

O direito da concorrência e a defesa comercial: complementaridade na defesa da ordem econômica

Giovani Ribeiro Loss

Sumário

1. Introdução. 2. O direito da concorrência e a defesa comercial. 2.1. O direito da concorrência: breves comentários. 2.2. A defesa comercial: breves comentários. 2.3. As diferenças óticas: caracterização. 2.4. O direito comunitário da concorrência. 3. A relação atual: o problema. 3.1. Art. 91: conflito de competência. 3.2. O inciso XIX do art. 21: impropriedade. 4. A complementaridade na defesa da ordem econômica. 5. Conclusão.

1. Introdução

A nova dimensão econômica mundial vem provocando profundas alterações nas economias nacionais, restringindo o campo de atuação dos Estados e forçando a revisão nos limites do intervencionismo¹. Trata-se do fenômeno da globalização², tal como explica José Eduardo FÁRIA:

“Abertura política, estabilização econômica e reforma social foram os grandes desafios da América Latina, ao longo da última década. O maior problema de várias nações do continente foi ter de enfrentá-las ao mesmo tempo, pois as respectivas lógicas, ritmos, processos e horizontes temporais desses três desafios são tradicionalmente distintos e muitas vezes conflitivos” (1998, p. 127).

Sob influência desse processo³, o Estado brasileiro⁴, principalmente a partir do final dos anos 80⁵, implementou importantes alterações no meio jurídico.

Giovani Ribeiro Loss é advogado associado do escritório Pinheiro Neto – Advogados, em São Paulo.

A intervenção direta estatal deixou de ser supletiva à iniciativa privada, como na Constituição de 1967, sendo limitada aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei⁶. O Estado brasileiro passou a enfatizar a função de agente regulador e normativo, evidenciada pelo artigo 174, *caput*, da Constituição de 1988⁷.

Também no âmbito da concorrência empresarial, naturalmente, o fenômeno da globalização trouxe conseqüências, do que trata Elizabeth FARINA ([19- -?], p. 63):

“Quais são as conseqüências desse processo, no sentido de definição das estratégias empresariais? *O resultado é simples: pressão competitiva. E a pressão vem de dois lados; o primeiro lado é a competição de produtos. Produtos importados ou produtos que vão ser produzidos por empresas que vão fazer investimento direto nos espaços nacionais, nas regiões que integram os mercados comuns. (...) O outro tipo de pressão competitiva que se cria é a pressão competitiva pela compra das próprias empresas, isto é, você pode ser ineficiente e alguém enxergar que a sua empresa bem administrada seria um bom negócio*”. (Grifo nosso)

O aumento da concorrência entre empresas, tanto externa, pelo crescimento do comércio exterior, quanto interna, pela entrada de novos *players* no mercado nacional, ensejou, claramente, uma maior importância jurídica do seu controle, o que fala Gesner OLIVEIRA ([19- -?], p. 4):

“Do ponto de vista da importância da defesa da concorrência, gostaria de ressaltar que *tanto no plano internacional quanto no doméstico, o processo de globalização aumenta a importância da defesa da concorrência, e não o contrário. (...) Com o processo de desestatização e desregulamentação nas economias maduras, o que ocorre é que o monitoramento dos mercados tornou-se mais importante. Essa foi a experiência americana, essa foi a ex-*

periência britânica e essa é a experiência, em geral, de países que diminuem o grau de intervenção do Estado na economia. Ou seja, a menor participação do Estado na economia corresponde à maior necessidade de monitoramento dos mercados”. (Grifo nosso)

Nesse sentido, deve-se considerar que a concorrência empresarial possui duas importantes faces, ambas merecedoras da devida atenção do Estado, quais sejam: a concorrência interna, que seria aquela que envolve apenas os estabelecimentos dentro de um mesmo mercado⁸, e a concorrência externa, envolvendo os estabelecimentos localizados fora do mercado, por meio das operações de comércio exterior.

Uma mesma empresa pode possuir, e muitas vezes possui, concorrentes internos e externos ao mesmo tempo; uma situação, é claro, não exclui a outra. A respeito da existência de duas faces do direito da concorrência, veja-se Mauro GRINBERG:

“I. O direito interno da concorrência:”

“O direito da concorrência empresarial tem sido objeto de grandes discussões e de um extraordinário desenvolvimento nos anos recentes, daí decorrendo a grande importância dada aos órgãos de aplicação de tal direito, notadamente a Secretaria de Direito Econômico – SDE, órgão do Ministério da Justiça, e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE”.

(...)

“II. O direito externo da concorrência:”

“A história do direito externo da concorrência é menos linear e por ora ainda incipiente, sendo certo que esperamos poder traçá-la com maiores detalhes em futuro breve”.

(...)

“III. Conclusão:”

“O direito da concorrência pode ser visto como um direito de duas fa-

ces, a interna e a externa, ambas merecedoras de apreciação dos que se dedicam a tal estudo” (1996, p. 29).

No mesmo sentido, Gesner OLIVEIRA explica as várias concepções do termo “concorrência desleal”:

“...a concorrência desleal se refere por vezes à entrada de produtos estrangeiros mediante, por exemplo, a prática de *dumping*. (...)

Trata-se de discriminação de preços entre mercados diferentes, passível de punição pelas regras da OMC recepcionadas pela legislação brasileira (...).

Por fim, a concorrência desleal pode-se referir a práticas de concorrentes domésticos, sendo neste caso tratada pela lei de defesa da concorrência e portanto da competência do CADE, da Secretaria de Direito Econômico (SDE) e da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) dos ministérios da Justiça e Fazenda, respectivamente” (2001).

É o estudo da relação entre os dois institutos legais, do “Direito da Concorrência” e da “Defesa Comercial”, como instrumentos de política econômica⁹, que implicam a regulação¹⁰ do fenômeno da concorrência, interna e externa, respectivamente, que se pretende realizar no presente trabalho.

A manutenção da Ordem Econômica nacional¹¹, como se verá, está diretamente ligada ao emprego de tais institutos, o que implica a necessária sintonia de sua utilização para o bem da “saúde” do mercado e da coletividade.

2. O direito da concorrência e a defesa comercial

2.1. O direito da concorrência: breves comentários

Em atenção à fiscalização¹² das atividades econômicas¹³ relativas à concorrência interna, o Estado brasileiro promulgou a Lei

8.884/94, visando atender aos reclames de um novo contexto globalizado, em que se intenta proteger os interesses da coletividade (art. 1º, parágrafo único), analisando-se eficiências e antieficiências¹⁴, distribuição equitativa dos benefícios e, ao mesmo tempo, incentivando a função social das empresas e fomentando o desenvolvimento da indústria.

De fato, o intuito da criação de dispositivo legal com a natureza de proteção da concorrência já existia no Brasil, tendo seu início sob a égide da Constituição de 1937, com a edição do Decreto-Lei 869/38, que veio regulamentar o art. 141 daquela Constituição, não tendo sido tal dispositivo, contudo, colocado em prática.

As Leis 4.137/62¹⁵ e 8.158/91¹⁶ se destacaram na história do direito concorrencial brasileiro, antes da Lei 8.884/94, restando claro, contudo, que o propósito de tais normas era exclusivamente o caráter repressivo, o que não satisfaz as necessidades econômico-jurídicas concorrenciais do contexto atual.

Pela Lei 8.884/94, o legislador alterou a natureza jurídica do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, existente desde a Lei 4.137/62, conferindo-lhe a posição de autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, e consagrando-lhe os papéis educativo, preventivo e repressivo¹⁷.

O papel educativo do CADE consiste na difusão da cultura da concorrência, promovida por meio de palestras, seminários, intercâmbios, página na internet, fórum permanente da concorrência, entre outros métodos.

