

Revista do IBRAC

Direito da Concorrência,
Consumo e Comércio
Internacional

n. 17 • jan.-jun. / 2010

2

Isenção antitruste para cartel de exportação: qual o caminho?

ANA PAULA MARTINEZ

Mestre em Direito pela Harvard Law School e em Direito Internacional pela USP. Doutoranda em Direito Penal pela USP. Diretora do Departamento de Proteção e Defesa Econômica e Secretária Adjunta da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

ÁREA DO DIREITO: Comercial; Internacional

RESUMO: O presente artigo discute o tipo mais controverso de isenção antitruste, os cartéis de exportação, a partir da análise da experiência norte-americana. Por fim, apresenta propostas para o exame dos cartéis de exportação por países em desenvolvimento.

PALAVRAS-CHAVE: Isenção antitruste – Cartel de exportação – *Webb-pomerene*.

ABSTRACT: This Article Discusses The Most Controversial Antitrust Exemption, THE EXPORT cartel, based on the north american experience. It discusses some proposals for the consideration of export cartels by developing countries.

KEYWORDS: Antitrust exemption – Export cartel – *Webb-pomerene*.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A experiência dos Estados Unidos: 2.1 Legislação: o *Webb-Pomerene Act* e o *Export Trading Company Act*; 2.2 Análise de caso: *Ansac* – 3. Países em desenvolvimento: qual o caminho?

1. INTRODUÇÃO

Isenções antitruste relacionadas à exportação foram (e ainda são) amplamente adotadas por determinados países¹ como forma de corrigir

1. Há que se notar que o fato de um país adotar isenções antitruste não significa que tal isenção seja válida em outras jurisdições. Pelo contrário,

distorções no saldo comercial de um determinado setor ou alegadamente incrementar sua competitividade internacional – especialmente porque eventuais efeitos anticompetitivos e perda de bem-estar social atingiriam apenas mercados estrangeiros. Pelo menos 17 países adotam explicitamente em suas leis tal tipo de isenção, enquanto outros adotam uma linguagem legislativa que se refere somente a condutas com efeitos no território nacional, não abarcando condutas que possam afetar outros territórios.² O tipo mais controverso de isenção antitruste é o voltado a cartéis de exportação, geralmente definidos como acordos entre concorrentes com poder de mercado que combinam preços, produção e/ou dividem mercados com relação a produtos ou serviços que serão exportados.³

A principal razão vociferada para a constituição de associações de exportação são economias de escala, atingidas essencialmente pelo estoque, manuseio, transporte, comercialização e propaganda conjuntos. Outro benefício é que a associação pode reduzir os custos de levantamento de informações – como necessidades de clientes, mudanças nas regulamentações de transporte e legislação estrangeira pertinente – e aumentar a possibilidade de negociar descontos no frete e condições de transporte (data de entrega, condições de pagamento etc.) em vista do maior volume de negócios. Por fim, acordos de exportação podem ser

é largamente reconhecido que outros países retêm jurisdição ampla para perseguir tais associações sem que isso signifique o descumprimento do princípio do direito internacional de não interferência. Nesse sentido, vide o caso *Woodpulp* julgado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (*A. Ahlström Osakeyhtiö and others v. Commission of the European Communities*, Joined Cases 89, 104, 114, 116, 117 and 125 to 129/85, decisão de 22.09.1988, European Court reports 1988, p. 519). O caso apurou a existência de um acordo de fixação de preços entre produtores de polpa de madeira, em que foi investigada a *Pulp, Paper and Paperboard Export Association of The United States*, uma associação registrada como cartel de exportação nos Estados Unidos, nos termos do *Webb-Pomerene act*. Contudo, na prática há poucos países que possuem a habilidade para efetivamente punir tais condutas em vista das dificuldades impostas pela aplicação extraterritorial das leis antitruste.

2. Cf. Margaret Levenstein & Valerie Suslow. The changing international status of export cartel exemptions. *American international law review* 20/785-828, 2005.
3. OECD. *Competition and trade policies: their interaction*. Paris: OECD Publishing, 1984, p. 14.

uma forma de contrapor eventual poder de compra do país importador. Embora na teoria uma associação de exportadores possa abarcar todos os benefícios listados, na prática isso nem sempre ocorre, dependendo do interesse de seus membros de manter algum nível de independência no comércio internacional e também das limitações impostas pela legislação estrangeira. Para alguns produtores de menor escala, a formação de tais associações pode ser o fator determinante para ingressar e sobreviver nos mercados internacionais. Nesse contexto específico, associações entre concorrentes para a exportação podem inclusive aumentar a concorrência nos mercados externos, ao aumentar o número de agentes econômicos que estão em uma posição de efetivamente contestar mercados.⁴

Por outro lado, acordos entre concorrentes para exportação podem ter efeitos deletérios em mercados estrangeiros. Uma vez caracterizado o poder de mercado por parte da associação, esta poderia alocar consumidores, reduzir quantidades e aumentar preços nos mercados externos em que oferecem seus produtos e serviços, com a redução de bem-estar. Estudos já concluíram que fixação de preço e alocação de licitações internacionais são o objetivo principal das associações de exportação.⁵ Por exemplo, estudo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) publicado em 1993 sobre 94 associações de exportação dos Estados Unidos demonstrou que 37 fixavam preços, 36 coordenavam licitações internacionais e 14 alocavam consumidores,⁶ com prejuízos essencialmente aos países em desenvolvimento.

Entre outros, Estados Unidos, Alemanha, Japão e Reino Unido são exemplos de países que permitem ou permitiram, em alguma fase de seu desenvolvimento, a formação de cartéis de exportação em prejuízo de economias estrangeiras. Os números disponíveis são cada vez mais escassos, com o abandono por parte de alguns países de um sistema de registro de tais cartéis, em uma esperada reação à adoção e aplicação de legislação antitruste por um crescente número de países. Além disso, naqueles países em que há um sistema de registro, nem todas as associa-

ções requerem registro, havendo acentuada redução mais recentemente. A tabela a seguir indica o número de cartéis de exportação registrados em seis países membros da OCDE em 1972, número que permaneceu estável até ao menos 1984.⁷

Número de Cartéis de Exportação Registrados (OCDE, 1972)⁸

País	Número
Espanha	6
Estados Unidos	38
Holanda	20
Japão	167
Reino Unido	288
República Federativa da Alemanha	70

Fonte: OCDE. *OECD report on export cartels*. Paris: OECD Publishing, 1974.

Com relação ao percentual que as exportações provenientes de associações entre concorrentes para exportações representam das exportações totais, novamente há limitada e antiga informação. Na Alemanha, dados de 1982 indicam que tais exportações respondiam por 2% do total.⁹ No Reino Unido, o percentual em 1984 era próximo de 5%.¹⁰ Nos Estados Unidos, o recorde que se tem conhecimento foi no período de 1930 a 1935, em que as vendas provenientes de associações Webb-Pomerene responderam por 19% do total de exportações do País.¹¹ Esse

4. Nesse sentido, vide *idem*, p. 31.

5. Andrew R. Dick. If cartels were legal, when would firms fix prices In: Peter Z. Grossman (ed.). *How cartels endure and how they fail: studies of industrial collusion*. Londres: Edward Elgar Publishers, 2004; Frederic M. Scherer. *Competition policies for an integrated world economy*. Washington: Brookings Institute, 1994, p. 45 e ss.

6. OECD. *Obstacles to trade and competition*. Paris: OECD Publishing, 1993.

7. Cf. OECD. *Competition and trade policies...* cit., p. 29.

8. De acordo com OECD (*Report on export cartels*. Paris: OECD Publishing, 1974), há fortes motivos para assumir que além do número listado, há um substancial número de cartéis de exportação não identificados nos países membros.

9. *Idem*, p. 30.

10. *Idem*, *ibidem*.

11. Hearings H. R. 2326 before the subcomm. on monopolies and commercial law, house of rep. comm. of the judiciary, 97th Cong., 1st Sess., p. 163-4, 1981, apud *idem*, *idibem*.

número teria se reduzido a 1,5% do total de exportações em 1976¹² e a 2% em 1981.¹³ De um lado esses números, por si sós, não nos levam a concluir pela insignificância de eventuais efeitos anticompetitivos de tais associações nos mercados-alvo, uma vez que, se elas detêm poder de mercado, os efeitos podem ser altamente deletérios naquele mercado específico. Por outro lado, contudo, no âmbito dos países de origem dos cartéis de exportação, é difícil deixar de perceber quão frágil é o argumento daqueles que utilizam razões de natureza macroeconômica, a la correção de déficit no saldo comercial: a baixa proporção em relação ao total da produção exportada parece indicar que interesses políticos e/ou regionais explicam melhor estas medidas do que qualquer política pública de natureza mais geral.

A fim de melhor avaliar a adoção de isenções antitruste, passemos a analisar a experiência norte-americana, país que tem uma política mais clara e dados disponíveis com relação ao tema, para em seguida analisar o tema sob a perspectiva de países em desenvolvimento.

