

Prêmio IBRAC-TIM 2016

ASSOCIAÇÕES PARA EXPORTAÇÃO: UMA AMEAÇA OCULTA?

Análise empírica e comparada das concessões de certificados de isenção às associações para exportação¹.

Ludmilla Martins da Silva

Resumo: As associações para a exportação mascaram a prática de atividades de fixação de preços e divisão de mercados. Diferentemente dos cartéis clássicos, os cartéis de exportação recebem isenção antitruste uma vez que as eficiências associadas a sua implementação superariam seus custos. Não há um modelo universal de tratamento dessas estruturas, de forma que a concessão da imunidade condicionada à notificação da autoridade é apontada como a alternativa mais eficiente. O presente artigo, no entanto, entende haver uma supervalorização desse modelo, que na prática não permite a redução dos riscos associados à constituição de um cartel de exportação.

Palavras-chave: “associação para exportação”; “isenção antitruste”; “cartel de exportação”; “notificação”; “isenção explícita”.

Keywords: “*export association*”; “*antitrust exemption*”; “*export cartel*”; “*notification*”; “*explicit exemption*”.

Introdução

O processo de expansão produtiva e internacionalização do capital imprimiu um caráter estratégico às empresas transfronteiriças. A atividade de exportação, todavia, demanda alterações estruturais significativas com altos custos associados, o que representa uma barreira considerável a ser transposta por pequenas e médias empresas. Nesse contexto, sob argumentos de justiça e eficiência, foi promulgado, nos Estados Unidos da América, o *Webb-Pomerene Act* (WPA), isentando as associações de empresas voltadas para a atividade de exportação da aplicação das normas antitruste. O cerne da problemática que permeia essa espécie de associação refere-se ao fato dos agentes,

¹ Pesquisa desenvolvida com o fomento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP).

frequentemente, se engajarem em atividades de caráter cartelístico, como fixação de preços e/ou divisão de mercados, motivo pelo qual também são conhecidas como cartéis de exportação.

Os cartéis de exportação recebem isenção antitruste. Contudo, não há um modelo único de concessão dessa imunidade. Diante disso, a isenção explícita cumulada à necessidade de notificação da autoridade de defesa da concorrência é encarada como um sistema que permitiria, em tese, imprimir maior transparência à existência desses arranjos, minimizando seus custos de constituição. O objetivo central desse artigo é identificar a real eficácia dessa forma de controle dos cartéis de exportação, a partir da análise dos sistemas de notificação da Austrália, da Nova Zelândia (NZ) e dos Estados Unidos (EUA). O estudo também abará as dificuldades encontradas pelas autoridades de defesa da concorrência dos países importadores para acessar as informações coletadas no processo de notificação. Ademais, através de um levantamento empírico junto às agências reguladoras dos referidos Estados², acerca do número de certificados concedidos e notificações realizadas entre 2004 e 2014, buscar-se-á demonstrar a real existência desses conluíus, bem como a possível atuação dos mesmos sobre mercados brasileiros³.

1. Breve panorama da problemática das associações para exportação

Os cartéis de exportação são entendidos pela OCDE como acordos ou arranjos entre empresas constituídos para coordenar a atividade de exportação e cujos objetivos referem-se à fixação de preços e/ou divisão de mercados⁴.

² Os dados levantados, com exceção daqueles referentes aos EUA, não são de caráter público, assim o acesso foi possível através de pedidos realizados junto às agências de defesa da concorrência sob o manto da Lei de Acesso à Informação de cada um dos Estados. O mote central deste levantamento foi a atualização da pesquisa empírica feita por Levenstein e Suslow, em 2004, que trouxe a tona o número de cartéis de exportação existentes, entre 1994 e 2004, na Austrália, na Alemanha, no Japão e nos EUA.

³ É importante salientar que as pesquisas acerca do mecanismo de isenção explícita cumulada à necessidade de notificação dos cartéis de exportação são escassas. Há relevantes estudos, no âmbito nacional e internacional, que abordam a problemática dos cartéis de exportação. Esta pesquisa, todavia, destoa desses estudos, na medida em que o objetivo central não é esmiuçar os efeitos dessas estruturas ou as diferentes formas de tratamento, mas sim, verificar a efetividade prática do mecanismo de notificação e, com isso, demonstrar que existe uma supervalorização desse mecanismo que não pode servir como justificativa para reafirmar uma política de caráter eminentemente mercantilista.

⁴ OCDE, 1993, p. 84.^[1]_[2]^[3]_[4]

Assim, podem se revestir de diferentes formas jurídicas⁵, dentre as quais a de uma associação propriamente dita

A isenção antitruste concedida, por sua vez, é justificada segundo os elementos distintivos dessas estruturas em relação aos cartéis clássicos. Enquanto os cartéis *hard core* produzem efeitos em mercados internos e externos, os cartéis de exportação não restringem a concorrência em mercados domésticos⁶, inviabilizando a aplicação da lei de defesa da concorrência nacional. Ademais, é possível afirmar, que ao contrário dos cartéis clássicos⁷, os cartéis de exportação são exemplo de *ancillary restraints*, pois ainda que possuam um caráter anticompetitivo, implicam em benefícios líquidos ao bem-estar social⁸.

A permissão de constituição de um cartel de exportação integra a política de comércio exterior de um Estado⁹, pois reflete positivamente em sua balança comercial. Em teoria, a imunidade permitiria que um maior número de empresas passasse a ofertar seus produtos e serviços em mercados externos, elevando o nível de exportação do país e contribuindo para seu enriquecimento¹⁰.

Os referidos efeitos positivos, todavia, mascaram o caráter mercantilista dessas isenções, que buscam o enriquecimento de uma nação através da transferência de renda dos consumidores dos países importadores aos

⁵ RODRIGUES, 2013. p. 12.

⁶ DOMINGUES, 2010. p. 132.

