

Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Programa de Pós-Graduação em Direito
Curso de Mestrado em Direito

Eduardo Wendling

**INTERAÇÃO ENTRE DIREITO INTERNACIONAL DA CONCORRÊNCIA E
DEFESA COMERCIAL**

Porto Alegre, 5 de março de 2013

Eduardo Wendling

Interação entre Direito Internacional da Concorrência e Defesa Comercial

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do
título de mestre em direito pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Orientador: Augusto Jaeger Junior

Porto Alegre, 5 de março de 2013

FOLHA DE APROVAÇÃO

A presente dissertação, intitulada “Interação entre o Direito Internacional da Concorrência e a Defesa Comercial”, é o resultado da pesquisa desenvolvida pelo mestrando Eduardo Wendling para a obtenção do título de mestre em direito internacional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Avaliador:

Avaliador:

Avaliador:

Porto Alegre, Rio Grande do Sul.

Data:

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho à minha namorada Adriana Mesquita Ozi por todo o apoio que recebi ao longo da realização da pesquisa. Desejo que essa seja a primeira de muitas conquistas que vamos celebrar juntos.

AGRADECIMENTO

Gostaria de agradecer, especialmente, ao Professor Augusto Jaeger Junior pelas excelentes orientações ao longo da pesquisa, as quais foram fundamentais para a realização do presente trabalho. Mais do que apenas sua orientação, as oportunidades dadas ao longo do mestrado e as diversas atividades que compartilhamos favoreceram meu crescimento acadêmico e me proporcionaram enxergar mais longe.

Agradeço também a meus pais, Ademar Antônio Wendling e Velise Marta Wendling por toda a educação e compreensão que me permitiram chegar aqui. Aos colegas e professores do mestrado, meus sinceros agradecimentos, por tudo que, com eles, aprendi.

RESUMO

A defesa da concorrência e os mecanismos de defesa comercial surgiram praticamente simultaneamente. A concorrência tem como principal objetivo assegurar a eficiência do mercado e o bem estar dos consumidores, enquanto que a defesa comercial tem como principal objetivo a defesa da indústria nacional. Como se observa, o objeto de estudo de cada uma das disciplinas é diverso, porém complementar. No entanto, com a crescente liberalização do comércio e a utilização de medidas de defesa comercial, por vezes, de forma abusiva, a defesa comercial está deixando de ser utilizada apenas para a defesa da indústria e vem sendo cada vez mais utilizada com fins protecionistas, prejudicando assim o livre comércio e a concorrência internacional. Na ausência de uma norma multilateral para defesa da concorrência, muitos problemas ainda emergem no cenário internacional e impõe a reforma dos regulamentos multilaterais do comércio. Será objeto de estudo a relação que existe entre a defesa da concorrência e a defesa comercial, os procedimentos adotados internamente e externamente pelos países assim como os principais aspectos que merecem revisão para assegurar o livre comércio e a livre concorrência internacional.

Palavra chave: concorrência internacional – defesa comercial

ABSTRACT

The competition statutes and the trade defense mechanisms emerged almost simultaneously. The competition has as main objective to ensure market efficiency and consumer welfare, while trade defense has as main objective the protection of national industry. As observed the objects of study of each discipline is different. However, with the increasing liberalization of trade and the use of trade defense measures, sometimes abusively, the commercial defense is no longer used only for the defense industry and is being increasingly used for protectionist purposes, damaging thus free trade and international competition. In the absence of a multilateral standard for antitrust, many problems still emerge on the international scene and imposes the reform of multilateral trade regulations. Will be object of study the relationship between antitrust and trade defense, the procedures adopted by countries internally and externally as well as the main aspects that deserve review to ensure free trade and free international competition.

Keyword: international competition – commercial defense

SUMÁRIO

Introdução	7
1. Defesa da concorrência e defesa comercial	12
1.1. Definição, evolução e regulamentação da defesa da concorrência	13
1.1.1. Aspectos unilaterais da defesa da concorrência	24
1.1.2. Aspectos regionais e multilaterais da defesa da concorrência	42
1.2. Defesa Comercial no Direito Interno e no Direito Internacional	57
1.2.1. Aspectos unilaterais da defesa comercial	64
1.2.2. Aspectos regionais e multilaterais da defesa comercial	77
2. Interação entre Direito Internacional da Concorrência e Medidas de Defesa comercial	85
2.1. Análise crítica das condutas contrárias à concorrência e à defesa comercial	90
2.1.1. Preço predatório e dumping	92
2.1.2. Atos de concentração por agentes econômicos internos e externos	110
2.2. Análise crítica dos procedimentos internos e externos	121
2.2.1. Procedimentos internos de defesa da concorrência e defesa comercial	122
2.2.2. Procedimentos externos de defesa da concorrência e defesa comercial	129
Conclusão	136
Referências Bibliográficas	140

INTRODUÇÃO

A regulamentação das relações econômicas internacionais tem sido um dos temas mais desenvolvidos atualmente no âmbito do direito internacional. A produção acadêmica sobre esse assunto vem ganhando maior relevo à medida que a globalização intensifica as relações econômicas, políticas e sociais entre os Estados e seus particulares. O crescimento do comércio internacional e o aumento da circulação de mercadorias, serviços e capitais, seja na forma de investimento estrangeiro direto, seja como capital especulativo torna o cenário internacional cada vez mais complexo, impondo desafios aos operadores do direito.

Ainda que o direito à livre concorrência seja um dos princípios basilares do direito econômico internacional, os Estados, até hoje, não demonstraram ter interesse em estabelecer um conjunto de normas para defesa internacional da concorrência e continuam utilizando os mais diversos subterfúgios para impor barreiras ao livre comércio e à livre concorrência. Assim, uma das questões que emerge é a efetiva existência do tão aclamado livre comércio e quais seus benefícios. À medida que as rodadas de negociação da OMC favoreceram a redução das tradicionais barreiras tarifárias, os Estados, em contraposição ao princípio do livre comércio, passaram a adotar outros mecanismos como forma de proteger o seu mercado e obstruir o fluxo do comércio internacional, dentre as quais esta a utilização abusiva de medidas de defesa comercial. O crescimento do número de investigações em relação à prática de dumping, por exemplo, na OMC tem sido considerado como um sinal da liberalização do comércio internacional. Porém, o excesso de discricionariedade e as lacunas existentes nas normas multilaterais do comércio dão conta de que o mecanismo tem sido utilizado essencialmente para afastar a concorrência internacional do mercado interno.

O tema é bastante controverso na doutrina. A defesa da concorrência, na ausência de um regulamento multilateral, esta voltada principalmente à livre circulação de mercadorias no mercado interno. A defesa comercial, no entanto, tem como objetivo evitar os prejuízos ocasionados por práticas externas contrárias ao livre comércio. Como se observa, o objetivo da defesa da concorrência e da defesa comercial são diferentes, porém estão relacionados. Ambas parecem ser diametralmente opostas, porém aspectos históricos e sua relação com a economia possibilitam estabelecer certa identidade entre esses dois ramos do direito econômico. Assim, emerge o problema. Qual a relação existente entre as políticas de defesa da concorrência e as práticas de defesa comercial adotada pelos países e quais os limites para

que essas não assumam contornos protecionistas e prejudiquem a livre circulação de mercadorias?

O objetivo central do presente estudo é analisar o desenvolvimento da concorrência e seus regulamentos no âmbito unilateral e multilateral e sua relação com a adoção de medidas de defesa comercial. O tema está entre os principais temas para uma reforma no sistema multilateral do comércio. Apesar da livre concorrência estar intrinsecamente associada ao livre comércio, enquanto não houver harmonização entre as normas de defesa da concorrência no cenário multilateral, ainda que possam ser evidenciadas conexões entre essas duas matérias, a aplicação de medidas de defesa comercial estará associada principalmente ao acesso a mercados e à adoção de práticas comerciais justas no mercado internacional, enquanto que as políticas de defesa da concorrência terão como objetivo intrínseco a livre circulação de mercadorias apenas no interior dos Estados.

A aplicação da cláusula do interesse nacional prevista nos regulamentos multilaterais do comércio por si só viabiliza a interação entre as políticas de defesa comercial e a concorrência internacional defendendo que, para que a adoção de medidas de defesa comercial cumprisse seus objetivos, seria necessário que sua implementação observasse os princípios das políticas anticoncorrenciais. No entanto, as condutas e os procedimentos adotados para a abertura de investigações de práticas contrárias à concorrência e ao livre comércio apresentam características próprias e muitas vezes diametralmente opostas.

O primeiro capítulo deste trabalho apresentará as políticas de defesa da concorrência e de defesa comercial em âmbitos interno e internacional. A defesa da concorrência, de acordo com o ordenamento jurídico interno, pode ter objetivos diferentes. No Brasil, a defesa da concorrência está relacionada diretamente à proteção do consumidor. Em outros Estados, como nos Estados Unidos da América, a concorrência tem como principal função assegurar a eficiência do mercado. Porém, a efetividade externa das normas de defesa da concorrência é extremamente limitada em razão da ausência de um regulamento internacional. As regras de defesa comercial, por outro lado, apesar de seus efeitos à economia interna dos Estados, trazem repercussão principalmente no cenário internacional e, diferente da defesa da concorrência, está associada a interesses macroeconômicos dos Estados. Os tratados constitutivos da OMC estabelecem o livre comércio como regra a ser respeitada e quando

fossem observadas práticas contrárias ao livre comércio os Estados poderiam, excepcionalmente, lançar mão dos mecanismos de defesa comercial previstos nos regulamentos internacionais. No entanto, em razão das lacunas ainda existentes nos regulamentos multilaterais e problemas estruturais da OMC, os mecanismos de defesa comercial não têm sido apenas utilizados para conter práticas contrárias ao livre comércio, mas também como uma nova forma de protecionismo. Nesse contexto, se admitirmos a existência do princípio da livre concorrência no cenário internacional, podemos observar que a defesa comercial, por vezes, é utilizada de forma contrária a livre concorrência.

O segundo capítulo analisará as relações entre a defesa da concorrência e a defesa comercial. A evolução histórica destes dois ramos do direito econômico permite observar aspectos comuns. A defesa comercial, inicialmente, era praticada pelos países, principalmente, através da imposição de tarifas alfandegárias. No entanto, com a globalização, a formação de blocos regionais e a criação de organizações internacionais, em especial a Organização Mundial do Comércio - OMC, os Estados passaram a incentivar o livre comércio, reduzindo as barreiras tarifárias ao longo das sucessivas Rodadas de Comércio e adotaram um conjunto de mecanismos para defesa comercial previsto nos tratados internacionais.

Apesar da evolução que a criação da OMC trouxe após a Rodada Uruguai, estabelecendo normas para a análise de condutas contrárias ao livre comércio, as lacunas existentes nos regulamentos internacionais ainda favorecem a utilização das medidas de defesa comercial de forma contrária ao livre comércio, impondo prejuízos à concorrência internacional. A aplicação das normas de defesa da concorrência possui eficácia restrita ao mercado interno e, considerando que não existem normas multilaterais para defesa da concorrência, sua aplicação extraterritorial é bastante limitada. As normas de defesa comercial, no entanto, possuem sua eficácia voltada essencialmente para controlar a ocorrência de práticas contrárias ao livre comércio internacional.

A análise da relação entre o direito da concorrência e a defesa comercial partirá da análise das condutas e de seus procedimentos internos e externos. Em relação às condutas, serão comparadas as práticas de preço predatório e dumping assim como os atos de concentração entre agentes econômicos internos e externos e seus controles conforme as normas de defesa da concorrência e de defesa comercial.

A análise das primeiras se dará através da comparação da prática de preço predatório segundo o direito da concorrência e pela prática de dumping, cujo conceito é semelhante e constitui uma dos mecanismos de defesa comercial previstos nos tratados multilaterais que regulamentam o comércio internacional. Essas condutas, apesar de sua semelhança conceitual, têm tratamento antagônico de acordo com as normas para defesa da concorrência e para a defesa comercial. Enquanto o preço predatório é considerado como uma demonstração de eficiência no mercado interno, o dumping tem sido reconhecido como uma devastadora prática contrária ao livre comércio e à concorrência internacional.

Os atos de concentração por sua vez merecem grande atenção dos órgãos antitruste. Internamente a análise leva em conta os efeitos econômicos que assegurem a eficiência do mercado e, no caso do Brasil, a proteção do consumidor. A análise de atos de concentração que envolva agentes econômicos estrangeiros é analisada segundo os mesmos pressupostos e levam em conta apenas os efeitos internos da operação à medida que não há uma norma, ou um órgão próprio para a defesa multilateral da concorrência.

No entanto, os atos de concentração com circulação de capital externo afeta não só aspectos microeconômicos, analisados pelas autoridades de defesa da concorrência, como também aspectos macroeconômicos como a valorização da moeda e deveria merecer maior atenção também em relação aos seus aspectos externos para evitar a formação de cartéis internacionais e os possíveis efeitos da operação na balança comercial e suas repercussões aos mercados internacionais.

Da mesma forma, serão analisados os procedimentos pelos quais são analisados os atos de concentração entre agentes econômicos nacionais e internacionais segundo a defesa da concorrência no mercado interno assim como nos casos levados a conhecimento da OMC em âmbito multilateral. A defesa da concorrência e a defesa comercial possuem procedimentos próprios. Porém, considerando os efeitos econômicos da análise das condutas indicadas em relação a cada um destes ramos do direito econômico, os procedimentos em relação à defesa da concorrência assim como em relação à defesa comercial parecem precisar de revisão para que os mercados internos e internacionais mantenham seu equilíbrio.

Para que exista o livre comércio é necessário que os produtos e os investimentos possam circular livremente entre os Estados. As primeiras espécies de barreira comercial enfrentadas pelo Sistema Multilateral de Comércio foram as barreiras tarifárias, as quais após sucessivas rodadas comerciais foram sendo extintas. No entanto, os desafios para a efetiva liberalização do comércio ainda são muitos e dependem, por exemplo, da consolidação de um regulamento multilateral para defesa da concorrência. Ao lançar um olhar crítico sobre as condutas e sobre os procedimentos adotados esperamos encontrar os principais aspectos comuns e àqueles que necessitam de reforma.

Salientamos, por fim, que compreendemos as inúmeras diferenças que existem entre a defesa da concorrência e a defesa comercial. No entanto, considerando que ambas são fundamentais para o equilíbrio dos mercados, acreditamos que seja profícua a aproximação destes dois ramos. A adoção regular de medidas de defesa comercial não é por si contrária ao livre comércio, no entanto, sua utilização arbitrária acaba impondo restrição à concorrência internacional e, na ausência de uma norma multilateral de defesa da concorrência, acaba prejudicando o comércio internacional. Com o crescimento do número de medidas de defesa comercial na OMC, esta emergindo uma nova forma de protecionismo. Assim, a criação de um regulamento internacional para defesa da concorrência associado à revisão dos procedimentos para defesa comercial daria um novo impulso à liberalização e ao equilíbrio do comércio internacional e poderia transpor os obstáculos ocasionados pelas lacunas existentes nos regulamentos multilaterais do comércio.

1. DEFESA DA CONCORRÊNCIA E DEFESA COMERCIAL

A evolução do comércio internacional, em especial após a criação da Organização Mundial do Comércio - OMC, e a formação de blocos regionais, trouxe significativo avanço ao desenvolvimento do direito internacional. O surgimento de organizações internacionais, atuantes, tanto nos planos multilateral como regional, e nos mais distintos domínios da atividade, ampliaram, como afirma Antônio Augusto Cançado Trindade, o *corpus iuris* do direito internacional, a começar pela própria personalidade e capacidade jurídica dos atores que atuam no cenário internacional¹. Seu surgimento decorre em grande parte do reconhecimento dos Estados de promover a cooperação internacional em nome de interesses comuns.

Segundo Cançado Trindade:

Por influência direta das Organizações Internacionais, o processo de formação de normas de direito internacional tornou-se mais complexo e multifacetado, no propósito de regulamentação que atenda às necessidades e aspirações da comunidade internacional como um todo.

As organizações internacionais passaram a se apresentar como instâncias independentes para atuar no cenário internacional e discutir diversos temas. A OMC, criada durante a Rodada Uruguai em 1994 tem como objetivo precípuo a regulamentação e liberalização do comércio internacional, mas contemporaneamente tem também se dedicado a discussão de diversos temas, dentre os quais estão a defesa da concorrência e a proteção do meio ambiente. Essas organizações, nas áreas de sua competência, podem conduzir a evolução de políticas exteriores ou até mesmo estimular a resolução de questões internas dos Estados que as integram.

O surgimento do direito da concorrência como ramo autônomo do direito e a regulamentação das medidas de defesa comercial aconteceram praticamente de forma simultânea. O Canadá, segundo a doutrina, foi o berço da primeira legislação de defesa da concorrência², promulgada em 1889, assim como da primeira legislação de defesa comercial,

¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais – 4ª edição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 528.

² GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 95.

de acordo com o conceito adotado modernamente ao regulamentar as práticas antidumping, em 1904³.

Welber Barral⁴ afasta a relação que existe entre a defesa da concorrência e as medidas de defesa comercial. No entanto, alguns elementos merecem ser observados. É correto afirmar que o objetivo do direito da concorrência é diverso dos objetivos que justificam a adoção de medidas de defesa comercial, porém, existem elementos que aproximam a defesa comercial e a defesa da concorrência. As normas de defesa da concorrência estão voltadas principalmente para o mercado interno dos países e tem seus objetivos previstos em seus regulamentos nacionais que podem incluir, por exemplo, o aumento da eficiência, o bem estar do consumidor, entre outros. A defesa comercial, por outro lado, apesar de ter previsão no ordenamento interno dos Estados, tem sua efetividade voltada para além das fronteiras dos Estados e tem entre seus principais objetivos a proteção da indústria, dos empregos e de determinados valores sociais como o pleno emprego e a melhoria das condições de vida da população⁵. Ainda que sejam diferentes, tanto a defesa da concorrência quanto a defesa comercial são fundamentais para o equilíbrio dos mercados e merecem ser harmonizadas.

Inicialmente faremos uma breve apresentação de cada um desses ramos do direito econômico assim como das normas que regulamentam a defesa da concorrência e a defesa comercial em âmbitos interno, regional e multilateral, apontando os antecedentes de sua criação, seus instrumentos e as principais correntes teóricas que justificam a sua aplicação seja no âmbito interno como no externo dos mercados.

1.1 DEFINIÇÃO, EVOLUÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Conforme a obra de Eduardo Molan Gaban, não há um conceito único para o direito da concorrência⁶. A regulação da concorrência, inicialmente, estava limitada à identificação dos agentes econômicos. Bastava que houvesse o comércio e existisse um mercado para que houvesse, ali, a concorrência. Assim, bastava que houvesse dois agentes interessados em

³ BARROS, Maria Carolina Mendonça de. *Antidumping e protecionismo*. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 22.

⁴ BARRAL, Welber; BROGINI, Gilvan. *Manual prático de defesa comercial*. São Paulo: Lex, 2006, p. 37.

⁵ BARRAL, Welber; BROGINI, Gilvan. *Manual prático de defesa comercial*. São Paulo: Lex, 2006, p. 20

⁶ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.89.

vender determinada mercadoria a um terceiro que estaria configurada a concorrência. No entanto, para que possa ser identificado se há concorrência entre os agentes econômicos é preciso também identificar uma identidade temporal, à medida que os fatos observados devem ocorrer no mesmo tempo, uma identidade de objeto, onde não apenas produtos da mesma espécie, mas também aqueles de igual utilidade devem ser observados, e, por fim, uma identidade de mercado⁷. Para Molan, o direito da concorrência corresponde a um conjunto de regras relacionadas ao combate de acordos que restrinjam a concorrência, o abuso de posição dominante e as tentativas de fechamento de mercado por meio de concentrações empresariais⁸.

Os principais vetores do direito concorrencial são, principalmente, a determinação de regras para o comportamento dos agentes econômicos no mercado, a regulamentação do comportamento dos agentes econômicos como corolário de um sistema de produção e a regulamentação da concorrência e, portanto, do comportamento dos agentes econômicos no mercado passa a ser vista não apenas como essencial para a manutenção do sistema, mas também como instrumento de implementação de uma política pública⁹. Essas três etapas da evolução do direito da concorrência estão relacionadas e cada uma delas não supera a precedente, de forma que cada um dos vetores coexistem e asseguram a coesão do sistema de defesa da concorrência.

A primeira fase da evolução da defesa da concorrência, qual seja, a determinação de regras para o comportamento dos agentes econômicos no mercado, visa a resultados práticos eficazes e imediatos ao mercado, assegurando a eficiência e os benefícios ao consumidor através do controle das condutas e eliminando as eventuais distorções tópicas. A segunda etapa estabelece a necessidade de regulamentar o comportamento dos agentes econômicos como corolário de um sistema de produção considerado ótimo. Essa disciplina guarda relação com a própria estrutura do sistema e assume sentido técnico que lhe é atribuído pela ciência econômica, defendendo o mercado de seus efeitos autodestrutíveis, e, por fim, a regulamentação da concorrência e do comportamento dos agentes econômicos no mercado passa a ser vista, não apenas como essencial para a manutenção do sistema, mas como uma

⁷ MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito internacional da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 108.

⁸ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.89

⁹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 38.

política pública e assim devem ser observadas as medidas necessárias à manutenção e à condução do sistema de defesa da concorrência¹⁰.

Muito embora possamos concluir que a concorrência surgiu simultaneamente ao comércio, é somente após a Revolução Industrial que a concorrência passou a adquirir um sentido técnico, inaugurando a segunda fase de sua evolução¹¹. Nessa fase, acreditava-se que o próprio funcionamento do mercado impediria ou corrigiria eventuais distorções conforme o modelo de concorrência perfeita preconizado por Adam Smith. No entanto, esse modelo demonstrou sustentar-se somente no plano teórico¹², resvalando, na prática, com as limitações provenientes do próprio mecanismo mercadológico e comprovando assim a necessidade da intervenção do Estado no domínio econômico de modo a corrigir as imperfeições da concorrência no plano real. A obra de Adam Smith, ao defender o modelo de concorrência perfeita, segundo os pressupostos liberais, não consegue ter efetividade para assegurar o livre comércio e a livre concorrência, mas é importante, pois consolida o movimento dos agentes econômicos e o pensamento orientado pela liberalização da ordem econômica.

A partir do século XVIII a concepção do mercado passa a ser alterada admitindo sua dimensão política e atribui à concorrência papel primordial na organização das relações econômicas. A concorrência passa a ser encarada como solução para conciliar a liberdade econômica individual e o interesse público ao passo que impõe a melhoria da qualidade dos produtos, aumenta o nível de atividade econômica e possibilita a redução dos preços aos consumidores¹³. Com a evolução do capitalismo após a Revolução Industrial, a relação antes existente entre maestro e aprendiz passa a dar lugar à relação entre patrão e empregado, onde aquele, à medida que realizava o investimento necessário para o funcionamento do empreendimento, passava a ser responsável pelo risco do negócio e dependia dos empregados para assegurar a produção e, conseqüentemente, o retorno ao seu investimento. Até então o mercado era marcado pelo intervencionismo do Estado, que estabelecia limites ao desenvolvimento das atividades através das regras de corporação de ofício¹⁴. Com o crescimento da classe burguesa e o aumento do capital privado a conquista do mercado passa

¹⁰ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 38.

¹¹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 58.

¹² BAPTISTA, Luiz Olavo. *Origens do direito da concorrência*. Revista da Faculdade de Direito da USP, v.91, 1996, p. 6.

¹³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 60.

¹⁴ MANITAKIS, Antonis. *La liberte Du commerce et l'industrie: en droit belge et en droit français*, p. 16. Apud FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 58.

a ser essencial, impondo o restabelecimento da concorrência e a extinção das corporações de ofício e garantias à maior liberdade dos agentes econômicos.

É, aqui, necessário um primeiro recorte. Antes da concorrência, a qual induz ao livre comércio, surgir enquanto disciplina e orientar a formação de uma política econômica própria, o liberalismo, o mundo era orientado por valores meramente protecionistas. O protecionismo era feito, basicamente, através de limitações ao comércio através de barreiras tarifárias e o interesse do Estado, em especial do déspota, independente de todas as demais classes, era evidenciado. O povo, assim entendido a classe burguesa e os trabalhadores, demandavam reformas e não podiam com a supremacia de um Estado voltado a seus próprios e em detrimento ao povo o que impôs uma revolução em favor dos agentes econômicos.

No entanto, a livre atuação dos agentes econômicos trouxe um aumento na concentração de capitais e poder em mãos de alguns agentes, trazendo fatores de instabilidade que comprometiam a preservação do mercado. As concentrações e os monopólios causavam distúrbios contrários aos interesses sociais dando início à pressão para que fosse proposta regulamentação à concorrência, porém sem prejudicar o livre mercado¹⁵. O princípio da livre iniciativa provocava, com o aumento do poder econômico dos agentes, distorções no mercado que precisavam ser limitadas, favorecendo a construção do princípio da livre concorrência. De acordo com a doutrina, o princípio da livre iniciativa e o princípio da livre concorrência são distintos, porém complementares¹⁶.

Enquanto o princípio da livre iniciativa corresponde à projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas, significando a síntese da liberdade de ação, escolha e acesso às atividades econômicas, o princípio da livre concorrência representa uma limitação e uma instrumentalização do exercício da livre iniciativa¹⁷. Além dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, que podem ser observados expressa ou tacitamente nos ordenamento jurídicos de diversos países, podem ser indicados outros princípios relacionados à tutela da ordem econômica como os princípios da

¹⁵ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 66.

¹⁶ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 78.

¹⁷ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 79.

função social da propriedade e da defesa do consumidor, tendo como exemplo o ordenamento jurídico brasileiro.

Como se observa, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência se apresentam efetivamente como princípios opostos e complementares. Assim, independente de estarem presentes outros princípios relacionados à preservação da ordem econômica, estes podem ser relacionados àqueles para efeitos de simplificação e operacionalização do objeto de análise¹⁸.

Ao longo de sua consolidação, o direito da concorrência adquiriu como finalidade a regulação das condutas dos agentes econômicos no mercado, assim como, o aumento da capacidade competitiva das empresas nacionais face às empresas estrangeiras a fim de aumentar a participação de suas empresas e, conseqüentemente, o fluxo de comércio internacional do Estado¹⁹. O direito da concorrência e sua regulamentação dependem também de seu contexto histórico, econômico e social, razão pela qual os objetivos podem ser diferentes em cada Estado.

Além da regulamentação das condutas dos agentes econômicos, a defesa da concorrência tem como objetivos a redistribuição de renda, a proteção de pequenas empresas, concentração do poder político, controle regional dos negócios, proteção dos trabalhadores, eficiência econômica, bem estar do consumidor, controle de preços e obtenção de resultados econômicos desejáveis na utilização de riquezas, progresso, estabilidade de produção e emprego e distribuição equitativa de renda, promoção da concorrência, controle da expansão de grandes empresas, ampliar a capacidade competitiva das empresas nacionais, assegurar maior participação no comércio internacional, entre outros²⁰. Os objetivos, no entanto, dependem do momento de cada país de acordo com seus interesses econômicos e sociais e utiliza os instrumentos de formas diversas a fim de assegurar seus objetivos.

¹⁸ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 87.

¹⁹ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito Antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 25.

²⁰ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 156.

A primeira legislação antitruste surgiu em 1889, no Canadá. O Act for the prevention and suppression of combinations formed in restraint of trade²¹ tinha como finalidade atacar arranjos ou combinações voltados a restringir o comércio mediante a fixação de preços ou a restrição da produção. Os objetivos desta norma eram promover a eficiência e a adaptabilidade da economia canadense, aumentar a oportunidade de participação do Canadá nos mercados mundiais, reconhecendo, ao mesmo tempo o papel da concorrência estrangeira dentro do país, assegurar que as empresas médias e pequenas possuíssem oportunidade equitativa no seio da economia canadense e, por fim, oferecer preços competitivos e possibilidade de escolha de produto aos consumidores²². Em 1890 foi a vez dos Estados Unidos da América promulgarem sua primeira norma para defesa da concorrência. O Sherman Act, como ficou conhecido, em decorrência da ideologia econômica liberal, não teve grande aplicabilidade, mas com o advento das duas Guerras Mundiais e a Grande Depressão ocasionada pela quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929, o cenário foi alterado e os Estados foram obrigados a orientar suas economias em direção à guerra e à subsistência da própria nação²³. Com a necessidade de reestruturação do capitalismo pelo Estado, o terceiro e último período de desenvolvimento do direito da concorrência teve início onde prevaleceram, em um primeiro momento, as idéias econômicas keynesianas de criação de um Estado de bem estar social.

A partir da década de setenta, o pensamento neoliberal norte-americano, principalmente desenvolvido pela Escola de Chicago, questionou a teoria econômica keynesiana, que não mais respondia a uma economia que fugiu ao controle dos Estados em decorrência do desenvolvimento tecnológico, dos transportes e das comunicações, permitindo que as empresa se espalhassem em diversos países, acirrando a concorrência pelo aumento do volume do comércio internacional e acelerando a circulação de capitais. Os Estados não conseguiam mais atender ao compromisso com o pleno emprego e o bem estar social trazido pela automatização industrial que ocasionou a eliminação de postos de trabalho e a troca da mão de obra bem remunerada dos países desenvolvidos para outros países com menor custo de mão de obra. Da mesma forma, a tendência das indústrias de instalarem-se em países que

²¹ “Ato para prevenção e supressão das combinações formadas em restrição ao comércio”. Tradução livre. Ver em GABAN, obra consultada, p. 93.

²² GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 95.

²³ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito Antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 27.

lhes oferecessem maiores benefícios econômicos e financeiros abriu caminho para críticas aos altos salários e aos gastos sociais dos governos²⁴. Alguns países, entre os quais a Alemanha e o Japão, optaram então por restringir a aplicação de suas legislações antitruste em prol de objetivos políticos e econômicos de fortalecimento das indústrias nacionais a fim de aumentar sua competitividade autorizando grandes concentrações de empresas em detrimento da proteção de pequenos e médios competidores.

O direito da concorrência passou a ser objeto de análise pela doutrina. As principais escolas que orientaram o desenvolvimento do direito da concorrência foram a Escola de Harvard e a Escola de Chicago. A Escola de Harvard, também conhecida como Escola Estruturalista, surgiu em contraposição à Escola de Chicago e tem ideais contrários à concentração de poder de mercado²⁵. Em linhas gerais a Escola de Harvard parte dos pressupostos de que as empresas com poder econômico utilizariam esse poder para implementar condutas anticompetitivas. Assim, à medida que as concentrações aumentam podem gerar disfunções ao próprio fluxo das relações econômicas, buscando-se o modelo de *workable competition*²⁶, que, em uma tradução livre ao português, significa competição funcional ou efetiva, a qual pressupõe a existência de uma grande quantidade de agentes econômicos para evitar as disfunções do mercado e afirma que a conduta dos agentes econômicos está diretamente ligada à estrutura desses.

Iniciada por Ronald Coase nos anos 50, a Escola de Harvard, principalmente a partir dos trabalhos de Arreda, Turner e Sullivan, Telsner, Mac Gee e Posner, passou a revolucionar o entendimento sobre a defesa da concorrência contestando à ilicitude dos acordos verticais através da teoria do *free rider*²⁷. A partir dos anos 60, a Escola de Harvard passou a incorporar na sua doutrina o estudo do comportamento estratégico, dando mais atenção às

²⁴ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito Antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 28.

²⁵ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 113.

²⁶ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 156.

²⁷ A teoria do free rider ou, em português, carona, é muito discutida em economia e consiste em que um ou mais agentes econômicos aproveitam determinado benefício proveniente de um bem ou serviço, sem que tenha havido uma contribuição para a obtenção do mesmo. Esse problema aparece na provisão de um bem público, os quais não podem ser exclusivos e, portanto, a ele não pode ser atribuído um direito de propriedade. Dessa forma, “os indivíduos não têm incentivos a pagar o valor tanto quanto o bem realmente vale para ele”. É justamente por isso que a provisão de bens públicos é menor que a socialmente desejada em decorrência da chamada tragédia dos comuns onde, em não havendo a definição clara da propriedade sobre determinado direito coletivo, os indivíduos tendem a não agir de forma cooperativa e concorrerem para usufruir do bem ou serviço em questão mesmo sem ter contribuído para a sua concretização.

condutas empresariais e aos seus efeitos sobre a estrutura do mercado. Com esse posicionamento, os adeptos da Escola Estruturalista enfatizavam as políticas de defesa da concorrência sob o aspecto distributivo e a preocupação com a concentração do poder econômico²⁸.