2. A EXPERIÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS

2.1 Legislação: o Webb-Pomerene Act e o Export Trading Company Act

Duas leis, o Webb-Pomerene Act, de 1918, e o Export Trading Company Act, de 1982, garantem isenção antitruste a agentes econômicos que desenvolvem atividades de exportação desde que tais atividades não causem efeitos nos Estados Unidos. Cada uma dessas leis será analisada separadamente abaixo.

Em 1918, o Congresso editou o *Webb-Pomerene Act*,¹⁴ que prevê isenção antitruste para a formação e operação de associação de concorrentes que exportem conjuntamente produtos desde que tal atividade não gere efeitos anticompetitivos nos Estados Unidos. Associações que queiram obter a isenção devem registrar sua ata de constituição e rela-

12. U.S. Federal Trade Commission. *Webb-Pomerene Associations: ten years later*, 1978, p. 15.

13. Idem nota 12. O número não inclui aquelas exportações decorrentes de empresas que detêm o chamado *Certificate of Review*, nos termos do *Export Trading Company Act* de 1982.

14. 15 U.S.C. §§ 61-65.

tórios anuais perante a *U.S. Federal Trade Commission* (FTC), mas não é necessária aprovação prévia.¹⁵

Ao tempo de sua edição, estava claro que o objetivo principal da lei era encorajar e garantir os meios para que pequenas e médias empresas americanas passassem a atuar no comércio internacional.¹⁶ No começo da década de 20, os Estados Unidos eram considerados um agente com tamanho reduzido no plano internacional, sendo o mercado mundial dominado por cartéis internacionais, o que aumentava a barreira à entrada para os produtos norte-americanos.

Em vista disso, um relatório da FTC apresentado perante o Congresso norte-americano em 30.06.1916 concluiu que os exportadores americanos deveriam poder competir em igualdade de condições com os concorrentes estrangeiros.¹⁷ Outro argumento foi possibilitar a contraposição ao poder de compra por parte dos mercados estrangeiros.¹⁸ O congressista Webb declarou, em 1917, que “there should be a combination between anybody or anything for the purpose of capturing

15. Vide The U.S. Department of Justice & The Federal Trade Commission. *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*, § 2.6, 1995.

16. H. R. Rep. n. 1118, 64th Cong., 1st Sess., 1, 1916.

17. U.S. Federal Trade Commission. *Report on cooperation in american export trade* apud Milton Gilbert. *Export prices and export cartels*, item 113 (1940). “American exporters should be enabled to compete in foreign markets on more nearly equal terms with foreign competitors. It also believes that the smaller manufacturers and producers, so far as they desire, should be enabled to share in such foreign business. It is convinced that for these purposes cooperation in exports should be permitted”. Trad. livre: “Exportadores americanos devem ser permitidos a concorrer nos mercados externos em termos mais igualitários com concorrentes estrangeiros. Também se acredita que os produtores e fabricantes de menor porte, desde que assim queiram, devem ser permitidos a cooperar em tais negócios voltados ao mercado externo. Por esses motivos, a cooperação nas exportações deve ser permitida”.

18. Idem. “In various markets American manufacturers and producers must deal with highly effective combinations of foreign buyers. (...) These combinations naturally make individual American producers bid against each other.” Trad. livre: “Em vários mercados, fabricantes e comerciantes norte-americanos têm que lidar com combinações muito efetivas de compradores estrangeiros. (...) Essas combinações fazem com que os produtores norte-americanos tenham que ficar disputando tais compradores uns contra os outros”.

the trade of the world, if they do not punish the people of the United States in doing it”.¹⁹ Ao mesmo tempo que havia uma preocupação em não prejudicar o povo norte-americano, havia uma desconsideração explícita pelos consumidores estrangeiros. Alguns exemplos ilustram isso. O congressista Charles C. Carlin, do Estado de Virginia, durante as discussões legislativas que antecederam a edição do *Webb-Pomerene Act*, afirmou: “I am frank to say that personally I have no sympathy with what a foreigner pays for our products; I would like to see the American manufacturers get the largest price possible (...)”.²⁰ No mesmo sentido, o Senador Pomerene afirmou que os Estados Unidos “have not reached that high plane of business morals which will permit us to extend the same privileges to the peoples of the earth outside of the United States that we extend to those within the United States”.²¹

Se na década de 1910 poderia fazer sentido proteger as empresas norte-americanas que estavam em uma posição de desvantagem competitiva nos mercados externos, garantindo a elas uma chance de concorrer em condições mais igualitárias com os concorrentes estrangeiros,²² é altamente duvidoso que essa afirmação se sustente hoje. Além disso, pode-se inclusive afirmar que os objetivos primários do *Webb-Pomerene Act* não foram atingidos. Em 1967, a FTC emitiu um relatório sobre

19. 55 Cong. Rec. 3580, 1917. Trad. livre: “deve haver uma combinação entre alguém ou alguma coisa com o objetivo de capturar o comércio do mundo, desde que isso não prejudique o povo dos Estados Unidos”. Vide também Justice Marshall in *U. S. v. Concentrated phosphate export ass’n*, 393 U.S. 199, 89 S.Ct. 361 (1968), nota de rodapé 5, em que ele concluiu que “o Congresso evidentemente fez a análise econômica no sentido que as associações para exportação conjunta podem aumentar o comércio exterior dos Estados Unidos, sem privar os consumidores americanos das maiores vantagens da concorrência.”

20. Hearings before the House Committee on the Judiciary on H.R. 16707, 64th Cong., 1st Sess., 7, 1916. Em trad. livre: “Eu afirmo francamente que pessoalmente não tenho nenhuma simpatia pelo quanto um estrangeiro paga por nossos produtos; eu gostaria de ver os produtores norte-americanos extraírem o maior preço possível (...)”.

21. 55 Cong. Rec. 2787, 1917. Em trad. livre: os Estados Unidos “não atingiram a moral elevada de negócios que nos permitira estender os mesmos privilégios ao povo da Terra que aqueles que são garantidos aqueles que estão nos Estados Unidos”.

22. Nessa linha de justificativa, vide *United States v. Concentrated Phosphate Export Ass’n*. 393 U.S. 199, 206 (1968).

a referida lei, em que concluiu que a aplicação da lei ficou limitada a poucas associações que lidavam com um número restrito de produtos, sendo o número de beneficiários bastante limitado, a maioria integrante de grandes grupos econômicos.²³ A tabela abaixo lista o percentual de exportações por parte de associações *Webb-Pomerene* com relação ao total das exportações dos Estados Unidos no período de 1957 a 1968.²⁴ Dados mais recentes estimam que as associações *Webb-Pomerene* tenham faturamento conjunto anual de US\$3 a \$4 bilhões relacionado a exportação.²⁵

Ano	Exportações dos EUA	Exportações por parte de associações Webb-Pomerene	Exportações Webb-Pomerene/ Exportações totais
1957	US\$ 19,507	US\$ 930.4	4,8%
1961	US\$19,638	US\$928.1	4,7%
1965	US\$26,700	US\$1,138	4,3%
1968	US\$33,981	US\$1,250 (est.)	3,7%

Fonte: OCDE. *OECD report on export cartels*. Paris: OECD Publishing, 1974.

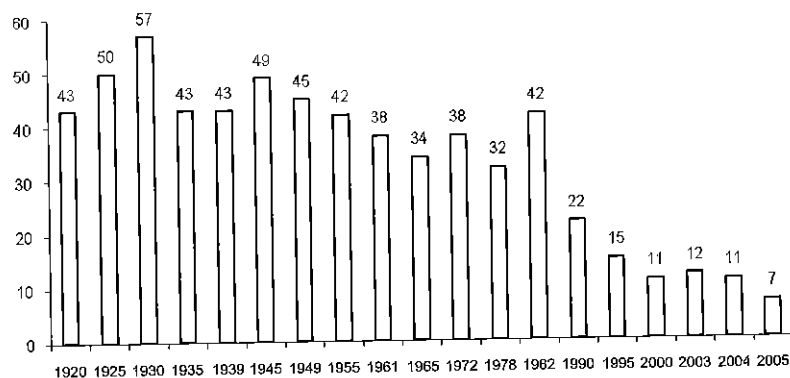
O quadro abaixo apresenta o número de associações registradas como *Webb-Pomerene*, que, como se pode constatar, reduz-se ano a ano. Note-se que o sítio eletrônico da *U.S. Federal Trade Commission* no que concerne aos registros de associações como *Webb-Pomerene* não é atualizado desde maio de 2005 (Acesso em: junho de 2010).

23. The U.S. Federal Trade Commission. *Annual report for the fiscal year ended June 30, 1967*, 1968.

24. Os números diferem um pouco daqueles listados pela FTC no seu relatório anual de 1967, que indica uma média de 2,4% para o período de 1958 a 1962.

25. Cf. Ansa. *Immunities and exemptions need for export antitrust exemptions*. 28.06.2006, manifestação submetida à *Antitrust Modernization Commission*, p. 6.