⁷ Os cartéis clássicos são uma *naked restraint*, pois “ainda que esses acordos pudessem gerar eficiências, estas dificilmente superariam ou compensariam a restrição à concorrência que implicam, pelo que já se presume seus efeitos líquidos deletérios” (RODRIGUES, 2013, p. 41).

⁸ RODRIGUES, 2013, p. 42.

⁹ DOMINGUES, 2010, p. 138.

¹⁰ Nesse sentido, os eficiências associadas não se limitam aos exportadores, atingindo diferentes estratos da sociedade. Em relação aos produtores, por exemplo, os cartéis de exportação: (i) permitem a diluição dos riscos da atividade de exportação entre os agentes; (ii) possibilitam a entrada de pequenas e médias empresas em mercados internacionais, através da divisão dos custos de exportação e; (iv) facilitam a penetração em novos mercados, na medida em que aumentam o poder de barganha dos produtores frente a possíveis arranjos de compra. Já no que tange à sociedade em geral, essas estruturas podem acarretar a implantação de novas técnicas de produção, implicando em uma melhoria na qualidade dos produtos comercializados, bem como uma elevação da taxas de emprego, devido ao aumento da demanda pelos produtos e serviços em mercados externos.

produtores dos países exportadores¹¹. Ademais, a concessão da imunidade por um Estado provoca a adoção recíproca por outros países, resultando em uma diminuição do bem-estar social global, motivo pelo qual Battacharjea defende que a isenção teria um caráter “míope”¹².

A ideia de “aumento do bem-estar social nacional” atrelada aos cartéis de exportação também é questionável, pois seus efeitos deletérios não se restringiriam aos mercados de importação. A aproximação entre os concorrentes pode resultar na troca de informações sensíveis (*i.e.* custo de produção, capacidade produtiva, política de preços) sobre os mercados domésticos, bem como na exclusão de outros *players*, provocando um retardamento do progresso técnico e científico. Além disso, o deslocamento da produção nacional para mercados externos, pode conduzir a um aumento dos preços praticados no âmbito nacional. Becker, nesse sentido, explica, que devido a interdependência entre mercados internos e externos, os cartéis de exportação só não refletirão no mercado doméstico, caso não haja consumo interno do produto ou serviço exportado¹³. Apesar da possibilidade de produção de efeitos internos e da restrição da concorrência em mercados importadores, a isenção continua a ser concedida por diversos Estados, o que permite inferir que essa é uma escolha política.

Não há um modelo único de regulação dos cartéis de exportação. Nesse contexto, um estudo realizado por Levenstein e Suslow, em 2004, mostrou que a concessão da imunidade é feita de modo implícito ou explícito pelos ordenamentos. A isenção implícita ocorre quando não há proibição específica na legislação nacional, o que permite inferir que a prática é autorizada. Por outro lado, a isenção explícita deixa claro a possibilidade de constituição dessas estruturas sem que haja a persecução antitruste. As pesquisadoras explicam que devido a uma onda de discussões acerca desses conluios no âmbito do *Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy* (WGTCP)¹⁴, houve uma mudança na escolha legislativa

¹¹ Vale ressaltar, que essa situação é agravada quando a atuação dos cartéis de exportação ocorre em países menos desenvolvidos, pois a indústria nacional desses Estados passa a ter que competir com empresas sediadas em países desenvolvidos, cuja possibilidade de investimento em inovação é muito maior. Desse modo, além da transferência de riquezas dos consumidores aos exportadores, o desenvolvimento desses Estados é prejudicado pela presença desses conluios.

¹² BHATTACHARJEA, 2004, p. 2

¹³ BECKER, 2007, pp. 119-120.

¹⁴ Os cartéis de exportação ainda não foram amplamente discutidos internacionalmente. No âmbito do WGTCP ocorreu o primeiro debate multilateral sobre a concessão da

dos países que a passaram, então, a conceder a imunidade de modo implícito, já que esse modelo disfarça o real posicionamento dos Estados em relação a esses conluíus¹⁵.

A ampla adoção da isenção implícita não é uma escolha eficiente, pois acentua o quadro de incertezas que permeia os cartéis de exportação e não minimiza os efeitos deletérios dos mesmos, diante disso a melhor alternativa apontada seria a proibição dessas estruturas. Contudo, em um ambiente em que essa possibilidade parece ser impossível, já que a proibição por um Estado coloca as empresas nacionais em posição de desvantagem frente àquelas situadas em países que concedem a imunidade, os sistemas que condicionam a escusa à notificação da autoridade competente são apontados como uma melhor alternativa à isenção, imprimindo transparência à existência desses conluíus e permitindo seu controle.

Em teoria, as notificações possuem algumas vantagens. Em um primeiro momento, possibilitam a realização de um teste de eficiências, a fim de examinar se os benefícios da associação dos *players* ultrapassam os custos associados, enquanto, que em um segundo momento, a execução de um monitoramento periódico sobre as atividades empreendidas pelos agentes, permite a repressão de possíveis práticas anticompetitivas em mercados internos, bem como a prevenção de sua ocorrência. Ademais, a notificação é igualmente relevante em termos de *enforcement* da legislação antitruste pelos países importadores, que através de mecanismos de cooperação internacional podem obter informações para a persecução de estruturas que afetem seus mercados, bem como reduzir os custos associados à investigação das práticas. Por fim, o registro de informações auxilia o desenvolvimento de estudos que podem contribuir para o avanço dos debates internacionais.

Apesar de ser apontada como escolha regulatória mais eficiente em um modelo de isenção, a notificação só é adotada por cinco países, a saber, Estados Unidos, Austrália, Nova Zelândia, África do Sul, Israel e Taiwan. O presente estudo se restringirá aos três primeiros em razão da maturidade dos sistemas de defesa da concorrência nesses Estados, bem como da facilidade de acesso às informações e da língua adotada. A próxima seção será dedicada à análise dos procedimentos de notificação adotados por esses Estados, visando

imunidade e sobre os efeitos dos cartéis de exportação. Contudo, não houve um consenso entre os países, o que resultou na retirada do assunto da pauta da Rodada Doha, em 2004, marcando a estagnação das discussões.