A Escola de Chicago, por sua vez, incorporou a análise econômica ao direito da concorrência, a qual tem como objetivo alcançar a máxima eficiência alocativa do mercado. Sob essa ótica, as concentrações verticais passam a ser explicadas em termos de eficiência e benefícios para os consumidores. Segundo Robert Bork, as normas antitruste devem considerar as relações entre o direito e a economia. De acordo com o chamado jogo do interesse protegido²⁹, Bork estabelece que o direito antitruste deve perseguir a eficiência alocativa de modo a autorizar a busca por soluções exatas e constantes que devem ser dadas pela ciência econômica e questiona a disciplina antitruste defendida pela Escola de Harvard à medida que ao mesmo tempo em que busca preservar a concorrência, combate-a³⁰. De acordo com a Escola de Chicago, a análise econômica do direito oferece, em relação às questões antitruste, uma visão técnica e racional para avaliação dos casos concretos³¹. Com a aplicação dos preceitos econômicos de forma mais analítica para que os juízes pudessem aplicá-los como princípios operacionais, a Escola de Chicago diminui a presunção de dano que havia, em razão do aumento dos níveis de concentração, resultante da aquisição de agentes econômicos por concorrentes e logo, essa presunção, deixou de ser considerada conclusiva para ser apenas o ponto de partida para análise das concentrações econômicas³².

A Escola de Chicago está alinhada ao pensamento positivista clássico e, assim, todos os elementos que podem desestabilizar o direito devem ser afastados para assegurar que seja

²⁸ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 115.

²⁹ O jogo do interesse protegido também é uma das chamadas válvulas de escape admitidas pela doutrina antitruste. Em determinados casos, o aumento da concentração não traz por si só efeitos negativos. Nesses casos, fica evidenciado o caráter instrumental do direito da concorrência e, em sendo observado que apesar do aumento da concentração a conduta favorece o aumento da eficiência do mercado, a autoridade antitruste pode chancelar a operação. As válvulas de escape serão posteriormente analisadas.

³⁰ BORK, Robert, BRIETZKE, Paul H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Valparaíso University Law Review. Vol. 13, nº 2. (PP. 403-421). USA: Valparaíso University, 1979, p. 3. Disponível em: <<http://scholar.valpo.edu/vulr/vol13/iss2/7>> Acesso em 21 de fevereiro de 2012.

³¹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 169.

³² GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 117.

alcançada sua eficiência alocativa³³. Segundo Kelsen, a indeterminação do direito é colocada sempre como um defeito por conta de uma linguagem que não é suficientemente clara, deixando espaços para vários significados. Nesse sentido, Posner observa que sendo impossível determinar a solução mais justa em cada caso concreto, é preferível que a alocação dos recursos seja realizada pelo mercado e as decisões da sociedade sejam feitas de acordo com o critério econômico da eficiência alocativa³⁴. Parte da crítica feita em relação à Escola de Chicago decorre da redução da linguagem das normas jurídicas para análise dos casos relacionados à defesa da concorrência. A interpretação do direito não devia ser realizada através da interpretação da linguagem normativa, mas sim a partir da economia com o objetivo de alcançar a maximização do bem estar e da eficiência e reduzir a complexidade do fenômeno jurídico. A definição das políticas antitruste proposta pela Escola de Chicago segundo a análise econômica do direito estava baseada principalmente em estatísticas e fórmulas matemáticas. Assim, os conflitos existentes nas normas antitruste não prevaleciam e a interpretação das normas de defesa da concorrência deveria ser flexibilizada para não reduzir a eficiência do sistema³⁵.

Mesmo durante a prevalência da Escola de Chicago, alguns autores, como Laurence Sullivan, Robert Steiner e Stephen Ross, questionavam a excessiva simplicidade, dando origem ao movimento que ficou conhecido como Revisionismo Pós-Chicago. Assim, aprofundando a análise de alguns indicadores econômicos eles acabam apontando os prejuízos decorrentes de determinadas condutas, especialmente acordos verticais³⁶.

A análise da natureza do direito da concorrência apenas sob seus aspectos econômicos pode levar à generalização de um objetivo único para as políticas de defesa da concorrência. Muitos economistas filiados à Escola de Chicago e à Escola de Harvard discutem o objetivo central que deve ser perseguido por uma Lei antitruste e o tipo de concorrência que deve ser protegido, mas não conseguem observar que as normas de defesa da concorrência têm caráter instrumental vinculado a determinada política econômica, possuindo, por conseqüência,

³³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 169.

³⁴ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 169.

³⁵ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 32.

³⁶ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 171.

objetivos próprios diversos das demais leis³⁷. Dessa forma, a análise das normas antitruste não pode ficar restrita a critérios matemáticos, sob pena de prejudicar a eficiência do sistema, mas também deve contemplar os princípios das normas antitruste de forma a assegurar sua correta compreensão³⁸.

Na Europa, no entanto, a disciplina da concorrência está relacionada às finalidades da União Européia. A concorrência foi, inclusive, incorporada no Tratado de Roma de 1957 como uma regra geral para fortalecer a integração econômica do Bloco³⁹. A concorrência, portanto, não pode ser considerada como um fim em si, mas um instrumento para a União Europeia alcançar seus objetivos. Esse pressuposto impõe que a concorrência será protegida quando favorecer a consecução dos objetivos da União Europeia e, da mesma forma, será possível sacrificar a concorrência para atingir um objetivo maior. Essa afirmação demonstra que os pressupostos da Escola de Chicago não exerceram tanta influência sobre o crescimento do direito da concorrência na União Europeia e coloca esse ramo do direito como um instrumento⁴⁰. Nesse sentido, o desenvolvimento do direito da concorrência com caráter precipuamente instrumental atribuiu ao sistema de direito da concorrência europeu características particulares que serão fundamentais para a análise da relação entre o direito da concorrência e a utilização de medidas de defesa comercial.

A Escola mais tradicional a estudar a defesa da concorrência na Europa é a chamada Escola de Freiburg, que desenvolveu a Teoria Ordoliberal. Ela é considerada como a que mais diverge da Teoria Neoclássica. Desenvolvida na Alemanha, a Escola de Freiburg, surgiu em razão das preocupações de um grupo de doutrinadores sobre o direito da concorrência na Europa. No documento que ficou conhecido como Ordo-Manifesto, os juristas afirmaram que não era possível atribuir ao direito da concorrência qualquer tipo de objetivo econômico predeterminado como a eficiência defendida pela Escola de Chicago. Por essa razão a Escola de Freiburg opôs-se a Escola Neoclássica e criticava, principalmente, os pressupostos

³⁷ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 157

³⁸ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 158.

³⁹ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 103; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito Internacional da Concorrência*. Curitiba: Juruá, 2008, p.295.

⁴⁰ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 175.

econômicos da definição de bem-estar do consumidor e o próprio conceito de concorrência utilizado⁴¹.

De acordo com Paula Forgioni, os estudos das normas que regulamentam a concorrência, principalmente no Brasil, foram inicialmente cercados por uma série de preconceitos que prejudicaram o entendimento da matéria. Inicialmente, os fundamentos do direito econômico não foram corretamente dimensionados, prejudicando a definição do direito da concorrência. A política econômica tinha como principal objetivo o fortalecimento da indústria através da concentração dos agentes econômicos o que provocava um conflito entre a política econômica e a política antitruste⁴².

A concorrência acaba trazendo benefícios ao consumidor à medida que o protege contra abusos do poder econômico, contribuindo para o rebaixamento dos preços e para a melhoria da qualidade de produtos e serviços⁴³. A concorrência pode até mesmo ser encarada como uma solução para conciliar liberdade econômica individual e interesse público. Preservando-se a competição entre os agentes econômicos, atende-se também ao interesse público à medida que possibilita a fixação de preços em valor inferior aos de monopólio, melhora a qualidade dos produtos e aumenta o nível da atividade econômica e a liberdade de atuação e resguarda o mercado de comportamentos danosos à sociedade⁴⁴.

Podemos, inicialmente, concluir que a defesa da concorrência está voltada a aspectos microeconômicos. Não importa, à concorrência, razões de Estado, mas apenas a análise de consumo e demanda, porém, acreditamos que faltam elementos a essa análise. A defesa da concorrência em um mercado globalizado deve levar em conta outros elementos econômicos que considerem também aspectos multilaterais.

No ordenamento jurídico brasileiro, a defesa da concorrência decorre da própria necessidade de o Estado assegurar a higidez da ordem econômica, estando essa garantia expressa no artigo 170 da Constituição Federal brasileira, assim como a proteção do

⁴¹ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119.

⁴² FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 31.

⁴³ MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito internacional da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 108.

⁴⁴ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 62.

consumidor. Por outro lado, os objetivos defendidos pela doutrina retratam que o objetivo precípua da defesa da concorrência na legislação norte americana é diverso. A concorrência nos Estados Unidos da América está voltada precipuamente para assegurar a eficiência alocativa dos agentes econômicos enquanto que a disciplina na União Européia, através da interpretação dada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, estabelece que a concorrência não visa apenas à proteção das concorrentes e dos consumidores, mas também à própria estrutura do mercado.

Como se observa a concorrência recebe diferentes contornos em cada Estado ou bloco. Enquanto uns privilegiam o consumidor, outros preferem privilegiar os agentes econômicos. Em muitos casos os consumidores não são organizados e assim os produtores acabam levando vantagem no processo político⁴⁵. Nesse sentido, é inquestionável a importância de um sistema para proteção dos consumidores até mesmo para auxiliar no equilíbrio do mercado e na efetividade das políticas públicas para defesa da concorrência. O que é a eficiência do mercado, quais elementos compõe o conceito? O conceito de concorrência pode ter no consumidor um elemento essencial. Porém, não pode estar limitada a questões microeconômicas e unilaterais e, mesmo sem norma, merece reconhecimento internacional.

1.1.1. ASPECTOS UNILATERAIS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

O direito da concorrência, ao regulamentar a livre iniciativa, assegura a eficiência do mercado e a qualidade de vida dos consumidores, orientando o livre comércio, proibindo e restringindo condutas que atentem contra a concorrência. À medida que o direito da concorrência disciplina as relações de mercado entre os agentes econômicos, estabelece um ambiente de livre concorrência, cujos destinatários finais são os consumidores⁴⁶. Com a liberalização do comércio, o direito da concorrência tem adquirido importância tanto na esfera interna, como internacional. Como consequência a aplicação das leis concorrenciais passou a se submeter a duas finalidades: regular as condutas dos agentes econômicos no mercado nacional e ampliar a capacidade competitiva das empresas nacionais face às empresas estrangeiras⁴⁷. A aplicação do direito nacional, no entanto, estaria limitada a sua jurisdição à

⁴⁵ STIGLITZ, Joseph, WALSH, Carl E. *Introdução à Microeconomia*. Rio de Janeiro: Campus. 2003, p. 310.

⁴⁶ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 89.

⁴⁷ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste: Aspectos internacionais*, Curitiba: Juruá, 2006. p.25.

medida que os legisladores nacionais não poderiam legislar sobre fatos ocorridos no exterior⁴⁸.

O Brasil, durante a década de 70, utilizava o direito da concorrência para proteger e fortalecer a indústria nacional. Os Estados Unidos da América, a Alemanha e o Japão, por sua vez, também utilizavam esse direito principalmente para fortalecer a concorrência interna face à concorrência internacional, e a União Européia utilizou o direito da concorrência como um importante instrumento para o funcionamento do mercado comum.

A primeira legislação antitruste surgiu em 1889 no Canadá ainda que, segundo parte da doutrina, os Estados Unidos da América foram o primeiro Estado a promulgar uma norma para defesa da concorrência e disciplina do poder econômico⁴⁹. A lei canadense, conhecida como *Act for the prevention and suppression of combinations formed in restriction of trade*⁵⁰, tinha como finalidade atacar arranjos ou combinações voltados a restringir o comércio. O objetivo da norma era aumentar a eficiência da economia canadense, aumentar a participação do Canadá nos mercados mundiais ao mesmo tempo em que permitia a concorrência estrangeira dentro do país⁵¹. Um ano mais tarde, em 1890, os Estados Unidos promulgaram o *Sherman Act*⁵², o qual estabeleceu diretrizes para disciplinar a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos. Em decorrência do liberalismo econômico, a economia americana havia passado a contar com excessiva concentração de capital, impondo a elaboração de uma norma capaz de corrigir as distorções que começavam a existir no mercado, prejudicando a livre concorrência. Ambas as normas, no entanto, estavam apenas voltadas ao controle de condutas e atos de concentração internos e, portanto, não havia sobreposição das normas de defesa da concorrência entre os Estados. Posteriormente com a criação da chamada teoria dos efeitos em 1945, os Estados Unidos da América passaram a possibilitar a aplicação de sua norma de defesa da concorrência em relação a condutas praticadas no exterior, mas que cujos efeitos provocassem efeitos no mercado interno norte americano. A teoria dos efeitos como ficou conhecida, será também analisada no presente

⁴⁸ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da Concorrência: Entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 34.

⁴⁹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 68.

⁵⁰ “Ato para prevenção e supressão das combinações formadas em restrição ao comércio”. Tradução livre

⁵¹ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 95.

⁵² SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste: Aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 34.

capítulo e exerceu influência no desenvolvimento das normas de defesa da concorrência de diversos Estados, dentre eles o Brasil.

O Sherman Act foi promulgado em um cenário onde diversos segmentos da economia norte-americana passaram a celebrar acordos para disciplinar a atuação no mercado e neutralizar a concorrência. É o caso das ferrovias, que para se protegerem, passaram a firmar acordos para a implementação das tarifas⁵³. Nesse período a formação de cartéis influenciou diversos setores da economia, porém provocou certa instabilidade à economia. Com a formação dos trustes⁵⁴, os industriais norte-americanos passavam a transferir o controle de suas empresas aos trustes e assim formavam grandes corporações que mantinham elevados níveis de concentração no mercado em que atuavam e passavam ao *trustee*, como eram conhecidos os membros da corporação, o poder derivado de suas ações, enquanto o *trust* passava a administrar os agentes econômicos de forma centralizada, impedindo que a concorrência se estabelecesse entre eles e, em contrapartida, recebia em troca o *trust certificate*⁵⁵. Com esse fenômeno houve o aumento substancial do nível de concentração horizontal e a concentração do poder econômico na mão dos trustes, que defendiam a substituição do sistema de competição pela colaboração entre as empresas.

No entanto, para os consumidores, agricultores, trabalhadores e pequenos empresários a concentração do poder econômico estava prejudicando a concorrência através do aumento dos preços dos produtos e demais abusos perpetrados. Enquanto a indústria se fortalecia com privilégios e medidas de protecionismo tarifário, o segmento primário sofria com a redução dos preços dos produtos agrícolas e da matéria prima em geral conduzindo ao aumento

⁵³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 72.

⁵⁴ O trust era originalmente um instrumento jurídico utilizado por pessoas, a qual passavam a deter um título de propriedade, seja de terra ou bens móveis, para o benefício de outro, que passava a ser seu beneficiário. Porém, o instituto passou a ser aplicado a uma determinada classe de acordos comerciais voltados a melhorar a eficiência das grandes empresas e consolidar o poder de grandes empresas. No entanto, a medida que as empresas que compunham os trustes passaram a ter suas condutas associadas a práticas abusivas e contrárias a concorrência, o instituto passou a ser criticado. Assim, em 1890 foi promulgado o Sherman Act. Um dos primeiros trustes a ser formado foi a Standard Oil Company em 1881, a qual já era a maior empresa do mundo. Além desses, se proliferaram diversos trustes no mercado americano como o U.S. Steel Corporation, a American Tobacco Company, o Internacional Mercantile Marine Company e as empresas controladas por Ivar Kreuger o Rei Match. De Beers teve um papel dominante no fornecimento de diamantes. (em Dwight, Theodore (1888). *The Legality of "Trusts"*. *Political Science Quarterly* 3: 592, Moody. Standard Oil Company. 'The Oil Trust'. *The Truth About The Trusts*. pp. 109–132 e Moody. United States Steel Corporation. 'The Steel Trust'. *The Truth About The Trusts*. pp. 133–204.)

⁵⁵ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 72.

progressivo do preço final dos produtos e acarretando a insatisfação dos consumidores. Neste cenário sócio-econômico é que, em 1890, foi promulgado o Sherman Act.

Porém, em razão de alguns dispositivos do Sherman Act se demonstrarem excessivamente vagos, a norma não foi capaz de criar mecanismos hábeis a disciplinar o aumento da concentração de empresas no mercado americano. Nesse contexto, em 1914, foi promulgado o Clayton Act que passou a tipificar algumas condutas potencialmente anticompetitivas, as quais somente seriam consideradas ilícitas se restringissem a concorrência de forma não razoável ou tendessem a criação de um monopólio⁵⁶. É então, a partir do Clayton Act, que a concorrência passa a assumir também caráter instrumental no ordenamento jurídico americano e a exercer influência sobre outros ordenamentos, inclusive para o direito brasileiro.

Nos Estados Unidos da América, de acordo com o artigo 1º do Sherman Act, é considerado ilícito todo e qualquer contrato, combinação sob a forma de truste ou qualquer outra forma ou conspiração em restrição do tráfico ou comércio entre os Estados da federação ou nações estrangeiras, enquanto que o artigo 2º veda a dominação ou a tentativa de dominação do mercado. Assim, a norma norte-americana, posteriormente regulamentada pelo Clayton Act, veda o acordo de empresas e a posição dominante e possui como suporte fático hipóteses distintas para acordos verticais e horizontais, abuso de poder dominante e concentração⁵⁷.

No Brasil, a primeira norma a regulamentar o direito da concorrência foi a Lei Federal número 4.137, de 1962. Ela criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e estabeleceu as diretrizes para a repressão ao abuso do poder econômico. Com a promulgação da Lei Federal número 8.884, de 1994, o CADE, criado em 1962, passou a ser uma autarquia federal e a contar com competências específicas para prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, de livre concorrência, de função social da propriedade, de defesa dos consumidores e de repressão ao abuso do poder econômico

⁵⁶ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 77.

⁵⁷ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 131.

Influenciada pela Lei norte-americana, a Lei Federal nº 8.884, de 1994, estabelecia no artigo 2º expressamente a possibilidade de sua aplicação também para atos praticados no exterior, desde que pudessem produzir efeitos no Brasil. O dispositivo foi igualmente mantido em nosso ordenamento por ocasião da promulgação da Lei Federal 12.529, de 30 de novembro de 2011 conforme demonstra o artigo 2º da referida lei. O mencionado dispositivo prevê a possibilidade de aplicação das normas de defesa da concorrência brasileira a todas as práticas cometidas no todo ou em parte no Brasil ou que nele efetivamente ou potencialmente produzam efeitos. Como se observa, o Brasil filiou-se à teoria dos efeitos, adotando o princípio da territorialidade do efeito tal como defendida pelos Estados Unidos da América para impor a aplicação extraterritorial de sua lei de defesa da concorrência. Aparece em destaque que as finalidades previstas na referida lei possuem caráter difuso e, portanto, alcançam toda a coletividade.

Com a promulgação da Lei Federal nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, ficam resguardadas as mesmas finalidades previstas pela Lei Federal nº 8.884, de 1994, restando apenas indicada uma nova estrutura para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A Lei Federal nº 8.884, de 1994, dividia o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência entre o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE). De acordo com a nova Lei, o sistema passa a ser composto apenas pelo CADE e pela SEAE, não fazendo mais parte do Sistema a SDE, cuja atuação passou a ser exercida pela Superintendência-Geral.

A SDE tinha como atribuições a investigação das práticas cometidas pelos agentes econômicos e que pudessem trazer prejuízos à ordem econômica, as quais podiam ou não ser encaminhadas para homologação do CADE, firmar acordos de leniência para assegurar a obtenção de provas necessárias à eventual condenação dos responsáveis pelas condutas investigadas e apresentar parecer sobre operações de fusão e incorporação submetidas ao órgão. Com a nova lei, a Superintendência-Geral passou a ter mais competência para instaurar e instruir os procedimentos administrativos de defesa da concorrência.

Ao CADE competia, nos termos da Lei Federal nº 8.884, de 1994, determinar se as condutas praticadas pelos agentes econômicos constituíam infrações à ordem econômica, aprovar as operações que envolviam aumento da concentração dos agentes econômicos e a

celebração de compromissos de cessação de práticas anticompetitivas e compromissos de desempenho para assegurar que as operações aprovadas traziam os benefícios econômicos esperados, entre outras. Posteriormente, a Lei Federal nº 8.884, de 1994, deu lugar a Lei Federal nº 12.529, de 2011. Na nova Lei, o CADE passa a ser constituído pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos. Com a nova composição as competências antes atribuídas ao Plenário do CADE passaram a ser repartidas entre o Plenário do Tribunal, o Presidente do Tribunal e os seus Conselheiros.

Por fim, a SEAE, de acordo com a Lei Federal nº 12.529, de 2011, possui como atribuição analisar e opinar sobre as operações submetidas ao órgão sob seus aspectos econômicos de interesse dos agentes econômicos, consumidores ou usuários de serviços prestados pelas agências reguladoras, elaborar estudos setoriais e propor a revisão de leis e regulamentos. Além disso, deve ser destacado que a SEAE também conta com a atribuição de manifestar-se sobre o impacto concorrencial de medidas relativas às atividades de alteração tarifária, ao acesso aos mercados e à defesa comercial, ressalvado as competências dos órgãos envolvidos. De certa medida, a nova lei de defesa da concorrência reconhece, dessa forma, a existência de relação entre a adoção de medidas de defesa comercial para a tutela interna da concorrência.

Cabe, por fim, observar em relação à estrutura do sistema brasileiro de defesa da concorrência que a Superintendência-Geral mantém competência predominantemente jurídica, enquanto que a SEAE, possui atribuições eminentemente econômicas em relação as operações submetidas à avaliação. No entanto, como acontecia durante a vigência da Lei Federal nº 8.884, de 1994, os dois órgãos podem proferir pareceres conjuntos nos casos nos quais investigam aumento da concentração econômica.

No Brasil, a antiga Lei Federal nº 8.884, de 1994, assim como a Lei Federal nº 12.529, de 2011, atualmente em vigor, referem-se apenas aos atos, sob qualquer forma manifestados, que possam prejudicar a concorrência⁵⁸. Nesse sentido a lei brasileira não segue a tradição norte americana e tampouco a tradição europeia. Em relação à tipificação das condutas, a lei brasileira se refere a um só tempo em relação aos acordos e às concentrações entre empresas,

⁵⁸ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 130.

assim como ao domínio de mercado e ao abuso de posição dominante em um mesmo dispositivo. Conforme o artigo 36 da Lei Federal nº 12.529, de 2011, o qual corresponde ao artigo 20 e 21 da Lei anterior, são estabelecidos os atos que constituem infração à ordem econômica de forma genérica e ampla.

Uma questão que merece destaque no que tange à análise do objeto ora investigado é que, diferentemente da Lei Federal nº 8.884, de 1994, a Lei Federal nº 12.529, de 2011, não contempla o texto do artigo 21, XIX da Lei anterior, que estabelecia ser infração contra a ordem econômica a importação de bens abaixo do custo praticado no país exportador, que não seja signatário dos Códigos Antidumping e de Subsídios do GATT. Ainda que o artigo da lei anterior aproximasse as normas de defesa da concorrência em relação à defesa comercial, a criminalização de tal conduta parecia ser inócua à medida que a comercialização de produtos a baixo custo, de acordo com os pressupostos econômicos, demonstra, em tese, a eficiência dos fornecedores internacionais em relação aos produtores nacionais e trariam benefícios ao consumidor. A retirada do referido dispositivo em nada prejudica a defesa da concorrência e demonstra que ainda que as condutas sejam semelhantes nas normas de defesa da concorrência e nos acordos e normas internas que regulamentam a defesa comercial, seu tratamento tende a ser diverso.

Apesar de não descrever as condutas anticoncorrenciais como a norma norte americana e a europeia, a norma brasileira demonstra ter sido influenciada por ambas, ao passo que declara os efeitos efetivos ou potenciais provocados pela conduta analisada. Nesse sentido, como destaca Forgioni não se pode apenas transpor para o direito da concorrência os conceitos de direito civil à medida que, segundo aquele, poderão ser vedadas práticas que não produzam qualquer efeito jurídico vinculante, podendo até mesmo atos meramente morais, desde que restritivos da concorrência, serem vedados pela Lei antitruste e passíveis de indenização, ainda que não tenha sido observado dano efetivo⁵⁹.

O desenvolvimento do sistema de defesa da concorrência no Brasil, como versado no preâmbulo do presente capítulo, tem seus princípios declarados expressamente em nosso texto constitucional. A Constituição Federal de 1937 já incorporava em seu texto o princípio da proteção à economia popular. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o

⁵⁹ FRIGNANI e WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, p. 8 Apud FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 142.

princípio da livre concorrência passou a ser incorporado ao nosso ordenamento no capítulo dedicado à proteção da ordem econômica, e ela indica no artigo 170, inciso IV que a concorrência não pode ser restringida ou subvertida por agentes econômicos com poder de mercado. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 reconhece expressamente o caráter instrumental da concorrência e os princípios da livre concorrência, da livre iniciativa e a defesa do consumidor como instrumentos para a promoção da dignidade humana⁶⁰. Como se pode observar, diferente do desenvolvimento da defesa da concorrência nos Estados Unidos da América, a disciplina, no Brasil, não evoluiu como elemento de ligação entre o liberalismo econômico e a manutenção da livre concorrência, mas sim, como um instrumento para repressão ao abuso do poder econômico e tendo a defesa do consumidor como um de seus principais objetivos⁶¹.

Entre as principais condutas previstas no artigo 36 da Lei Federal nº 12.529, de 2011, destacam-se duas práticas consideradas potencial ou efetivamente lesivas à concorrência pelas autoridades e que têm relação com condutas que permitem a adoção de medidas de defesa comercial. São elas: o aumento da concentração, que em relação à defesa comercial será analisada sobre o aspecto da circulação de investimento estrangeiro direto para o aumento da concentração de empresas e a prática de preços predatórios, cuja definição é semelhante à prática de dumping reconhecida no comércio internacional. A análise crítica de tais condutas será objeto do segundo capítulo, razão pela qual a abordagem, por ora, terá como objetivo definir as condutas e identificar os elementos que compõem a conduta e seus possíveis efeitos à economia.

O artigo 36⁶² estabelece como infrações à ordem econômica os atos sob qualquer forma manifestados que tenham por objeto ou possam ter como efeito a limitação da livre concorrência e da livre iniciativa, o aumento arbitrário dos lucros, o domínio de mercado relevante e o exercício abusivo de posição dominante. Para efeitos legais, presume-se que uma empresa ou grupo de empresas detém posição dominante, de acordo com o artigo 36 da

⁶⁰ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 179.

⁶¹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 105.

⁶² Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante. (...)

Lei Federal nº 12.529, de 2011, quando for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou exercer o controle de 20% ou mais do mercado relevante, podendo esse percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia ou quando um dos participantes da operação tenha faturamento superior a R\$ 400 milhões⁶³ ou quando um outro Grupo envolvido na operação tenha registrado faturamento bruto no ano anterior a operação de pelo menos R\$ 30 milhões de reais⁶⁴.

O principal risco provocado pelo aumento do poder econômico através de atos de concentração é a formação de cartéis. Os cartéis, como forma de organização dos mercados, têm sido uma realidade comum nas economias modernas⁶⁵ e são definidos como um acordo comercial entre empresas produtoras, as quais, embora conservem a autonomia interna, se organizam em sindicato para distribuir entre si cotas de produção e os mercados, e, determinar os preços, suprimindo a livre concorrência. O artigo 36 da Lei Federal nº 12.529 estabelece como infração à ordem econômica o abuso de poder dominante. No entanto, nem todo ato de concentração constitui infração à ordem econômica, cabendo ao CADE analisar as operações e observar se a operação acarretou em efeitos anticompetitivos⁶⁶. Assim, as operações de fusão e incorporação sejam elas com capital interno ou externo, os quais ingressam no país através de investimento estrangeiro direto, recebem atenção da autoridade antitruste que analisa se o aumento da concentração acarretará em prejuízo à concorrência com a formação de monopólios.

Diferente da formação de companhias com maior concentração de mercado, a prática de preços predatórios é considerada como uma prática unilateral e que independe da formação de acordo entre concorrentes. O preço predatório está previsto no artigo 36, §3º XV da Lei Federal nº 12.529⁶⁷, de 2011, e é definido como a fixação de preços abaixo do custo de

⁶³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 142.

⁶⁴ Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, acumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais). Lei Federal 12.529, de novembro de 2011.

⁶⁵ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex, 2006, p. 109.

⁶⁶ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex, 2006, p. 134.

⁶⁷ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (...) § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste

produção com o objetivo de excluir empresas concorrentes do mercado ou impedir a entrada de novas empresas. A conduta é praticada com o objetivo de falsear a concorrência e obter lucros monopolísticos em momento futuro. Em outras palavras, só seria racional para uma empresa praticar a conduta de preço predatório caso ela tenha a percepção de que será possível recuperar posteriormente os custos incorridos na eliminação dos concorrentes.

Tanto no Brasil como em outros países a aplicação da legislação de defesa da concorrência demonstra que as condutas predatórias como a prática de preço predatório não é factível como estratégia comercial. A empresa apenas lograria êxito, se, concorressem outras condições do mercado em questão, como a capacidade ociosa e as barreiras à entrada de novos agentes econômicos. Isso para não se mencionar que determinadas estratégias empresariais como a realização de promoções promovidas pelas empresas com claro benefício aos consumidores poderia ser eliminada caso se interpretasse de forma abrangente a proibição de condutas predatórias.

A concorrência, no entanto, não é muitas vezes considerada como um valor por si só, mas como uma condição. Em determinadas situações, a aplicação literal das normas antitruste pode trazer efeitos contrários. Desta forma, passou a ser admitida a utilização de mecanismos que possibilitem a flexibilidade das normas antitruste, atribuindo às normas de defesa da concorrência caráter instrumental. Uma operação de fusão, por exemplo, ainda que aumente a concentração em determinado mercado, pode trazer benefícios ao sistema na medida em que pode aumentar a rede de distribuição de determinados produtos e até mesmo propiciar a melhoria da qualidade dos produtos e a redução do preço dos produtos ao consumidor.

Assim, para assegurar que a aplicação das normas antitruste não traga efeitos contrários àqueles desejados, é que as normas de defesa da concorrência incorporam meios técnicos para auxiliar a interpretação e, eventualmente, limitar sua aplicação. Esses mecanismos são conhecidos pela doutrina como válvulas de escape e podem ser classificados como isenções, autorizações, conceito elástico de mercado e o jogo do interesse protegido, os quais permitem que o sistema de defesa da concorrência possua certo grau de mobilidade e de flexibilidade na interpretação de suas normas.

artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...)XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

Nesse sentido, a doutrina nacional estabeleceu determinadas técnicas jurídicas que possibilitam a adaptação das normas à realidade a fim de viabilizar a implementação de uma política pública. Entre as principais técnicas para flexibilizar a interpretação das normas antitruste estão à regra da razão, as isenções e autorizações, o conceito elástico de mercado relevante e o jogo do interesse protegido⁶⁸. Como se pode observar, a concorrência não é reconhecida pela doutrina como um valor absoluto, podendo ser sacrificada em razão de outros valores, o que permite definir a noção de concorrência-instrumento⁶⁹. O desenvolvimento das válvulas de escape foi inspirado no sistema antitruste norte americano. Os objetivos dessas regras que flexibilizam as análises das condutas pelas autoridades antitruste é de avaliar os efeitos concretos das condutas submetidas a análise das autoridades de defesa da concorrência, permitindo que atos de concentração ou outras condutas que propiciem o aumento da eficiência do mercado não sejam atingidas pelas normas antitruste.

Conforme Paula Forgioni, tanto a regra da razão quanto as isenções e autorizações são técnicas destinadas a viabilizar a realização de determinadas práticas, ainda que restritivas à concorrência, e afastar as barreiras legais para sua concretização⁷⁰. Esse conjunto de técnicas tem sido o mais utilizado pelas autoridades antitruste para afastar a aplicação das normas de defesa da concorrência. A regra da razão surgiu no direito norte americano. De acordo com a tradição europeia é utilizada principalmente a técnica da isenção, por vezes também admitida pelo ordenamento norte-americano para autorizar atos restritivos à concorrência, nos termos do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia⁷¹. A concessão de autorizações tem sido o modelo principalmente utilizado pelas normas antitruste brasileiras, sem prejuízo das isenções das leis antitruste postas implícita e explicitamente em outros textos normativos⁷².

⁶⁸ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 33.

⁶⁹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 84.

⁷⁰ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 188.

⁷¹ Artigo 101 (ex-artigo 81º TCE) 1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: (...)3. As disposições no nº 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis: (...) - a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas; - a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas; e - a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertada

⁷² FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 188.

A regra da razão decorre da influência norte-americana apesar de o Sherman Act não prever expressamente qualquer válvula de escape ao sistema antitruste norte-americano. De acordo com essa técnica, qualquer conduta restritiva à concorrência, mesmo que benéfica ao sistema seria considerada ilícita. Desta forma, à medida que a aplicação literal da norma acabou trazendo distorções ao sistema, muitos começaram a recorrer ao judiciário⁷³. A interpretação do judiciário norte americano era, inicialmente, literal e restritiva, sob o fundamento de que alargar as condutas que poderiam ser consideradas razoáveis à concorrência poderia provocar insegurança jurídica ao sistema, impedindo a aplicação da regra da razão. No entanto, essa interpretação foi perdendo força, e no caso *United States v. Joint Traffic Association* o juiz Peckham adotou pela primeira vez a chamada regra da razão. A regra consistia em que o Sherman Act vedasse apenas e tão somente, as restrições suportadas direta e efetivamente pelo comércio, e nos casos onde os efeitos da prática fossem indiretos e incidentais essa conduta não estaria incluída na proibição legal⁷⁴.