O papel preventivo, por sua vez, dá-se por meio da análise de “atos de concentração”, como, por exemplo, fusões, aquisições, *joint ventures*, *holding* e contratos entre empresas concorrentes.

O papel repressivo, por fim, consiste, em suma, na instauração de processos administrativos acerca da verificação de possíveis infrações contra a ordem econômica.

Ademais, a Lei 8.884/94 também formalizou os procedimentos administrativos na análise de casos, determinando os papéis

da Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça, e da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, do Ministério da Fazenda, e iniciou a estruturação de um Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, baseado não só nessa lei, mas também nas demais legislações que deram origem às Agências Regulatórias.

A análise do princípio constitucional da livre concorrência¹⁸, promovida pela Lei 8.884/94, deve observância ao *caput* do art. 170, buscando-se, por meio de sua inviolabilidade, assegurar a concorrência como meio de alcance aos fundamentos da ordem econômica, quais sejam, a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa e a existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social, atendendo aos interesses da coletividade. Tal raciocínio resulta de sua característica de instrumento de política econômica¹⁹, o que deixa claro a Professora Isabel VAZ (1993, p. 9):

“Assim como é preciso repensar o conceito de desenvolvimento, impõe-se uma análise crítica do regime da concorrência no Brasil. Defende-se a opinião segundo a qual a concorrência empresarial “não é um valor-fim, mas um valor meio” classificada como instituto jurídico filiado às normas do Direito econômico. E nesta condição, adquire a natureza de instrumento de realização de uma política econômica, cujo escopo principal não é simplesmente reprimir práticas econômicas abusivas e sim estimular todos os agentes econômicos a participarem do esforço de desenvolvimento, tal como descrito por Perroux”²⁰.

No que tange, também, à relação das leis da concorrência com os valores políticos, cite-se Robert PITOFSKY, presidente da *Federal Trade Commission* – FTC:

“It is bad history, bad policy, and bad law to exclude certain political values in interpreting the antitrust laws. ‘By ‘political values’ I mean, first, a fear that excessive concentration of economic power will breed antidemocratic political

pressures, and second, a desire to enhance individual and business freedom by reducing the range within which private discretion by a few in the economic sphere controls the welfare of all” (1979).

2.2. A defesa comercial: breves comentários

A defesa comercial brasileira tem origem mais recente do que o direito da concorrência. Apesar de o Brasil ter-se tornado signatário dos Códigos *Antidumping* e de Subsídios e Medidas Compensatórias do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), atual Organização Mundial do Comércio – OMC, ao final da Rodada de Tóquio, em abril de 1979, somente em 1987 esses acordos tornaram-se parte integrante do ordenamento jurídico pátrio.

Até a implementação desses Códigos, estiveram em vigor severos meios de controle administrativo de importação, quais sejam, a pauta de valor mínimo e os preços de referência (BRASIL, [19- -?]), instrumentos que conflitavam com as normas do GATT²¹, tornando-se fonte de desgaste permanente nos foros internacionais.

O período entre 1945 e 1980²² é denominado pela doutrina econômica como “substitutivo das importações”²³, significando o processo de desenvolvimento interno que tem lugar e se orienta sob o impulso de restrições externas²⁴, o que já expressa a intenção eminentemente protecionista da política brasileira de comércio exterior.

Destacam-se na história da defesa comercial brasileira as Leis 2.145/53 e 3.244/57. A primeira criou a antiga CACEX, Carteira de Comércio Exterior, e a segunda regulava a atuação da antiga CPA, Comissão de Política Aduaneira, sendo denominada Lei de Tarifas Alfandegárias²⁵, tendo introduzido no Brasil a pauta de valor mínimo²⁶ e o preço de referência²⁷ já citados.

Com a implementação de instrumentos de política econômico-comercial que a comunidade internacional indicava serem adequados para a defesa da indústria doméstica, o Brasil passou a melhor se inserir no contexto do comércio internacional.

Em dezembro de 1994, o Brasil incorporou os resultados das negociações da Rodada Uruguai, com a edição do Decreto nº 1.355, enquanto, concomitantemente, ocorreu a criação da Organização Mundial do Comércio – OMC²⁸, com o objetivo, primordial, de institucionalizar as relações comerciais no âmbito internacional.

Nesse contexto, o governo brasileiro decide pela criação de um órgão especializado na defesa comercial e, para tanto, em 1995, cria o Departamento de Defesa Comercial – DECOM²⁹, da Secretaria de Comércio Exterior – SECEX³⁰, do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – MDIC, responsável pela instauração e instrução de processos relativos a essa matéria.

Ressalte-se que a investigação e definição de práticas anticoncorrenciais, no que tange à defesa comercial, cabe aos países, mesmo que membros da OMC, na conformidade com suas legislações internas, não devendo a OMC decidir sobre a aplicação da legislação interna dos Estados. Isso significa que a incorporação da defesa comercial nos contornos da OMC é facultativa, não obstante a decisão interna poder ser submetida à própria OMC, por se tratar de tema objeto de tratado internacional dessa organização (BELTRAME, 2001, p. 123).

A competência para aplicação dos dispositivos de defesa comercial no Brasil, relacionados ao *dumping*, subsídios e salvaguardas, que, originariamente, pertenciam, conjuntamente, ao Ministério da Fazenda e ao MDIC, por força da Medida Provisória 2.113-27 e do Decreto 3.756/01, passou a ser da Câmara de Comércio Exterior – CAMEX.

Os institutos de defesa comercial podem ser assim definidos³¹:

- Medidas *antidumping*³² – visam prevenção contra o *dumping*, que é a exportação por uma empresa de produto a preço de exportação inferior àquele praticado para produto similar nas vendas para o seu mercado interno (valor normal³³).

- Medidas compensatórias – visam proteger o mercado contra os subsídios, que são concessão de um benefício, em função das seguintes hipóteses:

1. haja, no país exportador, qualquer forma de sustentação de renda ou de preços que, direta ou indiretamente, contribua para aumentar exportações ou reduzir importações de qualquer produto; ou

2. haja contribuição financeira por um governo ou órgão público no interior do território do país exportador.

- Medidas de salvaguarda – medidas que objetivam aumentar, temporariamente, a proteção a uma indústria doméstica que esteja sofrendo prejuízo grave ou ameaça de prejuízo grave decorrente de aumento, em quantidade, das importações, em termos absolutos ou em relação à produção nacional.

2.3. As diferenças óticas: caracterização

Ambos os institutos aqui tratados, do direito da concorrência e da defesa comercial, tal como já referido, envolvem questões relativas ao fenômeno da concorrência³⁴, mesmo que por ângulos diferentes.

Antes de tudo, deve-se considerar que, para efeito de comparação entre a defesa comercial e o direito da concorrência que aqui se fará, apenas a função repressiva do CADE deva ser objeto de análise.

Apesar de ambos os institutos envolverem o fenômeno da concorrência, a defesa comercial, tal como a análise das infrações contra a ordem econômica, atinge o ato objeto de apreciação *a posteriori*³⁵, o que impede qualquer similitude desse instituto com as demais funções do CADE, ou seja, a função educativa e a função preventiva.

2.3.1. Natureza punitiva X natureza compensatória

Um dos diferentes ângulos pelo qual se pode distanciar o direito da concorrência e a defesa comercial refere-se às implicações

resultantes da caracterização de condutas anticoncorrenciais.

Não se trata aqui da existência de diferentes sanções, mas sim de naturezas jurídicas díspares para as implicações resultantes de tais institutos.