Número de Associações registradas como *Webb-Pomerene*



Fonte: De 1920 a 1939, Milton Gilbert (1940); de 1945 a 1965, Relatório anual da FTC para o respectivo ano; 1972, OECD (1974); 1978 e 1982, OECD (1984), de 1990 a 2005, Levenstein (2005); 2003 a 2005, sítio eletrônico da FTC (www.ftc.gov/os/statutes/webbpomerene/index.htm). Acesso em 10.04.2006.

A tendência de redução nos registros pode ser explicada por um diverso número de fatores. Em primeiro lugar, é preciso avaliar a natureza das associações *Webb-Pomerene*.²⁶ Passemos a analisar os dados mais recentes disponíveis (note-se que o padrão atual aplica-se igualmente aos anos anteriores). Em 2005, as seguintes sete associações estavam registradas: American Cotton Exporters Association, American Natural Soda Ash Corp., American-European Soda Ash Shipping Association, Inc., California Dried Fruit Export Association, Overseas Distribution Solutions, LLC., Paperboard Export Association of the United States, e Phosphate Chemicals Export Association, Inc. Como se pode ver, tais associações estão basicamente relacionadas a produtos homogêneos (sendo a maioria produtos agrícolas e matéria prima), que enfrentam concorrência estática e não dinâmica. Ao analisar as empresas que são membros de cada associação, vê-se que parte significativa integra grandes grupos econômicos, como Cargill²⁷ e Solvay,²⁸ o que lança dúvidas sobre

26. Para uma lista de tais empresas, vide www.ftc.gov/os/statutes/webbpomerene.

27. Cargill Cotton integra a American Cotton Exporters Association.

28. Solvay Chemicals USA integra a American Natural Soda Ash Corp, tendo apresentado pedido para sua exclusão da associação a partir de 01.01.2011.

a justificativa primária de criação de escala mínima de produção para a exportação.²⁹

Nessa linha, Dick³⁰ indica quatro argumentos que dão suporte à fixação de preço como objetivo primário das associações *Webb-Pomerene*. Em primeiro lugar, quando de sua criação, os Estados Unidos detinham aproximadamente 26% do total de exportações entre as indústrias conhecidas como cartelizadas, o que indicaria um potencial para as empresas exercerem poder de mercado nos mercados externos. Segundo, 80% das associações *Webb-Pomerene* fixavam preços diretamente ou alocavam mercados externos entre seus membros. Em terceiro lugar, o tamanho das associações *Webb-Pomerene* sugere que fixação de preço seria um objetivo mais importante que atingir economias de escala – 1/3 das empresas que integraram associações *Webb-Pomerene* eram ao menos listadas como *Fortune 500* a seu tempo, e tais empresas eram responsáveis por 90% do total de exportações *Webb-Pomerene*. Em último lugar, estudos econométricos indicam que associações *Webb-Pomerene* efetivamente fixaram preços. Por exemplo, Dick³¹ calculou que os preços foram artificialmente aumentados em média 6,5% pelo cartel de negro de fumo (fuligem) por um período de mais de 20 anos.

As associações *Webb-Pomerene* podem integrar cartéis internacionais sem infringir as leis de defesa da concorrência norte-americanas desde que tais atividades não tenham efeitos, potenciais ou reais, nos Estados Unidos. Nesse sentido, o relatório anual da FTC para o ano fiscal encerrado em 30.06.1948³² indica que a *Steel Export Association*

29. Vide Bert Hoselitz. *International Cartel Policy*. 55 J. Pol. Econ. 1-27, 24, (1947). Na década de 40, quando as empresas norte-americanas não tinham o tamanho que têm hoje, Hoselitz argumentou que a lei *Webb-Pomerene*, na prática, estava sendo usada por grandes empresas que não precisavam da associação para obtenção de escala para atuar em mercados estrangeiros. Vide também A. Paul Victor. *Export cartels: one idea whose time has passed*, 60 *antitrust*. L. J. 571 (1991-1992), at 573 sustentando que grandes empresas em indústrias concentradas de produtos *standards* foram os principais beneficiários da lei *Webb-Pomerene*.

30. Andrew R. Dick. Op. cit.

31. Idem. Are Export cartels efficiency-enhancing or monopoly-promoting? *Research in Law and Economics* 89-127, 1992.

32. The U.S. Federal Trade Commission. *Annual report for the fiscal year ending June 30, 1948, 1949*. Disponível em: www.ftc.gov/os/annualreports/ar1948.pdf. Acesso em: 01.06.2010.

of America, uma associação *Webb-Pomerene* originalmente formada pelas subsidiárias da *United States Steel Corp.* e *Bethlehem Steel Corp.*, integrava ativamente cartéis internacionais do aço desde 1928, quando passou a ser membro do *Two-Party Oil-Country Goods Agreement*. Até a eclosão da Segunda Guerra Mundial, quando os acordos internacionais relacionados ao aço foram suspensos, a *Steel Export Association of America* era um ativo participante de ao menos 21 de um total de 25 cartéis internacionais do aço. Outro exemplo é o *Electrical Apparatus Export Association*, uma associação *Webb-Pomerene* formada em 1931 inicialmente por *International General Electric Co.* e *Westinghouse Electrical International Co.* para participar em um cartel internacional no setor de equipamentos elétricos.

Como visto, parte substancial das associações *Webb-Pomerene* funcionaram – e é razoável supor que ainda funcionem – como cartéis de exportação. Registrando-se como tal (e considerando que o registro está disponível para qualquer interessado, ficando a lista disponível no sítio eletrônico da FTC), aumenta-se a possibilidade de uma associação ser investigada e condenada internamente (no caso das atividades prejudicarem o mercado doméstico) ou por autoridades antitruste estrangeiras. Já na década de 40, a FTC indicou que fazia periodicamente investigações das associações registradas para apurar se as associações (a) estavam artificialmente ou intencionalmente influenciando os preços domésticos; (b) estavam sendo usadas para eliminar a concorrência em mercados de matérias-primas nos Estados Unidos; (c) estavam, de qualquer forma, restringindo o comércio dentro dos Estados Unidos; ou (d) estavam envolvidas em métodos desleais de concorrência no comércio exterior.³³ Nos anos 90, em que é possível constatar uma redução significativa no número das associações registradas, as autoridades antitruste dos Estados Unidos e da Europa passaram a adotar uma política agressiva de repressão a cartéis.

A redução no número das associações listadas pode, portanto, ser explicada como uma decisão de reduzir os riscos das empresas integrantes serem investigadas. Um bom exemplo do “risco” de ser listada como uma associação *Webb-Pomerene* foi a perseguição de tais asso-

33. The U.S. Federal Trade Commission. *Annual report for the fiscal year ending June 30, 1945* (1946). Em 1945, 19 associações foram investigadas. Em 1946 e 1947, cinco associações foram investigadas (não há dados disponíveis para os anos seguintes).

ciações pelas autoridades de defesa da concorrência da Irlanda. Terry Calvani, Comissário da *Federal Trade Commission* dos EUA de 1983 a 1990, tornou-se em 2002 o Diretor da Divisão de cartéis da autoridade antitruste irlandesa. Nesse cargo, ele enviou um ofício a todas as associações *Webb-Pomerene* registradas inquirindo acerca da natureza de suas atividades na Irlanda. Foram instaurados processos de natureza sancionatória contra aquelas associações que afetavam real ou potencialmente os consumidores irlandeses.³⁴

Outra possível razão para a redução no tempo do número de associações *Webb-Pomerene* registradas foi a edição da lei *Export Trading Company Act* em 1982.³⁵ Além de remover certas restrições relativas a financiamento para a exportação, a ETCA prevê isenção antitruste federal e estadual para atividades de exportação de produtos ou serviços (isto é, não apenas produtos, como é o caso do *Webb-Pomerene Act*) por parte de um indivíduo, empresa, associação de empresas ou entes governamentais (isto é, não apenas associações) que tenham obtido o chamado *Certificate of Review*. Tal documento é emitido pelo Departamento de Comércio dos Estados Unidos em um prazo de 90 dias, com a anuência do Departamento de Justiça do país. Apesar do *Certificate of Review* não prever isenção para ações privadas de indenização, ele limita o período prescricional da conduta do titular do certificado, altera o ônus da prova em favor do titular, prevê que o titular do certificado seja ressarcido das despesas legais caso prevaleça na disputa judicial e, finalmente, estabelece danos simples em vez de triplos (os chamados *treble damages*) para fins de cálculo de indenização. A maior exigência para o titular do certificado é não envolver-se em atividades que possam lesar o interesse nacional dos Estados Unidos. Todas essas características conferem vantagens adicionais se comparadas com as previsões legais da lei *Webb-Pomerene*. O processo para obter o *Certificate of Review* é simples, sem a previsão de pagamento de taxas.

Contudo, não é razoável considerar que houve uma transferência das associações listadas como *Webb-Pomerene* para associações ETCA. No geral, aquelas associações que consideram muito arriscado serem

34. Para mais informações, vide *2004 Annual report of the Irish competition authority*. Disponível em: www.tca.ie/images/uploaded/documents/annual-report2004.pdf. Acesso em: 02.06.2010.

