonstrem benefícios materiais aos titulares de dados e que possuem uma estrutura de prestação de contas robusta para o tratamento de dados pessoais.

Por fim, vale ressaltar ainda a dificuldade observada em experiências internacionais quanto à convergência de regulamentos setoriais com regras de proteção de dados. A exemplo, no setor agrícola, perspectivas antagônicas às premissas do GDPR foram adotadas na União Europeia para o tratamento de determinadas informações do setor agrícola (e de outros setores econômicos) com a edição do Regulamento (UE) 2018/1807 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018, relativo a um regime para o livre fluxo de dados não pessoais na União Europeia²²

Quais são os critérios que deveriam ser considerados na definição de agentes de tratamento de dados de pequeno porte?

Partindo de disposições já existentes no ordenamento jurídico brasileiro (Lei Complementar nº 123/2006, art. 1º, §§ 3º e 6º; Constituição Federal, arts. 146, “d”, 170, IX, e 179; Lei nº 13.874/2019, art. 4º), nota-se que há autorização legal para criação de regimes especiais simplificados para microempresas e empresas de pequeno porte. Há, também, definições de “startups”, “microempresas” e “empresas de pequeno porte” em normas

²⁰ Documento disponível em: https://ec.europa.eu/justice/smedataprotect/index_en.htm.

²¹ O resumo da análise dos comentários da ICO está disponível em: <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/consultations/2260322/201811-sandbox-call-for-views-analysis.pdf>

²² Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32018R1807>.

vigentes ou avançadas no processo legislativo que podem ser consideradas pela autoridade, com o objetivo de uniformização do ordenamento jurídico e garantia de segurança jurídica na aplicação das normas.

Não obstante, a definição de um *proxy* preciso para definição de agentes de pequeno encontra dificuldades tanto em termos quantitativos quanto em termos qualitativos, pois deve considerar os diferentes tipos de agentes envolvidos, suas intersecções e os riscos relacionados. A utilização apenas de fatores quantitativos (como número de funcionários, receita anual, valor dos ativos, volume de dados) pode ser um problema, pois esses números podem muitas vezes não refletir os riscos aos direitos dos titulares e suas possíveis violações. Ademais, a consideração de valores qualitativos pode trazer problemas de enquadramento de determinados agentes como agentes de pequeno porte quando em comparação com critérios quantitativos mais objetivos, além de que apesar de endereçarem as questões de risco de modo mais adequado, podem não refletir o risco factual na realidade de determinado a gente quando levada de maneira isolada. Assim, os critérios devem ser conjugados de modo a trazer uma definição mais correta de agentes de pequeno porte.

Nesse sentido, experiências internacionais podem contribuir para a definição de critérios que se mostrem mais razoáveis para um ideal equilíbrio entre os fundamentos da disciplina de proteção de dados previstos na LGPD. A União Europeia, por exemplo, utiliza como critério para necessidade de designação de Encarregado a (i) existência de tratamento de dados como parte de atividades essenciais e não auxiliares da empresa e (ii) a existência de tratamento em larga escala. Similarmente fez a autoridade de proteção de dados australiana, que isenta da aplicação de obrigações de sua legislação de proteção de dados pequenas empresas com base no seu faturamento, ainda que tal isenção não seja aplicada para agentes que comercializam informações pessoais, sejam provedores de serviços de saúde, ou sejam agências de relatórios de crédito ou agentes que de outra forma lidem com informações financeiras críticas.

Em suma, entendemos que a ANPD poderia se valer dos critérios já estabelecidos em leis existentes ou em discussão legislativa no Brasil como ponto de partida para a definição de agentes de pequeno porte, garantindo, contudo, flexibilização e adaptação de obrigações para aqueles que se enquadrarem na classificação da lei, ainda que, permita exceções para a classificação dos agentes, a depender da vulnerabilidade dos dados tratados em suas atividades de tratamento, o volume de dados tratados, a existência de

atividades de tratamento essenciais ao negócio, entre outros critérios secundários.

Vale pontuar que o conceito de agentes de tratamento de dados de pequeno porte deve abranger as pessoas físicas que desempenham atividades econômicas de maneira desvinculada de pessoas jurídicas. Ademais, entendemos ser recomendável a criação de dois “blocos” de definição e regulamentação específica: PMEs, pessoas físicas e microempresas, de um lado, e startups, de outro, a fim de que sejam respeitadas as particularidades desta figura.

Como a União Europeia tem atuado para que agentes de tratamento de dados de pequeno porte estejam em conformidade com a *General Data Protection Regulation* (GDPR)?

Para além das regras de isenção parcial prescritas no GDPR, a União Europeia divulga material informativo prático para auxiliar e conscientizar pequenas empresas sobre a importância de adaptação às novas regras legais existentes.²³⁻²⁴ Além disso, há incentivos a campanhas de conscientização e ações de sensibilização nos níveis europeu e nacional através do financiamento, podendo ser citadas as experiências nacionais de campanhas de conscientização da Bélgica, Dinamarca, Holanda, Eslovênia, Islândia, Letônia, bem como a criação de ferramenta inovadora para pequenas empresas da Bulgária e materiais de treinamento direcionados a esse perfil pela Hungria.²⁵

Como ações futuras dentro desse tema, o bloco europeu ainda prevê “desenvolver instrumentos práticos, tais como formulários harmonizados para as violações de dados e os registros simplificados das atividades de tratamento, para ajudar as PME de baixo risco a cumprirem as suas obrigações” e “apoiar as atividades das autoridades de proteção de dados que facilitem a aplicação das obrigações decorrentes do RGPD pelas PME, através

²³ Seven steps for businesses to get ready for the General Data Protection. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/gdpr2019-smes_7_steps_brochure-en-v03_lr_qc.pdf

²⁴ Better rules for small business. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/smedataprotect/index_en.htm

²⁵ Informação e mais detalhes disponíveis em: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/eu-data-protection-rules/eu-funding-supporting-implementation-gdpr_en

de apoio financeiro, especialmente para orientações práticas e ferramentas digitais que possam ser reproduzidas noutros Estados-Membros”.²⁶

Vale notar que a Agência de Cibersegurança da União Europeia (ENISA), já se manifestou preocupada com a adequação de empresas de pequeno e médio porte, ao publicar Guia de Segurança em Sistemas de Computação em Nuvem para Empresas de Pequeno e Médio Porte²⁷ e Guias sobre Segurança em Tratamento de Dados Pessoais por Empresas de Pequeno e Médio Porte²⁸, recursos estes, importantes para atender a requerimentos técnicos de segurança exigidos pelo GDPR.

Ainda, com base em levantamento feito em setembro de 2020 por projeto de pesquisa da União Europeia no âmbito do Programa 2014-2020 de Direitos, Equidade e Cidadania²⁹, pouco menos de um terço das autoridades de proteção de dados europeias oferecem orientações direcionadas especificamente para empresas de pequeno e médio porte. daquelas que realizam, vale ressaltar, principalmente, a atuação das autoridades nacionais inglesa, ICO, (até início de 2020, pertencente à UE) e eslovena, IP. Quanto à autoridade inglesa, medida interessante implementada pela entidade foi segmentar o atendimento a empresas de menor porte em relação àquelas de grande porte, a partir de um canal telefônico específico para atender às dúvidas e demandas de pequenas empresas. Em sua plataforma online, a autoridade também disponibiliza FAQs, checklists para avaliar grau de adequação ao GDPR, templates para políticas de privacidade, to-do lists para respostas de incidentes de segurança, entre outros instrumentos em linguagem facilitada e

²⁶ Comissão Europeia. Comunicação (2020), 264: A proteção de dados enquanto pilar da capacitação dos cidadãos e a abordagem da UE para a transição digital - dois anos de aplicação do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0264&from=EN#footnoteref49>.

²⁷ Disponível em: <https://www.enisa.europa.eu/publications/cloud-security-guide-for-smes>

²⁸ Disponíveis em: <https://www.enisa.europa.eu/about-enisa/structure-organization/national-liaison-office/meetings/march-2015/presentations/presentation-nlos-cgm-v2.pdf> e <https://www.enisa.europa.eu/publications/guidelines-for-smes-on-the-security-of-personal-data-processing>.

²⁹ JASMONTAITĚ-ZANIEWICZ, Lina et al. The GDPR made simple(r) for SMEs. 2021. p. 24. Disponível em: https://library.oapen.org/bitstream/handle/20.500.12657/46614/Handboek_GDPR_ENG_HR-cert-febr4.pdf?sequence=1> Acesso em 16/02/2021.

direta para facilitar o atendimento do GDPR por agentes de pequeno porte³⁰. A autoridade eslovena, por sua vez, possui uma plataforma específica direcionada somente a empresas de pequeno e médio porte, onde estas podem acessar FAQs e formulários para designação de encarregado, para notificação de incidentes à autoridade, para notificar titulares sobre a obtenção de seus dados, bem como formulários para registro de atividades de tratamento de dados (adaptadas para controladores e operadores), em atenção à exigência de registro de atividades de tratamento prevista no GDPR (Art. 30)³¹. A autoridade também ofereceu um canal telefônico de auxílio a empresas de pequeno e médio porte durante um ano após a entrada em vigor do GDPR.

Demais autoridades também apresentam iniciativas destinadas a auxiliar empresas de pequeno porte. A autoridade belga (APD), também possui guias de adequação ao GDPR, FAQs e campanhas de conscientização destinadas a agentes de pequeno e médio porte. A autoridade francesa³² (CNIL) e a lituana³³ (VDAI) também possuem guias com linguagem simplificada para adequação ao GDPR de empresas de micro, pequena e médio porte. No mesmo sentido, a autoridade irlandesa também dispõe em sua plataforma online guia de adequação destinado a empresas de pequeno e médio porte, incluindo checklists de adequação e templates para mapeamento de atividades de tratamento atuais das empresas³⁴. A autoridade espanhola (AEPD), por sua vez, conta com ferramenta em sua plataforma online destinada a auxiliar a adequação de empresas que realizam tratamento de dados pessoais que implicam em riscos menores (que podem abranger o caso de diversos agentes de pequeno porte), conforme seu setor de atuação³⁵.

Por fim, há expectativa de se tornar a linguagem acessível, prática e menos técnica, garantindo que os agentes possam entender as orientações com

³⁰ Disponível em: <https://ico.org.uk/for-organisations/data-protection-advice-for-small-organisations/>

³¹ Disponível em: <https://upravljavec.si/vprasalnik/>

³² Disponível em: https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/bpi-cnil-rgpd_guide-tpe-pme.pdf

³³ Disponível em: https://vdai.lrv.lt/uploads/vdai/documents/files/Rekomend_SVV_BDAR_2018.pdf

³⁴ Disponível em: <https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/2019-07/190708%20Guidance%20for%20SMEs.pdf>

³⁵ Disponível em: <https://www.aepd.es/es/guias-y-herramientas/herramientas/facilita-rgpd>

menor dificuldade³⁶. E em caso de infração às normas de proteção de dados, a União Europeia adota uma linha de imposição gradual de penalidades. Inicialmente é feito um aviso, seguido de advertência, suspensão e, em casos mais graves, até mesmo multas de até 20 milhões de euros ou 4% da receita anual global.

Quais são os impactos para agentes de pequeno porte da manutenção do registro das operações de tratamento de dados pessoais?

A depender da organização, a manutenção de registro das operações de tratamento de dados pode representar um custo elevado, tanto financeiro quanto administrativo. A título de exemplo, volumes excessivos de dados podem aumentar os custos de armazenagem de informação. A experiência europeia, nesse sentido, aponta para esse relevante impacto e para a dificuldade de adequação à GDPR por pequenos empresários e empresas de pequeno porte³⁷.

Contudo, o registro de operações de tratamento de dados pessoais auxilia no cumprimento da transparência e da prestação de contas perante terceiros e autoridades. Resumidamente, trata-se de um mecanismo importante para apoiar uma análise de riscos de qualquer atividade de tratamento existente em uma empresa. Sua manutenção facilita a avaliação factual do risco das atividades de tratamento realizadas por um controlador ou operador sobre os direitos dos indivíduos, e a identificação e implementação de medidas de segurança adequadas para salvaguardar os dados pessoais - ambos componentes essenciais do princípio de responsabilidade contido na LGPD.

Por esse motivo, um modelo mais flexível, como o desenvolvido pela GDPR, pode ser mais adequado para agentes de pequeno porte que não representem riscos demasiados a direitos dos titulares.

Atualmente, a LGPD estabelece que o registro é obrigatório para todas as atividades de tratamento, não possuindo exceções, seja para categorias de agentes sujeitos à norma, seja para atividades específicas de

³⁶ BARNARD-WILLS, David, et. al. Report on the SME experience of the GDPR. 2019. p. 31 Disponível em: <<https://www.trilateralresearch.com/wp-content/uploads/2020/01/STAR-II-D2.2-SMEs-experience-with-the-GDPR-v1.0-.pdf>> Acesso em 19/02/2021.

³⁷ Ver: <https://gdpr.eu/2019-small-business-survey/> e <https://gdpr.eu/wp-content/uploads/2019/05/2019-GDPR.EU-Small-Business-Survey.pdf>.

tratamento. Ademais, a lei não prescreve modelo de registro que possa ser implementado pelas empresas com segurança, as quais correm o risco de receber questionamento por omissões em registros pela autoridade nacional no futuro, em vista da falta de orientação. Desta forma, em linha com o entendimento do *Working Party* 29 sobre o registro de atividades de tratamento por empresas de micro, pequeno e médio porte³⁸, recomenda-se que a ANPD forneça ferramentas para facilitar a criação e gestão de registro. Por exemplo, poderia ser disponibilizado no sítio da ANPD na Internet, um modelo simplificado que pode ser utilizado pelos agentes para manter registros das atividades.

Ademais, a autoridade poderia estabelecer um prazo de armazenagem de dados diferenciado para empresas de menor porte, bem como se valer de derrogações implementadas pela União Europeia em relação à obrigação de registro de atividades de tratamento prevista no GDPR. Conforme o art. 30 do Regulamento europeu, o registro de atividades de tratamento por empresas ou organizações que empreguem menos de 250 pessoas pode ser dispensado, a não ser que o tratamento de dados conduzido pela pessoa jurídica possa resultar em risco aos direitos e liberdades de titulares de dados, seja ocasional ou o tratamento inclua dados sensíveis ou dados relacionados a ofensas e condenações criminais. Entendemos que exceções similares poderiam ser implementadas para agentes de pequeno porte no Brasil.

Quais são os impactos da nomeação de um encarregado de dados aos agentes de pequeno porte?

Entre os impactos da nomeação de um encarregado de dados aos agentes de pequeno porte está o alto custo a ser despendido neste trâmite. Vale lembrar, os agentes de pequeno porte não possuem tantos recursos para realizar tal nomeação. Desta forma, seria relevante o aproveitamento dos critérios presentes na GDPR sobre a flexibilização da exigência de encarregado para os agentes de pequeno porte.

³⁸ WORKING PARTY 29, Position Paper on the derogations from the obligation to maintain records of processing activities pursuant to Article 30(5) GDPR. Disponível em: <http://ec.europa.eu/newsroom/article29/document.cfm?action=display&doc_id=51422> Acesso em 18/02/2021.

Na GDPR, a designação de encarregado é dispensada para os agentes de pequeno porte, caso o tratamento de dados não seja feito em larga escala. Além disso, a União Europeia recomenda a nomeação de encarregado para os agentes de pequeno porte nos casos em que: (i) se processe dados pessoais para direcionar publicidade, através de motores de busca com base no comportamento online dos indivíduos e (ii) se processe dados relacionados a genética e saúde para hospitais. Estas sugestões podem ser encontradas no seguinte link: https://ec.europa.eu/justice/smedataproduct/index_en.htm

Além disso, cumpre destacar que, assim como agentes empresariais de pequeno porte, outras pessoas físicas e entidades não empresariais, como ONGs, podem enfrentar dificuldades semelhantes. Portanto, seria importante uma flexibilização também em relação a estes entes.

Para a designação de Encarregado, a União Europeia criou exceções para empresas que não tem o tratamento de dados como parte de suas atividades essenciais, isto é, as atividades primárias das empresas (Recital 97, GDPR). Ainda, a designação de Encarregado pode ser dispensada para empresas que não realizam o tratamento de dados em larga escala, isto é, operação em grande escala com objetivo de tratar uma quantidade considerável de dados pessoais em nível regional, nacional ou supranacional que poderia afetar número grande de titulares de dados, e que poderiam acarretar possivelmente em alto risco (Recital 91, GDPR). Outros critérios para definir se um tratamento é realizado em larga escala, de acordo com o *Working Party 29*, é avaliar: (i) o número de titulares de dados sujeitos ao tratamento (número determinado ou proporção de uma população relevante); (ii) volume dos dados ou o leque de diversidade de dados sendo tratados; (iii) a duração ou permanência da atividade de tratamento; (iii) a extensão geográfica da atividade de tratamento³⁹.

³⁹ De acordo com o *Working Party 29*, conforme os critérios apresentados, são considerados tratamentos de larga escala: (i) tratamento de dados do paciente no curso normal dos negócios por um hospital; (ii) tratamento de dados de viagem de indivíduos usando o sistema de transporte público de uma cidade (por exemplo, rastreamento por meio de cartões de viagem); (iii) tratamento de dados de geolocalização em tempo real de clientes de uma rede internacional de fast food para fins estatísticos por um operador especializado na prestação desses serviços; (iv) tratamento de dados de clientes no curso normal dos negócios por uma seguradora ou banco; (v) tratamento de dados pessoais para publicidade comportamental por um mecanismo de pesquisa; e (vi) tratamento de dados (conteúdo, tráfego, localização) por telefone ou provedores de serviços de internet.

Estabelece também o *Working Party 29*⁴⁰ que o tratamento de dados por pessoas físicas (como de um paciente por um médico ou de condenações e ofensas criminais por um advogado), logo, não abrangem tratamento de larga escala, de forma que a designação de DPO, neste caso, poderia ser dispensada. A mesma conclusão se aplica a diversas empresas de pequeno porte e microempresas, que possuem volume de dados, número de titulares, duração e extensão geográfica do tratamento reduzida.

Assim, entendemos que estes critérios poderiam ser aproveitados pela Autoridade para dispensar a exigências de nomeação de Encarregado para agentes de pequeno porte. Ainda, vale ressaltar que, muito embora a LGPD exija a indicação de DPO, a lei não deixa claro se o Encarregado poderá exercer a mesma função para outras empresas (isto é, se uma mesma controladora poderá compartilhar um Encarregado com outras controladoras). Tal possibilidade é prevista em normativa europeia, de forma que duas ou mais controladoras possam contratar um mesmo Encarregado, contanto que ele seja facilmente acessível e possa seguir com seu papel individualmente sem conflito de interesses entre as empresas. A terceirização de DPO, neste formato, pode importar em uma redução de custos comparada à contratação de um DPO exclusivo para o agente. Assim, entendemos que a Autoridade poderia esclarecer essa possibilidade a partir de regulamentação futura, facilitando a gestão de recursos de agentes de pequeno porte na adequação à LGPD.

Quais são os impactos da elaboração do relatório de impacto à proteção de dados pessoais aos agentes de pequeno porte?

O relatório de impacto é um relevante instrumento de mitigação de riscos e eventuais problemas relacionados à violação dos direitos dos titulares, de forma que, ao reduzir riscos, há possivelmente uma diminuição de custos e futuras despesas, além de se possibilitar a detecção de falhas.

Por outro lado, a elaboração de um relatório de impacto também pode representar custos elevados para os agentes de menor porte. Desta forma, sugere-se que haja uma flexibilização quanto aos critérios e modelos de relatório, para que se tornem mais simples ou mais completos a depender da

⁴⁰ WORKING PARTY 29, Guidelines on Data Protection Officers (“DPOs”), 2017. Disponível em: < https://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=44100 > Acesso em 18/02/2021.

especialidade do setor. Assim, atividades relacionadas a questões de saúde, por exemplo, podem demandar um relatório mais completo.

Portanto, seria importante que a ANPD determinasse modelos mais simples ou mais completos a serem adotados para setores específicos, à medida da necessidade dos riscos envolvidos.

Quais são os impactos da implementação do tratamento de dados, inclusive sensíveis e de crianças e de adolescentes, em conformidade com a LGPD aos agentes de pequeno porte?

Em decorrência da sensibilidade do tema, o tratamento destes dados pode resultar em custos mais elevados aos agentes de pequeno porte. Portanto, seria pertinente o fornecimento, pela ANPD, de orientações mais específicas sobre como se adequar aos regulamentos, transmitidas de forma coesa e didática.

Vale ressaltar, a flexibilização, para agentes de pequeno, do regulamento referente ao tratamento dos dados em questão é extremamente sensível, à medida em que exigem uma maior cautela e proteção.

Caso fosse feita a flexibilização, seria interessante que se utilizasse, assim como sugerido em outros pontos, o critério de setores de atividade, com modelos mais simplificados ou mais completos, a ser determinado pela ANPD. Ademais, seria pertinente que a autoridade orientasse de forma clara como garantir e autenticar o consentimento do tratamento e coleta destes dados.

Quanto aos dados de crianças e adolescentes, a cautela no seu tratamento se justifica pela vulnerabilidade da situação dos titulares em questão, presumido que estão menos cientes dos riscos do tratamento de seus dados para finalidades que possam não ser adequadas, e que, em vista de sua capacidade jurídica reduzida, não respondem por decisões tomadas quanto ao tratamento de seus dados (a exemplo, ao consentirem com o tratamento de seus dados).

Por fim, é relevante ressaltar a necessidade de um posicionamento mais contundente por parte da autoridade sobre as demais bases legais aplicáveis aos dados de crianças e adolescentes.

Quais são os impactos da implementação do programa de governança de dados aos agentes de pequeno porte?

Um programa de governança de dados deve ser entendido como parte de uma lógica de governança mais ampla, que abrange boas práticas para a elaboração de políticas internas, planos de resposta a incidentes, mecanismos de supervisão internos e análise de riscos em geral. Trata-se de um arcabouço de práticas que não pertence à realidade empresarial da esmagadora maioria dos agentes econômicos de pequeno porte no Brasil. Exigir a implementação de uma política de governança de dados para pequenas empresas, portanto, significaria impor gastos desproporcionais para esses negócios.

Não se menosprezam aqui, evidentemente, as consequências positivas que tais programas poderiam ter para essas empresas, que no longo prazo acabariam mesmo por se valorizar, ao estabelecer uma maior relação de transparência e confiança com os titulares de dados e mitigar eventuais prejuízos futuros com a violação de direitos nessa seara. Contudo, dada a realidade dos pequenos negócios no Brasil e a delicada conjuntura econômica que ainda reflete os efeitos da pandemia, seria essencial que fossem flexibilizados os requisitos para a implementação de um programa de governança de dados para as pequenas empresas. Também seria importante que a ANPD atuasse de forma pedagógica quanto a essa exigência, fornecendo guias práticos para sua implementação, bem como *templates* de procedimentos, políticas, notificações e demais instrumentos que compõem tais programas, como fazem as autoridades europeias.

Quais são os impactos da implantação de política de segurança relativa à proteção de dados pessoais aos agentes de pequeno porte?

Primeiramente, é importante destacar que não existe no texto da LGPD uma definição mais ampla quanto a quais serão os requisitos que a ANPD implementará em matéria de segurança de dados pessoais. Justamente por isso, o assunto é objeto de uma outra Tomada de Subsídios, iniciada recentemente pela Autoridade⁴¹. Diante dessa ausência momentânea de regras em caráter geral, há naturais dificuldades de vislumbrar exatamente como

⁴¹ Tomada de Subsídios 2/2021, publicada no dia 22/02/2021, conforme Notícia no site da ANPD: <https://bit.ly/3pUG7ue>

seriam os requisitos específicos exigidos dos agentes econômicos de pequeno porte.

Dito isso, a implementação de políticas de segurança relativa à proteção de dados pessoais eleva as práticas técnicas e organizacionais de empresas, exigindo um maior compromisso de funcionários na gestão de informações pessoais. Atualmente, a maioria dos agentes de pequeno porte não dispõem de medidas adequadas que garantam a segurança da informação de forma sofisticada. Empresas de menor porte ainda possuem reduzidas salvaguardas de segurança da informação, muito distantes das melhores práticas das grandes organizações, que investem vultosos recursos nesse tipo de proteção. Como é sabido, os custos de sistemas como esses são extremamente relevantes e, portanto, fora da realidade de boa parte das pequenas empresas.

Dessa forma, a política de segurança relativa à proteção de dados pessoais nos agentes de pequeno porte deve ser mais bem direcionada a suas peculiaridades, de forma a preencher a lacuna entre as disposições legais e sua compreensão e percepção de riscos à segurança da informação. Na prática, esta orientação deve vista como um guia de entrada que permita a esses agentes relacionar adequadamente suas atividades de tratamento com as disposições legais, de forma que possam identificar as medidas de segurança relevantes que devem implantar.

Quais são os impactos da implantação de avaliação sistemática de riscos à privacidade dos dados aos agentes de pequeno porte?

Como comentado na questão sobre o programa de governança, acima, a avaliação sistemática de riscos não faz parte da realidade empresarial da maior parte dos agentes econômicos de pequeno porte, posto que implica implementar uma vasta gama de práticas, que inclui o mapeamento de atividades de tratamento de dados, matrizes de riscos conforme atividades e planos de ação para adequação à LGPD. Cada uma dessas etapas exige dos agentes conhecimento das complexidades e peculiaridades da legislação, tais como as definições específicas da lei, sua abrangência e exceções à aplicação, bases legais e condições de transferência internacional de dados, entre outros requisitos específicos. Dessa forma, a condução de uma avaliação sistemática de riscos é demasiadamente custosa às empresas, seja quando essa atividade é terceirizada a partir de consultorias técnicas e jurídicas, seja pela conscientização de funcionários a partir de workshops, treinamentos e implementação de políticas internas.

A exigência de uma avaliação de riscos, portanto, deveria ser flexibilizada para as pequenas empresas no que for possível, talvez segregando os agentes de pequeno porte pelo volume e/ou tipo de dados com que lidam, e a partir disso estabelecendo obrigações mais condizentes com sua prática. Paralelamente a isso, e em linha com as experiências internacionais, entendemos que a autoridade nacional poderia envidar esforços para elaborar guias práticos, em linguagem facilitada para a implantação de processos que compõem a avaliação sistemática de riscos à privacidade, além de oferecer *templates* de documentos (matrizes de riscos, inventários de dados etc.) que possam ser preenchidos com mais facilidade pelos agentes de pequeno porte.

Quais são os impactos da implantação da portabilidade de dados pessoais aos agentes de pequeno porte?

Inicialmente é importante que a Autoridade defina as exigências regulatórias de modo claro e objetivo, de modo que as pessoas físicas e empresas, especialmente de pequeno porte, possam entrar em conformidade sem entraves desnecessários. Conforme destacado anteriormente, o custo de entendimento das exigências regulatórias pode se mostrar demasiadamente custosa às empresas caso não sejam definidas regras claras.

Embora o direito de portabilidade de dados deve seguir diretrizes ainda não regulamentadas pela autoridade nacional (Art. 18, V, LGPD), a garantia desse direito implica no investimento de recursos tecnológicos específicos e treinamento de funcionários que podem significar custos elevados para agentes de pequeno porte. São custos financeiros relacionados à gestão e criação de processos que envolvem localização e identificação de dados dos titulares e sua padronização em um espaço de tempo adequado e razoável. Os agentes de pequeno porte teriam também de criar canais e processo aptos a atender de maneira eficaz e adequada os pedidos de portabilidade de dados pessoais, podendo impor dificuldades operacionais consideráveis.

Vale ressaltar, que, conforme o entendimento da autoridade inglesa de proteção de dados pessoais, uma “taxa razoável” pelos custos administrativos do cumprimento da solicitação poderia ser cobrada do titular solicitante, caso a solicitação seja manifestamente infundada ou excessiva. A implementação dessa taxa poderia ser amparada por regulamentação da ANPD para agentes de pequeno porte, o que facilitaria o atendimento ao direito de portabilidade por pequenas empresas.

Ainda, deve-se mencionar que, conforme mandamento do Art. 40 da LGPD, poderá a ANPD dispor sobre padrões de interoperabilidade para fins de portabilidade. Uma sugestão, portanto, seria oferecer padrões de interoperabilidade mínimos pelos quais empresas de pequeno porte poderiam se guiar.

Adicionalmente, soluções podem surgir dentro do próprio mercado para facilitar aos agentes de pequenos a realização da portabilidade de dados pessoais. A exigência de portabilidade pode disseminar práticas de padronização e estruturas de compartilhamento de dados entre os próprios agentes, facilitando sua interação.

Apesar dos custos e desafios mencionados, é reconhecido que a portabilidade de dados é fundamental para aumentar a concorrência em setores que dependam da utilização de dados pessoais. A definição de regras claras para o tratamento de dados e para a migração de dados significa aumento da competitividade nesses mercados, com impactos positivos sobre o bem-estar do consumidor, entre outros benefícios.

Qual instrumento regulatório poderia ser utilizado para promover e incentivar a inovação nos agentes de pequeno porte?

Entendemos que o uso de *sandboxes* regulatórios poderiam ser implementados pela Autoridade para promover a inovação em agentes de pequeno porte. Como antecipado, o uso de *sandboxes* regulatórios permite que, em espaços experimentais, empresas e seus modelos de negócios inovadores que não se encaixem totalmente no arcabouço regulatório vigente possam operar em caráter temporário. Isto pode ocorrer desde que atendidas algumas condicionantes que podem limitar aspectos como, por exemplo, o número de usuários, a prestação do serviço em uma área geográfica limitada ou o período no qual o produto pode ser oferecido no mercado.

O uso de *sandboxes* regulatórios já tem sido prática recorrente internacional nos setores financeiro e, mais recentemente, tem sido incorporado no setor regulado de telecomunicações. Sobre este último, vale ressaltar que a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), não só tem mantido recorrente troca de conhecimento com agências estrangeiras a respeito da implementação de *sandboxes* no setor regulado (como a agência colombiana de telecomunicações), como em 2020, a partir da Consulta Pública nº 65, recolheu subsídios de empresas do setor sobre a possibilidade de reforma regulatória que incluísse entre seus principais pontos, a inclusão de modelos de *sandboxes* regulatórios. Em matéria de privacidade e proteção

de dados, a autoridade nacional inglesa de proteção de dados, ICO, já implementou, em 2018, modelo de *sandbox* regulatório que permitia a empresas com modelos de negócios inovadores contassem com o apoio, a orientação e supervisão da autoridade.

Dessa forma, entendemos que a ANPD poderia valer-se da flexibilização de algumas normas para startups e agentes de pequeno porte para garantir o desenvolvimento de seus projetos inovadores, mesmo observando princípios e diretrizes de proteção de dados e segurança da informação. Inclusive, em se tratando de proteção de dados pessoais e privacidade, entendemos que a flexibilização de regras condicionada à operação de empresas em espaço, tempo e com número de usuários limitados e com a supervisão da Autoridade, reduziria os riscos de violações de dados e, em caso de um incidente de segurança, favoreceriam a adoção, de forma mais assertiva, de medidas técnicas para suprir eventuais danos causados⁴².

Vale ressaltar que os *sandboxes* também podem contribuir para a facilitação de financiamento de modelos de negócio inovadores, sendo mais um atrativo à sua implementação. De acordo com relatório da Autoridade de Condutas Financeiras do Reino Unido (FCA), 40% das empresas que participaram do *sandbox* inaugural para serviços financeiros em 2017 receberam investimento durante ou depois do período de experiência em regime de *sandbox*⁴³. Ressalta-se, ainda, que a implementação de *sandbox* regulatórios contribui para estreitar a relação entre reguladores e empresas inovadoras, de forma que o conhecimento gerado a partir de inovações pode contribuir para criação de novas regulações e políticas públicas.

Além disso, também podem ser utilizados, conforme previsto na GDPR, mecanismos de aproximação entre associações e organizações e a autoridade de dados de modo a aproximar seu contato, troca de informações e desenvolvimento institucional. Podem ser previstos selos e certificações de obtenção facilitada e não tão onerosas destinados a agentes de pequeno porte que demonstrem inovação perante a proteção de dados pessoais, bem como esses mesmos mecanismos e código de condutas formulados por associações ou organizações para promover não somente inovação tecnológica, mas também jurídica e institucional. Tais códigos de conduta podem ajudar a diminuir custos com relação à adaptação de regras e permitir o direcionamento de esforços e recursos em outro sentido.

CONTRIBUIÇÃO DO IBRAC À CONSULTA PÚBLICA ACERCA DA NORMA DE FISCALIZAÇÃO DA ANPD

São Paulo, 28 de junho de 2021

À

Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)

A/C Waldemar Gonçalves Ortunho Junior

Diretor-Presidente da ANPD

Ref.: Contribuição do IBRAC à Consulta Pública acerca da Norma de fiscalização da ANPD

O IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional é uma entidade privada, sem fins lucrativos, criada em dezembro de 1992 com o objetivo de promover a realização de pesquisas, estudos e debates sobre temas relacionados a defesa da concorrência, comércio internacional e consumo. Para promoção de suas atividades, o IBRAC conta com uma série de comitês temáticos, que se debruçam sobre temas que possam ter impactos sobre as áreas de estudos da entidade, de forma a contribuir para a ambiente de negócios e para a segurança jurídica do país.

Nesse contexto, o IBRAC vem apresentar contribuição à **Consulta Pública acerca da Norma de fiscalização da ANPD**, que estabelece o mecanismo de fiscalização que a ANPD pretende adotar, com previsão de ações de monitoramento, orientação, prevenção e aplicação de sanção.

Primeiramente, o IBRAC ressalta que entende ser extremamente meritória a postura da ANPD de elaboração e submissão à Consulta Pública da Norma de fiscalização da ANPD, especialmente pela admissão de mecanismos dialógicos, com previsão de ações de monitoramento, orientação, prevenção e aplicação de sanção, de forma a adotar acertadamente a lógica da regulação responsiva. A iniciativa é louvável, por permitir o cumprimento da missão institucional da ANPD a partir de mecanismos modernos do Direito Administrativo, em linha com a Administração Pública Dialógica, reconhecida como ferramenta útil à garantia do direito fundamental à boa

administração, fundamentado no princípio da eficiência, inserido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.

Tal disposição dialógica é percebida desde os valores que fundamentam a estratégia de atuação fiscalizatória nos termos da Resolução sob consulta, que privilegia a “(i) *regulação baseada em evidências*; (ii) *proporcionalidade entre riscos e recursos alocados*; (iii) *transparência e permeabilidade, que permitam à sociedade não só acompanhar, como também contribuir para o aprimoramento da atuação da ANPD*; (iv) *processos transparentes e justos, com regras claras sobre direitos e obrigações*; e (v) *promoção da conformidade pelos mais diversos instrumentos e abordagens*”.

Para ampliar os benefícios da norma submetida à Consulta pela ANPD, o IBRAC apresentou na plataforma ‘Participa + Brasil’ as contribuições ao texto normativo proposto, com objetivo de, em nome de seus associados, auxiliar no aprimoramento do modelo de fiscalização proposto pela Autoridade.

Devido ao formato para recebimento de contribuições via plataforma ‘Participa + Brasil’, a Coordenadora do GT LGPD do Comitê de Mercados Digitais, Marcela Mattiuzzo, apresentou essas sugestões de modificação do texto e respectivas justificativas, como representante do IBRAC. Para formalizar sua participação e facilitar a visualização e compreensão dos pontos trazidos pelo Instituto, o IBRAC se vale da presente oportunidade para consolidar abaixo, no Anexo I, as sugestões confeccionadas pelo Instituto via plataforma ‘Participa + Brasil’ em 28 de junho de 2021.

Sendo o que havia para o momento, agradecemos a atenção e permanecemos à disposição.

De São Paulo para Brasília, 28 de junho de 2021.

**Lauro
Celidonio**
Diretor-
Presidente

**Thais
Cordeiro**
Diretora de
Relações de
Consumo

Silvia Fagá
Diretora de
Mercados
Digitais

**Ricardo
Botelho**
Diretor de
Regulação

**Marcela
Mattiuzzo**
Coordenadora
do GT LGPD
do Comitê de
Mercados
Digitais

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
TÍTULO I - DISPOSIÇÕES GERAIS		
CAPÍTULO I - DISPOSIÇÕES PRELIMINARES		
<p>Art. 1º Esta resolução aprova o Regulamento de Fiscalização, que dispõe sobre a fiscalização e a aplicação de sanção pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).</p>	<p>Art. 1º Esta resolução aprova o Regulamento de Fiscalização e Aplicação de Sanções Administrativas, que dispõe sobre a prevenção, fiscalização e a aplicação de sanção pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) em conformidade com o disposto na Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (LGPD).</p>	<p>A especificação do nome do Regulamento (de Fiscalização e Aplicação de Sanções) é importante, no esforço de contemplar todo o conteúdo regulado. Além disso, a menção à LGPD se justifica, nada obstante também constar do endereçamento da Resolução, porque é o substrato legal que prevê a relação de sanções passíveis de serem aplicáveis em caso de cometimento de infrações pelos agentes de tratamento, bem como todo o conteúdo programático para o tratamento de dados pessoais, no esforço de cumprir o princípio da legalidade, previsto no artigo 2º da Lei Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, subsidiariamente aplicável à Resolução.</p>
<p>§ 1º A fiscalização compreende as atividades de monitoramento, orientação e atuação preventiva, conforme os</p>	<p>§ 1º A fiscalização compreende as atividades de monitoramento, orientação e atuação preventiva e sancionatória,</p>	

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
procedimentos previstos neste regulamento.	conforme os procedimentos previstos neste regulamento.	
§ 2º A aplicação de sanção ocorrerá por meio de processo administrativo sancionador, definido neste Regulamento.	§ 2º A aplicação de sanção ocorrerá por meio de processo administrativo [sancionador], o qual garantirá a oportunidade de contraditório e ampla defesa, conforme definido neste Regulamento.	É fundamental explicitar a garantia do contraditório e da ampla defesa no curso do processo administrativo, em atenção ao disposto não só no artigo 52, §1º, da LGPD, de acordo com o qual "as sanções serão aplicadas após procedimento administrativo que possibilite a oportunidade da ampla defesa, de forma gradativa, isolada ou cumulativa", mas também em conformidade com o disposto no artigo 2º da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que, ao regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece a ampla defesa e o contraditório como princípios a serem obedecidos pela Administração Pública. Ainda, recomenda-se retirar a expressão "sancionador" do parágrafo em questão, porque o objetivo do processo administrativo não necessariamente implicará na aplicação de sanção por parte da ANPD.

TEXTOS NORMATIVOS	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>3º A finalidade deste Regulamento é prevenir e reprimir as infrações à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).</p>	<p>§ 3º A finalidade deste Regulamento é estabelecer a forma pela qual a ANPD irá fiscalizar, monitorar, orientar, processar e reprimir as infrações cometidas às normas previstas na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).</p>	<p>As alterações se justificam porque, especialmente nas disposições preliminares, cumpre explicitar quais serão os temas regulados na Resolução, que não incluem apenas a prevenção e repressão às infrações (como consta no texto original), mas também a fiscalização e todo o rito para processamento de eventuais infrações à LGPD, conforme se denota do Título II (Atividade de Fiscalização) e Capítulos subsequentes (Atividades de Monitoramento, Orientação, Preventiva) e do Título III (Aplicação de Sanção) e Capítulos subsequentes, que descrevem todo o processo administrativo e suas fases. Pelos mesmos fundamentos, justifica-se a alteração de ordem das finalidades, no esforço de organizar a lógica da Resolução.</p>
<p>§ 4º As disposições da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, aplicam-se subsidiariamente a este Regulamento.</p>	<p>§ 4º As disposições da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, aplicam-se subsidiariamente a este Regulamento.</p>	<p>A Lei de Processo Administrativo Federal é lei geral para regular qualquer processo administrativo federal, devendo, inclusive, se sobrepor ao regulamento de fiscalização da ANPD na hipótese deste</p>

TEXTOS NORMATIVOS	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
		estar em contradição com a Lei de Processo Administrativo. Deve ficar claro que a Lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal se aplicará de forma acessória no que couber, porque a ANPD deverá elaborar procedimentos próprios no que se refere à aplicação de sanções.
Art. 2º As disposições deste regulamento se aplicam aos agentes de tratamento, pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado.	As disposições deste regulamento se aplicam a operações de tratamento de dados pessoais, envolvendo pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado, nos termos da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018	A menção a agentes de tratamento pode ocasionar algum questionamento quanto à sua aplicação ao controlador, ao operador, ou a ambos (art. 5º, VI e VII, LGPD).
Art. 3º A ANPD atuará para a proteção dos direitos dos titulares de dados, para promover a implementação e zelar pelo cumprimento da legislação de proteção de dados pessoais.	Art. 3º A ANPD atuará para a proteção dos direitos dos titulares de dados, para promover a implementação, orientar e zelar pelo cumprimento da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).	
CAPÍTULO II - DAS DEFINIÇÕES		
Art. 4º As seguintes definições são adotadas neste Regulamento:	Art. 4º Sem prejuízo do disposto na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais	Reporte à LGPD se justifica mais uma vez, no esforço de contemplar também os

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
	(LGPD), as seguintes definições são adotadas neste Regulamento:	conceitos lá dispostos, que são imprescindíveis no contexto da Resolução.
I - Administrados: são os titulares de dados, os agentes de tratamento e demais integrantes ou interessados no tratamento de dados pessoais;	I - Administrados: são os titulares de dados, os agentes de tratamento e demais interessados integrantes no tratamento de dados pessoais, nos termos da LGPD ;	
II - Agenda de ciclo de monitoramento: é o instrumento por meio do qual a ANPD organiza sua atividade de fiscalização;	II - Agenda de ciclo de monitoramento: é o instrumento por meio do qual a ANPD organiza sua atividade de fiscalização;	
III - Denúncia: é a comunicação feita à ANPD por qualquer pessoa, natural ou jurídica, de infração cometida contra a legislação de proteção de dados pessoais do País, que não seja uma Reclamação;	III - Denúncia: é a comunicação feita à ANPD por qualquer pessoa, natural ou jurídica, de infração cometida contra a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 , que não seja uma Reclamação;	Entendemos prudente a substituição de "legislação de proteção de dados pessoais do País" por: (i) menção à LGPD, para que não haja confusão com as hipóteses de aplicabilidade da LGPD previstas no artigo 3º, caso a intenção seja limitar a Resolução às ações da ANPD em relação à aplicação da LGPD exclusivamente; ou (ii) "legislação de proteção de dados pessoais aplicável ao tratamento", para deixar clara a aplicação da LGPD e das sanções lá previstas ainda que o agente de tratamento não esteja no Brasil.