O direito da concorrência consagra a natureza punitiva em suas implicações, estabelecendo a Lei 8.884/94 penas pesadas aos infratores da ordem econômica, substanciadas, primeiramente, em pena de multa, prevista no art. 23, e, possivelmente, em penas alternativas, previstas no seu art. 24³⁶, quando exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral. A respeito das penas para o caso de infrações contra a ordem econômica, cite-se João Bosco Leopoldino da FONSECA (1999, p. 105):

“Quanto às penas cominadas pela lei, é de assinalar-se que devem ser efetivamente pesadas, de tal forma a desestimular a infração da ordem econômica. As penas não poderiam ser leves, porque, se o fossem, seriam um incentivo para descumprir a lei: seria mais interessante pagar as multas (se suaves) e continuar infringindo a lei³⁷”.

De fato, o próprio art. 23, inciso I, da Lei 8.884/94, que trata das penas às empresas, deixa claro o intuito punitivo da lei ao destacar, quando se refere à pena a ser aplicada: “a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável”.

O objetivo da Lei de Defesa da concorrência, portanto, no que se refere às implicações da configuração de infrações contra a ordem econômica, é claramente sancionatório, buscando por meio de sua natureza punitiva a repressão das condutas consideradas ilegais.

O raciocínio empregado na defesa comercial, por sua vez, apresenta-se, no que tange às suas implicações, bem diferente. A natureza jurídica dos dispositivos de defesa comercial é uma das grandes questões levantadas pela doutrina. Acorda-se³⁸, no presente trabalho, com a posição levantada

por Tércio Sampaio FERRAZ, José Del CHIARO e Mauro GRINBERG (1994, p. 95):

“Em conclusão, a imposição dos direitos *antidumping* e compensatórios não constitui pena imposta ao importador, mas uma imposição para-tarifária de direito econômico internacional que reequilibra, para o mercado interno, um equilíbrio de competitividade rompido”.

De fato, as medidas de defesa comercial objetivam constituir o preço do bem ou serviço em situação de normalidade. Com o objetivo de neutralizar os efeitos danosos à indústria nacional, fruto das importações realizadas a preço de *dumping*, são criados direitos *antidumping*, que deverão ser iguais ou inferiores à margem de “*dumping*” calculada, buscando-se, assim, o equilíbrio das relações comerciais no mercado. No mesmo sentido, as medidas compensatórias têm como objetivo, tão-somente, compensar o subsídio concedido, direta ou indiretamente, no país exportador, para fabricação, produção, exportação, ou ao transporte de qualquer produto, cuja exportação ao Brasil cause dano à indústria doméstica. No caso das medidas de salvaguarda, também, o que se busca é uma proteção ao setor da indústria momentaneamente em crise, de forma alguma uma punição aos concorrentes desse setor.

A própria ordem internacional repudia disposições punitivas em relação às medidas de defesa comercial, o que, inclusive, vem sendo um problema para os Estados Unidos, já que o *Anti-dumping Act of 1916* prevê que, na apuração de *dumping*, havendo condenação, as penas podem variar entre indenização, multa ou prisão (BELTRAME, 2001).

2. 3. 2. Mercado relevante X mercado do produto

Deve-se ressaltar que, também quanto à análise do mercado, diferem-se essas duas formas de proteção à concorrência desleal. Enquanto o direito da concorrência requer a determinação do chamado “mercado rele-

vante”, para a identificação da capacidade de o agente distorcer a concorrência, a defesa comercial, de forma mais simples, exige, tão-somente, a determinação do mercado do produto.

De fato, a determinação de um mercado relevante é dos pontos mais polêmicos do direito da concorrência. A definição de um mercado relevante envolve, em suma, dois aspectos, quais sejam: o aspecto do produto e o aspecto geográfico, decorrendo sua relevância da necessidade de se avaliarem as condições de concorrência (FONSECA, 2001, p. 153).

A Resolução 15/98 do CADE define mercado relevante do produto e mercado relevante geográfico:

“Um *mercado relevante do produto* compreende todos os produtos/serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização. Um mercado relevante de produto pode eventualmente ser composto por um certo número de produtos/serviços que apresentam características físicas, técnicas ou de comercialização que recomendem o agrupamento”.

“Um *mercado relevante geográfico* compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores, características dos produtos/serviços. A definição de um mercado relevante geográfico exige também a identificação dos obstáculos à entrada de produtos ofertados por firmas situadas fora dessa área. As firmas capazes de iniciar a oferta de produtos/serviços na área considerada após uma pequena mas substancial elevação dos preços praticados fazem parte do mercado relevante geográfico. Nesse mesmo sentido, fazem parte de um mercado relevante geográfico, de um modo geral, todas as firmas le-

vadas em conta por ofertantes e demandantes nas negociações para a fixação dos preços e demais condições na área considerada”.

Importante notar que devem ser analisadas as chamadas barreiras à entrada para determinação de um mercado relevante, ou seja, as condições de acesso ao mercado. Deve-se destacar que importações não são consideradas entrada, *committed entry*; embora sejam fundamentais para disciplinar o mercado, são consideradas *uncommitted entry*³⁹.

No caso da defesa comercial, diferentemente do direito da concorrência, o mercado considerado na análise de defesa comercial é o de identidade (ou similaridade) física dos bens, ou seja, envolve análise apenas do mercado de produtos, não se fazendo análise do mercado geográfico.

Tal raciocínio tem fundamento lógico, já que o que importa à defesa comercial, como se verá, é a proteção do mercado interno, não sendo necessária análise do espaço geográfico específico das importações.

2.3.3. Coletividade X produtores domésticos

O parágrafo único do art. 1º da Lei 8.884/94 deixa claro que a coletividade⁴⁰ é a titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei de Defesa da Concorrência⁴¹. Nesse sentido, percebe-se a importância desse postulado como fator de desenvolvimento, restando certo que seu ímpeto não é a defesa do concorrente, mas da concorrência e de seus benefícios para a coletividade e para o mercado, conforme avisa Gabrielle MARCEAU (1997, p. 19):

“O eventual erro de julgamento por parte das autoridades de defesa da concorrência, nesses casos, implica a geração de maiores preços para os consumidores e a coibição das condutas em relação às quais a lei anti-truste de qualquer país deseja justamente estimular e proteger: condutas competitivas, voltadas, ainda que não exclusivamente, para a redução de

preços. A dificuldade de distinguir concorrência de predação tem levado economistas e advogados a prover possíveis testes ou regras prontas para reconhecer predação em preço. Tais testes buscam distinguir os competidores não-eficientes dos eficientes. Não há, entretanto, nenhum consenso em como identificar práticas predatórias domésticas *ex ante*. A dificuldade ocorre porque a linha divisória entre um preço altamente competitivo e um preço predatório é bastante tênue. Não existe uma única definição aceita do que constitui predação. Daí que essa prática é basicamente definida em razão de sua conseqüência: a eliminação do concorrente eficiente, aquele cuja existência, de certa forma, representa um benefício para os consumidores”⁴².

Considera-se, por conseguinte, que são prejudicados pela prática de infrações à ordem econômica, primeiramente, a coletividade e, somente secundariamente, as pessoas físicas e jurídicas. A esse respeito, cite-se João Bosco Leopoldino de FONSECA (2001, p. 222):

“É preciso salientar que o titular dos bens protegidos pela lei antitruste é a coletividade, como consta do parágrafo único do art. 1º da lei. As infrações tipificadas nos arts. 20 e 21 caracterizam, acima de tudo, ofensas ao mercado, e só secundariamente aos indivíduos. Os prejudicados seriam, assim, a coletividade e, secundariamente, pessoas físicas e jurídicas”.

Seguindo esse entendimento, a Lei 8.884/94 permite a representação a qualquer interessado, em seu artigo 30, que deixa claro: “a SDE promoverá averiguações preliminares, de ofício ou à vista de representação escrita e fundamentada de qualquer interessado”.