Como visto inicialmente, a interpretação dada pela Corte norte-americana em relação ao Sherman Act estava dividida entre aqueles que defendiam a interpretação literal dos dispositivos previstos na Lei, dentre os quais se destaca o Juiz Peckham, e aqueles que afirmavam que o Sherman Act vedava somente as práticas que restringissem a concorrência de forma não razoável. No entanto, com a decisão do caso *Standard Oil of New Jersey v. United States* a corte decidiu consolidar os precedentes e assentar de forma clara os fundamentos da regra da razão. O Sherman Act, no entender de White, não restringia o direito de celebrar contratos, mas, pelo contrário, pretendia proteger aquele comércio de práticas que implicassem em prejuízo ao livre comércio⁷⁵. Em que pese o direito da concorrência, assim como as medidas de defesa comercial guardarem relação estreita com a ciência econômica, a utilização da análise econômica importada pelos Estados Unidos da América e pela Europa deve passar por uma adaptação à realidade brasileira, o que significa dizer que deve passar

⁷³ Entre os principais casos podem ser citados o *United States v. Trans Missouri Freight Association* (166 U.S. 290-1897). No caso, julgava-se a licitude de uma acordo celebrado entre várias companhias do mercado de estradas de ferro que formaram um cartel para se protegerem. A decisão do Juiz Peckham declarou que apenas as práticas expressas no Sherman Act poderiam ser consideradas lícitas por implicar restrição razoável da concorrência. Na fundamentação o Juiz observou que a adoção extensiva de tais argumentos poderia acarretar em maior insegurança jurídica ao sistema.

⁷⁴ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 190.

⁷⁵ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 190.

por testes de eficácia de representação para que seja útil operacionalizar o exercício da regra da razão nos debates em casos concretos segundo as normas previstas no direito brasileiro⁷⁶.

Esta válvula de escape no sistema norte americano é bastante abrangente e beneficia diversos setores da economia, os quais ganham imunidade por força destas isenções legais. Como observa Paula Forgioni, a razão que explica a concessão de isenções a determinadas economias em detrimento de outras, favorecendo a adoção de medidas conflitantes em relação à defesa da concorrência pode ser desde pressões sobre o Congresso (lobby), monopólios naturais, tutela dos consumidores, salvaguarda de determinado segmento econômico, entre outras⁷⁷.

O aumento da concorrência, dentre outros efeitos já mencionados, determina a gradativa redução dos custos de produção, assim como dos preços. No entanto, tal prática, em determinados setores da economia, pode trazer prejuízos ao mercado. Nesses setores as isenções são utilizadas para afastar ou arrefecer o ímpeto das normas de defesa da concorrência e possibilitar o funcionamento do setor segundo uma lógica particular, não baseada, necessariamente, nos pressupostos previstos pela regra antitruste⁷⁸.

Nos Estados Unidos, setores da economia como as cooperativas agrícolas, transporte marítimo, sindicatos e companhias de seguro são abrangidos por isenções deste tipo, as quais têm sido cada vez mais vistas com reserva, até mesmo porque favorecem a formação dos cartéis de exportação. As isenções podem estar previstas expressamente em normas propostas pelo Congresso norte americano ou serem abstraídas a partir da interpretação sistemática dos textos normativos. Segundo a Corte Suprema, de acordo com o caso *United States v. Philadelphia Nat. Bank*⁷⁹, a incidência da norma concorrência apenas será afastada nos casos em que exista plena repugnância entre a norma antitruste e a norma que regulamenta as isenções⁸⁰. Nos casos em que ainda persista conflito entre as normas de defesa da concorrência e as isenções, a Corte americana consolidou o precedente *Columbia v. Omni*

⁷⁶ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123

⁷⁷ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 194.

⁷⁸ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 194.

⁷⁹ *United States v. Philadelphia Nat. Bank*, 374 U.S. 321 (1963).

⁸⁰ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 195.

Outdoor Advertising, Inc.⁸¹ reconhecendo que a concorrência determina o andamento do mercado e que, nas hipóteses em que a aplicação das normas não produza efeitos favoráveis ao interesse comum, não deverá ser aplicada a norma de defesa da concorrência.

O sistema europeu, por sua vez, adota o sistema das isenções como o principal mecanismo para flexibilizar a aplicação de suas normas. De acordo com o artigo 101, número 1 do TFUE são incompatíveis com o mercado interno, as práticas que possam prejudicar o comércio entre os Estados-membros e falsear a concorrência. Porém, essas mesmas práticas podem ser autorizadas caso seja demonstrado que tais práticas favoreçam a melhoria da produção, a distribuição de bens ou o progresso técnico ou econômico⁸² nos termos do artigo 101, número 3. Desta forma, o artigo 101, número 1, estabelece a nulidade de qualquer operação de incorporação de empresas ou qualquer prática que prejudique a concorrência, a qual, no entanto, poderá ser isentada de sanção se comprovadamente contribuir para o desenvolvimento tecnológico e econômico do mercado europeu. Dentre outras condições, as isenções apenas poderão ser conferidas se a prática não impuser prejuízos ou quaisquer restrições às empresas indispensáveis aos objetivos do mercado interno e tampouco possibilitar a eliminação substancial da concorrência nos mercados afetados⁸³.

No ordenamento jurídico brasileiro são vedadas as condutas que provoquem prejuízo a livre concorrência, aumento arbitrário dos lucros e abuso do poder dominante. Assim como acontece nos sistemas norte-americano e europeu, o sistema brasileiro admite o caráter instrumental das normas de defesa da concorrência. Portanto, condutas que representem significativo aumento da concentração, mas que justificadamente possibilitem o aumento da produtividade e a melhoria da qualidade dos produtos desenvolvidos e que não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial do mercado poderão ser lícitas desde que aprovadas previamente pelo CADE⁸⁴.

A segunda válvula de escape é o chamado conceito elástico de mercado relevante. Muito embora a Lei Federal nº 8.884, de 1994, tenha introduzido a expressão mercado

⁸¹ Columbia v. Omni Outdoor Advertising, Inc, 499 U.S. 365 (1991)

⁸² FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 198

⁸³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 199.

⁸⁴ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 205.

relevante, o conceito não foi delimitado, permitindo uma ampla margem de interpretação da norma. Mercado relevante, de acordo com Paula Forgioni, é aquele onde se travam as relações de concorrência ou onde atuam os agentes econômicos cujo comportamento está sendo analisado⁸⁵.

No entanto, à medida que para caracterizar um ilícito é necessário definir o mercado relevante, tal definição se mostra fundamental seja para analisar a concorrência interna seja para considerar uma conduta externa contrária a concorrência. Parte-se do pressuposto de que o mercado relevante é aquele onde determinado agente econômico atua e, conseqüentemente, onde este concorre. Então a busca pelo mercado relevante, passa pela identificação das relações de concorrência em que esse agente econômico participa⁸⁶.

O mercado relevante admite duas classificações. O mercado relevante geográfico corresponde ao espaço físico onde se desenvolvem as relações de concorrência e onde suas condutas podem surtir efeitos. A extensão do mercado relevante geográfico pode ser determinada pelo hábito dos consumidores, a incidência dos custos de transporte, características do produto, os incentivos de autoridades locais, a existência de barreiras à entrada de novos agentes econômicos e, por fim, a taxa de câmbio praticada pelo país.

O mercado relevante material, ou do produto, por outro lado, é considerado aquele onde o agente econômico enfrenta a concorrência e, assim como o mercado relevante geográfico, é definido pela identificação das relações de concorrência. Um dos indicadores utilizados para identificar o mercado relevante material é se o consumidor estaria disposto a substituir determinado produto por outro. Sendo a resposta afirmativa, o mercado relevante material poderia ser definido através da sua fungibilidade ou substitubilidade⁸⁷.

No Brasil, o caso envolvendo a operação de incorporação da marca Mate Leão pela Coca Cola revela um exemplo clássico da definição do mercado relevante material. Caso o chá mate e a ice tea, cujo controle pertence ao Grupo Unilever, fossem considerados concorrentes, haveria concentração de mercado, pois ambos os produtores poderiam ser

⁸⁵ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 209.

⁸⁶ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 11.

⁸⁷ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 219.

considerados substitutos. No entanto, a Coca Cola e a Mate Leão não mantinham entre si relação de concorrência. Assim o CADE definiu o mercado relevante de forma mais restrita, limitando a abrangência para o mercado de chás prontos e guaranás não gaseificados e, por fim, permitiu a operação.

Após a análise dos conceitos de mercado relevante geográfico e material não resta dúvida que a delimitação do mercado relevante é uma ferramenta para identificar os limites de competição entre as companhias e deve dar-se de forma instrumental⁸⁸. Nos Estados Unidos da América, o método usualmente aplicado é conhecido como teste do monopolista hipotético, onde são observados pela autoridade antitruste, os efeitos do aumento do nível dos preços para definir o mercado relevante. Assim, enquanto um pequeno aumento do preço não desloca o consumo para outro tipo de produto, não há que se estabelecer restrição ao mercado relevante. Porém, nos casos em que a alteração dos preços desloca o consumo de determinado produto para outro cujo consumo em condições era preterido, estamos diante de um sinal de abuso do poder dominante. Na Europa, a definição do mercado relevante passa tanto por uma definição da dimensão geográfica quanto pela identificação do produto, o que permite analisar as quotas de determinados produtos e a própria elasticidade cruzada do preço praticado.

A terceira e última válvula de escape que será analisada é o chamado jogo do interesse protegido. De acordo com este instrumento as decisões da autoridade antitruste podem ser consideradas apropriadas segundo o interesse jurídico ora pretendido. Com a aplicação dessa válvula de escape, identificam-se os interesses existentes e aplica-se a tutela para a defesa de apenas um deles, afastando os demais interesses⁸⁹. A aplicação do jogo do interesse protegido permite, por exemplo, que se autorize o aumento da concentração em determinado segmento econômico em nome do interesse nacional, mesmo que em detrimento do direito do consumidor ou outro direito igualmente protegido por nosso ordenamento.

Ora, em que pese o sistema de defesa da concorrência e a doutrina reconheçam o caráter instrumental das normas que regulamentam as práticas dos agentes econômicos, impende ao Poder Público avaliar e reconhecer se as condutas podem provocar dano efetivo ou potencial à economia doméstica. Não obstante o caráter instrumental das políticas de

⁸⁸ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 225.

⁸⁹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 219.

defesa da concorrência, a aplicação das normas antitruste apresentam limitações. Uma das principais limitações ao direito da concorrência está na impossibilidade de sua aplicação extraterritorial. As legislações nacionais possuem seu âmbito de aplicação restrito, sendo eficazes apenas dentro dos limites dos territórios nacionais. No entanto, com o crescimento do comércio internacional, as empresas passaram a ter atuação transfronteiriça, não estando mais limitadas ao limite dos Estados. Assim, em não havendo uma regulamentação internacional para proteção da concorrência, os Estados buscam alternativas em aplicar sua própria legislação de forma extraterritorial.

Ora, porque a concorrência não é um valor em si? Por vezes, a norma pode conduzir a prejuízos econômicos, mas quais elementos importam a essa análise? Os aspectos internos dos mercados serão equivalentes? A concorrência é considerada no interior do Estado. À medida que se afastam das fronteiras, questões microeconômicas, reconhecidas usualmente pelo direito da concorrência, passam a dar lugar a questões macroeconômicas como a balança comercial. Porém, limitar a eficácia da concorrência ao mercado interno é suficiente para afastá-la da de defesa comercial e suas repercussões internas e externas?

De acordo com o princípio da territorialidade, um Estado está autorizado à regular os fatos que ocorrem dentro de seu território e a garantir a execução de suas regras. Assim, qualquer fato ocorrido total ou parcialmente dentro dos limites do território, está sujeito à aplicação das normas nacionais, sendo adotado o local do acontecimento como elemento de conexão⁹⁰. O princípio da territorialidade estabelece a possibilidade de aplicar as normas de defesa da concorrência para o controle das condutas praticadas no interior do território dos Estados. A partir desse princípio é que foi instituída a chamada teoria dos efeitos. De acordo com essa teoria, as condutas que, mesmo praticadas no exterior, produzam efeitos contrários à concorrência no mercado nacional, podem ser submetidas à apreciação das autoridades antitruste.

A primeira solução para o problema da aplicação extraterritorial das legislações de defesa da concorrência foi formulada a partir do caso *United States v. Aluminium Corp. of America (Alcoa)*, julgado em 1945 e que instituiu a teoria dos efeitos⁹¹. Através dessa teoria,

⁹⁰ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da Concorrência: Entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 35.

⁹¹ Fazer nota descrevendo o caso.

é admitida a aplicação extraterritorial das normas nacionais de defesa da concorrência. Assim, ainda que as práticas limitadoras da concorrência sejam praticadas no exterior, estão abrangidas pela norma nacional quando seus efeitos fossem observados no território em que a norma é aplicável⁹². No caso, o Sherman Act foi aplicado para conter os prejuízos ocasionados pela prática ocorrida no exterior, passando a ser reconhecida desde então a aplicabilidade da lei norte americana de defesa da concorrência sobre as condutas de importação ou exportação que afetem seu mercado interno.

O precedente formado pelo caso Alcoa influenciou diversos ordenamentos. No Brasil, a Lei 12.529, de 2011, estabelece a possibilidade de aplicação extraterritorial em relação às práticas que, mesmo produzidas no exterior, produzam ter como efeito concreto ou potencial a limitação da concorrência no Brasil. O Brasil, assim como outros Estados-partes do MERCOSUL, como será observado com mais vagar no próximo tópico, passou a desenvolver o direito da concorrência a partir da abertura comercial ocorrida na década de 90. Nesse sentido, até a promulgação da Lei 8.884, de 1994, predominava no Brasil uma política essencialmente protecionista e com extensiva regulação da indústria. Porém a partir da promulgação dessa, observa-se a influência da lei norte americana e a incorporação da teoria dos efeitos no nosso ordenamento jurídico. No entanto, apesar de diversos estudos realizados pelo CADE nos procedimentos sobre a incorporação de cervejarias nacionais, como o caso Gerdau-Pains entre outros, a legislação antitruste brasileira nunca foi aplicada extra territorialmente, possivelmente em razão da falta de uma cultura concorrencial no Brasil assim como da inexistência de tradição na aplicação extraterritorial de suas leis⁹³.

Ainda assim, a teoria dos efeitos é o principal instrumento para suprir as lacunas da inexistência de um direito internacional da concorrência ou para conter a ocorrência de práticas anticompetitivas vindas do exterior. Sua aplicação decorre diretamente do princípio da territorialidade que possibilita a abrangência da norma nacional de defesa da concorrência sobre os efeitos das práticas realizadas por um Estado, à luz do direito internacional, sobre outro.

⁹² JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da Concorrência: Entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 37.

⁹³ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da Concorrência: Entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 129.

No entanto, a aplicação da teoria dos efeitos encontra limitações. Além de ser questionada a compatibilidade da teoria dos efeitos com os princípios de direito internacional, entre os quais, o princípio da proibição de abuso do poder do Estado e da não interferência nos assuntos internos de outros Estados, a aplicação extraterritorial do direito da concorrência com base na teoria dos efeitos não é eficaz em relação às práticas contrárias a concorrência ocasionados pelas empresas nacionais no exterior⁹⁴. Assim, caso os atos de uma empresa ocasionem apenas prejuízos à concorrência em mercados estrangeiros, eles não estarão sujeitos à legislação de defesa da concorrência, o que permite, por exemplo, a atuação de cartéis voltados à exportação. Além dos cartéis de exportação, a adoção de outras medidas protecionistas como a adoção arbitrária de medidas de defesa comercial pra inibir as exportações dos Estados também não está sujeita ao controle das normas de defesa da concorrência.

Vemos que a concorrência alcança espaços externos em determinadas situações. Mas porque sua eficácia é sempre restrita? Serão questões políticas que afastam a concorrência de um ordenamento internacional? A teoria dos efeitos é o primeiro passo da concorrência em direção a um ordenamento multilateral que será construído. Concluindo as perspectivas admitidas internamente, passamos a analisar os aspectos regionais e multilaterais da defesa da concorrência.

1.1.2. ASPECTOS REGIONAIS E MULTILATERAIS DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Como visto, as normas internas de defesa da concorrência tem eficácia apenas em relação às condutas praticadas pelo agente econômico no mercado interno ou excepcionalmente quando as condutas praticadas fora das fronteiras dos Estados tenham impacto no mercado interno por força da aplicação da teoria dos efeitos. Externamente, no entanto, não há uma norma de defesa internacional da concorrência que harmonize e regulamente quais condutas são contrárias a concorrência internacional. A norma de defesa da concorrência usualmente, por si só, nem mesmo faz distinção entre os institutos da lei aplicável e da jurisdição competente. A esse respeito, quando a norma antitruste brasileira, por exemplo, faz menção às práticas cometidas no território ou que nele produzam efeitos,

⁹⁴ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da Concorrência: Entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 39.

estabelece que o Brasil tem jurisdição para julgar os atos praticados no exterior, mas que gerem efeitos junto ao mercado nacional, confundindo assim os conceitos de jurisdição e de lei aplicável⁹⁵.

Com a necessidade dos Estados regulamentarem fenômenos ocorridos no exterior, muitos doutrinadores passaram a se dedicar a encontrar elementos de conexão que possibilitassem a aplicação extraterritorial do direito da concorrência. Inicialmente, essa prática serviu para estender os efeitos da norma nacional em matéria penal a partir do Caso *Lótus*⁹⁶. O Caso *Lótus* foi julgado pela Corte Permanente Internacional de Justiça, em 1927, tendo envolvido a França e a Turquia. No caso, estava em análise a competência para o julgamento de crimes praticados em alto-mar. Ao longo do julgamento, os princípios de direito internacional foram ponderados e concluiu-se em favor da competência da Turquia, tendo em vista que os efeitos dos danos causados pelo abalroamento dos navios atingiu principalmente o litoral turco⁹⁷. Posteriormente, a doutrina norte americana passou a adotar o precedente criado pelo caso *Lótus* não apenas para assegurar a aplicação extraterritorial do direito penal, como também para a aplicação extraterritorial de outras normas. O primeiro caso em que foi aplicada a teoria dos efeitos para autorizar a aplicação extraterritorial do direito da concorrência foi o caso *United States v. Aluminium Corp. of America (Alcoa)*.

A partir do caso *United States v. Aluminium Corp. of America (Alcoa)*, a doutrina passou a admitir a aplicação extraterritorial do direito nacional de defesa da concorrência. De acordo com a decisão, os comportamentos que repercutissem efeitos no mercado norte-americano de importação ou exportação estariam amparados pelo *Sherman Act*⁹⁸. A teoria dos efeitos, como ficou conhecida, decorre da interpretação do princípio da territorialidade e é amplamente aplicada por diversos ordenamentos jurídicos incluindo o Brasil.

⁹⁵ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 449.

⁹⁶ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da Concorrência: Entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 34.

⁹⁷ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *História do Direito Internacional: O caso Lótus (1927)*. Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/2560/1553>> Acesso em 30 de abril de 2012, p. 42.

⁹⁸ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da Concorrência: Entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 37.

No entanto, nem mesmo a aplicação extraterritorial do direito da concorrência permite a proteção efetiva dos Estados em relação às práticas cometidas apenas no exterior.⁹⁹ Como visto no tópico antecedente, a aplicação da teoria dos efeitos possui diversas limitações. Os Estados Unidos da América, por exemplo, através do Webb-Pomerane Act e do Export Trading Company Act estabelecem que as empresas americanas cuja produção seja voltada exclusivamente à exportação, são isentas da incidência da Lei Antitruste, desde que não produzam efeitos contrários à concorrência no mercado interno¹⁰⁰. O Export Trading Company Act foi criado com o fim de proteger os chamados cartéis de exportação e favorece as empresas americanas cujas produções são destinadas exclusivamente à exportação e retrata o comportamento protecionista dos americanos à medida que a legislação antitruste norte americana prejudica a capacidade das empresas nacionais ampliarem suas exportações através de mecanismos de cooperação ou da competição agressiva no plano internacional, em uma clara manifestação que o direito concorrencial americano tem como objetivo impor os interesses nacionais em detrimento dos interesses estrangeiros¹⁰¹.

Como se observa, as limitações da aplicação internacional do direito da concorrência favorecem práticas anticoncorrenciais, e apesar dos avanços observados nos regulamentos multilaterais para liberalização do comércio, não há qualquer regulamento internacional que assegure a livre concorrência internacional. Muito embora a própria Carta de Havana elaborada em 1947 incorporasse em seu texto dispositivos para proteção do direito internacional da concorrência, esses não foram adotados. Apenas parte de seu conteúdo foi adotado consensualmente pelos Estados signatários da Carta de Havana, deixando de lado os dispositivos concernentes à proteção da concorrência internacional e a possibilidade dos Estados contarem com um regulamento multilateral de defesa da concorrência. O direito internacional da concorrência pode ser considerado como um segmento especial do direito internacional e exerce, ao lado do direito do comércio internacional, importante papel para o desenvolvimento dos Estados e do comércio com bases mais seguras, contribuindo para o desenvolvimento econômico e para a promoção do bem estar de toda a sociedade¹⁰².

⁹⁹ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da Concorrência: Entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 39.

¹⁰⁰ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito Antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2007, p.103.

¹⁰¹ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito Antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá. 2007, p. 65.

¹⁰² MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito Internacional da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 43.

Frederico do Valle Magalhães Marques observa que mesmo que exista uma completa e eficiente legislação nacional de defesa da concorrência, essa não é suficientemente capaz de combater as práticas privadas restritivas ao comércio internacional, tornando fundamental a adoção de normas na esfera internacional¹⁰³. Considerando as limitações à aplicação das normas nacionais de defesa da concorrência, a inexistência de um regulamento multilateral de defesa da concorrência impede a proteção dos mercados internos em relação aos cartéis de exportação e da própria utilização abusiva de medidas de defesa comercial, as quais têm sido aplicadas com objetivos protecionistas. Assim, é imprescindível a formação de um sistema mundial de proteção da concorrência para conter as práticas contrárias à concorrência surgidas através do comércio internacional. Ainda que não existam instrumentos cogentes para a tutela da concorrência internacional, passa-se a analisar como o tema é tratado pelas organizações internacionais, assim como no âmbito de blocos regionais. Com as relações comerciais deixando as fronteiras delineadas geograficamente pelos Estados, surgem conflitos positivos de competência que impõe o aprimoramento da regulamentação. A União Europeia incorporou a defesa da concorrência como uma de suas liberdades fundamentais e a própria Organização Mundial do Comércio contribuiu com o desenvolvimento do tema através da criação do Grupo de Trabalho sobre Interação entre o Comércio e a Política de Concorrência da OMC entre outras iniciativas desenvolvidas no âmbito de blocos regionais ou organizações internacionais, que passarão a ser analisadas.

Além da influência das organizações internacionais para ampliar o corpus iuris do direito internacional, a formação de blocos regionais também contribuir para provocar modificações no direito internacional contemporâneo. Assim como as organizações internacionais, os blocos regionais tem em si o propósito de aumentar o comércio entre os países signatários dos acordos, reduzir a tensão entre os Estados em razão do aumento da interdependência que o comércio traria a esses. O MERCOSUL e a União Europeia possui regulamentos específicos para a tutela da concorrência, porém, dado ao próprio desenvolvimento de cada um dos blocos regionais, sua efetividade é diversa.

Os artigos 101 e 102 do Tratado sobre Funcionamento da União Europeia - TFUE, os quais substituíram os artigos 81 e 82 do Tratado da Comunidade Europeia e contêm o núcleo

¹⁰³ MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito Internacional da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 342.

do direito comunitário da concorrência. Eles estabelecem a possibilidade de o Tribunal de Justiça da União Europeia aplicar extra territorialmente o direito comunitário em relação às condutas que produzem efeitos no mercado europeu¹⁰⁴. Como abordado anteriormente, o direito comunitário contrapõe-se à Escola de Chicago, tendo no pensamento ordoliberal da Escola de Freiburg seus principais pressupostos¹⁰⁵. De acordo com essa Escola, a garantia da competição é fundamental para o mercado. Enquanto os artigos 81 e 82 do Tratado da Comunidade Europeia estabeleciam as regras materiais do direito comunitário da concorrência, o Regulamento 139/2004 determinava as normas processuais. A União Europeia aplica extra territorialmente as normas de acordo com o princípio dos efeitos à luz da teoria da unidade econômica da empresa, isto é, para coibir atos de filiais situadas em território comunitário determinados por empresas situadas em terceiros países¹⁰⁶. A teoria dos efeitos, nos moldes em que é aplicada pelos Estados Unidos da América é alvo de inúmeras críticas de doutrinadores comunitários à medida que não leva em consideração os princípios de direito internacional, conforme preceituam Friedel Souchu¹⁰⁷ e Valéria Silva¹⁰⁸.

Nesse sentido, assim como se observa na legislação norte-americana e em outros ordenamentos, o direito comunitário traz os limites que a União Europeia se propõe a respeitar no exercício extraterritorial de sua jurisdição, o que inclui a aplicação das normas de defesa da concorrência¹⁰⁹. A crítica a este posicionamento da União Europeia está na exclusão do comércio exterior do campo de aplicação do direito comunitário¹¹⁰. Assim, as normas comunitárias de defesa da concorrência não protegem países externos à União Europeia de eventuais prejuízos. A este respeito, merece apreço a conclusão de Von Meibon e Geiger ao afirmar que “o direito da concorrência se baseia também no denominado princípio de San

¹⁰⁴ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da Concorrência: Entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 38.

¹⁰⁵ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da Concorrência: Entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 88.

¹⁰⁶ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da Concorrência: Entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 102.

¹⁰⁷ FRIEDEL-SOUCHU, Evelyne. *Extraterritorialité du Droit de la concurrence aux Etat-Unis et dans la Communauté Européenne*, p. 77 e 80 Apud JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da Concorrência: Entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 104.

¹⁰⁸ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito Antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 225. Apud JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da Concorrência: Entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 105.

¹⁰⁹ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da Concorrência: Entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 39.

¹¹⁰ FRIEDEL-SOUCHU, Evelyne. *Extraterritorialité du Droit de la concurrence aux Etat-Unis et dans la Communauté Européenne*, p. 77 e 80 Apud JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da Concorrência*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 40.

Florian, isto é, o de rejeitar algo ruim para si próprio, sem levar em conta que esta ação prejudicará ao próximo”¹¹¹. O artigo 81 do Tratado da Comunidade Europeia, o qual corresponde ao artigo 101 do TFUE, proíbe as práticas entre empresas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros ou que tenham por objetivo restringir ou falsear a concorrência como acordos de fixação de preços, quotas de produção ou acordos sobre a transferência de tecnologia¹¹². O artigo 102 do TFUE, por sua vez, proíbe que uma ou mais empresas exerçam de forma abusiva posição dominante no mercado interno.

O TFUE veda os acordos entre empresas que possam prejudicar o comércio entre os Estados-membro que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno (artigo 101) e coíbe o abuso da posição dominante na medida em que esse possa ser prejudicial ao comércio (artigo 102). Na União Europeia, a disciplina da concorrência, assim como nos Estados Unidos da América e no Brasil, é instrumental e tem seus objetivos delimitados especialmente no artigo 3º do Tratado da União Europeia (TUE) que estabelece que a ilicitude ou efeito das práticas somente serão proibidas se prejudicarem o comércio entre os Estados-membros ou especificamente no caso de acordos entre empresas com objetivo de restringir a concorrência no mercado interno¹¹³.

A União Europeia sempre teve a formação de seu mercado interno baseada na livre concorrência entre os produtores de mercadorias e serviços, e nesse sentido, uma política da concorrência sempre foi considerada essencial no direito comunitário para favorecer a eficiência econômica e proteger os consumidores. De acordo com o TUE, a União Europeia, com respaldo do Tribunal de Justiça, possui responsabilidade e exerce controle sobre a livre concorrência, e orienta o desenvolvimento da disciplina por determinados eixos. O primeiro deles estabelece que a política europeia da concorrência tem como objetivo evitar a monopolização de determinados mercados impedindo que as empresas partilhem o mercado entre si através de acordos protecionistas.

¹¹¹ VON MEIBON, Wolfgang; GEIGER, Andreas. *Un Derecho de la competencia mundial como ultima ratio*, p. 41 Apud JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da Concorrência: Entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 40.

¹¹² D'ARCY, François. *União Europeia: Instituições, políticas e desafios*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, 2002. p. 110.

¹¹³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 131.

Em segundo lugar, a política europeia da concorrência procura evitar o abuso de posição dominante, assim compreendida a condição de supremacia econômica de determinada empresa que impede a concorrência efetiva no mercado. De acordo com as normas comunitárias há posição dominante quando o comportamento da empresa é capaz de exercer influência à estrutura do mercado. Para evitar a criação de posições dominantes, as operações que envolvam a fusão ou incorporação de empresas são controladas, sendo vedadas as operações que criem ou reforcem uma posição dominante ou resultem entraves significativos a concorrência efetiva no mercado interno¹¹⁴.

Além disso, a política comunitária de defesa da concorrência visa também impedir os auxílios estatais que falseiem a concorrência, sendo as normas comunitárias de defesa da concorrência aplicáveis às empresas públicas e àquelas com as quais os Estados-membros mantenham contratos cedendo direitos especiais, os quais devem passar pela análise da comissão e serem aprovados antes de sua execução¹¹⁵. Assim, como se observa, as alterações propostas na legislação de defesa da concorrência europeia favorece o livre comércio e suplantam a aplicação das normas de defesa comercial. Estudos recentes realizados por representantes de Estados-membros da União Européia sobre a política comercial externa comum apontam a necessidade de revisão das normas de aplicação de medidas antidumping e sugerem, inclusive, a substituição das normas antidumping pelas normas de defesa da concorrência nas relações comerciais realizadas pelos Estados-membros do Bloco¹¹⁶. O argumento defendido pela doutrina, a este respeito, é que as normas antidumping demonstram ter caráter meramente protecionista e merecem nova regulamentação. Este assunto será analisado com maior profundidade no segundo capítulo do presente trabalho, razão pela qual, não será esgotada aqui a análise do tema. O tema demonstra ser de extrema relevância à medida que o clamor por reforma das normas que regulamentam a aplicação de medidas antidumping não parte apenas de Estados, uma vez que já foi apontado pelas Nações Unidas como um dos principais temas para reforma em relação ao comércio internacional¹¹⁷.

¹¹⁴ D'ARCY, François. *União Européia: Instituições, políticas e desafios*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, 2002, p. 112.

¹¹⁵ D'ARCY, François. *União Européia: Instituições, políticas e desafios*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, 2002, p. 112.

¹¹⁶ NORDSTRÖM, Hakan, *Antitrust instead of antidumping in the community's bilateral trade agreements*. Estocolmo: Kommerskollegium: National Board of Trade, 2011. Disponível em: <http://www.kommers.se/upload/Analysarkiv/In%20English/Analyses/LS%20Antitrustandantidumping_1.pdf>. Acesso em 2 de outubro de 2012, p.1.

¹¹⁷ UNCTAD. United Nations Conference on Trade and Development. *Preparing for Future Multilateral Trade Negotiations: Issues and research needs from a development Perspective*. Genebra, UNCTAD, 1999, p. 118.

Diferentemente da União Europeia, a qual constituirá união política total, o MERCOSUL esta em uma das primeiras etapas do processo de integração e sendo atualmente classificado como uma união aduaneira incompleta. Enquanto que o Tratado de Roma de 1957 constituiu a Comunidade Econômica Europeia sob a égide de um direito supranacional, o Tratado de Assunção não tratou especificamente de regras comunitárias sobre concorrência no mercado comum, delegando essa tarefa aos Estados-partes¹¹⁸. Posteriormente, os países signatários ratificaram o Protocolo de Fortaleza em 17 de dezembro de 1996, internalizado em nosso ordenamento através do Decreto Federal nº 3.602 de 18 de setembro de 2000, o qual estabeleceu diretrizes para a defesa da concorrência no MERCOSUL. De acordo com o artigo 1º do Protocolo de Fortaleza, as regras de defesa da concorrência previstas no Protocolo serão aplicadas aos atos praticados por pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, ou outras entidades, que tenham por objeto produzir, ou que efetivamente produzam, efeitos sobre a concorrência no MERCOSUL e que afetem o comércio entre os Estados-partes. A competência para examinar as condutas potencialmente lesivas à concorrência era da Comissão de Comércio do MERCOSUL e do Comitê de Defesa da Concorrência, o qual era formado pelos órgãos nacionais de defesa da concorrência, e as sanções previstas no Protocolo diziam respeito à imposição de multas, proibição de participar de procedimentos de compra pública e contratar linhas de créditos com instituições financeiras públicas de quaisquer Estados.