¹⁵ LEVENSTEIN; SUSLOW, 2004, p. 22.

identificar se a melhor opção legislativa seria de fato a isenção explícita dessas estruturas.

2. Procedimentos de isenção: uma análise empírica e comparada

2.1 Austrália

O *Competition and Consumer Act* (CCA) adota a lógica das eficiências, permitindo que os agentes requeiram uma autorização para a prática de condutas lesivas à concorrência, desde que os benefícios associados ultrapassem seus custos. Nesses casos, a *Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC), autoridade competente para administrar a aplicação do CCA, analisa o pedido através de um teste quantitativo de eficiências, conferindo, ou não, uma autorização aos agentes.

Os cartéis de exportação, no entanto, não são submetidos ao referido teste de eficiências. A imunidade é garantida pelo parágrafo 51(2)(g) do CCA, que estipula que as disposições sobre práticas restritivas da concorrência não serão aplicadas a “qualquer disposição de contrato, acordo ou memorando, que seja relacionado exclusivamente à exportação de mercadorias ou à prestação de serviços em mercados externos”¹⁶. A notificação da autoridade é condição para o recebimento de isenção. As informações devem ser entregues à ACCC até 14 dias a contar da data de estabelecimento do contrato, acordo ou memorando, devendo incluir todos os dados acerca dos métodos de fixação, controle ou manutenção de preços.

Em relação ao procedimento de notificação, a leitura conjunta do parágrafo 51(2)(g) e da seção 166¹⁷ do CCA permite inferir que essa é

¹⁶ Tradução livre de: “to any provision of a contract, arrangement or understanding, being a provision that relates exclusively to the export of goods from Australia or to the supply of services outside Australia, if full and accurate particulars of the provision (not including particulars of prices for goods or services but including particulars of any method of fixing, controlling or maintaining such prices) were furnished to the Commission before the expiration of 14 days after the date on which the contract or arrangement was made or the understanding was arrived at, or before 8 September 1976, whichever was the later”. Seção 51(2)(g)

¹⁷ “Section 166 - (1) Where particulars of, or of a provision of, a contract, arrangement or understanding have been furnished to the Commission for the purposes of paragraph 51(2)(g), the Commission shall, on application by a party to the contract or to the arrangement or understanding, cause to be furnished to the party a certificate signed by a member of the Commission specifying the particulars so furnished and the date on which the particulars were furnished.(2) A certificate referred to in subsection (1) shall

caracterizada pela entrega dos contratos, arranjos ou memorandos que contenham disposições acerca da atividade de exportação. As partes integrantes desses acordos, por sua vez, podem requerer um certificado de isenção, que poderá ser usado caso a prática venha a ser contestada em algum tribunal. Assim, a isenção se restringe às práticas, às atividades e às partes descritas no certificado.

O CCA não deixa claro a existência de juízo valorativo acerca das eficiências e dos custos associados às disposições cartelísticas. A inexistência de análise pode ser constada em um guia veiculado pela ACCC, em que a autoridade relata o procedimento de notificação, a fim de incentivar e esclarecer aos exportadores australianos a exoneração concedida pelo parágrafo 51(2)(g) do CCA¹⁸. Nesse sentido, é possível afirmar que a isenção é direta, ou seja, basta a subsunção da conduta à norma para a autoridade conceda o certificado.

Outro ponto relevante, diz respeito à confidencialidade das informações entregues à autoridade que, segundo o parágrafo terceiro da Seção 166 do CCA, não são públicas. O acesso restrito escancara a caráter mercantilista a legislação australiana e contribui para a manutenção da assimetria de informação que permeia a existência e o funcionamento desses arranjos, dificultando o *enforcement* da legislação pelos países importadores.

Diante disso, observa-se que o procedimento adotado (i) não minimiza os riscos de produção de efeitos internos associados aos cartéis de exportação; (ii) não imprime maior transparência à existência desses arranjos; (iii) não contribui ao *enforcement* da legislação pelos países afetados; e (iv) não coopera com a evolução dos debates internacionais. Portanto, nenhuma das eficiências associadas ao modelo de isenção explícita condicionada à notificação da autoridade são encontradas no sistema australiano.

Por fim, em relação à real utilização da isenção pelos *players*, a Tabela 1 traz informações sobre o número de notificações relacionadas à isenção concedida aos arranjos de exportação entre 2004 e 2014.

be received in all courts as evidence that the particulars specified in the certificate were furnished to the Commission on the date so specified. (3) A person is not entitled to inspect any particulars of, or of a provision of, a contract, arrangement or understanding that have been furnished to the Commission for the purposes of paragraph 51(2)(g), but the Commission may make those particulars available to the Minister or to an officer acting on behalf of, and with the authority of, the Minister or to a court.”

¹⁸ AUSTRALIA, 2011, p. 5.

Tabela 1 - Número de notificações feitas à ACCC relativas ao parágrafo 51(1)(g) do CCA (2004-2014)

2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
5	9	14	11	8	5	3	4	5	8	3

Fonte: Dados obtidos junto à agência de defesa da concorrência australiana sob a lei de acesso à informação.

É possível notar que foram notificadas de setenta e cinco operações voltadas à exportação. Os altos números podem ser explicados através da escolha legislativa que requer que a autoridade seja notificada sobre qualquer disposição contratual, acordo ou memorando relacionado exclusivamente à atividade de exportação. Desse modo, não há necessidade de constituição de uma associação, como no modelo norte americano, bastando a existência de cláusulas contratuais voltadas à atividade de exportação, o que torna o modelo mais acessível aos produtores.