Também no caso da defesa comercial, busca-se a proteção do funcionamento regular do mercado, por meio da manutenção

da concorrência. Sobre o objetivo⁴³ da legislação *antidumping*, cite-se José Del CHIARO, João Marcos SILVEIRA e Selma M. Ferreira LEMES (1997, p. 64):

“Nesse sentido, em face do exposto no item 2 acima, é indubitável que o fundamento e objetivo da legislação *antidumping* é a PROTEÇÃO DO MERCADO”.

Logicamente, esse também é um interesse da coletividade, devendo-se destacar, contudo, que a lógica da titularidade dos direitos protegidos pela defesa comercial não é a mesma do direito da concorrência.

Não obstante ser a coletividade também interessada na imposição de medidas de defesa comercial, a titularidade dos bens jurídicos protegidos pelo Decreto 1.355/94 é dos *players* do mercado afetados pelo dano.

Consideram-se prejudicados, portanto, para fins de defesa comercial, em primeiro plano, os produtores domésticos do setor do mercado afetado pelo *dumping* ou pelo subsídio e, em segundo plano, a coletividade⁴⁴.

A própria legislação de defesa comercial deixa claro esse entendimento, restringindo a possibilidade de solicitar, por meio de petição, a investigação, com vistas à aplicação de medidas *antidumping*, compensatórias ou de salvaguarda, aos produtores ou entidades de classe prejudicados⁴⁵.

De fato, a defesa comercial, diferentemente do direito da concorrência, busca a defesa dos concorrentes, produtores domésticos, frente aos exportadores estrangeiros, devendo-se ressaltar, contudo, que não deve ser entendida essa afirmação como protecionismo à indústria nacional ineficiente⁴⁶, mas sim defesa da economia nacional.

O interesse da coletividade, mesmo que sua titularidade seja indireta, permanece garantido em função do cunho preponderantemente político da decisão sobre a aplicação das medidas de defesa comercial, sendo assegurado ao governo, em circunstâncias excepcionais, mesmo na comprovação de *dumping* ou de subsídio acionável, por razões de interesse nacional, ou seja, de in-

teresse coletivo, a suspensão da aplicação do direito *antidumping* ou compensatório, sua redução, ou mesmo sua inaplicação⁴⁷.

2.4. O direito comunitário da concorrência

O direito comunitário da concorrência é condição indeclinável para o funcionamento de um mercado comum e contingência natural de sua existência, consubstanciando-se na instituição de mecanismos de concorrência comuns aos países participantes desse mercado (CAMPELLO, 2001, p. 139).

Nesse particular, a relação entre o direito da concorrência e a defesa comercial aparece como ponto importante de análise para a harmonização das normas do direito da concorrência, o que não constitui um tema novo no âmbito da OMC⁴⁸.

De fato, uma das conseqüências evidentes da internacionalização do comércio é o aumento das práticas anticompetitivas em nível internacional e a realização de operações entre empresas que provocam efeitos em mais de um país; por isso, discute-se a criação de um direito da concorrência em nível internacional, mesmo fora do âmbito dos mercados comuns.

As regras atuais a esse respeito apresentam-se claramente insuficientes e os trabalhos realizados na OCDE⁴⁹, Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, tanto quanto na OMC⁵⁰, por serem de meras recomendações, não surtiram grandes efeitos para os Estados. Mesmo existindo vários grupos de estudo⁵¹ sobre o tema, não se encontrou, ainda, um denominador comum⁵².

O que se pretende esclarecer no presente trabalho, no que tange aos mercados comuns e à concorrência, é a importância da convergência entre o direito da concorrência e a defesa comercial, em particular das normas *antidumping*, no plano regional.

Tendo sido suprimidas barreiras e entaves de origem estatal às liberdades de troca, com a consecução de um espaço econômico de mercado único, torna-se especialmente necessário um maior controle das relações de concorrência, o que só pode ocorrer

pela quebra da defesa comercial e expansão da abrangência da defesa da concorrência, com a devida constituição de regras comuns aos países-membros desse mercado.

Assim fez a União Européia, que, com a consecução de uma União Aduaneira, por intermédio do Tratado de Roma, considerou esgotado o fundamento jurídico da política anti-*dumping* intracomunitária, que se fundamentava, no período de transição, no art. 91 desse tratado, criando uma política comum frente ao *dumping*, baseada no art. 133.

No que tange ao Mercosul, esse raciocínio também fora desenvolvido, embora não colocado em prática, constando do art. 2º da Decisão 18/96 do Mercosul, que aprovou o Protocolo de Fortaleza, que as investigações de *dumping* realizadas por um Estado Parte serão efetuadas de acordo com as legislações nacionais somente até dezembro de 2000. É o que também defende o CADE, conforme seu RELATÓRIO anual 1998/99 (p. 176):

“Assim, parece razoável supor que a defesa de uma posição mais forte no sentido de substituição do padrão de prova atual do *antidumping* para o de preço predatório incorreria em benefícios líquidos para o País. Uma mudança dessa natureza no âmbito do Mercosul pareceria, além disso, oportuna ao proporcionar o fortalecimento e a consolidação das relações comerciais na União Aduaneira, concentrando as aspirações contidas na letra e no espírito do Protocolo de Fortaleza”.

A queda de barreiras estatais ao comércio, em nível comunitário, facilita a realização das práticas anticompetitivas intercomunitárias, sendo esse o principal fundamento da convergência do direito da concorrência e da defesa comercial nesse plano, objetivando-se, com isso, a manutenção do bom funcionamento do mercado⁵³.

3. A relação atual: o problema

O problema a ser analisado no presente ponto refere-se à relação atual entre os ór-

gãos e as legislações que tratam do direito da concorrência e da defesa comercial no Brasil. A primeira observação a ser feita é que o CADE e a CAMEX mantêm relação incipiente, restringindo-se essa à troca de informações quando do surgimento de casos que envolvem esses institutos.

A legislação que trata da defesa comercial no Brasil não possui qualquer dispositivo que envolva sua relação com a legislação do direito da concorrência, o que é justificável, mesmo que não desejável, tendo em vista que seu ângulo de visão é voltado exclusivamente para o comércio exterior.

Diferentemente, no que tange à legislação do direito da concorrência, é necessário que existam dispositivos dessa natureza, levando-se em conta as conseqüências do comércio exterior dentro do mercado interno. No direito concorrencial brasileiro, esse tema é tratado por dois dispositivos da Lei 8.884/94, quais sejam, o art. 91 e o inciso XIX do art. 21, que, como se verá, criam confusão sobre a relação entre esses institutos.

3.1. Art. 91: conflito de competência

A interpretação dada ao art. 91⁵⁴ da Lei 8.884/94 cria conflito de competência entre o CADE e a CAMEX, ainda não analisado pela doutrina. A transcrição de parte do Voto do então Conselheiro-Relator Mércio Felsky, no Processo Administrativo nº 0800.013002/95-97, é pertinente para evidenciar o problema:

“A distinção entre os conceitos (*dumping*, *underselling* e preço predatório), frise-se, tem conseqüências práticas, uma vez que, como regra geral, a importação de produtos com *dumping* escapa à competência do CADE e às normas de defesa da concorrência, com exceção do caso de país não membro da OMC, conforme o art. 91 da Lei 8.884/94”⁵⁵.

Como se vê, o CADE, analisando o art. 91, considerou-se competente para os casos de *dumping* provenientes de países não membros da OMC. No mesmo sentido, o

ex-presidente do CADE, Gesner OLIVEIRA, (2001c) afirma:

“Ao contrário do que frequentemente se imagina, casos deste tipo não são tratados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), exceto quando o país de origem do *dumping* não for membro da OMC”.