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
IV - Reclamação: é a comunicação feita à ANPD pelo titular de dados pessoais de uma questão apresentada ao controlador e não solucionada, nos termos do inciso V do art. 55-J da LGPD;	IV - Reclamação: é a comunicação feita à ANPD pelo titular de dados pessoais de uma questão apresentada ao controlador e não solucion	
V - Representação: é a comunicação feita à ANPD por autoridades públicas, para informar sobre fato potencialmente infrativo à legislação ou à regulamentação de proteção de dados pessoais do País;	V - Representação: é a comunicação feita à ANPD por autoridades públicas, para informar sobre fato potencialmente infrativo à legislação ou à regulamentação de proteção de dados pessoais do País;	
VI - Requerimento: é o nome dado ao conjunto de tipos de comunicação, compreendendo a reclamação, a denúncia ou a representação.	VI - Requerimento: é o nome dado ao conjunto de tipos de comunicação, compreendendo a reclamação, a denúncia ou a representação	
CAPÍTULO III - DOS DEVERES DOS ADMINISTRADO		
Art. 5º Os administrados submetem-se à fiscalização da ANPD e têm os seguintes deveres, dentre outros:	Art. 5. Os agentes de tratamento de dados submetem-se à fiscalização da ANPD, resguardado os segredos empresarial e industrial e têm os seguintes deveres, dentre outros:	A Resolução não deve ter o condão de atribuir obrigações demasiadamente onerosas aos agentes de tratamento, ou ser extremamente punitiva, sob pena de ser prejudicial ao desenvolvimento

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
		<p>econômico e das inovações no país. Nessa linha, resguardar o segredo empresarial é relevante para fins de garantir a propriedade intelectual de informações que garantem diferenciais competitivos, bem como para preservar as diferentes técnicas de tratamento e classificação de dados adotadas pelos agentes de tratamento, as quais também podem vir a ser um diferencial competitivo, inclusive em observância ao inciso II do artigo 55-J da LGPD e ao parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal, que, em compasso com a Lei nº 13.874/2019, estabelece que "é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".</p>
<p>I - fornecer cópia de documentos, físicos ou digitais, dados e informações relevantes para a avaliação das atividades de tratamento de dados pessoais, no</p>	<p>I - mediante notificação prévia, fornecer cópia ou permitir o acesso a documentos, físicos ou digitais, dados e informações relevantes para a avaliação das atividades</p>	<p>Este artigo não deverá ser aplicado aos titulares dos dados, mas tão somente ao agente de tratamento. O titular, pessoa natural a quem se refere os dados, não</p>

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
prazo, local, formato e demais condições estabelecidas pela ANPD;	de tratamento de dados pessoais, no prazo, local, formato e demais condições estabelecidas pela ANPD;	deverá ser submetido aos incisos do caput. Demais sugestões para facilitar fornecimento dos dados, fixação de prazo razoável para tanto e possibilidade de fornecimento em vários formatos, para ressaltar impedimentos de ordem técnica.
II - permitir o acesso às instalações, equipamentos, aplicativos, facilidades, sistemas, ferramentas e recursos tecnológicos, documentos, dados e informações de natureza técnica, operacional e outras relevantes para a avaliação das atividades de tratamento de dados pessoais, em seu poder ou em poder de terceiros;	II – mediante notificação prévia, ressaltados os casos de urgência justificada, permitir o acesso às instalações, equipamentos, aplicativos, facilidades, sistemas, ferramentas e recursos tecnológicos, documentos, dados e informações de natureza técnica, operacional e outras relevantes para a avaliação das atividades de tratamento de dados pessoais no contexto da fiscalização ou do processo administrativo, na medida e na proporção necessárias para tais fins , em seu poder ou em poder de terceiros , devendo ser respeitado o sigilo do que for analisado .	
III - possibilitar que a ANPD tenha conhecimento dos sistemas de informação utilizados para tratamento de dados e informações, bem como de sua	III - possibilitar que a ANPD tenha conhecimento dos sistemas de informação utilizados para tratamento de dados e informações, bem como de sua	

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>rastreabilidade, atualização e substituição, disponibilizando os dados e as informações oriundos destes instrumentos;</p>	<p>rastreabilidade, atualização e substituição, disponibilizando os dados e as informações oriundos destes instrumentos;</p>	
<p>IV - submeter-se a auditorias realizadas ou determinadas pela ANPD;</p>	<p>IV - submeter-se a auditorias a serem realizadas ou determinadas pela ANPD , que serão previamente informadas, exceto em casos de justificada urgência. Ao agente de tratamento será garantido o acesso ao relatório da auditoria no prazo máximo de 30 dias contados da sua conclusão;</p>	<p>O regulamento de fiscalização precisa dar maior ênfase aos instrumentos de autorregulação.</p> <p>Nesse sentido, as avaliações de conformidade verificadas por terceiros independentes, assim como os códigos de conduta, mais do que atestado de conformidade, devem ser consideradas pela ANPD como instrumentos de fiscalização, em suas atividades de monitoramento do comportamento dos agentes; de orientação, visando à promoção da cultura de proteção de dados e de difusão de boas práticas; bem como de sua atuação preventiva, na construção de soluções dialogadas para recondução à conformidade e remediar riscos ou danos. Esses mecanismos de avaliação de conformidade ex ante e de acompanhamento ex post, além de ser uma abordagem que minimiza os</p>

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
		encargos regulatórios impostos à ANPD e aos agentes de tratamento, maximiza a confiança dos titulares com relação ao tratamento de seus dados pessoais. Nesse contexto, a ANPD deve definir critérios mínimos de auditoria a serem observados e melhores práticas recomendadas.
V - manter os documentos físicos e digitais, os dados e as informações durante os prazos estabelecidos na legislação e na regulamentação específica bem como durante todo o prazo de tramitação de processos administrativos nos quais sejam necessários; e	V- manter os documentos físicos e digitais, os dados e as informações durante os prazos estabelecidos na legislação e na regulamentação específica, bem como durante todo o prazo de tramitação de processos administrativos nos quais tenham sido apresentados ; e	
VI - disponibilizar, sempre que requisitado, representante apto a oferecer suporte à atuação da ANPD, com conhecimento e autonomia para prestar dados, informações e outros aspectos relativos a seu objeto.	VI - disponibilizar, sempre que previamente requisitado, o encarregado ou representante apto a oferecer suporte à atuação da ANPD, com conhecimento e autonomia para prestar dados, informações e outros aspectos relativos a seu objeto.	Preservar a figura do Encarregado como pessoa indicada para atuar como canal de comunicação entre o agente e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e possibilitar a indicação de terceiro nos casos de dispensa.
§ 1º Os documentos, dados e as informações requisitados, recebidos,	§ 1º Os documentos, dados e as informações requisitados, recebidos,	

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>obtidos e acessados pela ANPD nos termos deste Regulamento são aqueles necessários ao exercício efetivo das suas atribuições, bem como aqueles sujeitos às regras de acesso e classificação de sigilo previstas em regulamentação específica.</p>	<p>obtidos e acessados pela ANPD nos termos deste Regulamento são aqueles necessários ao exercício efetivo das suas atribuições, bem como aqueles sujeitos às regras de acesso e classificação de sigilo previstas em regulamentação específica.</p>	
<p>§ 2º O Administrado pode solicitar à ANPD o sigilo de informações relativas à sua atividade empresarial, como dados e informações técnicas, econômico-financeiras, contábeis, operacionais, cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a seus concorrentes ou violação a segredo comercial ou industrial, devendo o pedido ser justificado e delimitado às informações que fazem jus a essa solicitação.</p>	<p>§ 2º O Administrado tem o direito ao sigilo de informações relativas à sua atividade empresarial, como dados e informações técnicas, econômico-financeiras, contábeis, operacionais, cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a seus concorrentes, quebra de sigilo ou violação a segredo comercial ou industrial, devendo formular o pedido para a ANPD de forma justificada e delimitado às informações ou documentos que fazem jus a essa solicitação.</p>	
<p>§ 3º A ANPD observará as hipóteses legais de sigilo relativas aos dados e às informações a que tiver acesso.</p>	<p>§ 3º A ANPD observará as hipóteses legais de sigilo relativas aos dados e às informações a que tiver acesso, devendo as informações serem tratadas sigilosamente até que haja decisão</p>	<p>Preservação da segurança jurídica para contagem dos prazos e evitar o estabelecimento de contagem em dias corridos em notificações e intimações</p>

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
	fundamentada da ANPD eventualmente afastando o sigilo das informações.	
CAPÍTULO IV - DAS DISPOSIÇÕES PROCESSUAIS		
Art. 6º As disposições processuais aplicam-se a qualquer interação feita pelas unidades da ANPD com os Administrados quando for aplicável este regulamento.	Art. 6º As disposições processuais aplicam-se a qualquer interação feita pelas unidades da ANPD com os Administrados quando for aplicável este regulamento.	
Art. 7º Os prazos definidos neste Regulamento são contados em dias úteis, excluído o dia útil da intimação ou da notificação e incluído o dia de vencimento, salvo expressa disposição em contrário.	Art. 7º Os prazos definidos neste Regulamento são contados em dias úteis, excluído o dia útil da intimação ou da notificação e incluído o dia de vencimento, salvo expressa disposição em contrário.	
Parágrafo único. O prazo para a prática de ato será prorrogado para o primeiro dia útil seguinte, caso no dia de seu vencimento não haja expediente na sede da ANPD, ou este for encerrado antes do horário, ou em caso de indisponibilidade do sistema eletrônico de peticionamento.	Parágrafo único. O prazo para a prática de ato será prorrogado para o primeiro dia útil seguinte, caso no dia de seu vencimento não haja expediente na sede da ANPD, ou este for encerrado antes do horário, ou em caso de indisponibilidade do sistema eletrônico de peticionamento, independentemente de provimento neste sentido.	

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
Art. 8º A expedição dos atos processuais ocorrerá por determinação motivada pela autoridade competente.	Art. 8º A expedição dos atos processuais ocorrerá por determinação motivada pela autoridade competente.	
Art. 9º Os atos processuais serão comunicados por meio de intimação ou notificação, que deverá conter:	Art. 9º Sob pena de nulidade , os atos processuais serão comunicados por meio de intimação ou notificação, preferencialmente de forma eletrônica , e que deverão conter:	
I - a identificação do intimado;	I - a identificação do intimado;	
II - a finalidade da intimação e a informação de continuidade do processo independentemente do seu comparecimento;	II - a finalidade da intimação e a informação de continuidade do processo independentemente do seu comparecimento;	
III - a data, a hora e o local, ou o prazo, em que deve tomar a providência;	III - a data, a hora e o local, ou o prazo, em que deve tomar a providência;	
IV - a informação se o intimado deve comparecer pessoalmente, fazer-se representar, manifestar-se ou apresentar defesa ou recurso no processo ou, ainda, cumprir diligência; e	IV - a informação sobre se o intimado deve comparecer pessoalmente, fazer-se representar, manifestar-se ou apresentar defesa ou recurso no processo ou, ainda, cumprir diligência; e	
V - indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes.	V - indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes.	

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
Art. 10 Os atos processuais serão realizados por meio eletrônico, inclusive mediante videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.	Art. 10 Os atos processuais serão realizados por meio eletrônico, inclusive mediante videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.	
Parágrafo único. Excepcionalmente, a ANPD poderá expedir comunicação por suporte físico, ou por qualquer outro recurso que assegure a certeza da ciência do interessado.	Parágrafo único. Excepcionalmente, a ANPD poderá expedir comunicação por suporte físico, ou por qualquer outro recurso que assegure a certeza da ciência do interessado.	
Art 11 Considera-se efetuada a intimação e a notificação	Art 11 Considera-se efetuada a intimação e a notificação	
I - por meio eletrônico, na data em que o usuário realizar a consulta ao documento correspondente ou, caso não realizada a consulta, dez dias após o envio da intimação;	I - por meio eletrônico, na data em que o usuário realizar a consulta ao documento correspondente ou, caso não realizada a consulta, dez dias após o envio da intimação;	
II - por via postal, na data do seu recebimento, devidamente aposta no Aviso de Recebimento (AR) ou documento equivalente;	II - por via postal, na data do seu recebimento, devidamente aposta no Aviso de Recebimento (AR) ou documento equivalente;	
III - pessoalmente, na data da ciência do intimado, seu representante ou preposto,	III - pessoalmente, na data da ciência do intimado, seu representante ou preposto,	

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
ou, no caso de recusa de ciência, na data declarada pelo servidor que efetuar a intimação;	ou, no caso de recusa de ciência, na data declarada pelo servidor que efetuar a intimação;	
IV - quando a parte comparecer para tomar ciência do processo ou justificar sua omissão, a partir desse momento;	IV - quando a parte comparecer para tomar ciência do processo ou justificar sua omissão, a partir desse momento;	
V - por edital, na data de sua publicação;	V - por edital, na data de sua publicação;	
VI - por outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado, na data da ciência; e	VI - por outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado, na data da ciência; e	
VII - por mecanismos de cooperação internacional, na data do recebimento da comunicação.	VII - por mecanismos de cooperação internacional, na data do recebimento da comunicação	
§ 1º Frustrada a tentativa por via postal ou o cumprimento do pedido de cooperação internacional, a intimação será feita por edital publicado exclusivamente na página da ANPD na internet.	§ 1º Esgotadas as tentativas de notificação e intimação previstas neste artigo, estas serão realizadas por edital publicado na página da ANPD na internet e, também, via Diário Oficial.	Garantia de que a citação ou intimação por edital será medida de exceção, a ser realizada em casos em que as demais formas de comunicação se mostrem ineficazes
§ 2º No caso de interessado que residam em países que aceitam a intimação postal direta, a intimação internacional poderá	§ 2º No caso de interessado que residam em países que aceitam a intimação postal direta, a intimação internacional poderá	

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
ser realizada por correio com aviso de recebimento em nome próprio.	ser realizada por correio com aviso de recebimento em nome próprio.	
Art. 12 São legitimados como interessados nos processos administrativos de que trata esta resolução:	Art. 12 São legitimados como interessados nos processos administrativos de que trata esta resolução:	
I - pessoas naturais ou jurídicas, que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação;	I - pessoas naturais ou jurídicas, responsáveis pela apresentação de requerimento que der início ao processo administrativo que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação;	Tornar a redação mais clara, já que as pessoas jurídicas e naturais via de regra não são as responsáveis por iniciar o processo administrativo
II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;	II - aqueles que, sem terem apresentado requerimento para instauração iniciado o do processo , têm direitos ou interesses jurídicos que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;	
III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; e	III - as organizações e associações representativas, devidamente autorizadas por seus representados , no tocante a direitos e interesses coletivos; e	

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
IV - as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos, incluindo as instituições acadêmicas.	IV - as pessoas ou as associações legalmente constituídas, que tenham representatividade adequada , quanto a direitos ou interesses difusos, incluindo as instituições acadêmicas	A inclusão da representatividade adequada é necessária como forma de prevenir abusos na criação de associações para fins escusos, tendo em vista discordarmos da presunção legal da legitimidade da associação. Assim, é preciso que exista certa razoabilidade e relação de congruência entre os objetivos da associação e o interesse envolvido no processo administrativo.
Art. 13. Será conferida prioridade na tramitação dos processos nas hipóteses previstas em lei, sempre que requerida pelo interessado e demonstrado o atendimento aos requisitos aplicáveis.	Art. 13. Será conferida prioridade na tramitação dos processos, nas hipóteses previstas em lei, sempre que requerida pelo interessado e demonstrado o atendimento aos requisitos aplicáveis.	
§ 1º A autoridade competente para apreciar o pedido de que trata o caput determinará as providências a serem cumpridas na tramitação do processo.	§ 1º A autoridade competente para apreciar o pedido de que trata o caput determinará as providências a serem cumpridas na tramitação do processo.	
§ 2º Deferida a prioridade, os autos receberão identificação própria que evidencie o regime de tramitação prioritária.	§ 2º Deferida a prioridade, os autos receberão identificação própria que evidencie o regime de tramitação prioritária.	

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
TÍTULO II - A ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO		
CAPÍTULO I - DISPOSIÇÕES GERAIS		
Art. 14. A ANPD adotará procedimentos de monitoramento, orientação e atuação preventiva na sua atividade de fiscalização e poderá iniciar o procedimento repressivo.	Art. 14. A ANPD adotará procedimentos de monitoramento, orientação e atuação preventiva na sua atividade de fiscalização e podará instaurar processo administrativo caso apure indícios de ilicitude.	
§ 1º A atividade de monitoramento destina-se ao levantamento de informações relevantes que tornem a ANPD sensível ao ambiente regulado e às demandas dos titulares de dados, dos agentes de tratamento e dos demais interessados na proteção de dados pessoais, subsidiando o exercício de suas competências regulatória, fiscalizatória ou sancionadora.	§ 1º A atividade de monitoramento destina-se ao levantamento de informações relevantes que permitam à ANPD ter efetivo acesso ao ambiente regulado e às demandas dos titulares de dados, dos agentes de tratamento e dos demais interessados na proteção de dados pessoais, subsidiando o exercício de suas competências regulatória, fiscalizatória ou sancionadora.	
§ 2º A atividade de orientação caracteriza-se pela atuação baseada na economicidade e na utilização de métodos e ferramentas que almejam a	§ 2º A atividade de orientação caracteriza-se pela atuação baseada na economicidade e na utilização de métodos e ferramentas que almejam a	

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
promover a orientação, conscientização e educação dos agentes de tratamento e titulares de dados pessoais.	promover a orientação, conscientização e educação dos agentes de tratamento e titulares de dados pessoais.	
§ 3º A atividade preventiva consiste em uma atuação baseada, preferencialmente, na construção conjunta e dialogada de soluções e medidas que visem reconduzir o agente de tratamento à plena conformidade, bem como evitar ou remediar situações que possam acarretar risco ou dano aos titulares de dados pessoais e a outros agentes de tratamento.	§ 3º A atividade preventiva consiste em uma atuação baseada, preferencialmente, na construção conjunta e dialogada de soluções e medidas que visem a adequar o processo de tratamento de dados à plena conformidade com a LGPD e demais normas no âmbito desta resolução, em um período previamente estabelecido pela ANPD e compatível com as medidas a serem implementadas , bem como evitar ou remediar situações que possam acarretar risco ou dano aos titulares de dados pessoais e a outros agentes de tratamento.	
§ 4º A atividade repressiva se caracteriza pela atuação coercitiva da ANPD, voltada à interrupção de situações de dano ou risco, à reparação dos danos, à recondução à plena conformidade e à punição dos responsáveis mediante a aplicação das sanções previstas no artigo	§ 4º A atividade repressiva se caracteriza pela atuação coercitiva da ANPD, voltada à interrupção de situações de dano ou risco, à reparação dos danos, à adequação compulsória à plena conformidade com a LGPD e demais normas no âmbito desta resolução, inclusive nos casos em que esta não foi realizada de forma voluntária	

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
52 da Lei nº 13.709, de 2018, por meio de processo administrativo sancionador.	<p>pelo agente de tratando de dados nos moldes do §3º e no prazo estipulado, e à punição dos responsáveis mediante a aplicação das sanções previstas no artigo 52 da Lei nº 13.709, de 2018, por meio de processo administrativo sancionador.</p>	
N.A.	<p>§ 5º A ANPD poderá considerar selos e certificados ou códigos de condutas, emitidos por terceiros no âmbito de processos de avaliação de conformidade, para fins de fiscalização em suas atividades de monitoramento, de orientação e prevenção.</p>	<p>Considerando a opção regulatória por uma atuação responsiva, o regulamento de fiscalização da ANPD precisa dar maior ênfase aos instrumentos de autorregulação. Nesse sentido, as avaliações de conformidade verificadas por terceiros independentes, assim como os códigos de conduta, mais do que atestado de conformidade, devem ser consideradas pela ANPD como instrumentos de fiscalização, em suas atividades de monitoramento do comportamento dos agentes; de orientação, visando à promoção da cultura de proteção de dados e de difusão de boas práticas; bem como de sua atuação preventiva, na construção de soluções dialogadas para recondução à conformidade e remediar riscos ou danos. Esses mecanismos de avaliação de</p>

TEXTOS NORMATIVOS	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
		conformidade ex ante e de acompanhamento ex post, além de ser uma abordagem que minimiza os encargos regulatórios impostos à ANPD e aos agentes de tratamento, maximiza a confiança dos titulares com relação ao tratamento de seus dados pessoais
Art. 15 Em sua atuação fiscalizatória, a ANPD poderá atuar:	Art. 15 Em sua atuação fiscalizatória, a ANPD poderá atuar:	
I - de ofício, movida por representações ou denúncias;	I - de ofício, movida por representações, reclamações ou denúncias;	Adequação de terminologia utilizada para ornar com as definições contidas no Regulamento
II - em decorrência de programas periódicos de fiscalização da ANPD;	II - em decorrência de programas periódicos de fiscalização da ANPD;	
III - de forma coordenada com órgãos e entidades públicos responsáveis pela regulação de setores específicos da atividade econômica e governamental; ou	III - de forma coordenada com órgãos e entidades públicos responsáveis pela regulação de setores específicos da atividade econômica e governamental; ou	
IV - em cooperação com autoridades de proteção de dados pessoais de outros países, de natureza internacional ou transnacional.	IV - em cooperação com autoridades de proteção de dados pessoais de outros países, de natureza internacional ou transnacional.	

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>Parágrafo único. A fiscalização da ANPD promoverá junto aos titulares de dados e aos agentes de tratamento o conhecimento das normas e das políticas públicas sobre proteção de dados pessoais e das medidas de segurança, de forma a disseminar boas práticas, nos termos da LGPD, sem prejuízo do exercício das competências sancionatórias, quando verificada infração à Lei.</p>	<p>Parágrafo único. A fiscalização da ANPD promoverá junto aos titulares de dados e aos agentes de tratamento o conhecimento das normas e das políticas públicas sobre proteção de dados pessoais e das medidas de segurança, de forma a disseminar boas práticas, nos termos da LGPD, sem prejuízo do exercício das competências sancionatórias, quando verificada infração à Lei e observados os termos desta resolução.</p>	
<p>Art. 16 A atuação fiscalizatória da ANPD observará as seguintes premissas:</p>	<p>A atuação fiscalizatória da ANPD observará as seguintes premissas:</p>	
<p>I - alinhamento com o planejamento estratégico, com os instrumentos de monitoramento das atividades de tratamento de dados e com a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade;</p>	<p>I - alinhamento com o planejamento estratégico, com os instrumentos de monitoramento das atividades de tratamento de dados e com a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade;</p>	
<p>II - priorização da atuação baseada em evidências e gestão de riscos, com foco e orientação para o resultado;</p>	<p>II - priorização da atuação baseada em evidências e gestão de riscos, com foco e orientação para o resultado;</p>	

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
III - atuação integrada e coordenada com órgãos e entidades da administração pública;	III - atuação integrada e coordenada com órgãos e entidades da administração pública;	
IV - atuação de forma responsiva, com a adoção de medidas proporcionais ao risco identificado e à postura dos administrados;	IV - atuação de forma responsiva, com a adoção de medidas proporcionais ao risco identificado e à postura dos administrados;	
V - estímulo à promoção da cultura de proteção de dados pessoais;	V - estímulo à promoção da cultura de proteção de dados pessoais;	
VI - previsão de mecanismos de transparência, de retroalimentação e de autorregulação;	VI - previsão de mecanismos de transparência, de retroalimentação e de autorregulação;	
VII - incentivo à responsabilização e prestação de contas pelos agentes de tratamento;	VII - incentivo à responsabilização e prestação de contas pelos agentes de tratamento;	
VIII - estímulo à conciliação direta entre as partes e priorização da resolução do problema e da reparação de danos pelo controlador, observados os princípios e os direitos do titular previstos na LGPD; e	VIII - estímulo à conciliação direta entre as partes e priorização da resolução do problema e da reparação de danos pelo controlador e operador, observados os princípios e os direitos do titular previstos na LGPD; e	Nos termos do artigo 42, caput, da LGPD, tanto o controlador quanto o operador respondem pelos danos causados em razão do exercício do tratamento de dados.

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
IX - exigência de mínima intervenção na imposição de condicionantes administrativas ao tratamento de dados pessoais.	IX - exigência de mínima intervenção na imposição de condicionantes administrativas ao tratamento de dados pessoais, assegurados os fundamentos, os princípios e os direitos dos titulares previstos na Constituição Federal e nesta Lei, nos limites da LGPD.	Redação similar ao artigo 55-J, §1º, da LGPD.
CAPÍTULO II - DA ATIVIDADE DE MONITORAMENTO		
<p>Art. 17. A Coordenação-Geral de Fiscalização da ANPD realizará o monitoramento das atividades de tratamento de dados, observados os limites previstos nos arts. 3º e 4º da Lei nº 13.709, de 2018, com intuito de:</p> <p>I - planejar e subsidiar a atuação fiscalizatória com informações relevantes;</p> <p>II - analisar a conformidade dos agentes de tratamento no que se refere à proteção de dados pessoais;</p> <p>III - diferenciar o risco regulatório em função do comportamento dos agentes de</p>	II - analisar a conformidade dos agentes de tratamento no que se refere à proteção de dados pessoais, garantindo a confidencialidade das informações obtidas e que forem identificadas como tal.	De alguma forma é importante garantir confidencialidade para informações relevantes e que sejam consideradas sigilosas.

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>tratamento, de modo a alocar recursos e adotar ações compatíveis com o risco;</p> <p>IV - prevenir práticas irregulares e fomentar a cultura de proteção de dados pessoais; e</p> <p>V - atuar na busca da correção de práticas irregulares e da reparação ou minimização de eventuais danos.</p>		
<p>Art. 18. O relatório de análise de ciclo de monitoramento e o mapa de temas prioritários são instrumentos de monitoramento.</p> <p>§ 1º O relatório de análise de ciclo de monitoramento orientará a estratégia de atuação preventiva e repressiva e as medidas a serem adotadas, inclusive ao longo do ciclo seguinte.</p> <p>§ 2º O relatório de análise consolidará as informações obtidas a partir das reclamações, denúncias, representações e notificações de incidentes, bem como a partir de outras fontes de insumos recebidos pela Coordenação Geral de Fiscalização.</p>	<p>Art. 18. O relatório de análise de ciclo de monitoramento e o mapa de temas prioritários são instrumentos de monitoramento, e serão publicados no site da ANPD.</p>	<p>Sugere-se alteração para que fique expressa a publicação do relatório de análise de ciclo de monitoramento e do mapa de temas prioritários da ANPD, em prol dos princípios de transparência e publicidade como regra no que diz respeito à atuação da administração pública.</p>

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>§ 3º O mapa de temas prioritários consolidará os temas que serão considerados pela ANPD para fins de estudo e planejamento da atividade de fiscalização em determinado período.</p> <p>§ 4º O mapa de temas considerará riscos, gravidade, atualidade e relevância.</p>		
<p>Art. 19. O relatório de análise de ciclo de monitoramento, o mapa de temas prioritários e outros dados obtidos pela ANPD contribuirão para a elaboração de diagnóstico que definirá as ações de fiscalização orientadora, de fiscalização preventiva ou de fiscalização sancionadora e o aprimoramento da regulação referente ao ciclo encerrado.</p>		
<p>Art. 20. O mapa bianual de temas prioritários constitui o planejamento da fiscalização proativa e se destina a priorizar a atuação da ANPD, promovendo o alinhamento entre o planejamento estratégico, os temas priorizados e os recursos disponíveis.</p>		

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>Art. 21. A Coordenação-Geral de Fiscalização elaborará o mapa de temas prioritários com o apoio das demais áreas técnicas da ANDP e o submeterá à aprovação do Conselho Diretor, observados os prazos definidos na Agenda de Ciclo de Monitoramento.</p>		
<p>Art. 22. O mapa bianual de temas relevantes indicará os temas que serão objeto de atuação fiscalizatória da ANPD durante sua vigência e englobará:</p> <p>I - a memória do processo decisório do qual decorreu a seleção e priorização dos temas, inclusive as metodologias de priorização empregadas;</p> <p>II - os objetivos a serem alcançados e os parâmetros ou indicadores usados para medir a consecução desses objetivos, quando cabível;</p> <p>III - cronograma de sua execução; e</p> <p>IV - a indicação da necessidade de interação com outros entes ou órgãos da administração pública.</p>		

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
Art. 23. A ANPD se organizará, preferencialmente, por meio de ciclos de monitoramento, que serão definidos na agenda de ciclo de monitoramento.		
Art. 24. A agenda de ciclos de monitoramento conterà a duração do ciclo e os instrumentos de monitoramento e será publicada pela ANPD em seu sítio eletrônico.	Parágrafo único: Sem prejuízo de definição específica da ANPD, o ciclo máximo de monitoramento não terá duração superior a 6 meses.	Há discricionariedade da autoridade para a definição, mas é preciso um prazo máximo de duração para garantir previsibilidade aos administrados.
Art. 23. A ANPD se organizará, preferencialmente, por meio de ciclos de monitoramento, que serão definidos na agenda de ciclo de monitoramento.		
Art. 24. A agenda de ciclos de monitoramento conterà a duração do ciclo e os instrumentos de monitoramento e será publicada pela ANPD em seu sítio eletrônico.	Parágrafo único: Sem prejuízo de definição específica da ANPD, o ciclo máximo de monitoramento não terá duração superior a 6 meses.	Há discricionariedade da autoridade para a definição, mas é preciso um prazo máximo de duração para garantir previsibilidade aos administrados.
Art. 25. O ciclo de monitoramento considerará todas as reclamações, denúncias, representações e notificações de incidentes, bem como outras fontes de insumos recebidos pela ANPD durante		

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
sua vigência relacionados às violações de dados pessoais ou da privacidade.		
<p>Art. 26. Os requerimentos consistentes em reclamações e denúncias serão recebidos em plataforma própria e as representações serão recebidos pelo Sistema Eletrônico de Informação ? SEI ao longo do ciclo de monitoramento.</p>	<p>Art. 26. Os requerimentos consistentes em reclamações e denúncias, assim como as representações, serão recebidas pelo Sistema Eletrônico de Informação (SEI) ao longo do ciclo de monitoramento.</p>	<p>Sugerimos unificar o local para tais procedimentos. Nos parece particularmente importante ressaltar a confiabilidade e acessibilidade do sistema a ser utilizado. Tendo em vista que esse será o mecanismo oficial da autoridade, é importante garantir estabilidade/redundância, tendo em vista prazos etc.</p>
<p>Art. 27. Na admissibilidade das denúncias e representações, a Coordenação-Geral de Fiscalização verificará:</p> <p>I - se o assunto é da competência da ANPD;</p> <p>II - se o requerente se identificou, ou, caso não tenha se identificado, se cabe denúncia anônima;</p> <p>III - se o requerente tem legitimidade para representar;</p> <p>IV - se houve a identificação do agente de tratamento, ainda que apenas a suspeita;</p>	<p>§2º A admissibilidade para o registro de reclamações considerará se ocorreu uma tentativa prévia de solução do problema com o controlador, sem prejuízo dos pressupostos do art. 27, havendo abertura de contraditório ao agente de tratamento, com prazo de dez dias para manifestação nesse sentido.</p> <p>§4º A denúncia anônima será recebida e processada quando não for necessária a identificação do denunciante para a apuração dos fatos, sendo suficiente,</p>	<p>§2º: entende-se relevante garantir contraditório, pontual e bem delimitado, assim como ocorre em agências reguladoras, como Anatel, via ouvidoria.</p> <p>§4º: Sugere-se alteração para supressão da hipótese de admissão de denúncia anônima, alternativa à de desnecessidade de identificação para apuração dos fatos, consistente em “verossimilhança das alegações nela constantes”. Faz-se tal sugestão em razão de o elemento de verossimilhança de alegações ter importante grau de subjetividade. Segundo a sugestão ora apresentada,</p>

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>V - se ocorreu a descrição do fato de forma clara.</p> <p>§ 1º Cumpridos os requisitos dos incisos anteriores, o requerente será informado sobre a admissão de sua denúncia ou representação e a forma de acompanhamento.</p> <p>§ 2º A admissibilidade para o registro de reclamações considerará se ocorreu uma tentativa prévia de solução do problema com o controlador, sem prejuízo dos pressupostos do art. 27 e ocorrerá de forma autodeclarada pelo titular de dados.</p> <p>§ 3º Os requerimentos admitidos integrarão o cálculo dos indicadores do ciclo de monitoramento vigente na data de seu registro nos sistemas da ANPD.</p> <p>§ 4º A denúncia anônima será recebida e processada quando se verificar a verossimilhança das alegações nela constantes e quando não for necessária a identificação do denunciante para a apuração dos fatos.</p>	<p>nestes casos, a indicação de e-mail para contato com o denunciante.</p> <p>§6º Caso a análise conclua pela inadmissibilidade do requerimento, o requerente e o agente de tratamento de dados acionado serão notificados da decisão e esclarecidos quanto à legislação e os motivos do arquivamento, e o procedimento de análise preliminar será arquivado.</p>	<p>remanesceria a hipótese de cabimento de denúncia anônima “quando não for necessária a identificação do denunciante para a apuração dos fatos”, e haveria a necessidade de indicação de algum mecanismo de contato com o denunciante, que ainda assim manteria sua identidade protegida.</p> <p>§6º: Sugere-se alteração do dispositivo para que o agente de tratamento de dados acionado também seja informado acerca de conclusão</p>

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>§ 5º Em caso de apresentação de denúncia de ilícito ou de irregularidade praticados por agentes</p>		
<p>Art. 28. Os requerimentos e as reclamações previstos no art. 26 serão analisadas de forma agregada e as eventuais providências delas decorrentes serão adotadas de forma padronizada.</p> <p>§ 1º A Coordenação-Geral de Fiscalização poderá, excepcionalmente, determinar a análise individualizada de reclamação por meio de decisão motivada, considerando as circunstâncias relevantes do caso e sua potencial repercussão sobre interesses coletivos e difusos.</p> <p>§ 2º O tratamento de requerimentos individuais pela ANPD será endereçado em regulamentação própria.</p>	<p>§ 2º O tratamento de requerimentos individuais pela ANPD será endereçado em regulamentação própria, sendo aplicável a Lei nº 9.784/1999 na ausência de regulamentação específica.</p>	<p>Não ter qualquer definição sobre análises individualizadas, em especial se a ANPD for conduzi-las desde já, ainda que de maneira pontual, pode gerar insegurança jurídica aos administrados. Assim, sugerimos uso da Lei de Processo Administrativo enquanto não houver regra específica definida.</p>
<p>Art. 29. Encerrado o ciclo de monitoramento, a Coordenação-Geral de Fiscalização:</p> <p>I - calculará os indicadores do ciclo de monitoramento;</p>	<p>IV - elaborará Nota Técnica sobre o Ciclo de Monitoramento.</p> <p>§1º O cálculo dos indicadores e a classificação dos agentes de tratamento referidos em requerimentos no período</p>	<p>Em relação ao inciso IV e ao §5º, entendemos estar incorreta a menção ao ciclo de "fiscalização". A norma em nenhum momento define o que seria esse</p>

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>II - classificará todos os agentes de tratamento em faixas;</p> <p>III - analisará os resultados; e</p> <p>IV - elaborará Nota Técnica sobre o Ciclo de Fiscalização.</p> <p>§ 1º O cálculo dos indicadores e a classificação dos agentes de tratamento referidos em requerimentos no período ocorrerão de forma automatizada, obedecendo à metodologia própria.</p> <p>§ 2º A Nota Técnica será composta por relatório, diagnóstico do período e conclusão, e apontará medidas proativas a serem adotadas pela ANPD ao longo do ciclo seguinte de fiscalização.</p> <p>§ 3º A Nota Técnica será submetida à apreciação e à aprovação do Conselho Diretor.</p> <p>§ 4º As propostas apresentadas na Nota Técnica podem indicar outras necessidades de atuação da ANPD, para além de suas competências fiscalizatória ou sancionadora.</p>	<p>ocorrerão de forma automatizada, obedecendo à metodologia própria cujos critérios e procedimentos serão divulgados no site da ANPD, cabendo, ademais, questionamento e pedido de revisão por agente de tratamento de dados que conste da classificação.</p> <p>§ 5º O Conselho Diretor poderá direcionar as medidas previstas em função das informações obtidas no Ciclo de Monitoramento. §6º Uma vez aprovada pelo Conselho Diretor, a Nota Técnica e as considerações do Conselho Diretor acerca das ações a serem tomadas com base nesta serão publicados no site da ANPD.</p>	<p>ciclo, fazendo menção tão somente ao ciclo de monitoramento.</p> <p>§1º: Na linha do disposto no art. 20 da LGPD, sugere-se alteração desse dispositivo para (i) inserir regra de publicidade quanto aos critérios e procedimentos da metodologia automatizada de classificação dos agentes de tratamento de dados; bem como (ii) inclusão da possibilidade de pedido de revisão da classificação, por agente de tratamento de dados que dela conste.</p> <p>§6º: Sugere-se a inserção de §6º no dispositivo para fazer constar a necessidade de publicação da Nota Técnica e das considerações acerca desta pelo Conselho Diretor, no site da ANPD.</p>

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>§ 5º O Conselho Diretor poderá direcionar as medidas previstas em função das informações obtidas no Ciclo de Fiscalização.</p>		
<p>Art. 30. A Coordenação-Geral de Fiscalização, para fins do disposto no inciso II - do Art. 29, classificará os agentes de tratamento em quatro faixas:</p> <p>I - Faixa I: agentes de tratamento para os quais não haverá, de imediato, adoção de medidas;</p> <p>II - Faixa II: agentes de tratamento para os quais a ANPD encaminhará relatório notificando sobre os temas objeto de denúncia ou de reclamação de titulares de dados para que possam adotar ações corretivas;</p> <p>III - Faixa III: agentes de tratamento para os quais a ANPD adotará medidas orientadoras ou preventivas; e</p> <p>IV - Faixa IV: agentes de tratamento para os quais a ANPD adotará medidas preventivas ou repressivas.</p>	<p>§ 1º Os critérios de distribuição dos agentes em faixas serão definidos em portaria expedida pelo Conselho Diretor, a qual será também publicada no site da ANPD. Eliminação do parágrafo terceiro OU redação alternativa: substituir "conveniência e oportunidade" por "mediante decisão fundamentada".</p>	<p>§1º: sugere-se definição de local de publicização para maior garantia de transparência e previsibilidade ao administrado.</p> <p>§3º: A redação deixa muito ampla a possibilidade de não ser considerado o §2º, fazendo referência apenas à conveniência e oportunidade do caso. A avaliação da aplicabilidade desse artigo pode gerar subjetividade e discussões nas esferas administrativa e judicial.</p>

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>§ 1º Os critérios de distribuição dos agentes em faixas serão definidos em portaria expedida pelo Conselho Diretor.</p> <p>§ 2º As medidas repressivas serão adotadas para os agentes de tratamento que permanecerem por dois ciclos consecutivos na Faixa IV.</p> <p>§ 3º A Coordenação-Geral de Fiscalização poderá adotar as medidas repressivas de ofício, independentemente do previsto no §2º, em razão da conveniência e oportunidade do caso.</p> <p>§ 4º As medidas orientadoras, preventivas ou repressivas aplicáveis a cada faixa poderão ser adotadas isolada ou conjuntamente.</p> <p>§ 5º A ANPD considerará a faixa de classificação do agente de tratamento e as medidas adotadas</p>		
CAPÍTULO III - DA ATIVIDADE DE ORIENTAÇÃO		
Art. 31. A ANPD promoverá medidas visando a orientação, conscientização e educação dos agentes de tratamento, dos	Parágrafo único: Ao longo da condução das atividades orientativas, será sempre facultada ao administrado a oportunidade	O objetivo da inserção do parágrafo único é garantir que, no curso dessa atividade preventiva, exista interface constante com

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>titulares de dados pessoais e demais integrantes ou interessados no tratamento de dados pessoais.</p>	<p>de se manifestar e auxiliar no informe da atuação da autoridade.</p>	<p>o administrado - até por ser esse o próprio objetivo da atividade, segundo a exposição da própria ANPD, a fim de gerar conformidade.</p>
<p>Art. 33. Constituem medidas de orientação:</p> <p>I - elaborar e disponibilizar guias de boas práticas e de modelos de documentos para serem utilizados por agentes de tratamento;</p> <p>II - sugerir aos administrados a realização de treinamentos e cursos;</p> <p>III - elaborar e disponibilizar ferramentas de autoavaliação de conformidade e de avaliação de riscos a serem utilizadas pelos agentes de tratamento; e</p> <p>IV - reconhecer e divulgar regras de boas práticas e de governança;</p> <p>V - recomendar:</p> <p>a) utilização de padrões técnicos que facilitem o controle pelos titulares de seus dados pessoais;</p> <p>b) implementação de Programa de Governança em Privacidade; e</p>	<p>Inciso V, inclusão de alínea "d" com a seguinte redação: "a avaliação de conformidade de operações de tratamento de dados pessoais por organismos de certificação, que emitirão selos ou certificados"</p> <p>§1º: supressão</p> <p>§ 2º Os Administrados, ou suas associações representativas, podem sugerir a adoção das medidas de orientação listadas acima, sujeita à avaliação da ANPD, avaliação essa cujos critérios serão definidos em normatização específica.</p>	<p>Considerando sua atividade de orientação, voltada à conscientização e educação dos agentes de tratamento, a ANPD deve contar com os selos e certificações, assim como com os códigos de conduta mencionados na alínea "c", como instrumento para realização de suas atividades de fiscalização. Sugere-se a supressão do §1º, haja vista as medidas já relacionadas nos incisos acima e em prol da segurança jurídica dos administrados.</p> <p>§2º: falta de definição de procedimento para essa atividade pode levar à falta de clareza sobre o que fará uma proposta ser ou não aceita. É inteiramente possível que associações tenham posicionamentos divergentes entre si, em um mesmo setor. Sem um mecanismo bem definido, há receio de que esse procedimento se torne confuso e gere insegurança.</p>

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>c) observância de códigos de conduta e de boas práticas estabelecidas por organismos de certificação ou outra entidade responsável.</p> <p>§ 1º Poderão ser adotadas outras medidas não previstas neste artigo, se compatíveis com o disposto no art. 31.</p> <p>§ 2º Os Administrados, ou suas associações representativas, podem sugerir a adoção das medidas de orientação listadas acima, sujeita à avaliação da ANPD.</p>		
<p>CAPÍTULO IV - DA ATIVIDADE PREVENTIVA</p>		
<p>Art. 34. A atividade preventiva visa reconduzir o agente de tratamento à plena conformidade, e evitar ou remediar situações que acarretem risco ou dano aos administrados.</p>	<p>Parágrafo único: Ao longo da condução das atividades preventivas, será sempre facultada ao administrado a oportunidade de se manifestar e auxiliar no informe da atuação da autoridade.</p>	<p>O objetivo da inserção do parágrafo único é garantir que, no curso dessa atividade preventiva, exista interface constante com o administrado - até por ser esse o próprio objetivo da atividade, segundo a exposição da própria ANPD, a fim de gerar conformidade.</p>
<p>Art. 35. As medidas aplicadas pela Coordenação-Geral de Fiscalização ao</p>		

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
longo da atividade preventiva não constituem sanção ao administrado.		
<p>Art. 36. São consideradas medidas preventivas:</p> <p>I - divulgação de informações;</p> <p>II - aviso;</p> <p>III - solicitação de regularização; e</p> <p>IV - plano de conformidade.</p> <p>§ 1º Poderão ser adotadas outras medidas não previstas neste artigo, se compatíveis com o disposto no art. 34.</p> <p>§ 2º A critério da ANPD, no âmbito do processo preventivo, também poderão ser adotadas medidas de orientação.</p>	Supressão do §1º	Sugere-se a supressão do §1º, haja vista as medidas já relacionadas nos incisos acima e em prol da segurança jurídica dos administrados.
Art. 37. A ANPD publicará portaria com as informações sobre o uso de medidas no âmbito da atividade preventiva.		
Art. 38. A ANPD poderá divulgar dados setoriais agregados e de desempenho em seu sítio eletrônico como medida preventiva ou reparatória, como a taxa de resolução de problemas e pedidos de titulares atendidos.		