2.2 Nova Zelândia

Um acordo de livre comércio entre Austrália e Nova Zelândia, firmado em 1983, fixou a necessidade de harmonização das disposições regulatórias de ambos Estados. Assim, o *Commerce Act 1986* (NZCA) é muito semelhante ao CCA, o que reflete na isenção concedida aos cartéis de exportação.

O parágrafo 44(1)(g) do NZCA disciplina que as disposições antitruste não se aplicam “à celebração de um contrato, arranjo ou entendimento que contenha disposições relacionadas exclusivamente à exportação de mercadorias da NZ ou ao fornecimento de serviços em mercados externos”. A isenção, assim como no modelo australiano, é condicionada ao fornecimento de informações completas e precisas à *Commerce Commission* (NZCC) em até 15 dias úteis após a data em que o contrato, arranjo ou memorando foi constituído¹⁹.

¹⁹ “(1) Nothing in this Part applies— (g) to the entering into of a contract, or arrangement, or arriving at an understanding in so far as it contains a provision that relates exclusively to the export of goods from New Zealand or exclusively to the supply of services wholly outside New Zealand, if full and accurate particulars of the provision (not including particulars of prices for goods or services but including particulars of any method of fixing, controlling, or maintaining such prices) were furnished to the Commission before the expiration of 15 working days after the date on which the contract or arrangement was made or the understanding was arrived at, or 60

As discussões acerca dos cartéis de exportação na NZ são escassas. Não há na legislação ou na literatura acadêmica informações acerca do procedimento de notificação da autoridade competente, o que enseja críticas por alguns grupos, que apontam que a NZCC funcionaria como um simples depositário de informações, não exercendo qualquer tipo de controle de legalidade ou teste de eficiências acerca dessas estruturas. Além disso, o fornecimento dos dados à autoridade também não garantiria a imunidade, a aplicação da isenção só seria discutida, caso a conduta viesse a ser questionada em algum tribunal nacional. Diante disso, aponta-se haver muitas incertezas em relação ao instituto, desincentivando a constituição desses arranjos²⁰, como pode ser observado na Tabela 2.

Tabela 2 – Número de notificações referentes parágrafo 44(1)(g) do NZCA ao realizadas à *Commerce Commission* entre 2004 e 2014.

2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
0	0	2	0	0	0	1	1	0	1	2

Fonte: Dados obtidos junto às agências de defesa da concorrência da NZ.

A diferença nos resultados australianos e neozelandeses se deve a fatores econômicos, culturais e regulatórios. A NZ, ao contrário de sua vizinha, faz uso intenso de *producers board*, conselhos de produtores constituídos sob a forma de uma cooperativa cuja adesão é obrigatória. Essas estruturas permitem a obtenção dos mesmos efeitos de um arranjo de exportação sem, todavia, sofrer ameaças de persecução pela autoridade antitruste do país importador. Portanto, a existência dessas cooperativas cumuladas às incertezas associadas ao parágrafo 44(1)(g) do NZCA podem explicar a baixa adesão das empresas neozelandesas aos arranjos de exportação.

Ademais, os mecanismos de obtenção dos dados através de cooperação internacional entre agências também é dificultado pela legislação neozelandesa, que estabelece nas seções 99C à 99P: (i) a necessidade de que as agências requerentes possuam acordos de cooperação com a NZCC; (ii) a vedação ao fornecimento de informações que possam afetar os interesses comerciais da NZ; e (iii) a vedação da utilização das informações fornecidas em procedimentos que imponham sanções pecuniária ou procedimentos equivalentes. Diante disso, qualquer tentativa de obtenção de dados pela

working days after the commencement of this Act, whichever is the later”.Seção 44(1)(g) NZCA.

²⁰ NEW ZEALAND, 2012, p. 331

autoridade brasileira, por exemplo, é dificultada, uma vez que (i) o Brasil não possui acordo de cooperação bilateral em matéria civil, criminal ou concorrencial com a NZ; (ii) os arranjos de exportação afetam diretamente os interesses comerciais da NZ e; (iii) as informações requeridas, se fossem obtidas, seriam utilizadas em processos para a imposição de sanções pecuniárias aos integrantes do conluio. Portanto, ainda que não haja uma vedação expressa ao fornecimento dos dados, como na legislação australiana, o NZCC atravanca qualquer possibilidade de obtenção dos mesmos.

Diante do exposto, de modo análogo ao sistema australiano, é possível concluir que o procedimento de notificação previsto na legislação neozelandesa também não permite o controle ou monitoramento pela autoridade competente, não há publicidade e sequer possibilidade de acesso ao conteúdo dos registros.

2.3 Estados Unidos

Os EUA foi o primeiro país a implementar um sistema de defesa da concorrência, com a publicação do *Sherman Antitrust Act* (SAA), em 1890, e também o primeiro a conceder a isenção aos cartéis da exportação. Diferentemente da Austrália e da NZ, a concessão da imunidade está prevista em dois instrumentos distintos. A primeira disposição assegurando a inaplicabilidade do SAA às associações de exportação foi estampada no *Webb-Pomerene Act* (WPA), em 1918. A imunidade foi justificada através de argumentos de justiça e eficiência, na medida em que a associação de agentes permitiria que pequenas e médias empresas partilhassem os altos custos de exportação, adentrando em mercados internacionais. Além disso, a imunidade colocava as empresas americanas em condições de igualdade em mercados internacionais, aumentando seu poder de barganha frente aos inúmeros cartéis de compras existentes.

Apesar das intensões legislativas, a imunidade não obteve o sucesso esperado. Entre 1918 e 1940, houve o registro de apenas 120 associações, dentre as quais a maioria existiu por apenas um curto período²¹⁻²². Assim,

²¹ TAYLOR, 1981, p. 388.