35. 15 U.S.C. §§ 4001-21, ETCA.

listadas como *Webb-Pomerene* (no geral, pertencentes a grandes grupos econômicos) e, por isso, retiraram seu registro, não requereram um *Certificate of Review*. Por exemplo, nenhuma das associações listadas como *Webb-Pomerene* em 2003 e 2004 e que depois retiraram seu registro são atualmente registradas nos termos do *Export Trading Company Act*. Atualmente, apenas uma associação *Webb-Pomerene* também detém o *Certificate of Review*: *California Dried Fruit Export Association*. O que aconteceu foi que tais associações que ainda querem obter registro de isenção antitruste para exportação (no geral, pequenas e médias empresas) hoje requerem somente a obtenção do *Certificate of Review*.

Tais dados são bastante consistentes com a política do governo norte-americano, que direciona a publicidade de isenções antitruste para a ETCA. O *Office of Export Trading Company Affairs* dá aconselhamento confidencial e sem custos para empresas e associações com o objetivo de aumentar o número de detentores do certificado. Há também cartilhas dirigidas à comunidade empresarial como *The export trade certificate of review program: the competitive edge for U.S. Exporters* (2002),³⁶ em que o Departamento de Comércio dos EUA esclarece que associações de exportações podem fixar preços, alocar consumidores e licitações internacionais. O sítio eletrônico contém depoimentos de detentores de certificados, alguns dos quais bastante curiosos:

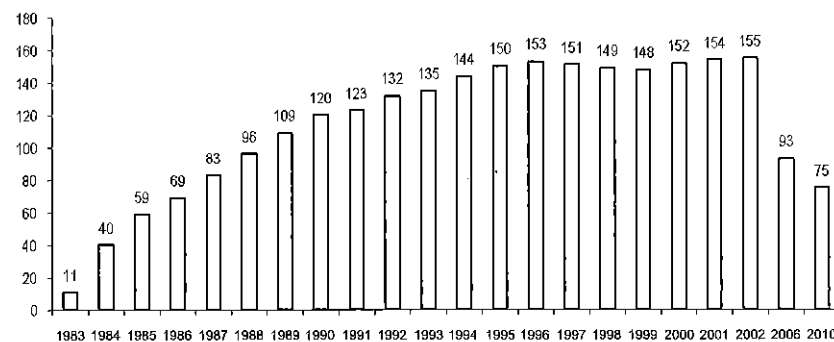
“Novos membros, ao ingressar, ficam geralmente desconfortáveis no ambiente de compartilhamento de informações e trabalho conjunto com as outras empresas. Depois de alguns meses, contudo, eles percebem os benefícios de pertencer ao grupo e a confiança é desenvolvida. A confiança também se desenvolve quando os membros reconhecem que eles são parte de um time e que eles não serão usados pelos outros membros. Nós ainda controlamos nossos próprios destinos” – John S. Chinn, Presidente, *U.S. Shippers Association*.

“Desde o começo, em 1987, quando a AMT recebeu o primeiro certificado emitido para uma associação de comércio, a AMT enxergou no certificado uma possibilidade de incrementar a competitividade de seus membros. Como você sabe, o certificado permitiu que nossos membros combinassem licitações estrangeiras. (...) Sem o certificado,

essa cooperação nunca poderia ter ocorrido” – Paul Freedenberg Diretor, *The Association for Manufacturing Technology (AMT)*.³⁷

O gráfico a seguir indica a evolução do número de detentores de certificado. O número foi crescente até a década de 90, quando estabilizou ao redor de 150. Mais recentemente, houve uma redução drástica nos registros, o que também pode ser explicado – como no caso do *Webb-Pomerene Act* – pelo temor das empresas e associações registradas serem alvos de investigações antitruste estrangeiras. Estima-se que as pessoas jurídicas registradas nos termos do *ETC Act* exportaram aproximadamente US\$15 bilhões em 2003.³⁸

Número de detentores de *Certificate of Review (ETC Act)*



Fonte: De 1983 a 2002, Levenstein (2005); 2006, Ansa, Immunities and Exemptions Need for Export Antitrust Exemptions (2006), p. 6; 2010, sítio eletrônico do U.S. International Trade Administration: www.ita.doc.gov/td/oetca/list.html. Acesso em: 04.06.2010.³⁹

37. Vide www.ita.doc.gov/td/oetca/stories.html. Acesso em: 02.06.2010.
38. Carta das associações *Webb-Pomerene* à *Antitrust Modernization Commission*, *Webb-Pomerene and export trading act exemptions*, de 07.01.2005. Disponível em: [http://govinfo.library.unt.edu/amc/comments/pub_submissions/international_business.pdf]. Acesso em: 09.06.2010.
39. Os detentores de certificados, em junho de 2010, eram: Aerospace Industry Association of America, Agla Trade Link International, Global Trade International LLC, Intex, Air Conditioning & Refrigeration Institute, American Commodity Company, LLC, American Film Marketing Association, American Pork Export Trading Company, AmRus Ventures, Inc., Artalex Global, Association for the Administration of Rice Quota, Inc., Automotive Aftermarket Industry Association, Barlar International, Inc., Basler Electric Company, California Almond Export Association, LLC, California Cherry

36. Disponível em: www.ita.doc.gov/media/Publications/brochures/oetca12_2002.pdf. Acesso em: 02.06.2010.

Por permitir a formação e funcionamento de cartéis de exportação, os Estados Unidos são altamente criticados – especialmente porque o país é um dos maiores defensores no plano internacional da livre economia e dos livres mercados.⁴⁰ Recentemente, uma autoridade da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos EUA afirmou que essa questão é mais simbólica do que substantiva (dado o reduzido número de registros) e que a conduta potencialmente lesiva a mercados estrangeiros pode ser

Export Association, California Dried Fruit Export Trading Company, California Pistachio Export Council, California Tomato Export Group, Carolina Western, Inc., Central America Poultry Export Quota, Inc., Chlor/Alkali Producers International, Connell Company, Consol Energy, Inc., Corn Refiners Association, C-Shore, International Custom Business Solutions, Ltd., Darah Thomas dba/Necoeshannon, DecoArt, Inc., East International Holdings, EXIM Services of N.A., Inc., Export Trade Association of the Americas Farmers Rice Cooperative, Ferrous Scrap Export Association, Florida Citrus Exports, L.C., Gate Group U.S.A., Inc., Ginseng Board of Wisconsin, Inc., Global Express Trading, LLC, Global Trade International LLC, Gloke, Inc., Gold Star Exporters, Ltd., Great Lakes Fruit Exporters Association, Houston Industries, International Continental Agri-Tech, Inc., International Trading Group, LLC, Intex International Trading Company, John L. Koenig, Michael Mace, National Tooling and Machining Association, North American Blueberry Export Corp., North West Fruit Exporters, Outdoor Power Equipment Institute, Port of Montana Port Authority, Redberri Global Corporation, Refined Sugar Trading Institute, ROCACO, Inc., Rocky Mountain Instrument Company, Sealaska Timber Corporation, Sirius Chemical Group, Inc., SOR, Inc., Sun Valley Rice Company, LLC, Thomas Kaczur, Trade Development Corporation of Chicago, U.S. Apple and Pear marketing Board, United States Business & Industry Development Service, U.S. Shippers Association, United States Surimi Commission, Vextrac, Ltd., Vinex International, Inc., Virginia Apple Growers Association, Water and Wastewater Equipment Manufacturers Association, Western Fruit Exporters, Wilco Machine & Fab, Inc., Wood Machinery Manufacturers of America, XCC Exportz Inc. Disponível em: www.ita.doc.gov/td/oetca/list.html. Além de algumas poucas pessoas físicas, a lista contém em sua maioria pequenas e médias empresas.

40. Randolph Tritell. *Competition and consumer protection in the world economy: conflict, cooperation and convergence*. Discurso perante a U.S. Federal Trade Commission 90th Anniversary Symposium, 23.09.2004. Disponível em: www.ftc.gov. Acesso em: 06.06.2010. Vide também *Antitrust Modernization Commission*. Report and recommendations, abr. 2007, p. 334. Disponível em: [http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf]. Acesso em: 06.06.2010.

melhor detectada por autoridades de tais jurisdições.⁴¹ Contudo, apesar de, de fato, a legislação norte-americana não prever imunidade antitruste com relação à legislação alienígena (e nem poderia), na prática, é difícil conduzir uma investigação antitruste em que as provas estão em uma jurisdição que prevê a legalidade da conduta e que, portanto, não estará disposta a cooperar.

A Comissão de Modernização da Legislação Antitruste dos Estados Unidos,⁴² na conclusão de seus trabalhos, apresentou recomendação ao Congresso e ao Presidente dos EUA no sentido de excluir a isenção antitruste para exportação uma vez que ela não se faz necessária para cumprir o objetivo a que se propõe e também porque torna incoerente o discurso das autoridades antitruste americanas perante as demais jurisdições.⁴³ Ao tempo da consulta pública, o Departamento de Agricultura

41. Hewitt Pate. *Current issues in international antitrust enforcement*. Discurso perante *Fordham Corporate Law Institute, 31st Annual Conference on International Antitrust Law & Policy*, 07.10.2004. Disponível em: www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206479.pdf. Acesso em: junho de 2010.