Um dos obstáculos para a aplicação do Protocolo de Fortaleza de 1996 foi a falta de harmonização das normas de defesa da concorrência nos Estados-parte. O Protocolo de Fortaleza não traz de forma clara uma delimitação das competências nacional e regional para evitar eventuais conflitos de competências que se formassem no bloco. Outro problema era a inexistência de regras de direito material sobre a matéria, que limita o desenvolvimento da matéria, assim como a falta de maturidade do processo de integração e de uma cultura de defesa da concorrência para permitir a formação de uma autoridade supranacional¹¹⁹. Os procedimentos previstos pelo Protocolo de Fortaleza deveriam ser instaurados pelas autoridades nacionais antitrustes antes de serem encaminhadas ao Comitê de Defesa da Concorrência. No entanto, à medida que a legislação não estava harmonizada, sendo inclusive

¹¹⁸ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 271.

¹¹⁹ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 274.

inexistente em determinados Estados-partes, o procedimento acabava tendo pouca efetividade.

Considerando que, desde a promulgação do Protocolo de Fortaleza e durante a sua vigência, houveram poucos avanços em razão dos obstáculos e do desequilíbrio dos Estados-partes, o Conselho do Mercado Comum publicou a decisão MERCOSUL/CMC/Dec 43 de 2010, a qual aprovou o Acordo de Defesa da Concorrência no MERCOSUL e derogou as Decisões CMC 18 de 1996 e 2 de 1997, a saber, o Protocolo de Fortaleza e um de seus anexos. A Decisão MERCOSUL/CMC/Dec 43 de 2010 não necessita ser internalizada pelos Estados-partes tendo em vista que regulamenta aspectos da organização ou do funcionamento do MERCOSUL¹²⁰. Em relação ao Protocolo de Fortaleza, derogado pela referida Decisão, foram acrescentados alguns instrumentos tais como a possibilidade de realização de consultas às autoridades dos Estados-partes sobre casos envolvendo a concorrência no interior do Bloco.

Com a nova regulação, o MERCOSUL consolidou o marco regulatório sobre a defesa da concorrência e estabeleceu as condutas e práticas restritivas da concorrência e os procedimentos de aplicação das normas de defesa da concorrência no interior do bloco regional, os quais podem inclusive ser realizados através de atividades de cooperação técnica conjunta e intercâmbio de informações entre os Estados-partes. A defesa da concorrência no MERCOSUL, no entanto, parece ser ainda bastante incipiente. Além da falta de efetividade que as normas regionais para defesa da concorrência e de problemas institucionais ainda existentes no interior do Bloco, a regulamentação da matéria no ordenamento interno dos Estados-partes ainda não esta harmonizada, dificultando o amadurecimento de uma política e cultura que privilegie a defesa da concorrência no interior do Bloco.

A criação de um direito internacional da concorrência, segundo Jaeger, que pudesse ser executável por um tribunal internacional após a conclusão dos processos administrativos e judiciais dos Estados, permitiria a aplicação uniforme do direito da concorrência, assim como proporcionaria validade às decisões dos tribunais nacionais em todo o mundo¹²¹.

¹²⁰ Art. 4º - Esta Decisão não necessita ser incorporada ao ordenamento jurídico dos Estados Partes, por regulamentar aspectos da organização ou do funcionamento do MERCOSUL. (Decisão Mercosul/CMC/Dec 43 de 2010)

¹²¹ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da Concorrência: Entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 44.

Considerando as diferentes etapas em que o desenvolvimento das políticas de defesa da concorrência se encontra ao redor do mundo, uma solução seria a criação de um tribunal autônomo¹²². Ao encontro deste entendimento, o Grupo de Trabalho sobre Concorrência da Organização Mundial do Comércio afirma que as políticas de liberalização do comércio apenas terão efetividade se for implementada complementarmente uma política de defesa multilateral de defesa da concorrência¹²³. Enquanto a política de liberalização do comércio refere-se principalmente a ações governamentais, a política de defesa da concorrência foca na atividade e no comportamento das empresas privadas e no bem estar dos consumidores, orientando o mercado segundo os princípios do livre comércio e da livre concorrência.

Além disso, uma aproximação importante para o fortalecimento do direito da concorrência no cenário internacional seria a criação de um direito material único ou de uma forma de atribuir a uma nova organização a aplicação e a execução das normas de defesa da concorrência de acordo com uma corte multilateral de defesa da concorrência, assim como um conjunto de normas procedimentais para orientar a instrução dos processos junto a essa nova corte¹²⁴. Considerando a limitação à aplicação da teoria da extraterritorialidade às práticas levadas a efeito apenas fora das fronteiras dos Estados algumas condutas não estariam amparadas pelas normas de defesa da concorrência dos Estados. Jaeger observa que à medida que esses prejuízos não seriam considerados por uma lei nacional, esses atos não estariam sujeitos às legislações de defesa da concorrência¹²⁵ impondo o fortalecimento e a criação de normas substantivas de defesa da concorrência internacional para preencher as lacunas existentes nas normas do comércio internacionais. Eduardo Gaban ressalta, por sua vez, a importância dos Estados-membros adotarem uma modalidade de cooperação voluntária. Nas próximas reuniões da OMC, estes países podem, inclusive, defender a notificação de cartéis para um órgão centralizado, evitando assim os custos para implementação de agências

¹²² BALDE, Alen. *Competition on the Global Market: A way Toward an Autonomous International Court for Global Competition Cases*. United Kingdom: Faculty of law, business and social science. Vol. 6, número 2, 2008, p. 214. Disponível em: < http://www.fm-kp.si/zalozba/ISSN/1581-6311/6_207-222.pdf>. Acesso em 5 de março de 2013.

¹²³ MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito Internacional da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 212.

¹²⁴ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da Concorrência: Entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 45.

¹²⁵ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da Concorrência: Entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 39.

autônomas para a defesa da concorrência o que também economizaria tempo para a formalização de acordos bilaterais de cooperação¹²⁶.

Na falta de uma organização própria para a defesa da concorrência, os Estados tem levado à Organização Mundial do Comércio - OMC, a qual incorpora o princípio da livre concorrência, os casos relacionados à defesa da concorrência. Um dos casos mais emblemáticos foi a disputa comercial entre os Estados Unidos da América e o Japão em relação à importação e a distribuição de filmes e papéis fotográficos no mercado japonês¹²⁷. O conflito teve início em junho de 1996 quando os Estados Unidos da América propuseram a abertura de consulta alegando que as práticas comerciais adotadas pelo Japão violavam o princípio do tratamento nacional previsto no artigo III do GATT e prejudicavam os produtos estrangeiros. As alegações dos Estados Unidos da América foram de que o Japão restringia a concorrência dos produtos estrangeiros através de restrições na comercialização dos produtos importados nas grandes lojas de departamento, assim como com a limitação do uso de canais de distribuição.

No entanto, a conclusão que os representantes da OMC chegaram foi de que os Estados Unidos da América não haviam demonstrado que as medidas adotadas pelo Japão anulava ou trazia prejuízos aos Estados Unidos da América em relação ao artigo III e XXIII do GATT. Como se pode observar, o tratado constitutivo da OMC, assim como os demais acordos que regulamentam o comércio internacional, à medida que defendem o livre comércio, também trazem dispositivos que favorecem a livre concorrência internacional, ainda que não exista um tratado específico para a regulamentação da matéria.

A Organização Mundial do Comércio tem como principal prerrogativa a regulamentação do direito do comércio internacional. Esse direito é composto, além dos tratados constitutivos da OMC, por um conjunto de princípios e diversos acordos internacionais, como, por exemplo, as normas de Direito Uniforme, a Convenção para Compra e Venda Internacional de Mercadorias da ONU, ratificada em 1981 e recentemente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 538, de 2012, e as leis nacionais que regem o comércio internacional o direito internacional privado material e os

¹²⁶ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 247.

¹²⁷ Dispute Settlement nº 44/1998. Disponível em: <www.wto.org> . Acesso em 8 de outubro de 2012

princípios do comércio internacional¹²⁸. As normas que compõem o sistema multilateral do comércio também são acompanhadas por uma série de costumes e princípios não escritos, reunidos na chamada Lex Mercatoria. A principal função do direito do comércio internacional é fornecer o aparato jurídico necessário à realização das negociações internacionais, promovendo, assim, a circulação de riquezas e o desenvolvimento econômico dos Estados¹²⁹.

Como observam Gesner de Oliveira e João Grandino Rodas, a OMC assenta-se sobre certos princípios do sistema multilateral do comércio, que, por seu turno, são pressupostos de uma eficaz complementação da defesa da concorrência¹³⁰. Frederico do Valle Marques estabelece que podem ser identificados atualmente como princípios gerais da OMC o princípio do livre comércio e o princípio da livre concorrência. Além desses, podem ser observados os princípios positivados da não discriminação, o princípio da reciprocidade, o princípio da transparência e o princípio do tratamento especial e diferenciado¹³¹. As propostas analisadas até agora no âmbito da Organização Mundial do Comércio não lograram êxito e estão suspensas até que seja concluída a Rodada de Doha.

O princípio da não discriminação¹³² ocupa papel central na regulamentação do comércio internacional e consiste em possibilitar o tratamento igualitário entre os Estados signatários do GATT/OMC, protegendo-os contra a ocorrência de concessões bilaterais e possibilitando a entrada de novos competidores no mercado internacional¹³³. O princípio da não discriminação foi, como dito, posteriormente separado em dois outros princípios, quais sejam: o princípio do tratamento nacional e o princípio da nação mais favorecida, contidos nos artigos 1º e 2º do GATT. Para o desenvolvimento do direito internacional da concorrência o princípio da não-discriminação e seus sub-princípios encontram papel de destaque nos trabalhos do Grupo de Trabalho sobre Interação entre o Comércio e a Política de

¹²⁸ MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito internacional da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 22.

¹²⁹ MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito internacional da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 22.

¹³⁰ OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 408

¹³¹ MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito internacional da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 162.

¹³² O princípio da não-discriminação está contido na segunda parte do prefácio do GATT 1947 e estabelece as diretrizes para a redução de barreiras tarifárias ao comércio, assim como a eliminação do tratamento discriminatório no comércio internacional. Agreement Establishing the World Trade Organization. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf>. Acesso em 20 de Agosto de 2008.

¹³³ MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito internacional da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 172.

Concorrência da OMC¹³⁴. O Grupo observou a necessidade de adesão destes princípios às políticas de concorrência para assegurar um tratamento igualitário para as empresas nacionais e estrangeiras em todas as jurisdições. No relatório produzido no ano de 2000 pelo Grupo de Trabalho sobre Concorrência foi ressaltado que o objetivo maior dos princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida é a promoção da igualdade de oportunidades competitivas para os Estados signatários e seus respectivos produtos, serviços e empresas. Esses princípios buscam a eliminação das distorções, no processo competitivo e não a garantia de resultados específicos no acesso a novos mercados¹³⁵. Já no preâmbulo do Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio de 1947, o princípio da não-discriminação estabelece aos membros o dever de eliminar o tratamento discriminatório nas relações comerciais internacionais.

Em outro trabalho idealizado em 1998, o Grupo observou o avanço das políticas nacionais de defesa da concorrência nos Estados, em especial nos países em desenvolvimento, como forma de promover crescimento econômico e social¹³⁶. No documento, os membros do Grupo observaram que o desenvolvimento de uma política de defesa da concorrência favoreceu o aumento da eficiência através do ajuste das margens de preço em diversos países, pela redução dos custos de produção e pelo incentivo ao desenvolvimento de novas tecnologias¹³⁷. Outro aspecto observado foi que a adoção de normas e políticas de defesa da concorrência são fundamentais para a proteção do bem estar do consumidor. Para alguns Estados, a adoção do critério do bem estar do consumidor no centro das políticas de defesa da concorrência pode, inclusive, evitar conflitos internacionais, sendo até mesmo considerado como um imperativo moral, segundo aponta o estudo¹³⁸. No entanto, os Estados signatários

¹³⁴ MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito internacional da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 162.

¹³⁵ MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito internacional da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 174.

¹³⁶ WTO. Working Group on the Interaction between and Competition Policy. *Synthesis paper on the relationship of trade and competition policy to development and economic growth*. Genebra: WTO. 1998, p. 3. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/comp_e/wgtcp_docs_e.htm>. Acesso em 19 de outubro de 2012

¹³⁷ WTO, Working Group on the Interaction between and Competition Policy. *Synthesis paper on the relationship of trade and competition policy to development and economic growth*. Genebra: WTO. 1998, p. 4. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/comp_e/wgtcp_docs_e.htm>. Acesso em 19 de outubro de 2012

¹³⁸ WTO, Working Group on the Interaction between and Competition Policy. *Synthesis paper on the relationship of trade and competition policy to development and economic growth*. Genebra: WTO. 1998, p. 5. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/comp_e/wgtcp_docs_e.htm>. Acesso em 19 de outubro de 2012

não demonstram ter interesse em estabelecer normas multilaterais de defesa da concorrência, pelo menos não antes da conclusão da Rodada de Doha¹³⁹.

Vale ressaltar que um acordo internacional sobre política da concorrência na OMC será obrigatório, uma vez que se aplica o princípio do single undertaking, ou seja, nada estará acordado até que haja consenso. Com a introdução deste princípio ao final da rodada de 1994, todos os países ficaram obrigados a chegar a um acordo sobre todos os temas negociados. Assim, não há possibilidade de determinado membro da OMC assinar somente os acordos mais benéficos a seus próprios interesses¹⁴⁰.

Na Declaração de Doha, os Estados definiram que o Grupo de Trabalho sobre Interação entre o Comércio e Política de Concorrência da OMC teria como atribuição até a quinta reunião, formular cláusulas sobre cartéis hard core. Deste modo, apesar de o texto ser vago em algumas questões, ele apresentou consenso em algumas matérias, como é o caso da preocupação com a atuação dos cartéis internacionais¹⁴¹. Durante a década de 1990 diversos cartéis internacionais foram identificados, dentre os quais podem ser citados, os cartéis de vitamina, de ácido cítrico, de tubos de aço.

Além dos casos julgados pelo Órgão de Solução de Controvérsias e os estudos desenvolvidos pelo Grupo de Trabalho sobre Interação entre o Comércio e a Política de Concorrência da OMC, outra iniciativa multilateral para a defesa da concorrência que merece ser observada foi a proposição de um Código Internacional Antitruste. Assim, o Draft of International Antitrust Code (DIAC), de 1993, estabelecia a necessidade de criar normas internacionais capazes de monitorar as práticas privadas restritivas ao comércio internacional, assegurar o acesso a mercados e estabelecer os princípios gerais aplicáveis ao direito da concorrência¹⁴². Nesse sentido, o direito internacional da concorrência estaria também relacionado ao acesso aos mercados e à livre circulação de investimentos e assim imporia, inclusive, a revisão dos procedimentos previstos para os Estados instaurarem medidas de defesa comercial com fins protecionistas.

¹³⁹ WTO, Working group on the Interaction between Trade and Competition Policy. *The "July Decision" 2004*. Disponível em <http://www.wto.org/english/tratop_e/comp_e/history_e.htm>. Acesso em 5 de março de 2012.

¹⁴⁰ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 244.

¹⁴¹ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 246.

¹⁴² MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito Internacional da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 345.

Outra organização internacional que vem colaborando com o fomento de políticas de defesa da concorrência é a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE. Um dos comitês que fazem parte da estrutura da OCDE é o Comitê de Direito e Política de Concorrência que além de analisar o tema, presta auxílio aos países em desenvolvimento e promove o intercâmbio de informações¹⁴³. Contemporaneamente, apesar de não haver iniciativas concretas para formação de uma política de defesa da concorrência, há consenso de que a concorrência não pode mais ser pensada apenas em nível local. As recomendações da OCDE sobre o desenvolvimento de políticas de defesa da concorrência estimulam os países a, por exemplo, estabelecer um maior controle sobre os preços nos setores-chave da economia e que se encontrem em contextos de monopólios ou oligopólios. Além dessa, a OCDE ofereceu recomendações em relação ao combate aos cartéis internacionais, o estímulo à troca de informações e à necessidade de elaboração de cooperação entre os países em razão da dificuldade de serem obtidas provas quando os agentes que praticam as condutas estão no exterior, entre outras recomendações¹⁴⁴.

O direito internacional da concorrência tem sido visto pela doutrina como uma forma de assegurar a abertura a novos mercados, proteger os consumidores e prever condutas que impeçam a concorrência¹⁴⁵. Acesso a mercados denotam condutas macroeconômicas, proteção do consumidor, consiste em questão microeconômica. Não obstante a relação com a economia será possível admitir critérios microeconômicos orientando políticas multilaterais? Em especial para as economias em desenvolvimento, a discussão de um acordo de defesa da concorrência na OMC é visto com apreensão em razão dos custos que a implementação teria sobre sua economia¹⁴⁶. A este respeito, Marques defende que o objeto do direito internacional da concorrência deve ser garantir a concorrência internacional em níveis saudáveis, o acesso aos mercados e as garantias aos consumidores¹⁴⁷, valores ainda contestados por alguns membros. Com a crescente globalização e o aumento do comércio internacional, a criação de

¹⁴³ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 222.

¹⁴⁴ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 229.

¹⁴⁵ MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito Internacional da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 106.

¹⁴⁶ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 247.

¹⁴⁷ MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito Internacional da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 44

uma ordem internacional para a solução de disputas envolvendo o direito da concorrência recebe um novo impulso¹⁴⁸. Como observa Marques, para que se desenvolva a concorrência é preciso que exista identidade de tempo, onde os fatos devem ser observados simultaneamente, de objeto, tornando imprescindível observar a premissa de que sejam analisados não apenas os mesmos produtos, como aqueles que estão no mesmo grau de utilidade e, de mercado, o que, em substituição à idéia de identidade territorial, impõe a relativização das fronteiras¹⁴⁹.

Considerando que, apesar dos esforços para instituir uma norma multilateral para defesa da concorrência, ainda não existe um regulamento internacional de defesa da concorrência, os mecanismos de defesa da concorrência continuam restritos principalmente aos ordenamentos internos dos Estados. A doutrina reconhece a classificação de tais práticas, principalmente, como acordos horizontais e verticais, abuso de posição dominante e concentrações. A prática de preço predatório, por exemplo, cujo conceito é semelhante ao conceito de dumping, apesar de aparecer nas normas de defesa da concorrência, dificilmente é considerado como uma prática contrária à concorrência. Além da eficácia limitada das normas de defesa da concorrência no cenário internacional, alguns Estados adotam medidas de defesa comercial com fins meramente protecionista e que em nada colaboram para assegurar a concorrência leal no mercado internacional e cuja regulamentação deve ser revista.

1.2. DEFESA COMERCIAL NO DIREITO INTERNO E NO DIREITO INTERNACIONAL

Como observado no capítulo antecedente, o livre comércio tem sido reconhecido por um grande número de doutrinadores como um importante instrumento para a redução dos conflitos, a efetivação dos direitos humanos e o desenvolvimento dos Estados. No entanto, ainda que, em tese, a liberalização¹⁵⁰ seja sempre caracterizada como um fator positivo à

¹⁴⁸ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da Concorrência: Entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 47.

¹⁴⁹ MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito Internacional da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 108.

¹⁵⁰ O liberalismo foi um movimento iniciado no século XVIII. Inicialmente o objetivo dos pensadores que idealizaram o movimento e passaram a defender o livre comércio não estava relacionado exclusivamente ao desenvolvimento econômico que poderia decorrer deste, mas sim na redução do poder absoluto do soberano e a busca do equilíbrio nas relações internacionais. Para Montesquieu e Kant, a liberalização do comércio era vista principalmente como uma forma de limitar o poder absoluto do soberano assim como equilibrar as relações internacionais e conduzir os Estados à paz perpétua. Dessa forma, a utilização de um sistema alfandegário é vista como um direito do Estado, enquanto que seu abuso denota a própria destruição da política mercantil desse. A liberalização do comércio segundo os principais autores da época servia, então, como um “freio” contra as

medida que aumenta a concorrência entre fornecedores nacionais e internacionais, melhora a qualidade dos produtos, reduzindo os preços e alocando de forma mais eficiente os recursos disponíveis, na prática, a concorrência é apenas admitida pelos agentes econômicos em mercados fora das fronteiras de seus territórios.

As empresas transnacionais trazem benefícios tanto ao Estado onde esta a sua sede, gerando divisas e conseqüentemente aumentando a balança de pagamento, como para o Estado onde as suas subsidiárias estão instaladas¹⁵¹. No entanto, não raras vezes, estas empresas buscam apenas o aumento da competitividade e a redução dos custos de produção, pela realização de operações de fusão e aquisição ou até mesmo através de práticas contrárias a concorrência que lhes permitam aumentar o controle sobre o mercado. Nesse sentido, como observa Valéria Guimarães de Lima e Silva, os objetivos das empresas transnacionais se chocam com as políticas de manutenção da livre concorrência e da coibição do abuso do poder econômico os quais fundamentam a legislação concorrencial e tem como principal objetivo o equilíbrio do mercado¹⁵².

No cenário internacional, a política de defesa da concorrência dá lugar à defesa comercial, cujos mecanismos são adotados pelos Estados como forma de proteger seus mercados da entrada de produtos estrangeiros e assim limitar a concorrência aos produtos

loucuras do déspota¹⁴. Em certa medida pode-se relacionar o desenvolvimento do liberalismo econômico com a necessidade de interdependência dos Estados, que, mantendo relações comerciais entre si, teriam interesses em manter a paz para garantir a livre circulação de mercadorias. Com a obra do economista e filósofo escocês Adam Smith o liberalismo passou a ganhar força. Em sua obra os aspectos econômicos atinentes ao comércio internacional através da chamada teoria da vantagem absoluta que privilegiava o aumento da eficiência da produção e o comércio entre outros Estados que possuem vantagens em relação a produção de outros produtos. De acordo com o pensamento de Adam Smith, uma nação rica não deveria intervir nos atos de comércio e de produção, admitindo a livre iniciativa, eliminando os monopólios e privilegiando a concorrência. Em contraposição aos ideais mercantilistas, Adam Smith defende que os Estados, assim como as pessoas, deveriam especializar sua produção e comercializar os bens produzidos em que os custos fossem mais baixos e trocar pelos produtos que outros Estados possuísem mais vantagem²¹. Entretanto essa teoria não conseguiu explicar e justificar todas as possibilidades de comércio como quando um país não produzisse nenhuma mercadoria a custos menores do que seus parceiros comerciais. A teoria da vantagem absoluta de Adam Smith foi, então, complementada pela teoria da vantagem comparativa de David Ricardo. Ambos demonstravam de forma objetiva que o comércio internacional era fundamental para reduzir os custos de transação das economias em crescimento, no entanto, diferente da teoria da vantagem absoluta que explicava os benefícios do comércio apenas entre os países com alguma vantagem absoluta, a teoria da vantagem comparativa explica a importância do comércio internacional e os benefícios da redução de barreiras entre todas as nações mesmo que sem qualquer vantagem absoluta. (BRUE, Stanley L. (1945). *História do pensamento econômico* (tradução Luciana Penteadó Miquelino). São Paulo: Thomson Learning, 2006. p. 48.)

¹⁵¹ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste: Aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 30.

¹⁵² SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste: Aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 33.

nacionais, principalmente impondo barreiras ao acesso de produtos estrangeiros ao mercado interno. A doutrina estabelece definição diametralmente oposta entre as políticas de defesa da concorrência e de defesa comercial¹⁵³. Enquanto a concorrência possui caráter instrumental e tem como objeto a análise do comportamento dos agentes econômicos no mercado com vistas à manutenção do livre comércio e até mesmo à proteção do consumidor, a defesa comercial, de acordo com a doutrina majoritária, possui como objetivo único a proteção da indústria nacional. A análise das interações entre as políticas de defesa da concorrência e de defesa comercial serão objeto do segundo capítulo dessa pesquisa, porém, será feita uma breve apresentação das medidas de defesa comercial existentes nos regulamentos internos e internacionais assim como sua evolução e descrição dos principais mecanismos utilizados pelos Estados para a proteção de sua indústria.

Como afirma Welber Barral, a liberalização do comércio, amplamente defendida pela ciência econômica à medida que estimula a concorrência, reduzindo os preços ao consumidor e aumentando a qualidade dos produtos, não prevalece no cenário internacional. A cada movimento liberalizante, observa-se a reação natural da indústria local afetada em relação à concorrência estrangeira¹⁵⁴. Como observa o autor, o próprio termo “protecionismo” adquire uma conotação negativa, relacionada a medidas de imunização contra o que seria intrinsecamente positivo: a concorrência¹⁵⁵. Jackson observa também a repercussão do aumento ou retração do comércio exterior em relação ao valor da moeda. À medida que aumentam as importações, simultaneamente aumentam as pressões para que os Estados estabeleçam medidas protecionistas¹⁵⁶. Assim, diferente da defesa da concorrência cujos efeitos são percebidos apenas no mercado interno, a defesa comercial tem efeitos também no exterior e eles refletem na política cambial dos Estados.

Para exercer sua defesa comercial, os Estados contam com um grande número de instrumentos distintos. Os mecanismos mais elementares que os Estados podem lançar mão para sua defesa comercial consistem na adoção de medidas como a proibição ou limitação de importações, a utilização de tarifas alfandegárias ou até mesmo a utilização de barreiras técnicas para controlar a entrada de produtos estrangeiros. Além desses mecanismos, os

¹⁵³ BARRAL, Welber; BROGINI, Gilvan. *Manual prático de defesa comercial*. São Paulo: Lex, 2006, p. 37.

¹⁵⁴ BARRAL, Welber; BROGINI, Gilvan. *Manual prático de defesa comercial*. São Paulo: Lex, 2006, p. 18.

¹⁵⁵ BARRAL, Welber; BROGINI, Gilvan. *Manual prático de defesa comercial*. São Paulo: Lex, 2006, p. 18.

¹⁵⁶ JACKSON, John; DAVEY, William J. and SYKES JR., Alan. *Legal Problems of International Economic Relations – cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations*. USA: West Publishing Co., 2002, p. 1064.

Estados podem, ainda, lançar mão de outros instrumentos previstos nos tratados multilaterais de comércio para defesa comercial como as exceções permanentes, as quais podem ser justificadas, por exemplo, em razão da segurança nacional, as exceções contingenciais, utilizadas para o controle da balança de pagamentos ou para proteção de uma indústria nascente, e, por fim, as medidas de defesa comercial previstas no acordo constitutivo da OMC e seus regulamentos e que são classificadas em medidas de salvaguarda, medidas compensatórias e medidas antidumping¹⁵⁷.

O primeiro grupo de medidas de defesa comercial é constituído pela aplicação de tarifas aduaneiras, pela aplicação de barreiras técnicas ou pela imposição de quotas para importação de produtos estrangeiros. Para fins didáticos, elas serão classificadas a partir de então como mecanismos ordinários de defesa comercial. Estes instrumentos parecem emanar eminentemente do poder soberano dos Estados, ou melhor, existem desde a antiguidade e antes mesmo da criação do Estado Moderno, e tem sua regulamentação prevista exclusivamente no ordenamento jurídico dos países. A partir da criação da Organização Mundial do Comércio e das sucessivas rodadas de comércio, a utilização de tarifas alfandegárias assim como quotas vem se reduzindo.

O segundo grupo de mecanismos de defesa comercial, criado posteriormente a partir da Segunda Guerra Mundial, serão classificados como mecanismos extraordinários de defesa comercial e incluem as exceções permanentes, as exceções contingenciais e as medidas de defesa comercial. Estas últimas, apesar de terem origem no ordenamento interno dos Estados, a partir da ratificação do GATT, em 1947, consolidaram-se principalmente no final da Rodada do Uruguai com a criação da OMC em 1994 como normas multilaterais. Sua regulamentação encontra previsão no tratado constitutivo da OMC, bem como, nos demais tratados internacionais que regulamentam o comércio internacional. Ao contrário dos mecanismos ordinários de defesa comercial, os mecanismos extraordinários de defesa comercial foram transpostos ao ordenamento jurídico internacional e, em virtude da globalização e progressiva liberalização da economia, passaram a ser incorporados ao ordenamento jurídico internacional e incorporado aos tratados internacionais que constituíram a OMC. Além das exceções permanentes e contingenciais, as principais medidas de defesa

¹⁵⁷ BARRAL, Welber; BROGINI, Gilvan. *Manual prático de defesa comercial*. São Paulo: Lex, 2006, p. 32.

comercial previstas no sistema multilateral do comércio são as medidas compensatórias, as medidas de salvaguarda e as medidas antidumping.

Desde a ratificação do Acordo Geral sobre Comércio e Tarifas (GATT), em 1947, o sistema multilateral do comércio autorizava a aplicação de medidas de defesa comercial. Ainda que o (GATT, 1947) já estabelecesse a possibilidade de adoção de medidas de defesa comercial em relação às práticas contrárias ao livre comércio, foi a partir da criação da OMC, no final da Rodada Uruguai, em 1994, que esses mecanismos passaram a ter um conjunto de normas que possibilitassem a proteção das indústrias em relação aos danos efetivos ou potenciais ocasionados pela adoção de práticas desleais ao comércio. Inicialmente, cabe observar que as normas do GATT, que hoje constituem a OMC, não têm o condão de favorecer ou impedir que os países adotem ou não medidas de defesa comercial, mas apenas de estabelecer critérios para que essas sejam aplicadas segundo os procedimentos previstos nos tratados¹⁵⁸.

A utilização das medidas de defesa comercial é, portanto, considerada como exceção às regras do Sistema Multilateral do Comércio, e foi inicialmente aplicada principalmente pelos países desenvolvidos. No entanto, à medida que outros países passaram a liberalizar sua economia, tais instrumentos passaram a ser utilizados por um grande número de países com o objetivo de assegurar a competitividade das indústrias nacionais em relação aos concorrentes estrangeiros¹⁵⁹. Considerando, no entanto, que o livre comércio constitui o principal objetivo do sistema multilateral de comércio, a utilização das medidas de defesa comercial representa uma exceção ao livre comércio e sua aplicação deve ser limitada. Nesse sentido, a concorrência deve ser privilegiada e a defesa comercial utilizada excepcionalmente. No entanto, não é o que o ordenamento multilateral de comércio preceitua.

A medida de defesa comercial que tem crescido mais são as medidas antidumping. A primeira legislação antidumping surgiu em 1904, no Canadá¹⁶⁰. Curiosamente o mesmo berço da primeira legislação antitruste. O Canadá nessa época encontrava-se em uma difícil situação política, pois, de um lado, os ruralistas que fizeram com que o partido obtivesse a vitória pressionavam o governo para que reduzisse as tarifas, enquanto que, de outro lado, industriais

¹⁵⁸ BARRAL, Welber; BROGINI, Gilvan. *Manual prático de defesa comercial*. São Paulo: Lex, 2006, p. 37.

¹⁵⁹ BARRAL, Welber; BROGINI, Gilvan. *Manual prático de defesa comercial*. São Paulo: Lex, 2006, p. 17.

¹⁶⁰ FINGER, Michael J. *Antidumping: How it works and who gets hurt*. Ann Arbor The University of Michigan Press. 1998, p. 13.

pressionavam no sentido contrário e exigiam a manutenção das tarifas em patamar mais alto. A incapacidade do governo em reduzir as tarifas podia custar o apoio dos fazendeiros e induzir a formação de um partido formado pelos ruralistas para fortalecer a oposição. Os produtores de aço, no entanto, requeriam o aumento imediato nas tarifas, temendo a competição advinda com a construção das ferrovias no oeste canadense, especialmente por parte da empresa norte americana de aço U.S. Steel Corporation, a qual constituía um dos mais importantes trustes norte americanos, e que almejava participar da expansão das estradas de ferro do Canadá¹⁶¹.

O Canadá poderia aumentar as tarifas sobre a entrada de aço no país, alçando assim mão de um mecanismo ordinário de defesa comercial. No entanto, o governo não conseguiria elevar apenas as tarifas sobre o aço à medida que os demais setores produtivos passariam a pressionar o governo para que fossem elevadas as demais tarifas também¹⁶².

Assim, para justificar a majoração de tarifas para o setor do aço a retórica do dumping passou a ser utilizada. O discurso dos governistas canadenses tinha como argumento que o aumento pontual das tarifas sobre a importação de aço seria necessário para evitar a tomada do mercado pelos concorrentes estrangeiros, criando assim o direito antidumping como defesa comercial. Segundo a norma canadense, poderia ser aplicado o direito antidumping sempre que um produto entrasse no mercado com preço abaixo daquele considerado justo pela lei alfandegária¹⁶³.

Ora, considerando que o Sherman Act foi criado nos Estados Unidos da América para regulamentar a concorrência e conter condutas anticoncorrenciais no mercado norte americano, podemos observar que a lei antidumping canadense foi criada para conter a expansão extraterritorial de condutas anticoncorrenciais praticadas pelos trustes americanos. Talvez com o acirramento do controle sobre o abuso do poder econômico nos Estados Unidos da América, os trustes viram no mercado canadense uma forma de ampliar seus negócios além das fronteiras norte americanas e possivelmente controlar também o mercado canadense. Como se observa, a primeira norma antidumping foi criada especificamente para combater uma conduta anticoncorrencial praticada no exterior e que ameaçava a indústria nacional.

¹⁶¹ BARROS, Maria Carolina Mendonça de. *Antidumping e protecionismo*. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p.23.

¹⁶² BARROS, Maria Carolina Mendonça de. *Antidumping e protecionismo*. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p.23.