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
Parágrafo único. A ANPD poderá determinar ao administrado que divulgue as informações de que trata este artigo		
Art. 39. O aviso para tomada de providências conterà a descrição da situação e informações suficientes para que o agente de tratamento tenha como identificar as providências necessárias.	Parágrafo único: O não atendimento das providências indicadas no aviso enseja o escalonamento da atuação da ANPD para, a seu critério, adotar outras medidas preventivas ou para a atuação repressiva, com a adoção das medidas compatíveis, e poderá ser considerado agravante caso seja instaurado o processo administrativo sancionador.	Nos parece que a não definição da consequência no caso de não cumprimento das providências gera insegurança jurídica. Assim, estamos adotando redação semelhante à indicada nos demais artigos relacionados a medidas preventivas.
Art. 40. A solicitação de regularização destina-se a situações em que a regularização deva ocorrer em prazo determinado e cuja complexidade não justifique a elaboração de plano de conformidade. § 1º Além do prazo para regularização, prorrogável uma única vez por igual período, a solicitação de regularização conterà a descrição da situação e informações suficientes para que o agente	§ 1º Além do prazo para regularização, prorrogável desde que mediante justificativa, a solicitação de regularização conterà a descrição da situação e informações suficientes para que o agente de tratamento tenha como identificar as providências necessárias.	A intenção é gerar alguma flexibilidade, dado que as medidas podem ser de naturezas muito diversas. Portanto ao invés de ser prorrogável por uma única vez, há a possibilidade de prorrogação desde que devidamente justificada.

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>de tratamento tenha como identificar as providências necessárias.</p> <p>§ 2º O agente de tratamento deverá comprovar a regularização dentro do prazo estabelecido.</p> <p>§ 3º O não atendimento da solicitação de regularização enseja o escalonamento da atuação da ANPD para, a seu critério, adotar outras medidas preventivas ou para a atuação repressiva, com a adoção das medidas compatíveis, e poderá ser considerado agravante caso seja instaurado o processo administrativo sancionador.</p>		
<p>Art. 41. O plano de conformidade deverá conter, no mínimo:</p> <p>I - objeto;</p> <p>II - prazos;</p> <p>III - ações previstas para reversão da situação identificada;</p> <p>IV - critérios de acompanhamento; e</p> <p>V - trajetória de alcance dos resultados esperados.</p>	<p>§2º É facultado ao agente de tratamento de dados o direito de manifestar-se face a decisão que lhe determine a adoção de plano de conformidade, inclusive por meio da interposição de recurso, recurso este que terá efeito suspensivo de ofício e será julgado pelo Conselho Diretor da ANPD.</p> <p>§3º Caso não interponha recurso ou caso este seja desprovido, o agente de tratamento deverá comprovar a</p>	<p>Novamente, a participação do administrado no processo é essencial. É importante que lhe seja facultado o direito de manifestar-se, inclusive no sentido de esclarecer por quais razões discorda do plano de conformidade enquanto proposto pela ANPD - seja em relação ao objeto, seja em relação aos prazos, ações previstas, critérios de acompanhamento ou trajetória. Vale ressaltar que esse processo é importante</p>

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>§ 1º O plano de conformidade não exige o agente do cumprimento das obrigações previstas na regulamentação.</p> <p>§ 2º O não cumprimento do plano de conformidade enseja o escalonamento da atuação da ANPD para o processo repressivo, com a adoção das medidas compatíveis, e será considerado agravante caso seja instaurado procedimento sancionador.</p>	<p>regularização dentro do prazo estabelecido.</p>	<p>inclusive para que planos mais condizentes com as atividades de tratamento de cada agente sejam desenhados, cuja implementação seja realmente factível. Por exemplo, é razoável admitir que determinados agentes públicos precisem interagir com a ANPD para esclarecer a factibilidade de seus pedidos.</p>
<p>TÍTULO III - DA APLICAÇÃO DE SANÇÃO</p>		
<p>CAPÍTULO I - DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E SUAS FASES</p>		
<p>Art. 42 O processo administrativo sancionador destina-se à apuração de infrações à legislação de proteção de dados de competência da ANPD, nos termos do artigo 55-J, IV da LGPD, podendo ser instaurado:</p> <p>I - de ofício pela ANPD;</p>	<p>Art. 42 O processo administrativo sancionador destina-se à apuração de infrações à legislação de proteção de dados de competência da ANPD, nos termos do artigo 55-J, IV da LGPD, podendo ser instaurado, por decisão motivada:</p> <p>I - de ofício pela Coordenação-Geral de Fiscalização;</p>	<p>Em primeiro lugar, faz-se necessário que a decisão de instauração seja motivada (princípio da motivação dos atos administrativos). Além disso, o texto sob consulta não é claro sobre os critérios a serem observados na admissibilidade dos requerimentos, tampouco endereça adequadamente os processos em que seja determinada a análise individualizada.</p>

TEXTOS NORMATIVOS	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>II - em decorrência do processo de monitoramento; ou</p> <p>III - diante de requerimento em que a Coordenação-Geral de Fiscalização, após efetuar a análise de admissibilidade, deliberar pela abertura imediata de processo sancionador.</p>	<p>II - em decorrência do processo de monitoramento; ou</p> <p>III - diante de requerimento, que deve ser acompanhado da documentação pertinente e conter a descrição clara, precisa e coerente dos fatos a serem apurados e a indicação dos demais elementos que forem relevantes para o esclarecimento do seu objeto.</p> <p>Parágrafo Único. Na análise individualizada de requerimentos, a decisão da Coordenação-Geral de Fiscalização deverá indicar as circunstâncias relevantes do caso e potencial repercussão sobre interesses coletivos e difusos que justificaram a inaplicabilidade da análise agregada.</p>	<p>Tais obscuridades podem frustrar a ampla defesa dos investigados, além de permitir arbitrariedade na condução do processo.</p>
<p>Art. 43 Não cabe recurso administrativo ou pedido de reconsideração contra o despacho instaurador da autoridade que conclua pela instauração do processo administrativo sancionador</p>	<p>Art. 43. Contra o despacho instaurador do processo administrativo sancionador, caberá pedido de reconsideração, endereçado à Coordenação-Geral de Fiscalização, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, contados da intimação ou notificação da parte interessada do despacho instaurador, quando ausentes os</p>	<p>A ausência da possibilidade de recurso ou pedido de reconsideração da instauração do procedimento administrativo fere a ampla defesa, especialmente considerando que, via de regra, a análise é agregada. Há possibilidade de instauração de processo administrativo com grande impacto ao investigado, sem</p>

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
	<p>pressupostos de admissibilidade do processo sancionatório.</p>	<p>que ele possa recorrer da instauração. Há, ainda, desequilíbrio processual, à medida que cabe recurso por terceiros contra a decisão pelo arquivamento, mas não há possibilidade de recurso do investigado contra a decisão pela instauração. Ainda, há contradição com o previsto no art. 50 da resolução, que diz que o processo administrativo não será aberto se restar demonstrada a suspensão da conduta e a reparação dos danos antes da instauração</p>
<p>Art. 44 O processo administrativo sancionador da ANPD compreende as seguintes fases:</p> <p>I - instauração;</p> <p>II - instrução;</p> <p>III - decisão; e</p> <p>IV - recurso.</p>	<p>Art. 44 O processo administrativo sancionador da ANPD compreende as seguintes etapas:</p> <p>I - juízo de admissibilidade;</p> <p>II- instauração;</p> <p>III - instrução;</p> <p>IV - decisão; e</p> <p>V - recurso.</p>	<p>Inclusão do inciso I em observância ao disposto no artigo 27 da minuta da resolução de fiscalização da ANPD.</p>
<p>Seção I Da Fase de Instauração</p>		
<p>Art. 45 Instaurado o processo administrativo sancionador, na forma do Art. 42. , a ANPD analisará os</p>	<p>Art. 45 A instauração de processo administrativo sancionador de ofício pela Coordenação-Geral de Fiscalização deve</p>	<p>A descrição do que acontece em cada fase é obscura. Ainda que a norma estabeleça 04 fases diferentes, o art. 45</p>

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
documentos e informações constantes dos autos e a necessidade de diligências	<i>ser motivada e acompanhada de descrição clara e precisa dos fatos a serem apurados, assegurado o contraditório.</i>	(que, em teoria, deveria regulamentar a instauração) descreve os procedimentos a serem adotados após o processo já ter sido instaurado. Como não está claro o que acontece em cada etapa, é possível que haja algum nível de arbitrariedade. Não há indicação de qual órgão da ANPD será responsável pela instauração do feito. Além disso, é necessário observar o princípio constitucional do contraditório (art. 5º, LV, da CF).
<p>Art. 46 Após análise, a ANPD poderá arquivar o procedimento, determinar realização de diligências ou lavrar o auto de infração.</p> <p>§ 1º O arquivamento do procedimento será determinado por despacho motivado da autoridade competente e será objeto de notificação ao requerente, que poderá recorrer no prazo de até 10 (dez) dias da notificação ao Conselho Diretor.</p> <p>§ 2º Quando necessário para o esclarecimento da demanda, a ANPD poderá determinar a realização de diligências, conforme disposto na Lei nº</p>	<p>Art. 46 A decisão pela instauração ou arquivamento do processo administrativo sancionador <i>em decorrência do processo de monitoramento ou requerimento cabe à Coordenação-Geral de Fiscalização, após análise motivada dos os documentos e informações constantes dos autos.</i></p> <p>§ 1º Caso necessário, a Coordenação-Geral de Fiscalização pode determinar, em decisão motivada, a realização de diligências complementares, especificando as medidas a serem adotadas e sua pertinência à complementação das informações do</p>	<p>Não há indicação de qual órgão da ANPD será responsável pela instauração do feito, ou clareza sobre os procedimentos e critérios a serem adotados. Não há indicação de como se dará a determinação de diligências complementares. A lavratura de auto de infração, assim como o arquivamento, deve poder ser objeto de recurso. As sugestões visam endereçar tais questões.</p>

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>13.709, de 2018, no Decreto nº 10.474, de 2020, e no Anexo da Portaria nº 1 da ANPD, de 2021.</p> <p>§ 3º Identificados indícios suficientes de condutas infrativas, a ANPD lavrará o auto de infração.</p>	<p>requerimento ou do processo de monitoramento, conforme disposto na Lei nº 13.709, de 2018, no Decreto nº 10.474, de 2020, e no Anexo da Portaria nº 1 da ANPD, de 2021.</p> <p>§ 2º Identificados indícios suficientes de condutas infrativas, a Coordenação-Geral de Fiscalização lavrará o auto de infração, que será objeto de notificação, nos termos do art. 11 Desta Resolução, ao investigado, que poderá apresentar pedido de reconsideração na forma do art. 43 desta Resolução.</p> <p>§3º O arquivamento do procedimento sancionatório será determinado por despacho motivado da Coordenação-Geral de Fiscalização e será objeto de notificação ao requerente, que poderá apresentar recurso, ao Conselho Diretor, no prazo de até 10 (dez) dias úteis da sua notificação.</p>	
<p>Art. 47 No prazo de até dez dias após a ciência da decisão de arquivamento, o Conselho Diretor poderá avocar o processo administrativo.</p>	<p>Art. 47 No prazo de até dez dias após a publicação da decisão de arquivamento no Diário Oficial da União, o Conselho Diretor poderá, em caráter excepcional</p>	<p>Não há especificação dos meios que serão considerados para ciência do Conselho Diretor. Além disso, deve ser assegurado que a decisão de avocação pe medida</p>

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>Parágrafo Único. O membro do Conselho Diretor que se manifestou pela avocação relatará o incidente de avocação e apresentará as razões que fundamentam o pedido.</p>	<p>e por motivos relevantes devidamente justificados, avocar o processo administrativo.</p> <p>Parágrafo Único. O membro do Conselho Diretor que se manifestou pela avocação relatará o incidente de avocação e apresentará as razões que fundamentam o pedido.</p>	<p>excepcional e deve ser motivada, em consonância com o art. 15 da Lei Federal nº 9784, de 1999 e em atenção ao princípio da motivação dos atos administrativos.</p>
<p>Art. 48 O Conselho Diretor, ao decidir o incidente de avocação, poderá:</p> <p>I - confirmar a decisão de arquivamento; ou</p> <p>II - determinar o retorno dos autos à Coordenação-Geral de Fiscalização, para instauração de processo administrativo sancionador.</p>	<p>Art. 48 O Conselho Diretor, ao decidir o incidente de avocação, poderá, de forma fundamentada:</p> <p>I - confirmar a decisão de arquivamento; ou</p> <p>II - determinar o retorno dos autos à Coordenação-Geral de Fiscalização, para instauração de processo administrativo sancionador.</p>	<p>Novamente, há necessidade de que as decisões sejam motivadas, em atenção ao princípio da motivação dos atos administrativos.</p>
<p>Suspensão da Conduta</p>		
<p>Art. 49 O atuado que comprovadamente suspender a conduta investigada e, se cabível, reparar os danos dela decorrentes, poderá ter o processo administrativo arquivado pela</p>	<p>Art. 49 O atuado que comprovadamente suspender a conduta investigada e, se cabível, adotar as providências para mitigar os efeitos da sua conduta, poderá ter o processo administrativo</p>	<p>Com relação à expressão "reparação dos danos" pode gerar controvérsias dada à subjetividade do que seriam os danos e as providências a serem tomadas, além da potencial indeterminação das pessoas</p>

TEXTOS NORMATIVOS	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>Coordenação-Geral de Fiscalização, em decisão motivada.</p> <p>§ 1º O autuado deverá comprovar a reparação por meio de manifestação escrita à ANPD.</p> <p>§ 2º O arrendimento poderá ser exercido até a intimação da decisão de primeira instância.</p> <p>§ 3º É condição para o arquivamento do processo a correção voluntária de todos os efeitos danosos produzidos pelo infrator e eficaz a todos os prejudicados pela conduta descrita no auto de infração.</p>	<p>arquivado pela Coordenação-Geral de Fiscalização, em decisão motivada.</p> <p>§ 1º O autuado deverá comprovar os atos de mitigação dos efeitos da conduta por meio de manifestação escrita à ANPD.</p> <p>§ 2º A suspensão da conduta poderá ser exercida até a intimação da decisão de primeira instância.</p> <p>§ 3º É condição para o arquivamento do processo a correção voluntária de todos os efeitos danosos produzidos pelo infrator e eficaz a todos os prejudicados pela conduta descrita no auto de infração.</p>	<p>naturais afetadas. Além disso, sugerimos a adoção do termo "suspensão da conduta" no lugar de "arrendimento" para, além adequar aos termos utilizados no título e no <i>caput</i> do Art. 49, não gerar confusão sobre o que venha a ser arrendimento na acepção jurídica da palavra.</p>
<p>Art. 50 A ANPD não abrirá processo administrativo se o autuado demonstrar que suspendeu a conduta e reparou os eventuais danos antes da instauração do processo.</p>		
<p>Termo de ajustamento de conduta</p>		
<p>Art. 51 O autuado poderá apresentar à Coordenação-Geral de Fiscalização proposta de celebração de termo de</p>	<p>Art. 51 O autuado poderá, a qualquer momento, apresentar à Coordenação-Geral de Fiscalização proposta de</p>	<p>A inclusão do trecho "a qualquer momento" visa resguardar o direito do autuado de exercer a prerrogativa prevista</p>

TEXTOS NORMATIVOS	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>ajustamento de conduta nos termos do inciso VII, do art. 26 do Decreto nº 10.474, de 26 de agosto de 2020.</p> <p>§ 1º A proposta será submetida ao Conselho Diretor para deliberação, observando-se as disposições do Regimento Interno da ANPD.</p> <p>§ 2º A suspensão do processo terá início após a manifestação de interesse pela ANPD de negociar o termo de ajustamento de conduta.</p>	<p>celebração de termo de ajustamento de conduta nos termos do inciso VII, do art. 26 do Decreto nº 10.474, de 26 de agosto de 2020. § 1º A proposta será submetida ao Conselho Diretor para deliberação, observadas as disposições do Regimento Interno da ANPD.</p> <p>§ 2º A ANPD deverá manifestar seu interesse ou não de negociar o termo de ajustamento de conduta em até 10 (dez) úteis dias após a sua apresentação pelo autuado.</p> <p>§ 3º A suspensão do processo terá início após a manifestação de interesse pela ANPD de negociar o termo de ajustamento de conduta.</p> <p>§4º A ANPD sempre que entender pertinente criará a Comissão de Negociação que será responsável pela fase de negociação do termo de ajuste de conduta, definindo seus objetivos e participantes.</p>	<p>no artigo, independentemente da fase em que se encontrar o processo administrativo. Já a inclusão do §2º tem por objetivo que a ANPD se manifeste em prazo razoável acerca da proposta realizada pelo autuado, visando a razoabilidade da duração do procedimento administrativo e a eficácia dos termos propostos no termo de ajustamento de conduta. Além disso, o § 3º é sugerido tendo por base a PORTARIA Nº 34, DE 28 DE JANEIRO DE 2021, que se mostrou altamente eficaz e produtiva no termo de ajustamento de conduta nos processos administrativos sancionatórios no âmbito da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Como comentário geral, apontamos a necessidade de eventual ajuste na redação deste artigo a depender das características da Comissão de Negociação a ser formada (se em caráter permanente ou em caráter ad doc para cada pedido de TAC).</p>

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>Art. 52 O termo de ajustamento de conduta no âmbito do processo administrativo sancionador seguirá regulamentação própria da ANPD e legislação aplicável.</p>		
<p>Seção II Da Fase de Instrução</p>		
<p>Lavratura do auto de infração</p>		
<p>Art. 53 fase de instrução tem início com a expedição de intimação ao agente de tratamento interessado para apresentar defesa no prazo máximo de dez dias, na forma indicada na intimação.</p>	<p>Art. 53. A fase de instrução tem início com a expedição de intimação ao agente de tratamento interessado para apresentar defesa no prazo máximo de 15 (quinze) dias úteis, na forma indicada na intimação.</p>	<p>Recomendamos a adoção do prazo de 15 dias para que o autuado possuía tempo hábil para formular sua defesa (prazo sugerido com base no Código de Processo Civil, Portaria Procon SP n.57, arts.8º, 13 e 18; e Lei de Processos Administrativos Estadual - L.10.177/98, arts. 44, 47, IV, 63, III).</p>
<p>Art. 54 A ANPD poderá proceder diligências e juntar novas provas aos autos, independentemente da lavratura do auto de infração e do prazo de defesa do autuado, visando à celeridade processual e à mitigação de riscos, assegurado o contraditório.</p>	<p>Art. 54 A Coordenação-Geral de Fiscalização poderá proceder diligências e juntar novas provas aos autos a qualquer tempo, visando à celeridade processual e à mitigação de riscos, garantido o contraditório do investigado no prazo de 10 (dez) dias úteis.</p>	<p>A possibilidade de diligências e juntada de provas "independentemente [...] do prazo de defesa do autuado" fere o contraditório e ampla defesa. Não está claro de que forma haveria a garantia do contraditório na presença de provas disponibilizadas depois de findo o prazo de defesa.</p>

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>§ 1º O interessado poderá juntar as provas que julgar necessárias à sua defesa.</p> <p>§ 2º Quando for necessária a prestação de informações ou a apresentação de provas pelos interessados ou terceiros, serão expedidas intimações para esse fim.</p> <p>§ 3º Não sendo atendida a intimação, a Coordenação Geral de Fiscalização poderá, se entender relevante a matéria, suprir de ofício a omissão, não se eximindo de proferir a decisão.</p> <p>§ 4º A ANPD poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, administrativo ou jurisdicional, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observados o contraditório e a ampla defesa.</p>		
<p>Art. 55 ANPD poderá solicitar ou admitir a participação de interessado com representatividade adequada na condição de terceiro interessado.</p> <p>§ 1º O terceiro interessado terá o prazo de 10 dias para manifestar seu interesse de</p>	<p>Art. 55 A Coordenação-Geral de Fiscalização poderá solicitar ou admitir a participação de terceiro interessado que comprovadamente tenham interesse jurídico no processo administrativo.</p> <p>§ 1º O terceiro interessado terá o prazo de 10 dias úteis para manifestar seu interesse de ingressar no processo contados da sua</p>	<p>Não há clareza sobre os critérios a serem observados para admissão dos terceiros interessados. Isso pode gerar confusão processual e ingresso de agentes que não sejam efetivamente relacionados ao processo ou cujo interesse seja meramente econômico. É preciso que fique claro quais os critérios para</p>

TEXTOS NORMATIVOS	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>ingressar no processo contados da lavratura do auto de infração.</p> <p>§ 2º A pertinência da participação será avaliada considerando o propósito de assuntos que estejam em análise no processo administrativo sancionador.</p> <p>§ 3º A Coordenação-Geral de Fiscalização fará a análise de admissibilidade do terceiro interessado com base em critérios de conveniência e oportunidade.</p> <p>§ 4º Os esclarecimentos do terceiro interessado deverão ser prestados antes da notificação do autuado para apresentar suas alegações finais.</p> <p>§ 5º O terceiro interessado terá acesso aos documentos e peças processuais públicas.</p>	<p>intimação pela Coordenação-Geral de Fiscalização.</p> <p>§2º O pedido de ingresso deverá conter, no momento de sua apresentação, todos os documentos e pareceres necessários para comprovação de suas alegações, sob pena de indeferimento.</p> <p>§ 3º A pertinência da participação será avaliada considerando o propósito de assuntos que estejam em análise no processo administrativo sancionador e considerará eventuais manifestações motivadas de investigados contrários à admissão.</p> <p>§ 4º A Coordenação-Geral de Fiscalização fará a análise de admissibilidade do terceiro interessado com base em critérios de conveniência e oportunidade. § 5º A parte autuada terá o prazo de 10 dias úteis para se manifestar sobre o ingresso do terceiro interessado no processo.</p> <p>§ 6º Os esclarecimentos do terceiro interessado deverão ser prestados antes da</p>	<p>admissão, assim como as formalidades que devem ser apresentadas para consideração. A inclusão do §5º busca resguardar o direito ao contraditório e à ampla defesa do autuado (art. 5º, LV, CF/88).</p>

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
	<p>notificação do atuado para apresentar suas alegações finais.</p> <p>§ 7º O terceiro interessado terá acesso aos documentos e peças processuais públicas.</p>	
Defesa do atuado		
<p>Art. 56 O atuado, se apresentar defesa, poderá alegar todas as matérias que entender pertinentes e deverá esclarecer:</p> <p>I - se é agente de tratamento responsável pelos dados que são objeto do processo administrativo sancionador; caso não seja, indicar, sempre que possível, o agente envolvido;</p> <p>II - se já foram tomadas providências em relação aos fatos descritos no auto de infração, quais providências comprovadas; ou indicar as razões de fato ou de direito que impedem a adoção imediata da providência;</p> <p>III - se há indicação da forma de solucionar o problema, detalhando a forma;</p>	<p>Art. 56 O atuado, se apresentar defesa, poderá alegar todas as matérias que entender pertinentes e deverá esclarecer:</p> <p>I - se é agente de tratamento responsável pelos dados que são objeto do processo administrativo sancionador; caso não seja, indicar, sempre que possível, o agente envolvido;</p> <p>II - se já foram tomadas providências em relação aos fatos descritos no auto de infração, quais providências comprovadas; ou indicar as razões de fato ou de direito que impedem a adoção imediata da providência;</p>	<p>Sugerimos a inclusão da frase no <i>caput</i> para ampliar o rol de matérias que poderão ser alegadas na defesa prévia e não somente as informações exigidas pela ANPD. A demonstração da suspensão da conduta deve ser oportunizada ao atuado expressamente, de forma que a resolução dos efeitos negativos possa ser recompensada, independentemente do momento processual em que se encontre procedimento.</p>

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>IV - se, no fato em questão, existe a participação de operadores ou de outros controladores, identificando-os; e</p> <p>V - as provas que quer apresentar.</p>	<p>III - se há indicação da forma de solucionar o problema, detalhando a forma;</p> <p>IV - se, no fato em questão, existe a participação de operadores ou de outros controladores, identificando-os; e</p> <p>V - as provas que quer apresentar.</p> <p>Parágrafo único. O atuado pode apresentar em sua defesa solicitação do reconhecimento da efetiva suspensão da conduta, na forma do art. 49, que será apreciada pela Coordenação-Geral de Fiscalização em despacho motivado que determinará o arquivamento ou a continuidade da apuração.</p>	
<p>Art. 57 Os pedidos de produção de prova serão analisados pela Coordenação-Geral de Fiscalização e poderão ser indeferidos.</p>	<p>Art. 57 Os pedidos de produção de prova serão analisados pela Coordenação-Geral de Fiscalização e poderão ser indeferidos, se comprovadamente protelatórios, impertinentes ou inúteis ao deslinde da apuração.</p> <p>Parágrafo Único. A parte prejudicada poderá apresentar recurso dotado de efeito suspensivo da decisão que</p>	<p>O indeferimento da produção de prova pode frustrar o direito à ampla defesa do atuado, de forma que é necessário apresentar os critérios objetivos que serão observados para de alguma forma levar ao indeferimento. A inclusão do parágrafo único busca assegurar o direito ao contraditório e à ampla defesa do atuado (art. 5º, LV, CF/88).</p>

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
	<p>indeferir o pedido de produção de provas ao Conselho Diretor da ANPD , no prazo de 10 (dez) dias úteis contados da sua intimação do indeferimento.</p>	
<p>Art. 58 Caso seja deferida a produção de prova pericial, os peritos prestarão compromisso de bem e fielmente desempenhar o seu encargo, observando-se o seguinte:</p> <p>I - a Coordenação-Geral de Fiscalização definirá os requisitos relevantes para a instrução processual e os quesitos a serem respondidos pelo perito;</p> <p>II - o interessado poderá formular quesitos suplementares e requerer esclarecimentos ao perito; e</p> <p>III - a perícia poderá ser realizada por autoridade ou servidor da ANPD, especificamente designado para este fim pelo Conselho Diretor, ou de qualquer órgão público, ou por profissional objeto de Termo de Cooperação previamente celebrado, ou, ainda por profissional especialmente contratado para tal fim,</p>	<p>Art. 58 Caso seja deferida a produção de prova pericial, os peritos prestarão compromisso de bem e fielmente desempenhar o seu encargo, observando-se o seguinte:</p> <p>I - a Coordenação-Geral de Fiscalização definirá os requisitos relevantes para a instrução processual e os quesitos a serem respondidos pelo perito;</p> <p>II - o interessado poderá formular quesitos suplementares e requerer esclarecimentos ao perito, bem como apresentar impugnação ao laudo pericial, no prazo de 10 (dez) dias úteis;</p> <p>III - a perícia poderá ser realizada por autoridade ou servidor da ANPD, especificamente designado para este fim pelo Conselho Diretor, ou de qualquer órgão público, ou por profissional objeto</p>	<p>A inclusão do complemento ao inciso II e do inciso IV busca assegurar o direito ao contraditório e à ampla defesa do autuado (art. 5º, LV, CF/88).</p>

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
sendo possível ao interessado a indicação de assistente-técnico.	de Termo de Cooperação previamente celebrado, ou, ainda por profissional especialmente contratado para tal fim, sendo possível ao interessado a indicação de assistente-técnico; e IV - o interessado poderá apresentar impugnação à nomeação do perito no prazo de 10 (dez) dias úteis.	
Direito a alegações finais		
Art. 59 Se entre a defesa e a instrução processual forem produzidos novos fatos, será facultado prazo de dez dias para manifestação do requerido antes da elaboração do Relatório de Saneamento.	Art. 59 Se, após a instrução processual , forem produzidas novas provas ou houver fato novo, será facultado ao autuado o prazo de 10 (dez) dias úteis para manifestação. Uma vez apresentado o Relatório de Saneamento, será assegurado às partes o direito de apresentação de alegações finais , no prazo de 10 (dez) dias úteis.	A apresentação de alegações finais não deve estar restrita aos casos em que houve juntada de provas depois da defesa. Para garantir o contraditório, o autuado deve ter a prerrogativa de apresentar alegações finais, sempre que desejar.
Relatório de saneamento		
Art. 60 Transcorrido o prazo de defesa, independentemente da sua apresentação, será elaborado relatório de saneamento processual que subsidiará a decisão de primeira instância e o processo será	Art. 60 Transcorrido o prazo de defesa, independentemente da sua apresentação, será elaborado relatório de saneamento processual que subsidiará a decisão de primeira instância e o processo será	A inclusão do trecho em destaque visa garantir o direito ao contraditório e à ampla defesa das partes (art. 5º, LV, CF/88), sem mencionar o respeito ao

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>concluso à Coordenação Geral de Fiscalização para avaliação.</p> <p>§ 1º O relatório de saneamento processual encerra a fase de instrução, salvo se indicar que o processo não está suficientemente instruído.</p> <p>§ 2º Se necessária instrução adicional, a Coordenação Geral de Fiscalização emitirá despacho determinando as diligências a serem realizadas.</p> <p>§ 3º Caso constem no relatório informações que indiquem que o processo está saneado, a Coordenação Geral de Fiscalização dará a fase de instrução por encerrada e o processo passará à fase de decisão.</p>	<p>concluso à Coordenação Geral de Fiscalização para avaliação.</p> <p>§ 1º O relatório de saneamento processual encerra a fase de instrução, salvo se indicar que o processo não está suficientemente instruído.</p> <p>§ 2º Se necessária instrução adicional, a Coordenação Geral de Fiscalização emitirá despacho determinando as diligências a serem realizadas, dando-se ciência às partes.</p> <p>§ 3º Caso constem no relatório informações que indiquem que o processo está saneado, a Coordenação Geral de Fiscalização dará a fase de instrução por encerrada e o processo passará à fase de decisão.</p>	<p>princípio da publicidade dos atos decisórios.</p>
<p>Seção III Da Fase de Decisão</p>		
<p>Art. 61 Finalizada a instrução processual, a Coordenação Geral de Fiscalização proferirá a decisão de primeira instância, cujo resumo será publicado no Diário Oficial da União, e ao autuado será facultado apresentar recurso</p>	<p>Art. 61 Finalizada a instrução processual, a Coordenação Geral de Fiscalização proferirá a decisão de primeira instância, cujo resumo será publicado no Diário Oficial da União, e ao autuado será facultado apresentar recurso</p>	<p>Estamos sugerindo que os prazos sejam contados em dias úteis, com fundamento no art. 212 do CPC.</p>

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>administrativo no prazo máximo de 10 (dez) dias, contados da intimação.</p> <p>Parágrafo único. A decisão será motivada, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, e aplicará a sanção, seguindo os parâmetros e critérios definidos no §1º e incisos do art. 52 da Lei nº 13.708, de 2018.</p>	<p>administrativo no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, contados da intimação.</p> <p>Parágrafo único. A decisão será motivada, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, e aplicará a sanção, seguindo os parâmetros e critérios definidos no §1º e incisos do art. 52 da Lei nº 13.708, de 2018.</p>	
<p>Art. 62 Caso a decisão de primeira instância conclua pela aplicação das sanções administrativas previstas no art. 52 da Lei nº 13.709, de 2018, a intimação prevista no artigo anterior também trará em seu bojo a determinação quanto ao cumprimento da sanção pelo atuado e do respectivo prazo para fazê-lo.</p> <p>Parágrafo único. Transcorrido o prazo para cumprimento da sanção administrativa pecuniária, sem a sua respectiva comprovação, o processo será remetido para cobrança de execução.</p>	<p>Art. 62 Caso a decisão de primeira instância conclua pela aplicação das sanções administrativas previstas no art. 52 da Lei nº 13.709, de 2018, a intimação prevista no artigo anterior também trará em seu bojo a determinação quanto ao cumprimento da sanção pelo atuado e do respectivo prazo para fazê-lo.</p> <p>Parágrafo único. Transcorrido o prazo para cumprimento da sanção administrativa pecuniária, sem a sua respectiva comprovação, o processo será remetido para cobrança de execução, dando-se ciência ao atuado.</p>	<p>A inclusão do ajuste busca assegurar o direito do atuado ao devido processo legal, contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).</p>
<p>Art. 63 Poderão ser reunidos para julgamento conjunto os processos que</p>	<p>Art. 63 Poderão ser reunidos para julgamento conjunto os processos que</p>	<p>A inclusão do § único busca assegurar o direito ao contraditório e a ampla defesa</p>

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles, seja na fase de decisão em primeira instância ou recursal.</p>	<p>possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles, seja na fase de decisão em primeira instância ou recursal.</p> <p>Parágrafo único. Deverá ser aberto prazo para as partes se manifestarem acerca da decisão que determinou o julgamento conjunto dos processos.</p>	<p>do atuado (art. 5º, LV, CF/88), eis que é possível haver razões justas e fundamentadas para a discordância do julgamento conjunto de processos.</p>
<p>Seção IV Da Fase de Recurso</p>		
<p>Recurso ao Conselho Diretor da ANPD</p>		
<p>Art. 64 O interessado será intimado para cumprir a decisão de primeira instância ou interpor recurso administrativo ao Conselho Diretor, como instância administrativa máxima, no prazo de dez dias, contados da intimação da decisão.</p> <p>§ 1º A intimação do atuado encerra a fase de decisão.</p> <p>§ 2º O recurso administrativo deverá ser dirigido à autoridade que proferiu a decisão e deverá ser protocolizado na forma indicada na intimação.</p>	<p>Art. 64 O interessado será intimado para cumprir a decisão de primeira instância ou interpor recurso administrativo ao Conselho Diretor, como instância administrativa máxima, no prazo de dez dias úteis, contados da intimação da decisão.</p> <p>§ 1º A intimação do atuado encerra a fase de decisão.</p> <p>§ 2º O recurso administrativo deverá ser dirigido à autoridade que proferiu a</p>	<p>Estamos sugerindo que os prazos sejam contados em dias úteis, com fundamento no art. 212 do CPC.</p>

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
	decisão e deverá ser protocolizado na forma indicada na intimação.	
Efeito suspensivo		
<p>Art. 65 O recurso administrativo terá efeito suspensivo limitado à matéria contestada da decisão, ressalvadas as hipóteses de justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução da decisão recorrida.</p>	<p>Art. 65 O recurso administrativo terá efeito suspensivo, independentemente de requerimento do interessado, limitado à matéria contestada da decisão.</p> <p>§ 1º. Na hipótese de haver justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução da decisão recorrida, cabará ao Conselho Diretor, em decisão fundamentada, manifestar-se quanto aos efeitos do recebimento do recurso administrativo.</p> <p>§ 2º Da decisão mencionada no parágrafo anterior, cabará pedido de reconsideração no prazo de 5 (cinco) dias úteis.</p>	<p>A inclusão do trecho em destaque visa reforçar que a regra é o recebimento do recurso em seu efeito suspensivo, por analogia ao artigo 1.012, <i>caput</i>, do Código de Processo Civil. Além disso, a regra geral é o efeito suspensivo, cabendo ao órgão recursal dizer quando não for recebido no efeito suspensivo, mediante fundamentação. A ideia é evitar a decisão surpresa.</p>
Recurso não conhecido		
<p>Art. 66 O recurso não será conhecido quando interposto:</p> <p>I - fora do prazo;</p> <p>II - por quem não seja legitimado;</p>	<p>Art. 66 O recurso não será conhecido quando interposto:</p> <p>I - fora do prazo;</p> <p>II - por quem não seja legitimado;</p>	<p>A inclusão do complemento ao inciso II e do inciso IV busca assegurar o direito ao contraditório e à ampla defesa do autuado (art. 5º, LV, CF/88). Além disso,</p>

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>III - após exaurida a esfera administrativa.</p> <p>IV - por ausência de interesse recursal;</p> <p>V - contra atos de mero expediente ou preparatórios de decisões, bem como em face de análises técnicas e pareceres.</p> <p>Parágrafo único. O não conhecimento do recurso não impede a ANPD de rever de ofício o ato ilegal.</p>	<p>III - após exaurida a esfera administrativa.</p> <p>IV - por ausência de interesse recursal;</p> <p>V - contra atos de mero expediente ou preparatórios de decisões, bem como em face de análises técnicas e pareceres.</p> <p>§ 1º O não conhecimento do recurso não impede a ANPD de rever de ofício o ato ilegal.</p> <p>§2º Da decisão que deixar de conhecer o recurso interposto caberá, pelo interessado, recurso dirigido ao Conselho Diretor, no prazo de 10 (dez) dias úteis.</p>	<p>recomendamos indicar na redação da Resolução qual o órgão que fará o exame de admissibilidade do recurso administrativo.</p>
<p>Juízo de reconsideração</p>		
<p>Art. 67 Recebido o recurso administrativo, a Coordenação Geral de Fiscalização poderá reconsiderá-la de forma fundamentada.</p> <p>§ 1º Caso reconsidere totalmente sua decisão, a Coordenação Geral de Fiscalização remeterá o</p>	<p>Art. 67 Recebido o recurso administrativo, a Coordenação Geral de Fiscalização poderá reconsiderá-la de forma fundamentada.</p> <p>§ 1º Caso reconsidere totalmente sua decisão, a Coordenação Geral de Fiscalização remeterá o processo ao</p>	<p>A inclusão deste trecho visa a uma maior harmonização entre os dispositivos desta resolução de fiscalização, bem como garantir ao interessado o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88).</p>

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>processo ao Conselho Diretor para conhecimento, arquivando-o posteriormente.</p> <p>§ 2º O exercício do juízo de reconsideração a que se refere o caput ensejará a expedição de uma nova decisão, a qual opera efeito substitutivo em relação à decisão recorrida, devendo o interessado ser intimado da nova decisão.</p> <p>§ 3º Mantida ou reconsiderada parcialmente a decisão, a Coordenação Geral de Fiscalização remeterá o processo ao Conselho Diretor para prosseguimento.</p> <p>§ 4º Em caso de reconsideração parcial, a decisão deve explicitar a parte reconsiderada, bem como a ratificação dos demais termos da decisão recorrida.</p>	<p>Conselho Diretor para conhecimento, arquivando-o posteriormente.</p> <p>§ 2º O exercício do juízo de reconsideração a que se refere o caput ensejará a expedição de uma nova decisão, a qual opera efeito substitutivo em relação à decisão recorrida, devendo o interessado ser intimado da nova decisão, nos termos dos artigos 61 e 64 desta Resolução.</p> <p>§ 3º Mantida ou reconsiderada parcialmente a decisão, a Coordenação Geral de Fiscalização remeterá o processo ao Conselho Diretor para prosseguimento.</p> <p>§ 4º Em caso de reconsideração parcial, a decisão deve explicitar a parte reconsiderada, bem como a ratificação dos demais termos da decisão recorrida, sendo facultado o prazo de 10 (dez) dias para que o interessado possa realizar o aditamento do recurso administrativo.</p>	
Relatoria		

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>Art. 68 O procedimento de distribuição e processamento do recurso seguirá as regras do Regimento Interno da ANPD.</p>		
<p>Art. 69 Art. 65. O Diretor relator poderá remeter o processo à Assessoria Jurídica para análise e manifestação, nos termos do Regimento Interno.</p> <p>Parágrafo único. O Diretor relator opinará pelo provimento total ou parcial, ou pelo improvimento do recurso, fundamentando seu Voto.</p>	<p>Art. 69 O Diretor relator poderá remeter o processo à Assessoria Jurídica para análise e manifestação, nos termos do Regimento Interno.</p> <p>Parágrafo único. O Diretor relator opinará pelo provimento total ou parcial, ou pelo improvimento do recurso, fundamentando seu Voto.</p>	<p>Apenas para retificação de erro mecânico/material no texto (exclusão de "Art. 65.").</p>
<p>Julgamento do recurso</p>		
<p>Art. 70 Na reunião do Conselho Diretor, o Diretor relator opinará pelo provimento total ou parcial, ou pelo não provimento do recurso, fundamentando seu Voto, e os demais Diretores votarão conforme os fundamentos legais e regulamentares.</p> <p>§ 1º Se da apreciação do recurso puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser intimado para formular suas alegações no prazo máximo de 10 (dez) dias, antes da decisão.</p>	<p>Art. 70 Na reunião do Conselho Diretor, o Diretor relator opinará pelo provimento total ou parcial, ou pelo não provimento do recurso, fundamentando seu Voto, e os demais Diretores votarão conforme os fundamentos legais e regulamentares. § 1º A apreciação do recurso não pode implicar gravame à situação do recorrente.</p>	<p>Recursos não podem piorar a decisão inicial da autoridade, já que a possibilidade de agravamento da situação do recorrente pode desencorajá-los de exercer seu direito a recurso, limitando o exercício de tal direito (vedação ao <i>reformatio in pejus</i>).</p>

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>§ 2º A decisão do Conselho Diretor será publicada na forma da lei, intimando-se os interessados para fins de ciência e cumprimento da decisão, conforme o caso.</p>	<p>§ 2º A decisão do Conselho Diretor será publicada na forma da lei, intimando-se os interessados para fins de ciência e cumprimento da decisão, conforme o caso.</p>	
<p>Seção V Do cumprimento da decisão e da Inscrição na Dívida Ativa</p>		
<p>Art. 71 O processo será encaminhado para a Coordenação Geral de Fiscalização para acompanhamento do cumprimento da decisão, e posteriormente arquivado.</p>		
<p>Art. 72 Concluído o processo, serão adotadas as providências necessárias ao cumprimento da decisão.</p> <p>Parágrafo único. A sanção pecuniária não paga na data de vencimento sujeitará o devedor à inscrição no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (Cadin) e ao encaminhamento dos autos ao órgão competente da Advocacia-Geral da União para inscrição em dívida ativa.</p>		

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p align="center">Seção VI Da Revisão</p>		
<p>Art. 73 Os processos administrativos que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.</p> <p>§ 1º O pedido de revisão será recebido como novo procedimento e autuado em autos próprios, cabendo ao interessado instruir o feito com cópia integral ou dos principais documentos do processo cuja revisão se pleiteia.</p> <p>§ 2º A apresentação de pedido de revisão não suspenderá os efeitos da sanção aplicada por decisão administrativa transitada em julgado, especialmente a adoção das medidas necessárias à constituição, cobrança e execução do crédito não tributário decorrente da aplicação de sanção de multa.</p> <p>§ 3º Da revisão, a Coordenação Geral de Fiscalização fará o juízo de admissibilidade, apontando o</p>	<p>Art. 73 Os processos administrativos que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.</p> <p>§ 1º O pedido de revisão será recebido como novo procedimento e autuado em autos próprios, cabendo ao interessado instruir o feito com cópia integral ou dos principais documentos do processo cuja revisão se pleiteia.</p> <p>§ 2º A falta de instrução do pedido de revisão com cópia integral do processo principal ou de seus principais documentos não gera a nulidade do pedido, devendo o interessado ser intimado para regularizar o feito dentro do prazo de 10 (dez) dias úteis.</p> <p>§ 3º A apresentação de pedido de revisão não suspenderá os efeitos da sanção aplicada por decisão administrativa transitada em julgado, especialmente a</p>	<p>A inclusão de novo parágrafo visa assegurar que a parte será intimada antes que seja declarada qualquer nulidade, em prestígio ao art. 938, § 1º, do CPC</p>

TEXTO NORMATIVO	PROPOSTA DE REDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>atendimento ou não dos requisitos para a revisão, e encaminhará para conhecimento e decisão do Conselho Diretor, apensando o processo principal.</p> <p>§ 4º Da revisão do processo sancionador não poderá resultar agravamento da sanção.</p>	<p>adoção das medidas necessárias à constituição, cobrança e execução do crédito não tributário decorrente da aplicação de sanção de multa.</p> <p>§ 4º Da revisão, a Coordenação Geral de Fiscalização fará o juízo de admissibilidade, apontando o atendimento ou não dos requisitos para a revisão, e encaminhará para conhecimento e decisão do Conselho Diretor, apensando o processo principal.</p> <p>§ 5º Da revisão do processo sancionador não poderá resultar agravamento da sanção.</p>	
<p>Art. 74 A revisão seguirá o mesmo rito do recurso administrativo.</p>		

CONTRIBUIÇÃO DO IBRAC À CONSULTA PÚBLICA CADE N. 02/2020

São Paulo, 08 de agosto de 2020.