42. A Comissão de Modernização da Legislação Antitruste foi criada por lei em 2002, pub. L. n. 107-273, §§ 11051-60, 116 Stat. 1856, e teve seus trabalhos concluídos em abril de 2007. A Comissão foi formada por 12 membros, 4 dos quais indicados pelo Presidente, 4 pelo Senado e 4 pela Câmara dos Deputados. A Comissão tinha como objetivos: (a) examinar se a legislação antitruste norte-americana precisava ser atualizada; (b) consultar todas as partes envolvidas com a legislação antitruste sobre sua aplicação; e (c) preparar e submeter um relatório com recomendações ao Congresso e ao Presidente dos EUA.

43. *Antitrust Modernization Commission*. Report and recommendations cit., p. 370: “Proponents of the ETC Act claim that it promotes exports, especially by small and medium-sized companies that ‘would not be able to export, or not be able to export on a sustained basis’ without an antitrust exemption for their joint conduct. Small and medium sized enterprises constitute the vast majority of companies covered by Certificates of Review. Proponents argue that the ETC Act exemption is necessary for these companies because it provides assurance that specified conduct does not violate the U.S. antitrust laws and will not result in a government antitrust action against the exporters. The Commission sees no reason, however, why these companies should be held to a lesser standard of antitrust compliance than any other companies doing business. The Department of Commerce explained that the ETC Act does not actually exempt conduct from the antitrust laws because a Certificate would not issue covering conduct that would violate those laws.111 In that case no antitrust exemption should be

dos EUA submeteu uma carta requerendo à Comissão para que “considerasse fortemente o papel que tais leis (de isenção antitruste) têm para facilitar a competitividade da agricultura norte-americana no mercado global”.⁴⁴ Foram apresentadas 30 manifestações de apoio à manutenção da isenção prevista pelo *Webb-Pomerene Act* e uma contrária.⁴⁵ No caso do *Export Trading Act*, que tem em seu registro pequenas e médias empresas e associações, foram recebidas 32 manifestações favoráveis e nenhuma contrária.⁴⁶

2.2 Análise de caso: Ansac

A associação *Webb-Pomerene* mais controversa é a *American Natural Soda Ash Corp.* (Ansac). A Ansac foi formada em 1984 e seus atuais membros são *FMC Wyoming Corporation*, *General Chemical (Soda Ash)*

necessary. The ETC Act raises a particularly acute concern insofar as it can be characterized as granting a limited immunity to U.S. companies engaging in cartel behavior in foreign markets. It is inconsistent for U.S. antitrust enforcers to emphasize to foreign antitrust enforcers the importance of cartel enforcement at the same time that U.S. law immunizes what some consider to constitute overseas cartel behavior by American firms.”

44. Carta do U.S. Department of Agriculture, Gabinete do Secretário, de 19.05.2005. Disponível em: www.amc.gov/comments/USDA_Public_Comment1.pdf. Associações do setor agrícola, como a *U.S. Rice Producers Association*, também protocolaram comentários autônomos de apoio às isenções antitruste.
45. A manifestação contrária foi apresentada em 01.12.2005 pelo Professor Peter C. Carstensen, *University of Wisconsin Law School*, em suma pelas seguintes razões: (a) os registros, conforme disponíveis no sítio eletrônico da FTC, indicam que poucas empresas são hoje registradas; (b) somente cartéis que queiram explorar mercados estrangeiros precisariam de tal isenção e tais cartéis não deveriam ser protegidos pelo governo norte-americano, dado o compromisso dos Estados Unidos de incrementar a concorrência nos mercados estrangeiros; e (c) uma união de esforços para atuar em um mercado global por meio de *joint ventures* eficientes não seria condenada, não requerendo, portanto, isenção. Manifestação disponível em: [http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Carstensen_Statement.pdf]. Acesso em: 19.06.2010.
46. Antitrust Modernization Commission, *Immunities and Exemptions Discussion Memorandum*, Appendix A, Summary of Comments on Specific Immunities & Exemptions. Disponível em: [<http://govinfo.library.unt.edu/amc/pdf/meetings/IE-Statutory%20AppA060710-circ.pdf>].

Partners, OCI Chemical Corp., e *Solvay Chemicals USA*.⁴⁷ Ansac é o maior exportador mundial de carbonato de sódio (barilha)⁴⁸ para a Ásia e América Latina – a associação exporta mais de 40% da produção de seus membros e não comercializa produtos nos Estados Unidos, Canadá e Europa Ocidental. Desde sua formação, as exportações de carbonato de sódio dos Estados Unidos triplicaram e seu faturamento excede US\$500 milhões.⁴⁹ Em 2005, a associação exportou 2,9 milhões de toneladas métricas de carbonato de sódio.⁵⁰ A associação é o segundo maior produtor de carbonato de sódio, atrás apenas da China, e é responsável por 25% da oferta mundial.⁵¹ No início de 2009, a *Solvay Chemicals USA* oficializou seu pedido de retirada da associação, que terá efeitos a partir de janeiro de 2011, em uma decisão que parece estar relacionada com a crescente exposição e risco antitruste de tal associação.

Em diversas ocasiões, a Ansac beneficiou-se expressamente da isenção antitruste conferida nos Estados Unidos. Por exemplo, o Poder Judiciário ao apreciar denúncia contra a Ansac de boicote e fixação de preço apresentado por uma empresa de frete, que se sentiu excluída pelas negociações conjuntas e únicas para a contratação de serviço de frete para o transporte de carbonato de sódio, arquivou o processo com base na isenção conferida pelo *Webb-Pomerene Act (International Raw Materials v. Stauffer Chemical Co., et al., 767 F. Supp. 687 E.D.Pa. 1991, confirmado 3rd. Circuit, 978 F.2d 1318)*. Em relação a mercados

47. Todas as produtoras norte-americanas menos *Searles Valley Minerals Inc.*, que responde por 10% do total da capacidade instalada do país.
48. O carbonato de sódio (Na_2CO_3) é um sal branco e translúcido, usado principalmente na produção de vidro, em sínteses químicas e em sabões e detergentes, em ordem de importância. O produto responde por 60% do custo de matéria-prima para produção de vidro e 30% do custo de matéria-prima para produção de detergentes.
49. Informação disponível no sítio eletrônico da Ansac: www.ansac.com. Acesso em: 02.06.2010.
50. Ansac. *Immunities and exemptions need for export antitrust exemptions*, 28.06.2006. Manifestação submetida à *Antitrust Modernization Commission*, 28.06.2006, p. 2. Disponível em: [http://govinfo.library.unt.edu/amc/public_studies_fr28902/immunities_exemptions_pdf/050628_ansac.pdf]. Acesso em: 19.06.2010.
51. U.S. Department of the Interior. *U.S. Geological Survey Minerals Yearbook 2008*. Disponível em: [http://minerals.usgs.gov/minerals/pubs/commodity/soda_ash/myb1-2008-sodaa.pdf]. Acesso em: 19.06.2010.

estrangeiros, desde o fim dos anos 80, a conduta da *Ansac* foi investigada por autoridades antitruste da África do Sul, Comissão Europeia e Índia.

Em 1988, a *Ansac* notificou sua formação à Comissão Europeia com o objetivo de obter uma isenção nos termos do art. 81(3) do Tratado de Roma,⁵² o que foi negado pela Comissão.⁵³ A Comissão indicou que se os produtores norte-americanos atuassem de forma independente, eles iriam competir entre si, o que incrementaria a concorrência no mercado de carbonato de sódio na área econômica europeia.⁵⁴ A Comissão sustentou que os membros da *Ansac* eram todos grandes grupos capazes de atender de forma independente seus clientes. O único acordo aceitável seria estritamente limitado a transporte e estocagem conjunto. Desde então, a *Ansac* não exportou para os Estados-membros da União Europeia, mas alguns de seus membros⁵⁵ formaram uma outra associação *Webb-Pomerene* chamada *American-European Soda Ash Shipping Association (AESSA) Inc.*, com atividades exclusivamente para o transporte, armazenamento e questões logísticas do transporte de carbonato de sódio de modo a cumprir com a decisão europeia.

Na Índia e África do Sul os resultados da persecução antitruste foram um tanto quanto diferentes daqueles obtidos pela Comissão Europeia. Em ambas as jurisdições, a decisão da autoridade antitruste foi revertida pela Suprema Corte de seu respectivo país.

52. O então art. 83(3) do Tratado de Roma.

53. Case n. 91/301/EEC: Commission Decision of December 19, 1990 relating to a proceeding under art. 85 (1) of the EEC Treaty (IV/33.016 – *Ansac*), *Official Journal L* 152, 15.06.1991, p. 54-60.