De fato, ao art. 91 da Lei 8.884/94 poderia realmente ser dada essa interpretação, com base na informação negativa que transparece em sua redação, confira-se:

“Art. 91. O disposto nesta Lei não se aplica aos casos de *dumping* e subsídios de que tratam os Acordos Relativos à Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, promulgados pelos Decretos nº 93.941 e nº 93.962, de 16 e 22 de janeiro de 1987, respectivamente”.

Ocorre que o DECOM, órgão responsável pela instauração e instrução de processos relativos à defesa comercial, em seu relatório anual de 1999, apresenta dados que comprovam a análise de inúmeros processos de países que não são membros da OMC. Fundamenta-se sua competência no Decreto 1.355/94, que criou o procedimento de análise do *dumping* sem fazer distinção entre países signatários ou não-signatários da OMC, seguindo a tradição dos instrumentos de defesa comercial anteriores, revogados pela edição daquele decreto, que também não faziam qualquer distinção.

A esse conflito criado pela interpretação dada ao art. 91 da Lei 8.884/94 sugere-se solução no presente trabalho, considerando-se sua importante função esclarecedora, merecendo essa questão análise da doutrina.

A propósito da solução a ser dada, antes de tudo, deve-se ressaltar a posição do Supremo Tribunal Federal⁵⁶, que entende ter força de lei ordinária o direito internacional quando incorporado pela legislação pátria.

Assim sendo, o Decreto 1.355/94, resultado da Rodada Uruguai, mesmo que sob a forma de Decreto, teria força de lei ordinária

ria, o que implicaria a revogação de qualquer competência sobre *dumping* conferida ao CADE, já que o Decreto 1.355/94 é de 30.12.94, enquanto a Lei 8.884/94 é de 11.06.94, portanto anterior⁵⁷.

Vencido o aspecto formal, buscando-se agora uma análise mais sistemática do problema, deve-se observar que as diferenciações entre os procedimentos dos dois institutos, ressaltadas no presente trabalho, deixam claro que o procedimento de análise da Lei 8.884/94 é totalmente diferenciado daquele indicado pela ordem internacional, podendo, se utilizado, causar problemas para o Brasil nos foros internacionais.

Como se não bastasse, a criação de um procedimento específico para países não-sinatários da OMC, com caráter punitivo, é contrária ao princípio da nação mais favorecida, adotado pela OMC e aplicado à defesa da concorrência brasileira⁵⁸.

Por tudo isso, é de se concluir sobre esse conflito que a CAMEX é o órgão competente para a análise de qualquer caso de *dumping*, seja ele de país signatário ou não da OMC, restando ao CADE, contudo, importante função quanto às conseqüências do *dumping* para a defesa da ordem econômica no mercado nacional.

3. 2. O inciso XIX do art. 21: impropriedade

O inciso XIX do art. 21 da Lei 8.884/94 trata exatamente da conseqüência do *dumping* para o mercado interno. A Lei 8.158/91⁵⁹, em seu art. 3º, inciso XIV, já trazia vedação à importação, exportação e comercialização de mercadoria abaixo do preço praticado no país exportador. O art. 3º da Lei 8.158/91 inspirou o art. 21 da Lei 8.884/94, que trouxe novamente a questão do *dumping* para a concorrência, agora em seu inciso XIX, mas com algumas modificações.

Esse dispositivo, como diz Carlos Francisco MAGALHÃES (1994), analisando o revogado inciso XIV do art. 3º da Lei 8.158/91, realiza importante função⁶⁰, objetivando punição ao importador que tira proveito do *dumping* como preço predatório:

“Na lei 8.158 foi realmente uma punição, especialmente para o importador, aquele que traz a mercadoria e que realmente é o responsável pelos preços predatórios praticados aqui”.

O problema a ser levantado quanto a esse inciso é que sua redação padece de certa impropriedade, restando claro que o intuito da crítica no presente trabalho é construtivo em que pese a elaboração da nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira.

Como se sabe, ao direito concorrencial não é relevante a relação entre o exportador e o importador do produto *dumpiado*, essa relação é objeto da defesa comercial, sendo importante ao direito da concorrência o repasse do preço *dumpiado* ao mercado interno, com a possível configuração do preço predatório. Esse também é o entendimento de Carlos Francisco MAGALHÃES (1994, p. 55), em comentários ao inciso XIV do art. 3º da Lei 8.158/91:

“Nós não vemos, sob o ponto de vista da legislação concorrencial única e exclusivamente, não vemos nenhuma infração no fato de o importador trazer uma mercadoria *dumpiada*, vamos falar assim, a preço realmente fora dos custos normais, quando acresce a este preço valores tais que coadune a mercadoria com os preços praticados no Brasil. Quer dizer que o importador que não pratica preços predatórios na revenda não estaria sujeito a sanções previstas neste dispositivo, o que é diferente na imposição tarifária, cujo mérito eu não gostaria de entrar”.

Por essa razão, a redação dada ao inciso XIX parece totalmente imprópria, já que, não obstante a ausência do termo “comercializar”, a existência de qualquer discriminação a países não-sinatários do Código *Antidumping* e Subsídios da OMC não tem razão de ser. Afinal, os prejuízos causados ao mercado interno pela comercialização de mercadoria *dumpiada* proveniente de país membro ou não da OMC são os mesmos. Da mes-

ma forma, não importa a que preço a mercadoria foi importada, se a preço de custo ou não; o que importa é o preço de revenda dessa mercadoria para o mercado interno, se é predatório ou não.

A necessidade de alteração do inciso XIX, art. 21⁶¹, é clara e necessária, devendo o legislador fazê-la com vistas a esclarecer a coletividade, maior interessada.

4. A complementaridade na defesa da ordem econômica

No que tange às similitudes entre o direito da concorrência e a defesa comercial, POSNER (1998, p. 335) faz uma importante constatação, que merece reflexão:

“Although the anti-dumping and countervailing-duty provisions are not conventionally classified as antitrust laws, they rest, or at least purport to rest, on similar policies”.

Para Posner, tanto o *dumping* quanto os subsídios representam desvios de eficiência e de preços competitivos, guardando a política de defesa comercial, portanto, extrema similaridade com a política do direito da concorrência.

Essa conclusão a que chegou Posner leva a um raciocínio simples, mas que o direito brasileiro ainda não ponderou: a complementaridade entre essas duas políticas.

No Brasil, de fato, essa complementaridade encontra ainda mais fundamentos, porquanto, no direito brasileiro, o direito da concorrência ganhou nítida posição de instrumento de política econômica, garantindo-se a concorrência como valor-meio para a consecução do desenvolvimento econômico, interesse da coletividade⁶². A esse respeito, cite-se Paula FORGIONI (1998, p. 171):

“Tendo-se em mente os objetivos da Lei Antitruste, aparece clara, conjuntamente com o aspecto instrumental desse tipo de norma, sua aptidão para servir à implementação de políticas públicas, especialmente de políticas econômicas entendidas como ‘meios de

que dispõe o Estado para influir de maneira sistemática sobre a economia”.

A política da defesa comercial também tem esse condão, o cunho político das decisões de defesa comercial é reconhecido pela própria OMC, uma vez que a imposição ou não de direitos *antidumping* ou compensatórios é uma faculdade e não uma obrigação. Nesse sentido, cite-se José Del Chiaro, João Marcos Silveira e Selma Ferreira Lemes:

“Sempre condicionada à isenta e objetiva constatação e comprovação da prática de *dumping*, a imposição de direitos *antidumping*, no entanto, envolve um juízo de conveniência e oportunidade, tratando-se preponderantemente de uma *decisão política*”⁶³.

Já que instrumentos de política econômica (NUSDEO, 2000, p. 193), ligados, de certa forma, à política de Estado e à política de governo⁶⁴, incoerente qualquer conflito entre esses institutos, devendo ser estabelecida uma sintonia na aplicação dessas políticas.