²² O insucesso do WPA, segundo Miura, teria sido provocado por uma série de fatores, como (i) incertezas geradas pelo texto legislativo acerca das atividades abarcadas pela isenção; (ii) altas exigências associadas à obtenção da imunidade; (iii) restrição da isenção aos produtos, não envolvendo as exportações de serviços; (iv) necessidade de notificação da autoridade concorrencial para a constituição de uma associação de exportação, o que causava receio quanto às informações fornecidas; e (v) imposição de

movido pela baixa resposta ao WPA, pela alta concorrência sofrida pelas empresas norte americanas em relação aos cartéis japoneses²³ e pela limitação da isenção à exportação de produtos, o Congresso norte americano publicou, em 1982, o *Export Trading Association Act* (ETCA), cujo mecanismo de isenção se distingue significativamente em relação ao WPA.

2.3.1 A isenção sob o *Webb-Pomerene Act*.

A seção 1 do WPA (15 U.S.C., §1°) dispõe que “nada contido no SAA deve ser interpretado, como declaratório da ilegalidade de uma associação formada com a única finalidade de se engajar no comércio de exportação”²⁴⁻²⁵. A seção 2 do WPA, por sua vez, define o termo “comércio de exportação”, como “o comércio de bens, produtos ou mercadorias exportadas, ou em vias de serem exportadas dos EUA ou de qualquer um de seus territórios a qualquer outro país”²⁶. Não há imunidade, portanto, à exportação de serviços ou atividades bancárias.

responsabilidade penal objetiva por efeitos indiretos sob o mercado interno. MIURA, 2010, pp. 132-133.

²³ LEVENSTEIN; SUSLOW, 2004, p. 343.

²⁴ “Nothing contained in the Sherman Act [15 U.S.C. 1 et seq.] shall be construed as declaring to be illegal an association entered into for the sole purpose of engaging in export trade and actually engaged solely in such export trade, or an agreement made or act done in the course of export trade by such association, provided such association, agreement, or act is not in restraint of trade within the United States, and is not in restraint of the export trade of any domestic competitor of such association: Provided, That such association does not, either in the United States or elsewhere, enter into any agreement, understanding, or conspiracy, or do any act which artificially or intentionally enhances or depresses prices within the United States of commodities of the class exported by such association, or which substantially lessens competition within the United States or otherwise restrains trade therein”.

²⁵ The word "association" wherever used in this subchapter means any corporation or combination, by contract or otherwise, of two or more persons, partnerships, or corporations”. Seção 1 do WPA^[1]

²⁶ “The words "export trade" wherever used in this subchapter mean solely trade or commerce in goods, wares, or merchandise exported, or in the course of being exported from the United States or any Territory thereof to any foreign nation; but the words "export trade" shall not be deemed to include the production, manufacture, or selling for consumption or for resale, within the United States or any Territory thereof, of such goods, wares, or merchandise, or any act in the course of such production, manufacture, or selling for consumption or for resale”. (Seção 1 do WPA).

Outra limitação estabelecida pelo legislador diz respeito aos possíveis efeitos internos dessas estruturas. Assim, determinou-se que a isenção será concedida desde que a associação (i) não restrinja a concorrência nos mercados domésticos; (ii) não afete as exportações de concorrentes nacionais; e (iii) não acorde, entenda, conspire ou aja visando afetar os preços domésticos das classes de produtos exportados, diminuir substancialmente a concorrência interna ou restringir o comércio nos EUA.

A concessão da isenção, todavia, é condicionada ao fornecimento, ao *Federal Trade Commission* (FTC), em até 30 dias contados da data de constituição da associação para exportação, de uma declaração contendo dados sobre os membros e os funcionários da associação, bem como informações sobre sua localização. Há também um dever legal de apresentação anual de documentos que permitam a identificação da associação e de seus integrantes, os quais são utilizados na atualização do cadastro de informações dessas estruturas, facilitando o *enfocement* da legislação diante de uma possível violação da isenção. Vale ressaltar, que a não entrega dos relatórios anuais, submete os agentes ao pagamento de multa, bem como à revogação de sua isenção²⁷.

²⁷ “§65. Information required from export trade corporation; powers of Federal Trade Commission. Every association which engages solely in export trade, within thirty days after its creation, shall file with the Federal Trade Commission a verified written statement setting forth the location of its offices or places of business and the names and addresses of all its officers and of all its stockholders or members, and if a corporation, a copy of its certificate or articles of incorporation and bylaws, and if unincorporated, a copy of its articles or contract of association, and on the 1st day of January of each year every association engaged solely in export trade shall make a like statement of the location of its offices or places of business and the names and addresses of all its officers and of all its stockholders or members and of all amendments to and changes in its articles or certificate of incorporation or in its articles or contract of association. It shall also furnish to the Commission such information as the Commission may require as to its organization business, conduct, practices, management, and relation to other associations, corporations, partnerships, and individuals. Any association which shall fail so to do shall not have the benefit of the provisions of sections 62 and 63 of this title, and it shall also forfeit to the United States the sum of \$100 for each and every day of the continuance of such failure, which forfeiture shall be payable into the Treasury of the United States, and shall be recoverable in a civil suit in the name of the United States brought in the district where the association has its principal office, or in any district in which it shall do business. It shall be the duty of the various United States attorneys, under the direction of the Attorney General of the United States, to prosecute for the recovery of the forfeiture.

Apesar das rígidas limitações impostas pelo legislador norte americano no que tange à produção de efeitos em mercados nacionais, o FTC não exerce um exame profundo sobre os efeitos dos cartéis. Em outras palavras, o procedimento de notificação não envolve a análise das eficiências e dos custos advindos da associação de exportação. O controle anual, todavia, funciona como um interessante mecanismo de repressão de práticas anticompetitivas em mercados domésticos, na medida em que reforça a autoridade do FTC sob os agentes em conluio.

2.3.2 A isenção sob o *Export Trading Association Act*

A isenção antitruste é concedida através da emissão do *Export Trade Certificate of Review* requerido junto ao Secretário do Comércio. De modo distinto à imunidade garantida pelo WPA, o registro de uma *Export Trading Company* (ETC) é realizado pelo Departamento de Comércio e pelo Departamento de Justiça.