54. Note-se que há diversos agentes locais que produzem carbonato de sódio na Europa. Dados de 2007 indicam que aproximadamente 87% da demanda de 8,7 milhões de toneladas da União Europeia em 2007 foi atendida por produção local, sendo os restantes 13% atendidos por importações (dos quais 6% com origem nos Estados Unidos). Vide Brunner Mond, memorando apresentado perante o Parlamento do Reino Unido, 18.06.2008. Disponível em: www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldselect/lddeucom/197/197we05.htm. Acesso em: 19.06.2010.

55. Os membros da ESSA são AG Soda Corporation, FMC Wyoming Corporation, Genera Chemical (Soda Ash) Partners, Searles Valley Minerals, OCI Chemical Corp., and Solvay Chemicals, Inc. O relatório anual de 2004 da ESSA está disponível em: www.ftc.gov/os/statutes/webbpomerene/2005/041227amereurosodaash.pdf.

Em julho de 2002, a Suprema Corte da Índia reverteu a decisão da *Monopolies and restrictive trade practices commission (MRTPC)* – órgão antitruste da Índia – que proibiu a *Ansac* de exportar de forma cartelizada para o país com base em representação da *Alkali Manufacturers Association of India*. Após a decisão da autoridade antitruste, a *Ansac* requereu, por meio de senadores, a representantes do governo norte-americano que suspendessem concessões tarifárias à Índia. Pouco tempo depois, o secretário de Comércio dos EUA ameaçou afastar o benefício de US\$1 bilhão garantido a produtos indianos exportados para os EUA se as restrições à *Ansac* não fossem abandonadas. A ameaça foi materializada por meio de carta do secretário de Comércio norte-americano ao governo indiano datada de 28.01.2000, referida no site da *Ansac*.⁵⁶ Após a ameaça, a decisão do órgão antitruste foi revertida pela Suprema Corte sob o argumento de que o MRTPC não teria competência, sob a vigência da lei antitruste anterior, para suspender ou proibir importações uma vez que a lei não previa sua aplicação extraterritorial.⁵⁷ Em 2002, o país editou nova lei antitruste, que, em tese, afastaria as limitações da lei anterior.

Igualmente, em maio de 2005, a Suprema Corte da África do Sul reverteu, pela primeira vez em sua história, decisões do Tribunal de Concorrência e do Tribunal de Apelação que condenavam as práticas da *Ansac*, tidas como anticompetitivas.⁵⁸ Em 1999, a *Soda Ash Botswana*

56. *Ansac. U.S. Trade Representative and Commerce Secretary Blast India's Soda Ash Embargo, News Archive*. 05.02.2000. A notícia foi recentemente retirada do sítio eletrônico da *Ansac*, mas ainda é possível achar referências em cache na Internet.

57. Para mais informações, vide India, *Roundtable on bringing competition into regulated sectors*. OCDE DAF/COMP/GF/WD(2005)12, 12.01.2005. Disponível em: www.oecd.org/dataoecd/48/54/34284291.pdf. Acesso em: 10.06.2010.

58. Curioso notar a existência de projeto de lei (PL 2.256/1964) apresentado pelo então Deputado Federal Paulo Macarini (PTB/SC), cuja ementa era “Concede à Companhia Nacional de Alcalis o monopólio para importação de barrilha e a isenção do pagamento do direito de importação, alíquotas *ad valorem*, taxas e tributos aduaneiros, depósitos compulsórios no Banco do Brasil S.A. ou quaisquer outros ônus ou exigências.” Se aprovado, dado que a Companhia Nacional de Alcalis era a única produtora nacional do produto, formar-se-ia um monopólio legalizado da comercialização do produto no Brasil. O projeto foi arquivado em 09.03.1967 (DCN1 10.03.1967, p. 558 COL 01).

(Botash) apresentou uma representação perante a Comissão de Concorrência da África do Sul alegando que a *Ansac* seria um acordo ilegal de fixação de preço. A Comissão, o Tribunal de Concorrência e o Tribunal de Apelação consideraram que as atividades da *Ansac* constituíam uma violação *per se* da legislação antitruste do país. A Suprema Corte alegou que os argumentos da *Ansac* sobre natureza, propósitos e efeitos da associação deveriam ter sido considerados pelas autoridades antitruste à luz da regra da razão, motivo pelo qual a decisão foi afastada.

Em alguns casos, as alegadas práticas anticompetitivas da *Ansac* também envolveram acusações de *dumping*. Um exemplo foi a investigação por parte das autoridades de defesa comercial brasileiras – Departamento de Defesa Comercial da Secretaria de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio – com base na denúncia da Companhia Nacional de Álcalis, que afirmou que a *Ansac* praticou *dumping* no ano de 1995. A investigação foi encerrada em 1998, sem a aplicação de direitos contra as exportações americanas.⁵⁹ A Companhia Nacional de Álcalis, única produtora de barrilha no Brasil, chegou a ter sua falência requerida por credores. Em 2003, diante de benefícios fiscais relativos ao ICMS concedidos pelo Estado do Rio de Janeiro à Companhia Nacional de Álcalis, único produtor local, que alegadamente colocariam as exportações da *Ansac* em desvantagem, os senadores norte-americanos Mike Enzi, Craig Thomas e Gordon Smith enviaram carta ao Secretário de Comércio dos Estados Unidos requerendo que houvesse interferência junto ao governo brasileiro. Segundo a carta “se medidas ilegais nos termos da OMC como essas são permitidas sem um sério protesto do governo norte-americano, elas continuarão a proliferar-se, desencorajando outros a fazer negócios no exterior” e “nós entendemos que signatários da OMC, como o Brasil, devem cumprir suas obrigações de comércio internacional”.⁶⁰ Tal reação parece transparecer a aplicação de dois pesos e duas medidas por parte dos Estados Unidos. Registre-se que o Brasil em 2008 importou mais de 600 mil toneladas métricas

59. Vide Relatório do Departamento de Defesa Comercial – Decom da Secretaria de Comércio Exterior – Secex do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio n. 2 (1998). Disponível em: www.desenvolvimento.gov.br/arquivo/secex/decom/relatorios/relatorio1998.pdf. Acesso em: 12.06.2010.

60. *Senators protest brazil's soda ash tariffs*. Disponível em: [http://trib.com/news/state-and-regional/article_ae380b77-b711-55c8-8f8d-66261478a21b.html]. Acesso em: 19.06.2010.

de barrilha dos Estados Unidos, em valor total que superou US\$ 123 milhões, números que ficam atrás apenas das exportações norte-americanas ao México.⁶¹

O caso da *Ansac* é um bom exemplo das limitações enfrentadas pelos países em desenvolvimento para investigar e punir cartéis de exportação. Mesmo naquelas situações em que a autoridade consegue reunir evidências suficientes da conduta anticompetitiva, um país em desenvolvimento pode não suportar as pressões exercidas pelas autoridades de países desenvolvidos, que podem estar dispostos a impor sanções em áreas não relacionadas. Além disso, em outros casos, os países em desenvolvimento podem simplesmente não deter a expertise e os recursos para investigar adequadamente práticas cometidas no exterior, sem a cooperação da jurisdição onde a conduta ocorre.

3. PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO: QUAL O CAMINHO?

O exemplo da *Ansac*, ao lado da promoção de isenção antitruste a exportação por parte de diferentes países, mostram que o mundo ainda não atingiu um nível de moralidade que considere o bem-estar global e não o nacional quando da adoção de suas políticas nacionais. Em um mundo de livro-texto, o ideal seria banir todos os tipos de cartéis, incluindo aqueles de exportação, uma vez que na presença destes há perdas de eficiência, com potencial redução do bem-estar (mundial) agregado. Contudo, o aumento do bem-estar agregado, sob a perspectiva dos países em desenvolvimento, apenas será por estes realmente considerada se se assumir que haverá em seguida uma transferência de renda entre os países de modo a compensar perdas por parte deles – hipótese que parece estar distante da realidade à exceção, quiçá, dos blocos de mercado e política comuns como a União Europeia. Fato é que os países tendem a preferir preservar e aumentar o bem-estar de seus nacionais a aumentar o bem-estar agregado mundial.⁶²

61. U.S. Department of the Interior. U.S. Geological Survey Minerals Yearbook 2008. Disponível em: [http://minerals.usgs.gov/minerals/pubs/commodity/soda_ash/myb1-2008-sodaa.pdf]. Acesso em: 19.06.2010.

62. Vide, por exemplo, a decisão de 2006 da autoridade portuguesa de defesa da concorrência na análise da concentração Portugal Telecom/Sonacom, em que se afirma categoricamente que a autoridade não tem mandato para considerar a perda de bem-estar dos consumidores estrangeiros decorrente da operação.