Ao

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)

A/C Alexandre Barreto de Souza

Presidente do CADE

Ref.: Contribuição do IBRAC à Consulta Pública CADE n. 02/2020

Primeiramente, o IBRAC parabeniza o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) pela elaboração de um “Guia de Dosimetria de Multas de Cartel”. Essa iniciativa é louvável, pois o desenvolvimento de instituições concorrenciais mais transparentes, responsáveis e, no que for cabível, em sintonia com as melhores práticas internacionais, é relevante tanto para a harmonização internacional do combate a cartéis quanto para a preservação do devido processo e dos direitos fundamentais dos jurisdicionados.

A sistematização da jurisprudência do CADE tem relevância, sobretudo em razão de este órgão ser colegiado, considerando-se que o mandato limitado, temporalmente, de cada membro do Plenário do CADE pode prejudicar a evolução jurisprudencial. Métodos, impressos na forma de guidelines, podem ser uma alternativa útil para que se evite uma desordem decisória, pois a intenção é que os métodos garantam transparência e imparcialidade das decisões, tornando-as, no que for possível, menos desiguais, além de uniformizarem a interpretação da conduta e proporcionarem racionalidade à aplicação da sanção. Para além dos guidelines, também é importante retomar o trabalho de sumular entendimentos do CADE quando a matéria tenha atingido o número suficiente de precedentes, de forma a estabilizar com força vinculante as decisões.

Considerando que a jurisprudência do CADE tem papel fundamental no desenvolvimento institucional do órgão, o IBRAC criou um Grupo de Trabalho específico para se dedicar a esse tema, previamente à divulgação da Consulta Pública CADE n. 02/2020. Nesse sentido, foi possível mapear toda

a jurisprudência da autarquia desde a entrada em vigor da Lei n. 12.529/11 (LDC). Ao longo do texto do guia, nota-se que alguns pontos não parecem estar em linha com seus precedentes majoritários. Esses pontos, nos parece, podem ser aprimorados para a edição do guia definitivo, de forma que ele esteja fundamentado em premissas claras e transparentes, e seja o mais representativo possível da rica experiência jurisprudencial do CADE.

Neste ponto, é importante destacar um desafio relevante identificado durante a análise de todo o conjunto de casos de conduta julgados durante a vigência da LDC. Ao longo da análise, foi possível notar a existência de diversos casos em que elementos relevantes da dosimetria da pena foram tratados como confidenciais, incluindo a própria alíquota, o que dificulta significativamente a análise dos precedentes. Em alguns casos a classificação da conduta em cartel clássico ou difuso foi tratada como confidencial, sendo que o Guia considera este elemento para definição dos ranges de alíquota aplicáveis. A confidencialidade de determinados elementos da dosimetria impede uma análise efetiva do alinhamento dos casos julgados com as linhas traçadas neste Guia, o que pode esvaziar seu caráter norteador. Nesse sentido, além do próprio racional de dosimetria, o Guia deveria também trazer orientações para a análise quanto à confidencialidade deste tipo de informações. Entende-se que principalmente nos casos julgados depois de muitos anos de sua instauração (verificou-se que a maioria dos casos demora mais que 5 anos da instauração para serem julgados) conferir tratamento confidencial para dados de faturamento e outros pode ser prescindível, em benefício da transparência, pois se defasados tais dados já não seriam considerados concorrencialmente sensíveis.

Assim, antes de apresentarmos nossos comentários e sugestões ao “Guia de Dosimetria de Multas de Cartel”, faremos algumas considerações iniciais sobre: (i) a metodologia que norteia essa contribuição; (ii) questões envolvendo a tipificação da conduta de conduta de cartel; e (iii) a necessidade de eventuais ajustes nos demais Guias do CADE.

(i) METODOLOGIA

O trabalho se baseia em levantamento de decisões do CADE envolvendo processos administrativos (PAs) com decisão condenatória e termos de compromisso de cessação (TCCs) julgados a partir da entrada em vigor da Lei n. 12.529/11¹. Tal mapeamento levou em conta as atas das

¹ Referido mapeamento encontra-se anexo a este documento.

sessões de julgamento do CADE publicadas no Diário Oficial da União, e apenas as versões públicas dos votos. Para essa análise específica, foram consideradas apenas decisões em condutas coordenadas, conforme resultados a seguir:

Condutas Coordenadas	PA	TCC	Total
	132 ²	236	368

Fizemos, ainda, um levantamento de condutas unilaterais, porém, visando dar enfoque na Consulta Pública sob exame, trataremos apenas das condutas coordenadas, exceto no item referente à circunstância agravante da reincidência, utilizaremos os resultados que encontramos em relação às condutas unilaterais.

O ponto de partida dessa análise levou em conta um questionário³, que serviu de base para esse Grupo de Trabalho realizar a análise qualitativa das decisões pesquisadas.

O questionário para processos administrativos foi:

Item I - Análise do percentual do artigo 37, I da Lei n. 12.529

- a) Qual foi o percentual imposto?
- b) Qual a justificativa para imposição desse percentual?

Item II - Caráter dissuasório

- a) O CADE, em alguma etapa da formulação da pena, considera a dissuasão como fundamento para fins de aumento do percentual aplicado para o cálculo da multa?
- b) Como?

² Ressalte-se que dentre estes 132 Processos Administrativos, foram identificados casos arquivados ou com nulidade no despacho de instauração ou em que não houve condenação: 08012.011381/2008-91, 08700.009509/2012-84, 08700.001640/2013-84, 08012.001600/2006-61, 08012.013467/2007-77, 08012.000773/2011-20, 08012.000774/2011-74, 08700.009161/2014-97, 08700.003447/2015-40, 08012.008855/2003-11, 08700.004627/2015-49, 08012.002921/2007-64 e 08700.004631/2015-15.

³ Esse questionário teve por referência o questionário utilizado em pesquisa realizada por Flávia Chiquito dos Santos ao analisar a jurisprudência do CADE relativa à aplicação de penas em casos de cartel. SANTOS, Flávia Chiquito dos. “Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

- c) O CADE se preocupa com os critérios de formulação da pena ou é influenciado pelo valor da pena aplicada em outra jurisdição?

Item III - Caráter retributivo

- a) O CADE tentou calcular a vantagem auferida?
b) O CADE justificou por que não calculou a vantagem auferida?
c) O CADE tentou calcular o sobrepreço ou adotou uma estimativa de sobrepreço?
d) O CADE considerou a duração da infração?
e) O CADE aplicou a reincidência?
f) Em qual abrangência?
g) Em qual extensão temporal?

Item IV - Caráter agravante e atenuante

- a) O CADE considerou a individualização das penas em sua decisão?
b) O CADE aumentou a pena com base em circunstâncias agravantes? Qual (is)?
c) O CADE reduziu a pena com base em circunstâncias atenuantes? Qual (is)?

Item V - Obrigações de fazer e não fazer

- a) O CADE impôs alguma obrigação acessória à pena de multa? Qual (is)?

Item VI - Caráter Metodológico

- a) O CADE adotou uma pena base? Com base em algum critério, método ou congênere?
b) O CADE adotou a dosimetria da pena? Com base em algum critério, método ou congênere?
c) O CADE referenciou guidelines e/ou sua própria jurisprudência em sua decisão, no que tange à imposição de sanção?

Questões materiais

- a) O CADE se preocupou em distinguir e/ou definir o tipo de cartel, i.e., como clássico ou difuso?
b) O CADE se preocupou em mencionar se o cartel deve ser analisado pela regra per se, regra da razão ou classificou a infração pelo objeto ou efeito?

O questionário para Termos de Compromisso de Cessação foi:

Item I - Análise do percentual do artigo 37, I da Lei n. 12.529

- a) Qual foi o percentual imposto?
- b) Qual a justificativa para imposição desse percentual?
- c) O CADE adotou como base de cálculo o faturamento registrado no ramo de atividade no ano anterior à instauração do processo ou esse critério foi flexibilizado?
- d) Se houve flexibilização, qual foi o critério adotado?
- e) Qual foi o desconto concedido ao proponente?
- f) Qual a justificativa para a concessão do desconto?
- g) Qual o valor da prestação pecuniária?

Item II - Caráter dissuasório

- a) O CADE, em alguma etapa da formulação da pena, considera a dissuasão como fundamento para fins de aumento do percentual aplicado para o cálculo da multa?
- b) Como?
- c) O CADE se preocupa com os critérios de formulação da pena ou é influenciado pelo valor da pena aplicada em outra jurisdição?

Item III - Caráter retributivo

- a) O CADE tentou calcular a vantagem auferida?
- b) O CADE justificou por que não calculou a vantagem auferida?
- c) O CADE tentou calcular o sobrepreço ou adotou uma estimativa de sobrepreço?
- d) O CADE considerou a duração da infração?
- e) O CADE aplicou a reincidência?
- f) Em qual abrangência?
- g) Em qual extensão temporal?

Item IV - Caráter agravante e atenuante

- a) O CADE considerou a individualização das penas em sua decisão?
- b) O CADE aumentou a pena com base em circunstâncias agravantes? Qual (is)?
- c) O CADE reduziu a pena com base em circunstâncias atenuantes? Qual (is)?

Item V - Obrigações de fazer e não fazer

a) O CADE impôs alguma obrigação acessória à pena de multa? Qual (is)?

Item V - Contribuição Pecuniária Acessória

a) O CADE adotou Cláusula Guarda-Chuva? Com base em qual critério? b) O CADE aplicou Cláusula de Adesão? Com base em qual critério?

Item VI - Caráter Metodológico

a) O CADE adotou uma pena base? Com base em algum critério, método ou congêneres?

b) O CADE adotou a dosimetria da pena? Com base em algum critério, método ou congêneres?

c) O CADE referenciou guidelines e/ou sua própria jurisprudência em sua decisão, no que tange à imposição de sanção?

Questões materiais

a) O CADE se preocupou em distinguir e/ou definir o tipo de cartel, i.e., como clássico ou difuso?

b) O CADE se preocupou em mencionar se o cartel deve ser analisado pela regra per se, regra da razão ou classificou a infração pelo objeto ou efeito?

Por fim, a análise também levou em consideração o documento de trabalho “Benchmarking internacional sobre dosimetria de penalidades antitruste”, publicado pelo CADE em 09 de julho de 2020.

(ii) QUESTÕES ENVOLVENDO A TIPIFICAÇÃO DE CARTEL

Considerando que o “Guia de Dosimetria de Multas de Cartel” prevê dosagens específicas da base de cálculo a depender da tipificação do cartel (i.e., cartel na forma clássica hardcore, cartel em licitação ou outras formas de conduta concertada), seria oportuno que o guia contemplasse a definição desses tipos de condutas e quais elementos essenciais precisam estar presentes para que cada hipótese se tenha por configurada, assim como motivasse essa definição, notadamente com base nos precedentes do próprio órgão. Também seria oportuno que o guia demarcasse melhor as hipóteses de troca de informações pura, distinguindo-as das condutas de cartel em suas diversas formas.

Além disso, seria oportuna também uma previsão expressa no guia sobre a classificação de análise da conduta de cartel, ou seja: com base na

regra per se ou regra da razão; ou como infração pelo objeto ou infração pelos efeitos. É importante que tais conceitos restem esclarecidos, pois “regra per se” não é coincidente com “infração pelo objeto”, embora a jurisprudência do CADE muitas vezes pareça considerá-los sinônimos. Trata-se de classificações emprestadas das jurisdições americana e europeia, respectivamente. Também seria oportuno que o guia detalhasse melhor as consequências jurídicas advindas dessa qualificação: se presunção simples com inversão do ônus da prova, ou se presunção absoluta. Assim, ainda que o CADE adote uma dessas classificações, é imprescindível que uma análise tradicional do mercado objeto da conduta seja realizada, com vistas a tornar a punição mais objetiva e para que seja possível analisar a caracterização ou não de todas as circunstâncias agravantes e atenuantes envolvidas em dada infração, conforme prevê o artigo 45 da LDC, pois a caracterização de algumas dessas circunstâncias só são possíveis se for realizado, ainda que a passos curtos, uma definição de mercado relevante (e.g., inciso IV, do referido artigo - a consumação ou não da infração).

Portanto, classificar a análise da conduta de cartel como regra per se ou infração pelo objeto não deveria significar que essa classificação implica na inexistência de análise, pela autoridade concorrencial judicante, dos contornos do mercado objeto da conduta investigada, uma vez que essas características contribuirão para aplicação de uma punição ideal.

(iii) AJUSTES NOS GUIAS DO CADE

Ressaltamos que com a aprovação da versão final do “Guia de Dosimetria de Multas de Cartel”, os eventuais Guias envolvendo punição de outras condutas anticompetitivas (condutas unilaterais, por exemplo), bem como o Guia de TCC's atualmente em vigor, deverão ser ajustados para que haja um alinhamento entre as premissas desses guias, no que couber.

A seguir, submetemos nossos comentários e contribuições para o aperfeiçoamento da minuta de “Guia de Dosimetria de Multas de Cartel”.

Permanecemos à inteira disposição dessa autarquia para contribuir com este trabalho e demais trabalhos que visem seu desenvolvimento institucional.

Cordialmente,

**Lauro Celidonio
Gomes
dos Reis Neto**
Presidente do IBRAC

Bruno de Luca Drago
Diretor de
Concorrência

**Flávia Chiquito dos
Santos**
Coordenadora de
Cartéis

Participantes do Grupo de Trabalho

Amanda Fabbri Barelli

Anna Binotto

Bernardo Leite

Catarina Lobo Cordão

Catharina Araújo Sá

Clovis Manzoni dos Santos Lores

Daniel Tobias Athias

João Azambuja

Joao Paulo Salviano A. da Costa

José Inacio F. de Almeida Prado Filho

Lílian M. Cintra de Melo

Lucas Colacino

Mylena Augusto de Matos

Patrícia Bandouk Carvalho

CONTRIBUIÇÃO IBRAC AO GUIA DE DOSIMETRIA DE MULTAS DE CARTEL

SUMÁRIO

I. OS 3 PASSOS DO GUIA

1.1. PASSO 1 - BASE DE CÁLCULO E ALÍQUOTA DE REFERÊNCIA

I.1.1 Regra geral (p. 13-14 do guia)

I.1.2 Parametrização com relação ao ano base de faturamento (p. 14-16 do guia)

I.1.3 Parametrização com relação ao faturamento em território nacional/dimensão geográfica afetada (p. 16-18 do guia)

I.1.4 Atualização da base de cálculo (p. 18-20 do guia)

I.1.5 Alíquota de referência (p. 20-21 do guia)

1.2. PASSO 2 - AJUSTES DA ALÍQUOTA COM BASE EM DURAÇÃO DA CONDUTA, AGRAVANTES E ATENUANTES

I.2.1 Duração da conduta

I.2.2 Aplicação de agravantes e atenuantes

I.2.3 Aplicação da Reincidência

I.2.4 Agravantes e atenuantes: potencial ocorrência de bis in idem

I.2.5 Programas de Compliance

1.3. PASSO 3 - COMPARAÇÃO COM OS LIMITES LEGAIS

II. PENAS ÀS PESSOAS JURÍDICAS QUE NÃO EXERCEM ATIVIDADE EMPRESARIAL E ÀS PESSOAS FÍSICAS

11.1. ITEM 2.1.2 DO GUIA DO CÁLCULO DA MULTA PARA PESSOAS JURÍDICAS QUE NÃO EXERCEM ATIVIDADE EMPRESARIAL

11.2. ITEM 2.1.3 DO CÁLCULO DA MULTA PARA PESSOAS FÍSICAS (PFS)

III. PENAS ALTERNATIVAS

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

I. Os 3 passos do Guia

I.1. PASSO 1 - BASE DE CÁLCULO E ALÍQUOTA DE REFERÊNCIA

I.1.1 Regra geral (p. 13-14 do guia)

O Guia faz as seguintes afirmações sobre a regra geral para cálculo das multas:

“[...] a base de cálculo para as multas impostas às condutas colusivas abordadas por este Guia é o faturamento bruto do Representado no ramo de atividade, sendo que este muitas vezes necessita ser adaptado para o faturamento no mercado afetado pela conduta, no ano anterior à instauração do Processo Administrativo.”⁴

“A regra deve ser o uso do faturamento bruto da empresa, sendo que o faturamento do grupo ou conglomerado deve ser a exceção em casos, por exemplo, de utilização de uma empresa “laranja” com faturamento irrisório para praticar condutas que beneficie todo o grupo. Ademais, o uso do faturamento bruto do grupo já foi utilizado em casos concretos quando não se obteve o faturamento da empresa.”⁵

Sobre esse tópico, verificamos, por meio do levantamento jurisprudencial, a presença de diversos casos em que a alíquota ou a base de cálculo foram tratadas como uma informação de acesso restrito. A alíquota, por exemplo, foi tratada como confidencial em pelo menos 17 casos de PAs e em mais de 170 casos de TCCs. A base de cálculo, por sua vez, foi considerada como de acesso restrito em pelo menos 3 (três) casos de PAs e em mais de 24 casos de TCCs. Isso dificulta sensivelmente qualquer análise, uma vez que apenas parte das decisões torna pública todas as informações essenciais para aferir o padrão de dosimetria dos precedentes do Plenário do CADE.

Em paralelo, registra-se também que em pelo menos 32 casos de PAs não foi delimitada a base de cálculo para imposição de multa. Nos últimos 4 (quatro) anos, i.e., no período de 2016 a 2020, apenas 25 dos aproximadamente 40 casos julgados apresentaram informações hábeis a identificar o critério utilizado para definição da base de cálculo de multas. Dentre esses: (i) 13 casos consideraram faturamento, sendo que 5 expressamente consideraram no ramo de atividade, 3 expressamente consideraram o ano anterior à instauração do Processo Administrativo; (ii) em

⁴ Página 13 - 14

⁵ Página 14

3 casos, na ausência de informações sobre faturamento, foi aplicado um valor fixo em UFIR; (iii) em 2 casos, considerou-se a vantagem auferida e (iv) em 1, considerou-se a contribuição pecuniária paga em sede de Termo de Compromisso de Cessação.

Em relação às variáveis propostas no Guia, o CADE considerou, em apenas 5 (cinco) decisões, o ramo de atividade, e com relação ao faturamento do grupo ou conglomerado, este foi considerado em apenas 1 caso.⁶

Nos casos de TCCs, em apenas 38 casos, dos 236 analisados durante todo o período, foi encontrada confirmação da utilização do faturamento no ramo de atividade como base de cálculo. Em pelo menos 3 casos foi considerado o faturamento total, sem menção a qualquer tipo de limitação pelo ramo de atividade, e em pelo menos 1 caso de TCC verificou-se expressamente a utilização do faturamento do grupo econômico das representadas condenadas.

Em outros 81 casos de TCC, o Plenário adotou um “critério flexibilizado”. Os critérios de flexibilização são analisados no item “b” a seguir (“Parametrização com relação ao ano base de faturamento”).

Como se nota, a jurisprudência é bastante diversa, e não parece apontar que os “ramos de atividade” listados na Resolução CADE 3/2012 sejam os critérios majoritariamente adotados nas decisões do CADE sobre essa questão. Principalmente, tal conclusão não resta clara em razão do excessivo número de decisões em que as bases de cálculo e as alíquotas foram omitidas com caráter de confidencialidade, divulgando-se apenas o montante final da multa. Mas parece correto o diagnóstico de que o “ramo de atividade” não é um critério apropriado precisa, na maior parte das vezes, ser adaptado.

Sugestões:

É importante que o CADE apresente em detalhes os critérios e a motivação acerca de a regra geral ser a aplicação do “faturamento bruto referente ao ramo de atividade” ou “faturamento no mercado afetado”, conforme prevê o guia, pois esta regra não está clara, notadamente considerando os precedentes do CADE. O IBRAC entende que é de extrema importância que restem claras as definições dessas variáveis, pois os precedentes do CADE não trazem essas definições com clareza e o guia visa justamente trazer mais transparência e nortear as decisões. O IBRAC entende que a definição tradicional de mercado relevante seria um caminho viável e conhecido das autoridades concorrenciais mundo afora, podendo facilitar esse

⁶ Vide PA n. 08012.004422/2012-79, voto vista.

tipo de definição; adicionalmente, sugere-se que a Resolução CADE 3/2012 também seja revisitada, de modo a formalizar de maneira clara os critérios de sancionamento em linha com as conclusões finais consolidadas no guia.

Ademais, nos termos do guia, o mercado afetado é aquele alvo da conduta, podendo ter havido impacto efetivo ou apenas potencial. Nesse sentido, o IBRAC indaga ao CADE se, em caso de impacto apenas potencial no mercado, caberia enquadrar o caso como sendo de menor potencial ofensivo, ou seja, caracterizando-se como uma circunstância atenuante. Como foi frisado pelo IBRAC nas considerações iniciais, a análise de mercado e das nuances do caso concreto é de extrema importância para fins de punição e individualização da conduta.

Sugere-se, também, que a confidencialidade da base de cálculo e da alíquota se aplique como exceção e não a regra. Conforme apontou a pesquisa jurisprudencial realizada pelo IBRAC⁷, casos de cartel levam cerca de 5 anos para serem julgados, situação na qual os dados de faturamento das empresas utilizados como base para o cálculo, pela sua antiguidade, podem já não ser mais passíveis de confidencialidade.⁸ O Guia de Gun Jumping do CADE, por exemplo, delimita o período de tempo em que dados sensíveis podem se tornar públicos. Nesse sentido, ter orientações objetivas do que seria passível ou não de confidencialidade é imprescindível para que o formato da punição e sua metodologia de cálculo sejam mais claras, resultando em mais transparência e segurança jurídica. A confidencialidade pode se aplicar ao quantum da base de cálculo e/ou da multa, mas os critérios usados devem ser públicos - alíquota, acréscimos, e definição da base de cálculo.

Com vistas a sistematizar os critérios para cálculo da base de cálculo e alíquota, o Guia de TCC possui uma tabela “padrão” que estabelece todos os “passos” / critérios a serem observados no cálculo da multa, podendo servir de referência para o “Guia de Dosimetria de Multas de Cartel”. Ter esse detalhamento pode também contribuir para garantir maior difusão e transparência do racional da dosimetria.

⁷ Vide PA n. 08012.004422/2012-79, voto vista.

⁸ De acordo com a Lei n. 12.527/2011, § 1º do art. 24: “Os prazos máximos de restrição de acesso à informação, conforme a classificação prevista no **caput**, vigoram a partir da data de sua produção e são os seguintes:

I - ultrassecreta: 25 (vinte e cinco) anos;

II - secreta: 15 (quinze) anos; e

III - reservada: 5 (cinco) anos”. (grifado)

1.1.2 Parametrização com relação ao ano base de faturamento (p. 14-16 do guia)

O CADE pode usar base de cálculo alternativa quando entender que o faturamento não é adequado, por exemplo, quando “a empresa já pode ter encerrado suas atividades no período anterior à instauração do processo ou pode ter passado por um crescimento/redução expressivo do mercado.”⁹

“[...] proxy proporcional ao caso concreto, em lista não exaustiva, mas apenas sugestiva:

- (i) o faturamento, no mercado afetado, nos 12 últimos meses da conduta;
- (ii) o maior faturamento anual, no mercado afetado, obtido durante a conduta;
- (iii) a média dos faturamentos, no mercado afetado, durante o período da conduta;
- (iv) o faturamento anual, no mercado afetado, obtido no último ano da conduta;
- (v) o faturamento anual, no mercado afetado, obtido no ano da licitação, em casos de cartel em licitações;
- (vi) a média ponderada dos faturamentos, no mercado afetado, durante o período da conduta (vide Exemplo E)”¹⁰

Importante destacar que a discussão de flexibilização, ou parametrização, do faturamento para cálculo da multa foi encontrada nos casos de TCCs analisados, mas não nos de PAs. Nos casos de PAs, aparentemente, o Plenário do CADE recorria à estipulação do valor da multa direto quando não havia dados de faturamento disponíveis, sem indicação de critério claro para essa estipulação. Nos casos de TCC foram encontradas algumas análises mais detalhadas neste sentido.

Sugestões:

O IBRAC entende que a eventual flexibilização deve ser motivada e equalizada com a punição a ser imposta aos demais Representados no PA. Sugere-se também que a Resolução CADE 3/2012 seja revisitada nesse ponto, de modo a formalizar de maneira clara os critérios de sancionamento em linha com as conclusões finais consolidadas no guia.

⁹ Página 14 do Guia “Dosimetria de multas de cartel”.

¹⁰ Página 14 – 15 do Guia “Dosimetria de multas de cartel”.

1.1.3 Parametrização com relação ao faturamento em território nacional/dimensão geográfica afetada (p. 16-18 do guia)

Em caso de empresas internacionais sem faturamento específico no Brasil ou em casos em que a atuação da empresa é mais ampla que a dimensão geográfica afetada, o Guia sugere as seguintes alternativas:

“(i) ‘faturamento virtual’ no mercado brasileiro, isto é, a projeção do faturamento com base no percentual de participação do mercado brasileiro no volume total do mercado mundial do Representado; o mesmo pode ser feito quando se tem uma dimensão geográfica menor do que a nacional - como, por exemplo, municípios específicos utilizando como base o percentual de participação do mercado local em relação ao volume total no mercado nacional; (ii) outros fatores como, por exemplo, estimativas de vendas indiretas do Representado no mercado nacional ou no mercado afetado, com base em dados de volume, preço médio ou até mesmo dados de importação/exportação disponibilizados por órgãos governamentais ou por bases de dados de confiança no mercado.”¹¹

Novamente, essas considerações do Guia foram verificadas mais intensamente nos casos de TCCs analisados, mas não nos casos de PAs. Foram localizados apenas 3 precedentes em que houve cálculo de faturamento virtual em PAs.¹² Por outro lado, em pelo menos 81 casos houve algum tipo de flexibilização, fosse pelo aspecto geográfico (atuação da condenada era mais ampla geograficamente que o mercado afetado) ou de produto (empresa ofertava outros produtos não afetados pela prática).

Sugestões:

O IBRAC entende que os exemplos de flexibilização trazidos no guia são úteis para nortear e tornar mais previsível a possível punição, apenas atentamos para necessidade de que a flexibilização seja motivada e equalizada com a punição a ser imposta aos demais Representados no PA. Sugere-se também que a Resolução CADE 3/2012 seja revisitada nesse ponto, de modo a formalizar de maneira clara os critérios de sancionamento em linha com as conclusões finais consolidadas no guia.

¹¹ Páginas 16 e 17 do Guia “Dosimetria de multas de cartel”.

¹² Vide Processos Administrativos n. 08012.001029/2007-66, n. 08012.001376/2006-16 e n. 08012.005930/2009-79).

I.1.4 Atualização da base de cálculo (p. 18-20 do guia)

O Guia afirma o seguinte sobre atualização de base de cálculo:

“[...] no momento do estabelecimento da multa é necessário realizar a atualização monetária do referido valor, o que, pela jurisprudência do Cade, é feito aplicando-se a taxa Selic (taxa média ajustada dos financiamentos diários apurados no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para títulos federais).”¹³

Sobre a atualização da base de cálculo, as considerações apresentadas na minuta do Guia endereçam bem a questão com base na prática jurisprudencial já consolidada sobre esse ponto. Assim, não temos comentários sobre esse ponto.

I.1.5 Alíquota de referência (p. 20-21 do guia)

Em resumo, o Guia apresenta o seguinte racional de alíquota:

- (i) Cartel em licitação: 14 a 17%
- (ii) Cartel hardcore: 15 a 20%
- (iii) Outras condutas colusivas: 5 a 8%

De início, é importante reforçar aqui o impacto negativo para a análise de precedentes, devido à elevada quantidade de casos em que a alíquota foi considerada como informação confidencial. De fato, no tocante à análise do racional de alíquota, cumpre destacar que em pelo menos 6 dos 28 casos julgados entre 2012 e 2020 em que a conduta foi classificada, de alguma forma como sendo cartel clássico, as alíquotas aplicadas para pessoas jurídicas foram tratadas como confidenciais, representando mais de 20% dos precedentes relevantes. Tal constatação dificulta sensivelmente uma análise da consistência das conclusões do Plenário do CADE ao longo dos anos.

De acordo com os resultados da análise jurisprudencial, em pelo menos 56 casos de PAs, dos aproximadamente 132 (centro e trinta dois casos) julgados entre 2012 e 2020, o Plenário do CADE não classificou a conduta entre cartel clássico ou difuso. Em pelo menos 7 (sete) casos o Plenário do CADE considerou como sendo cartel clássico, mas sem uma análise detalhada do caso concreto para fundamentar essa classificação. Ou seja, em mais de

¹³ Página 18 do Guia “Dosimetria de multas de cartel”.

30% dos casos analisados a definição da alíquota parece não ter seguido o racional sugerido pelo Guia.

No caso de TCCs, em aproximadamente 153 dos 236 casos analisados não houve classificação da conduta entre cartel clássico ou difuso. Em pelo menos 2 casos essa informação foi tratada como confidencial.

Em relação à definição das alíquotas, destaca-se que o racional sugerido pelo Guia se baseia em critérios que não são pacíficos na análise dos casos julgados.

De fato, em pelo menos 16 cartéis clássicos/hardcore a alíquota ficou abaixo do proposto pelo Guia (multas de 14% a 20%).

No que tange a cartéis em licitação, em pelo menos 8 casos analisados a alíquota variou de 5% a 17%, o que também indica que o intervalo (14% a 17%) definido pelo Guia não se encontra pacificado também no que se refere a cartéis em licitação.

Sugestões:

Como se nota, a jurisprudência não é uniforme em relação às alíquotas impostas aos cartéis clássicos ou difusos. Portanto, o IBRAC recomenda que o CADE justifique a racionalidade de escolha desses percentuais para esses tipos de condutas (por exemplo, se foi pautada em algum estudo), assim como torne a definição dessas condutas detalhadas e claras, pois em relação ao cartel difuso e à troca de informações sensíveis, por exemplo, há diferenças substantivas que devem ser apresentadas no guia.

Além disso, o IBRAC não concorda que o guia preveja uma alíquota mínima para esses tipos de cartéis, apenas a alíquota máxima.

Especificamente em relação ao cartel em licitação, igualmente, é preciso que o CADE fundamente a racionalidade de um percentual tão elevado, notadamente considerando que há estudos que apontam que o potencial sobrepreço de cartéis em licitações é menor em comparação a outros tipos convencionais de cartéis.¹⁴

¹⁴ Cf. CONNOR, John M.; LANDE, Robert H. How High Do Cartels Raise Prices: Implications for Reform of the Antitrust Sentencing Guideline. **Tulane Law Review**, v. 80; **American Antitrust Institute Working Paper**, n.

01-04. 2005. Disponível em:

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=787907>. Acesso em: 23 nov.

2013. Cf. CONNOR, John M.; BOLOTOVA, Yulija V. Cartel Overcharges: Survey and Meta-Analysis. **International Journal of Industrial Organization**, v. 24, 1 mar. 2005. Disponível em:

Ainda quanto ao cartel em licitação, o IBRAC entende que este tipo de cartel poderia ser um tipo acessório àqueles com classificação quanto à gravidade (i.e., cartel difuso ou clássico). Isto é, os cartéis quanto à gravidade poderiam ser denominados como um “tipo principal”, ao passo que os demais tipos poderiam ser tratados como “tipos acessórios” do principal. Isto porque os cartéis clássicos como um “tipo principal”, por exemplo, podem se enquadrar, cumulativamente, em outros “tipos acessórios”, i.e., podem ser: clássicos e explícitos ou tácitos; clássicos e nacionais ou internacionais; clássicos e de preços ou de alocação de mercados; clássicos e de compra ou de venda; clássicos e em licitações, etc. Nesse caso, os tipos acessórios poderiam servir como embasamento de alguma circunstância agravante ou atenuante em vez de haver uma pena base pré-definida para esse tipo de infração.

De se destacar, ainda, que vários cartéis em licitação são apurados em um só certame licitatório, isolado, sem que exista realmente um conluio entre os membros do cartel para atuação conjunta em várias licitações. E em vários casos o cartel apontado teria envolvido apenas parte dos licitantes, o que certamente reduz substancialmente sua gravidade. Necessário, portanto, que a atenuante seja reduzida em tais casos.

1.2. PASSO 2 - AJUSTES DA ALÍQUOTA COM BASE EM DURAÇÃO DA CONDUTA, AGRAVANTES E ATENUANTES

1.2.1 Duração da conduta

A versão preliminar do Guia de Dosimetria de Multas de Cartel estabelece que a duração da conduta deve ser levada em consideração na definição da alíquota. Nesse sentido, propõe que seja aplicado à alíquota um adicional de 0,5 pontos percentuais (p.p.) por ano adicional de conduta, considerando que na alíquota de referência já estaria computado um ano de conduta. Ainda segundo o guia, período inferior a um semestre seria equivalente a ano, ao passo que período superior a um semestre e inferior a um ano seria computado como um ano completo.

A partir dessa proposta, o IBRAC realizou uma análise dos casos julgados pelo CADE com o objetivo de verificar se o adicional de 0,5 pontos percentuais (p.p.) à alíquota por ano adicional de conduta está em consonância com a jurisprudência do Conselho. Para tanto, analisou tanto multas aplicadas

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=788884. Acesso em: 23 nov. 2013.

em condenação de cartéis, quanto contribuições pecuniárias negociadas no âmbito de Termos de Compromisso de Cessação homologados pelo Tribunal. A análise desses casos trouxe à tona outras questões relevantes no que diz respeito aos reflexos da duração da conduta na dosimetria da multa, as quais serão expostas a seguir.

Acréscimos decorrentes da duração da conduta

Em um volume expressivo de casos, os parâmetros utilizados para a definição de acréscimo decorrente do tempo de participação na conduta foram mantidos em acesso restrito (tema que será abordado mais adiante).

Considerando os casos em que tais parâmetros ficaram públicos, o IBRAC identificou que os acréscimos aplicados pelo CADE variaram ao longo dos anos. No entanto, foi possível identificar que um parâmetro tem prevalecido nos últimos 4 anos: o acréscimo à alíquota de 0,1% por ano de participação na conduta.

De fato, desde que começou a ser aplicado em meados de 2016, esse parâmetro foi utilizado em cerca de 77% dos Processos Administrativos e TCCs em que se deu publicidade ao acréscimo aplicado à multa especificamente em razão da duração da conduta. Nos outros 23% dos casos, foram aplicados, de forma isolada, outros acréscimos variados.

Ou seja, a proposta do Guia de adicionar 0,5 pontos percentuais (p.p.) à alíquota por ano adicional da conduta não parece encontrar respaldo nos precedentes do Conselho, e define adicional mais gravoso do que aquele encontrado majoritariamente na jurisprudência do Conselho. Tendo em vista o esforço de análise desempenhado pelo IBRAC e a conclusão de que, no que diz respeito à duração da conduta, a versão preliminar do Guia de Dosimetria de Multas de Cartel não corresponde à prática do CADE, sugerimos que o Guia refira-se aos percentuais estabelecidos na maioria dos precedentes, de 0,1% por ano de participação na conduta. Como se trata de variável sancionadora, não deveria haver arredondamento para cima, em prejuízo do representado: período inferior ao ano deveria ser desprezado, e o adicional computado apenas para cada ano integral de participação que for completado.

Nesse ponto, será ainda fundamental que o período de participação na conduta de cada representado esteja inquestionavelmente provado nos autos, por meio de elementos de participação concreta e individual daquele representado: o adicional não deverá ser aplicado de forma genérica, mas sim individualizada para cada representado, e somente pode ser considerada período de participação aquele em que exista evidência de intervenção específica e direta de cada representado na conduta.

Menções genéricas à duração da conduta no contexto da dosimetria da multa

Verifica-se que a versão preliminar do Guia endereça a duração da conduta em seção específica, denominada “Ajuste da alíquota com base na duração da conduta”. No entanto, o documento também faz menção ao tempo de participação na conduta como agravante relacionada à gravidade da infração, aos efeitos negativos produzidos no mercado e à vantagem auferida.

Analisando os PAs e TCCs que passaram pelo Tribunal do CADE desde 2012, verificou-se que uma quantidade considerável dos casos que endereçaram a duração da conduta no âmbito da dosimetria também a mencionam no contexto das agravantes e atenuantes do art. 45 da Lei nº 12.529/2011, inserindo-a nos mais variados incisos. No entanto, o fazem de forma genérica, sem atribuir acréscimos específicos à alíquota.¹⁵

Nesse aspecto, e considerando que o Guia propõe um acréscimo específico à alíquota em razão da duração da conduta, não está claro se a duração será numericamente considerada em mais de uma variável do cálculo da multa - o que não pode acontecer. Tal questão deve ser esclarecida no Guia, com a alocação da duração da prática em apenas um dos momentos do rito de dosimetria, sob pena de caracterização de bis in idem.