¹⁶³ BARROS, Maria Carolina Mendonça de. *Antidumping e protecionismo*. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p.23.

Assim pode-se, desde já, afirmar que as normas antidumping surgiram inicialmente como uma espécie de norma de defesa internacional da concorrência.

Lembrando os ensinamentos de Frederico do Valle Marques, a defesa comercial, em especial as medidas antidumping, parecer pressupor das mesmas identidades de tempo, de objeto e de mercado da defesa da concorrência¹⁶⁴. Logo após o Canadá, Austrália, Nova Zelândia, Estados Unidos da América, França e Inglaterra passaram a regulamentar internamente a aplicação de direito antidumping. Nessa época a hostilidade em relação à Alemanha, baseada na crença que essa estava estocando produtos para invadir o mercado mundial com produtos com preços muito baixos. Da mesma forma, acompanhando o desenvolvimento da lei antidumping canadense, havia o receio de que o mercado internacional passaria a ser tomado pelos trustes, pois na época era mais fácil ocorrer à fusão horizontal entre concorrentes do que a indústria reduzir preços e custos. Por fim, a maioria dos países, praticava altas tarifas o que favorecia a indústria nacional a praticar preços monopolistas¹⁶⁵.

Como se observa, as razões pelas quais os Estados passaram a aproveitar-se deste novo instrumento decorrem de interesses políticos e econômicos. Desde a criação da primeira legislação antidumping, passando pela sua rápida proliferação até culminar com a sua incorporação dos tratados multilaterais que constituíram o GATT, o qual passou a integrar outros instrumentos, a defesa comercial inicialmente criada para proteger a economia canadense das práticas anticoncorrenciais dos trustes norte americanos, passou a ser utilizada por diversas outras razões, muitas delas contrárias aos próprios fins que orientaram a sua criação.

Apesar das características próprias de cada um dos ramos do direito econômico analisados, alguns aspectos parecem evidenciar a identidade entre a defesa da concorrência e a defesa comercial. A interação entre ambas as políticas parece evidenciada pelo seu aspecto histórico e principalmente pela relação entre as normas e a economia. A defesa da concorrência, assim como a defesa comercial compõe o direito econômico. Desta forma, as próprias normas acabam incorporando aspectos e tendo implicações de ordem econômica. A

¹⁶⁴ MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito Internacional da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 107.

¹⁶⁵ BARROS, Maria Carolina Mendonça de. *Antidumping e protecionismo*. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p.24.

seguir serão analisadas as normas internas que regulamentam os mecanismos de defesa comercial assim como a forma pela qual a defesa comercial é tratada no âmbito das organizações internacionais e nas normas multilaterais do comércio internacional.

1.2.1. ASPECTOS UNILATERAIS DA DEFESA COMERCIAL

À medida que as relações comerciais entre os Estados ganham importância no cenário internacional, impulsionadas pelo liberalismo, proliferam também as investigações para aplicação de medidas de defesa comercial na OMC. A tendência de globalização das economias e a formação de blocos regionais como observado no primeiro capítulo deste trabalho tem contribuído para a liberalização do comércio e o avanço do direito internacional. A defesa comercial pode ser definida como o processo de acompanhamento e controle sobre a importação de mercadorias, a fim de evitar danos efetivos ou potenciais à indústria doméstica. Neste sub-capítulo, analisaremos brevemente os mecanismos ordinários de defesa comercial e a regulamentação interna dos mecanismos extraordinários de defesa comercial.

O sistema de defesa comercial compreende um emaranhado de regulamentos e normas aplicadas para exercer o controle sobre o ingresso de produtos estrangeiros. Os mecanismos ordinários, como classificado anteriormente, consistem, por exemplo, na aplicação de tarifas aduaneiras para a liberação dos produtos importados, até a imposição de exigências técnicas adicionais para aumentar o custo de importação dos produtos e assim reduzir sua vantagem competitiva.

As tarifas aduaneiras, como demonstrado no primeiro capítulo, existem desde os primórdios do comércio internacional como forma de aumentar as reservas dos Estados e limitar o ingresso de produtos importados. Desde a Antiguidade existem registros de regulamentações bilaterais sobre o comércio e a moeda entre os países. Na época, a principal forma de intervenção normativa sobre as relações econômicas era feita através da cobrança de taxas sobre a circulação de bens nos postos de fronteira ¹⁶⁶. Atualmente, esse instrumento continua sendo usado e incide sobre a liberação aduaneira dos produtos sob a forma de um

¹⁶⁶ DAL RI JUNIOR, Arno. *História do direito internacional: comércio e moeda; cidadania e nacionalidade*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004, p. 19.

tributo ad valorem¹⁶⁷ ou de um montante específico por produto¹⁶⁸. Com as diversas rodadas de comércio que favoreceram a liberalização do comércio internacional e a formação dos blocos regionais, houve a redução do uso deste tipo de mecanismo em comparação com a utilização de barreiras não tarifárias e outros mecanismos para defesa comercial. As tarifas são consideradas pela doutrina internacionalista como uma barreira ao comércio e mantêm caráter eminentemente protecionista.

Os efeitos econômicos da imposição de um tributo, por exemplo, impõem o aumento dos preços do produto e, conseqüentemente, podem reduzir o consumo dos mesmos. A variação do preço ocasionada pela incidência de um tributo específico esta demonstrada na figura abaixo pelo $\Delta pc = pc - pe$. A redução do valor recebido pelos produtores esta também demonstrado pelo $\Delta pv = pe - pv$ e a redução da quantidade comercializada esta representada pela variação de Q_e para Q' ¹⁶⁹. A imposição de medidas de defesa comercial, assim como uma tarifa, desloca o fluxo de comércio entre os Estados à medida que altera o preço do produto e reduz seu acesso aos consumidores.

Stiglitz afirma que a imposição de uma tarifa pode ocasionar ainda perdas à sociedade. Com o aumento dos custos de produção decorrentes da imposição de uma tarifa, há uma redução do bem estar da sociedade e uma perda aos consumidores que vêm os benefícios ocasionados pelo crescimento da economia serem anulados pela imposição da tarifa, o que favorece inclusive a compra de bens mais baratos no exterior¹⁷⁰.

¹⁶⁷ A expressão tributo ad valorem consiste em uma taxa ou tributo, que incide sobre o valor do produto, podendo incidir sobre a quantidade, peso ou volume do produto como também incidir em percentual sobre o valor do produto importado.

¹⁶⁸ BARRAL, Welber; BROGINI, Gilvan. *Manual prático de defesa comercial*. São Paulo: Lex, 2006, p. 22

¹⁶⁹ ISCAP - Instituto Superior Politécnico de Contabilidade e Administração do Porto. *Microeconomia*. Porto: Iscap, 2008. Disponível em: <<http://www.iscap.ipp.pt/~asaraiiva/Ficheiros/MicroeconomiaI.pdf>>. Acesso em 19 de dezembro de 2012, p. 108.

¹⁷⁰ STIGLITZ, Joseph, WALSH, Carl E. *Introdução à Microeconomia*. Rio de Janeiro: Campus. 2003, p. 308.

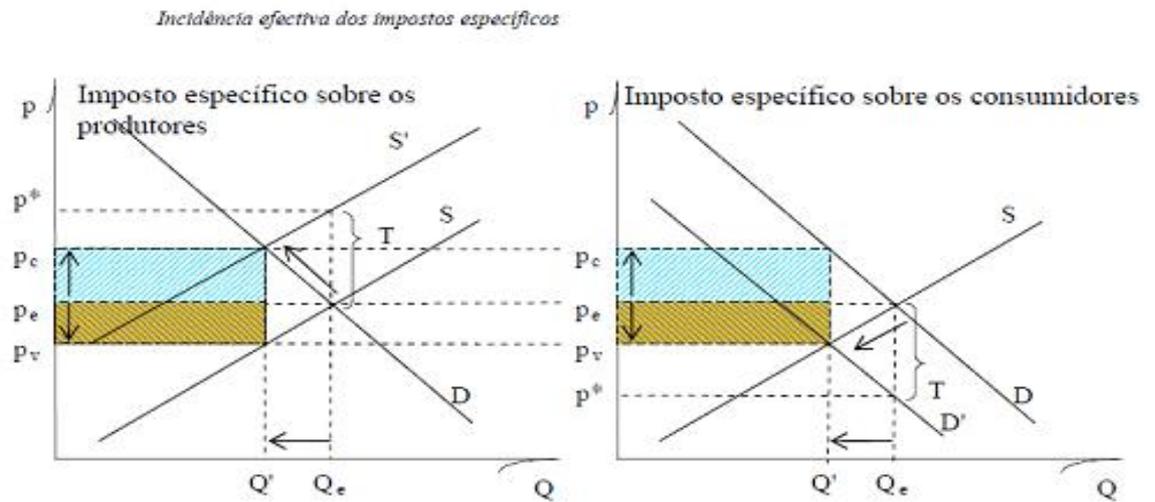


Figura 1¹⁷¹.

Recentemente, para fomentar o consumo e incentivar, principalmente, a indústria automobilística nacional, o Brasil reduziu a alíquota do imposto sobre produtos industrializados sobre estes produtos. A medida favoreceu os consumidores, à medida que os custos foram reduzidos ocasionando o expressivo aumento das vendas de automóveis, e liberalizou o comércio, permitindo inclusive o acesso de veículos importados ao mercado nacional. A medida colaborou para que a indústria automobilística alcançasse sucessivos recordes de comercialização de veículos nacionais assim como importados no país. Se a medida tivesse sido adotada no sentido contrário, ou seja, aumentando a tarifa sobre determinado tipo de produto, a tendência é que as vendas caíam significativamente.

Outra forma utilizada cotidianamente pelos Estados para controlar o ingresso de produtos importados é a adoção de mecanismos regulatórios. Esses mecanismos consistem em exigir padrões técnicos, sanitários ou ambientais para limitar ou aumentar o custo da importação, reduzindo assim a vantagem competitiva dos produtos estrangeiros¹⁷². Os mecanismos podem ser instituídos mais facilmente. Basta, por exemplo, a promulgação de um Decreto alterando as alíquotas de determinado produto ou até mesmo uma Resolução estabelecendo um novo padrão sanitário, ambiental, ou a alteração de uma alíquota tributária

¹⁷¹ Gráfico que demonstra a influência da imposição de um tributo sobre os produtores assim como sobre os consumidores. Instituto Superior Politécnico de Contabilidade e Administração do Porto. Microeconomia,. Disponível em: <<http://www.iscap.ipp.pt/~asaraiva/Ficheiros/Microeconomical.pdf>>. Acesso em 27 de dezembro de 2012

¹⁷² BARRAL, Welber; BROGINI, Gilvan. *Manual prático de defesa comercial*. São Paulo: Lex, 2006, p. 28.

para limitar o acesso dos produtos importados ao Estado. Essas barreiras técnicas podem ser acionadas junto a OMC e aparecem principalmente em casos que envolvam a proteção aos recursos naturais.

Os mecanismos extraordinários de defesa comercial possuem regulamentação também nos tratados multilaterais, os quais serão analisados posteriormente, e foram incorporados ao ordenamento jurídico nacional. Esses mecanismos são classificados em exceções permanentes e contingenciais, medidas de salvaguarda, medidas compensatórias e medidas antidumping. No entanto, são as três últimas que merecem maior atenção em relação ao ordenamento interno Estados, sendo as medidas antidumping as mais utilizadas pelos Estados e que representam o maior número no âmbito da OMC.

Os resultados da Rodada Uruguai foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto Federal nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Além desse dispositivo legal, o sistema de defesa comercial brasileiro é regulamentado pela Lei Federal nº 9.019, de 1995, pelo Decreto Federal nº 1.602, de 1995, que regulamenta a instauração de processos administrativos relativos à aplicação de direito antidumping, pelo Decreto Federal nº 1.751 de 1995, que regulamenta a aplicação de medidas compensatórias e, por fim o Decreto Federal 1.488, de 1995, que regulamenta o procedimento administrativo para aplicação de medidas de salvaguarda pelo governo brasileiro. O órgão competente para a instauração, investigação, instrução e aplicação das medidas de defesa comercial previstas nos tratados internacionais é o Departamento de Defesa Comercial (DECOM), vinculado ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.

O processo interno adotado pelo Brasil para a aplicação de medidas de defesa comercial é semelhante ao norte-americano e pode ser dividido em análise da petição inicial, instrução do procedimento e apresentação da defesa, determinação preliminar e decisão final. O procedimento administrativo para aplicação de medidas de defesa comercial inicia a partir da apresentação da petição inicial ao DECOM. A petição deve representar uma parcela significativa da indústria doméstica e demonstrar, entre outros requisitos, a prova da ocorrência da prática de dumping ou a aplicação do subsídio, os danos efetivos e potenciais a

indústria nacional e o nexo de causalidade entre a prática desleal ao comércio internacional e o dano ocasionado à indústria doméstica¹⁷³.

A partir de então tem início a fase de instrução do procedimento. O DECOM, então, pode requerer que sejam prestadas informações complementares, ou imediatamente poderá analisar a petição e determinar a aplicação de direitos provisórios em relação às práticas de dumping ou em relação aos subsídios. Os requisitos para que sejam aplicados imediatamente direitos provisórios são a existência de dano efetivo ou potencial à indústria nacional e o nexo causal entre a importação dos bens e os prejuízos à indústria doméstica, tenham transcorrido pelo menos sessenta dias a contar da abertura da investigação e tais medidas se façam necessárias para evitar prejuízos durante a fase de investigação.

Após a audiência final se encerra a fase de instrução, e o DECOM proferirá parecer opinando pela imposição ou não de direitos antidumping ou pela aplicação de medidas compensatórias ou de salvaguarda o qual será encaminhado a Câmara de Comércio Exterior¹⁷⁴ (CAMEX), que formará a decisão definitiva e coordenará as políticas e as atividades relacionadas ao comércio exterior brasileiro.

As medidas de salvaguarda correspondem aos mecanismos pelos quais os países podem aumentar as tarifas nos casos em que ocorra um aumento súbito do volume de importação de determinado produto. Para que o Estado possa aplicar uma medida de salvaguarda, é necessário comprovar o aumento imprevisível nas importações, se houver dano efetivo ou potencial à indústria doméstica e se existe nexo causal entre o aumento das importações e o referido prejuízo. Ao contrário da prática de dumping e de subsídios, as medidas de salvaguarda pressupõem a existência de uma prática comercial leal, mas que em razão do seu súbito aumento acabe acarretando prejuízos à indústria. Por essa razão, nos casos em que o Estado utilize essa modalidade de defesa comercial, deverá oferecer uma compensação pela medida adotada aos países atingidos pela salvaguarda¹⁷⁵. Outro aspecto que distingue as medidas de salvaguarda em relação às demais medidas de defesa comercial é que

¹⁷³ AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues (Coord.). *Direito do Comércio Internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 108.

¹⁷⁴ A Câmara de Comércio Exterior é formada pelos Ministérios do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, das Relações Exteriores, da Fazenda, da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, do Planejamento, do Orçamento e Gestão e por fim pelo Chefe da Casa Civil da Presidência da República.

¹⁷⁵ AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues (Coord.). *Direito do Comércio Internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 106.

ela passa a ser aplicada a todas as exportações de determinado produto, independentemente de sua origem, o que impõe um estudo extremamente rigoroso para a aplicação dessa espécie de medida de defesa comercial.

A adoção das medidas compensatórias, por sua vez, consiste na concessão de benefícios a determinada indústria. No Sistema Multilateral de Comércio existem dois tipos de subsídios. Os subsídios proibidos ou vermelhos e os subsídios acionáveis ou amarelos. Os subsídios proibidos são aqueles vinculados ao desempenho exportador ou aqueles vinculados ao uso de bens domésticos de preferência a bens importados. Os subsídios amarelos, por sua vez, são aqueles que não impõem prejuízo à indústria doméstica de outro Estado. Nos casos em que um Estado comprove que o subsídio oferecido por determinado Estado esteja prejudicando a indústria doméstica, pode ser pleiteado junto à Organização Mundial do Comércio a revogação ou a compensação do prejuízo sofrido a fim de neutralizar o subsídio oferecido pelo país exportador¹⁷⁶.

As medidas antidumping, por sua vez, constituem na terceira e mais poderosa medida de defesa comercial prevista nos tratados multilaterais de comércio. Em razão de seu menor envolvimento político, essa medida tem sido a mais utilizada nos últimos anos. O termo dumping tem origem no inglês e não possui uma tradução para o português. Esse termo significa desfazer, jogar fora, transferir, o que pode ser associado à prática de vender abaixo do preço¹⁷⁷. Dessa forma, a análise dos aspectos econômicos do dumping será feita a partir do comportamento das exportações e dos reflexos ao mercado da abertura, da instrução à conclusão de investigações a esse respeito, às quais podem ou não autorizar a aplicação de direitos provisórios ou definitivos antidumping. Em que pese à análise econômica da questão, devemos observar que os regulamentos em vigor no Sistema Multilateral do Comércio¹⁷⁸ demonstram possuir diversas lacunas. No entanto, ainda que a ciência econômica tenha observado as imperfeições trazidas ao mercado em decorrência da discricionariedade do procedimento em vigor para utilização de direitos antidumping, as autoridades competentes e

¹⁷⁶ AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues (Coord.). *Direito do Comércio Internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 106.

¹⁷⁷ THORSTENSEN, Vera. *OMC – Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. São Paulo: Aduaneiras, 2005, p. 115.

¹⁷⁸ O Acordo Antidumping entre outros tratados que compõe o sistema multilateral do comércio são considerados como um dos principais temas para reforma segundo estudos realizadas pelas Nações Unidas. Ver em: UNCTAD. United Nations Conference on Trade and Development. *Preparing for Future Multilateral Trade Negotiations: Issues and research needs from a development Perspective*. Genebra. 1999, p. 120.

os juristas não conseguiram até então solucionar as lacunas existentes o que propicia em muitos casos a utilização abusiva desse tipo de medida¹⁷⁹.

Segundo Jackson, Davey e Sykes, o dumping pode ser definido como a venda para exportação por preços abaixo dos cobrados no mercado doméstico (preço discriminatório) ou como um preço insuficiente para cobrir o custo de produção das mercadorias produzidas e comercializadas no mercado de destino¹⁸⁰. Para Sungjoon Cho, dumping é uma estratégia de preço sob a qual produtores internacionais exportam seus produtos por um valor inferior ao normal, abaixo do preço no mercado doméstico ou até mesmo abaixo do custo de produção, adicionado de lucro e outros encargos¹⁸¹. A doutrina majoritária concorda com essa classificação e reconhece duas formas principais pelas quais o dumping pode ser caracterizado ou como uma discriminação internacional de preço ou como um preço predatório, que consiste em estabelecer, sistematicamente, um preço inferior como uma forma de intimidar ou eliminar um concorrente comercial internacional. De acordo com essas classes, é que se justificam economicamente os regulamentos existentes sobre a aplicação de medidas antidumping¹⁸².

A classificação do dumping como uma discriminação internacional de preço tem como pressuposto uma diferença significativa de preço de determinado produto em dois ou mais mercados consumidores, sem que haja uma diferença significativa de custo para o fornecimento das mercadorias a esses mercados¹⁸³. A discriminação de preços é possível quando o vendedor for capaz de identificar mercados separados para seus produtos e estabelecer um preço mais alto para o mercado que tiver maior demanda pelo produto¹⁸⁴. Esse

¹⁷⁹ LIMA CAMPOS, Aluísio de; VITO, Adriana. *Abuse and discretion: The impact of antidumping and countervailing duty proceedings on brazilian exports to the United States*. *Journal of World Trade*, Feb. 2004; 38, 1; ABI/INFORM Global, p. 2.

¹⁸⁰ JACKSON, John; DAVEY, William J. and SYKES JR., Alan. *Legal Problems of International Economic Relations – cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations*. USA: West Publishing Co., 2002, p. 682.

¹⁸¹ CHO, Sungjoon, *Constitutional Adjudication in the World Trade Organization*. In. *Society of International Economic Law (SIEL). Inaugural Conference 2008 (July 9, 2008)*, p.7. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1113501>>, Acesso em 4 de setembro de 2012.

¹⁸² TREBILCOCK, Michael. J., HOWSE, Robert. *The regulation of International trade*, USA: Taylor & Francis Books, 2005, p. 250.

¹⁸³ TREBILCOCK, Michael. J., HOWSE, Robert. *The regulation of International trade*. USA: Taylor & Francis Books, 2005, p. 250.

¹⁸⁴ JACKSON, John; DAVEY, William J. and SYKES JR., Alan. *Legal Problems of International Economic Relations – cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations*; USA: West Publishing Co., 2002, p. 683.

tipo de prática, portanto é geralmente praticada por empresas que possuem uma posição destacada no segmento de mercado em que atuam.

Em termos econômicos, pode ser observado que a prática de dumping prejudica o mercado ao passo que manda sinais errados. Enquanto um mercado livre gera riqueza e aumenta o padrão de vida das pessoas, a ocorrência de dumping faz com que os recursos sejam deslocados de forma incorreta, proporcionando a redução de investimentos no país em que ocorre. Em termos econômicos, as empresas podem acabar incorrendo na prática de dumping por diversas razões como, por exemplo, o ingresso em novos mercados, a maximização das vendas com a redução das margens de lucro, por razões estratégicas, estruturais ou até mesmo ambientais.

A prática de dumping pode também ser benéfica ao passo que aumenta a competitividade das cadeias produtivas nacionais. Em razão disso, forma-se um excedente de consumo no mercado do país importador, o qual recebe uma quantidade maior do produto por um valor inferior. No entanto, quando o país importador impõe obrigações antidumping sobre importações com preço inferior, seus consumidores perdem esse benefício já que passam a ser aplicados direitos provisórios, ou ao final da investigação, direitos definitivos, pela prática de dumping¹⁸⁵. Os consumidores no país importador serão beneficiados pelos preços baixos resultantes do dumping (pelo menos em curto prazo) e os produtores domésticos nos países importadores que competem com os exportadores dos produtos alvo de dumping serão prejudicados em razão da perda de fatia do mercado para os fornecedores externos¹⁸⁶.

As hipóteses de dumping e o respectivo regulamento existente no ordenamento jurídico decorrem das próprias práticas observadas no comércio internacional. A edição do Acordo Antidumping, ao final da Rodada Uruguaí em 1994, reduziu a discricionariedade do sistema de solução de controvérsias, principalmente em relação à aplicação de medidas antidumping. No entanto, ainda persistem aspectos que devem ser analisados para assegurar o livre comércio e evitar prejuízos à concorrência e ao fluxo de recursos internacionais. As lacunas e a utilização de métodos não previstos na legislação para o cálculo de margens de

¹⁸⁵ TREBILCOCK, Michael. J., HOWSE, Robert. *The regulation of International trade*. USA: Taylor & Francis Books, 2005, p. 252.

¹⁸⁶ JACKSON, John; DAVEY, William J. and SYKES JR., Alan. *Legal Problems of International Economic Relations – cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations*. USA: West Publishing Co., 2002, p. 684.

dumping ainda favorecem a utilização arbitrária desses instrumentos como um instrumento protecionista. Nesse sentido, Welber Barral e Gilvan Brogini alerta que as medidas antidumping vêm se tornando o mais importante mecanismo protecionista, sendo inclusive conhecidas atualmente como “as armas químicas da guerra comercial”¹⁸⁷.

Estudos demonstram que, por vezes, antes mesmo da abertura formal da investigação, o volume de importações do produto alvo da investigação sofre uma redução substancial em razão do fator de incerteza. Em razão do receio de ter de arcar com o pagamento de direitos antidumping, muitos importadores acabam cancelando suas importações passando a adquirir a mercadoria no mercado interno ou de fornecedores internacionais diversos¹⁸⁸. Considerando que as normas multilaterais apresentam lacunas e seu conteúdo disciplina principalmente os procedimentos a serem adotados pelos países e não as hipóteses em que a conduta é considerada predatória, muitos países têm utilizado este mecanismo de forma arbitrária. Os Estados Unidos da América, por exemplo, acabam abrindo investigações de dumping para conhecer a carteira de clientes das empresas estrangeiras e, principalmente, para inibir a importação de produtos e garantir uma maior participação das empresas nacionais no mercado nacional, restringindo, assim, a concorrência de empresas internacionais.

No Brasil, a competência para a investigação de dumping é do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – MDIC, que realiza tais investigações através do Departamento de Defesa Comercial – DECOM. A aplicação dos direitos previstos no Acordo Antidumping e no acordo de direitos compensatórios está regulamentada no nosso ordenamento interno através da Lei 9.019, de 1995, e pelo Decreto 1.602, de 1995, que a regulamenta. De acordo com o artigo 1º da referida lei, os direitos antidumping e os direitos compensatórios, provisórios ou definitivos de que trata o Acordo Antidumping e o Acordo de Subsídios e Direitos Compensatórios, decorrentes do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT), e ainda o Acordo sobre Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994, parte integrante da ata final da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, serão aplicados mediante a cobrança de importância, em moeda corrente do país, que corresponderá ao percentual da margem de dumping ou do montante de subsídios apurados em processo administrativo. O valor dos

¹⁸⁷ BARRAL, Welber; BROGINI, Gilvan. *Manual prático de defesa comercial*. São Paulo: Lex, 2006, p. 34.

¹⁸⁸ LIMA CAMPOS, Alúcio de; VITO, Adriana. *Abuse and discretion: The impact of antidumping and countervailing duty proceedings on brazilian exports to the United States*. *Journal of World Trade*, Feb. 2004; 38, 1; ABI/INFORM Global, p. 39.

direitos compensatórios impostos em relação à importação dos produtos por preço de dumping deverá ser suficiente para sanar o dano efetivo ou a ameaça de dano à indústria doméstica.

O procedimento de investigação e aplicação de medidas antidumping no Brasil está previsto no Decreto 1.602, de 1995, o qual prevê a possibilidade de aplicação provisória ou definitiva para compensar os prejuízos ocasionados pela indústria ao longo da investigação. O valor normal consiste no preço efetivamente praticado para o produto similar nas operações mercantis normais destinadas ao consumo do bem no mercado interno. Considerando que a lei brasileira reflete os termos do Acordo Antidumping do qual o Brasil é signatário, as definições previstas no ordenamento interno são equivalentes às prescritas nos acordos internacionais, que serão observados posteriormente.

Para a definição do valor normal é necessário que a mercadoria alvo da investigação corresponda a pelo menos cinco por cento ou mais das vendas para aquele tipo de produto. Nos casos em que o produto alvo da investigação mantenha fatia de mercado inferior, poderão ser admitidos valores inferiores desde que a amostragem permita a comparação adequada entre o valor normal e o preço de exportação. Nos casos em que o volume de operações no país não permita uma comparação adequada para operações realizadas por um período de no mínimo seis meses em quantidades substanciais ou que caracterizem a ocorrência de prática desleal a concorrência com a indústria doméstica, poderá ser ainda adotado como referência para definição do valor normal o preço de produto similar nas operações de exportação para um terceiro país ou ainda o valor construído no país de origem, considerando o custo de produção no país de origem acrescido de razoável montante correspondentes a custos administrativos e de comercialização além da margem de lucro. Tal quantificação a ser atribuída a título de custo administrativo, custo geral e lucro deve ser baseada em dados efetivos de produção e venda no curso normal de comércio¹⁸⁹.

A petição para abertura da investigação de dumping como mencionado no artigo 18 do Decreto 1.602, de 1995, será solicitada pela indústria doméstica e deverá ser formulada de acordo com o roteiro elaborado pela SECEX¹⁹⁰. Alguns elementos como, por exemplo, a

¹⁸⁹ THORSTENSEN, Vera. *OMC – Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. São Paulo: Aduaneiras, 2005, p. 119.

¹⁹⁰ Aprovado pela Resolução MDIC nº 46, de dezembro de 2011.

definição de custos, serão apresentados pelo exportador. Como explicitado anteriormente, além dos efeitos de defesa da concorrência, os procedimentos antidumping, às vezes, tornam-se importantes pela possibilidade desses revelarem o comportamento da indústria do país exportador, além de oportunizar o acesso a informações sobre a carteira de clientes da empresa, seus principais mercados consumidores, entre outros aspectos que justificam a abertura desse tipo de procedimento. Os principais elementos que deverão integrar a petição são as provas da ocorrência de dumping, de dano à indústria nacional, o nexo causal entre as importações objeto de dumping e o dano alegado, além de diversos outros dados, como a qualificação do peticionário, lista dos produtores domésticos, descrição do produto entre outras informações. Após o oferecimento da petição, a SECEX examinará se efetivamente há a existência de dumping e indícios do dano por ele causado para, no prazo de trinta dias, notificar o peticionário da determinação positiva, hipótese em que poderá ser aplicada medida antidumping provisória, ou negativa, quanto à abertura da investigação. A natureza jurídica dos direitos antidumping é semelhante à de um tributo ad valorem incidindo sobre o preço ou quantidade do produto importado até que seja alcançado o equilíbrio do mercado. Os efeitos da imposição de uma alíquota ad valorem podem ser demonstrado pelo gráfico abaixo.

Impostos ad valorem com curvas da oferta e da procura lineares

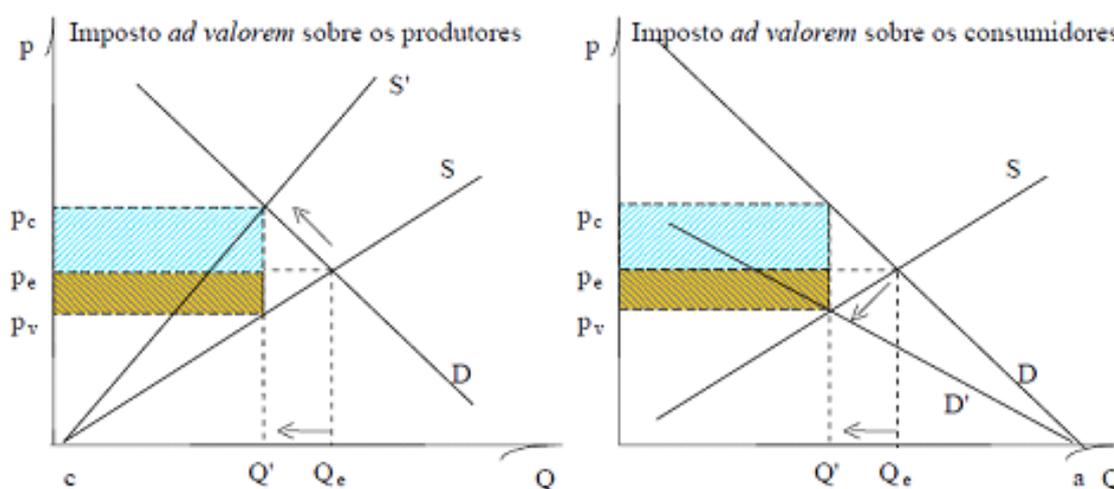


Figura 2¹⁹¹.

¹⁹¹ Gráfico que demonstra a influência da imposição de um tributo ad valorem sobre os produtores assim como sobre os consumidores. ISCAP - Instituto Superior Politécnico de Contabilidade e Administração do Porto. Microeconomia,. Disponível em: <<http://www.iscap.ipp.pt/~asaraiva/Ficheiros/MicroeconomiaI.pdf>> Acesso em 27 de dezembro de 2012

No gráfico acima, pode ser observada a redução do comércio de determinado produto em razão da imposição de um tributo ad valorem sobre o produto. À medida que os produtores repassam o preço dos produtos aos consumidores, o nível de consumo do produto é reduzido¹⁹². Assim como as tarifas, a imposição de medidas antidumping acarreta um aumento do preço dos produtos e, conseqüentemente, desestimula o consumo. Com as proibições a imposição de barreiras comerciais ao longo das sucessivas Rodadas de Comércio realizadas no âmbito do Sistema Multilateral de Comércio, a utilização de mecanismos de defesa comercial tem emergido como uma forma obstruir o livre comércio internacional.

Durante a instrução da investigação sobre a prática de dumping, as partes interessadas serão comunicadas sobre as informações requeridas e terão oportunidade de apresentar defesa por escrito em relação aos termos da petição, e caso o exportador reconheça voluntariamente compromissos de revisão dos preços ou de cessação de exportações a preço de dumping o procedimento poderá ser suspenso. No entanto, se ao final da investigação houver a confirmação da ocorrência de dumping poderá ser aplicada a cobrança de direitos antidumping que represente um montante em dinheiro igual ou inferior à margem de dumping calculada, com a finalidade de neutralizar os efeitos danosos das importações objeto de dumping pelo prazo máximo de cinco anos, período no qual os prejuízos já devam ter sido neutralizados.

A legislação norte americana de antidumping, assim como a legislação brasileira, conta com os principais dispositivos previstos no tratado constitutivo da OMC e os demais acordos que compõe o sistema multilateral de comercio. O conceito de dumping previsto no acordo internacional consiste na venda de um produto abaixo de seu valor normal. Ainda segundo os tratados multilaterais, a materialidade ou ameaça de dano é condição para a imposição de medidas antidumping em ambos os ordenamentos¹⁹³.