A defesa da ordem econômica, consistente na manutenção do funcionamento regular do mercado, conforme os ditames constitucionais do art. 170, é obrigação do Estado brasileiro, necessitando para o correto exercício dessa função a regulação da concorrência tanto no âmbito das atividades do comércio interno quanto no âmbito das atividades do comércio exterior, que, naturalmente, também tem conseqüências diretas para o mercado.

Por essa razão, defende-se a idéia de que o direito da concorrência e a defesa comercial são instrumentos de política econômica complementares na defesa da ordem econômica, sendo necessário que suas funções sejam exercidas em harmonia, objetivando a proteção da concorrência, enquanto valor-meio para o desenvolvimento e o bem-estar da coletividade.

5. Conclusão

Como se sabe, a política governamental⁶⁵ tem grande influência sobre o desenvolvi-

mento econômico e social do Estado. A esse respeito, cite-se Michael E. PORTER (1989, p. 700):

“A taxa potencial de aprimoramento de uma economia é fixada pelo ritmo em que melhora a quantidade e, especialmente, a qualidade dos fatores. Para conseguir alta produtividade, as empresas devem ter acesso à reserva de recursos humanos avançados e especializados, ao conhecimento científico, às informações econômicas, à infra-estrutura e a outros fatores de produção, que estejam sempre se aprimorando. As condições de fatores devem, também, estimular as empresas a melhorar suas vantagens competitivas com o tempo. A política governamental tem um papel em cada uma dessas áreas”.

O direito da concorrência e a defesa comercial, nesse particular, aparecem como importantes instrumentos da política econômica, complementares na manutenção do funcionamento regular do mercado e na busca do bem-estar da coletividade, devendo, por essa razão, serem interpretados e aplicados em sintonia.

Os dispositivos da Lei de Defesa da Concorrência que tratam do tema no Brasil, aqui analisados, acabam não exercendo a função de promover a política harmônica, causando confusão na interpretação e na competência desses institutos.

Sugere-se, por isso, nesta breve conclusão, um estudo mais aprofundado acerca dessa questão, buscando-se a formulação de dispositivos capazes de vincular esses dois institutos, visando à regulação harmônica das atividades de comércio interno e externo, tão importante para a coletividade.

Notas

¹ A esse respeito, cite-se Pedro Mercado PACHECO: “Por otro lado, los desarrollos en la teoría económica durante los últimos años habían puesto un énfasis especial en la consideración de la estructura

institucional en la que se enmarcaba todo problema económico. La clave para comprender teorías como la de la Elección Pública o de los *property rights* está en la reformulación estatal...” ([19-?], p. 165).

² Michael Pettis, em ensaio publicado no jornal Valor Econômico dos dias 11/05 e 18/05/2001, adaptação de seu livro mais recente “*The volatility machine: emerging economies and the threat of financial collapse*”: “As primeiras ondas de globalização, todas elas muito semelhantes à atual, correspondem mais ou menos aos vários estágios da revolução industrial – e nisso não há nenhuma coincidência. Tal como a nossa versão dos anos 90, cada um daqueles estágios anteriores caracterizou-se por uma expansão formidável do comércio e dos investimentos internacionais, um progresso admirável nos meios de transporte e nas comunicações, além da difusão aparentemente irrestrita de aplicações comerciais derivadas das inovações tecnológicas”.

³ Em 1994, dá-se a implantação da Tarifa Externa Comum – TEC, que insere o Brasil no novo cenário do comércio internacional, mais especialmente no Mercosul.

⁴ Inicialmente, a abertura comercial brasileira objetivava, primordialmente, a redução da espiral inflacionária e o desenvolvimento do parque industrial por meio da exposição à concorrência.

⁵ A partir dos anos 70, com o aumento da participação dos países em desenvolvimento no mercado mundial, os países ricos passaram a utilizar intensamente restrições não tarifárias para proteger suas indústrias, tais como, quotas de importação, normas técnicas, de qualidade, meio ambiente, condições de trabalho e leis comerciais de coibição à entrada de produtos estrangeiros.

⁶ Constituição Federal de 1988, art. 173.

⁷ A respeito da Ordem Econômica na atual Constituição, cite-se o Prof. Eros Roberto Grau, em análise dos entendimentos dos Professores Washington Peluso Albino de Souza, Tércio Sampaio Ferraz Júnior e José Afonso da Silva: “*a ordem econômica na Constituição de 1988 contempla a economia de mercado, distanciada porém do modelo liberal puro e ajustada à ideologia neoliberal* (Washington Peluso Albino de Souza); a Constituição repudia o dirigismo, porém acolhe o intervencionismo econômico, que não se faz contra o mercado, mas a seu favor (Tércio Sampaio Ferraz Júnior); a Constituição é capitalista, mas a liberdade apenas é admitida enquanto exercida no interesse da justiça social e confere prioridade aos valores da economia de mercado (José Afonso da Silva)” [grifo nosso] (1990. p. 212).

⁸ Refere-se a “mercado” no presente sentido, como os mercados geográficos nacionais, ou seja, como a comercialização na área geográfica que compreende as fronteiras de um país.

⁹ O Prof. Calixto SALOMÃO FILHO trata da classificação do direito antitruste e da regulação como instrumentos de política econômica ou ga-

rantias institucionais. Conclui o Prof.: “Não é possível resolver definitivamente, ao menos do ponto de vista dogmático, a questão da classificação do antitruste e da regulação como instrumentos de política econômica ou garantias institucionais”. No que tange ao sistema brasileiro, especificamente: “O raciocínio institucional não exclui, portanto, da lógica regulatória os objetivos de política econômica. Apenas impede a submissão da regulação a esses últimos” (2001, cap. v).

¹⁰ Tal como no livro do Prof. Calixto Salomão Filho utilizamos o vocábulo “regulação” no presente trabalho de uma forma bastante ampla (2001, p. 15).

¹¹ De fato, o conceito de Ordem Econômica é de difícil determinação, encontrando várias conotações, sendo essa expressão até mesmo criticada por professores renomados, a exemplo do Prof. Eros Roberto Grau. Vital Moreira, em seu livro *A ordem jurídica do capitalismo*, revela três sentidos da expressão “ordem econômica”, citados pelo Prof. Eros Roberto GRAU (1988, p. 69), quais sejam: o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; conjunto de todas as normas (ou regras de conduta) qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral, etc.), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; ordem jurídica da economia. Parece importante também citar o conceito simplificado dado por Washington Peluso Albino SOUZA: “um conjunto de princípios que, funcionando harmoniosamente, oferecem-nos tanto a concepção de ‘sistema econômico’ quanto a de ‘regime econômico’” (1999, p. 189).

¹² É pela intervenção indireta do Estado na atividade econômica normatizando-a e regulando-a, por força do art. 174 da Constituição de 1988, que se busca assegurar o direito constitucional à livre iniciativa, por meio da garantia à livre concorrência, enquanto condição para que o abuso da liberdade de comércio e da indústria não comprometa o funcionamento regular dos mercados e a exploração dos meios de produção, de acordo com as aptidões e as disponibilidades dos agentes econômicos”.

¹³ A promoção da livre concorrência, objetivo primordial da Lei 8.884/94, apresenta-se como manifestação da livre iniciativa, que, por sua vez, constitui-se como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV, da CF/88) e da ordem econômica nacional (art. 170, *caput*, da CF/88).

¹⁴ A análise econômica do direito da concorrência, verificada pela jurisprudência, determina que somente a presença de ganhos de eficiência pode justificar autorização, de ato ou conduta, por parte dos órgãos de defesa da concorrência, devendo a avaliação dos efeitos líquidos em termos de eficiência ser passo conclusivo a ser realizado. O critério

de avaliação pela “Rule of reason” (Regra da razão), consagrado no direito concorrencial brasileiro, consiste exatamente nisso.