Atenuante de curtíssima duração da conduta

Em seu Guia de negociação de TCC, o CADE lista algumas hipóteses de atenuantes a serem consideradas em casos de cartel. Nesse contexto, cita a atenuante de curtíssima duração da conduta. A versão preliminar do Guia de Dosimetria, no entanto, não faz qualquer menção a essa atenuante.

Para que o CADE consiga dar maior transparência às suas ações e decisões, conforme recomenda a OCDE, é necessário que, não apenas a autoridade elabore os Guias atinentes às práticas, mas que exista harmonia entre seus documentos. O cálculo da multa esperada em TCC corresponde ao montante financeiro decorrente da aplicação hipotética, ao caso em análise, do disposto no art. 37 da Lei 12.529/2011. Desse modo, é preciso que o Guia de Dosimetria reflita também a atenuante de curtíssima duração da conduta,

¹⁵ Esse foi o caso de 51% dos Processos Administrativos e Termos de Compromisso de Cessação que passaram pelo Tribunal desde 2012 e mencionaram a duração da conduta no âmbito da dosimetria. No entanto, esse tratamento genérico foi observado de forma mais frequente no âmbito de Processos Administrativos, havendo um cuidado maior com o parâmetro do acréscimo atribuído em razão do tempo de participação na conduta em sede de Requerimentos de TCC.

tal qual exposta no Guia de TCC, para que não haja incoerência interna entre as diretrizes da autoridade.

Parâmetros mantidos em acesso restrito

Uma última questão a ser considerada diz respeito ao volume significativo de casos em que se deu tratamento confidencial aos parâmetros utilizados para a definição e aplicação de acréscimo decorrente da duração da conduta.

Essa prática, inclusive, parece ter sido mais frequente nos últimos anos. Se considerarmos os últimos 4 anos, mais de 60% dos casos em que houve um acréscimo específico em razão do período de participação na conduta conferiu tratamento inteiramente confidencial ao parâmetro utilizado na definição desse acréscimo. Tal fato impede que a sociedade tenha pleno conhecimento da jurisprudência do Conselho a respeito do tema, causando insegurança jurídica.

Vale ressaltar que o IBRAC entende a preocupação do Conselho de manter confidenciais valores que possam ser utilizados para aferir o faturamento das partes envolvidas. No entanto, é completamente possível que o CADE dê publicidade ao parâmetro utilizado na definição do acréscimo (por exemplo, 0,1% por ano de duração da conduta) sem divulgar o acréscimo total aplicado ou a alíquota resultante, resguardando, assim, o sigilo de informações sensíveis. Também dados históricos de faturamento com mais de cinco anos não parecem gerar preocupações, de forma que as bases de cálculo também poderiam ser divulgadas se além desse período.

Nesse sentido, o IBRAC considera fundamental que tais parâmetros sejam disponibilizados ao público, para dar transparência à definição das multas aplicadas pelo CADE e garantir maior segurança jurídica à comunidade antitruste e à sociedade em geral.

Sugestões:

Com base em todo o exposto, em relação à duração da conduta, o IBRAC respeitosamente sugere que:

- Se o Conselho entende que há necessidade de definir um acréscimo específico à multa em razão da duração da conduta, que seja adotado o acréscimo de 0,1% à alíquota por ano de participação na conduta, seguindo a jurisprudência do Conselho. Não obstante, caso decida pela aplicação do acréscimo de 0,5% por ano adicional da conduta, que apresente os fundamentos para a mudança da jurisprudência e se comprometa a não aplicar tal entendimento de forma retroativa. Em qualquer dos casos, não deve haver arredondamento para cima,

em prejuízo do representado: período inferior ao ano deveria ser desprezado, e o adicional computado apenas para cada ano integral de participação que for completado.

- Seja esclarecido no Guia que a duração da conduta (i) deve ser aferida de forma individualizada para cada investigado, com base nos elementos concretos presentes nos autos que atestem sua participação direta e concreta na conduta; e (ii) não será contabilizada em mais de um momento ou em mais de uma variável do cálculo da multa, de forma se evitar eventual bis in idem;
- Seja incluída orientação no Guia no sentido de sempre se dar publicidade ao parâmetro utilizado para ajustar a alíquota com base na duração da conduta, com o objetivo de dar transparência às decisões da autoridade; e
- Seja incluída no Guia a atenuante de curtíssima duração da conduta, para garantir harmonia entre os Guias do CADE.

1.2.2 Aplicação de agravantes e atenuantes

De forma a verificar se o guia efetivamente reflete as práticas do Tribunal, o levantamento jurisprudencial realizado pelo IBRAC constatou que em 116 PAs dos 132 analisados, as circunstâncias agravantes e atenuantes foram consideradas de alguma forma nas decisões condenatórias. A análise de cada elemento específico previsto em lei foi distribuída da seguinte forma:

- (i) a gravidade da infração foi considerada 116 vezes (100% desses casos);
- (ii) a boa-fé do infrator foi considerada 114 vezes (98,3%);
- (iii) a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator foi considerada 111 vezes (95,7%);
- (iv) a consumação ou não da infração foi considerada 116 vezes (100%);
- (v) o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros foi considerada 113 vezes (97,4%);
- (vi) os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado foram considerados 112 vezes (96,6%);
- (vii) a situação econômica do infrator foi considerada 114 vezes (98,3%); (viii) reincidência foi considerada 115 vezes (99,1%).

Em outras palavras, há volume significativo de casos em que o Tribunal examinou os parâmetros previstos em lei por meio de inferências e presunções, sem que determinada agravante ou atenuante tivesse sido realmente caracterizada à luz das especificidades do caso concreto. Dito de outro modo, ao contrário das recomendações de análise pormenorizada e individualizada, as decisões limitam-se a tecer comentários gerais e abstratos. Tal uso de inferências para a caracterização dos elementos agravantes/atenuantes foi identificado em ao menos 51 (43%) dos casos analisados.

O uso de presunções sem que fossem considerados os elementos de prova produzidos nos autos parece estar particularmente relacionado a três elementos agravantes/atenuantes: efeitos econômicos da conduta¹⁶, boa-fé¹⁷ e gravidade da infração¹⁸. E, para esses três elementos, as presunções parecem estar, de forma geral, relacionadas a um entendimento de que a mera comprovação de existência de um cartel seria também suficiente para a aplicação de agravantes de pena por efeitos econômicos negativos ao mercado, má-fé do agente e maior gravidade da infração.

Como destacado inicialmente, a análise do caso concreto e das características do mercado envolvido pela conduta é imprescindível para que a análise das circunstâncias agravantes e atenuantes sejam mais ordenadas.

Análise Individualizada dos Elementos Agravantes/Atenuantes

O Guia reitera que, sempre que possível, devem ser evitadas análises em caráter genérico “para todos os membros do cartel”, devendo os elementos de dosimetria serem considerados de forma individualizada, visto que “em uma mesma conduta os níveis de culpabilidade dos condenados não necessariamente serão os mesmos”¹⁹. Tendo em vista a importância da individualização das condutas quando da análise dos referidos elementos, é necessária a identificação de como foram percebidos os agravantes ou atenuantes para cada Representado separadamente.

Contudo, dos 132 PAs analisados, não houve individualização no momento da aplicação de agravantes e atenuantes em aproximadamente 72% ou 95 casos. De forma contrária aos preceitos do Guia, o Tribunal também justifica uma ausência de individualização das agravantes e atenuantes por

¹⁶ Processo administrativo n. 08700.004073/2016-61

¹⁷ Processo administrativo n. 08012.001273/2010-24

¹⁸ Processo administrativo n. 08012.000432/2005-14

¹⁹ Página 22 da minuta preliminar do Guia de Dosimetria de Multas de Cartel.

Representado sob o argumento de que isso iria de encontro ao princípio da isonomia, visto que todos participaram da mesma conduta²⁰. Ou seja, há casos em que se defende explicitamente a aplicação de parâmetros gerais e sem qualquer tipo de individualização. Portanto, o ideal é que haja a individualização das agravantes e atenuantes de cada Representado.

Efeito dos elementos de dosimetria na alíquota imposta

A partir da pesquisa jurisprudencial realizada foi possível constatar que em raros casos é possível identificar o efeito dos elementos agravantes/atenuantes sobre a alíquota final aplicada a agentes condenados. Em 115 casos analisados (96,6%), o voto vencedor não indica, de qualquer forma, a dosagem das agravantes e/ou atenuantes, não havendo qualquer tipo de construção metodológica da autoridade sobre a questão.

Um dos únicos casos em que foi possível identificar, em alguma medida, a mensuração dos efeitos dos elementos agravante/atenuante é o PA n. 08012.011791/2010-56, no qual, ao deliberar sobre o elemento “gravidade da infração”, entendeu-se que o fato de a conduta ter sido praticada em dois mercados implicaria gravidade, tendo sido aplicado aumento da multa em 1%:

Como o caso concreto abrange dois mercados relevantes e há agentes que atuam em ambos, entendo que os agentes que combinaram preços em ambos os mercados devem ser submetidos a um aumento de 1% na multa, tendo em vista o aumento dos efeitos potenciais decorrente dessa dupla atuação²¹.

Isso é, em um dos poucos casos em que se tratou dos impactos de uma suposta agravante ou atenuante, o impacto sequer foi sobre a alíquota, mas sim sobre o valor da multa como um todo.

Assim sendo, é essencial que o Guia enfatize a necessidade de que as decisões do Tribunal tornem mais transparente o processo de dosimetria da pena, especialmente para que os efeitos individuais e totais de cada um dos elementos agravantes e atenuantes sobre a alíquota referência sejam expostas de forma inequívoca, a fim de preservar a individualização de pena justificada, e permitir o adequado contraditório e direito à ampla defesa de todos os representados.

²⁰ Vide, por exemplo, o voto do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos PA n. 08012.008821/2008-22 (julgado em 2016).

²¹ Voto do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior.

Portanto, é essencial que haja previsão no guia sobre a dosagem das agravantes e atenuantes, visando maior transparência e objetividade no método para imposição dessas circunstâncias. A título exemplificativo, vale mencionar a metodologia utilizada para aplicação de multas previstas na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013).

A Lei Anticorrupção, tal como a Lei da Concorrência, prevê, em seu art. 7º fatores agravantes e atenuantes que deverão ser considerados pelas autoridades quando da aplicação de multas:

Lei Anticorrupção	Lei da Concorrência
<p>Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:</p> <p>I - a gravidade da infração;</p> <p>II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;</p> <p>III - a consumação ou não da infração;</p> <p>IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;</p> <p>V - o efeito negativo produzido pela infração;</p> <p>VI - a situação econômica do infrator;</p> <p>VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;</p> <p>VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;</p> <p>IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados;</p> <p>e</p>	<p>Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração:</p> <p>I - a gravidade da infração;</p> <p>II - a boa-fé do infrator;</p> <p>III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;</p> <p>IV - a consumação ou não da infração;</p> <p>V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;</p> <p>VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;</p> <p>VII - a situação econômica do infrator; e</p> <p>VIII - a reincidência.</p>

Em que pesem as semelhanças e correlação entre determinados elementos, o § único do art. 7º da Lei

Anticorrupção prevê que: “Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal”.

Essa regulamentação veio na forma do Decreto n. 8.420/2015 cujos arts. 17 e 18 estabelecem normativamente o peso de cada agravante e atenuante na definição da alíquota para a aplicação da multa, observados os valores mínimos e máximos previstos no art. 6^o²² (0,1% a 20%):

Agravantes - art. 17	Atenuantes - art. 18
Art. 17. O cálculo da multa se inicia com a soma dos valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos:	Art. 18. Do resultado da soma dos fatores do art. 17 serão subtraídos os valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos:
I - um por cento a dois e meio por cento havendo continuidade dos atos lesivos no tempo;	I - um por cento no caso de não consumação da infração;
II - um por cento a dois e meio por cento para tolerância ou ciência de pessoas do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica;	II - um e meio por cento no caso de comprovação de ressarcimento pela pessoa jurídica dos danos a que tenha dado causa;
III - um por cento a quatro por cento no caso de interrupção no fornecimento de serviço público ou na execução de obra contratada;	III - um por cento a um e meio por cento para o grau de colaboração da pessoa jurídica com a investigação ou a apuração do ato lesivo, independentemente do acordo de leniência;
IV - um por cento para a situação econômica do infrator com base na	IV - dois por cento no caso de comunicação espontânea pela pessoa

²² Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

Agravantes - art. 17	Atenuantes - art. 18
apresentação de índice de Solvência Geral - SG e de Liquidez Geral - LG superiores a um e de lucro líquido no último exercício anterior ao da ocorrência do ato lesivo;	jurídica antes da instauração do PAR acerca da ocorrência do ato lesivo; e
V - cinco por cento no caso de reincidência, assim definida a ocorrência de nova infração, idêntica ou não à anterior, tipificada como ato lesivo pelo art. 5º da Lei n. 12.846, de 2013 , em menos de cinco anos, contados da publicação do julgamento da infração anterior; e	V - um por cento a quatro por cento para comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV.
<p>VI - no caso de os contratos mantidos ou pretendidos com o órgão ou entidade lesado, serão considerados, na data da prática do ato lesivo, os seguintes percentuais:</p> <p>a) um por cento em contratos acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);</p> <p>b) dois por cento em contratos acima de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais);</p> <p>c) três por cento em contratos acima de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais);</p> <p>d) quatro por cento em contratos acima de R\$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais); e</p> <p>e) cinco por cento em contratos acima de R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais).</p>	

A aplicação e definição das circunstâncias agravantes e atenuantes previstas no art. 45 da LDC

O Guia também apresenta, em seu item 2.1.1.4, sugestões de interpretação dos diferentes elementos de dosimetria elencados no art. 45, valendo-se de ressalva a respeito da possibilidade de interpretação alternativa mais adequada aos casos concretos. O IBRAC apresenta abaixo comentários à interpretação e uso desses diferentes elementos, conforme apurado em revisão das decisões do Tribunal.

Inciso I: Gravidade da Infração

O Guia orienta a interpretação desse elemento direcionada a uma análise individualizada da participação de cada Representado na conduta (se houve papel de liderança, uso de coação, ou mesmo uma participação reduzida), podendo ser aplicado tanto como agravante quanto como atenuante.

Essa orientação proposta pelo Guia é muito importante e oportuna, uma vez que a revisão da jurisprudência realizada pelo IBRAC identificou que a vasta maioria das decisões do Tribunal relacionou a gravidade da conduta à própria prática de cartel, sem tal avaliação apropriada, com base em elementos concretos, que o Guia adequadamente propõe. Veja-se, por exemplo, os seguintes trechos de análises realizadas pelo Tribunal acerca do elemento agravante/atenuante “gravidade da infração”:

Gravidade da infração: o cartel se apresenta como a prática anticompetitiva mais grave, por corromper inteiramente a livre concorrência, bem como por criar uma simulação de competitividade, o que gera danos imensos ao mercado, exigindo tratamento rígido por parte da autoridade. (Processo administrativo n. 08700.005615/2016-12)

Considerando que as condutas horizontais são as que geram maior lesividade à concorrência nos mercados afetados, com evidentes efeitos econômicos negativos ao mercado e consumidores, não há como negar a gravidade das condutas atribuída às Representadas. (Processo administrativo n. 08012.004674/2006-50)

I. a gravidade da infração: trata-se de conduta anticoncorrencial hard core e, portanto, extremamente grave. (Processo administrativo n. 08012.002959/1998-11)

A maior reprovabilidade dos cartéis dentre as diferentes condutas anticoncorrenciais já são endereçadas pelo Tribunal ao estabelecer as alíquotas de referência em passo anterior às agravantes/atenuantes no processo de dosimetria de penas (item 2.1.1.2 do Guia). Logo, como exposto acima, o fato de que a própria natureza da conduta também esteja sendo utilizada como

elemento agravante na dosimetria de pena parece constituir *bis in idem*. A “gravidade” da infração a ser considerada na dosimetria deve ser ancorada em elementos concretos e específicos, devidamente comprovados nos autos.

Inciso II: Boa-fé do infrator

Em relação ao elemento “boa-fé do infrator”, o Guia indica três possíveis dimensões a serem analisadas para determinação da boa-fé (atenuante) ou má-fé (agravante) do Representado: (i) conhecimento da ilicitude da conduta, (ii) a essencialidade do mercado afetado (infrações no setor de saúde, por exemplo, poderiam demonstrar uma má-fé do agente), (iii) a colaboração no processo e a lealdade processual (tal colaboração aumentaria a probabilidade de punição ensejando uma redução da severidade da pena imposta).

De forma semelhante ao relatado acima em relação ao elemento “gravidade da infração”, verificou-se, na revisão da jurisprudência, que um número bastante relevante de decisões do Cade apresenta o entendimento de que a participação em cartéis denotaria, por si só, a má-fé dos agentes.

Boa-fé do infrator: a própria prática de cartel pressupõe má-fé, caracterizada no presente processo pelo contato prévio entre os concorrentes, divisão de mercado e até mesmo pelo uso de estratégias para corromper o certame licitatório, como a abstenção de exercício do direito de preferência conferido às microempresas. (Processo administrativo n. 08700.005615/2016-12) (grifo nosso)

A participação em cartel clássico também afasta qualquer argumentação defendendo a “boa-fé do infrator”, por isso tal elemento não poderá ser aplicado para o benefício da empresa no presente caso. (Processo administrativo n. 08012.011980/2008-12)

Contudo, como já esclarecido, não se pode ignorar que a reprovabilidade maior atribuída à prática de cartel já é tradicionalmente endereçada pelo Tribunal ao estabelecer as alíquotas de referência em passo anterior às agravantes/atenuantes no processo de dosimetria de penas (item 2.1.1.2 do Guia “Dosimetria de multas de cartel”).

Quanto às dimensões de interpretação sugeridas pelo Guia, são necessários comentários mais detalhados em relação a duas delas.

Em relação ao item “ii” que prevê o agravamento da pena a cartéis realizados em setores essenciais, tem-se um possível erro em sua classificação dentro dos elementos do art. 45. A intenção de tornar mais gravosa a pena de

agentes que praticam cartéis que afetam ou são capazes de afetar mercado essenciais e que, portanto, teriam o potencial de prejudicar a garantia de direitos básicos dos cidadãos tem relação mais próxima a uma maior gravidade da infração (inciso I) ou mesmo ao grau de lesão à economia nacional e aos consumidores (inciso V). A forma da condução dos representados durante sua participação no cartel, se de boa ou má fé pouco parecem se relacionar ao mercado afetado.

Quanto ao item “iii” que prevê a atenuação da pena aplicada quando for constatada a colaboração e lealdade processual do representado ao longo da investigação do CADE, entende-se que tal interpretação vai justamente ao encontro da boa-fé objetiva processual. Entretanto, foram localizadas poucas decisões que indicaram alguma análise nesse sentido pelo Tribunal pelo que a orientação apresentada pelo Guia pode fomentar sua incorporação à jurisprudência.

Recomenda-se, a fim de se assegurar a melhor prática no processo de dosimetria e evitar a ocorrência de eventuais vícios nas decisões exaradas, que o Tribunal deixe de considerar a prática de cartel, por si só, como caracterização de má-fé e aplicação de agravante. Ainda, também se sugere que a análise da possibilidade de se agravar penas devido à essencialidade do mercado afetado deixe de ser realizada como relacionada a uma boa-fé ou má dos agentes, e passe a ser parte da análise das regras dos incisos I ou V.

Por fim, sugere-se que a análise da boa-fé objetiva dos representados por colaboração ou lealdade processual durante o processo conduzido pelo Cade seja mais amplamente utilizada pelo Tribunal, e esclarecidos quais os fatores que serão considerados para tanto, inclusive a fim de incentivar maior participação dos representados. Nesse sentido, por exemplo, a colaboração processual, a rigor, também deve considerar limitações legais para tanto (e.g., impossibilidade de apresentar dados devido a restrições normativas) e a própria apresentação de dados feita pelos Representados (e.g., dados requeridos e apresentados em sede de contestação). Também recomenda-se que outros elementos de boa-fé objetiva que não estritamente relacionadas ao processo sejam computados como atenuantes quando tais circunstâncias não sejam suficientes para configurar defesa absolutória no mérito, como por exemplo, a existência de programas de compliance e de esforços claros dos investigados em manterem-se dentro do que exige a lei e adotarem todos os comportamentos ao seu alcance para impedir a ocorrência da conduta.

Inciso III: Vantagem auferida ou pretendida pelo infrator

Quanto ao elemento de vantagem auferida ou pretendida pelo infrator, o Guia aponta que ele está diretamente relacionado ao ganho efetivo ou potencial do Representado. Uma vez que frequentemente tal cálculo não é possível ou sujeito a elevado grau de imprecisão, sua aplicação não necessariamente é possível nos casos concretos.

Entretanto, no levantamento realizado pelo IBRAC, identificou-se que tal elemento foi analisado em 111 decisões condenatórias, e considerada como um agravante em grande parte dos casos.

Ainda que, como apontado pelo Guia, o efetivo cálculo dessa vantagem auferida ou pretendida não seja possível de ser realizado com frequência, observou-se que um extenso número de decisões interpretou tal elemento como se apenas exigisse que os agentes tivessem a intenção de obter vantagem ou, a partir de suposição, afirmaram que era esperada a obtenção de vantagens:

a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator: as condutas praticadas pela CDT resultaram em claros ganhos para a empresa, que se beneficiou de sobrepreços e de vantagens em licitações públicas destinadas ao fornecimento de serviços de tecnologia da informação. (Processo administrativo n. 08700.011188/2014-40)

III - Vantagem auferida ou pretendida pelo infrator: os Representados tiveram nítida pretensão de elevar os preços, ainda que de forma ilícita. Sendo assim, considero esse elemento ser um fator agravante. (Processo administrativo n. 08012.007011/2006-97)

Vantagem auferida ou pretendida pelo infrator: a vantagem pretendida pelos infratores é evidente, qual seja, a uniformização de preços de honorários médicos na região de Divinópolis, impedindo que operadoras de planos de saúde e médicos da região negociassem de forma autônoma eventuais reajustes nos honorários pagos. (Processo administrativo n. 08012.000432/2005-14)

Sobre esse ponto, o IBRAC sugere que o CADE esclareça no guia que a aplicação desse inciso como agravante ou atenuante esteja relacionado à possibilidade de se calcular a vantagem auferida da conduta ou que sua aplicação seja pautada em parâmetros objetivos e não na presunção de que cartel sempre traz prejuízos ao mercado, premissa já computada na alíquota da base de cálculo, caso contrário caracteriza-se o *bis in idem*.

Inciso IV: Consumação ou não da infração

Sobre esse item, o IBRAC reforça o quanto exposto nas considerações iniciais no sentido de que a aplicação de tal circunstância requer uma análise prévia do mercado envolvido pela conduta investigada. Tanto quanto em outros quesitos, para esse elemento ser considerado agravante na dosimetria deve estar ancorado em elementos concretos e específicos nos autos de que a infração foi efetivamente consumada.

Inciso V: Grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros

Quanto ao grau de lesão ou perigo de lesão à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores ou a terceiros, o guia apresenta sugestão de interpretação que relaciona tal elemento ao tipo de conduta, ou seja, se o cartel era hardcore, cartel em licitações ou relacionado a setores sensíveis. A revisão dessas sugestões é necessária.

De forma similar ao que já trazido em outros itens dessa análise, uma vez que os cartéis hardcore têm sua alíquota de referência elevada quando comparada à alíquota referência para outras práticas, o agravamento por meio deste elemento também poderia representar bis in idem. Essa sugestão também se aplica à sugestão de aplicação deste agravante a cartéis em licitações uma vez que sua alíquota referência também é majorada.

O IBRAC recomenda que a aplicação dessa circunstância seja embasada em uma análise empírica e aprofundada a fim de se determinar o efetivo grau ou potencial de lesão resultante do cartel. Assim, por exemplo, cartéis realizados mais à jusante na cadeia produtiva teriam um grau ou potencial maior de lesão aos consumidores finais do que aqueles mais à montante. No caso, recomenda-se que, ao analisar a aplicação dessa agravante, seja feito um efetivo cotejo entre a conduta específica e seu impacto direto aos consumidores e/ou à economia nacional.

Inciso VI: Efeitos econômicos negativos produzidos no mercado

A respeito dos efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, o guia aponta que se trata de um dos efeitos mais diretos das condutas, mas cujo cálculo é bastante difícil. O guia cita ainda, em sua lista exemplificativa de agravantes, a ocorrência de impactos econômicos negativos e elevados ao mercado. A interpretação desse elemento, portanto,

orienta-se no sentido de que efeitos negativos devem ter sido produzidos, mas que eles devem também ser avaliados conforme sua profundidade.

Assim como exposto nos itens anteriores, deve-se destacar que a presunção de efeitos negativos não deve subsistir. Dessa forma, para que seja possível a aplicação dessa agravante, é absolutamente necessário que o Tribunal seja capaz, a partir do conjunto probatório, de determinar que a conduta tenha efetivamente produzido efeitos negativos.²³

Recomenda-se, quanto à aplicação desse elemento em casos de cartel, que o guia apresente orientação mais clara em relação à necessidade de que o conjunto probatório fundamente a análise. Além disso, a manifestação do CADE sobre a possibilidade de se calcular a vantagem auferida ou não pode servir como embasamento para aplicação ou não desse dispositivo.

Inciso VII: Situação econômica do infrator

O IBRAC reconhece a importância de o CADE levar em conta essa circunstância quando da formulação da pena, em atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade da punição.

Sugestões:

Em relação às circunstâncias agravantes e atenuantes, o IBRAC destaca que a inclusão expressa no guia sobre a necessidade de individualização dessas circunstâncias é muito positiva. Entretanto, o IBRAC sugere alguns aperfeiçoamentos em relação a:

- a imposição de agravantes e atenuantes de forma genérica, sem nenhuma correlação com as características ao caso concreto, ou seja, o CADE deve justificar a imposição dessas circunstâncias com base no conjunto probatório dos autos;
- pertinência de algum método para dosagem das circunstâncias agravantes e atenuantes de forma objetiva. Nesse sentido, de modo exemplificativo, indicou-se a metodologia disposta na Lei Anticorrupção; e
- necessidade de maior clareza em relação à definição das circunstâncias agravantes e atenuantes previstas no artigo 45 da LDC, nos termos acima expostos.

²³ Processo administrativo n. ° 08012.000432/2005-14

1.2.3 Aplicação da Reincidência

O guia aborda a reincidência em dois contextos:

- No Tópico 2.1.1.4: Ajuste da alíquota com base em atenuantes e agravantes, onde lista a reincidência como um dos elementos de dosimetria listados no art. 45 da Lei nº 12.529/2011 e explica que “refere-se ao cometimento de nova infração após condenação anterior por qualquer infração contra a ordem econômica, e é o único elemento cujo impacto na pena é fixado pelo Legislador, qual seja, aplicação de multa em dobro”,²⁴
- No Tópico 2.1.1.6, dedicado exclusivamente à reincidência, onde afirma: “Considerando o art. 37, § 1º, da Lei nº 12.529/2011, em caso de reincidência, deve-se aplicar em dobro a multa, quando o Representado foi condenado anteriormente por práticas anticompetitivas pelo Tribunal Administrativo do Cade.”²⁵

Dos trechos expostos acima, nota-se que o guia se limita a explicar o que é reincidência e indicar qual a sua consequência, sem adentrar nos parâmetros para a sua aferição. De fato, a análise dos casos julgados pelo Tribunal do CADE desde 2012 demonstra que, na grande maioria dos processos administrativos em que há análise de agravantes e atenuantes, há afirmação genérica no sentido de não haver reincidência.²⁶ Nesses casos, os Conselheiros não especificam os critérios utilizados para se chegar a tal conclusão.

Lapso temporal considerado para a aferição de reincidência.

Em cerca de 35% dos casos em que houve considerações mais detalhadas sobre a análise da reincidência, o Conselho considerou que a reincidência somente seria aplicada dentro de um prazo máximo de 5 anos.

Identificou-se que tal prazo decorre da aplicação subsidiária do Art. 64, I do Código Penal aos processos administrativos sancionadores que tramitam no CADE, a saber:

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

²⁴ Páginas 23 e 24 da minuta preliminar do Guia de Dosimetria de Multas de Cartel.

²⁵ Página 26 da minuta preliminar do Guia de Dosimetria de Multas de Cartel.

²⁶ Para tanto, considerou-se tanto casos de conduta coordenada como casos de conduta unilateral, uma vez que o instituto da reincidência se aplica igualmente aos dois tipos de conduta, e considerando que há precedentes relevantes sobre o tema envolvendo condutas unilaterais.

I - não prevalece a condenação anterior, se **entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos**, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação

No entanto, os precedentes do CADE variam no que diz respeito ao termo final do prazo de 5 anos, conforme demonstrado abaixo:

Termo final considerado	% de casos
Início da conduta subsequente	72%
Data do julgamento subsequente	28%

Da análise desses casos, verificou-se que o entendimento majoritário do CADE sobre a questão converge com o texto da lei, no sentido de que o termo final a ser considerado deve ser o início da conduta subsequente. Por outro lado, foi possível identificar que em cerca de 55% dos casos analisados, a aplicação da reincidência foi justificada por condenações impostas em momento posterior ao início da conduta que se julgava naquele momento.

Tal entendimento subverte o propósito do instituto da reincidência, qual seja: apenar de forma mais rigorosa aquele que reitera a prática de ato que já sabe ser ilícito. Isso porque, nesses casos, não havia condenação anterior recaindo sobre o agente no momento em que ele iniciava a conduta tida como “posterior”. Ou seja, a aplicação da reincidência com base em condenações impostas em momento posterior ao início da conduta é uma impropriedade jurídica e deve ser rechaçada pelo CADE.

Portanto, extrai-se da legislação pertinente e da jurisprudência do CADE que (i) a reincidência só pode ser considerada dentro de um prazo máximo de 5 anos; e (ii) o termo final para a contagem desse prazo deve ser o início da infração posterior. Tais parâmetros são fundamentais para a análise da reincidência e, portanto, devem constar no guia.

Necessidade de trânsito em julgado na seara administrativa

Embora encontre previsão legal, a necessidade de trânsito em julgado da condenação anterior para a configuração de reincidência foi expressamente considerada pelo Conselho em apenas 25% dos casos em que houve considerações mais detalhadas sobre a análise da reincidência. Identificou-se que tal parâmetro decorre da aplicação subsidiária do Art. 63

do Código Penal aos processos administrativos sancionadores que tramitam no CADE. O artigo dispõe que:

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Nos casos em que esse tema foi abordado, concluiu-se que para a configuração da reincidência no âmbito do Conselho, basta a coisa julgada administrativa.

Ademais, aproximadamente 15% dos casos avaliaram o impacto de decisões judiciais na aferição do trânsito em julgado administrativo. Em todos esses casos, apontou-se que a reincidência só seria afastada se houvesse decisão judicial transitada em julgado alterando o julgamento proferido pelo CADE.

Portanto, extrai-se da legislação pertinente e da jurisprudência do CADE que (i) para a configuração da reincidência, é necessário que a condenação anterior tenha transitado em julgado na seara administrativa; sendo que (ii) a coisa julgada administrativa para fins de aplicação da reincidência só é prejudicada se houver decisão judicial transitada em julgado alterando o julgamento do CADE. Tais parâmetros são fundamentais para a análise da reincidência e, portanto, devem constar no guia.

Escopo da conduta apta a caracterizar reincidência

O escopo da conduta apta a caracterizar a reincidência foi mencionado pelo Tribunal do CADE em cerca de 95% dos casos em que houve considerações mais detalhadas sobre a análise da reincidência.

Em 45% dos casos, a análise da reincidência foi atrelada à existência de condenação anterior “pela mesma conduta”, “pela mesma prática” ou “pelo mesmo ilícito”. No entanto, na maioria dos casos não fica claro se os votos mencionam a existência de condenação anterior pela mesma conduta para especificar o critério utilizado na análise da reincidência ou apenas para ressaltar que a reincidência foi específica.

Em 35% dos casos, verificou-se que as condenações anteriores que ensejaram a aplicação da reincidência também tinham sido impostas pela prática da mesma conduta anticompetitiva, embora essa informação não tenha constado expressamente dos votos. Novamente, não está claro se essa convergência é intencional ou se é apenas uma coincidência.

Nos outros 15% dos casos, a reincidência foi aplicada em razão de condenação anterior por conduta distinta da que estava sendo julgada.

Da análise da pesquisa jurisprudencial do IBRAC, concluiu-se que não há consistência nas decisões do CADE sobre a aplicação desse critério na análise da reincidência, o que causa insegurança jurídica para os representados. Nesse sentido, é importante que o guia disponha sobre esse critério, e o faça no sentido de que a reincidência deve ser específica para funcionar como agravante, isto é, seja aplicada apenas quando haja condenação anterior “pela mesma conduta”, “pela mesma prática” ou “pelo mesmo ilícito”. Isso é fundamental porque o conceito de infração da ordem econômica é muito amplo, e abarca práticas de naturezas totalmente distintas, como condutas unilaterais exclusionárias; condutas unilaterais predatórias; cartel em suas diversas formas; trocas de informações ou práticas tendentes a harmonização; etc.

Pessoa jurídica sobre a qual recaiu a condenação anterior

Por fim, foi possível identificar que em 10% dos casos em que houve considerações mais detalhadas sobre a análise da reincidência, o Conselho avaliou a aplicação do instituto frente à existência de condenação anterior de pessoa jurídica distinta, mas pertencente ao mesmo grupo econômico da que seria condenada.

Em metade dos casos, concluiu-se que a reincidência seria configurada mesmo se a condenação anterior tivesse recaído sobre pessoa jurídica distinta. Na outra metade dos casos, o Tribunal afastou expressamente a aplicação da reincidência porque a condenação anterior identificada não havia recaído sobre a pessoa jurídica que estava sob investigação.

Da análise da pesquisa jurisprudencial do IBRAC, concluiu-se que não há consistência nas decisões do CADE sobre a aplicação desse critério na análise da reincidência, o que causa insegurança jurídica para os representados. Nesse sentido, é importante que o guia disponha sobre esse critério, e o faça no sentido de que a reincidência deve ser pertinente ao mesmo agente específico que está sob investigação, pessoa física ou jurídica.

Sugestões:

O IBRAC sugere que:

- Sejam incluídos no Guia de Dosimetria os critérios que necessariamente devem ser levados em conta na aferição da reincidência, a saber:

- Lapso temporal decorrido: a reincidência só pode ser considerada dentro de um prazo máximo de 5 anos e o termo final para a contagem desse prazo deve ser o início da infração posterior, nos termos do art. 64, I do Código Penal e da jurisprudência do CADE sobre o tema;
 - Necessidade de coisa julgada administrativa: para a configuração da reincidência, é necessário que a condenação anterior tenha transitado em julgado na seara administrativa, sendo que a coisa julgada administrativa para esses fins só é afastada se houver decisão judicial transitada em julgado alterando o julgamento do CADE.
- Sejam esclarecidos outros critérios essenciais a serem utilizados pelo CADE na análise da reincidência, em particular no sentido de que ela deve ser específica para funcionar como agravante (aplicada apenas quando haja condenação anterior pela mesma conduta) e deve ser pertinente ao mesmo agente específico (mesma pessoa física ou jurídica investigada e condenada).

1.2.4 Agravantes e atenuantes: potencial ocorrência de bis in idem

A redação da versão preliminar do Guia de Dosimetria enseja dúvidas quanto à potencial ocorrência de bis in idem quando da valoração de duas circunstâncias: (i) cartel em licitação; e (ii) duração da conduta. Tal entendimento decorre do fato de que essas circunstâncias são mencionadas mais de uma vez em contextos distintos, sendo que o Guia não faz contém orientação no sentido de que cada circunstância só deve ser valorada uma vez no cálculo da multa.

O fato de um cartel acontecer no âmbito de uma ou mais licitações, por exemplo, é mencionado em dois contextos:

- No Tópico 2.1.1.2 Alíquota de referência: "Recomenda-se a adoção das seguintes alíquotas de referência conforme o tipo de conduta) Cartéis em licitações (art. 36, §3º, inciso I, alínea "d", da Lei 12.529/2011): alíquota de referência de 17%, podendo ser superior a esse valor ou chegar a um mínimo de 14%, considerando os agravantes e atenuantes da conduta"; e
- No 2.1.1.4 Ajuste da alíquota com base em atenuantes e agravantes: na análise dos elementos de dosimetria listados no art. 45 da Lei nº 12.529/2011, na descrição das agravantes de grau de lesão e impactos econômicos elevados e negativos no mercado.

Do mesmo modo, a duração da conduta é tratada no âmbito dos seguintes tópicos:

- Na Introdução, para afirmar que tal quesito tem impacto tanto na gravidade da infração, quanto nos efeitos negativos produzidos no mercado. Além disso, consta também que “o tempo de duração da conduta pode, inclusive, servir de proxy para se incluir, no cálculo da multa, elementos relacionados diretamente a vantagem indevidamente auferida”; e
- No 2.1.1.3 Ajuste da alíquota com base na duração da conduta, tópico dedicado exclusivamente ao tempo de participação na conduta, no qual é proposto acréscimo de 0,5 pontos percentuais (p.p.) à alíquota por ano adicional da conduta.

Dos trechos expostos acima, não fica claro se tais circunstâncias (cartel em licitação e duração da conduta) serão numericamente consideradas em mais de uma variável para o cálculo da multa - no entanto, é certo que tal prática não pode ocorrer, sob pena de incorrer em hipótese ilegal de bis in idem.

Ou seja, se uma circunstância é utilizada para majorar a alíquota (seja por meio da adoção de uma alíquota de referência em patamar mais alto, seja por meio da aplicação de outros acréscimos sobre a alíquota), a mesma circunstância não pode gerar um novo acréscimo no contexto das agravantes do art. 45 da Lei nº 12.529/2011.

Sugestões:

A fim de evitar o bis in idem e aprimorar o Guia de Dosimetria, no que diz respeito à sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, o IBRAC sugere que:

- O Guia de Dosimetria indique expressamente que a duração da conduta esteja contemplada apenas na majoração da alíquota por meio de acréscimos aplicados sobre a alíquota de referência e não como agravante do art. 45 da Lei nº 12.529/2011.
- O Guia de Dosimetria indique expressamente que a caracterização de cartel em licitação seja contemplada no âmbito das circunstâncias agravantes e atenuantes do art. 45 da Lei nº 12.529/2011 e não na alíquota de referência, uma vez que o cartel em licitação é um tipo acessório, ao passo que o tipo principal (cartel hardcore ou difuso) seria a referência para definição da alíquota de referência da pena base.

Dessa forma, se consideradas tais alíquotas, tais circunstância não poderão gerar novos acréscimos no cálculo da multa, tendo em vista a garantia do ne bis in idem.

1.2.5 Programas de Compliance

Em seu Guia para Programas de Compliance, o CADE destina um espaço considerável para tratar do impacto favorável de um programa de compliance na definição das penalidades a serem aplicadas pela autoridade, seja pelo afastamento de certas proibições ou pela redução do valor da multa aplicável. De acordo com o documento, a adoção de um programa de compliance robusto, como descrito naquele Guia, pode ser considerada evidência da boa-fé da representada e da redução dos efeitos econômicos negativos da prática ilícita no mercado. Nesse sentido, o Guia determina que a adoção de programa de compliance seja considerada como atenuante no cálculo da multa.

No entanto, não há qualquer menção a essa atenuante na versão preliminar do Guia de Dosimetria disponibilizado para consulta pública.

Sugestões:

A fim de compatibilizar os Guias do CADE, harmonizar suas diretrizes à sociedade e garantir maior segurança jurídica, o IBRAC sugere que:

- O Guia de Dosimetria inclua ao menos como atenuante a adoção de programa de compliance, nos termos do Guia para Programas de Compliance do CADE, quando tal programa não seja suficiente para configurar defesa absolutória no mérito.

1.3. PASSO 3 - COMPARAÇÃO COM OS LIMITES LEGAIS

A LDC prevê, em seu artigo 37, que:

“Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;”

Portanto, a lei é expressa ao afirmar que a pena não deve ser inferior à vantagem auferida quando esta for passível de estimação.

Nesse sentido, o IBRAC, por meio de pesquisa jurisprudencial, investigou os seguintes tópicos:

a) O CADE tentou calcular a vantagem auferida?

b) O CADE justificou por que não calculou a vantagem auferida?

Em caso positivo, em quantos processos?

Assim, considerando a necessidade de o CADE motivar a não aplicação da vantagem auferida, uma vez que esta hipótese está prevista expressamente na lei, apresentamos a seguir os resultados encontrados sobre esses questionamentos:

O CADE tentou calcular a vantagem auferida? Em caso positivo, em quantos processos?

De acordo com o levantamento realizado, foram identificados 13 Processos Administrativos²⁷ em que o CADE tentou calcular a vantagem auferida. Porém, dentre estes casos, o CADE efetivamente aplicou a estimativa de vantagem auferida em apenas 2 casos (0,5% do conjunto de decisões analisadas), a saber: (i) 08012.009611/2008-51 e (ii) 08012.001029/2007-66. Em ambos os casos, foram feitas estimativas para o cálculo da vantagem auferida.

Assim, na grande maioria dos Processos Administrativos, a tentativa de cálculo da vantagem auferida ocorreu em votos vencidos, ou seja, não foi aplicada.

O Conselheiro João Paulo de Resende sugeriu a estimação da vantagem auferida por meio de dados disponíveis em apenas três casos. Em outros oito casos, o Conselheiro partiu da hipótese baseada na literatura econômica, que utiliza 10% de sobrepreço para cartéis nacionais e 20% para cartéis internacionais para calcular a vantagem auferida. A Conselheira Cristiane Alkmin, por sua vez, estimou o parâmetro de sobrepreço com base nos dados disponíveis em apenas três casos. Destes, em apenas um caso a conselheira divergiu do Conselheiro João Paulo de Resende.