O Departamento de Comércio dos Estados Unidos da América, por sua vez, define o dumping como a venda de um produto por um preço menor que o valor normal e define que a margem de dumping consiste na extensão em que poderão ser aplicados os direitos para

¹⁹² Instituto Superior Politécnico de Contabilidade e Administração do Porto. Microeconomia. Porto: Iscap, 2008, p. 111. Disponível em: <<http://www.iscap.ipp.pt/~asaraiva/Ficheiros/MicroeconomiaI.pdf>>. Acesso em 19 de dezembro de 2012.

¹⁹³ JOHANNPETER, Guilherme Chagas Gerdau. *Antidumping: prática desleal no comércio internacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 75.

compensar a prática de dumping. As margens de dumping são usualmente calculadas através da subtração do preço de exportação do valor normal dividido pela diferença. Após, supondo ser essa positiva, pelo preço de exportação. Em outras palavras, se um produtor estrangeiro vende determinado produto por US\$ 10,00 no mercado interno e US\$ 8,00 nos Estados Unidos da América sua margem de dumping será igual a $(10-8)/8$ ou 25 %¹⁹⁴. Não obstante, o cálculo da margem de dumping, para que seja possível a aplicação de qualquer medida antidumping é necessário também que as autoridades domésticas demonstrem o prejuízo ou a ameaça à indústria nacional ou ainda que o desenvolvimento da indústria tenha sido retardado em razão da prática de dumping.

A ocorrência de dano será investigada pela Comissão de Comércio Internacional (ITC na sigla em inglês), sendo analisada separadamente do dumping, que é atribuição do Departamento de Comércio norte americano¹⁹⁵. O dano à economia norte americana será comprovado quando houver declínio real ou potencial da produção, vendas, perda de mercado ou alteração nos preços. O dano para efeitos de abertura da investigação poderá ser material ou uma simples ameaça, sendo assim considerado até mesmo quando as importações tiverem retardado o estabelecimento de uma indústria.

Uma vez aberta uma investigação antidumping, os Estados Unidos da América investigarão a responsabilidade pelo pagamento de direitos antidumping pelos importadores do produto investigado. Havendo indícios da ocorrência de dumping, a autoridade alfandegária impõe o depósito de determinado valor e determina a margem de dumping a ser aplicada nas operações posteriores. O valor dos direitos antidumping é aplicado a cada importador individualmente em cada operação comparando o preço em relação à média do valor normal, o qual pode ser revisado posteriormente.

Por fim, cabe observar que a legislação americana inclui hipóteses não previstas no Acordo Antidumping ratificado pelos países membros da OMC dificultando a defesa comercial dos outros países. A aplicação de metodologias de calculo assimétrico de margem

¹⁹⁴ LINDSEY, Brink; IKENSON, Dan. *Antidumping 101 The devilish details of "unfair trade" law*. Center for Trade Policy Studies. 2002. Disponível em: <<http://www.freetrade.org/pubs/pas/tpa-020.pdf>>. Acesso em 12 de setembro de 2011, p. 3.

¹⁹⁵ LINDSEY, Brink; IKENSON, Dan. *Antidumping 101 The devilish details of "unfair trade" law*. Center for Trade Policy Studies. 2002. Disponível em: <<http://www.freetrade.org/pubs/pas/tpa-020.pdf>>. Acesso em 12 de setembro de 2011, p. 5

de dumping, por exemplo, tem sido utilizado amplamente pela autoridade de defesa comercial norte-americana para inibir a importação de produtos estrangeiros e falsear a concorrência internacional, demonstrando claramente a utilização de medidas de defesa comercial ou procedimentos previsto nas normas multilaterais de comércio para oferecer restrição à concorrência internacional.

Enquanto no início da implantação do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC a quase totalidade das demandas era aberta pela União Europeia, Estados Unidos da América, Japão e Austrália, atualmente os países em desenvolvimento são praticamente responsáveis pela abertura de metade do número total de medidas de defesa comercial, em especial das medidas antidumping, no âmbito da OMC. A proliferação da aplicação de medidas de defesa comercial, no entanto, não pode ser diretamente entendida de forma negativa. A doutrina afirma que o aumento da utilização de medidas de defesa comercial assim como a pluralidade de atores que usam destes mecanismos demonstra a abertura do comércio dos países em desenvolvimento.¹⁹⁶ Jackson, Davey e Sykes afirmam que o problema da economia internacional atualmente decorre da própria relação de interdependência existente entre os países¹⁹⁷. As tensões decorrentes da internacionalização do comércio decorrem da diferença de instituições econômicas e culturais.

Os procedimentos internos para defesa comercial são, como visto, correspondentes aos mecanismos previstos nos tratados multilaterais do comércio. No entanto, até mesmo os efeitos de sua abertura no interior de um país repercutem externamente. Assim, diferente da concorrência, a defesa comercial tem como propósito resguardar a economia interna de práticas externas que prejudiquem a produção e falseiam a concorrência e o equilíbrio do mercado interno. Ainda que a abertura de qualquer medida de defesa comercial altere o equilíbrio do cenário internacional, a prática regular dessas medidas não é contrária a concorrência. Um dos problemas que tem emergido atualmente e que efetivamente prejudica o livre comércio e à concorrência é a utilização de medidas de defesa comercial com fins protecionistas como será visto posteriormente. Passaremos a analisar os aspectos regionais e multilaterais da defesa da concorrência.

¹⁹⁶ UNCTAD - United Nations Conference on Trade and Development. *A Positive Agenda for developing countries: Issues for future trade negotiation*. Genebra. 2000, p. 289.

¹⁹⁷ JACKSON, John; DAVEY, William J. and SYKES JR., Alan. *Legal Problems of International Economic Relations – cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations*. USA: West Publishing Co., 2002, p. 8.

1.2.2. ASPECTOS REGIONAIS E MULTILATERAIS DA DEFESA COMERCIAL

Diferente do direito da concorrência que tem na aplicação da teoria dos efeitos a única ferramenta para a aplicação extraterritorial das normas de defesa da concorrência, os mecanismos de defesa comercial possuem, além dos procedimentos internos para a defesa comercial, àqueles procedimentos previstos no tratado constitutivo da OMC e seus regulamentos. O Acordo GATT, de 1947, traz dispositivos para orientar a redução de tarifas aduaneiras com o objetivo de favorecer o livre comércio, como também dispõe sobre a aplicação de medidas antidumping.

A OMC é composta por 153 Estados-Membros, os quais representam mais de 90% do comércio mundial. As decisões da OMC são adotadas em conjunto por todos os Estados, geralmente, por consenso, e depois são incorporadas ao ordenamento interno dos mesmos. A estrutura da OMC tem como principal órgão a Conferência Ministerial, a qual tem como atribuição, entre outras, a adoção das decisões discutidas pelos Estados-Membros em seu âmbito. Desde a criação do órgão de solução de controvérsias da OMC, o sistema multilateral de comércio tornou-se mais seguro e previsível¹⁹⁸. Conforme Barral, as decisões proferidas pela OMC possuem caráter legalista e privilegiam a adoção dos princípios e a aplicação da ordem estabelecida nos tratados multilaterais que regulamentam o comércio internacional¹⁹⁹. No entanto, apesar do caráter legalista das decisões proferidas pelo Órgão de Apelação da OMC, as lagunas existentes nos regulamentos multilaterais propiciam a utilização dos procedimentos de defesa comercial para fins protecionistas.

Assim como outros acordos multilaterais, o Órgão de Solução de Controvérsias é um compromisso único a que todos os Estados signatários da OMC devem aderir. O órgão funciona como foro exclusivo para solucionar as controvérsias que surgem das relações comerciais multilaterais, sendo sempre privilegiada a composição pacífica dos litígios²⁰⁰.

¹⁹⁸ BARRAL, Welber. *Organização Mundial do Comércio (OMC)*. In *Tribunais Internacionais: Mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias*. Welber Barral, organizador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 35.

¹⁹⁹ BARRAL, Welber. *Organização Mundial do Comércio (OMC)*. In *Tribunais Internacionais: Mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias*. Welber Barral, organizador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 35.

²⁰⁰ LAFER, Celso. *A OMC e a Regulamentação do Comércio Internacional: Uma Visão Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 148.

Além dos procedimentos e das etapas definidas, um outro ponto que contribuiu para o aprimoramento do Sistema de Solução de Controvérsias foi a adoção do princípio do consenso negativo. Com a aplicação deste princípio, é necessária à vontade de todos os Estados, inclusive do demandante para que não seja aberto um Painel²⁰¹ o que torna o procedimento quase automático²⁰². A competência do Órgão de Solução de Controvérsia está prevista no artigo 1.2 do GATT, o qual estabelece como atribuições acatar os relatórios dos Grupos Especiais assim como do Órgão de Apelação, e supervisionar a aplicação das decisões entre outras obrigações previstas pelos tratados multilaterais²⁰³.

O Painel será instruído de acordo com os princípios do contraditório e da igualdade entre os Estados Membros. Após a abertura do Painel e do oferecimento das réplicas pelos Estados, será apresentado o relatório do Painel, dando vistas às partes para posteriormente serem adotadas conclusões²⁰⁴. O relatório final do Painel pode não ser considerado para efeito de adoção pelo OSC se uma das partes envolvidas notificar sua decisão de apelar ao Órgão de Apelação. Não restam dúvidas que a existência desse Órgão foi uma das grandes inovações com relação ao antigo sistema de solução de controvérsias existente no GATT. O Órgão de Apelação dá oportunidade à parte que se sentir prejudicada de evitar que o relatório seja adotado na forma em que foi elaborado pelo Grupo Especial. No entanto, deve-se ressaltar que a atuação do Órgão de Apelação limita-se às questões de direito tratadas pelo relatório e às interpretações jurídicas formuladas. Dessa forma, é terminantemente proibido que o Órgão de Apelação analise as questões de fato das controvérsias. Este órgão poderá, portanto, confirmar, modificar ou revogar as conclusões e decisões jurídicas do Grupo Especial, respeitando essa limitação²⁰⁵.

Enquanto no Painel a decisão é proferida por três ou cinco especialistas nomeados ad hoc, no Órgão de Apelação a decisão é dada por sete membros que são escolhidos por um

²⁰¹ Nome dado ao Grupo Especial formado na OMC para discutir os casos concretos levados a julgamento no Órgão de Solução de Controvérsias, cuja regulamentação esta prevista no artigo 12 a 15 Dispute Settlement Understanding.

²⁰² THORSTENSEN, Vera. *OMC: As Regras do Comércio Internacional e a Nova Rodada de Negociações Multilaterais*. 2ª.ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001, p. 371.

²⁰³ BARROS, Maria Carolina Mendonça de. *Antidumping e protecionismo*. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 100

²⁰⁴ LAFER, Celso. *O sistema de Solução de Controvérsias da OMC in Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil*; Apud: CASELLA, Paulo Borba, MERCADANTE, Araminta de Azevedo - Coord. São Paulo: LTr, 1998, p. 728

²⁰⁵ LAFER, Celso. *O sistema de Solução de Controvérsias da OMC in Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil*; Apud: CASELLA, Paulo Borba, MERCADANTE, Araminta de Azevedo - Coord. São Paulo: LTr, 1998, p. 729

sistema de rotação estabelecido nos procedimentos do Corpo de Apelação²⁰⁶. A matéria de apelação fica adstrita às questões analisadas pelo Grupo Especial em seu Relatório Final. Após a decisão do Órgão de Apelação, a qual deve ser tomada por consenso pelas partes envolvidas, o Estado deve implementar a decisão e eventualmente modificar a prática questionada no Painel sob pena de sofrer retaliações comerciais²⁰⁷.

Considerando que as medidas de defesa comercial devem ser adotadas excepcionalmente, sua adoção ocorre quando as práticas dos agentes econômicos são consideradas contrárias ao comércio internacional. Diferente do direito da concorrência, onde as válvulas de escape são aplicadas para afastar as restrições previstas pela norma antitruste em relação às condutas dos agentes econômicos, nos regulamentos multilaterais de comércio, as válvulas de escape, previstas no artigo XIX da GATT, são utilizadas especificamente para possibilitar a aplicação de normas de defesa comercial a fim de evitar uma prática supostamente contrária ao livre comércio²⁰⁸.

Todos os mecanismos de defesa comercial mencionados aqui encontram previsão nos tratados internacionais. Em relação à aplicação de tarifas, o mais tradicional mecanismo para proteção comercial, o dever dos Estados de não adotarem barreiras alfandegárias está regulamentado no artigo III do GATT, o qual estabelece que as taxas não podem ser utilizadas como forma de proteção ao mercado interno e de forma contrária aos princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida. O artigo XI do GATT estabelece a impossibilidade de qualquer Estado signatário aplicar limitação à importação de produtos estrangeiros. O Acordo prevê apenas algumas exceções, especialmente, em relação a produtos primários.

Com relação aos mecanismos de defesa comercial previstos nos regulamentos multilaterais de comércio, ou seja, as exceções permanentes e contingências, as medidas de salvaguardas, as medidas compensatórias e as medidas antidumping, além da menção expressa destas no Acordo Geral, existem também tratados multilaterais específicos regulamentando os procedimentos para sua aplicação no sistema multilateral de comércio.

²⁰⁶ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 499.

²⁰⁷ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 500.

²⁰⁸ JACKSON, John; DAVEY, William J. and SYKES JR., Alan. *Legal Problems of International Economic Relations – cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations*. USA: West Publishing Co., 2002, p. 604.

As exceções justificam-se, principalmente, pela necessidade dos Estados de proteger os recursos naturais, a vida humana ou até mesmo a segurança nacional. As exceções foram incorporadas ao texto do GATT de 1947, e, após 1994, no Acordo constitutivo da OMC, a qual tem como tarefa explicitar e limitar essas exceções a fim de evitar o uso abusivo destas pelos Estados.

As exceções permanentes podem ser invocadas a qualquer tempo como impeditivo ao livre comércio de bens importados desde que esses produtos estejam previstos no GATT. As exceções gerais estão regulamentadas no artigo XX do GATT e prevêm, sob o título de exceções gerais, fundamentos que possibilitam medidas que oferecem proteção à importação destes produtos, como a saúde humana, animal e vegetal, a moralidade pública, o comércio de ouro e de prata, a segurança das normas e a conservação de recursos naturais exauríveis entre outros²⁰⁹. Assim, a imposição de barreira técnicas, sanitárias ou ambientais impostas pelos Estados pode ser questionadas pelos Estados signatários da OMC com base nesse dispositivo do GATT. Além das exceções gerais, o GATT regulamenta, no artigo XXV, prevê a possibilidade de dispensar um Estado do cumprimento de uma obrigação, procedimento conhecido como waiver, desde que seja para garantir a execução dos objetivos do GATT. O procedimento para a concessão do waiver esta previsto no artigo IX do Acordo Constitutivo da OMC, porém, à medida que precisa da aprovação por consenso pela conferência ministerial ou por no mínimo três quartos dos membros, essa exceção é raramente pedida pelos Estados na OMC.

Outra exceção permanente prevista no regulamento do GATT é a segurança nacional. O artigo XXI estabelece uma exceção genérica relacionada aos interesses de segurança dos Estados. Assim, o GATT excepciona os Estados a apresentarem informações relacionadas à segurança nacional inclusive em relação à produção e à comercialização de artefatos bélicos.

As exceções contingenciais previstas no GATT permitem afastar os princípios do livre comércio em razão de contingências econômicas, entre as quais se enquadram a balança de pagamentos e a proteção à indústria nascente. O artigo XII do GATT permite aos Estados restringir o valor ou o volume das mercadorias importadas para salvaguardar o equilíbrio de sua balança de pagamentos. A liberalização do comércio deve representar uma maneira dos

²⁰⁹ BARRAL, Welber; BROGINI, Gilvan. *Manual prático de defesa comercial*. São Paulo: Lex, 2006, p. 31.

Estados manterem seu equilíbrio²¹⁰ e assim é excepcionado ao Estado ter o controle de sua balança de pagamentos.

A teoria da balança de pagamento foi desenvolvida pelo filósofo David Hume. Essencialmente, a teoria sugere que o valor e, conseqüentemente, a demanda pela moeda de um país está relacionada à demanda de suas exportações. Assim, aumentando o volume de exportação, aumentaria também o valor da moeda. Dessa forma, quando houvesse excedente de exportação, a demanda extra por suas exportações fariam aumentar o valor de sua moeda e, além disso, suas exportações se tornariam mais caras e suas importações mais baratas²¹¹. A questão cambial, nesse sentido, tem papel importante no comércio internacional e estabelece uma importante diferença entre o comércio nacional e o comércio internacional.

A compreensão do equilíbrio de mercado a partir da variação cambial e do balanço de pagamento é fundamental para entender a interface entre a ordem jurídica, o comércio internacional e o sistema monetário internacional tendo em vista que as principais práticas comerciais desleais que serão analisadas neste trabalho, guardam relação direta com a referida teoria econômica²¹². O desequilíbrio do fluxo comercial entre os Estados, ocorrido em razão da prática de dumping, por exemplo, ocasiona inúmeras implicações de ordem econômica, como a valorização artificial da moeda do país exportador, o déficit na balança comercial e a conseqüente redução das riquezas do país importador em razão das vantagens artificiais geradas pelo exportador em razão do dumping, entre outras que serão posteriormente analisadas.

A questão cambial esta regulamentada no artigo 2.4.1 do GATT, o qual estabelece que, quando houver necessidade de conversão cambial, deverá ser adotada a taxa de câmbio do dia da venda, sendo ignoradas flutuações na taxa de câmbio. Em caso de investigações, os Estados exportadores poderão ajustar seus preços de exportação em relação à flutuação das taxas de cambio ocorridas durante o período de investigação²¹³. Com o fortalecimento da economia chinesa e a conseqüente valorização de sua moeda, a variação cambial passou a

²¹⁰ TREBILCOCK, Michael. J., HOWSE, Robert. *The regulation of International trade*. USA: Taylor & Francis Books, 2005, p. 154.

²¹¹ TREBILCOCK, Michael. J., HOWSE, Robert. *The regulation of International trade*. USA: Taylor & Francis Books, 2005, p. 154.

²¹² TREBILCOCK, Michael. J., HOWSE, Robert. *The regulation of International trade*. USA: Taylor & Francis Books, 2005, p. 154.

²¹³ BARROS, Maria Carolina Mendonça de. *Antidumping e protecionismo*. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 109.

trazer importantes reflexos ao comércio internacional assim como para a concorrência. Com a valorização da moeda chinesa, devido ao seu crescimento do consumo, assim como da moeda de outros países como o Brasil, o qual deve a valorização de sua moeda à valorização de commodities como aço e soja, observou-se uma redistribuição dos recursos. Países como o Brasil passaram a atrair grande volume de investimento estrangeiro direto, o que pode inclusive ser explicado pelo aumento da renda e pela própria existência de uma política de defesa da concorrência.

Os prazos dos procedimentos no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC devem ser atendidos pelas partes e é sempre assegurado o contraditório aos Estados. Após a adoção do relatório do Painel e não havendo apelação, a decisão deverá ser implementada no prazo de 30 dias. As partes poderão ainda elaborar acordo sobre compensação para evitar a aplicação das retaliações previstas pela decisão do Órgão de Solução de Controvérsias²¹⁴. Segundo afirma Barral, as decisões do OSC não adotaram a doutrina do *stare decisis*, pela qual a criação de um precedente limita, atendidos certos requisitos, a interpretação de futuros casos envolvendo a mesma matéria²¹⁵.

No caso da União Europeia, as medidas de defesa comercial foram principalmente aplicadas em relação a países que não compõem o bloco²¹⁶, prevalecendo entre os países membros da União Europeia as normas que regulamentam a concorrência. Assim, à medida que as fronteiras foram efetivamente derrubadas pelos processos de integração e o livre comércio passou a ser privilegiado, percebe-se que a defesa da concorrência toma o espaço da defesa comercial. A defesa da concorrência está diretamente ao livre comércio o qual, é pressuposto dos processos de integração, enquanto que a defesa comercial tem sido cada vez mais considerada com finalidade protecionista. Os tratados multilaterais de comércio não prevêem as ocasiões em que é legítima a aplicação das medidas de defesa comercial, ficando assim ao arbítrio dos Estados a adoção, ou não, de mecanismos de defesa comercial de acordo com os procedimentos previstos no âmbito do GATT/OMC.

²¹⁴ BARROS, Maria Carolina Mendonça de. *Antidumping e protecionismo*. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 100.

²¹⁵ BARRAL, Welber et al. *Solução de controvérsias – OMC, União Europeia e MERCOSUL*. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Fundação Konrad Adenauer, 2004, p.29. Disponível em: <<http://www.adenauer.org.br/download/solucaocontroversias.pdf>>. Acesso em: 06 fev. 2009.

²¹⁶ A abertura de investigações de dumping na União Europeia está prevista no Regulamento 1225/2009 e é onde estão estabelecidas as normas para cálculo do valor normal e todo o procedimento para investigação e aplicação de medidas de defesa comercial em relação aos países de fora do bloco.

Como vimos, à medida que existe uma regulamentação internacional da concorrência, a correspondência entre os mecanismos e procedimentos abertos internamente com àqueles previsto nos tratados multilaterais, o que falta à concorrência. No entanto, tanto a defesa comercial quanto a defesa da concorrência tem como pressuposto assegurar o equilíbrio do mercado e evitar condutas que sejam prejudiciais ao livre comércio. Nesse sentido, uma análise combinada dessas duas práticas é possível e inclusive admitida pela legislação como demonstra o artigo 12 da Lei Federal nº 12.529, de 2011, quando atribuiu à SDE a competência para manifestar-se, no âmbito da defesa da concorrência, sobre a adoção de medidas de defesa comercial.

À medida que a integração avança, como já acontece na União Européia, a concorrência tende a ocupar o espaço deixado para a adoção de medidas de defesa comercial. Ainda que os mecanismos e regulamentos internos continuem existindo, sua utilização no interior do bloco passa a ser desestimulada, passando apenas para mercados externos ao bloco.

2. INTERAÇÃO ENTRE DIREITO INTERNACIONAL DA CONCORRÊNCIA E MEDIDAS DE DEFESA COMERCIAL

As relações econômicas internacionais, principalmente após o Acordo de Bretton Woods, intensificaram-se significativamente. O processo de liberalização da economia favoreceu o aumento do comércio internacional, assim como o aumento do fluxo de capitais. Nesse cenário, resta evidente a crescente interdependência entre os países e, de certa forma, a própria relativização do conceito de soberania. A esse respeito, Jackson, Davey e Sykes alertam para a dificuldade de afirmar que um Estado pode ser considerado soberano com uma economia dependente de diversos outros Estados onde, em razão disso, o governo não pode nem mesmo adotar políticas internas e alfandegárias de forma independente sem que existam repercussões negativas a sua própria economia²¹⁷. O aumento da interdependência é, em grande parte, devido ao sucesso das negociações realizadas após a segunda guerra e que coadunaram na criação do GATT, do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial. A criação das organizações multilaterais, bem como a formação de blocos regionais, trouxe grandes avanços para o comércio, assim como para o direito²¹⁸. Porém, com o aumento significativo do comércio e dos investimentos internacionais, as empresas passaram a ganhar maior importância no cenário mundial, sobrepondo, por vezes, seu poder ao próprio poder dos Estados.

A defesa comercial sempre existiu. A primeira forma de proteção imposta pelos Estados para aumentar suas riquezas, de acordo com os preceitos mercantilistas, era a imposição de tarifas aduaneiras. O comércio, no entanto, está relacionado com o surgimento do liberalismo e passou a ter significado técnico mais tarde com a influência da obra de Adam Smith, David Ricardo, entre outros.

A defesa da concorrência, assim como a defesa comercial, estão voltadas ao combate às práticas comerciais injustas, seja no mercado interno, seja no mercado internacional. Enquanto o direito da concorrência tem efetividade praticamente apenas em âmbito interno, a defesa comercial possui regulamentos internos, assim como suporte em tratados multilaterais

²¹⁷ JACKSON, John; DAVEY, William J. and SYKES JR., Alan. *Legal Problems of International Economic Relations – cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations*. USA: West Publishing Co., 2002, p. 1.

²¹⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais – 4ª edição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 528.

de comércio. A concorrência internacional é considerada de forma restrita como se tivesse como único objetivo o acesso aos mercados. No entanto, a concorrência representa um campo de estudo onde a economia e o direito devem trabalhar de forma a assegurar a eficiência no comércio internacional e o bem estar dos consumidores²¹⁹. A defesa comercial, por outro lado, possui instrumentos mais simples, porém cujos procedimentos podem ser inicialmente abertos administrativamente no interior dos Estados e, se não houver solução ao litígio internamente, podem ser suscitados no âmbito da OMC. À medida que a liberalização do comércio cresce, surgem também novas formas de conter os avanços da concorrência internacional. Para Alan Sykes, as normas de defesa da concorrência e antidumping foram criadas para fins diversos, muito embora a origem de ambas decorra do combate ao discurso monopolista²²⁰. O direito antitruste foi criado para resolver problemas decorrentes da concentração do poder econômico no mercado interno. Por outro lado, as normas de defesa comercial, em especial as normas antidumping, foram criadas inicialmente para conter os efeitos dos monopólios internacionais sobre o mercado interno²²¹, mas quando foram transpostas ao ordenamento jurídico internacional passaram logo a receber contornos diversos e a servir, inclusive, como mecanismos de proteção do mercado e contrários ao livre comércio e à livre concorrência, princípios estruturantes dos tratados multilaterais de comércio.

A Rodada de Doha, em relação às rodadas anteriores, assumiu desafios de maior complexidade, como a discussão de matérias como a relação entre a proteção ambiental e a relação entre o livre comércio e o direito da concorrência internacional. As dificuldades para abordarem esses temas em âmbito multilateral e as próprias crises ocorridas no cenário econômico internacional prejudicaram a expansão do processo de liberalização das economias e a discussão dos temas analisados no âmbito da Rodada de Doha. Ademais, apesar do livre comércio ser defendido por todos, a maioria dos países adota alguma forma de protecionismo.

A primeira norma antitruste e a primeira legislação antidumping surgiram no mesmo período. O Canadá foi o primeiro país a possuir uma norma para a defesa da concorrência,

²¹⁹ BALDE, Alen. *Competition on the Global Market: A way Toward an Autonomous International Court for Global Competition Cases*. United Kingdom: Faculty of law, business and social science. Vol. 6, número 2, 2008, p. 1. Disponível em: < http://www.fm-kp.si/zalozba/ISSN/1581-6311/6_207-222.pdf>. Acesso em 5 de março de 2013.

²²⁰ SYKES, Alan O. *Antidumping and antitrust: what problems does each address?* Chicago: University of Chicago, Brookings Institution Press, ISSN 1520-5479, 1999, p.2.

²²¹ SYKES, Alan O. *Antidumping and antitrust: what problems does each address?* Chicago: University of Chicago, Brookings Institution Press, ISSN 1520-5479, 1999, p.2.

conhecida como Act for the prevention and suppression of combinations formed in restrained of trade²²², promulgada em 1889. Os objetivos desta norma eram promover a eficiência e a adaptabilidade da economia canadense, aumentar a oportunidade de participação do Canadá nos mercados mundiais, reconhecendo, ao mesmo tempo o papel da concorrência estrangeira dentro do país. Em 1890 foi a vez dos Estados Unidos da América promulgar sua norma para defesa da concorrência. A primeira legislação antidumping surgiu em 1904 também no Canadá²²³, curiosamente, para combater o avanço dos trustes norte americanos sobre o mercado canadense de aço, que estava se instalando com o desenvolvimento das ferrovias naquele país²²⁴.

Assim, a origem da primeira norma de defesa da concorrência possui diversos aspectos em comum com o surgimento de um dos mais tradicionais mecanismos de defesa comercial, qual seja, o direito antidumping. Não obstante a identidade temporal e de local, requisitos para a aplicação do direito da concorrência segundo Frederico do Valle Magalhães Marques, a imposição de direitos antidumping justificou-se inicialmente, como descrito anteriormente, para conter uma prática contrária à concorrência decorrente de atos comerciais praticados extra territorialmente.

Enquanto que as normas de defesa da concorrência têm seus dispositivos voltados para reger as relações econômicas no interior dos Estados, as normas que regulamentam a utilização dos instrumentos de defesa comercial têm seus efeitos voltados principalmente à tutela das relações econômicas ocorridas fora das fronteiras dos Estados. As normas de defesa da concorrência contam com dispositivos de direito material e formal que estabelecem as diretrizes para a avaliação das condutas de acordo com seus impactos econômicos ao mercado. As normas multilaterais que regulamentam a aplicação de mecanismos de defesa comercial, no entanto, baseiam-se nos princípios previstos no Tratado constitutivo da OMC e contam apenas com normas que definem os procedimentos a serem adotados, mas não trazem normas de direito material que orientem sua aplicação, o que favorece o uso arbitrário destes institutos para a consecução de finalidades meramente protecionistas.

²²² “Ato para prevenção e supressão das combinações formadas em restrição ao comércio”. Tradução livre

²²³ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 89.

²²⁴ FINGER, Michael J. *Antidumping: How it works and who gets hurt*. USA: Ann Arbor The University of Michigan Press. 1998, p. 13.

Considerando que ao longo das diversas Rodadas de Comércio a utilização de barreiras tarifárias e não tarifárias foi sendo abolida pelos países, esses mecanismos, utilizados pelos Estados para sua defesa comercial, não impõem necessariamente prejuízos à concorrência internacional a menos que sejam adotados de forma contrária aos princípios previstos nos tratados multilaterais do comércio. Porém, algumas condutas aparentemente são coincidentes em relação ao direito da concorrência assim como nos regulamentos de defesa comercial. A prática de dumping, por exemplo, esta regulamentada internacionalmente no âmbito do Sistema da OMC e é semelhante ao conceito de preço predatório previsto nas normas internas de defesa da concorrência. Muito embora a definição dessas condutas seja semelhante, o tratamento dado pelas autoridades estatais para a defesa da concorrência ou para a defesa comercial é antagônico. Da mesma forma, os atos de concentração não recebem, por vezes, a atenção devida em relação a seus efeitos econômicos e à competição interna ou internacional seja quando a operação envolve agentes e recursos internos ou quando os agentes econômicos envolvidos são companhias internacionais. No presente capítulo serão analisadas as condutas e os procedimentos previstos nas normas de defesa da concorrência e de defesa comercial. Muito embora o universo de práticas comerciais pertinentes a defesa da concorrência e à defesa comercial seja bastante, a nossa análise recairá especialmente sobre a imposição de medidas de preço, como o dumping e o preço predatório, e os atos de concentração e sua análise segundo o ordenamento interno e internacional e suas repercussões em relação ao acesso a mercados e à circulação de investimentos.

No âmbito da OMC, o Grupo de Trabalho sobre a Interação entre o Direito da Concorrência e Comércio Internacional tem se debruçado não apenas sobre as operações que envolvem maior concentração, como também sobre diversas condutas anticoncorrenciais no mercado internacional e seus impactos ao livre comércio. No entanto, em razão da pluralidade de atores existentes no mercado internacional e a inexistência de acordos multilaterais de cooperação sobre o tema, as operações que envolvem aumento da concentração de agentes econômicos ocorrem ainda sem controle impossibilitando a identificação de prejuízos efetivos ou potenciais ao mercado interno ou internacional.

A defesa da concorrência assim como a defesa comercial aparecem como ramos do direito econômico. Muito embora os objetivos de cada um destes ramos do direito possua objetivos e instrumentos próprios e sejam considerados como ramos completamente

distintos²²⁵, ambos possuem aspectos convergentes quando se observa sua história e principalmente sua relação com a ciência econômica. A imposição de uma tarifa ou um direito antidumping sobre um determinado produto, cujos efeitos se compara à imposição de uma tarifa alfandegária, desestimula o consumo desse e acarreta uma diminuição em relação à concorrência externa e, possivelmente, a redução do bem estar do consumidor e a própria colusão das empresas nos mercados de destino. A concorrência tem como fundamento os princípios da não-discriminação e tem como finalidade a liberalização do comércio e a redução de barreiras ao desenvolvimento econômico. A defesa comercial, por sua vez, incide excepcionalmente quando as práticas dos agentes econômicos são contrárias ao livre comércio e à livre concorrência internacional. Com o crescimento do comércio internacional, os Estados passam a disputar espaços cada vez maiores no mercado internacional intensificando, assim, suas relações.

Desse modo, medidas que imponham restrições ao comércio internacional e prejudiquem o acesso a mercados, ainda que não exista um regulamento internacional da concorrência, devem ser desestimuladas. Com a redução das barreiras tarifárias e não tarifárias, hoje o comércio internacional se depara com uma nova realidade onde os instrumentos de defesa comercial, antes utilizados para conter práticas que prejudicavam o livre comércio e a concorrência internacional, são utilizados de forma contrária à sua própria natureza e, aparentemente, com o único fim de proteger os mercados da concorrência externa. A análise dos procedimentos e das condutas afetas à defesa comercial e à defesa da concorrência tem como objetivo apontar a relação entre esses dois ramos do direito econômico assim como indicar possibilidades para reforma dos normas internas assim como dos tratados multilaterais que regulamentam o comércio internacional.