A imunidade concedida pelo ETCA também é limitada à produção de efeitos internos, sendo conferida quando as atividades de exportação não (i) resultem na diminuição ou restrição da concorrência dentro dos EUA; (ii) causem o aumento, a estabilização ou a diminuição injustificada dos preços praticados internamente; (iii) constitua métodos injustos de concorrência contra os demais exportadores norte americanos; ou (iv) inclua a venda de produtos ou serviços dentro do território dos EUA²⁸. A análise da presença dos requisitos, por sua vez, é realizada pelo Secretário Geral em concordância com o Procurador Geral. É necessário que ambos concordem com a concessão para que o certificado seja expedido.

The costs and expenses of such prosecution shall be paid out of the appropriation for the expenses of the courts of the United States. [...]”. (grifos no original).

²⁸ “§4013. Issuance of certificate (a) Requirements. A certificate of review shall be issued to any applicant that establishes that its specified export trade, export trade activities, and methods of operation will— (1) result in neither a substantial lessening of competition or restraint of trade within the United States nor a substantial restraint of the export trade of any competitor of the applicant, (2) not unreasonably enhance, stabilize, or depress prices within the United States of the goods, wares, merchandise, or services of the class exported by the applicant, (3) not constitute unfair methods of competition against competitors engaged in the export of goods, wares, merchandise, or services of the class exported by the applicant, and (4) not include any act that may reasonably be expected to result in the sale for consumption or resale within the United States of the goods, wares, merchandise, or services exported by the applicant”.

Os *Certificates of Review* são publicados no *Federal Reserve*, podendo ser amplamente acessados por qualquer pessoa. Esses documentos contêm especificações sobre (i) as atividades desenvolvidas pela ETC, (ii) os métodos de exportação, (iii) os produtos ou serviços exportados e (iv) os agentes participantes. Apesar da isenção concedida não possuir um prazo determinado podendo ser revogada pelo Departamento ou renunciada voluntariamente pelos requerentes, ela é limitada às práticas descritas no certificado, as quais possuem uma presunção de legalidade²⁹. Ademais, é necessário o fornecimento de relatórios anuais que devem comunicar quaisquer alterações no funcionamento ou na estrutura do arranjo, a fim de que haja a atualização dos certificados.

A possibilidade de alterar os certificados estendendo ou restringindo os termos da isenção permite que esses documentos se moldem às novas oportunidades comerciais e, ao mesmo tempo, força os detentores a comunicar qualquer alteração. A apresentação das atualizações, além de fortalecer a figura da autoridade, permite um monitoramento contínuo das atividades empreendidas pelas ETCs.

Diante disso, a complexidade do mecanismo de concessão da imunidade do ETCA é maior que a do WPA. A isenção depende de uma dupla análise realizada pelo Secretário de Comércio e pelo Procurador Geral, adstrita ao controle dos efeitos internos. A verificação da viabilidade do arranjo, dessa forma, é realizada segundo os benefícios do mesmo aos mercados norte americanos, bem como à inexistência de efeitos deletérios internos. Não há questionamentos acerca dos possíveis efeitos externos das estruturas.

A alteração do sistema de concessão da imunidade e a modificação do eixo regulador do ETCA, que deixou de ser o FTC, contribuiu para o sucesso do instrumento, que recebeu e recebe inúmeros registros. Contudo, a alteração também revela um afastamento desses arranjos da política antitruste norte americana e uma aproximação da política econômica.

A Tabela 3 mostra o número de autorizações concedidas sob o manto do ETCA e do WPA entre 2004 e 2014. Em relação aos dados do WPA, vale

²⁹ Vale ressaltar, que há uma “imunidade virtual”, na medida em que não há que se falar em responsabilidade civil ou criminal, se o objeto da ação for conduta descrita no certificado, salvo nos casos em que o Departamento de Justiça entender que existe uma ameaça real de dano irreparável, situação em que poderá propor ação em face dos detentores do certificado (§4016 do ETCA). Já em relação às ações movidas por particulares, os certificados impedem a incidência de *treble damages*.

ressaltar que esses dizem respeito ao número de associações vigentes em cada ano. Assim, entre 2004 e 2014, houve a extinção de sete associações ao longo do tempo, enquanto cinco permaneceram em funcionamento por todo o período³⁰. Essa variação pode ser explicada, *inter alia*, pela complexidade envolvida na abertura de uma associação, bem como pela inaplicabilidade do WPA à exportação de serviços.

Tabela 3 - Número de autorizações concedidas sob o ETCA e o WPA (2004-2014)

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
ETCA	5	1	3	3	9	1	3	2	4	1	1
WPA	11	7	7	8	6	5	6	-	4	5	3

Fonte: Dados obtidos junto ao FTC sob a lei de acesso à informação, bem como retirados de: ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Federal Register. Apresenta os arquivos de publicação dos certificados emitidos pelo Departamento de Comércio norte americano. Disponível em: <<https://www.federalregister.gov>>. Acesso em 10 jul. 2015.

Os números do ETCA, por sua vez, dizem respeito à quantidade de *certificates of review* emitidos entre 2004 e 2014³¹. Apesar da flexibilidade do

³⁰ Apesar de ter sido requerido, o FTC não forneceu os dados relativos ao ano de 2011.