No PA n. 08012.001029/2007-66, o Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo solicitou ao DEE uma estimativa de sobrepreço para calcular a vantagem auferida.

A tabela a seguir resume os resultados encontrados:

²⁷ 08012.001029/2007-66, 08012.009611/2008-51, 08012.010470/2005-77, 08012.000504/2005-15, 08012.010744/2008-71, 08012.007155/2008-13, 08012.005882/2008-38, 08012.002812/2010-42, 08012.001395/2011-00, 08012.001377/2006-52, 08012.011980/2008-12, 08700.010769/2014-64, 08700.004617/2013-41

Processos Administrativos	Metodologia de estimação para vantagem auferida
08012.001029/2007-66	Estimativa
08012.009611/2008-51	Estimativa
08012.010470/2005-77	Estimativa
08012.000504/2005-15	Estimativa
08012.010744/2008-71	Literatura
08012.007155/2008-13	Estimativa
08012.005882/2008-38	Literatura
08012.002812/2010-42	Ambos
08012.001395/2011-00	Literatura
08012.001377/2006-52	Literatura
08012.011980/2008-12	Literatura
08700.010769/2014-64	Estimativa
08700.004617/2013-41	Literatura

Com relação à Termos de Compromisso de Cessação, não foram encontrados registros de aplicação da vantagem auferida. Porém, o cálculo esteve presente em votos vencidos (74 casos).

O CADE justificou por que não calculou a vantagem auferida?

Com relação a esta pergunta, por meio do levantamento realizado pelo IBRAC, foram identificados 11 PAs em que o CADE justificou de modo evidente porque não calculou a vantagem auferida²⁸.

Com base nas justificativas identificadas, foi possível perceber grande incidência da justificativa de difícil mensuração e de críticas à metodologia adotada para a estimativa ou cálculo da vantagem auferida.

Com relação às justificativas para não aplicar a vantagem auferida no que diz respeito à Requerimentos de Termos de Compromisso de Cessação,

²⁸ 08012.000758/2003-71, 08012.000820/2009-11, 08012.001127/2010-07, 08012.001273/2010-24, 08012.003321/2004-71, 08012.005882/2008-38, 08012.007155/2008-13, 08012.008821/2008-22, 08012.010744/2008-71, 08700.002821/2014-09 e 08700.010769/2014-64.

dos 236 casos analisados, o CADE justificou a não aplicação do cálculo da vantagem auferida em apenas 29 casos.

Sugestões:

Ainda que o CADE entenda em seus precedentes, majoritariamente, que não é necessário calcular ou estimar a vantagem auferida, o IBRAC sugere que o CADE motive essas decisões de forma expressa. Isto porque, o inciso I do artigo 37 da LDC é claro ao determinar que a pena “nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação”.

Portanto, a impossibilidade de aplicação da vantagem auferida deve ser justificada pela autoridade concorrencial, inclusive como forma de se resguardar sobre eventuais alegações de o CADE ser competente para realizar esse cálculo.

Por outro lado, em vários casos, fica evidente que a multa aplicada é desarrazoada em relação à vantagem auferida, ainda que potencial. Especialmente nos casos de cartéis de curtíssima duração essa realidade se coloca. Assim, a vantagem auferida pode servir como um balizador quanto a proporcionalidade da multa aplicada.

II. Penas às pessoas jurídicas que não exercem atividade empresarial e às pessoas físicas

II.1. ITEM 2.1.2 DO GUIA DO CÁLCULO DA MULTA PARA PESSOAS JURÍDICAS QUE NÃO EXERCEM ATIVIDADE EMPRESARIAL

De acordo com o art. 37, inciso II da Lei n. 12.529/2011, multas aplicáveis a pessoas jurídicas que não exerçam atividade empresarial podem entre R\$ 5.000,00 a R\$ 2 bilhões. O Guia, por sua vez indica genericamente que o Tribunal pode considerar diferentes variáveis sem esclarecer quais seriam tais variáveis.

De acordo com o levantamento de decisões condenatórias em processos administrativo após a vigência da LDC, não há parâmetros claros utilizados para definição do valor da multa aplicável a tais pessoas jurídicas. Em regra, o Tribunal do CADE é silente quanto aos critérios utilizados na definição da multa (e se algum fator impactou positiva ou negativamente na

sua determinação)²⁹. Em alguns casos, o Tribunal optou por adotar o critério do “porte da associação”³⁰, sem, contudo, detalhar qual seria a métrica adotada para tanto (e.g. número de associados, representatividade dos associados, etc.), e, em limitados casos, o Tribunal do CADE adotou um critério comparativo com outros processos³¹.

Entende-se que o guia poderia contribuir de forma bem mais efetiva para maior previsibilidade no cálculo da multa aplicável às pessoas jurídicas que não exercem atividade empresarial (e, portanto, não tem faturamento para ser utilizado como base de cálculo) se propusesse elementos de dosimetria mais detalhados. Isso permitiria debate público amplo sobre os critérios apropriados para as penalidades estabelecidas segundo esse dispositivo, antes que eles fossem formalizados no guia. A ausência de detalhamento sobre o que seria considerado uma variável válida (no contexto das “diferentes variáveis”) e como quantificá-la poderá privar o guia das suas principais finalidades, quais sejam: sinalizar aos jurisdicionados os critérios de dosimetria de forma clara, reduzir a insegurança jurídica e garantir maior isonomia ao longo do tempo.

Sugestões:

Assim, dada a existência de diversas entidades que se enquadram neste conceito e a elevada variação entre a multa mínima e máxima prevista no art. 37, II da Lei 12.529/11, a recomendação do IBRAC é que o CADE descreva melhor e submeta a debate público os seguintes pontos: (a) quais circunstâncias levam à inaplicabilidade do critério de faturamento e atrairiam a incidência da faixa fixa do art. 37, inciso II da Lei n. 12.529/2011, e (b) na ausência de atividade empresarial e/ou de faturamento, quais seriam: (i) as métricas alternativas o CADE poderia utilizar como base de cálculo de multa para essa classe de entidades (como proxy de faturamento a fim de localizar o valor pertinente à sanção dentro da faixa fixa); e (ii) quais variáveis poderiam ser consideradas relevantes para o exercício de proporcionalidade indicado no Guia quando não haja parâmetro apropriado relativo à receita operacional.

²⁹ Vide Processos Administrativos n. 08012.005524/2010-40 e 08012.010576/2009-02, 08700.008213/2015-99, 08700.009977/2014-10, 08700.009974/2014-87, 08700.009973/2014-32, 08700.007946/2014-25,

³⁰ Vide Processos Administrativos n. 08700.006777/2015-97; 08700.002867/2015-17, 08700.009949/2014-01, 08700.010000/2014-46,

³¹ Vide, por exemplo, processo administrativo n. 08012.003422/2004-41.

II.2. ITEM 2.1.3 DO CÁLCULO DA MULTA PARA PESSOAS FÍSICAS (PFS)

O guia apenas indica que, como resultado de uma construção jurisprudencial, a sanção normalmente utilizada seria um percentual (variável de 1 a 20%) da multa aplicada à empresa a que essa pessoa esteve vinculada durante a conduta. O art. 37, III da Lei n. 12.529/11 igualmente prevê a aplicação de multas nessa faixa no caso de pessoas físicas que ocupem o cargo de “administrador, direta ou indiretamente, responsável pela infração cometida”.

Em pelo menos 24 casos julgados no período de 2012 a 2020 foram aplicadas multas às pessoas físicas, dos quais em pelo menos 18 foi considerada a multa imposta à empresa como base de cálculo. Cumpre ressaltar que, mesmo nesses casos, o Plenário do CADE também aplicou, para alguns dos indivíduos, multa em valor definido. Em particular, parece também faltar sistematicidade no critério adotado para definir uma pessoa física como “administrador” nos casos da jurisprudência.

Especificamente em relação à alíquota aplicável, o guia propõe um ajuste segundo o grau de participação. De acordo com o documento, a relevância da participação da pessoa física dependeria de critérios como: (i) o cargo ocupado pela pessoa física em questão (e.g. presidente, sócios, administradores de direito ou de fato e ou diretores no rol de Representados); e (ii) o protagonismo nas tratativas/encontros.

A primeira questão a ser equacionada é quais circunstâncias devem estar presentes para que se configure a titularidade de cargo de “administrador”. É de se notar que a lei indica o critério de “administrador” para fins de vinculação da base de cálculo da multa da pessoa física à multa aplicada à empresa, mas o Guia não aborda esse tema central: o enquadramento como administrador para fins de determinação da metodologia a ser aplicada na definição da multa aplicável à pessoa física (se o percentual da multa da empresa, caso enquadrado como administrador, ou a faixa fixa prevista em lei para os demais indivíduos).

Em relação à base de cálculo para “não administradores”, não há parâmetros a serem adotados pelo CADE na determinação de multa a tais pessoas físicas para além da comparação daquilo que foi aplicado a pessoas físicas representadas no mesmo processo. Aplicam-se aqui as mesmas considerações sobre o emprego da faixa fixa para entidades jurídicas: o guia poderia contribuir de forma bem mais efetiva se propusesse elementos de dosimetria mais detalhados. Isso permitiria debate público amplo sobre os

critérios apropriados para as penalidades estabelecidas segundo esse dispositivo, antes que eles fossem formalizados no guia. A ausência de maiores detalhamentos privará o guia de suas finalidades mais significativas: sinalizar aos jurisdicionados os critérios de dosimetria de forma clara, reduzir a insegurança jurídica e garantir maior isonomia ao longo do tempo.

As jurisdições levantadas pelo DEE, conforme documento já referido “Benchmarking internacional sobre dosimetria de penalidades antitruste”, apontam para adoção de bases de cálculo diversas daquelas consideradas pelo CADE. As abordagens alternativas propõem como base de cálculo da multa aplicável às pessoas físicas: (i) a remuneração anual do infrator pessoa física como base de cálculo (Portugal e Alemanha); (ii) critérios discricionários baseados na capacidade econômica do infrator, mas não vinculados à multa da empresa (Reino Unido); (iii) ou mesmo vinculação ao volume de negócios afetados (com aplicação de alíquotas menores 1-5%) e ponderações com o grau de envolvimento da pessoa física (Estados Unidos). Essas poderiam talvez servir de proxies, desde que não violem seja a faixa fixa definida na Lei 12.529/2011 nem os critérios de isonomia com os demais investigados.

Por fim, não foi possível encontrar nos precedentes do CADE julgados após a vigência da Lei 12.529/11, uma relação direta entre a relevância de participação do indivíduo na conduta e a alíquota aplicada, da forma como sugerida pelo guia, com exceção de um único caso em que esse racional foi aplicado para uma única representada (08012.004280/2012-40). Os casos analisados apontam para a importância do cargo exercido durante a conduta para definição de alíquota, que variava de 2% a 20% da multa aplicável à empresa, nos casos de administradores. Vale notar que, em alguns casos analisados, a Lei 12.529/11 retroagiu para trazer uma alíquota mais benéfica à pessoa física sancionada. Portanto, seria importante que o guia esclarecesse quais seriam os critérios a serem considerados na variação da alíquota, no caso de multa aplicáveis ao “administrador” pessoa física.

Cumpramos ressaltar ainda que em pelo menos 2 casos em que o Plenário do CADE considerou o tempo de participação dos indivíduos na conduta, especificamente: (i) 08012.005882/2008-38; e (ii) 08012.001377/2006-52.

Sugestões:

Assim, o IBRAC sugere que o guia defina quais elementos precisariam estar presentes para fins desse enquadramento na figura de “administrador”, para fins da aplicação do art. 37, III da Lei 12.529. Uma possibilidade, que parece a mais consistente com a dicção legal, seria

considerar como tais aqueles indivíduos que titulem cargos que a lei societária considera de administração (i.e., cargos estatutários de representação e de gestão da pessoa jurídica).

Especificamente em relação à alíquota da multa aplicável aos administradores, nossa sugestão é de um maior detalhamento do que seria considerado o “protagonismo”. Dado que o standard de prova adotado nos precedentes como evidência de participação em determinados atos relacionadas à conduta pode variar caso-a-caso a existência de termos indefinidos como “protagonismo” gera incerteza em relação à aplicação da Lei. Nesse sentido, nossa sugestão é que o CADE traga ao menos alguns exemplos e elementos do que configuraria o “protagonismo” suscitado.

Por fim, em relação às multas aplicada às demais pessoas físicas (não administradores), é sugerido que o guia esclareça quais parâmetros devem ser considerados em suas estimativas e que eles sejam compatíveis com a capacidade financeira do Réu pessoa física. Uma sugestão é que, dentro dos limites mínimos e máximos previsto em lei, o valor da multa não superasse 20% remuneração anual do infrator pessoa física no ano anterior à instauração do processo.

III. Penas alternativas

A minuta do Guia de Dosimetria de Multas de Cartel explicita que a principal forma de punição é a multa, mas que diversas outras formas podem ser impostas de forma isolada ou cumulativa com a pena de multa, com fundamento no art. 38 da Lei n. 12.529/2011 - inclusive qualquer ato ou providência necessário para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica (inc. VII do mesmo dispositivo).

Explica também que, ao considerar a aplicação de tais medidas, o Tribunal do CADE deve

aplicar a sanção ou conjunto de sanções que atendam de forma mais eficiente aos objetivos das punições, em especial a criação de efeito dissuasório contra o cometimento de novas infrações. [...]

Importante ressaltar que a sanção aplicada não deve gerar mais efeitos negativos do que positivos. Nessa linha, por exemplo, deve-se evitar

que as punições restrinjam de forma significativa a concorrência, em especial no tocante a licitações públicas.³²

Em outras palavras, a minuta recomenda: (i) que as penas alternativas sejam consideradas em conjunto, tanto entre si quanto ao lado da própria pena de multa principal; (ii) que esse conjunto seja avaliado, pelo menos em parte, quanto ao seu efeito dissuasório; mas (iii) que não sejam gerados, com isso, efeitos negativos à concorrência.

Quanto ao primeiro elemento, não há reparos a fazer, visto que o Guia reconhece algo consolidado e adequado.

Quanto ao segundo, o levantamento de jurisprudência feito pelo IBRAC identificou que, dentre 76 casos em que alguma penalidade alternativa foi aplicada (de um universo de 368 casos de cartel sondados), o CADE somente aludiu ao caráter dissuasório em 4 casos (i.e. cerca de 5% dos casos com penalidades alternativas).

Em tal cenário, a redação do Guia pode levar a alguma incerteza quanto às diretrizes de aplicação de penas alternativas para fins de efeito dissuasório, visto que os precedentes neste sentido ainda não são numerosos o suficiente para formar um corpo mais seguro e previsível de jurisprudência.

A necessidade de levar isso em consideração se torna mais evidente quando se discute o terceiro elemento mencionado na minuta de Guia. Neste ponto, a minuta traz como principal exemplo o caso da

penalidade de proibição de contratação com a Administração Pública, que pode ser prejudicial ao próprio mercado (e ao Erário) ao retirar competidores das licitações públicas.

De fato, sabe-se que este tipo de penalidade pode se mostrar particularmente oneroso, sobretudo quando a empresa em questão obtém boa parte de sua receita a partir do segmento de compras governamentais. A depender do caso, tal sanção pode levar até mesmo à recuperação judicial ou falência da empresa, sendo muito mais impactante que a pena de multa principal ou que praticamente qualquer outra modalidade alternativa.

Porém, o levantamento jurisprudencial do IBRAC encontrou que, nos casos em que o CADE discutiu o caráter dissuasório da pena principal de multa e isso foi quantificado (23 casos), gerou-se ou uma elevação de 5% a 20% da alíquota, ou uma alíquota mínima (geralmente de 12%). Assim, fica claro que, quando o CADE procede a uma complementação da pena para lhe

³² Vide página 30 do Guia “Dosimetria de Multas de Cartel”.

conferir efeito dissuasório pela via da majoração da alíquota, não é a sua intenção incorrer em punições desproporcionais. Se isso é válido para a pena de multa - e se as penas alternativas devem ser analisadas em conjunto com tal multa, como preconiza acertadamente o primeiro elemento aludido acima -, então também o uso do efeito dissuasório nas penas alternativas deve ser ponderado e comedido, para manter a proporcionalidade do conjunto das penalidades adotadas.

A minuta de guia faz um esforço louvável neste sentido ao tentar conter os efeitos excessivos e desproporcionais que penas alternativas dessa natureza podem acarretar, mencionando como exemplo a possibilidade de limitá-las exclusivamente a empresas com elevada culpabilidade e líderes de um esquema de cartel. Não obstante, ao introduzir um elemento ainda não consolidado pela jurisprudência (efeito dissuasório), é aconselhável que o guia apresente delimitações mais contundentes no sentido de manter a proporcionalidade do conjunto das penalidades e a coerência com a jurisprudência de multa (apenas 5%-20% de majoração), aprofundando a diretriz de prudência na adoção das modalidades mais severas de penas acessórias.

A dissuasão é mais diretamente abordada no Tópico “3. Das Penas Alternativas” do Guia, em que são arroladas de forma não exaustiva as demais punições não pecuniárias que podem ser impostas isolada ou cumulativamente à multa, previstas no art. 38 da Lei nº 12.529/2011.

O efeito dissuasório é um dos objetivos da aplicação das sanções, que devem ser aplicadas individual ou conjuntamente para que funcione como um desencorajamento da conduta anticompetitiva. As penas alternativas devem ser pensadas pelo Tribunal como imposições adicionais que reforcem o caráter dissuasório da pena, quando a cominação de multa pecuniária por si não é suficiente para alcançar o objetivo desejado da punição pela autoridade de defesa da concorrência.

A análise jurisprudencial do CADE, entretanto, demonstrou que são raras as vezes em que o órgão discute o caráter dissuasório da pena no contexto da aplicação ou não de penas alternativas, seja para determinar a aplicação de penas alternativas para contribuir com o elemento dissuasório da pena, seja para descartar a aplicação de tais penas alternativas por entender que a sanção pecuniária seria suficientemente dissuasória. Foram identificados apenas 04 julgados em que sanção não pecuniária é aplicada com a justificativa expressa de proporcionar o caráter dissuasório necessário ao combate a cartéis, sendo que em três oportunidades foi aplicada a pena alternativa disposta no art. 38, II da Lei nº 12.529/2011, e em uma ocasião foi aplicada a pena alternativa

disposta no art. 38, VI da Lei nº 12.529/2011. Por outro lado, em apenas 02 julgados analisados a aplicação de sanções não pecuniárias foi expressamente descartada em razão da sanção pecuniária já cumprir o papel dissuasório da sanção. No caso de TCCs celebrados em decorrência de condutas horizontais, assumindo que a implementação de programas de compliance concorrencial e integridade tenham como principal finalidade a dissuasão de práticas ilícitas futuras, somam-se aos casos acima 10 acordos que estipularam obrigações relacionadas à implementação ou ao ajuste desse tipo de programa - embora não necessariamente trouxessem menção expressa ao caráter dissuasório desejado com tais medidas.

O calibre da função dissuasória da pena certamente não é a única razão pela qual se aplica a sanção alternativa. Nos termos do art. 38 da Lei nº 12.529/2011, sanções não pecuniárias podem ser aplicadas, isolada ou cumulativamente, “quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral”. No entanto, quaisquer que sejam as razões para aplicação de determinada sanção não pecuniária, estas devem ser apontadas de forma clara e expressa nas decisões do Tribunal do CADE. Assim como a sanção pecuniária, também a pena alternativa deve ser justificada na razão de decidir do órgão antitruste. Nesse sentido, ao versar sobre o caráter dissuasório da pena no contexto da aplicação de sanções não pecuniárias, o Guia deve recomendar que, sendo a dissuasão a razão essencial para aplicação da sanção não pecuniária, tal justificativa deve constar expressamente na decisão do CADE, inclusive esclarecendo a razão da adoção de determinada sanção não pecuniária em detrimento de outras.

Por fim, note-se que o arsenal de sanções não pecuniárias à disposição do CADE ao punir infrações à ordem econômica é necessariamente aberto e não exaustivo em sua previsão legal. Nos termos do art. 38, VII da Lei nº 12.529/2011, o órgão pode, inclusive, lançar mão de “qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”. Dessa forma, é interessante que o Guia aponte quais as sanções não pecuniárias devem preferencialmente ser utilizadas pela autoridade quando a sanção pecuniária não se mostrar suficientemente dissuasória.

Nesse sentido, a redação atual do Guia sobre o tema limita-se a expor que: “Com isso, feita a dosimetria da pena que será aplicada ao condenado, o Tribunal deve aplicar a sanção ou conjunto de sanções que atendam de forma mais eficiente aos objetivos das punições, em especial a criação de efeito dissuasório contra o cometimento de novas infrações. Em que pese o forte poder dissuasório da multa, considerando o caso concreto, o Tribunal pode considerar adicionalmente medidas ou restrições relacionadas à conduta.”

Sugestões:

Embora seja louvável que o guia apresente a sanção alternativa como ferramenta capaz de contribuir com o caráter dissuasório da sanção aplicada a infrações à ordem econômica, o IBRAC recomenda que os pontos abaixo também sejam explorados na redação do guia, de modo a trazer maior clareza sobre a influência da dissuasão na aplicação da multa:

- Se a aplicação de sanção não pecuniária decorrer da necessidade de dissuasão que deve ser característica à sanção antitruste, a decisão antitruste deve mencionar expressamente:
 - (i) a noção de que a aplicação de tal sanção decorre da necessidade de dissuasão;
 - (ii) em que medida tal sanção alternativa contribuirá para o caráter dissuasório da sanção e porque a sanção pecuniária não será capaz de fazê-lo, se aplicável; e
 - (iii) a razão da escolha por determinada sanção não pecuniária em específico, em detrimento de outra.
- Nesse sentido, o Guia deve trazer orientações claras sobre as situações em que a sanção pecuniária não será suficientemente dissuasória em razão do limite legal ou determinadas peculiaridades do caso concreto em análise. Pode ser este o caso de condutas praticadas durante um longo período de tempo, por exemplo. Ademais, seria positivo indicar quais sanções capazes de gerar o efeito dissuasório, visto que o guia não indica essa questão explicitamente.

IV. Considerações finais

O IBRAC reitera que a iniciativa do CADE em elaborar um “Guia de Dosimetria de Multas de Cartel” e submetê-lo ao processo de debate e consulta pública é extremamente oportuna, com vistas a consolidar e organizar o entendimento do órgão sobre a formato da punição.

O IBRAC vislumbrou que alguns passos do guia podem ser aperfeiçoados, principalmente, com base no resultado da análise realizado dos precedentes do CADE sobre o tema.

Nesses termos, o IBRAC apresenta as contribuições contidas neste documento e está à inteira disposição das autoridades para dialogar sobre as questões que sejam mais controversas, de tal sorte que o objetivo comum

almejado seja o desenvolvimento de uma política de punição sólida, transparente e que atenda os princípios fundamentais dos jurisdicionados, assim como atinja o caráter dissuasório da pena.

Por fim, a planilha contendo todo o mapeamento de decisões do CADE, que deram suporte a essa análise e contribuições, está disponível no sítio eletrônico do IBRAC.

CONTRIBUIÇÃO IBRAC AO GUIA DE CONDUTAS UNILATERAIS

Contribuíram para esse estudo: Ricardo Casanova Motta, Livia Dias de Melo, Lucia Helena, Beatriz Medeiros Navarro Santos, Thalita Novo, Anna Olimpia, Gabriel Takahashi, André Ferraz, Andrea Astorga, Paloma Caetano Silva Almeida, Paula Camara Baptista de Oliveira, Carolina Destailleur G. B Bueno, Lilian M. Cintra de Melo, Enrico Spini Romanielo, Vinicius da Silva Ribeiro, Daniel Douek, Gabriel de Carvalho Fernandes, Fernanda Dalla Valle Martino, Letícia Crivelin, Luciana Martorano, Beatriz Kenchian

I. Introdução ao Guia

O artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 (“Lei de Defesa da Concorrência” ou “LDC”) estabelece que constituem infração à ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos (ainda que potencialmente): (i) *limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa*, (ii) *dominar mercado relevante de bens ou serviços*, (iii) *aumentar arbitrariamente os lucros* e (iv) *exercer de forma abusiva posição dominante* (incisos I a IV). A LDC também contém rol exemplificativo de práticas unilaterais (artigo 36, § 3, incisos III a XIX) que podem configurar infrações à ordem econômica. Além dessas condutas, outras poderão ser consideradas anticompetitivas, desde que satisfeitos os critérios do artigo 36, *caput* e incisos.

Não há uma abordagem universal e abrangente para detectar a existência de condutas unilaterais restritivas à concorrência, sendo certo que cada prática exige um padrão de análise específico. No entanto, pode-se dizer que, nos termos do artigo 36, é necessário que haja poder de mercado ou posição dominante para a configuração de uma conduta ilícita dessa natureza.

O §1º do artigo 36 da LDC estabelece que a obtenção e a manutenção da posição dominante decorrente de um processo natural de crescimento e de eficiências do agente econômico é lícita e, portanto, não deve ser reprimida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”). É passível de investigação e punição pela autoridade antitruste, no entanto, o abuso da posição dominante que gere prejuízos à livre concorrência. Nesse sentido, o fim último de um processo administrativo que vise à apuração de uma prática anticompetitiva, seja ela qual for, é o de proteger e tutelar o bem jurídico da concorrência, e não o de proteger um ou vários concorrentes, individual ou coletivamente.

Para tanto, o Cade aplicará a melhor técnica para a análise do caso, devendo como regra (i) avaliar a existência de posição dominante do agente econômico, (ii) identificar a conduta, sua racionalidade econômica e os problemas concorrenciais dela decorrentes, (iii) analisar as justificativas econômicas e não-econômicas (técnicas, sanitárias, regulatórias e outras) para sua implementação, (iv) avaliar os efeitos anticompetitivos, e (v) analisar as eficiências ou ganhos decorrentes da prática investigada, para assim (vi) ponderar, pela regra da razão, os prejuízos e as eficiências coletadas ao longo da investigação para determinar a licitude ou ilicitude da conduta específica conforme os efeitos líquidos sejam positivos ou negativos. Caso a conduta seja reprovável pelos efeitos líquidos negativos que produz ao mercado, o Cade poderá então impor as medidas previstas em lei, incluindo multa e outros remédios apropriados, suficientes e adequados para a cessação da conduta e a penalização justa.

Com base nos dispositivos da LDC, nos precedentes do Cade e nas melhores práticas internacionais, o Guia de Análise de Condutas Unilaterais (“Guia”) tem por objetivo trazer maior previsibilidade e transparência à atuação da autoridade, orientando os seus membros quanto aos procedimentos a serem adotados e conferindo segurança jurídica aos administrados na compreensão dos critérios considerados para a caracterização de uma conduta como ilícita.

O presente Guia não é vinculativo e não possui caráter de norma. As práticas e procedimentos aqui descritos fornecem apenas orientação geral e diretrizes de análise, podendo ser alteradas a juízo de conveniência e oportunidade do Cade, a depender das circunstâncias de cada caso concreto, haja vista a diversidade de condutas que podem ser analisadas em casos de abuso de posição dominante. Em todo o caso, a análise será sempre pautada na LDC e nas melhores práticas nacionais e internacionais aplicáveis.

II. Avaliando a existência de posição dominante

1. Definição de Mercado Relevante

A definição de mercado relevante é etapa de análise na qual será delimitado o espectro de atuação de determinado agente econômico no

mercado, ou seja, o âmbito em que esse agente atua e trava relações de concorrência, sejam estas efetivas ou potenciais³³.

Em análise de condutas anticompetitivas, a definição do mercado relevante possui diversas utilidades, como o próprio entendimento da dinâmica e das relações de concorrência, informação que poderá ser muito útil para a melhor compreensão acerca da atuação dos agentes inseridos no mercado. De início, no entanto, a definição de mercado serve para auxiliar a autoridade na aferição de existência de posição dominante de um agente. A definição do mercado também será útil para delimitar a amplitude na qual se espera encontrar efeitos, positivos ou negativos, decorrentes da conduta.

Em determinados casos, por inferência da LDC, pode-se presumir que uma empresa ou grupo de empresas não detém posição dominante se possuir menos de 20% de participação de mercado.³⁴ Essa presunção, no entanto, é relativa e deve aceitar provas em contrário - isto é, a depender das características específicas do mercado relevante, um agente econômico pode ser considerado dominante com um *market share* inferior a 20%, e/ou não ser considerado dominante mesmo com um *market share* superior a 20%.

A grande dificuldade é definir com exatidão e segurança qual o recorte de mercado adequado. Por vezes, o recorte considerado em análises de atos de concentração não considera as especificidades da avaliação de uma conduta unilateral. Outras vezes, quando considerados mercados dinâmicos ou caracterizados por inovações, a definição de mercado relevante pode revelar-se extremamente desafiadora e marcada por alto grau de incerteza. Essas variáveis devem ser consideradas para uma definição adequada de mercado relevante.

³³ Como já definiu o Departamento de Estudos Econômicos do Cade (“DEE”): “(...) a questão chave explorada na definição do mercado relevante está na pressão competitiva de produtos ou de produtores substitutos, diferenciados por características físicas e espaciais. Na eventualidade de um comportamento anticompetitivo de uma empresa ao obter maior poder de mercado, as rivais mais próximas (aquelas que estão no mercado relevante) serão aquelas que constringerão tal iniciativa.” Documento de Trabalho No. 001/10 - Delimitação de Mercado Relevante, do DEE - Grupo de Trabalho de Métodos em Economia (GTME - GT nº 3). Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/delimitacao_de_mercado_relevante.pdf Acesso em 10.03.2020.

³⁴ Neste sentido, § 2º, do artigo 36, da Lei 12.529/11: “§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.”

Por princípio, o mercado relevante deve ser definido sob dois aspectos complementares e indispensáveis: a dimensão produto e a dimensão geográfica³⁵. A dimensão produto, ou material, diz respeito às relações de concorrência travadas em relação a um bem ou serviço oferecido por um agente econômico. Analisa-se a substitutibilidade ou intercambialidade de um produto em relação a outros produtos - e, para tanto, há várias ferramentas disponíveis, como por exemplo, o teste do monopolista hipotético³⁶ - que será detalhado adiante -, em que se analisa em que medida um consumidor estaria disposto a substituir um produto por outro em face de um aumento não transitório de preços.

A avaliação do grau de substituição dos produtos é realizada pelo lado da demanda e da oferta. Sob a ótica da demanda, a dimensão do mercado relevante do produto compreende produtos e serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido a suas características, preços e utilização.

Essa análise pode passar por elementos, tais como: (i) perfis dos clientes (renda, idade, sexo, educação, profissão, localização, mobilidade ou outras características observáveis); (ii) dimensionamento do mercado desses clientes (quantidade ou faturamento); (iii) natureza e características dos produtos e/ou serviços; (iv) importância dos preços dos produtos e/ou serviços; (v) importância da qualidade dos produtos e/ou serviços; (vi) importância da marca, do crédito, de prazos de pagamento, de forma e momentos de consumo; (vii) evidências de alteração do padrão de compra dos consumidores no passado, em resposta a aumento de preços ou termos de

³⁵ CADE. Guia de Análises de Atos de Concentração Horizontal. 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf/view. Acesso em 10.03.2020.

³⁶ *"The hypothetical monopolist test requires that a product market contain enough substitute products so that it could be subject to post-merger exercise of market power significantly exceeding that existing absent the merger. Specifically, the test requires that a hypothetical profit-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future seller of those products ("hypothetical monopolist") likely would impose at least a small but significant and non-transitory increase in price ("SSNIP") on at least one product in the market, including at least one product sold by one of the merging firms. For the purpose of analyzing this issue, the terms of sale of products outside the candidate market are held constant. The SSNIP is employed solely as a methodological tool for performing the hypothetical monopolist test; it is not a tolerance level for price increases resulting from a merger."* Horizontal Merger Guidelines, do U.S. Department of Justice ("DOJ") e Federal Trade Commission ("FTC"), publicado em 19.08.2010. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>. Acesso em 10.03.2020.

comercialização; (viii) informações de pesquisas realizadas com consumidores, concorrentes, entre outros; (ix) documentos internos das empresas, em relação a como elas compreendem o grau de substituição dos produtos quando apresentam o mercado a acionistas ou ao público em geral; e (x) evidências de discriminação de preços entre consumidores, entre localidades e entre marcas.

Sob a ótica da oferta, a substitutibilidade pode ser entendida como a capacidade e possibilidade de, em vista de uma elevação no preço de venda, outras empresas ofertarem o mesmo produto ou serviço no mercado em que atua o agente em questão. Para tanto, a oferta deve ocorrer em período inferior a um ano e sem a necessidade de incorrer em custos irrecuperáveis (“*sunk costs*”).

Já a dimensão geográfica do mercado relevante é compreendida como o espaço físico onde o agente econômico atua em situação de concorrência. Sob outra perspectiva, trata-se da área efetiva de concorrência na qual consumidores têm à disposição fontes alternativas de oferta de determinado produto ou serviço.

Exemplificativamente, os seguintes fatores podem ser utilizados na definição do mercado relevante geográfico: (i) local no qual as representadas, as concorrentes e/ou os consumidores estão localizados; (ii) local onde ocorrem as vendas; (iii) os hábitos de compra dos consumidores – se são os consumidores que se deslocam para adquirir produtos ou se são os vendedores que se deslocam para vender os seus produtos, ou ambos; (iii.a) distância que os consumidores geralmente se deslocam para adquirir o produto; (iii.b) distância que os fornecedores geralmente se deslocam para vender seu produto; (iv) diferenças nas estruturas de oferta e/ou preços entre áreas geográficas vizinhas, inclusive a possibilidade de importações; (v) custo, em relação ao preço da mercadoria, de distribuição/transporte; (vi) tempo e outras dificuldades de transporte da mercadoria (em termos de segurança do transporte, da viabilidade do transporte, das questões referentes a aspectos regulatórios e tributários); (vii) custos envolvidos na troca de fornecedores localizados em outro mercado geográfico; (viii) necessidade da proximidade dos fornecedores em relação aos consumidores; (ix) participação das importações na oferta doméstica; e (x) evidências sobre migração de consumidores entre áreas geográficas distintas em resposta a aumento de preços ou alterações de termos de comercialização.

Muitas vezes, a avaliação da substitutibilidade entre os produtos ou entre os mercados geográficos pode ser feita apenas de maneira qualitativa. Em alguns casos, no entanto, pode-se considerar evidências empíricas

quantitativas para auxiliar na delimitação do mercado relevante. Diferenças entre preços e correlações são ferramentas úteis nesse sentido: se os produtos são substitutos, é esperado que seus preços sigam comportamentos semelhantes.

Como citado, há várias ferramentas analíticas e testes para se definir o mercado relevante. Uma das mais utilizadas é o teste do monopolista hipotético: considerando um conjunto de produtos ou de mercados geográficos em que, se uma firma fosse monopolista, as pressões competitivas de outros produtos e de outros mercados geográficos seriam insuficientes para restringir o aumento de preços por parte do monopolista. Desta forma, o teste avalia se um monopolista hipotético teria incentivo para implementar um *‘pequeno não-transitório, mas significativo aumento de preço’* (SSNIP, na sigla em inglês). Outras ferramentas para análises quantitativas também podem ser aplicadas para definição do mercado.³⁷

A definição de mercado relevante é importante para a análise e avaliação da existência de poder de mercado e de posição dominante. No entanto, a depender do tipo de mercado, a sua delimitação pode não ser conclusiva, o que não deve, a princípio, impedir a condução do restante da análise das práticas investigadas.

Em alguns casos, em virtude dessas dificuldades, sugere-se uma inversão nas etapas de análise para qualificação e exame da conduta previamente à definição de mercado relevante, que pode inclusive ser avaliado em cenários. Isso porque, a definição exata da conduta poderá ajudar na melhor compreensão do mercado-alvo sob análise, bem como, em alguns casos, diante da ausência de elementos que indiquem a necessidade de prosseguimento da investigação por inexistência de uma conduta ou ausência de efeitos anticompetitivos em nenhum cenário razoável, o caso poderá ser encerrado sem a necessidade de uma definição estrita do mercado relevante.

Em qualquer hipótese, no entanto, nos casos em que o exame do mérito da conduta indicar a existência de elementos suficientes para prosseguimento da análise e houver indícios de efeitos anticompetitivos (mesmo em um mercado mais amplo), é imprescindível a definição estrita do mercado relevante, não apenas para fins da correta aferição da existência de poder de mercado e posição dominante, como também para que seja viável o exame dos efeitos potenciais e/ou concretos da conduta.

³⁷ Davis, P. and Garces, E. Quantitative techniques for competition and antitrust analysis. United Kingdom: Princeton University Press, 2010.

2. *Aferição de Poder de Mercado*

A aferição de poder de mercado é o processo de identificação da capacidade de uma determinada empresa elevar preços a um nível acima do referencial competitivo, ou seja, acima do custo marginal³⁸. Há outras maneiras pelas quais uma empresa pode exercer seu poder de mercado, como, por exemplo, reduzindo a qualidade do seu serviço ou diminuindo o esforço inovativo. Por sua vez, posição dominante requer que a empresa detenha substancial poder de mercado e que seja duradouro, a ponto de não ser disciplinada pela dinâmica competitiva imposta por rivais³⁹. Por esta razão, a análise de barreiras à entrada e rivalidade são essenciais para a verificação de posição dominante.

Determinar se uma firma possui poder de mercado é o primeiro passo e pode servir como filtro na investigação do exercício de uma conduta unilateral anticompetitiva, uma vez que a empresa só terá condições de exercer uma conduta anticompetitiva unilateral se tiver poder de mercado⁴⁰.

Conforme tratado no item 1, no entanto, há situações em que a definição de mercado relevante não é trivial ou não pode ser precisamente estabelecida; além disso, o dimensionamento do mercado pode não ser precisamente calculado, podendo haver mais de um cenário possível, como em casos de mercados dinâmicos. Nesses casos, é recomendável a inversão nas etapas de análise para qualificação e exame da conduta previamente à aferição de posição dominante.

Em todo o caso, a identificação de poder de mercado é a condição necessária para presunção de capacidade de exercício de poder de mercado, mas não é condição suficiente para conclusão de que a prática em análise é anticompetitiva.

i. Participação de mercado e outras proxys

A participação de mercado e outros indicadores de concentração, como o *Índice Herfindahl-Hirschman* (HHI) e índice C4 (participação de mercado das quatro principais firmas de um mercado), são as métricas mais utilizadas como *proxy* de concentração de mercado. Há casos em que o poder de mercado pode não advir necessariamente de uma elevada participação, mas

³⁸ MOTTA, Massimo. *Competition Policy*. New York: Cambridge, 2004.

³⁹ ICN. *Unilateral Conduct Workbook Chapter 3: Assessment of Dominance*, 2011, p.3.

⁴⁰ ICN. *Unilateral Conduct Workbook Chapter 1: The Objectives and Principles of Unilateral Conduct Laws*, 2012.

de características específicas do setor, o que implica que uma participação de mercado reduzida não deve, por si só, indicar ausência de poder de mercado ou posição dominante, sendo necessário analisar barreiras à entrada, rivalidade e outras características próprias, a depender do mercado.

Após analisada as características gerais de mercado (condições de acesso e de expansão e rivalidade), a participação de mercado pode servir como um primeiro passo para indicar a necessidade de continuidade ou não de uma investigação. De forma geral, e por força legal, em mercados tradicionais, a participação de mercado igual ou superior a 20% pode atuar como um filtro inicial para presunção da dominância de uma empresa ou grupo de empresas⁴¹. Outras evidências e características, no entanto, poderão ser analisadas para elevação ou redução desse patamar de presunção de poder de mercado unilateral⁴². Para completude da análise, é importante considerar as participações de mercado a montante e a jusante para verificar poder de venda e poder de compra, respectivamente⁴³.

Em termos de mensuração, volumes de produção e de venda, calculados com base na unidade monetária ou física, são os dados mais utilizados para estimar a participação de mercado. Para produtos heterogêneos, unidade monetária é preferível, uma vez que a unidade física não fornece uma boa capacidade de comparação entre as produções ou vendas das empresas. Outras métricas, como capacidade de produção ou estoque, também podem ser consideradas para cômputo da participação de mercado em casos específicos.

Usualmente, participações de mercado são calculadas anualmente para verificar a existência de flutuações ao longo do tempo, possibilitando a compreensão da dinâmica do mercado. Para certos mercados, porém, é preferível calcular a participação de mercado considerando um intervalo de tempo. Isso é usual para algumas indústrias de infraestrutura, em que o volume demandado não é frequente ou a maturidade dos contratos excede um ano.

Em análises de conduta unilateral, os índices de concentração são indicadores de caráter mais acessórios para a análise, uma vez que o interesse central é na avaliação de poder de mercado de uma única firma. Servem para

⁴¹ Consulta nº 08700.004594/2018-80 (Consultante Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda.). Voto do ex-Conselheiro do Cade Paulo Burnier.

⁴² CADE. Resolução nº 02/2012, artigo 8º, inciso IV.

⁴³ CADE. Guia de Análises de Atos de Concentração Horizontal. 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf/view. Acesso em 10.03.2020.

indicar o grau de concentração dos mercados em investigação a fim de inferir as condições de as empresas exercerem poder de mercado. Entende-se que, em geral, em mercados menos concentrados, empresas com participações de mercado elevadas teriam maiores condições de exercerem poder de mercado, atingindo efetivamente uma condição de posição dominante.

Como parâmetro, tem-se que mercados que apresentam índice HHI abaixo de 1.500 pontos são considerados não concentrados; entre 1.500 e 2.500 pontos, moderadamente concentrados; e acima de 2.500 pontos indicam elevada concentração⁴⁴.

ii Condições de entrada

As barreiras à entrada dificultam o ingresso de novos concorrentes e, portanto, permitem a manutenção dos preços em patamares mais elevados. Sob estas condições, aumenta-se a probabilidade de exercício de poder de mercado por parte de agentes com elevados *market shares*.