As condutas e procedimentos para defesa da concorrência e para defesa comercial serão analisados, buscando aspectos que lhes sejam comuns ou que permitam uma harmonização das duas políticas. Ressaltamos que, ainda que sejam diferentes, esses dois ramos do direito econômico podem e devem ser harmonizados para contribuir com o livre comércio e o desenvolvimento dos Estados.

²²⁵ BARRAL, Welber; BROGINI, Gilvan. *Manual prático de defesa comercial*. São Paulo: Lex, 2006, p. 38.

2.1. ANÁLISE CRÍTICA DAS CONDUTAS CONTRÁRIAS À CONCORRÊNCIA E À DEFESA COMERCIAL

Como foi apresentado anteriormente, o rol de mecanismos utilizados pelos Estados para a defesa comercial é bastante grande. Podemos relacionar a utilização de taxas alfandegárias, normativas técnicas além dos instrumentos previstos nos tratados multilaterais de comércio. O presente capítulo, no entanto, terá como escopo a análise de apenas duas condutas que mantêm relação com as normas de defesa da concorrência e com os efeitos da utilização de medidas de defesa comercial. A primeira delas é a prática de preço predatório e dumping e a segunda corresponde às operações entre empresas e que envolvam atos de concentração. Quando ocorrem fusões ou incorporações em um segmento econômico, há a possibilidade de formação de um monopólio ou oligopólio e assim podem ocorrer efeitos contrários à concorrência. Tais condutas precisam, portanto, ser avaliadas para evitar prejuízos ao mercado. No entanto, os efeitos de atos de concentração, seja com a fusão de empresas nacionais, seja pelo ingresso de investimentos estrangeiros são indiferentes são apenas analisados de acordo com as normas de defesa da concorrência com vistas a sua eficiência restrita ao mercado interno, sem levar em conta às normas que regulamentam a defesa comercial e os efeitos da mesma sobre a valorização da moeda e circulação de mercadorias.

Se, por um lado, o aumento da concentração do poder econômico²²⁶ por empresas de um mesmo segmento econômico no interior de um Estado é considerada a conduta com maior risco em relação à defesa da concorrência, internacionalmente, à medida que inexiste um regulamento ou organização internacional para a defesa da concorrência, a conduta praticamente fica sem qualquer regulação seja pela infinidade de atores que podem fazer parte de um mesmo segmento produtivo, seja pela falta de controle sobre operações dessa natureza e, até mesmo em razão dos efeitos, por vezes, benéficos do ingresso de investimento estrangeiro direto reconhecidos pela economia. Nesse sentido as operações de fusão e incorporação passam a ser incentivadas por Estados, principalmente por aqueles com pouca

²²⁶ Uma empresa (ou um grupo de empresas) possui poder de mercado se for capaz de manter seus preços sistematicamente acima do nível competitivo de mercado sem com isso perder todos os seus clientes. Em um ambiente em que nenhuma firma tem poder de mercado não é possível que uma empresa fixe seu preço em um nível superior ao do mercado, pois se assim o fizesse os consumidores naturalmente procurariam outra empresa para lhe fornecer o produto que desejam, ao preço competitivo de mercado. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia CADE. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 4 de janeiro de 2013.

tradição de defesa da concorrência, que geralmente recebem os investimentos e não fazem objeções ao ato de concentração.

Outra variável que deve ser consideradas é a valorização cambial da moeda do Estado. À medida que o ingresso de capital internacional valoriza a moeda, quando uma empresa ou fundo internacional decide adquirir empresas em outro país, esse passa a contar com maior volume de reservas para equilibrar a balança comercial. Por outro lado, as exportações ficam mais caras e, assim, são desestimuladas²²⁷ afetando o próprio balanço comercial e prejudicam a competitividade dos produtos nacionais no mercado internacional, o que tem sido identificado como dumping cambial. Em tese, com o aumento do valor da moeda, o ingresso de produtos estrangeiros será incentivado até que o valor da moeda seja equiparado ao valor dos juros internacionais, quando então o mercado volta a alcançar seu equilíbrio²²⁸. O valor da moeda pode variar de acordo com a circulação de mercadorias, serviços gerados pela força de trabalho ou pelo capital ou pela circulação de investimentos estrangeiros²²⁹. No entanto, o fluxo de mercadorias tem sofrido prejuízos em razão da utilização abusiva de medidas de defesa comercial, em especial de investigação da prática de dumping.

A prática de preço predatório e o dumping, muito embora possuam conceitos semelhantes, recebem tratamento diverso em relação às normas de defesa da concorrência e à defesa comercial. Considerando que a venda de produtos com baixos preços beneficiam o consumidor, a prática de preço predatório é considerada pelas autoridades antitruste como uma demonstração de uma melhoria na eficiência produtiva e é pouco contestada. No entanto, no mercado internacional, a prática é considerada umas das condutas mais prejudiciais ao livre comércio e responde pelo maior número de disputas no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, o que impõe a análise de tais condutas.

²²⁷ *Fechando as comportas: A América Latina adota controle de capitais*. Finanças e Investimento. Publicado em 1 de junho de 2011. Wharton School Universidade da Pensilvânia. Disponível em: <<http://www.wharton.universia.net/index.cfm?fa=printArticle&ID=2068&language=Portuguese>> Acesso em 18 de dezembro de 2012.

²²⁸ JACKSON, John; DAVEY, William J. and SYKES JR., Alan. *Legal Problems of International Economic Relations – cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations*. USA: West Publishing Co., 2002, p. 1065.

²²⁹ JACKSON, John; DAVEY, William J. and SYKES JR., Alan. *Legal Problems of International Economic Relations – cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations*. USA: West Publishing Co., 2002, p. 1060.

2.1.1. PREÇO PREDATÓRIO E DUMPING

A prática de preço predatório consiste em uma estratégia de mercado utilizada por agente econômicos para eliminar a concorrência²³⁰ e esta prevista no artigo 36, §3º, XV da Lei Federal 12.529 de 30 de novembro como uma das condutas contrárias à ordem econômica. A norma estabelece como infração à concorrência a venda de mercadorias ou serviços a preços injustificadamente abaixo dos custos. Em que pese o conceito de preço predatório ser bastante semelhante ao dumping, os fundamentos normativos assim como o tratamento dado pelas autoridades antitruste e de defesa comercial são diversos. O preço predatório, como visto, é definido como a fixação de preços abaixo do custo de produção com o objetivo de excluir empresas concorrentes do mercado ou impedir a entrada de novas empresas. O objetivo do preço predatório seria eliminar a concorrência a fim de obter lucros monopolísticos posteriormente. No entanto, a conduta apenas teria efeito para uma empresa com grande poder econômico que, com a prática de preço predatório, inibisse a concorrência e dominasse o mercado, para posteriormente recuperar os custos incorridos na eliminação dos concorrentes. Tal prática, no entanto, não tem sido considerada predatória pelas autoridades antitruste. A redução de preço é interpretada, na maioria das vezes, como uma demonstração de eficiência da empresa e não como uma conduta comercial predatória²³¹.

Em uma averiguação preliminar recentemente analisada pelo CADE, a autoridade antitruste ponderou em seu parecer a definição de prática de preço predatório e dumping. O preço predatório, segundo o CADE, é praticado no mercado nacional, enquanto que o dumping guarda relação com o comércio internacional²³². Para Calixto Salomão a prática de preço predatório, para que possa ser caracterizada, deve ser comparada com a conduta efetivamente conveniente ao empresário. Assim, para que possa ser tipificada a infração contra a ordem econômica decorrente da prática de preço predatório, deve ser analisado os

²³⁰ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 274

²³¹ Por ocasião do processo nº 08012.000219/2005-02, por exemplo, o CADE, a pedido do Ministério Público, investigou a suposta prática de “dumping” praticado por uma drogaria e uma loja de departamento em relação ao preço de venda de determinados medicamentos. A utilização da palavra dumping foi equivocada pois tecnicamente a conduta prevista na Lei Antitruste é a prática de preço predatório. Na análise do caso, a Procuradoria do CADE analisou a relação entre a prática de dumping e preço predatório. Segundo a análise, a distinção entre Dumping e preço predatório esta no âmbito de atuação das práticas, comércio internacional e comércio interno, respectivamente. A prática de dumping caracteriza-se pelo ato de vender em país alheio mercadoria abaixo do preço do mercado doméstico; já o preço predatório, designa o comércio de produtos abaixo do preço de custo no mercado interno.

²³² Parecer ProCADE nº 08012.000219/2005-02 – Averiguação preliminar

efeitos do preço, o impacto à concorrência e seus eventuais benefícios ao empresário. O autor ainda salienta que:

O padrão básico passa, então, a ser o custo de oportunidade. Fundamental para que exista a predação é que seja possível demonstrar que aquela determinada conduta só será mais conveniente que outras condutas alternativas disponíveis se o concorrente (a vítima da predação) deixar o mercado ou se, mesmo permanecendo, for possível a dominação oligopolística por parte do predador (com ou sem a participação da vítima)²³³.

Assim, para que se possa tipificar a prática de preço predatório, é necessário demonstrar que a prática favorece a redução ou efetiva eliminação da concorrência. Muito embora já tenha sido investigada a prática de preço predatório em diversas oportunidades, as autoridades antitruste nunca condenaram qualquer agente econômico pela prática de preço predatório. No Brasil, a defesa da concorrência tem na proteção do consumidor um dos seus principais objetivos e, assim, à medida que a prática de preços menores favorece o consumidor, considerado hipossuficiente em relação aos agentes econômicos pelo ordenamento, não denota prejuízo à concorrência segundo as autoridades antitruste tendo em vista que o consumidor poderá adquirir produtos com preço inferior, aumentando assim seu bem estar²³⁴.

A definição de dumping é, por sua vez, bastante semelhante à definição de preço predatório. O dumping, no entanto, não recebe o mesmo tratamento da prática de preço predatório e tem sido uma das condutas mais questionadas na OMC e vêm se tornando o mais importante mecanismo protecionista na atualidade, sendo inclusive conhecidas atualmente como “as armas químicas da guerra comercial”²³⁵. O dumping é definido por Jackson, como a venda para exportação por preços abaixo dos cobrados no mercado doméstico (preços discriminatórios) ou como um preço insuficiente para cobrir o custo de produção das

²³³ SALOMÃO, Calixto. *Direito Concorrencial - As Condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 177.

²³⁴ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 274.

²³⁵ BARRAL, Welber; BROGINI, Gilvan. *Manual prático de defesa comercial*. São Paulo: Lex, 2006, p. 34.

mercadorias produzidas²³⁶. Para Sungjoon Cho, o dumping é uma estratégia de preço sob a qual produtores internacionais exportam seus produtos por um valor inferior ao normal, abaixo do preço no mercado doméstico ou até mesmo abaixo do custo de produção adicionado de lucro e outros encargos²³⁷. O dumping conta com previsão nos tratados que regulamentam o comércio internacional, internalizado através do Decreto 1062 de 1995, e sua análise é realizada pela Câmara de Comércio Exterior - CAMEX. A doutrina majoritária reconhece duas formas principais pelas quais o dumping pode ser caracterizado ou como uma discriminação internacional de preço ou como um preço predatório que consiste em estabelecer sistematicamente um preço inferior como uma forma de intimidar ou eliminar um concorrente comercial. De acordo com essas classes, é que se justificam economicamente os regulamentos existentes sobre aplicação de medidas antidumping²³⁸.

A classificação do dumping como uma discriminação internacional de preço tem como pressuposto uma diferença significativa de preço de determinado produto em dois ou mais mercados consumidores sem que haja uma diferença significativa de custo para o fornecimento das mercadorias ao mercado consumidor²³⁹. A discriminação de preços é possível quando o vendedor é capaz de identificar mercados separados para seus produtos e estabelecer um preço mais alto para o mercado que tiver maior demanda pelo produto²⁴⁰. Cabe apenas observar que, para verificar a ocorrência de uma discriminação de preço, deve ser considerado o preço FOB²⁴¹ no mercado de origem assim como no mercado de destino da operação²⁴². Esse tipo de prática, portanto é geralmente praticada por empresas que possuem uma posição destacada no segmento de mercado em que atuam.

²³⁶ JACKSON, John; DAVEY, William J. and SYKES JR., Alan. *Legal Problems of International Economic Relations – cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations*. USA: West Publishing Co., 2002, p. 682.

²³⁷ CHO, Sungjoon, *Constitutional Adjudication in the World Trade Organization*. In. Society of International Economic Law (SIEL). Inaugural Conference 2008 (July 9, 2008), p. 7. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1113501>>. Acesso em 4 de setembro de 2012.

²³⁸ TREBILCOCK, Michael. J., HOWSE, Robert. *The regulation of International trade*. USA: Taylor & Francis Books, 2005, p. 250.

²³⁹ TREBILCOCK, Michael. J., HOWSE, Robert. *The regulation of International trade*. USA: Taylor & Francis Books, 2005, p. 250.

²⁴⁰ JACKSON, John; DAVEY, William J. and SYKES JR., Alan. *Legal Problems of International Economic Relations – cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations*. USA: West Publishing Co., 2002, p. 683.

²⁴¹ FOB - Free on Board (livre a bordo) significa que o vendedor entrega a mercadoria a bordo do navio designado pelo comprador, no porto de embarque ou adquire os bens já entregues. O risco de perda ou dano às mercadorias passa quando a mercadoria a bordo do navio, e que o comprador assume todos os custos a partir desse momento.

²⁴² SYKES, Alan O. *Antidumping and antitrust: what problems does each address?* USA: University of Chicago, Brookings Institution Press, ISSN 1520-5479, 1999, p. 13.

Assim, a venda de determinado produto no mercado externo por preço ou custo inferior ao praticado no mercado interno prejudica a indústria do mercado importador, pois seus preços precisariam, em tese, ser artificialmente reduzidos para competir com o produto importado, podendo incidir nesses casos a aplicação de direitos antidumping²⁴³. Os requisitos para que seja configurada a existência de discriminação de preço são a existência de poder de mercado nas mãos do vendedor concomitantemente com a ausência de concorrência perfeita. À medida que um fornecedor externo ingressa no mercado com um produto equivalente por um preço significativamente inferior ao do produto interno, os preços do produto doméstico acabam sendo afetados, reduzindo-se a margem de lucro do produto. Ainda que tal prática possa ser positiva ao passo que promoverá a melhora da eficiência produtiva da indústria, os danos sofridos podem acabar inviabilizando o desenvolvimento do segmento econômico envolvido.

Além disso, pode se dizer que a ocorrência de dumping em termos econômicos prejudica o mercado ao passo que manda sinais errados. Enquanto um mercado livre gera riqueza e aumenta o padrão de vida das pessoas, a ocorrência de dumping faz com que os recursos sejam deslocados de forma incorreta, proporcionando a redução de investimentos no país em que ocorre. Em termos econômicos, as empresas podem acabar incorrendo na prática de dumping por diversas razões, como, por exemplo, o ingresso em novos mercados, a maximização das vendas com a redução das margens de lucro, por razões estratégicas, estruturais ou até mesmo ambientais.

Naturalmente, operações que envolvam agentes econômicos internacionais são diferentes das operações realizadas internamente. Além da instabilidade política que permeia tais operações, os agentes ainda precisam considerar a variação do valor das moedas nos locais em que seus produtos são comercializados e outros movimentos macroeconômicos que possam afetar o mercado global²⁴⁴. Em razão da existência de inúmeras barreiras ao comércio internacional, os governos tendem a favorecer a indústria nacional assim como conferir vantagens às empresas nacionais cuja produção esteja voltada ao comércio internacional.

²⁴³ TREBILCOCK, Michael. J., HOWSE, Robert. *The regulation of International trade*. USA: Taylor & Francis Books, 2005, p. 252.

²⁴⁴ GIFFORD, Daniel J. *Rethinking the Relationship between Antidumping and Antitrust Laws*. USA: American University International Law Review 6, no. 3, 1991, p. 277.

Para a economia, a prática de dumping pode ser considerada benéfica à economia ao passo que proporciona o aumento da competitividade das cadeias produtivas nacionais e facilita o acesso dos consumidores aos produtos. Em razão disso, forma-se um excedente de consumo no mercado do país importador, o qual recebe uma quantidade maior do produto por um valor inferior. No entanto, quando o país importador impõe obrigações antidumping sobre importações com preço inferior, seus consumidores perdem esse benefício já que passam a ser aplicados direitos provisórios ou ao final da investigação direitos definitivo pela prática de dumping os quais estabelecem uma sobretaxa sobre o preço do produto²⁴⁵. O argumento que justifica os benefícios da prática de dumping é o mesmo que justifica a prática de preço predatório. No entanto, a prática de dumping tem sido considerada atualmente como uma arma comercial dos Estados e vem sendo sistematicamente utilizada com fins meramente protecionistas²⁴⁶.

Como visto o dumping surgiu com forte cunho político. Assim, uma vez que não há uma clara definição das hipóteses em que o procedimento pode ser aberto e, considerando que as decisões da OMC não são vinculativas, o mecanismo tem sido muitas vezes utilizado para impedir a livre circulação de mercadorias e não para a defesa da indústria.

Quando os produtos possuem menor preço, o que demonstra em tese a maior eficiência da produção estrangeira como defendido por Adam Smith, os consumidores no país importador serão beneficiados pelos preços baixos resultantes do dumping (pelo menos em curto prazo) e os produtores domésticos nos países importadores que competem com os exportadores dos produtos alvo de dumping serão prejudicados em razão da perda de fatia do mercado para os fornecedores externos²⁴⁷. Ainda que seja considerado como uma prática de discriminação de preços, é defendido pelos economistas ao passo que favorece o desenvolvimento econômico e encoraja a competição interna e internacional. Assim, as regras aplicadas em resposta à imposição de direitos antidumping ou quaisquer outros tipos de medidas de defesa comercial podem também ser consideradas anticompetitivas. Em alguns casos, países exportadores sentem amargamente os efeitos dessas restrições e alegam que as

²⁴⁵ TREBILCOCK, Michael. J., HOWSE, Robert. *The regulation of International trade*, USA: Taylor & Francis Books, 2005, p. 252

²⁴⁶ BARRAL, Welber; BROGINI, Gilvan. *Manual prático de defesa comercial*. São Paulo: Lex, 2006, p. 34.

²⁴⁷ JACKSON, John; DAVEY, William J. and SYKES JR., Alan. *Legal Problems of International Economic Relations – cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations*. USA: West Publishing Co., 2002, p. 684.

regras sobre as práticas irregulares de comércio estão sendo manipuladas por interesses específicos de fundo protecionista²⁴⁸.

A doutrina afirma que a legislação antidumping surgiu com a noção de assegurar a concorrência justa²⁴⁹, porém, nos últimos anos, este instrumento tem sido utilizado com fins protecionistas para impedir o acesso de produtores internacionais ao mercado interno dos Estados e assim falseando a concorrência internacional. Enquanto a moderna política antitruste parece pretender evitar a ineficiência do mercado, as políticas antidumping parecem estar sendo conduzidas no sentido oposto. Muito embora a economia identifique alguns cenários nos quais a utilização de medidas antidumping possa assegurar a eficiência e a livre concorrência ao mercado, o direito ainda não é capaz de identificar com clareza essas hipóteses e limitar a aplicação dessas medidas aos casos que proporcionem um aumento da eficiência do mercado internacional²⁵⁰. Dessa forma, as normas antidumping tem sido utilizadas pelos Estados com uma forma de impor barreiras aos produtos internacionais e restringir o acesso a mercados.

Os efeitos econômicos da imposição de medidas de defesa comercial, na maioria dos casos, ocasiona uma distorção no mercado e um desvio no consumo dos produtos. A imposição de direitos antidumping traz repercussões ao país exportador assim como ao país importador. No mercado importador, a imposição de direito antidumping terá reflexo no preço do produto. No mercado exportador haverá apenas prejuízo aos usuários de determinado produto sobre os quais incidam direitos antidumping se esse produto for um componente de outro produto final e que assim passaria a ter um custo mais alto²⁵¹.

²⁴⁸ JACKSON, John; DAVEY, William J. and SYKES JR., Alan. *Legal Problems of International Economic Relations – cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations*. USA: West Publishing Co., 2002, p. 679.

²⁴⁹ SYKES, Alan O. *Antidumping and Antitrust: What problems does each address?* Chicago: University of Chicago, Brookings Institution Press, ISSN 1520-5479, 1999. p. 1. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/25063120?uid=3737664&uid=2129&uid=2134&uid=376613963&uid=2&uid=70&uid=3&uid=376613953&uid=60&sid=21101516697743>>. Acesso em 9 de novembro de 2012.

²⁵⁰ SYKES, Alan O. *Antidumping and Antitrust: What problems does each address?* Chicago: University of Chicago, Brookings Institution Press, ISSN 1520-5479, 1999, p.2.. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/25063120?uid=3737664&uid=2129&uid=2134&uid=376613963&uid=2&uid=70&uid=3&uid=376613953&uid=60&sid=21101516697743>>. Acesso em 9 de novembro de 2012.

²⁵¹ JACKSON, John; DAVEY, William J. and SYKES JR., Alan. *Legal Problems of International Economic Relations – cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations*. USA: West Publishing Co., 2002, p. 684.

Segundo a análise econômica, um mercado alcançou sua máxima eficiência alocativa quando os recursos alcançam seus níveis mais altos entre seus usos competitivos. Nesse contexto, em relação às trocas entre produtores e consumidores, a máxima eficiência alocativa é alcançada quando o valor do produto na mão do consumidor está equalizado com o valor dos recursos usados para produzir esse produto²⁵². Dessa forma a máxima eficiência do mercado é alcançada quando os produtos são produzidos com o menor custo possível e, considerando que a utilização de medidas de defesa comercial impactam no preço do produto, podemos afirmar que seus usos afetam a competitividade da indústria assim como a concorrência internacional.

Como visto, qualquer prática comercial que envolva a circulação de mercadorias, serviços e capitais entre dois ou mais países, envolve também repercussões no valor da moeda dos Estados, apesar de que ainda não está claro em que medida a prática de dumping venha tendo reflexo direto na balança comercial dos países exportadores em relação ao comércio internacional²⁵³. Considerando que, segundo a economia, o dumping não traz qualquer prejuízo em mercados competitivos²⁵⁴, a prática apenas acarretaria problemas em mercados em que não exista livre concorrência e onde persista a aplicação de mecanismos protecionistas. Assim, os efeitos da utilização abusiva de medidas antidumping evidentemente prejudica o livre comércio e impõe uma nova forma de barreira tarifária. O crescente número de investigações de dumping faz com que a prática seja atualmente reconhecida pela doutrina como uma poderosa arma para conter o fluxo de produtos estrangeiros. Para o ganhador do Prêmio Nobel de Economia Joseph Stiglitz, a forma pela qual as leis antidumping são mais frequentemente usadas pelos Estados impõem barreiras protecionistas ao livre comércio e prejudicam a competição internacional²⁵⁵. A esse respeito, Jackson reconhece os efeitos protecionistas dessa medidas e afirma que algumas práticas podem ser consideradas efetivamente injustas. No entanto, por vezes, as condutas usualmente analisadas apenas são

²⁵² WTO, Working group on the Interaction between Trade and Competition Policy. *Study on issues relating to a possible multilateral framework on competition policy*, 2003. p. 9 Disponível em: < W228-00.pdf > , Acesso em 5 de março de 2013.

²⁵³ JACKSON, John; DAVEY, William J. and SYKES JR., Alan. *Legal Problems of International Economic Relations – cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations*. USA: West Publishing Co., 2002, p. 684.

²⁵⁴ STIGLITZ, Joseph, WALSH, Carl E. *Introdução à Microeconomia*. Rio de Janeiro: Campus. 2003, p. 310

²⁵⁵ STIGLITZ, Joseph, WALSH, Carl E. *Introdução à Microeconomia*. Rio de Janeiro: Campus. 2003, p. 310.

injustas aos olhos dos importadores que querem ficar livres dos desafios que a concorrência internacional pode trazer²⁵⁶.

Em alguns casos a aplicação abusiva das medidas de defesa comercial decorre de previsão expressa na legislação interna dos países, mas que não guardam relação com os regulamentos internacionais, o que dificulta a própria defesa dos Estados, que acabam sendo prejudicados em sua balança comercial. A excessiva discricionariedade e as diversas lacunas existentes nos regulamentos internacionais sobre a abertura e o processamento de tais ocorrências perante a OMC favorecem o uso indiscriminado desse tipo de instrumento, que acaba sendo utilizado como um instrumento para a defesa dos mercados, acarretando prejuízos principalmente aos países em desenvolvimento que sentem de forma mais intensa os impactos dessas medidas em suas exportações.

A utilização das medidas antidumping em desacordo com as normas previstas nos tratados internacionais é contrária à própria natureza do instrumento, já que não contribui ao livre comércio, mas sim para impor barreiras protecionista à concorrência internacional. Uma prática abusiva observada com certa frequência recentemente é a utilização de metodologias assimétricas para o cálculo das margens de dumping para inflar as margens e consequentemente impor entraves ao livre comércio internacional. Um exemplo é a prática de zeroing, ou zeramento, o qual tem sido adotado de forma recorrente principalmente pelos Estados Unidos da América. O zeroing está previsto na legislação americana e consiste em uma metodologia de cálculo assimétrico para definir a margem de dumping na qual são omitidas as operações em que o preço não seja inferior ao valor normal. De acordo com estudos é capaz de inflar as margens de dumping em até 90%, em determinados casos²⁵⁷.

Esse método consiste em eliminar as operações que tiverem dumping negativo para formar a margem de dumping²⁵⁸. Pode-se ilustrar a ocorrência de zeroing através do seguinte exemplo: supondo que o valor normal de determinada mercadoria é equivalente a 100 e são

²⁵⁶ JACKSON, John; DAVEY, William J. and SYKES JR., Alan. *Legal Problems of International Economic Relations – cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations*. USA: West Publishing Co., 2002, p. 2.

²⁵⁷ CHO, Sungjoon, *Constitutional Adjudication in the World Trade Organization*. In. Society of International Economic Law (SIEL). Inaugural Conference 2008 (July 9, 2008), p. 3Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1113501>>. Acesso em 4 de setembro de 2008.

²⁵⁸ LINDSEY, Brink; IKENSON, Dan. *Antidumping 101 The devilish details of “unfair trade” law*. USA: Center for Trade Policy Studies. 2002, p. 10. Disponível em: <<http://www.freetrade.org/pubs/pas/tpa-020.pdf>>. Acesso em 12 de setembro de 2008.

realizadas três importações por 90, 100 e 110. Em relação à primeira, há a ocorrência de dumping já que 90 é menor que 100 e em relação às outras duas não há. Sem que fosse aplicado o método de zeroing, a margem de dumping nesse caso seria igual a zero e não poderia ser aplicado qualquer direito antidumping. No entanto com a utilização do zeroing, as operações que não demonstram a ocorrência de dumping são consideradas iguais a zero e a média de dumping passa a ser de $10/3$ ²⁵⁹.

Os americanos defendem a aplicação do zeroing através de uma analogia simples. Para eles, o zeroing equivale à ocorrência de uma infração por excesso de velocidade, por exemplo. Apenas é cabível a infração em relação aos motoristas que são efetivamente pegos trafegando acima do limite de velocidade. Dessa forma, analogicamente, a metodologia do zeroing apenas seria aplicada às transações que demonstrasse efetivo risco a economia em razão da ocorrência de dumping independente do comportamento da empresa em outras operações²⁶⁰. O cálculo da margem de dumping é, então, feito em relação a cada uma das operações individualmente e comparado com a média do valor normal. No caso da aplicação do método zeroing, são eliminados do cálculo da margem de dumping aquelas operações que excederem ao valor normal e assim a margem de dumping será calculada agregando apenas aquelas operações em que foi observado dumping e não pela média de todas as operações como calculado no método tradicional previsto no Acordo Antidumping.

Ao observar que a utilização do zeroing tem gerado repercussões negativas ao comércio internacional, o Órgão de Apelação da OMC entendeu que o método zeroing é contrário às normas previstas no Acordo Antidumping. Essa decisão recebeu, no entanto, grande resistência em especial dos Estados Unidos da América, o qual utiliza o método zeroing de forma recorrente. Para o governo norte americano a decisão pode ser considerada como uma inaceitável forma de criação legislativa através de decisões judiciais²⁶¹. Outros consideraram até mesmo que a decisão do Órgão de Apelação, contrária a prática do zeroing pode ser considerada como ativismo judicial e uma violação à soberania dos Estados já que os

²⁵⁹ BOWN, Chad P, SYKES, Alan O. *The Zeroing Issue: a critical analysis of Softwood V. World Trade Review*, United Kingdom, January 2008, p. 124.

²⁶⁰ BOWN, Chad P, SYKES, Alan O. *The Zeroing Issue: a critical analysis of Softwood V. World Trade Review*, United Kingdom, January 2008, p. 129.

²⁶¹ CHO, Sungjoon, *Constitutional Adjudication in the World Trade Organization*. In. Society of International Economic Law (SIEL). Inaugural Conference 2008 (July 9, 2008), p. 3. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1113501>>. Acesso em 4 de setembro de 2008.

Estados Unidos da América não participaram de qualquer negociação para aprovar ou não a referida metodologia.

Da mesma forma, no Painel aberto pela União Européia e julgado recentemente pelo organismo de solução de controvérsias – OSC, sob o nº 294, contra os Estados Unidos da América em relação à implementação das recomendações do OSC sobre a aplicação da metodologia de zeroing para cálculo de margem de dumping pelos Estados Unidos a aplicação do zeroing foi considerada contrária as normas previstas no Acordo Antidumping. No caso, o OSC entendeu que os Estados Unidos da América agiram de forma inconsistente em relação ao artigo 2.4.2 do Acordo Antidumping ao descumprir a decisão e aplicar a metodologia de zeroing na investigação original. O painel proposto questionou o procedimento adotado pelos Estados Unidos da América em 16 processos administrativos nos quais foi aplicado o método zeroing. Nele foi concluído que os Estados Unidos da América não cumpriram com as recomendações propostas na investigação original, afrontando o artigo 9.3 do Acordo Antidumping e o artigo VI: 2 do GATT. Os Estados Unidos da América, no entanto, justificaram que a aplicação do método zeroing é válida com fundamento no artigo 17.6, II do Acordo Antidumping, o qual prevê que, quando uma provisão admitir mais de uma interpretação, o tribunal da Organização Mundial do Comércio deve validar a aplicação de medidas antidumping pela autoridade administrativa doméstica. Ou seja, no âmbito da Organização Mundial do Comércio não há uma vedação expressa em relação à adoção do método zeroing para cálculo das margens de dumping, e tendo os Estados Unidos da América criado norma própria para o uso das margens de dumping, deve ser reconhecida a validade da norma nacional.

Como se observa, a defesa americana esta fundamentada, nesse caso, na excessiva discricionariade do procedimento de investigação de dumping, o qual não possui regulamentação que possa assegurar segurança jurídica aos procedimentos de comércio internacional. Da forma que o regulamento internacional vem disciplinando a utilização de medidas antidumping, há uma grande margem para a utilização abusiva desses instrumentos para fins protecionistas. Ao passo em que são discutidos interesses econômicos e políticos, as decisões da OMC esbarram na própria soberania dos Estados que acabam, por vezes, deixando de aplicar as decisões. Como se observou, o dumping foi criado no ordenamento interno canadense em um momento de grandes pressões políticas e quando esse instrumento

foi transposto ao ordenamento jurídico internacional, manteve em grande parte sua carga política.

Assim, se a jurisprudência do Órgão de Apelação pudesse criar direito, assumindo caráter adjudicativo, os problemas decorrentes da excessiva adoção de medidas de defesa comercial poderiam ser reduzidos. Para tanto, a OMC ainda precisa reconfigurar a alocação de poderes entre si e seus membros em certas matérias, como o zeroing, por exemplo, que traz sérias restrições ao comércio sem qualquer justificativa²⁶². De fato, o artigo 17.6 II do Acordo Antidumping estabelece que, quando houver ambigüidade ou quando houver mais de uma interpretação possível, o Painel da OMC pode validar uma medida da autoridade doméstica desde que fundamentada em uma das interpretações previstas no Acordo Antidumping. Assim, de acordo com esse artigo não haveria proibição no âmbito do GATT para a referida prática.

Em muitos casos, a abertura da investigação justifica-se apenas por questões políticas ou estratégicas da companhia, a qual, busca, na abertura da investigação, a manutenção de fatias do mercado ou para que seja declarado, pela indústria alvo da investigação sujeita à aplicação de dumping, o nome dos clientes que compõem sua carteira no mercado internacional, entre outros. Ainda que não possa ser demonstrada no mérito da investigação a ocorrência de dumping, as empresas ingressam de forma sistemática com esse tipo de procedimento para proteger o seu mercado. Considerando a retração imediata das importações pela suposta prática de dumping, ainda que a decisão definitiva não estabeleça a cobrança de direitos antidumping, há redução na importação do produto investigado e, face à inexistência de qualquer consequência jurídica ao uso abusivo das medidas antidumping, a prática favorece sua aplicação indiscriminada para a proteção dos mercados e consequentemente impõe prejuízo à concorrência internacional.