³¹ Os números relacionados às imunidades concedidas sob o manto do ETCA foram obtidos no site do *Federal Register*. Assim, pesquisou-se o termo “*export trade certificate of review*”, cumulada à delimitação do período amostral (2004-2014), o que resultou em 196 resultados, dentre os quais 163 foram descartados, pois não se referiam à emissão de um novo certificado, mas sim a alterações, requerimentos, revogações e modificações de autorizações já existentes. A seleção dos certificados emitidos, por sua vez, foi realizada a partir da análise do conteúdo de cada documento. Cumpre salientar, que apesar de o *Federal Register* utilizar sua própria classificação em (a) *notice of issuance of Export Trade Certificate of Review*; (b) *notice of issuance of an amended Export Trade Certificate of Review*; (c) *notice of application for an Export Trade Certificate of Review*; (d) *notice of application for an amendment in Export Trade Certificate of Review*; (e) *notice of a revocation of an Export Trade Certificate of Review*; e (f) *notice of a modification of an Export Trade Certificate of Review*, essa não foi utilizada pela presente pesquisa, pois verificou-se que havia disparidade entre o conteúdo do certificado e a classificação dada ao mesmo. Assim, alguns documentos que previam apenas a emenda de certificados já concedidos foram classificados como “*notice of issuance of Export Trade Certificate of Review*”, esses casos foram desconsiderados pela presente pesquisa.

ETCA em relação ao WPA, observa-se que as emissões não foram expressivas, o que pode ser explicado pela publicação do *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* (FTAIA), que esclareceu não haver incidência do SAA às condutas relacionadas ao comércio exterior que não afetem os mercados internos norte americanos ou o mercado dos territórios associados. Em outras palavras, ao se esclarecer o âmbito de aplicação do SAA, criou-se um incentivo para que as empresas deixassem de notificar a autoridade competente, pois a inaplicabilidade da legislação antitruste estaria garantida desde que a conduta não restringisse a concorrência internamente.

A partir da análise da Tabela 3 é possível tecer algumas conclusões, como: (i) a crise do *subprime* (2007-2008) parece ter refletido no número de arranjos existentes, a quebra de relevantes instituições financeiras corroborou à procura de mecanismos que permitissem repartição dos custos de exportação através da formação de conluos entre os agentes; (ii) as discussões internacionais promovidas no âmbito do WGTCP não parecem ter surtido efeito entre as empresas, na medida em que não houve uma redução significativa no número de arranjos vigentes; e (iii) não há um padrão de variação que permita inferir a existência de uma tendência à entrada em desuso dessas estruturas.

Ademais, a partir da análise do conteúdo desses certificados publicados pelo *Federal Register*, é possível observar que o espectro de proteção das condutas é extremamente amplo, pois as requisições ocorrem sem limitação de mercados ou produtos. Desse modo, em relação aos produtos e/ou serviços comercializados, dentre os trinta e três certificados emitidos no período amostral em questão, dezoito possuem descrições gerais prevendo que a ETC comercializará: “todos os produtos, todos os serviços, direitos de propriedade intelectual e serviços de facilitação do comércio”. Já em relação aos mercados afetados, dentre os trinta e três emitidos, vinte e seis certificados os descrevem como “todas as partes do mundo, exceto EUA”. Diante disso, é possível concluir que em vinte e seis certificados existe uma potencialidade de atuação do cartel de exportação sob os mercados brasileiros³².

Em relação às atividades empreendidas por esses arranjos, a Tabela 4 segmenta as condutas descritas pelos certificados em classes a fim de facilitar

³² Cumpre salientar, que não é possível, a partir da análise dos certificados, afirmar que as ETCs atuam de fato ou produzem efeitos sobre o Brasil, pois o *Federal Register* não publica notícias sobre as desistências dessas isenções, logo é necessário apurar a real existência desses arranjos. Além disso, é necessário que se analise com precisão os mercados relevantes sob os quais esses cartéis de exportação atuam, a fim de verificar se o território brasileiro é afetado pelas condutas. Contudo, não é possível negar que exista uma potencialidade de atuação.

a análise. Desse modo, observa-se que há o predomínio de estruturas que visam (i) a fixação do preço de exportação; (ii) a alocação das demandas de exportação entre os membros; e (iii) a alocação das áreas geográficas, países, mercados de exportação e/ou consumidores dos mercados de importação. Por outro lado, há também estruturas que atuam como facilitadoras de exportação ou intermediárias dessa atividade, se engajando na criação de mecanismos conjuntos para o financiamento de informações, bem como para o monitoramento dos padrões de qualidade dos produtos e/ou serviços comercializados³³.

Tabela 6 - Classificação das condutas descritas nos certificados (2004-2014)

Classes das Condutas	N° de certificados
Fixação de preço de exportação.	26
Alocação das demandas de exportação entre os membros.	26
Condução da distribuição dos produto, serviço e direitos de propriedade intelectual nos mercados de exportação.	5
Fixação da oferta nos mercados de exportação.	7
Alocação das áreas geográficas, dos países e/ou dos consumidores nos mercados de importação entre os membros, fornecedores, distribuidores ou representantes de venda.	23
Troca de informações sobre, <i>inter alia</i> , vendas, preços, quantidades, qualidade e termos e condições dos contratos de venda.	27
Acordo com distribuidores, consumidores ou compradores estrangeiros estabelecendo, ou não, acordos exclusivos de fornecimento.	18
Arranjo com consumidores primários para permitir a venda de produtos sob encomenda.	1
Contratos de transporte.	15

³³ C.F. WALLER, 1992, PP. 245-252.

Estabelecimento de padrões de qualidade e serviços de análise dos mesmos.	2
Operação através de escritórios externos e companhias que facilitem as vendas e distribuição dos produtos.	1
Classes das Condutas	Nº de certificados
Formação de arranjos com intermediários de caráter exclusivo ou não.	1
Condução direta das vendas nos mercados de exportação.	1
Prestação de serviços de facilitação das exportações.	17
Condução de atividades de pesquisa e análise do mercado externo a fim de que haja o repasse aos membros.	19
Busca por financiamento das exportações.	1
Desenvolvimento e disseminação de novos relatórios industriais (baseados somente em informações públicas) para compradores estrangeiros, bem como fornecimento das informações públicas disponíveis para compradores estrangeiros, sobre itens, como inventários de cultura e estrutura do mercado norte americano do produto ou serviço exportado.	1
Organização e condução da representação conjunta dos membros aos compradores.	1
Investimento conjunto na atividade de exportação (desenvolvimento de contratos, adaptação de produtos, consolidação de meios de escoamento)	1
Acordos exclusivos ou não com os fornecedores	16
Ação como intermediadores no mercado de exportação.	1
Desenvolvimento e recomendação aos seus membros de modelos comuns de negócios para reduzir as barreiras externas ao comércio e, conseqüente, expansão dos mercados.	1
Promoção do produto ou serviço no mercado de exportação	6

Fonte: Gráfico construído a partir de dados retirados de: ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Federal Register. Apresenta os arquivos de publicação dos certificados emitidos pelo Departamento de Comércio norte

americano. Disponível em: <<https://www.federalregister.gov>>. Acesso em 10 jul. 2015.