A avaliação de barreiras à entrada permitirá conferir se há ambiente favorável para o exercício de práticas anticompetitivas. Quanto maiores forem estas barreiras, mais efetivo tenderá a ser o exercício de tais condutas. Por exemplo, para práticas anticompetitivas envolvendo estratégias de preço predatório, a presença de barreiras à entrada é elemento necessário para que uma empresa possa obter ganhos futuros após excluir seus rivais efetivos⁴⁵.

Barreiras à entrada podem ser classificadas em três categorias: estruturais, estratégicas e regulatórias⁴⁶. As barreiras estruturais representam as características do mercado, como economias de escala e de escopo, efeito de rede, escassez de insumos, *sunk cost*, e grau de fidelidade à marca. Barreiras estratégicas são criadas por empresas incumbentes, como investimento em excesso de capacidade de produção, elevado grau de integração vertical e limitação de acesso a distribuidores e fornecedores. Por sua vez, as barreiras regulatórias são estabelecidas por atos normativos e envolvem fatores como direitos de propriedade intelectual e regulações administrativas.

A existência de barreiras estratégicas não infere ou implica, necessariamente, a existência de uma conduta anticompetitiva. Firms podem tomar decisões estratégicas que são fundamentadas em um racional

⁴⁴ CADE. Guia de Análises de Atos de Concentração Horizontal. 2016.

⁴⁵ CADE. Cartilha do CADE, p.15-16. 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em 10.03.2020.

⁴⁶ As barreiras à entrada também podem ser classificadas em naturais e artificiais.

econômico. O excesso de capacidade, por exemplo, pode ser resultante de uma expectativa frustrada de aumento da demanda.

iii. Rivalidade

A análise de rivalidade complementa as análises de concentração de mercado e de barreiras à entrada, a fim de verificar a capacidade de uma empresa exercer poder de mercado (e, assim, sua capacidade de tornar efetivo o exercício de condutas unilaterais). Uma empresa com elevado *market share* pode sofrer rivalidade de seus concorrentes e qualquer tentativa de exercer uma prática anticompetitiva poderá ser inócua.

A capacidade de reação dos concorrentes é elemento importante para os consumidores encontrarem alternativas efetivas em relação à empresa que estaria adotando a conduta em análise. Avalia-se, pois, se os rivais possuem capacidade de expandir produção (usando capacidade instalada ociosa ou expandindo, e tendo acesso a insumos a preços de mercado); aptidão de manter sua capacidade inovadora, lançando novos produtos ou desenvolvendo novos modelos de negócios; capacidade de acessar consumidores finais (diretamente ou via distribuidores); entre outros.

O nível de rivalidade de um mercado pode ainda ser avaliado com base na margem de lucro; evolução de *market share*, utilização de preços promocionais; investimentos em *marketing* e publicidade; entrada de novos *players*, entre outros elementos.

III. Identificação da conduta

O artigo 36, §3º da LDC estabelece uma lista de práticas que podem configurar condutas anticompetitivas. Como o próprio dispositivo legal prevê, trata-se de um rol exemplificativo, sendo que outras condutas também podem caracterizar infração à ordem econômica, na medida em que configurem a hipótese prevista no *caput* do artigo 36 e seus incisos.

A experiência concorrencial brasileira demonstra que o rol trazido pelo artigo 36, §3º, contempla uma série ampla o suficiente de condutas para lidar com uma gama bastante abrangente de casos concretos investigados pelo Cade. Mesmo assim, diante da possibilidade de existirem outras condutas não previamente tipificadas, a própria LDC permite ao Cade a atuação em casos não especificamente definidos por lei, mas que também causem (ou possam causar) prejuízos à concorrência.

A correta tipificação da conduta é importante para fins de definição da metodologia da análise, bem como para exame da teoria do dano aplicável ao caso. Em regra, a investigação de condutas não previamente bem delimitadas pode levar a erros de falso-positivo ou falso-negativo quando a teoria do dano não for devidamente estabelecida, levando a uma eventual proibição de condutas pró-competitivas ou à complacência em relação a uma conduta anticompetitiva (erros tipo 1 e 2). A correta delimitação da conduta não só permitirá à autoridade a definição da teoria a ser percorrida, como também permitirá ao administrado a correta interpretação e exercício da ampla defesa.

1. Venda Casada (*Tying e Bundling*)⁴⁷

A venda casada é uma conduta tipificada pelo artigo 36, §3º, inciso XVIII, da LDC, que pode, em determinadas circunstâncias, configurar conduta anticompetitiva quando praticada por agente econômico com posição dominante em pelo menos um dos mercados. Há venda casada quando o ofertante de determinado bem ou serviço⁴⁸ (produto ou serviço principal, subordinante ou ainda *tying product*) impõe para a sua venda ou oferta a condição de que o comprador também adquira outro bem ou serviço (produto ou serviço vinculado, subordinado ou *tied product*). O *bundling*, por sua vez, caracteriza-se pela venda conjunta de dois ou mais produtos, não havendo, em regra, um instrumento de coação que condicione a venda de um ao outro. Em ambos os casos, a venda final dos produtos ocorre conjuntamente.

A venda casada pode se dar em diversas bases ou modos, podendo ser imposta por limitações técnicas, contratuais e/ou econômicas. Nas duas primeiras hipóteses, também conhecidas como “*pure tying or bundling*”, os produtos, ou por questões de incompatibilidade técnica, ou por imposição contratual/comercial, só podem ser adquiridos de forma conjunta, não havendo a possibilidade de aquisição separada. A terceira hipótese, imposição econômica, também chamada de “*mixed tying or bundling*”, ocorre quando os produtos podem ser adquiridos isoladamente, no entanto, a soma do preço de aquisição de cada um deles de forma isolada é significativamente mais alta que a compra dos produtos conjuntamente.

⁴⁷ CADE. Resolução nº 20/1999, Anexo I, seção “B”, item 5. ICN, *Report on Tying and Bundled Discounting*, 2009, Disponível em: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/07/UCWG_SR_TyingBundDisc.pdf. Acesso em 10.03.2020.

⁴⁸ Doravante bem ou serviço serão, conjunta ou isoladamente, denominados produto.

A venda casada e as ofertas em *bundle* podem garantir ao consumidor e/ou adquirentes melhores preços e condições. Nesse sentido, tais práticas podem ser pró-competitivas ou mesmo concorrencialmente neutras – hipóteses em que o Cade não deve reprimi-las. As eficiências usualmente associadas a vendas casadas e *bundling* incluem a geração de economias de escopo, redução dos custos de transação, manutenção da qualidade do produto e até mesmo redução do preço.

Há circunstâncias, contudo, em que tais práticas podem ter efeitos prejudiciais à concorrência. Os principais efeitos anticompetitivos associados à venda casada e *bundling* estão relacionados à "alavancagem" de poder de mercado de um produto (o produto subordinante, em que o vendedor tem poder de mercado) para outro (o produto subordinado, em que o vendedor não tem poder de mercado). Nessas circunstâncias, o vendedor poderá aumentar as barreiras à entrada no mercado subordinado, prejudicar a atuação de concorrentes e, ao mesmo tempo, elevar abusivamente seus lucros – em detrimento da livre concorrência e, em última análise, do consumidor.

A venda casada e o *bundling* podem causar efeitos anticompetitivos nos mercados subordinante ou subordinado (ou em ambos, ao mesmo tempo). Em regra, devem ser observados efeitos no mercado subordinado, mesmo nos casos em que a conduta é implementada para proteger posição dominante no mercado subordinante. Esses efeitos são geralmente ocasionados em decorrência da redução do grau de concorrência pelo produto subordinado, dado a diminuição da demanda pelo produto subordinado separadamente. A prática de venda casada também pode constituir uma forma de burlar os limites de taxa de retorno e preço em indústrias reguladas, na medida em que a empresa seja capaz de incrementar o preço total pela inclusão obrigatória de um novo produto ou serviço ao "pacote".

Ao analisar este tipo de prática, o Cade avaliará o seu racional e seus possíveis impactos (positivos e negativos) na concorrência, com destaque para os seguintes fatores⁴⁹.

⁴⁹ Processo Administrativo nº 08012.001182/1998-31 (Microsoft Informática Ltda.), julgado em 19.05.2004; Averiguação Preliminar 08700.005025/2007-07 (Aceco Produtos para Escritório e Informática Ltda.), julgada em 23.6.2010; Averiguação Preliminar nº 08012.002019/2006-67 (CBF e Outro), julgada em 17.03.2015; Processo Administrativo nº 08012.002096/2007-06 (CBSS, BB, Bradesco, ABN Amro e Nossa Caixa), julgado em 06.05.2015; Processo Administrativo nº 08012.002917/2002-91 (Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT e Target Engenharia e Consultoria – Ltda), julgado em 29.07.2015; Processo Administrativo 08700.008464/2014-92 (Tecon Rio Grande S.A.), julgado em

i. Posição Dominante

O Cade, em regra, atuará naqueles casos em que o agente detiver posição dominante em relação ao produto subordinante (ou a pelo menos um dos produtos no caso do *bundling*), podendo ou não deter também posição dominante em relação ao produto subordinado. Nesse sentido, participações inferiores a 20% em ambos os mercados não indicam poder de mercado suficiente para despertar maiores preocupações concorrenciais, salvo em casos específicos nos quais fique demonstrado que o agente efetivamente possui posição dominante independentemente da baixa participação de mercado.⁵⁰

Quanto maior a participação do agente no mercado do produto subordinante, maiores serão as potenciais preocupações concorrenciais, uma vez que aumenta a chance deste agente deter posição dominante. Em casos de pacotes com múltiplos produtos, as preocupações concorrenciais também serão maiores quanto maior for o número de produtos no pacote em que o agente detenha poder de mercado (especialmente se o pacote não puder ser facilmente replicado por rivais, individualmente ou em conjunto).

ii. Produtos Distintos para Existência da Conduta

Uma vez constatada a existência de posição dominante, é preciso delimitar quando se está efetivamente diante de uma venda casada ou do simples oferecimento de um produto composto por dois ou mais componentes. Em regra, todos os produtos, com exceção daqueles naturalmente mais simples, podem ser separados em dois ou mais componentes, que são oferecidos conjuntamente na venda final. Exemplo: um carro novo é composto por diversos componentes, inclusive os pneus. O fato de haver fabricantes e vendedores de pneus que oferecem esse produto separadamente, não torna a venda de um carro novo uma venda casada.

A determinação sobre se dois produtos poderão ser considerados como um produto único ou se serão tratados como produtos distintos

08.08.2018; e Processo Administrativo 08012.001518/2006-37 (Rodrimar S/A Transportes, Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais), julgado em 08.08.2018.

⁵⁰ O patamar está em linha com a prática em jurisdições estrangeiras relevantes, como a Comissão Europeia (vide *Guidelines on Vertical Restraints*, 2010). Além disso, o patamar também parece consistente com o entendimento do Cade, que estabelece que atos de integração vertical entre agentes que não detenham *market shares* superiores a 30% podem ser analisados pelo rito sumário, gerando presunção de ausência de efeitos anticompetitivos (cf. artigo 8º, IV da Resolução nº 02/2012 do Cade).

dependerá, em geral, da dinâmica competitiva e da demanda dos adquirentes; isto é, eles serão considerados como produtos distintos se, na ausência da vinculação (venda casada) e apesar de um número substancial de adquirentes pelo produto composto, ainda assim houver própria para cada um dos produtos (subordinante e subordinado)⁵¹.

Dois tipos de evidência são importantes para a determinação sobre a existência ou não de dois produtos separados. A primeira diz respeito à comprovação de que os adquirentes efetivamente compram o produto subordinante separado do produto, quando têm a oportunidade de fazê-lo. A segunda questão é se outros vendedores do produto subordinante, que não possuem poder de mercado no produto subordinante, também o oferecem separadamente. Ao analisar a demanda e a oferta, deve-se considerar se estas sofreram alterações decorrentes da prática investigada.

iii. Evidências da Conduta

Para que se possa falar em venda casada ou *bundling*, é preciso que o vendedor implemente elementos de coerção para que seus clientes adquiram os produtos de forma conjunta. Os elementos de coerção nem sempre são explícitos e podem ocorrer de inúmeras formas, incluindo (i) políticas que apenas permitam que consumidores comprem os produtos subordinante e subordinado de forma conjunta, (ii) integração física ou técnica dos produtos e (iii) preços e condições comerciais que tornem impraticável ou irresistível a aquisição de um produto em separado.

Em caso de produtos duráveis associados a serviços/bens não duráveis, é também possível a utilização de (i) políticas que obriguem o cliente a comprar toda (ou quase toda) a parcela de suplementos do vendedor; (ii) padrões técnicos que só sejam compatíveis com modelos de suplementos pertencentes ao próprio vendedor, e (iii) políticas de punições para clientes que utilizarem produtos rivais. Deve-se considerar, ainda, se o uso dos bens não duráveis acessórios é antecipado pelo consumidor no momento da compra do bem durável como parte do uso normal e, portanto, ponderado em sua decisão de compra (como ocorre com os consumíveis ou serviços de manutenção regular), ou se seu uso é apenas eventual e não integra o uso esperado (como ocorre com peças rompidas ou serviços de reparo não esperados).

⁵¹ *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 39 (1984) e Guia da Comissão Europeia.

A análise avaliará se estes aspectos de *design* de produto e/ou estratégias comerciais configuram práticas de *tying* e/ou *bundling* – se o agente está criando barreiras à entrada de forma economicamente injustificável.

iv. Outros aspectos de análise da conduta

Ao analisar a prática, outros aspectos também serão examinados como (i) se a prática também é adotada por outros agentes (quando há justificativas legítimas para a venda casada e *bundling*, é esperado que a estratégia também seja utilizada por rivais); (ii) a duração da prática (estratégias duradouras apresentam maiores riscos concorrenciais do que as limitadas no tempo - que podem, por sua vez, representarem meras políticas promocionais); e (iii) se outros agentes têm condições de exercer a mesma prática.

2. Condutas Predatórias Baseadas em Preço (Preço Predatório)

Condutas predatórias podem ser caracterizadas como abuso de posição dominante nos termos do artigo 36, *caput* - exemplos dados no §3º sob o mesmo artigo são os incisos III (limitar ou impedir o acesso de empresas ao mercado), IV (criar dificuldades a concorrentes, fornecedores ou adquirentes) e XV (vender mercadoria abaixo do preço de custo) da LDC. Condutas predatórias geralmente envolvem práticas comerciais que levam no curto prazo ao aumento de bem-estar do consumidor (por exemplo, através da prática de preços inferiores ao custo de produção), e no, longo prazo, à diminuição da concorrência e bem-estar do consumidor – por exemplo, com a exclusão de concorrentes do mercado em razão da incapacidade de competirem contra preços abaixo da linha de custo, e consequente aumento dos preços.

As condutas predatórias baseadas em preço (“preço predatório”) são exercidas quando uma empresa reduz seus preços de maneira agressiva com a finalidade de excluir rivais do mercado e, posteriormente, ter condições de praticar preços mais elevados, aumentando seu lucro. Esta prática será consumada se o lucro mais elevado compensar as perdas resultantes da prática de preço predatório.

A LDC caracteriza a predação por preço como infração à ordem econômica ao prever a hipótese de “*vender mercadoria ou prestar serviços*”

*injustificadamente abaixo do preço de custo*⁵². Precisamente, em consonância com a teoria econômica, para a configuração de preço predatório, é necessário, primeiramente, que as vendas sejam realizadas abaixo do custo marginal⁵³.

No entanto, como a estimativa e cálculo do custo marginal podem ser tarefas bastante complexas, a melhor doutrina e experiência (nacional e internacional) sugerem que o custo variável médio pode ser utilizado como um indicador de custo marginal. Se uma firma vende um produto abaixo de seu custo variável médio, a operação não terá retorno e as perdas poderiam ser reduzidas caso a produção encerrasse. O custo marginal poderá ser igual, menor ou maior ao custo variável médio, dependendo do ponto na curva de custo variável médio em que a produção se encontra. Neste sentido, o uso do custo variável médio pode implicar uma decisão igual, mais proibitiva ou mais permissiva quando comparado ao uso do custo marginal.

Portanto, a análise deverá considerar as condições efetivas de custos e condições de preços praticados pelo agente predador no mercado. Os custos considerados pela firma para definição de preço podem ser referentes a custos futuros esperados, e não necessariamente ao histórico de custo da firma. Além disso, deve-se avaliar (i) o tempo de duração da prática, já que ela deve ser implementada por tempo suficiente e capaz de causar a saída de rivais do mercado ou, em casos específicos, ser capaz de reduzir significativamente a capacidade de competição dos demais concorrentes; e (ii) a capacidade de o agente investigado recuperar as perdas econômicas decorrentes de uma política de preço predatória em momento posterior à saída de rivais do mercado.

i. Posição dominante

Quanto maior a participação de mercado do agente predador, maior será a possibilidade de que ele efetivamente consiga implementar com sucesso uma prática de preço predatório – a qual exige uma capacidade bastante significativa de financiamento no médio prazo para que seja possível a exclusão de rivais do mercado. Por essa razão, apenas agentes com elevado poder de mercado (não necessariamente traduzido em *market share*) ou elevada capacidade de financiamento em contraposição aos seus rivais

⁵² Lei nº 12.529/2011, artigo 36, §3º, inciso XV.

⁵³ “*In our analysis of predatory pricing we have concluded that marginal-cost pricing is the economically sound division between acceptable, competitive behavior and "below-cost" predation.*” Areeda and Turner, 1975.

deverão levantar preocupações que efetivamente indiquem a possibilidade de se estar diante de uma efetiva conduta de preço predatório.

ii. Aferições de condições de entrada e concorrência potencial

As características de mercado devem ser avaliadas com o intuito de determinar se existem barreiras à entrada relevantes no mercado afetado que impediriam a entrada tempestiva, provável e suficiente de um novo concorrente. Caso não existam barreiras relevantes, pode-se considerar que a prática de preço predatório não terá efeitos negativos no mercado, uma vez que a elevação de preços para a compensação de perdas decorrentes de vendas abaixo de custo seria contestada por rivais entrantes. Comprovado esse cenário e tendo em vista a estrutura de oferta, em especial, refutado o risco de poder coordenado, pode-se descartar a hipótese da ocorrência de infração à ordem econômica e é desnecessário prosseguir nas etapas seguintes de análise.

Via de regra, as condições de entrada e concorrência potencial devem ser analisadas não apenas em vista de dinâmicas em que um agente deseja a monopolização do mercado, mas também em vista de contextos em que a conduta pode ser exercida como forma de manutenção do *status quo* do mercado ao tornar a entrada de novos competidores pouco atrativa, por meio da criação de ameaças críveis. Assim, a instrução dos casos pode também considerar, quando pertinente, dados históricos de precificação, entradas e saídas de agentes econômicos no mercado, níveis de importações e exportações, a construção de reputação de firmas incumbentes e existência de assimetrias informacionais relevantes.

iii. Aferição das condições de oferta

Esta etapa de análise visa apurar se o suposto agente predador é capaz de absorver a demanda incremental que terá com a prática de preços abaixo do preço de custo. Na comprovação de que a firma investigada não é capaz de absorver a demanda gerada para seus bens ou serviços, pode-se descartar a hipótese de ocorrência de infração anticompetitiva e torna-se desnecessário prosseguir nas etapas seguintes de análise, salvo se houver outras variáveis que justifiquem.

Geralmente, são avaliadas como *proxies* das condições de expansão de oferta do suposto agente predador sua capacidade ociosa e o potencial de expandir sua capacidade de produção instalada no período durante ou logo após a conduta. Vale lembrar que, nos casos de expansão de capacidade,

também se avalia a capacidade de expansão dos concorrentes que poderiam absorver a demanda.

iv. Aferição da capacidade de financiamento da prática

Esta etapa tem por objeto aferir se o suposto agente predador é capaz de financiar a venda de bens ou serviços a preço predatório por um período de tempo suficiente para a saída de seus rivais do mercado. Este financiamento pode ter origem do próprio agente investigado, por meio de capital acumulado ou receitas auferidas de outros segmentos de atuação, ou, ainda, mediante terceiros interessados na monopolização e/ou oligopolização do mercado. Se é demonstrado que o suposto agente predador não tem acesso a financiamento suficiente para arcar com os custos iniciais da conduta, pode-se descartar a hipótese de preço predatório, sendo desnecessária a análise da próxima etapa, salvo se houver outras variáveis que justifiquem.

v. Cotejamento de preços e custos

Superadas todas as etapas acima, a análise passa para o cotejamento de preços e custos de produção do suposto agente predador, para se identificar se há, injustificadamente, venda de bens ou serviços a preços abaixo de custo. Nesse sentido, e como já esclarecido acima, a variável ideal para essa análise é o custo marginal⁵⁴, devendo a autoridade estimá-lo sempre que possível para utilizar como parâmetro de comparação com os preços.

No entanto, caso não seja possível, e conforme estabelecido pela Portaria nº 70/2002 da Secretaria de Acompanhamento Econômico (“Seae”), deve-se levar em conta para a análise o custo variável médio⁵⁵ e o custo médio total⁵⁶:

- Quando o preço for igual ou superior ao custo médio total de produção, não há prática de predação.
- Quando o preço estiver entre o custo médio total e o custo variável médio, há possibilidade de predação, havendo

⁵⁴ ICN. Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, 2012, p. 21.

⁵⁵ Entende-se por custos variáveis os custos do trabalho, materiais, energia, gastos promocionais, depreciação da planta relacionada ao uso e outros custos que variem com a produção.

⁵⁶ Entende-se por custo médio total a soma do custo variável médio e do custo fixo médio. Por custos fixos, entende-se aqueles relacionados aos investimentos em capital físico e maquinaria, bem como os demais ativos fixos que não variam com a produção.

necessidade de ponderação de justificativas econômicas e de eficiências.

- Quando o preço for inferior ao custo variável médio, configura-se predação.

Por fim, não se pode ignorar que, em determinados mercados, o custo de reprodução de determinados produtos é tendente a zero, de modo que as *proxies* referidas acima podem perder sua relevância analítica⁵⁷. Há que se avaliar, portanto, a racionalidade econômica de toda a estrutura de preços na oferta do produto ou serviço, que só deve ser considerada predatória quando for economicamente irracional, exceto pela possibilidade de recuperar as perdas posteriormente, por meio do exercício do poder econômico. Em mercados de dois lados com fortes externalidades de rede, por exemplo, é comum a prática de preço zero para se incentivar a formação de uma massa crítica de usuários em uma das pontas do mercado. Em tais cenários, a gratuidade não pode ser necessariamente tomada como indício de predação, dado que a viabilização do negócio é dependente desse tipo de modelagem -- apenas se deveria falar em predação se a estrutura de preços como um todo, considerados os dois lados do mercado, não for sustentável salvo pelo exercício do poder econômico após a exclusão de todos os rivais do mercado.

3. *Condutas Discriminatórias*

As condutas discriminatórias estão previstas no artigo 36, §3º, inciso X, da LDC, segundo o qual, haverá discriminação quando o agente estabelece preços ou condições comerciais diferenciadas entre adquirentes e fornecedores de produtos ou serviços, que estão em condições semelhantes ou equiparáveis. Isto é, não deve ser perseguida, nem mesmo considerada ilícita, a conduta que dispensa tratamento diferenciado para agentes que se encontram em situações distintas, no limite e proporção da condição diferenciada em que

⁵⁷ Por exemplo, o Voto do Conselheiro Thompson de Andrade no Processo Administrativo nº 08012.001182/1998-31 em referência ao mercado de *softwares* (Representante: Paiva Piovesan Engenharia & Informática Ltda., Representada: Microsoft Informática Ltda.; p. 5): “*Os custos de reprodução do programa (cópia), após o desenvolvimento do software, são desprezíveis. Quando se trata de softwares desenvolvidos em outros mercados geográficos e adaptados para o mercado nacional, como é o caso do Money, os custos envolvidos nas atividades de concepção, desenvolvimento do software já foram cobertos na comercialização do produto em outros mercados. Nestas circunstâncias torna-se praticamente impossível a avaliação real das condições efetivas de custo. Por outro lado, o comportamento dos preços ao longo do tempo, como visto acima, não sinaliza para a necessidade de análise detalhada de custos, já que não revela indícios de que tenha ocorrido queda de preços aos consumidores ou vendas abaixo do custo.*”

esses agentes se encontram. De outra forma, a aplicação de tratamento isonômico para situações distintas também pode ser alvo de investigação se não contar com alguma justificativa econômica legítima, a fim de se detectar a existência de efeitos negativos e prejuízos competitivos advindos da conduta.

A concessão de tratamento diferenciado pode ocorrer de diferentes formas, podendo ser imposta por meio do estabelecimento de preços diferenciados, condições de venda, prazo de entrega, descontos, bonificações e/ou outras diversas modalidades. É aceitável que condições comerciais – preços, descontos, prazos para pagamento, aceitação de devolução de estoque, entre outras – sejam atingidas por meio da livre negociação, conforme atributos particulares do cliente, da transação e de sua capacidade de negociação. Diferenciações baseadas em volume de venda, capacidade de financiamento e condições de aquisição também são geralmente aceitáveis como razoáveis e pró-competitivas.⁵⁸

Geralmente, o objetivo de qualquer modalidade de prática discriminatória está atrelado à captura do excedente do consumidor/adquirente. As eficiências geradas por esse tipo de conduta estão associadas ao aumento da oferta, aumento do número de transações, inclusão e crescimento do número de consumidores que possam encontrar preços pelos quais estão dispostos a pagar, aumento da concorrência, redução de preço para grupos de consumidores menos elásticos, criação de incentivos dinâmicos no mercado, como inovação, investimentos e redução de custos.

Os efeitos negativos, por sua vez, estão atrelados, em regra, à possibilidade de exclusão de competidores no mercado do agente econômico ou a montante (quando praticada contra o fornecedor) ou a jusante (quando praticada contra o adquirente). Para que esses efeitos possam ser produzidos no mercado, é imprescindível que o agente econômico detenha efetivamente posição dominante, isto é, que detenha poder de mercado em nível muito superior ao patamar legal presumido (20% de *market share*). Em regra,

⁵⁸ Discriminação de preços é definida em três graus diferentes: “A discriminação de preços de primeiro grau significa que o monopolista vende diferentes unidades de produto por diferentes preços e que os preços podem diferir de pessoa para pessoa. (...) A discriminação de preço de segundo grau significa que o monopolista vende diferentes unidades de produto por diferentes preços, mas cada pessoa que compre a mesma quantidade de bens paga o mesmo preço. Assim, os preços diferem no que tange às unidades do bem, mas não no que diz respeito às pessoas. (...) Já a discriminação de preços de terceiro grau ocorre quando o monopolista vende a produção para pessoas diferentes por diferentes preços, mas cada unidade vendida a determinada pessoa é vendida pelo mesmo preço.” VARIAN, Hal R. Microeconomia: Princípios básicos. Elsevier 2003 pg. 471.

condutas discriminatórias tendem a levantar preocupações mais significativas nos casos em que são impostas por agentes verticalmente integrados em favor da unidade pertencente ao mesmo grupo e em desfavor dos concorrentes não verticalizados, ocasião em que fica mais evidente o objetivo anticompetitivo da conduta e sua racionalidade.

Nestas condições, a discriminação de preços e/ou de outras condições comerciais pode fechar o mercado, ao aumentar abusivamente os lucros do agente dominante e ao elevar custos de rivais⁵⁹, podendo ser tipificada como infração à ordem econômica, configurando também as condutas descritas nos incisos III (limitar ou impedir o acesso de empresas ao mercado), IV (criar dificuldades a concorrentes, fornecedores ou adquirentes), V (impedir o acesso de concorrente a fontes de insumo ou a canais de distribuição), do artigo 36, §3º, da LDC.

Segundo a doutrina e a jurisprudência, duas modalidades de discriminação podem ser identificadas: a direta e a indireta.

No cenário de discriminação direta ou discriminação de preços, o agente verticalizado que detém posição dominante a montante pode excluir um rival no mercado a jusante, estabelecendo uma margem estreita entre o preço que oferece por um insumo essencial (preço de atacado) e seu próprio preço de varejo no mercado a jusante. Há, portanto, uma precificação desigual praticada pelo agente verticalizado, para varejo (clientes) e atacado (concorrentes), que pode comprimir as margens do rival a jusante, excluindo-o da concorrência.

Por sua vez, a discriminação indireta – também denominada de subsídio cruzado⁶⁰ – ocorre quando o agente verticalizado adota práticas indiscriminadas para todos a jusante na cadeia, mas compensa, indiretamente, estes custos por meio de descontos oferecidos em outro(s) mercado(s) verticalmente integrados, tornando seu “pacote de serviços” mais vantajoso do que seu concorrente.

Uma prática discriminatória pode ser, portanto, capaz de fechar o mercado a determinados concorrentes, ao elevar o custo de rivais e aumentar arbitrariamente seus lucros. Além disso, a discriminação de preços pode, intencionalmente ou não, ser utilizada como instrumento ou como consequência decorrente de outras possíveis condutas exclusionárias, tais como: recusa de contratar, descontos condicionados, venda casada, preços

⁵⁹ CADE. Resolução nº 20/1999, Anexo I, seção “B”, item 6.

⁶⁰ Por exemplo, o Processo Administrativo nº 08700.005418/2017-84 e o Ato de Concentração nº 08700.006345/2018-29.

promocionais e *price squeeze* ou *margin squeeze*.⁶¹ Uma vez constatada a materialidade das práticas discriminatórias, é preciso aferir se a racionalidade da conduta e suas possíveis eficiências são capazes de compensar eventuais efeitos anticompetitivos.

i. Posição Dominante

A persecução de uma conduta discriminatória deve ocorrer nos casos em que a autoridade identificar a existência de posição dominante pelo agente econômico. Por sua natureza de conduta unilateral, a detecção de posição dominante deve ultrapassar a mera constatação de poder de mercado, sendo aquela presumida legalmente quando o agente detém 20% ou mais de participação de mercado -- sendo essa presunção *juris tantum*, ela fica sujeita, naturalmente, às particularidades de cada mercado e deve ser confirmada à luz das circunstâncias concretas. Participações inferiores a 20% em ambos os mercados não indicam poder de mercado suficiente para despertar maiores preocupações do Cade.

A possibilidade de produção de efeitos lesivos independe da existência de poder de mercado nos mercados verticalmente relacionados (a montante ou a jusante), dado que a existência de posição dominante no mercado principal (em que a conduta é praticada) pode ser suficiente para conceder uma posição privilegiada ou prejudicar o acesso de concorrentes nesses mercados.

Casos de discriminação também podem ser observados nas hipóteses em que envolvam uma estrutura / insumo essencial (*essential facility*), quando não se esteja diante de um caso puro e simples de negativa de contratar. Isso porque, um agente econômico conseguirá impor preços discriminatórios ou abusivos e, com isso, aumentar os custos de seus rivais e/ou restringir o seu acesso, nos casos em que esses rivais se encontrem em posição de dependência ao acesso de uma *essential facility* detida pelo agente econômico.⁶²

Em linhas gerais, uma *essential facility* existe diante de situações de dependência de um agente econômico com relação a outro, em que a oferta de

⁶¹ OCDE, Directorate for Financial and Enterprise Affairs – Competition Committee. Price Discrimination, 2016, p. 5. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)15/en/pdf)>. Acesso em 10.03.2020.

⁶² Por exemplo, o Processo Administrativo nº 08700.005418/2017-84, Processo Administrativo nº 08012.003824/2002-84, Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37, Recurso Voluntário nº 08700.005723/2018-57 e Ato de Concentração nº 08700.006345/2018-29.

determinados produtos ou serviços depende do acesso ou do fornecimento do insumo indispensável⁶³. O tema é controverso e costuma ser endereçado em condutas de recusa de contratação, haja vista as limitações para se enquadrar o caso concreto aos requisitos desta teoria, quais sejam: (i) o agente possuir posição dominante, (ii) o agente controlar de modo injustificado uma estrutura que seu rival não conseguirá replicar, (iii) a possibilidade de o detentor da estrutura monopolizar o mercado a jusante, e (iv) a ausência de justificativa objetiva para a discriminação ou a recusa de contratar.

ii. *Avaliação dos possíveis efeitos anticompetitivos*

Confirmada a existência de posição dominante, é necessário analisar se a conduta produz ou é capaz de produzir efeitos anticompetitivos no mercado, como a criação de dificuldades à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de concorrentes, por meio de elevação artificial de seus custos, bem como verificar quais são os incentivos econômicos que o agente possui para excluir rivais.

Os efeitos anticompetitivos de uma prática discriminatória podem ser diversos e percebidos por diferentes agentes econômicos, não necessariamente localizados no mesmo elo da cadeia produtiva em que se encontra o autor da prática. Nesse sentido, é possível analisar, nesses casos, eventuais danos sofridos por consumidores do produto.

Por fim, os incentivos para exclusão de rivais podem se fazer presentes, quando o agente dominante no mercado a montante: (i) não for capaz de extrair níveis elevados de renda do rival ou de um novo entrante no mercado a jusante ou (ii) desejar manter ou alavancar o seu poder de mercado, no futuro, para o mercado a jusante, enfraquecendo os concorrentes, ainda que sacrifique lucros correntes⁶⁴.

4. *Price Squeeze*

A prática de *price squeeze*, também geralmente conhecida como *margin squeeze*⁶⁵ ou margem constrangida, pode configurar abuso de posição

⁶³ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e concorrência (estudos e pareceres). São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002, p. 40.

⁶⁴ FUMAGALLI, Chiara; MOTTA, Massimo and CALCAGNO, Claudio, Exclusionary Practices: The Economics of Monopolisation and Abuse of Dominance, New York: Cambridge University Press, 2018, p. 554.

⁶⁵ O *margin squeeze* foi definido da seguinte forma pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”): *A margin squeeze is said to arise when the margin*

dominante nos termos do artigo 36, §3º, incisos III (limitar ou impedir o acesso de empresas ao mercado), IV (criar dificuldades a concorrentes, fornecedores ou adquirentes) e V (impedir o acesso de concorrente a fontes de insumo ou a canais de distribuição), da LDC. Essa conduta ocorre quando uma margem extremamente baixa é estabelecida entre o preço de venda de um insumo essencial para rivais e o preço que esse incumbente verticalmente integrado cobra no mercado a jusante, de forma a inviabilizar o negócio dos demais concorrentes ou impedir que eles concorram de forma efetiva.

São condições precedentes para a existência de uma conduta de *margin squeeze*: (i) a existência de um incumbente que comercialize um produto, insumo ou detenha o acesso a uma estrutura essencial, ou para os quais não existam bons substitutos econômicos, (ii) que o agente econômico detentor do insumo essencial também atue e concorra diretamente no mercado a jusante.

Nesse contexto, para que a conduta seja efetivamente configurada, a margem estabelecida pelo incumbente entre o preço do insumo e o preço do produto final no mercado a jusante ou *downstream* deve ser baixa o suficiente a ponto de inviabilizar o negócio dos concorrentes igualmente eficientes no mercado *downstream*, ou impedir que eles consigam efetivamente concorrer nesse mercado. Esse constrangimento da margem pode ocorrer tanto pela elevação do preço de venda do insumo essencial no mercado a montante ou *upstream*, como pela redução do preço no mercado a jusante.

Em regra, existem diversas justificativas possíveis para a existência de uma margem constrangida que podem ser atribuíveis, por exemplo, a economias de escala, escopo e vantagens geralmente associadas às eficiências decorrentes de uma integração vertical. Outras razões econômicas, tais como a proteção de investimento e ativos intangíveis, também podem justificar a existência de *price squeeze*, dado que essas condições levariam o agente a estabelecer o preço do insumo visando a cobrir todos os seus custos e posicionamento de seus produtos.

between the price at which the integrated firm sells the downstream product and the price at which it sells the essential input to rivals is too small to allow downstream rivals to survive or effectively compete, to the detriment of downstream consumers. The primary antitrust concern is that a firm engaging in a margin squeeze may limit, restrict or prevent the development of competition in the downstream market. Depending on the circumstances, this may raise the price or reduce the quality or variety of products available to downstream customers.” OECD Policy Roundtables, 2009. Disponível em: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/46048803.pdf>. Acesso em 10.03.2020.

O efeito negativo diretamente associado a essa prática é a elevação dos custos de rivais e a consequente exclusão de concorrentes igualmente eficientes ou a inviabilização de que esses rivais concorram eficazmente no mercado. A infração está justamente em impedir que concorrentes igualmente eficientes no mercado alvo consigam competir efetivamente ou se manter no mercado de forma eficiente, dado que o constrangimento da margem fará com que os rivais do incumbente não consigam comercializar seus produtos ou serviços de forma lucrativa e sustentável no mercado a jusante.

Nesse sentido, a conduta de *price squeeze* tem como possíveis efeitos anticompetitivos: (i) limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; (ii) criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços e/ou (iii) impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição.

Dado que a conduta de *price squeeze* é concretizada por meio do constrangimento da margem, e não necessariamente da efetiva prática de uma conduta predatória, ou mesmo de uma eventual discriminação - que ocorreria se o preço de venda do insumo para seus rivais fosse comercializado em condições e/ou preços diferentes daqueles aplicados ao próprio agente verticalizado -, a sua análise deve ser realizada de forma independente de outras práticas. Trata-se, portanto, de uma conduta autônoma, que não pressupõe o exercício de qualquer outra prática acessória para que reste configurada sua ilicitude. Como tanto, os requisitos para sua configuração não se confundem com os aplicáveis para as demais práticas. Não é preciso, por exemplo, que se prove a capacidade de recuperação de receitas após um período de predação.

Em setores sujeitos à regulação, deve-se levar em consideração se o agente econômico investigado tem autonomia para definir os preços supostamente relacionados à conduta.⁶⁶ Caso a precificação esteja de acordo com a norma regulatória correspondente, a atuação do Cade deverá ser ocorrer em conformidade com a norma regulatória, sendo recomendável a

⁶⁶ Em determinadas circunstâncias, a liberdade de precificação do agente econômico pode ser substancialmente limitada pela regulação, afastando a possibilidade de infração concorrencial. Nesse sentido, ver Inquérito Administrativo nº 08700.011091/2015-18 e Processo Administrativo nº 08012.008501/2007-91.

interlocução entre as autoridades, para que não haja conflito de competências⁶⁷.

i. Posição Dominante

A persecução de uma conduta de *price squeeze* deve ocorrer nos casos em que a autoridade identificar a existência de posição dominante pelo agente econômico. Por sua natureza de conduta unilateral, a detecção de posição dominante deve ultrapassar a mera constatação de poder de mercado. O Cade deverá atuar caso o agente detenha posição dominante no mercado a montante (ou de origem), embora as condições de concorrência no mercado a jusante também sejam importantes para a análise de mérito.

Em regra, como a conduta exige que o agente detenha o controle de um insumo essencial (ou que não exista bons substitutos), presume-se que a participação de mercado será (ou deverá ser) elevada quando efetivamente se estiver diante de uma estrutura que permita ao agente o constrangimento da margem e a elevação dos custos dos rivais. Por conseguinte, participações inferiores a 20% não indicam, em regra, maiores preocupações concorrenciais.⁶⁸

ii. Evidências da conduta

Após a comprovação da existência de posição dominante, é preciso analisar outros fatores para verificar a ocorrência de *price squeeze*. O *standard* probatório leva em consideração uma rigorosa comparação entre preços e custos históricos praticados pelo agente econômico supostamente infrator e outros competidores nos mercados *upstream* e *downstream*.

⁶⁷ “Inicialmente, cumpre esclarecer que o CADE não é Agência Reguladora do preço deste mercado, não podendo assim substituir um comando positivo e autorizativo de precificação dado por uma Agência Reguladora legalmente instituída. Inquérito Administrativo nº 08700.011091/2015-18. Representante: Serviço Municipal de Saneamento Ambiental de Santo André – Semasa. Representada: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp.

⁶⁸ O patamar está em linha com a prática em jurisdições estrangeiras relevantes, como a Comissão Europeia (ver o *Guidelines on Vertical Restraints*, 2010). Além disso, o patamar é consistente com o entendimento que estabelece que atos de integração vertical entre agentes que não detenham *market shares* superiores a 30% podem ser analisados pelo rito sumário, gerando presunção de ausência de efeitos anticompetitivos (cf. artigo 8º, IV da Resolução nº 02/2012 do Cade).

Em linha com a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”), há três requisitos cumulativos para que um agente econômico seja capaz de implementar uma conduta de *margin squeeze*⁶⁹: (a) ausência de bons substitutos para o insumo produzido/detido pela empresa no *upstream*; (b) comercialização deste insumo pela empresa no *upstream* para empresas que atuam no mercado *downstream*; e (c) concorrência direta desta empresa no *upstream* também no *downstream* contra as empresas adquirentes dos referidos insumos.

iii. Determinação de “margem ilegal”

Um dos pontos centrais da análise em casos envolvendo *margin squeeze* é a determinação do que deve ser considerado como uma margem ilegal, ou anticompetitiva. Conforme a jurisprudência internacional e a teoria econômica, é seguro admitir que a existência de uma margem negativa (ou seja, o preço praticado pelo incumbente no mercado *downstream* é inferior ao preço que o incumbente vende para seus rivais no mercado *upstream*) é capaz de produzir efeitos anticompetitivos. Não é necessário, no entanto, apurar uma margem negativa.