Inegável que cada vez mais os países são incentivados a considerar o bem-estar mundial em suas decisões.⁶³ Morici⁶⁴ sustenta que os países deveriam se obrigar mediante a assinatura de um acordo multilateral de defesa da concorrência a combater práticas anticompetitivas que atinjam negativamente consumidores de outras regiões. A Comissão Europeia já se manifestou formalmente no sentido de que os membros da Organização Mundial do Comércio (OMC) deveriam alinhar sua política de concorrência com obrigações de aumentar o bem-estar e eficiência mundiais.⁶⁵ Nesse sentido, as minutas de um acordo multilateral de defesa da concorrência apresentadas pela Comissão Europeia⁶⁶ e pelo Japão⁶⁷ proíbem todos os tipos de cartéis de exportação. Certas revisões de política comercial realizadas pela OMC concluem pela necessidade do fim dos cartéis de exportação,⁶⁸ opinião acolhida por alguns países em desenvolvimento, como Trinidad e Tobago.⁶⁹ Finalmente, há acadêmicos que defendem soluções intermediárias. Scherer⁷⁰ sustenta a criação de uma órgão de concorrência global – chamado de *International Competition Policy Office* – que iria registrar os cartéis de exportação dos diferentes países. Depois de cinco anos de sua criação, cada país membro iria emitir uma lei proibindo cartéis de exportação, sendo permitidas três exceções por país (cada exceção poderia abarcar atividades com até quatro dígitos da *Standard International Trade Classification*). Sem entrar no mérito de

63. Margaret Levenstein; Valerie Suslow. The changing international status of export cartel exemptions. *American University International Law Review* 20/785-828, 2005.
64. Peter Morici. *Antitrust in the global trading system: reconciling U.S., Japanese and EU Approaches*. Washington: The Economic Strategy Institute, 2000.
65. Submissão da Comissão Europeia e seus Estados-Membros, WT/WGTCP/W/45, 1997.
66. Karel Van Miert. *The WTO and competition policy: the need to consider negotiations*. Palestra proferida em Genebra, 1998.
67. WTO Working Group on the interaction between trade and competition policy. *Communication from Japan*, WT/WGTCP/W/156, 2000.
68. Vide análise da política comercial da Islândia, fevereiro de 2000, conforme relatado no Relatório Anual da OMC de 2001.
69. WTO Working Group on the interaction between trade and competition policy. *Communication from Trinidad and Tobago*, WT/WGTCP/W/143, 2000.
70. Frederic M. Scherer. *Competition policies for an integrated world economy*, 1994, p. 91-97.

se é factível ou não ter uma autoridade antitruste internacional no curto prazo, nos parece que tais isenções seriam muito difíceis de implementar e monitorar.

A questão é altamente controversa e a maioria dos países da OCDE quer preservar um espaço para manobras de suas políticas comerciais. Ainda em 1974, a OCDE,⁷¹ após uma detalhada análise do uso de cartéis de exportação por seus membros, chamou a atenção para os efeitos negativos que tais cartéis podem ter no comércio internacional. Logo depois, a OCDE⁷² recomendou que os governos não deveriam encorajar a formação de cartéis de exportação e deveriam assegurar que suas políticas comerciais deveriam ser ao menos neutras com relação a tais cartéis. Contudo, na 1998 *OECD Recommendation on Effective Action against Hard Core Cartels*,⁷³ os países signatários concordam que, para fins da recomendação, a definição de um cartel intrinsecamente nocivo (*hard-core*) não inclui acordos que permitem redução de custos ou obtenção de eficiências de produção e acordos autorizados ou não cobertos pelas leis de um determinado país membro. A recomendação prossegue afirmando que se um país banir da aplicação de suas leis antitruste cartéis voltados à exportação, deve ele ser transparente e revisar periodicamente as isenções para analisar se elas são efetivamente necessárias para atingir objetivos de política nacional. A recomendação também prevê que os países signatários devem anualmente informar à OCDE sobre isenções

71. Vide OECD. *Report on export cartels* cit.

72. OECD. *Competition and trade policies...* cit., item 32.

73. OECD. 1998 *Recommendation on effective action against hard core cartels*. Adotada pelo Conselho em sua 921.ª sessão, de 25.03.1998, (C/M(98)/PROV). Disponível em: www.oecd.org/dataoecd/39/4/2350130.pdf. Acesso em: 19.06.2010. A previsão, *ipsis literis*, segue: “the hard core cartel category does not include agreements, concerted practices, or arrangements that (a) are reasonably related to the lawful realisation of cost-reducing or output-enhancing efficiencies, (b) are excluded directly or indirectly from the coverage of a Member country's own laws, or (c) are authorised in accordance with those laws. However, all exclusions and authorisations of what would otherwise be hard core cartels should be transparent and should be reviewed periodically to assess whether they are both necessary and no broader than necessary to achieve their overriding policy objectives. After the issuance of this Recommendation, Members should provide the Organisation annual notice of any new or extended exclusion or category of authorisation”.

antitruste. Não há notícia de tal tipo de registro anual perante a OCDE por seus países membros.

Implementar um acordo multilateral banindo todo o tipo de cartel de exportação seria negar um instrumento usado por países desenvolvidos durante décadas, reduzindo o espaço para políticas públicas para os países em desenvolvimento. Alguns países parecem ter se dado conta disso. Por exemplo, a Tailândia já se manifestou no sentido de que, se de um lado, o uso de cartéis de exportação como estratégia exclusiva de extrair renda de outros países não seria aceitável, de outro, deve-se permitir a exportadores de países em desenvolvimento que ajam como agente econômico único para atingir a escala necessária para exportar e contrapor-se ao poder de compra dos países desenvolvidos.⁷⁴ Para além disso, mesmo que os países desenvolvidos proibam cartéis de exportação, está claro que tais países usarão seus recursos, que são por definição escassos, para investigar condutas que causem danos à sua própria economia. Nesse contexto, países em desenvolvimento devem estar atentos para que se preserve a possibilidade de concederem isenções antitruste para exportação como ferramenta para o crescimento e desenvolvimento, sempre após uma cuidadosa análise dos custos e benefícios que tal prática pode ocasionar. Não se quer aqui dizer que isenções antitruste para exportação são uma ferramenta de desenvolvimento válida para todos os países. O objetivo é mostrar que essa possibilidade existe, é muito usada por países desenvolvidos e deve ser, a princípio, preservada em acordos multilaterais e regionais – a menos que sua eliminação seja adequadamente utilizada como moeda de troca no jogo das negociações internacionais. Importantes cuidados, porém, precisam ser tomados.

Isenções antitruste para exportação precisam efetivamente ser desenhadas para gerar economias de escala e escopo e permitir esforços de pesquisa e desenvolvimento. De modo a atingir os objetivos a que se propõem, as isenções precisam ser dadas de forma horizontal (i.e., atingindo potencialmente todos os setores exportadores da economia) e não vertical (i.e., direcionadas a determinados setores). É fácil entender o porquê.

Em primeiro lugar, se um país em desenvolvimento quer empregar estratégias para lidar com desequilíbrios na balança comercial, escolher setores específicos pode não gerar o resultado esperado, já que, em equi-

74. WTO Working group on the interaction between trade and competition policy. *Communication from Thailand*. WT/WGTCP/W/213/Rev.1, 2002.

libro geral, proteger um determinado setor pode implicar aumentar o custo de outros (*upstream* ou *downstream*), fazendo com que no longo termo distorções prejudiciais à economia permaneçam.

Em segundo lugar, se o objetivo é aumentar competitividade e produtividade, “escolher vencedores” pode reduzir e não aumentar os incentivos para a concorrência por meio de inovação. Assim, se isenção antitruste para exportação é adotada, ela deve ser combinada – a princípio – com características de concorrência Darwiniana, de modo a produzir os efeitos desejados.

Além disso, há dois reflexos potencialmente negativos para a economia nacional que podem resultar da adoção de isenção antitruste para a exportação. O primeiro é com relação aos consumidores domésticos. Colocar concorrentes trocando informações comercialmente sensíveis (tais como preço, capacidade e produção) no âmbito de associações de exportação pode soar como um convite para que a colusão também ocorra dentro do mercado nacional. Schultz⁷⁵ argumenta que isso provavelmente ocorrerá se os mercados internos e externos não forem muito diferentes ou se o custo marginal for constante. Além disso, pode ser que os membros da associação decidam alocar uma quantidade maior de vendas no mercado externo e, se isso não for acompanhado de um aumento de capacidade, resultará na redução da oferta nacional e consequente aumento de preços, com lesão aos consumidores domésticos.⁷⁶ Como os riscos de efeitos negativos para a economia doméstica são consideráveis, os países em desenvolvimento devem atentar para “pretensos esforços colaborativos” que na verdade são acordos colusivos para reduzir a concorrência dinâmica. Em outras palavras, esforços colaborativos entre concorrentes devem somente ser permitidos quando a concorrência tende a se dar em dimensão global.

75. Christian Schultz. *Export cartels and domestic markets*. 2 *J. Industry, Competition and Trade* 233-246, 2002.

76. Aparentemente, essa preocupação está por trás de um dos requisitos para a obtenção do *U.S. Export Trade Certificate of Review*: os detentores do certificado não devem indevidamente aumentar, estabilizar ou depreciar os preços nos Estados Unidos. Com efeito, a Corte Distrital decidiu em *United States v. Alkali Export Association*, 86 F. Supp. 59, (S.D.N.Y. 1949) que uma associação *Webb-Pomerene* violou o *Sherman Act* ao adotar condutas que estabilizaram os preços domésticos ao remover o excedente da oferta do mercado interno.