¹⁵ A influência da legislação americana sobre a Lei 4.137/62 é clara.

¹⁶ A edição da Lei 8.158/91 criou dualidade indesejável de legislações concorrenciais, já que, tendo revogado apenas parte da Lei 4.137/62, ambas as leis continham definição de ilícitos concorrenciais, o que veio a ser solucionado pela promulgação da Lei 8.884/94.

¹⁷ Tais papéis estão normatizados na legislação concorrencial brasileira, tanto na Lei 8.884/94 quanto nas resoluções do Conselho.

¹⁸ Foi somente na Constituição de 1988 que a livre concorrência alcançou a configuração de princípio “Da Ordem Econômica e Financeira”.

¹⁹ Tal como diz o Prof. Calixto Salomão Filho, ver nota 9, a lógica regulatória não deve-se submeter apenas aos interesses da política econômica, devem ser asseguradas as garantias institucionais.

²⁰ VAZ (1993, p. 9). No mesmo sentido, assevera Luís Cabral Moncada que: “a concorrência é encarada como o melhor processo de fazer circular e orientar livremente a mais completa informação econômica, quer em nível do consumidor quer em nível dos produtores, esclarecendo as respectivas preferências. É por isso que a sua defesa é objeto de política econômica” ([19- ?], p. 313).

²¹ Tais dispositivos eram extremamente protecionistas, atingindo indiscriminadamente as importações, independentemente da comprovação de dano ao mercado interno.

²² No período do Brasil República anterior a 1945, não existiam normas de regulação do comércio internacional, sendo o crescimento industrial brasileiro baseado nas exportações.

²³ De fato, esse termo tem várias conotações, mas essa é a conotação mais difundida na América Latina.

²⁴ GUEDES; PINHEIRO (1996). Asseveram as autoras que, segundo Rogério Werneck, ocorreram duas fases de substituição de importações no país. A primeira, pós Segunda Guerra, denomina-se fase clássica, baseando-se a restrição externa na balança comercial, predominando as restrições quantitativas. Na segunda fase, que se inicia na década de 70, a restrição externa se fundamenta no endividamento do país.

²⁵ Foi essa lei que primeiro considerou a questão do *dumping*, sendo ela posteriormente modificada em parte pelo Decreto-Lei 730/69.

²⁶ A pauta de valor mínimo constituía-se em uma relação de produtos estrangeiros com pré-fixação da base de cálculo para o Imposto de Importação (art. 9º Lei 3.244/57). O Decreto-Lei 730-69 veio especificar quando seria permitido à CPA estabelecer a pauta de valor mínimo.

²⁷ O preço de referência constituía-se em medida corretiva quando acentuada a disparidade de preços de importação, incidindo como base de cálculo do Imposto de Importação.

²⁸ A criação da OMC, sucessora do GATT, institucionaliza internacionalmente as relações comerciais e facilita a implementação das regras acordadas entre países-membros.

²⁹ O DECOM divide-se em 3 gerências e 1 consultoria: GEAPE – Gerência de Produtos Agropecuários; GERIN – Gerência de Produtos Intermediários; GEMAC – Gerência de Metais e Bens Acabados; e COTEC – Consultoria Técnica e Normativa.

³⁰ A SECEX divide-se em 4 departamentos: DECEX – Departamento de Operações de Comércio Exterior; DEINT – Departamento de Negociações Internacionais; DECOM – Departamento de Defesa Comercial; e DEPOC – Departamento de Política de Comércio Exterior.

³¹ Os conceitos aqui citados são fundamentados no Manual de Defesa Comercial, da Secretaria de Comércio Exterior – SECEX, do Ministério da Indústria, Desenvolvimento e Comércio Exterior – MDIC (BRASIL, [19- -?]).

³² Importante diferenciação conceitual destacou o Professor Welber BARRAL, ([19- -?], p. 129-144). O *dumping* caracteriza-se pela discriminação de preços entre mercados nacionais distintos, enquanto o *underselling* pode ser identificado a partir da venda de produtos abaixo de seu preço de custo. Por fim, o preço predatório é a venda de produtos a preços impraticáveis no mercado interno.

³³ O valor normal é, em princípio, o preço sem impostos, *ex fábrica*, e à vista, pelo qual a mercadoria exportada é vendida no mercado interno do país exportador, em volume significativo e em operações comerciais normais, isto é, vendas a compradores independentes e nas quais é auferido lucro. A margem de *dumping*, assim, vai ser a diferença entre o valor normal e o preço de exportação.

³⁴ A relação entre *dumping* e concorrência é bem retratada: “Daí concluir-se que a melhor maneira de se evitar o *dumping* é privilegiar todas as formas de competição” (1996).

³⁵ Apenas no caso das salvaguardas sua atuação será preventiva, já que o dano potencial pode ser objeto de salvaguardas, como será melhor explicado.

³⁶ O art. 24 da Lei 8.884/94 traz penas alternativas a serem aplicadas em conjunto com as multas, condicionando-as à necessidade no caso concreto. Interessante destacar que a quebra de patentes de titularidade do infrator é uma das possibilidades aventadas pela lei. Em resposta à Consulta 031/99, realizada pelo Ministério da Saúde, cujo Relator foi o Conselheiro Mércio Felsky, o CADE considerou ser possível a utilização desse disposi-

tivo para o caso de medicamentos, é claro, com a atenção dos requisitos legais.

³⁷ Esse é o raciocínio da análise econômica do direito.

³⁸ Em posição contrária: Tavoralo ([1997?], p. 249). No mesmo sentido, MÉLEGA (1991, p. 353).

³⁹ Processo Administrativo 0800.013002/95-97, Representante Labnew Indústria e Comércio Ltda. e Representadas Merck S.A. Químicas e MB Bioquímica Ltda.

⁴⁰ Os prejudicados poderão, por si próprios, ingressar em juízo para garantir seu direito subjetivo material que foi lesado, em conformidade com o art. 29 da Lei 8.884/94.

⁴¹ Seguindo esse entendimento, a Lei 8.884/94 permite a representação a qualquer interessado, em seu artigo 30, que deixa claro: “a SDE promoverá averiguações preliminares, de ofício ou à vista de representação escrita e fundamentada de qualquer interessado”.

⁴² Segundo a autora, vários aspectos dessa afirmação simples remanesçam não resolvidos. A autora pergunta: O que é um competidor eficiente? O que é eficiência? Que período temporal de referência deve ser tomado para análise? Deve a predação dizer respeito somente com eficiência? Existe alguma circunstância em que um ofertante menos eficiente deveria ser protegido? Devem tentativas de predação ser punidas? A história do Sherman Act identifica “eficiência econômica” com “produção em escala a baixo custo unitário”, o que teria que ver com a própria competitividade interna e externa das empresas e com o próprio bem-estar do consumidor.

⁴³ No mesmo sentido: RODRIGUES (1996, p. 29).

⁴⁴ O Relatório Anual do CADE 1998/99, em sua página 172, traz a seguinte afirmação, que corrobora com o entendimento expressado: “No entanto, diferentemente do antitruste, o foco de análise na determinação do dano na prática de *dumping* não é o consumidor mas as empresas nacionais”.

⁴⁵ Circular SECEX, n. 20, de 02.04.96, traz os requisitos da petição a ser apresentada pelos petionários.

⁴⁶ Ver BELTRAME; LACERDA (2001, p. 123). Os autores José Del Chiaro, Tércio Sampaio e Mauro Grinberg também fazem essa ressalva.