Em geral, deve-se adotar como parâmetro razoável a existência de uma margem mínima o suficiente que viabilize a concorrência por um competidor igualmente eficiente - aplicando-se, nesses casos, o teste do competidor igualmente eficiente (*equally-efficient competitor test*). Como princípio geral, a base para análise do estrangulamento da margem deve levar em consideração a situação do próprio incumbente (*i.e.*, custos e preços

⁶⁹ In verbis: “63. *Margin squeeze (estrangulamento da margem) ocorre quando há uma margem tão estreita entre o preço de um provedor- integrado de insumo essencial para um rival e seus preços no downstream que o rival não pode sobreviver ou competir efetivamente. Um estrangulamento da margem pode apenas surgir quando:*

(a) *uma empresa no upstream produz um insumo para o qual não há bons substitutos econômicos;*

(b) *a empresa no upstream vende o insumo para uma ou mais empresas no downstream* [não-integradas]

(c) *a empresa no upstream também compete diretamente no mercado downstream contra aquelas empresas* [não-integradas] (...) *Para haver estrangulamento de margem, os três elementos devem estar presentes.*”. (Nota Técnica nº 2/2017/DEE/CADE, Inquérito Administrativo nº 08700.011091/2015-18. Representante: Serviço Municipal de Saneamento Ambiental de Santo André – Semasa. Representada: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp. Despacho de arquivamento pela SG publicado no DOU em 21.7.2017.)

praticados pelo próprio agente econômico), e não a situação de outro concorrente, efetivo ou mesmo potencial.

Por fim, testes de imputação⁷⁰ que tomam por base a receita e o preço unitário também podem se mostrar úteis na averiguação da existência (ou não) de *price squeeze*. Entretanto, a depender do setor analisado, tais testes podem ser extremamente difíceis, esbarrando em graves dificuldades para mensuração. Como exemplo, é difícil realizar a análise do aumento de preço, já que, ainda que se entenda que o preço deva ser superior ao custo marginal verdadeiro⁷¹, este fator não é suficiente por si só. Afinal, não há impedimentos para que um agente de mercado precifique acima do custo marginal, para auferir lucro econômico⁷².

5. Recusa de Contratação

Em determinadas circunstâncias, a recusa de contratação pode ser caracterizada como um ilícito concorrencial, tipificada pelo artigo 36, §3º, inciso XI, da LDC. Trata-se de conduta por meio da qual um agente econômico se recusa a fornecer ou prestar determinado bem ou serviço a outro em condições comerciais normais. Esta recusa pode ser tanto expressa quanto

⁷⁰ “*Em relação à conduta de price squeeze, a Seae realizou uma comparação entre os valores da TU-RI, e os preços finais cobrados ao consumidor pelo STFC-LDN. Tal análise foi baseada em experiências internacionais e, principalmente no texto de Stephen King e Rodney Maddock "Imputation Rules and a Vertical Price Squeeze". Os autores identificam duas formas principais de avaliar condutas de price squeeze tomando-se como base o preço final cobrado pela empresa que supostamente estaria praticando a conduta anti-competitiva. A primeira delas é a partir da receita (revenue imputation test), em que a receita da firma que estaria praticando a conduta é comparada a seus custos totais. A segunda análise é do ponto de vista marginal e baseia-se no preço unitário (marginal imputation test), comparando o preço final do produto com o custo marginal da empresa. Pelo exame proposto por King e Maddock, a empresa estaria praticando price squeeze se a receita obtida por meio do preço final do produto não fosse capaz de cobrir seus custos totais, inclusive os custos do insumo do qual a empresa estaria usando para praticar a conduta mencionada.*” Processos Administrativos 53500.001821/2002, 53500.001823/2002 e 53500.001824/2002. Representantes: Empresa Brasileira de Telecomunicações – Embratel e Intelig Telecomunicações Ltda. Representada: Telecomunicação de São Paulo S.A. – Telesp. Voto do Conselheiro-Relator Roberto Pfeiffer.

⁷¹ Averiguação Preliminar nº 08012.007897/2005-98. Representante: Refinaria de Petróleo de Manguinhos S/A. Representada: Petróleo Brasileiro S/A. Voto do Conselheiro do Cade Luis Carlos Prado.

⁷² Nota Técnica nº 2/2017/DEE/CADE, Inquérito Administrativo nº 08700.011091/2015-18. Representante: Serviço Municipal de Saneamento Ambiental de Santo André – Semasa. Representada: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp.

ocorrer por meio do estabelecimento de condições comerciais que inviabilizem comercialmente tal transação.⁷³

Análises antitruste relativas à recusa de contratação são invariavelmente complexas, já que, em economias de mercado, os agentes econômicos são usualmente livres para escolher seus parceiros de negócios (como, por exemplo, consumidores ou fornecedores)⁷⁴. Em regra, toda empresa – dominante ou não – tem o direito de escolher seus parceiros comerciais e dispor seus bens e serviços, segundo os princípios da livre iniciativa e da autonomia de vontade das partes. No entanto, recusar-se a contratar com outros agentes em condições comerciais normais pode revelar, em determinadas circunstâncias, estratégia anticompetitiva e abusiva, sobretudo, quando a prática é capaz de distorcer as condições de competição, fechar mercado, elevar custos de rivais e/ou elevar barreiras à entrada de maneira artificial.⁷⁵

Nesse sentido, a imposição da obrigação de contratar a determinado agente econômico pode ter como justificativa a ideia de prevenção de comportamentos oportunistas e a proteção de investimentos efetuados pelo agente.

Como quase todas condutas unilaterais, trata-se de um ilícito analisado pela regra da razão.⁷⁶ Sua avaliação deve considerar a racionalidade econômica da conduta e seus efeitos líquidos à concorrência. Nesse sentido, para que uma recusa de contratação seja entendida como uma infração contra

⁷³ Nesse sentido, destaca-se, por exemplo, a definição utilizada pela OCDE: “*The term ‘refusal to deal’ (or ‘refusal to supply’) describes a situation in which one firm refuses to sell to another firm, is willing to sell only at a price that is considered ‘too high’, or is willing to sell only under conditions that are deemed unacceptable*”. OECD Policy Roundtables. Refusals to Deal, 2007, p. 9. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/43644518.pdf>>. Acesso em 10.03.2020.

⁷⁴ “*In general, any business — even a monopolist — may choose its business partners. (...) In general, a firm has no duty to deal with its competitors*”. UNITED STATES, Federal Trade Commission. Guide to Antitrust Laws. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/single-firm-conduct/refusal-deal>>. Acesso em 10.03.2020.

⁷⁵ “*Os efeitos anticompetitivos potenciais estão relacionados principalmente ao “bloqueio” dos e/ou o aumento das barreiras à entrada nos canais de distribuição ou fornecimento, como no item anterior (incluindo possível aumento de custos de rivais) (...)*”. BRASIL, Cade. Anexo I da Resolução Cade nº 20/1999, 1999, p. 5. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view>>. Acesso em 10.03.2020.

⁷⁶ OECD Policy Roundtables. Refusals to Deal, 2007. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/43644518.pdf>>. Acesso em 10.03.2020.

a ordem econômica, devem ser verificados danos reais ou potenciais à concorrência, não compensados por eventuais eficiências.

O problema concorrencial geralmente surge em mercados com monopólios naturais, insumos essenciais ou outras peculiaridades, em que a dominância decorre de razões estruturais e/ou onde existe uma clara situação de dependência com relação ao produto/serviço ofertado pelo agente dominante. Nesses casos, a conduta pode ser caracterizada como anticompetitiva quando praticada fora das condições normais de comércio ou quando resulta na interrupção injustificada do fornecimento de bens ou serviços, fazendo com que os agentes dependentes daqueles produtos/serviços fiquem incapacitados de competir de maneira efetiva.

Os principais efeitos negativos da prática referem-se a fechamento de mercado e elevação de custos de rivais. A recusa em contratar pode surgir de forma isolada ou associada a outras condutas unilaterais anticompetitivas⁷⁷, tais como: a proposição de preços ou condições abusivas, a imposição de compressão de margens no fornecimento para empresa em mercado a jusante, ou ainda, por meio da recusa de fornecimento de bem, caso o distribuidor pratique preço fora daquele fixado pelo agente dominante e até mesmo, pelo atraso na liberação de acesso à infraestrutura ou no fornecimento de serviço a determinado cliente-concorrente, em comparação com os demais clientes.

As justificativas econômicas de eficiências do agente dominante devem ser sopesadas diante da dependência econômica de outras empresas, dado que há situações em que o comportamento do agente dominante é legítimo e lícito, como recusa pela inadimplência do pagador ou insuficiência do estoque do fornecedor. Além disso, outras eficiências possíveis devem ser analisadas pelo Cade, tais como a garantia de um retorno adequado ao investimento ou evitar um comprometimento da própria capacidade de inovação do agente econômico pela obrigação de contratação ou pelas alterações estruturais nas condições de mercado dela decorrentes.

i. Posição dominante

A recusa de contratação somente será caracterizada como ilícito antitruste em casos de posição dominante, como definido no item II acima. Mais ainda, normalmente exige que haja uma verdadeira relação de dependência absoluta em relação ao produto/serviço fornecido pelo agente

⁷⁷ CADE. Resolução Cade nº 20/1999, Anexo I, p. 5. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view>>. Acesso em 10.03.2020.

econômico - de modo que não ter acesso a tal produto/serviço compromete a competição.

ii. *Evidências da conduta*

Ao analisar denúncias de recusa de contratação, o Cade avaliará se há efetivamente uma recusa injustificada por parte do agente dominante ou se, do contrário, há apenas problemas e interesses legítimos associados à negociação privada entre as partes. Nesse sentido, avalia-se, *inter alia*, (i) se o agente dominante está efetivamente recusando o fornecimento de um bem/serviço em condições normais de comércio, (ii) o histórico do relacionamento entre os agentes em questão, e (iii) se há interrupção brusca de relação comercial imposta por agente dominante, e quais os motivos dessa interrupção.

É fundamental investigar, pois, se há realmente uma recusa (que, como visto, pode se manifestar pela prática de condições comerciais totalmente desarrazoadas e desproporcionais), bem como as razões pelas quais há a suposta recusa.

Ademais, deve-se verificar se há efetivamente uma relação de dependência em relação ao bem/serviço objeto da prática. É imprescindível que o produto/serviço negado seja essencial para a competição, e que haja uma relação de dependência, de modo que, sem tal produto/serviço, a competição não seja viável (ou o seja, porém de maneira muito mais comprometida).

6. *Exclusividade*

Acordos de exclusividade geralmente compreendem práticas restritivas verticais em que os compradores de determinado bem ou serviço se comprometem adquiri-lo unicamente de determinado vendedor, e a não adquirir os bens ou serviços de vendedores concorrentes⁷⁸ (ou vice-versa). A conduta de exclusividade pode ser tipificada no artigo 36, §3º, incisos III, IV, V e VI.

Embora a exclusividade na comercialização ou distribuição de produtos seja a forma mais comum, a exclusividade também pode ocorrer sobre outras variáveis comerciais, como, por exemplo, limitações a

⁷⁸ CADE. Resolução nº 20/1999, Anexo I, seção “B”, item 3.

merchandising e exposição de peças publicitárias⁷⁹. Esses acordos também podem compreender relações de direito e/ou de fato.

A exclusividade de direito pode ser identificada a partir de cláusulas contratuais formalizadas entre as partes. Por sua vez, a exclusividade de fato não é formalizada e costuma envolver exigência não sistemática de exclusividade e/ou obrigação de contratação firme de quantidades mínimas suficientemente altas de forma a não deixar espaço para aquisições de terceiros e/ou obrigação de presença de percentual mínimo de produtos ou serviços (no caso, por exemplo, de relações de comercialização e distribuição), sob pena de interrupção da relação comercial ou de bonificações aplicáveis⁸⁰.

Acordos de exclusividade podem ser justificados pela busca por proteção de investimentos e ativos contra a apropriação de terceiros⁸¹ (*free-riding*), proporcionando uma maior eficiência e alinhamento de incentivos⁸². Eficiências decorrentes desses acordos incluem, por exemplo, viabilização de novos investimentos e redução de custos transacionais, além de encorajar fornecedores a fomentar a atuação dos distribuidores mediante (i) investimentos de capital; (ii) empréstimos ou garantias de empréstimos e/ou outras formas de suporte financeiro; e (iii) transferência de *expertise* por meio de produtos ou treinamento de vendas, ou transferência de pessoal.

Contudo, acordos de exclusividade também podem gerar efeitos negativos para o mercado e para consumidores, como o fechamento de mercado e o aumento de barreiras à entrada, ao, por exemplo, reduzirem o acesso de firmas rivais a insumos de produção ou a canais de distribuição de produtos no mercado, e até mesmo facilitar condutas coordenadas. Uma vez constatada a ocorrência de tais possíveis efeitos negativos, há de se aferir se existem eficiências e razões econômicas capazes de compensá-los.

⁷⁹ Por exemplo, as condutas investigadas no Processo Administrativo nº 08012.003303/1998-25.

⁸⁰ Por exemplo, Processo Administrativo nº 08012.0038051/2004-10 (Representada: Companhia de Bebidas das Américas - Ambev).

⁸¹ Esse foi o caso, por exemplo, da análise adotada no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.007423/2006-27 (caso Unilever/Nestlé), de ratificação do Conselho João Paulo Resende. Nessa investigação, verificou-se, quanto ao contrato de exclusividade de *freezers*, que a exclusividade era justificada pela necessidade de a empresa proteger seus investimentos com relação ao ativo físico e proteger a imagem do fabricante, evitando o *free-riding* de concorrentes.

⁸² ICN. Unilateral Conduct Workbook. Chapter 5: Exclusive Dealing.

i. Posição dominante

Em casos de exclusividade, devem ser analisados tanto o mercado a montante (em que opera a empresa que está se utilizando da exclusividade) como o mercado a jusante (o mercado verticalmente relacionado em que os potenciais efeitos são observados)⁸³, devendo-se investigar se o agente econômico em questão possui ou não posição dominante suficiente para causar prejuízos à concorrência, tal como definido no item II acima.

ii. Avaliação do grau de fechamento de mercado

Na sequência, deve-se aferir se a exclusividade causa (ou tem o potencial de causar) fechamento de mercado significativo e injustificado, passando pelas seguintes etapas: (a) abrangência dos efeitos do acordo; (b) grau de evolução do mercado; (c) duração do acordo; e (d) contestabilidade do acordo de exclusividade.

Nesse sentido, a primeira etapa tem por objetivo avaliar a abrangência e relevância da parcela do mercado que é fechada pela exclusividade⁸⁴. Essa análise pode ser desenvolvida, por exemplo, a partir da conferência do volume de vendas ou do número de pontos de distribuição afetados pela exclusividade em face do total do mercado. Em regra, o acordo poderá ser anticompetitivo quando implicar fechamento de parcela substancial (quantitativa ou qualitativa) do mercado ou for pactuado com agentes econômicos de reputação ou marcas do tipo âncora⁸⁵, mas deve considerar as características particulares dos mercados. Verifica-se, pois, se a prática tem o

⁸³ Por exemplo, o Processo Administrativo nº 08012.007423/2006-27.

⁸⁴ Por exemplo, Processo Administrativo nº 08012.009991/1998-82 (Representadas: Condomínio Shopping Center Iguatemi e Shopping Centers Reunidos do Brasil Ltda.; Conselheiro Relator Roberto Pfeiffer); Processo Administrativo nº 08012.003303/1998-25 (Representada: Souza Cruz S/A; Conselheiro Relator Ricardo Cueva); e Processo Administrativo nº 53500.000502/2001 (Representada: Celular CRT S.A.; Conselheiro Relator Luís Vasconcellos).

⁸⁵ Por exemplo, sobre pontos de venda formadores de opinião, Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10 (Representada: Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV; Conselheiro Relator Fernando de Magalhães Furlan); e Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43 (Representada: Condomínio Shopping Center Iguatemi; Conselheiro Relator Luís Vasconcellos).

condão de excluir ou impedir/difícultar que firmas rivais possam competir de maneira eficiente⁸⁶.

A análise de ocorrência de fechamento de mercado deve também considerar o estágio da evolução do mercado. Via de regra, quanto maior for o potencial de crescimento do mercado (taxa de crescimento elevada e facilidade de entrada), menor será a probabilidade de fechamento para concorrentes. Similarmente, se o mercado já tiver atingido maturidade ou estiver em declínio, a probabilidade de fechamento de mercado poderá ser maior.

O prazo de duração da exclusividade determina a duração da restrição comercial. Em regra, quanto maior a duração, mais nocivos tendem a ser os efeitos. No entanto, não há um prazo específico que possa ser previamente definido como tendente a fechar o mercado, exigindo, portanto, uma análise casuística conforme a dinâmica competitiva de cada segmento e os investimentos envolvidos no acordo.

Por fim, acordos de exclusividade também podem acarretar fechamento de mercado caso possuam condições que desproporcionalmente dificultem a saída de uma das partes. Essas condições contratuais restritivas tornam o acordo mais rígido e facilitam que as condições de exclusividade pactuadas se perpetuem, como no caso de descontos relevantes de fidelidade e multas rescisórias desproporcionais⁸⁷, dentre outras⁸⁸. Essa análise deve aferir se o acordo de exclusividade pode ser contestado por firmas rivais.

⁸⁶ Por exemplo, *FTC v. Invibio* (2016).

⁸⁷ Por exemplo, Processo Administrativo nº 08012.009991/1998-82 (Representada: Condomínio Shopping Center Iguatemi).

⁸⁸ Por exemplo, sobre cláusulas inglesas: Processo Administrativo nº 08012.003303/1998-25 (Representada: Souza Cruz S/A; Conselheiro Relator Marcio Felsky); e Processo Administrativo nº 08012.006504/1997-11 (Requeridos: TV Globo Ltda., União Brasileira dos Grandes Clubes de Futebol, entre outros; Conselheiro Relator César Mattos). Sobre cláusulas de preferência e cobertura na renovação, vide Processo Administrativo nº 08012.003048/2001-31 (Representada: Globosat Programadora Ltda. e Globo Comunicações e Participações Ltda.; Conselheiro Relator Paulo Furquim de Azevedo).

7. *Políticas Promocionais (Descontos Condicionais, Programas de Fidelidade, Política de Bônus)*

As políticas promocionais⁸⁹ – incluindo descontos condicionais, programas de fidelidade e políticas de bônus – de modo geral, são práticas comuns e apresentam diversas justificativas econômicas e eficiências que favorecem a concorrência e o bem-estar do consumidor. Elas podem ser pró-competitivas na medida em que resultam em diminuição de preços, economias de escala e maior agilidade na recuperação dos custos fixos, bem como economias de escopo e redução dos custos de transação.

No entanto, quando as políticas promocionais são praticadas por agentes econômicos com poder de mercado, é possível que haja restrições à concorrência caso tais práticas tenham por efeito excluir ou comprometer a atuação de concorrentes, sobretudo quando não são baseadas em critérios e parâmetros razoáveis, objetivos e lineares, e/ou quando na verdade são utilizadas para mascarar práticas restritivas, como preços predatórios, imposição de preço de revenda, discriminação e exclusividade, nos termos, por exemplo, do artigo 36, §3º, incisos III (limitar ou impedir o acesso de empresas ao mercado), IV (criar dificuldades a concorrentes, fornecedores ou adquirentes), IX (impor condições comerciais de revenda) e X (fixação diferenciada de preços e condições comerciais), da LDC.

Especificamente no tocante aos descontos – que, por definição, são reduções do preço cobrado por um agente econômico para a prestação de um serviço ou a oferta de um determinado produto –, quando condicionados a determinados comportamentos ou metas, ou seja, quando concedidos a clientes para recompensar um comportamento de compra específico, podem impactar negativamente as condições de concorrência nos mercados relacionados à prática. Os descontos condicionados podem ser classificados

⁸⁹ Processo Administrativo nº 08000.000128/1995-98 (Empresa Folha da Manhã); Processo Administrativo nº 08012.001182/1998-31 (Microsoft Informática); Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10 (AmBev); Processo Administrativo nº 08012.003064/2005-58 (Infoglobo); Processo Administrativo nº 08012.003921/2005-10 (Philip Morris Brasil Indústria e Comércio Ltda); Processo Administrativo nº 08012.007423/2006 - 27 (Della Vita Grande Rio Indústria e Comércio de Produtos Alimentícios Ltda); Processo Administrativo nº 08012.000478/1998-62 - (Siemens Engenharia e Service Ltda., e Leistung Comércio e Serviços Ltda.); Processo Administrativo nº 08012.002608/2007-26 e Requerimento nº 08700.004578/2015-44 – “Caso Refrigeração Ambev”; Processo Administrativo nº 08012.011881/2007-41 (Petróleo Brasileiro S.A.); Processo Administrativo nº 08012.007205/2009-35 (Unimed Nordeste Goiano); e Processo Administrativo nº 08012.005009/2010-60 (H-Buster São Paulo Indústria e Comércio e PST Eletrônica S.A.).

como: (i) retroativos, quando concedidos sobre todas as compras, e (ii) progressivos, referente apenas às compras acima de um determinado patamar (por exemplo, em termos de volume de compras). O principal efeito negativo dos descontos condicionados é o potencial fechamento do mercado via indução à exclusividade.

Ainda, os descontos condicionados podem ser classificados como aqueles aplicados a produtos únicos ou multiprodutos. Há preocupação concorrencial a respeito dos descontos multiprodutos, um tipo específico de desconto condicionado, no qual a concessão do benefício depende da aquisição de outros produtos do portfólio da empresa dominante ou do seu grupo econômico. Nesse caso, destaca-se o risco de potencial fechamento do mercado por meio da venda casada ou *bundling*, que dificilmente consegue ser replicado por concorrentes ou possíveis entrantes.

Outra preocupação derivada dos descontos condicionados se refere ao tratamento discriminatório dos consumidores e o seu potencial efeito exclusionário. Isso porque, nessa situação, se forem adotados descontos muito diferentes para clientes em situações semelhantes, é possível que a atuação competitiva nesses mercados seja prejudicada.

Os programas de fidelidade, por outro lado, são programas de incentivo contínuo para recompensar clientes e encorajar repetição de negócios. *A priori*, são pró-competitivos, pois aumentam as eficiências alocativa, técnica e dinâmica, ao gerar economias na produção e na distribuição, bem como induzem os consumidores a comprar e experimentar novos produtos.

Ainda, as políticas de bônus são um sistema de recompensa em que é oferecido um desconto para quem cumpre as metas previamente determinadas. Assim como o programa de fidelidade, funciona com uma ferramenta prática para incentivar o engajamento de clientes e aumentar as vendas.

De forma semelhante aos descontos condicionados, os programas de fidelidade e as políticas de bônus direcionam grande parte da demanda a um vendedor específico. Essas práticas poderão ser prejudiciais à concorrência quando promoverem o fechamento do mercado via indução à exclusividade, desencorajando os pontos de venda de comprar de fornecedores distintos, resultando na restrição de variedade dos produtos oferecidos.

i. Posição dominante

O primeiro passo da análise de políticas promocionais é a avaliação de posição dominante do agente econômico, como definido no item II acima. Por sua natureza de conduta unilateral, a detecção de posição dominante deve ultrapassar a mera constatação de poder de mercado. Caso não seja constatada a existência de dominância por parte do agente, é presumível que tais práticas não terão efeitos anticompetitivos.

ii. Evidências da conduta

Uma vez constatada a existência de posição dominante, é preciso avaliar a probabilidade de que as políticas promocionais gerem efeitos restritivos à concorrência. Em regra, os principais impactos negativos oriundos das políticas promocionais são: (i) o fechamento do mercado; (ii) a restrição da liberdade dos compradores; (iii) a exclusão de concorrentes do mercado; (iv) a criação de barreiras à entrada de novos concorrentes; (v) o desequilíbrio econômico; e (vi) o tratamento discriminatório.

Dessa forma, deve-se investigar se as políticas promocionais são lastreadas em critérios objetivos, razoáveis e lineares, e não mascaram, na verdade, outras práticas anticompetitivas, como preço predatório, imposição de preço de revenda e exclusividade.

Avalia-se, assim, aspectos como (i) a representatividade e a relevância dos clientes afetados, bem como a abrangência geográfica que eles ocupam, ou seja, quando ocupam parcela substancial do mercado; (ii) o longo prazo de duração dos acordos e contratos de descontos condicionados; (iii) a seletividade dos participantes, já mencionado anteriormente; (iv) o patamar da meta de compra mínima exigida aos compradores, que quanto mais elevada, maior o potencial efeito anticoncorrencial; (v) a relevância do benefício concedido, dado que a potencialidade de efeitos aumenta quanto mais atrativo for o benefício; e (vi) a linearidade dos descontos, na medida em que o desnível promovido pela ausência de linearidade desfaz a racionalidade econômica legítima dos descontos lineares por volume (*i.e.*, escala), e é suficiente para induzir o comportamento de exclusividade.

A análise da potencialidade lesiva das políticas promocionais deve ser feita caso a caso, levando em consideração as especificidades do caso concreto. Não há critérios *ex ante* e genéricos para se determinar a ilicitude de tais condutas, devendo o Cade ponderar, caso a caso, os efeitos negativos e as eficiências.

8. *Fixação de Preço de Revenda*

A fixação de preços de revenda (“FPR”) consiste em conduta por meio da qual o agente econômico (em geral, o fornecedor) estabelece o preço a ser praticado por integrantes de outra etapa da mesma cadeia produtiva (em geral, os distribuidores) na revenda de seus produtos ou serviços. A FPR pode ocorrer de três formas diferentes, mediante a (i) fixação de preço mínimo de revenda; (ii) a fixação de preço máximo de revenda; e (iii) a fixação de preço de revenda fixo.⁹⁰

Esta prática está disposta no artigo 36, §3º, inciso IX, da LDC, que prevê como conduta anticompetitiva “*impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros*”.

Inicialmente, é importante diferenciar sugestão de preços de revenda da FPR. Aquela diz respeito a uma prática em que um agente a montante ou *upstream* apenas sugere ou recomenda a agentes a jusante ou *downstream* os preços a serem praticados no mercado, sem qualquer coerção. Por sua vez, a principal característica da FPR é seu caráter obrigatório, sendo tal política comercial controlada e monitorada por seu autor a partir de mecanismos de controle e punição dos agentes que venham a desrespeitá-la. Os exemplos típicos desses mecanismos de controle, discriminação e/ou punição são: recusa de negociação pelo autor da FPR com o agente a jusante que desrespeite o preço imposto; e discriminação de preços, pelo agente a montante (distribuidor ou produtor), no fornecimento de bens ao agente a jusante (revendedor), em resposta à conduta do agente a jusante (revendedor) de respeitar ou não o preço imposto. A FPR é, portanto, revestida por um aspecto coativo, ausente na mera sugestão de preços de revenda, que poderia, no limite, gerar efeitos líquidos negativos à concorrência.

Em razão de seu caráter não vinculativo e de seus possíveis efeitos pró-competitivos, a sugestão de preços de revenda não é considerada um

⁹⁰ GONÇALVES, Priscila Brólio. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Singular, 2016. p. 173-178.

ilícito antitruste⁹¹². Da mesma forma, a fixação de preços máximos de revenda, em geral, não levanta problemas concorrenciais, na medida em que permite aos revendedores competir livremente e reduzir os seus preços abaixo do preço máximo de revenda estabelecido.

Em regra, a fixação de preços de revenda (doravante utilizada para caracterizar preços fixos e preços mínimos) suscita as seguintes preocupações concorrenciais: (i) a eliminação da concorrência entre distribuidores da mesma marca (concorrência intramarca), com potencial aumento de preços para o consumidor; (ii) o incentivo à conduta colusiva entre fornecedores, que usam os preços de revenda como meio de coordenação entre si; (iii) o incentivo à conduta colusiva entre distribuidores, que usam a prática de fixação de preços de revenda como forma de mascarar o monitoramento de preços; (iv) o aumento de poder de mercado pelo fornecedor; (v) a elevação de barreiras à entrada, quando os agentes estabelecidos possuem poder de mercado; e (vi) o incentivo à adoção de política de discriminação de preços.

A fixação de preços pode também produzir eficiências que beneficiam tanto a cadeia a jusante quanto os consumidores, tais como: (i) a eliminação de margens duplas (dupla maximização dos lucros – pelo fornecedor e pelo distribuidor); (ii) a promoção de serviços pré-venda (como campanhas publicitárias) e a eliminação do efeito carona daqueles que se beneficiam indevidamente desses serviços; (iii) a preservação da imagem do produto de luxo ou de alta qualidade; (iv) o aumento da concorrência entre marcas (concorrência intermarca); e (v) o incentivo à entrada de novos

⁹¹ Na Europa, por exemplo, o Regulamento nº 330/2010 da Comissão permite, em seu artigo 4º, a), a referida prática explicitamente. Na mesma linha, a *Japan Fair Trade Commission*, autoridade antitruste japonesa, manifestou esse entendimento em seu Guia quanto a Sistemas de Distribuição e Práticas Comerciais sob a Lei Antimonopólio (*Guidelines Concerning Distribution Systems and Business Practices under the Antimonopoly Act*). “Nos casos em que um fornecedor sugere preços que apenas indicam preços de referência, essa conduta não é problemática.” Tradução livre de: “*In cases where an enterprise’s suggested retail price or quotation is indicated to distributors as a reference price, such conduct itself is not problematic*”. JAPAN FAIR TRADE COMMISSION. Guidelines Concerning Distribution Systems and Business Practices under the Antimonopoly Act, p. 12. Disponível em: <https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/DistributionSystemsAndBusinessPractices.pdf>. Acesso em 10.03.2020.

⁹² Processo Administrativo nº 148/92 (Representada: Kibon - Kraft Suchard Brasil S.A.). Voto do ex-Conselheiro do Cade Leônidas Rangel Xausa. Vide Nota Técnica nº 07/2017/CGAA3/SGA1/SG/Cade.

concorrentes no mercado de distribuição, em razão da existência de uma margem de lucro assegurada.⁹³

Em virtude do alto potencial de produção de efeitos anticompetitivos horizontais decorrentes da conduta de fixação de preços, a jurisprudência do Cade delimitou aqueles casos específicos em que a conduta será considerada como em princípio ilícita, indicando parâmetros específicos para sua análise.

i. A FPR como ilícito antitruste pelo objeto

De acordo com a atual jurisprudência do Cade, a FPR é uma conduta considerada um ilícito concorrencial por objeto, trabalhando-se sob uma presunção relativa de ilicitude⁹⁴. Uma vez identificada a fixação de preços de revenda, cabe ao agente investigado demonstrar que (i) não possui poder econômico (demonstrando que o *market share* é inferior a 20%, como definido no item II acima, e que o índice C4 (percentual de mercado detido pelas quatro maiores empresas do mercado) dos mercados afetados é inferior a 75% (baixa probabilidade de exercício coordenado do poder de mercado), e (ii) a prática é revestida de razoabilidade e eficiências, como nos exemplos listados acima.⁹⁵

Outros aspectos que podem ser levados em consideração são: (i) a inexistência de comportamento colusivo entre agentes da cadeia produtiva, e (ii) a inexistência de condições discriminatórias entre revendedores (por exemplo, pontos de venda físicos e canais online).⁹⁶

9. Sham Litigation

O direito de petição e de acesso ao Poder Judiciário, previstos no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea a e inciso XXXV da Constituição Federal, garantem a todos os cidadãos o direito de peticionar perante o Poder Público

⁹³ COMISSÃO EUROPEIA. Orientações relativas às restrições verticais. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52010XC0519%2804%29>. Acesso em 10.03.2020.

⁹⁴ Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44 (Representada: SKF do Brasil Ltda.), voto do Conselheiro Relator Vinícius Marques de Carvalho.

⁹⁵ Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18 (Representada: Associação Brasileira de Agências de Viagens do Rio de Janeiro - ABAV-RJ), voto do ex-Conselheiro do Cade Marcos Paulo Veríssimo, p. 16; Consulta nº 08700.004594/2018-80 (Consultante: Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda.), voto do Conselheiro Relator Paulo Burnier.

⁹⁶ Consulta nº 08700.004594/2018-80 (Consultante: Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda.), voto do ex- Conselheiro do Cade Paulo Burnier.

em defesa de direitos ou contra ilegalidades ou abuso de poder. Apesar da proteção constitucional, a legislação brasileira já se posicionou no sentido de que o direito de petição não é ilimitado e absoluto e deve ser pautado pela legitimidade do pleito quando o agente busca seus direitos por boa-fé, com diligência e lealdade processual, sem dissimular qualquer estratégia anticompetitiva.

A *sham litigation*⁹⁷, prática também conhecida como litigância predatória ou fraudulenta, consiste exatamente no abuso do direito constitucional de peticionar perante autoridades judiciais ou administrativas contra rivais, sendo configurada como infração contra a ordem econômica na medida em que seja claramente abusiva e produza ou tenha potencial para produzir efeitos anticompetitivos, inclusive exclusão de concorrentes, aumento de custos de rivais e fechamento de mercado.

Na prática, o infrator abusa de sua capacidade postulatória e do livre acesso ao judiciário, utilizando-se dessas ações abusivamente para obstruir a concorrência⁹⁸. A conduta costuma ser caracterizada pelos mais variados mecanismos: (i) diversas e reiteradas ações, propostas perante diferentes autoridades, com mesmo embasamento e pouca probabilidade de sucesso; (ii) ações baseadas em informações contraditórias, falsas ou que podem induzir a autoridade julgadora a erro; e (iii) ações infundadas ou sem embasamento legal⁹⁹. Neste sentido, para configuração da prática de *sham litigation*, é

⁹⁷ O conceito de *sham litigation* surgiu na década de 1960, nos Estados Unidos. Tem por base a Doutrina *Noerr-Pennington*, originada em dois litígios judiciais que discutiam suposta infringência do *Sherman Act* por conduta de peticionar ao Estado. Os precedentes do Cade indicam que, não obstante tenha se inspirado nesta Doutrina para avaliar a configuração de *sham litigation* em diversos casos, a autoridade antitruste brasileira não a transplantou em sua íntegra, tendo extraído da jurisprudência norte-americana alguns parâmetros que são utilizados na análise da conduta.

⁹⁸ Averiguação Preliminar nº 08012.005610/2000-81 (Representante: Viação Oliveira Torres; Representada: Empresa Valaderense de Transporte Coletivo Ltda.), voto-vista do Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo “(...) mesmo havendo direito indiscutível de petição assegurado à representada, seu uso indiscriminado e com fundamentos inconsistentes, como transparece em algumas passagens dos autos, pode configurar abuso de direito e infração à ordem econômica, se restar configurado ser seu propósito primeiro obstruir a concorrência”.

⁹⁹ Ressalta a Conselheira Ana Frazão “(...) o *sham litigation* não é configurado tão somente quando não há qualquer chance de êxito nas ações judiciais propostas e quando as ações possuem o objetivo de prejudicar concorrentes em lugar de garantir os direitos legítimos da parte. A noção mais ampla de abuso de direito adotada pelo ordenamento brasileiro permite que sua aplicação vá além da simples ocorrência de emulação, abrangendo igualmente as hipóteses de culpa.” (Voto da Conselheira Ana Frazão, no Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91. Representante: Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos Pró-Genéricos. Representadas: Eli Lilly do Brasil Ltda. e Eli Lilly and Company).

necessário que a autoridade seja capaz de constatar que o objetivo da demanda é causar constrangimento ou prejuízo aos negócios de concorrente, e não apenas vencer o concorrente no mérito do feito.

Conforme registrado acima, o abuso de direito de petição também pode ocorrer pela falta de cuidado com deveres, como a boa-fé processual, e omissões de informações que induzam o julgador a erro podem ser configuradas como *sham litigation*.

A verificação de ocorrência de *sham litigation*, porém, não é tarefa trivial, pois dada a proteção constitucional de peticionar, a linha que separa ações legítimas de ações ilegítimas pode ser tênue¹⁰⁰ e deve ser analisada em cada caso concreto.

i. Posição Dominante

De acordo com a jurisprudência do Cade¹⁰¹, não é indispensável, para caracterização da conduta, que um agente detenha necessariamente posição dominante. Isso porque, em mercado com dois ou poucos agentes ou em casos que envolvam direitos de propriedade intelectual, o simples êxito da demanda judicial, por si só, poderá gerar impactos instantâneos de restrição ou eliminação da concorrência, independentemente de uma análise de

¹⁰⁰ No Processo Administrativo nº 08700.006964/2015-71 (Representante: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. e outros. Representadas: Associação Boa Vista de Táxi e outros), o Conselheiro-Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia durante a análise para verificar a configuração do abuso do direito de petição, entendeu pelo arquivamento do caso e considerou que as Representadas tinham uma demanda com fundamento, com base no argumento de que a recente entrada no mercado das Empresas de Rede de Transporte – ERTs tinha trazido “*dúvida jurídica plausível a respeito da legalidade das ERTs (...) um momento inicial em que houve uma ambiguidade nas decisões sobre quais seriam as partes legítimas, os instrumentos judiciais devidos e a competência dos foros, em um quadro de relativa incerteza jurídica, o que acabou suscitando nas Representadas a urgência e necessidade de se impetrem diferentes ações até que as questões pudessem ser definidas pelo próprio Judiciário (...) a demanda dos taxistas em reconhecer a proibição dos aplicativos de transporte individual de passageiros não parece estar totalmente despida de fundamento*”.

¹⁰¹ Inquérito Administrativo nº 08700.000015/2018-20 (Representante: Warie Industrial Ltda. EPP. Representadas: JJGC Indústria e Comércio de Materiais Dentários S.A. e Straumman B.V); Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91 (Representante: Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos Pró-Genéricos. Representadas: Eli Lilly do Brasil Ltda. e Eli Lilly and Company); e Inquérito Administrativo nº 08012.011615/2008-08 (Representante: Cristália Produtos Químicos e Farmacêuticos Ltda. Representados: Abbie Farmacêutica e Abbott Laboratories Inc.).

participação de mercado do agente infrator¹⁰². Nestas circunstâncias, o efeito concreto produzido pode determinar a viabilidade da conduta praticada pelo agente, independentemente de sua posição dominante.

ii. Testes

A jurisprudência do Cade¹⁰³, baseada na experiência norte-americana, apresenta testes objetivos a serem realizados para identificar a prática de *sham litigation*, avaliando-se, *inter alia*, (i) a plausibilidade do direito invocado, (ii) a veracidade das informações, (iii) a adequação e a razoabilidade dos meios utilizados, e (iv) a probabilidade de sucesso no pedido.

Os testes são os seguintes:

- **Teste PRE:** analisa primordialmente os aspectos objetivos (fundamento legal e interesse de agir) e subjetivos (intenção ou motivação do autor) das ações propostas. Assim, para que reste configurada a *sham litigation*, o teste requer: (i) a comprovação de que a ação não tem fundamento jurídico algum (*baseless claim*), ao ponto que nenhum litigante sensato poderia razoavelmente acreditar que obteria sucesso em seu pleito; e (ii) a intenção ou motivação do litigante em interferir

¹⁰² Neste sentido, o voto do Conselheiro Relator Eduardo Pontual no Processo Administrativo nº 08012.010648/2009-11 (Representante: Associação Brasileira dos Fabricantes, Distribuidores, Comerciantes e Importadores de Óculos de Sol. Representadas: Associação Brasileira da Indústria Óptica (Abióptica) e outras) conclui que: “*Em verdade, quanto menor a presença da representada no mercado, quanto menor for seu share, maior é o dano que uma prática de sham litigation pode ocasionar. O raciocínio parece invertido, mas é exatamente assim. Afinal, uma empresa hipotética que detenha 80% do mercado e, valendo-se ilicitamente da mão do Estado, torna-se monopolista, ampliou ilegalmente em 20% o seu espaço de negócios, com efeitos sobre todos os consumidores, anteriores ou não. Já uma empresa que detivesse apenas 20% e conseguisse, também via esta regulação, o monopólio teria causado dano ainda maior em razão de maior aquisição de poder de mercado. Logo, não enfrente neste momento do voto a requerida discussão sobre poder de mercado, tomando como certa que a mudança defendida do ambiente jurídico da competição cria poder de mercado com capacidade de gerar dominância no mercado*”.

¹⁰³ Averiguação Preliminar nº 08012.006076/2003-72 (Representante: Grupo Moura. Representadas: Enersystem do Brasil, Optus Ind. e Com. Ltda e Newpower Sistemas de Energia); e Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91 (Representante: Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos Pró-Genéricos. Representadas: Eli Lilly do Brasil Ltda. e Eli Lilly and Company).

deliberadamente nas relações negociais e atuação de seu(s) concorrente(s).

- Teste POSCO: aplicado quando diversas e reiteradas ações, por meio de processos administrativos e/ou judiciais, com pequena chance de sucesso e potencial de causar danos colaterais (aumento de custo ou exclusão de mercado, por exemplo), são propostas contra competidores. O objetivo do teste é identificar se uma série de ações poderia aumentar de forma ilegítima o custo do rival, independentemente de as ações serem infundadas, terem sido extintas sem julgamento de mérito ou da existência de eventual decisão favorável ao requerente em um ou mais casos.
- Análise de litigância fraudulenta (*Walker Process*): tem por objetivo verificar se as ações propostas se baseiam em argumentos ou fatos falsos, omissões ou contradições e se a partir de uma decisão favorável do julgador poderiam resultar danos à concorrência em determinado mercado. Nesta análise se insere a doutrina *Walker Process*, que versa sobre as hipóteses em que um agente obteve direito de patente por meio de falsidade, enganosidade ou outro meio ilícito, e tenta excluir concorrentes por meio de ações alegando violação deste direito de propriedade industrial.
- Acordos Judiciais e outras ações: acordos judiciais que visem a assegurar a compensação em troca da saída consensual de concorrente ou a mudança de sua conduta em mercado com elevadas barreiras à entrada, permitindo a criação de monopólios ou elevação de poder de mercado, podem ser considerados infração concorrencial. Outras ações judiciais com objetivo de implementar práticas anticoncorrenciais clássicas (como fixação de preço de revenda, venda casada, exclusividade etc.) também não são imunes à responsabilização antitruste.

Os testes descritos acima fazem parte de um guia inicial, um rol não-exaustivo, para análise das condutas de litigância anticompetitiva, pois a prática de *sham litigation* pode ocorrer de forma e modos diversos, razão pela qual é necessária a análise caso a caso e uma contextualização no que tange ao setor econômico envolvido, seguindo a regra da razão para identificar a ilicitude ou não da conduta.