Outro efeito potencialmente negativo é relacionado com os produtores nacionais que sejam eventualmente excluídos da associação para exportação. A associação pode usar sua constituição de forma indevida contra concorrentes nacionais que não sejam seus membros, prejudicando outros agentes econômicos nacionais a competir de forma efetiva no mercado internacional.

Em vista disso, é recomendável adotar medidas de precaução. A primeira é limitar o escopo dos acordos para vendas e transporte ao exterior, excluindo-se a produção e o processo de manufatura interno. De outra forma, a isenção criaria incentivos para os concorrentes para agir como agente único também no mercado nacional. Igualmente, no processo de limitar o escopo da isenção, é importante que ela se limite a produtos e serviços comercializados para consumo externo (excluem-se, portanto, produtos domésticos e aqueles importados).

A outra medida de precaução é ter ao menos um controle mínimo sobre a existência de tais associações. Uma possibilidade seria adotar um formulário simples, com o requisito de apresentar às autoridades (preferencialmente de defesa da concorrência e não de defesa comercial) a ata de constituição da associação, com o nome de seus membros, seu setor de atuação e escopo. Dessa forma, o governo pode melhor monitorar o comportamento das empresas no mercado interno e externo.

Obviamente, os países em desenvolvimento precisam estar cientes de que o fato de que sua legislação eventualmente confira isenção antitruste não garante qualquer tipo de imunidade com relação a outras jurisdições. Dessa forma, governos estrangeiros preservam sua plena habilidade de iniciar investigações antitruste se tal acordo violar a legislação daquele outro país. A questão aqui é como conciliar a política de comércio de um país de aumentar o comércio por meio de arranjos de exportação com a política de concorrência de parceiros comerciais. Também devem ser considerados os custos políticos e econômicos de uma decisão de promover isenção antitruste para a exportação sobre áreas não relacionadas. Até muito recentemente, na prática, até os Estados Unidos – um dos maiores repressores de cartéis internacionais – tem evitado investigar cartéis de exportação de outros países.⁷⁷ Uma

77. Vide Spencer Weber Waller. The Ambivalence of United States Antitrust Policy Towards Single-Country Export Cartel. 10 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 98 (1989), em que o autor sustenta que os Estados Unidos falharam em

das possíveis razões é que o volume de importações dos Estados Unidos que se origina de produtos e serviços de tais cartéis não é significativa.

Outra questão é: se um país decidir permitir cartéis de exportação, até que ponto tal informação deve estar publicamente disponível? Em outras palavras, é razoável que haja uma regra de total transparência? Nos parece que a resposta deveria ser não. Permitir que qualquer um consulte todas as informações de arranjos cooperativos para a exportação facilita a identificação de cartéis que podem afetar mercados estrangeiros. Igualmente, faz com que a prova da existência do acordo – o que é tipicamente o maior ônus de uma investigação – seja facilmente superada. Por outro lado, um país membro da Organização Mundial do Comércio (OMC) deve cumprir os acordos internacionais que estabelecem regras de transparência mínima para as normas que afetam o comércio entre os países. Uma solução intermediária seria aquela adotada pela Austrália: apesar da existência das associações de exportação ser de conhecimento do público geral, a Comissão de Concorrência e Consumidor do país confere tratamento confidencial aos seus documentos constitutivos e outras informações mais sensíveis.

Tal exposição – que sempre implica em algum risco, ainda que reduzido – somado ao fato já comentado da crescente repressão a cartéis no nível global nas últimas décadas explica o reduzido número de associações registradas em países como Austrália ou Estados Unidos. Também explica as reformas que ao menos nove países adotaram nos últimos anos para excluir de sua legislação isenções antitruste, adotando um vocabulário que apenas refere-se a efeitos no mercado doméstico, silenciando em relação a atividades que afetam mercados estrangeiros.⁷⁸ 17 de um total de 54 países pesquisados por *Levenstein & Suslow*⁷⁹ prevê isenção antitruste explícita na legislação nacional. No caso de países em

articular razões convincentes para sua tolerância para cartéis de exportação de outros países.

78. Margaret Levenstein; Valerie Suslow. The changing international status of export cartel exemptions. 20 *Am. U. Int'l L. Rev.* 785-828 (2005). Disponível em: www-personal.umich.edu/~maggiel/Exemptions.pdf. Os países mencionados na pesquisa e o ano da reforma legislativa são: Finlândia (2004), Hungria (2004), Alemanha (1999; isenção antitruste explícita ainda é permitida em determinadas circunstâncias), Coreia do Sul (1999), Reino Unido (1998), Holanda (1998), Japão (1997), Suíça (1995) e Suécia (1994).

79. Idem.

desenvolvimento, deve-se considerar ter algum tipo de controle (e não apenas autorização implícita) no caso do nível de aplicação da lei antitruste não ser suficiente para adequadamente monitorar as condições de concorrência nos mercados nacionais. Neste particular, é igualmente importante considerar quais são os custos esperados de tal controle, que podem ser substantivos.

No caso de países em desenvolvimento adotarem um sistema de isenções explícitas, deve tal sistema ser limitado no tempo? Deveriam os requerentes de tal imunidade suportar o ônus de demonstrar periodicamente que sua associação preenche os requisitos de uma análise de custo-benefício? Acreditamos que não. O objetivo primário é criar incentivos para que pequenas e médias empresas possam exportar e reduzir os custos para a obtenção de uma isenção. Neste caso, dever-se-ia ter um sistema de registro apenas para garantir que o governo tem as informações mínimas necessárias das atividades das associações, retendo o poder de proibir as atividades se a qualquer tempo houver indícios de que elas estão lesando interesses nacionais.

Até agora, fizemos referência apenas aos impactos nacionais para determinar se permitir isenções antitruste voltadas a exportação é ou não uma boa estratégia de crescimento. Voltando-se ao aspecto mundial, se um país adotar um sistema de isenções explícitas, deve ele ser baseado em considerações de bem-estar global ao invés de bem-estar nacional? Levenstein & Suslow parecem advogar pela primeira opção, sustentando que os países precisam trabalhar em conjunto seja para eliminar todo tipo de isenções para exportação ou para adotar isenções que sejam conjuntamente monitoradas.⁸⁰ Morici, por sua vez, sustenta que os países deveriam ser obrigados por um acordo de concorrência multilateral a adotar ações contra práticas restritivas de comércio que lesem consumidores e mercados estrangeiros.⁸¹ Nessa linha, alguns argumentam que os membros da OMC deveriam alinhar sua política de concorrência a objetivos de incremento da eficiência e bem-estar globais.⁸²

Contudo, como já afirmamos, tal nível de consideração pelo bem-estar de outros países a despeito de seu próprio é extremamente difícil

80. Idem.

81. Peter Morici. Op. cit.

82. Comissão Europeia. *Submission by the European Community and its Member States*. WT/WGTC/W/45, 24.11.1997.

de se atingir na prática: cada país quer maximizar sua própria riqueza – e, se no processo de fazer isso, eles também maximizam o bem-estar global, tanto melhor. Além disso, se já é difícil estimar efeitos domésticos, como pode um país corretamente estimar a redução no bem-estar global? Mesmo que seja possível, a principal questão é que não é razoável esperar qualquer tipo de compensação dos ganhadores aos perdedores em um sistema de “bem-estar global” e, se isso for verdade, não é razoável esperar que os países levem em consideração danos aos mercados estrangeiros, a menos que tais danos impliquem em danos “por reação” às suas próprias economias.⁸³ É difícil imaginar que no mundo real um país fosse deixar de adotar uma política que lhe beneficiasse porque ela daria lugar a uma alocação ineficiente de recursos do ponto de vista global. Um exemplo pode ser a aprovação por parte das autoridades norte-americanas da fusão da Boeing/MDD, em que autoridades europeias afirmaram que “se as autoridades americanas tivessem levado em consideração os custos mundiais dos danos antitruste, a equação teria balançado em favor da proibição”.⁸⁴

Isenções antitruste relacionadas à exportação não são soluções mágicas aptas a garantir um desenvolvimento sustentável dos países que as adotam. É necessário que cada país, ao formular sua política comercial e antitruste, considere cuidadosamente os custos e benefícios de tal decisão, considerando as peculiaridades de cada economia e sem que se privem os consumidores nacionais dos benefícios da concorrência.

83. Aqui vale uma observação quanto à postura da Ansa. Como vimos, perante a União Europeia, a associação decidiu seguir a decisão da autoridade antitruste sem questionar, formando uma outra associação somente para transporte conjunto. Perante as decisões de países em desenvolvimento (Índia e África do Sul), a Ansa buscou-se de diferentes artifícios, inclusive ameaças de retaliação comercial, que levaram ao afastamento da decisão.

84. Eleanor Fox. *International antitrust: against minimum rules; for cosmopolitan principles*, 43. *Antitrust Bull* 5, 1998.