⁴⁷ Regulamentação Antidumping, Decreto 1.602/95, art 64, e Regulamentação de Medidas Compensatórias, Decreto 1.751/95, art. 73.

⁴⁸ “A Carta de Havana de 1984 é considerada o primeiro documento internacional a tratar do tema...” (SANTOS, 2001, p. 43).

⁴⁹ Ver nota 50. A autora Maria Cecília Andrade destaca que a OCDE adotou a “Recomendação do

Conselho referente à cooperação entre Estados-membros sobre as práticas restritivas ao comércio que afetem o comércio internacional”, em 1967, em 1973, a “Recommendation Concerning and Conciliation Procedure on Restrictive Business Practices Affecting International Trade”, finalmente, em 1976, as “Diretrizes comportamentais para empresas internacionais”.

⁵⁰ Em vários instrumentos legais da OMC podem ser encontrados dispositivos relacionados com os princípios da política da concorrência.

⁵¹ Existem grupos de estudo no âmbito da OCDE, da UNCTAD, Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento, do Banco Mundial e da OMC.

⁵² A cooperação entre as agências de defesa da concorrência visando o combate aos cartéis de exportação, pela introdução do princípio do “*positive comity*”, é um dos pontos fundamentais da agenda na defesa da concorrência internacional. Esse princípio transfere a iniciativa para os Estados cujos interesses são afetados, aos quais é dada a opção legal de requisitar a outro Estado que inicie os procedimentos de execução apropriados (RELATÓRIO..., 1998/1999, p. 175).

⁵³ SALOMÃO FILHO (1998, p. 40). No mesmo sentido, FORGIONI (1998, p. 397).

⁵⁴ Referidos regulamentos da OMC tratam da legislação *antidumping* e de medidas compensatórias.

⁵⁵ P. A. 08000.013002/95-97, Representante Labnew e Comércio Ltda. e Representadas Merck S.A. Indústrias Químicas e MB Bioquímica Ltda., Voto do Conselheiro-Relator Mércio Felsky, p.2.

⁵⁶ Vide decisão no R.E. 71.154. No mesmo sentido: REZEK (1995, p. 106).

⁵⁷ Lei posterior derroga lei anterior.

⁵⁸ OLIVEIRA (2001, p. 51). O RELATÓRIO anual do CADE 1998/99 trata do tema na sua página 170.

⁵⁹ Por influência do *Anti-dumping Act of 1916*, dos Estados Unidos, que prevê, na apuração de *dumping*, penalizações de indenização, multa ou prisão, a Comissão, responsável por elaborar anteprojeto da lei concorrencial brasileira de 1988, inseriu dispositivo no anteprojeto, que vinha a ser o art. 23, alínea *q*. A Lei 8.158/91, que incorporou vários dos dispositivos antes previstos no referido anteprojeto de 1988, reproduziu, em seu art. 3º, inciso XIV, o antigo art. 23, alínea *q*, do anteprojeto, mantendo essa vedação.

⁶⁰ Segundo Carlos Francisco Magalhães, antes da existência do dispositivo da legislação de 1991, já existiam precedentes na jurisprudência do CADE sobre problemas de importação com *dumping* e comercialização por preço predatório, o que impulsionou a criação de norma, com intuito punitivo específico para esses casos.

⁶¹ As conseqüências da má redação acabam por ser evitadas por força da regra da razão, consubstanciada na sistemática da lei em considerar infração as condutas que acarretam os efeitos previstos no art. 20.

⁶² Ver nota 20. Isabel Vaz explica bem a questão da concorrência como valor-meio.

⁶³ Ver nota 44, p. 67.

⁶⁴ Tércio Sampaio Ferraz explica a relação da Política de Estado, da Política de Governo e do direito antitruste no Brasil ([19- ?], p. 124).

⁶⁵ Aqui não se trata da política de governo ou da política de Estado, mas da junção de ambas.

Bibliografia

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SANTOS, Maria Cecília Andrade. A política da concorrência e a organização mundial do comércio. *Revista do IBRAC*, n. 29, 1996.

BARRAL, Welber. Dumping, underselling: preço predatório. *Revista de Direito Econômico*, n. 29, [19- ?].

BELTRAME, Priscila Akemi; LACERDA, Eduardo Modena. Antidumping no comércio internacional e o caso norte-americano. *Revista do IBRAC*, n. 8, v. 4, p. 123-133, 2001.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Ministério da Indústria, Desenvolvimento e Comércio Exterior. *Manual de defesa comercial* Brasília: MDIC, SECEX, [19- ?].

CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CHIARO, José Del; SILVEIRA, João Marcos; LEMES, Selma M. Ferreira. Fundamentos e objetivos da legislação antidumping. *Revista de direito econômico*, n. 25, p. 61-70, jan./jul. 1997.

FARIA, José Eduardo (Org.). Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica. In: _____. *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1998.

FARINA, Elizabeth. Globalização e concentração econômica. *Revista do IBRAC*, v. 3, n. 6, 1996.

FERRAZ, Tércio Sampaio. Aplicação da legislação antitruste: política de Estado e política de governo. *Revista do IBRAC*, v. 3, n. 6, 1996.

- FERRAZ, Tércio Sampaio; CHIARO, José Del; GRINBERG, Mauro. Direitos anti-“dumping” e compensatórios: sua natureza jurídica e conseqüências de tal caracterização. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 96, 1994.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência: comentários à lei antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- GRINBERG, Mauro. O direito da concorrência empresarial e a defesa comercial. *Revista do IBRAC*, v. 3, n. 9, p. 29-30, set. 1996.
- GUEDES, Josefina Maria M. M.; PINHEIRO, Sílvia M. *Anti-dumping: subsídios e medidas compensatórias*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 1996.
- JOHANNPETER, Guilherme. *Antidumping: prática desleal no comércio internacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. 130 p.
- MAGALHÃES, Carlos Francisco. Simpósio Dumping e concorrência externa. *Revista do IBRAC*, v. 1, n. 3, p. 44-70, out. 1994.
- MARCEAU, Gabrielle. *Anti-dumping and anti-trust issues in free trade areas*. Oxford: Clarendon, 1997.
- MÉLEGA, Luiz. O dumping e os tributos regulatórios. *Repertório IOB de jurisprudência: tributário e constitucional*, São Paulo, n. 19, p. 350-353, out. 1991.
- MONCADA, Luís Cabral. *Direito econômico*. 2. ed. Coimbra.
- NUSDEO, Fabio. *Curso de economia: introdução ao estudo do direito econômico*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- OLIVEIRA, G. Concorrência desleal e o Mercosul. *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 28 abr. 2001.
- _____. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. Programa de trabalho para o CADE. *Revista do IBRAC*, v. 3, n. 6, [19- -?].
- PACHECO, Pedro Mercado. *De la teoría de la externalidad a la teoría económica de las instituciones jurídicas*. [S. l.]: [s. n.], [19- -?].
- PETTIS, Michael. The volatility machine: emerging economies and the threat of financial collapse. *Valor Econômico*, São Paulo, 11 maio 2001.
- PITOFISKY, Robert. *The political content of antitrust* [S. l.]: University of Pennsylvania Review, 1979.
- POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 5. ed. New York: Aspen Law & Business, 1998.
- PORTER, Michel E. *A vantagem competitiva das nações*. 8. ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Campus, 1989.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.
- RODRIGUES, José Roberto Pernomian. Os efeitos do dumping sobre a competição. *Revista de Direito Econômico*, [S. l.], n. 22, p. 29-43, jan./mar. 1996.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 4. ed. São Paulo: Ltr, 1999.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- TAVORALO, Agostinho Toffoli. A natureza jurídica dos direitos antidumping. *Revista dos Tribunais*, [S. l.], ano 5, n. 18, [1997?].
- VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.