3. Conclusão

Portanto, a análise dos procedimentos de notificação dos cartéis de exportação na Austrália, na Nova Zelândia e nos EUA permite inferir que existe uma supervalorização desse sistema, já que os processos não permitem uma diminuição dos riscos de constituição da associação e sequer contribuem para a reversão do quadro de incertezas no qual esses arranjos encontram-se inseridos. Dentre os sistemas examinados, o modelo norte americano é o mais eficiente, pois associa um juízo valorativo acerca das atividades empreendidas pelas associações de exportação à publicidade dos certificados. Contudo, a concessão de certificados com amplo escopo de aplicação, não contribui significativamente para as investigações conduzidas pelas autoridades de países importadores, nem esclarece a dinâmica de funcionamento dessas estruturas, o que permitiria o desenvolvimento de estudos mais acurados sobre o tema.

Bibliografia

AHDAR, Rex J. Antitrust Policy in New Zealand: The beginning of a New Era. *Berkeley Journal of International Law*. v. 9, n. 2, winter 1992. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1113&context=bjil>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

AUSTRALIA. Australian Competition & Consumer Commission. *Guide to the export agreement exemption in the Competition and Consumer Act*. May, 2011. Disponível em: < <http://www.accc.gov.au/publications/export-agreements-and-the-competition-and-consumer-act>>. Acesso em: 13 mar. 2014.

_____. Competition and Consumer Act 2010. An Act relating to competition, fair trading and consumer protection, and for other purposes. Disponível em: < http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/caca2010265/> . Acesso em: 25 mar. 2015^[L1]_[SEP]

_____. Nacional Competition Council. Review of sections 51(2) and 51(3) of the Trade Practices Act 1974. Final Report. March, 1999. Disponível em: < <http://ncp.ncc.gov.au/docs/LESe-001.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2015. p.^[L1]_[SEP]10.

_____. Nacional Competition Council. *Review of sections 51(2) and 51(3) of the Trade Practices Act 1974*. Final Report. March, 1999. Disponível em: < <http://ncp.ncc.gov.au/docs/LESe-001.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2015

BECKER, Florian. *The case of export cartel exemptions: between competition and protectionism*. Journal of Competition Law and Economics, March 2007. Disponível em: <<http://jcle.oxfordjournals.org/content/3/1/97.full.pdf+html?sid=99d4f347-9c07-4bc2-9aa4-19df7c112066>>. Acesso em: 01 mar. 2014.

BHATTACHARJEA, Aditya. *Export Cartels*. A developing country perspective. Working Paper n. 120. Centre for Development Economics. January, 2004. Disponível em: <<http://www.cdedse.org/pdf/work120.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2014

DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Defesa da concorrência e comércio internacional no contexto do desenvolvimento: os cartéis de exportação como isenção antitruste*. 2010. 305 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP, São Paulo, 2010.

LEVENSTEIN, Margaret C; SUSLOW, Valerie Y. The Changing International status of export cartels exemptions. *Ross School of Business Working Paper Series*. Working Paper Series n. 879. University of Michigan, November 2004.

MIURA, Maira Yuriko Rocha. *Os cartéis de exportação na ordem jurídica brasileira. Uma visão de Direito Comercial*. 2010. 227 f. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010

NEW ZEALAND. Productivity Commission. *International freight transport services inquiry. Appendix E New Zealand's regulatory approach to international shipping*. April, 2012. Disponível em: <http://www.productivity.govt.nz/sites/default/files/E%20NZ's%20regulatory%20approach%20to%20international%20shipping_0.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. *Commerce Act 1986*, de 28 de abril de 1986. The purpose of this Act is to promote competition in markets for the long-term benefit of consumers within New Zealand. Disponível em: <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1986/0005/latest/DLM87623.html>>. Acesso em: 25 abr. 2015

OCDE. *Glossary of industrial organization economics and competition law*. 1993. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

OLIVER, Covey T. State export cartels and international justice. *Northwestern University la review*. v. 72, n. 2, 1977, p. 181-197.

RODRIGUES, Eduardo Henrique Krueel. *As isenções antitruste a cartéis de exportação: perspectiva do outro lado da fronteira*. 2013. 83 f. Trabalho de conclusão de curso (Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

TAYLOR, Graham D. Debate in the United States over the control of International Cartels, 1942-1950. *The International History Review*, v. 3, n. 3, Jul. 1981, pp. 385-398. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40105150>>. Acesso em: 07 mai. 2015.

UNITED STATES OF AMERICA. Department of Commerce. The Export Trade Certificate of Review Program - The Competitive Edge for U.S Exporters. Guidelines. Disponível em: <http://www.trade.gov/mas/ian/etca/tg_ian_002140.asp>. Acesso em: 05 mai. 2015

_____. Export trading company act of 1982. 15 U.S.C, Ch. 66. Disponível em: <<http://uscode.house.gov>>. Acesso em: 05 mai. 2015

_____. Webb-Pomerene Act, 15 U.S.C, ch 2, sch. II. Disponível em: <<http://uscode.house.gov>>. Acesso em: 05 mai. 2015