Uma interação que se faz, portanto, entre a defesa da concorrência e a defesa comercial esta nas hipóteses em que os mecanismos de defesa comercial são utilizadas de forma contrária ao livre comércio para fins protecionistas. Nessas hipóteses, como no caso do zeroing, não fica demonstrada qualquer prática prejudicial ao livre comércio e, portanto sua

²⁶² CHO, Sungjoon, *Constitutional Adjudication in the World Trade Organization*. In. Society of International Economic Law (SIEL). Inaugural Conference 2008 (July 9, 2008), p. 4. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1113501>>. Acesso em 4 de setembro de 2008.

utilização basicamente pretende assegurar a concentração dos agentes econômicos no mercado inteiro e falsear a concorrência internacional.

A segunda questão a ser analisada é se os ajustes no custo de produção ocasionados pela temporária imposição de dumping prevalecem sobre os benefícios ao consumidor em razão dos preços baixos? Se o agente que pratica dumping não deixa o mercado doméstico, os produtores domésticos só terão que ajustar os preços uma vez. Depois disso, eles terão de aumentar a eficiência de sua atividade. Essa análise é a mesma que geralmente serve de fundamento para o livre comércio internacional, e essa alteração nas atividades é o que supostamente acontece em uma economia de livre mercado. Contudo, se o agente que pratica o dumping sai do mercado doméstico e os produtores domésticos ampliam sua participação de mercado, eles incorrerão em ajustes e podem tentar recuperar as perdas ocasionadas pela concorrência estrangeira com o aumento dos preços²⁶³.

Nem mesmo o argumento de que a imposição de tarifas externas ou a imposição de direitos antidumping preserva os empregos no mercado do país importador parece ser válido. Os Estados Unidos da América, em uma investigação de dumping em relação as importação de telas de cristal líquido utilizadas na fabricação de computadores compactos, a restrição imposta pelos Estados Unidos da América levou empresas japonesas instaladas no país a fechar suas fábricas e migrar sua produção para o mercado interno japonês. Da mesma forma, fábricas norte americanas que precisavam do produto, abandonaram a produção de computadores compactos nos Estados Unidos da América e migraram para outros países²⁶⁴. Assim, a utilização abusiva de medidas comerciais não protege a indústria. Pelo contrário restringe o mercado e prejudica a concorrência, os consumidores e o próprio desenvolvimento da economia. Como demonstra a tabela abaixo, a qual reproduz, segundo a análise econômica, a adoção de políticas tarifárias aplicadas para prejudicar os parceiros internacionais, quando há a imposição de restrições comerciais por determinados país, ambos ficam em situação pior do que se não houvessem sido aplicadas restrições²⁶⁵.

²⁶³ JACKSON, John; DAVEY, William J. and SYKES JR., Alan. *Legal Problems of International Economic Relations – cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations*. USA: West Publishing Co., 2002, p. 687.

²⁶⁴ MCGEE, Robert W. *Antidumping laws as protectionist trade barriers: The case for repeal*. New Jersey: Dumont Institute for Public Policy Research. 1996, p. 46.

²⁶⁵ STIGLITZ, Joseph, WALSH, Carl E. *Introdução à Microeconomia*. Rio de Janeiro: Campus. 2003, p. 325.

País A	País B Impõe restrições comerciais		País B Não impõe restrições Comerciais	
	Impõe restrições comerciais	A=-2 B=-2 (Total = -4)	A= 3 B=-3 (Total = 0)	
Não impõe restrições Comerciais	A=-3 B= 3 (Total = 0)	A=3 B=3 (Total = 6)		

Tabela 2. Tabela que reproduz o dilema dos prisioneiros em relação à adoção de restrições comerciais pelos países²⁶⁶.

A adoção de medidas de defesa comercial de forma arbitrária e em desconformidade com os regulamentos internacionais, como é o caso da adoção de metodologias assimétricas para o cálculo das margens de dumping, proporciona distorções no mercado e prejuízos à concorrência internacional. Em razão de o dumping prescindir de maior envolvimento político dos Estados, essa medida de defesa comercial tem aparecido em destaque no cenário internacional superando, em muito, a adoção de outras práticas como as medidas compensatórias e de salvaguarda, as quais necessitam que os Estados empenhem maiores esforços e conseqüências políticas para a adoção e como efeito da abertura desse tipo de procedimento. O número de investigações de dumping tem sido cada vez maior, o que indica, por um lado, um aumento da liberalização comercial dos Estados, mas por outro, a necessidade de reforma do instituto para que esse não sirva para fins protecionistas e assim imponha prejuízos à concorrência internacional.

Segundo Stiglitz a maioria das empresas americanas, conforme a metodologia adotada nos Estados Unidos da América pode ser acusadas da prática de dumping. O autor alerta para a possibilidade de que outros Estados passem a adotar as mesmas práticas e assim, quando se eliminarem as barreiras tarifárias, estaria sendo levantado um novo conjunto de barreiras comerciais²⁶⁷. A aplicação arbitrária de medidas antidumping e medidas compensatórias no comércio internacional traz efeitos à economia antes mesmo da abertura do procedimento de defesa comercial. À medida que determinado produto passa a ser alvo de uma investigação, surge um fator de insegurança que acarreta prejuízos ao comércio internacional²⁶⁸. Nesse sentido, a definição do preço para exportação é importante para evitar que a empresa encontre barreiras comerciais desta natureza.

²⁶⁶ STIGLITZ, Joseph, WALSH, Carl E. *Introdução à Microeconomia*. Rio de Janeiro: Campus. 2003, p. 325.

²⁶⁷ STIGLITZ, Joseph, WALSH, Carl E. *Introdução à Microeconomia*. Rio de Janeiro: Campus. 2003, p. 310.

²⁶⁸ LIMA CAMPOS, Alufio de; VITO, Adriana. *Abuse and discretion: The impact of antidumping and countervailing duty proceedings on brazilian exports to the United States*. *Journal of World Trade*, Feb. 2004; 38, 1; ABI/INFORM Global, p. 38.

Além da utilização de métodos assimétricos para o cálculo das margens de dumping, como é o caso do zeroing, outra prática comum adotada pelos norte americanos para utilizar as medidas de defesa comercial, em especial o dumping, para restringir o acesso de produtos estrangeiros é a adoção do custo de produção de determinado bem em um país comparável ou substituto. Stiglitz analisa o caso da imposição de direitos antidumping pelos Estados Unidos da América à Polônia em relação à produção de carrinhos de golfe adotando como país substituto o Canadá, o qual nem mesmo produz esse tipo de produto. A prática consiste em comparar o custo do Estado investigado a outro supostamente compatível para demonstrar a existência de dumping. No caso, a Polônia foi comparada ao Canadá. O Departamento de Comércio norte americano estimou o custo para a produção de carrinhos de golfe no Canadá para demonstrar que os carrinhos poloneses estavam sendo vendidos a preço inferior no mercado norte americano do que no mercado de origem e assim impor a aplicação de direitos antidumping²⁶⁹.

Por fim, cabe observar que, diferente da prática de preços predatórios que possa eventualmente ocorrer no mercado interno, a prática de dumping traz também repercussões monetárias e cambiais. À medida que a demanda por determinada moeda ou o ingresso de investimento estrangeiro direto valoriza a moeda, aumenta o custo das exportações e pode configurar o chamado dumping cambial. Quando o produto vai ser comercializado fora do país, seu valor deve ser convertido. Assim, vamos supor uma exportação de determinado produto e supor a paridade de determinada moeda estrangeira ao dólar no ato do contrato, ou seja, a moeda estrangeira era equivalente a US\$ 1 no ato da transação. No entanto, se houver a valorização da moeda estrangeira da data da venda até a chegada ao mercado norte americano o mesmo produto pode passar a ser mais barato no mercado externo do que no mercado nacional em razão da flutuação do valor da moeda estrangeira²⁷⁰.

A variação cambial pode se dar em razão do comércio internacional, dos serviços prestados pelo trabalho ou pelo capital e através dos investimentos estrangeiros diretos. As operações de importação e exportação podem ter seu valor contratado através da clausula

²⁶⁹ STIGLITZ, Joseph, WALSH, Carl E. *Introdução à Microeconomia*. Rio de Janeiro: Campus. 2003, p. 311.

²⁷⁰ MCGEE, Robert W. *Antidumping laws as protectionist trade barriers: The case for repeal*. New Jersey: Dumont Institute for Public Policy Research. 1996, p. 13.

FOB²⁷¹ que inclui os custos do carregamento, pela cláusula CIF²⁷², a qual inclui os custos de transporte, ou pela cláusula FAS²⁷³, as quais prevêm os custos apenas até o porto de remessa dos produtos²⁷⁴. O valor da moeda, segundo a política cambial interna de cada Estado pode variar. Nos Estados Unidos da América a referência é o preço no ponto de entrada no país e assim, independente dos termos em que foi realizada a importação, são considerados os custos de transporte até o mercado norte americano. No entanto, os custos de envio de mercadorias para o exterior não são considerados. Assim, é comum que haja discrepâncias entre o valor efetivamente comercializado em relação àquele considerado para efeito de análise da balança comercial e ajuste da taxa cambial²⁷⁵. Apesar de o GATT estabelecer que as oscilações no valor da moeda devam ser desconsideradas para efeitos do cálculo da margem de dumping, a guerra cambial tem favorecido a abertura de investigações de dumping em razão de tais oscilações prejudicando a concorrência internacional.

Com a abertura de uma investigação de dumping ou a imposição de uma medida compensatória, independente de haver razão em seu mérito, existem restrições ao comércio internacional. Segundo Aluisio de Lima Campos, quando há a abertura efetiva ou potencial de uma investigação, os compradores tendem a cancelar as ordens de compra, com medo de arcarem com o pagamento dos direitos antidumping ou de medidas compensatórias aplicadas sobre os produtos importados, ou tendem a procurar outros fornecedores internacionais não abrangidos pela investigação²⁷⁶. Para Robert Staiger e Frank Wolak as leis norte americanas de defesa comercial, em especial, prejudicam a concorrência à medida que favorecem a

²⁷¹ FOB - Free on Board (livre a bordo) significa que o vendedor entrega a mercadoria a bordo do navio designado pelo comprador, no porto de embarque ou adquire os bens já entregues. O risco de perda ou dano às mercadorias passa quando a mercadoria a bordo do navio, e que o comprador assume todos os custos a partir desse momento.

²⁷² CIF – Cost Insurance and freight (porto de destino designado) significa que a responsabilidade sobre a mercadoria é transferida do vendedor para o comprador no momento da transposição da amurada do navio no porto de embarque. O vendedor é responsável pelo pagamento dos custos de seguro e de o frete necessários para levar a mercadoria até o porto de destino indicado;

²⁷³ FAS – Free alongside ship (porto de embarque designado) significa que o vendedor encerra suas obrigações no momento em que a mercadoria chega ao porto para embarque no navio transportador, no cais ou em embarcações utilizadas para carregamento, no porto de embarque designado. As obrigações a partir dali correm sob responsabilidade do comprador.

²⁷⁴ JACKSON, John; DAVEY, William J. and SYKES JR., Alan. *Legal Problems of International Economic Relations – cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations*. USA: West Publishing Co., 2002, p. 1061.

²⁷⁵ JACKSON, John; DAVEY, William J. and SYKES JR., Alan. *Legal Problems of International Economic Relations – cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations*. USA: West Publishing Co., 2002, p. 1061.

²⁷⁶ LIMA CAMPOS, Aluisio de; VITO, Adriana. *Abuse and discretion: The impact of antidumping and countervailing duty proceedings on brazilian exports to the United States*. *Journal of World Trade*, Feb. 2004; 38, 1; ABI/INFORM Global, p. 40.

colusão entre produtores locais que utilizam os procedimentos antidumping não apenas para reduzir as importações como também para aumentar o preço dos produtos durante a investigação²⁷⁷. Como se observa, ainda que em tese a organização de setores da indústria norte americana ainda parecem operar no mercado internacional de forma semelhante àquela praticada pelos trustes e que passaram a ser combatidos pelas normas antitruste.

Alguns estudos demonstram que a adoção sistemática de medidas antidumping para restringir a concorrência internacional traz também como consequência a transferência da alocação de recursos. Assim, empresas que já não mais tem condições de crescer no mercado nacional e que enfrentam esse tipo de barreiras à comercialização de seus produtos no exterior tendem a internacionalizar sua produção. Como exemplo, pode ser citado a internacionalização da indústria siderúrgica brasileira, que passou a incorporar laminadoras e siderúrgicas norte americanas a partir da década de 1990 a fim de escapar das restrições às importações causadas pela utilização exacerbada de medidas antidumping também como tinha acontecido com a indústria automobilística japonesa anteriormente²⁷⁸.

Uma vez que as empresas não conseguem mais comercializar seus produtos no exterior, ou acabam tendo seu crescimento limitado por restrições comerciais, passam então a realizar operações de fusão e incorporação internacionais, para, assim, fugir das barreiras impostas ao acesso aos mercados internacionais. Por certo a internacionalização das empresas traz inúmeros efeitos positivos à economia nacional, porém acaba impondo que investimentos e empregos que poderiam ser gerados no mercado interno sejam transferidos para outros países. A geração de empregos, assim como as variações ocasionadas na taxa cambial são de interesse da política macroeconômica dos Estados²⁷⁹. Nesse sentido, considero que estamos privilegiando os efeitos da adoção de restrições comerciais em relação à concorrência internacional. A realocação dos recursos ocasionadas pela imposição sistemática de medidas antidumping diminui o comércio internacional e impõe prejuízos à alocação do capital que migra do mercado interno para o mercado externo e assim reduz as riquezas do país.

²⁷⁷ STAIGER, Robert W., WOLAK, Frank A. *The trade effects of antidumping law: theory and evidence*, in DEADORF, Alan, STERN (Coord.) *Analytical and negotiating issues in the global trading system* (Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, 1994). pp. 232. Apud LIMA CAMPOS, Aluísio de; VITO, Adriana. Abuse and discretion: The impact of antidumping and countervailing duty proceedings on brazilian exports to the United States. *Jornal of World Trade*, Feb. 2004; 38, 1; ABI/INFORM Global, p. 40

²⁷⁸ LIMA CAMPOS, Aluísio de; VITO, Adriana. *Abuse and discretion: The impact of antidumping and countervailing duty proceedings on brazilian exports to the United States*. *Jornal of World Trade*, Feb. 2004; 38, 1; ABI/INFORM Global, p. 52.

²⁷⁹ STIGLITZ, Joseph, WALSH, Carl E. *Introdução à Microeconomia*. Rio de Janeiro: Campus. 2003, p. 312.

Como se observou, enquanto os efeitos da prática de preço predatório é considerada indiferente pelas autoridades antitruste no mercado interno, o dumping acaba recebendo tratamento completamente oposto e continua sendo a medida de defesa comercial mais utilizada pelas indústrias no cenário internacional para inibir a concorrência externa. Ainda que inicialmente o dumping tenha sido criado para conter práticas anticompetitivas internacionais e prejuízos à indústria nacional, logo o instituto passou a servir à interesses protecionistas de diversos países. A utilização reiterada de expedientes dessa natureza com finalidade meramente protecionista favorece o aumento da concentração do mercado. Como observado no capítulo anterior à medida que se favorece o livre comércio, as normas antitruste passam a sobrepor-se em relação às normas antidumping²⁸⁰. Assim, à medida que se consolidarem os blocos regionais e for feita uma revisão das normas existentes no sistema multilateral de comércio, a tendência é de que o direito da concorrência passe a assumir papel fundamental na regulamentação do comércio internacional suplantando, pelo menos em parte, as regras atualmente aplicadas à defesa comercial.

A mera existência de multinacionais produzindo muitos produtos e a contínua industrialização dos países menos desenvolvidos parecem garantir virtualmente o suprimento de competidores e produtos a baixo preço tão logo não sejam erigidas barreiras protecionistas ao comércio. A pequena possibilidade de condutas predatórias não justifica leis antidumping, especialmente desde que as normas antitruste podem efetivamente punir comportamentos predatórios nas ocasiões em que esses aconteçam²⁸¹.

Assim, à medida que o direito da concorrência efetivamente passar a compor o ordenamento jurídico internacional, a tendência é que a prática de dumping deixe de ser utilizada massivamente, sendo apenas reconhecida como contrária ao livre comércio quando acarretar desequilíbrio no mercado e não meramente em razão da necessidade de proteger a indústria. A proposta de aplicar as normas antitruste em relação às normas antidumping não pretende impedir o controle sobre práticas anticompetitivas, mas principalmente ampliar a

²⁸⁰ NORDSTRÖM, Hakan, *Antitrust instead of antidumping in the community's bilateral trade agreements*. Estocolmo: Kommerskollegium: National Board of Trade, 2011, p.1. Disponível em: <http://www.kommers.se/upload/Analysarkiv/In%20English/Analyses/LS%20Antitrustandantidumping_1.pdf>. Acesso em 2 de outubro de 2012.

²⁸¹ JACKSON, John; DAVEY, William J. and SYKES JR., Alan. *Legal Problems of International Economic Relations – cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations*. USA: West Publishing Co., 2002, p. 685

relação de práticas que poderiam ser acionadas incluindo os cartéis de exportação, arranjos de preço, ajudas estatais irregulares e fusões e incorporações que possam levar a posição dominante no mercado²⁸². Apesar dos desafios que podem decorrer disso, em especial para a indústria do país importador que terá de se adaptar a concorrência internacional, os benefícios ao comércio em razão do fortalecimento da livre concorrência internacional serão muito maiores.

Por fim, outra prática considerada desleal que também merece ser brevemente analisada, à medida que se presta para fins anticoncorrenciais, é a adoção de subsídios. A prática consiste no Estado dar a certas indústrias uma isenção fiscal ou suportasse parte dos custos de produção das empresas. Os subsídios dão uma vantagem desleal ou injusta às companhias. Dessa forma o comércio não seria mais determinado com base nas vantagens comparativas, mas sim de acordo com os níveis de subsídios recebidos. Em resposta a essa prática, os Estados podem inclusive adotar tarifas compensatórias que eliminem as vantagens conferidas aos produtos estrangeiros²⁸³. Em relação a isso, o Brasil, como exemplo, abriu um painel contra o Canadá a respeito da aplicação de subsídios sobre a comercialização de aeronaves civis²⁸⁴. No caso, o Brasil acusou o Canadá de adotar subsídios sobre a produção de aeronaves destinadas à exportação. Apesar de o Canadá alegar que os subsídios eram dados apenas como forma de compensar as vantagens conferidas aos países em desenvolvimento de acordo com as normas do sistema multilateral do comércio, a decisão foi favorável ao Brasil²⁸⁵.

A utilização de medidas de defesa comercial, segundo o tratado constitutivo da OMC, deve ser excepcional. No entanto, à medida que aumenta a liberalização, emergem novas formas de restringir o comércio através de sua aplicação, seus procedimentos merecem ser revistos. Como visto no capítulo antecedente, os tratados multilaterais que regulamentam o comércio internacional estabelecem principalmente os procedimentos para abertura e imposição dos direitos antidumping ou medidas compensatórias. Assim, parece ser

²⁸² NORDSTRÖM, Hakan, *Antitrust instead of antidumping in the community's bilateral trade agreements*. Estocolmo: Kommerskollegium: National Board of Trade, 2011, p.5. Disponível em: <http://www.kommers.se/upload/Analysarkiv/In%20English/Analyses/LS%20Antitrustandantidumping_1.pdf>. Acesso em 2 de outubro de 2012.

²⁸³ STIGLITZ, Joseph, WALSH, Carl E. *Introdução à Microeconomia*. Rio de Janeiro: Campus. 2003, p. 310.

²⁸⁴ Brazil-Export Financing Programme for Aircraft (Brazil-Aircraft) WT/DS46/AB/R.

²⁸⁵ UNCTAD. Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento. *Solução de Controvérsias - Subsídios e Medidas Compensatórias*. Genebra: Nações Unidas, 2003, p. 18. Disponível em: <http://unctad.org/pt/docs/edmmisc232add15_pt.pdf>. Acesso em 21 de janeiro de 2013.

imprescindível a revisão do sistema multilateral e em relação às suas normas substantivas o que, certamente, propiciará uma aproximação ainda maior da defesa comercial em relação à defesa da concorrência.

2.1.2. ATOS DE CONCENTRAÇÃO POR AGENTES ECONÔMICOS INTERNOS E EXTERNOS

É evidente a tendência ao aumento da concorrência no cenário político-econômico internacional. Assim, as empresas buscam desenvolver estratégias de produtividade e expansão. Entre essas estratégias estão as fusões, aquisições e alianças estratégicas com outras empresas nacionais e estrangeiras. Estas atividades têm implicações significativas para o desenvolvimento dos Estados e para as políticas de comércio internacional dos governos envolvidos. A integração econômica que resulta de fusões, aquisições e alianças estratégicas têm implicações não só em relação às leis e políticas comerciais dos países envolvidos, mas também às políticas do comércio mundial e suas estruturas microeconômicas e macroeconômicas. Em particular, as conseqüências dessas atividades para a política da União Europeia e para o comércio global têm sido maiores à medida que a livre concorrência no interior do bloco tem sido privilegiada. Isso levou ao desenvolvimento de abordagens políticas relacionadas às fusões e incorporações.

A fusão entre duas ou mais empresas nacionais pode envolver riscos decorrentes da formação de cartéis e assim trazer prejuízos à concorrência e ao consumidor. Por essa razão qualquer ato que envolva o aumento da concentração é submetido à autoridade antitruste nacional. No entanto, quando a fusão ou aquisição de uma empresa nacional ocorrer com o ingresso de um investidor estrangeiro, a conduta, além de gerar os mesmos riscos, envolve questões macroeconômicas como a política monetária dos países²⁸⁶ e, usualmente, favorece também a formulação e implementação de novas regras para regulamentar a concorrência nacional e de proteção comercial. Nesses casos, é dispensada uma atenção especial, pois o aumento da concentração pode ser explorado por empresas estrangeiras em detrimento das empresas nacionais, ocasionar o desenvolvimento de monopólios que, conseqüentemente, podem causar prejuízos ao mercado. Os benefícios econômicos de fusões e alianças estratégicas têm tido implicações significativas nas políticas comerciais de diversos países.

²⁸⁶ GIFFORD, Daniel J. *Rethinking the Relationship between Antidumping and Antitrust Laws*. USA: American University International Law Review 6, no. 3, 1991, p. 278.

Como consequência, o direito da concorrência tem recebido maior destaque no cenário internacional, muito embora ainda prescinda de regulamentação internacional.

As autoridades antitruste nacionais, com certa frequência, procuram desencorajar operações que representam um aumento na concentração do mercado, ou seja, operações que possibilitem que poucas empresas concentrem o controle sobre uma larga faixa do mercado. No entanto, analisar a concentração do mercado, a extensão de seus efeitos bem como a sua possível repercussão em relação ao fluxo de comércio exterior é sempre uma tarefa difícil de ser realizada²⁸⁷. O Departamento de Justiça norte americano em 1997, em um guia elaborado para orientar processos de fusão e incorporação, apontou que o tratamento dado à concorrência em relação a produtos importados, analisando a competitividade e o impacto das fusões e incorporações deveria ser interpretado da seguinte forma:

Market shares will be assigned to foreign companies in the same way in which they are assigned to domestic competitors.

If shipments from a particular country to the United States are subject to a quota, the market shares assigned to firms in that country will not exceed the amount of shipments by such firms allowed under the quota. In the case of restraints that limit imports to some percentage of the total amount of the product sold in the United States (i.e., percentage quotas), a domestic price increase that reduced domestic consumption would reduce the volume of imports into the United States. Accordingly, actual import sales and capacity data will be reduced for purposes of calculating market shares²⁸⁸.

Como se observa, o governo norte americano estabelece um controle sobre a importação de produtos estrangeiros e sobre a participação de empresas estrangeiras no mercado nacional. A aplicação do princípio da não discriminação, previsto nos regulamentos

²⁸⁷ JACKSON, John; DAVEY, William J. and SYKES JR., Alan. *Legal Problems of International Economic Relations – cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations*. USA: West Publishing Co., 2002, p. 1114.

²⁸⁸ U.S. Dept. of Justice, Merger Guidelines, paragrafo 1.43. (1992). Esse guia não sofreu alterações com a revisão realizada pelo Departamento de Justiça em 1997.: JACKSON, John; DAVEY, William J. and SYKES JR., Alan. *Legal Problems of International Economic Relations – cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations*. USA: West Publishing Co., 2002, p. 1114.

multilaterais, também é, em tese, recepcionado pelo ordenamento norte americano, porém não é aplicado regularmente. No entanto, considerando o impacto da concorrência dos produtos estrangeiros no mercado, como deve ser efetivamente considerada a análise das incorporações e aquisições? Em 1984 o Departamento de Justiça Norte Americano opôs-se a incorporação da LTV Corporation pela Republic Steel Corporation, a terceira e quarta maiores siderúrgicas americanas. Inicialmente o governo sofreu duras críticas em função da indústria siderúrgica norte americana estar enfraquecida e “sofrendo” com a importação de aço importado. Assim, o Departamento de Justiça acabou concordando com a operação e o conseqüentemente aumento da concentração posteriormente²⁸⁹. Cabe lembrar que a cadeia siderúrgica norte americana formava um dos mais tradicionais trustes no início do século XIX. Recentemente, após a utilização sistemática de medidas antidumping, houve a aquisição de siderúrgicas norte americanas por empresas brasileiras como forma de resguardar sua posição naquele mercado consumidor, realocando recursos nacionais e os transferindo ao mercado externo.

A existência de uma política de defesa da concorrência definida favorece a atração de investimentos. Apesar do aumento de concentração e do ingresso de capital estrangeiro na forma de investimento estrangeiro direto trazer impacto ao mercado, pode-se afirmar que a atração de investimentos pode ser considerado como um objetivo indireto das políticas de defesa da concorrência²⁹⁰.

Segundo Stiglitz, a imposição de barreiras ao investimento impede o fluxo de capital de atingir o melhor uso produtivo e, conseqüentemente, reduz a eficiência econômica mundial. O autor observa que o aumento do fluxo de investimentos amplia os ganhos do comércio em razão do elo existente entre o comércio e o investimento²⁹¹. Quando companhias realizam operações de fusão e incorporação com outras empresas no exterior, as barreiras erigidas ao comércio pela imposição de medidas de defesa comercial deixam de ser eficazes e passa a ser possível aumentar o volume de importação de produtos do país onde esta a sede da empresa. Nesse sentido, pode-se afirmar que o fluxo de investimentos muitas vezes funciona

²⁸⁹ JACKSON, John; DAVEY, William J. and SYKES JR., Alan. *Legal Problems of International Economic Relations – cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations*. USA: West Publishing Co., 2002, p. 1115.

²⁹⁰ WTO, Working group on the Interaction between Trade and Competition Policy. *Study on issues relating to a possible multilateral framework on competition policy*, 2003, p. 9. Disponível em: < W228-00.pdf >. Acesso em 5 de março de 2013.

²⁹¹ STIGLITZ, Joseph, WALSH, Carl E. *Introdução à Microeconomia*. Rio de Janeiro: Campus. 2003, p. 318.

como um precursor das exportações assim como em uma forma de equalizar o equilíbrio da balança comercial entre os países que receberam e que realizaram o investimento.

A relação entre os investimentos estrangeiros e a concorrência foi, inclusive, objeto de estudo pelo Grupo de Trabalho sobre a Interação entre o Comércio e o Direito da Concorrência. O Relatório publicado em 1998 analisou diversos temas relacionados à política de concorrência e o livre comércio e expressou a necessidade dos Estados cooperarem em questões relacionadas ao livre comércio e à concorrência²⁹². Cerca de 80 Estados signatários da OMC possuem normas para defesa da concorrência com instrumentos para evitar os prejuízos ocasionados por estratégias de preço, formação de cartéis, abusos de poder dominante e acordos entre fornecedores e distribuidores²⁹³. Os problemas da concorrência internacional não estão restritos aos cartéis internacionais ou às operações de fusão ou aquisição internacional, mas também abrange o acesso aos mercados e o estímulo ao livre comércio.

Em outro relatório publicado em 2003, o Grupo de Trabalho sobre a Interação entre Comércio e Concorrência afirmou que eventuais barreiras ao investimento estrangeiro direto podem aumentar a pressão sobre a concorrência, razão pela qual é importante analisar a relação entre investimento internacional e concorrência²⁹⁴. Mais uma vez, a questão da valorização cambial aparece com elemento intrínseco das práticas comerciais internacionais e assim a criação de uma regulamentação para defesa da concorrência precisa levar em conta não apenas a criação de um tribunal autônomo ou a revisão dos tratados constitutivos da OMC, como também mecanismos para equilibrar a relação cambial entre os Estados e a eleição de princípios capazes de garantir a concorrência, como a eficiência do mercado e o bem estar do consumidor.

Os atos de concentração devem ser observados como uma ação que, mesmo quando não inviabiliza a concorrência, altera o nível de competição, podendo prejudicar em última

²⁹² JACKSON, John; DAVEY, William J. and SYKES JR., Alan. *Legal Problems of International Economic Relations – cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations*. USA: West Publishing Co., 2002, p. 1124.

²⁹³ JACKSON, John; DAVEY, William J. and SYKES JR., Alan. *Legal Problems of International Economic Relations – cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations*. USA: West Publishing Co., 2002, p. 1122.

²⁹⁴ WTO, Working group on the Interaction between Trade and Competition Policy. *Study on issues relating to a possible multilateral framework on competition policy*, 2003, p. 14. Disponível em: < W228-00.pdf > Acesso em 5 de março de 2013.

instância o consumidor²⁹⁵. No cenário atual, as empresas para sobreviver no mercado, tendem a criar, em muitos casos, algum tipo de restrição à atuação e à entrada de novos concorrentes no mercado. Como argumenta Shumpeter, em seu estudo chamado *Theory of Economic Development*, para sobreviver às hostilidades do mercado, as empresas tendem a adotar medidas para conter a entrada de novos concorrentes²⁹⁶.

A economia e a prática antitruste no mundo sofreram uma série de transformações nas últimas décadas. A influência da economia merece destaque e passou a ser incorporada ao exame de razoabilidade realizado pelas autoridades antitruste, além de outros argumentos, como a eficiência econômica das operações serem analisadas como justificativa para atos de concentração e de determinadas condutas empresariais. Como resultado, os órgãos de defesa da concorrência em diversos países passaram a avaliar não somente os efeitos anticompetitivos, como na antiga tradição, mas também os potenciais impactos em termos de ganhos de eficiência econômica no julgamento de condutas horizontais e verticais, fusões, aquisições e joint ventures entre empresas²⁹⁷.

A justificativa teórica mais relevante, no campo da economia, em que pese não ser a única, para a regulação de atos de concentração encontra-se no argumento do monopólio natural. As mudanças tecnológicas, por sua vez, reduziram a importância das economias de escala na determinação de tamanhos mínimos eficientes de planta, desafiando a existência de um significativo trade off²⁹⁸ entre eficiência produtiva e alocativa na regulação dos monopólios naturais. Assim, a preocupação de caracterizar tecnicamente a existência de monopólio natural em determinado setor deixou de ser relevante. O que passou a ser relevante

²⁹⁵ MATIAS-PEREIRA, José. *Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência*. Revista de Administração Contemporânea. Volume 10, n. 2, pp. 51-73 ISSN 1982-7849, p. 53. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rac/v10n2/a04.pdf>>. Acesso em 12 de janeiro de 2013.

²⁹⁶ SHUMPETER, Joseph A. *The theory of economic development: An inquiry into profits, capital, credit, interest, and the bussiness cycle*. USA: Harvard University Press. 2004, p. 158. . Disponível em: <<http://books.google.co.uk/books?id=-OZwWcOGeOwC&lpg=PP1&hl=pt-BR&pg=PA3#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em 18 de janeiro de 2013.

²⁹⁷ MATIAS-PEREIRA, José. *Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência*. Revista de Administração Contemporânea. Volume 10, n. 2, pp. 51-73 ISSN 1982-7849, p. 58. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rac/v10n2/a04.pdf>>. Acesso em 12 de janeiro de 2013.

²⁹⁸ Em linguagem econômica, trade-off é utilizado para designar um conflito de escolha, quando, por vezes, se abdica de uma variável para obter uma outra incompatível mas desejável. O exemplo clássico de trade-off é entre armas e manteiga: quanto mais se gasta em armas menos se pode gastar em manteiga, mas o investimento em armas é necessário para proteger a produção de manteiga.

foi o esforço de se comprovar se os ganhos de eficiência e custos derivados da escala monopolística são suficientes para compensar os custos e os riscos da regulação²⁹⁹.

Na análise antitruste de atos de concentração de natureza horizontal por agentes econômicos internos as autoridades antitruste utilizam como critérios a análise da participação das empresas no mercado relevante, as barreiras à entrada no mercado em questão e o exame das eficiências econômicas geradas pela operação. Assim, as operações que implicam aumento considerável do grau de concentração em mercados caracterizados por elevado nível de barreiras à entrada e baixo dinamismo tecnológico, por não apresentarem evidências da geração de ganhos de eficiência produtiva significativos, não costumam ser autorizadas pelas autoridades antitrustes³⁰⁰.

As fusões ou aquisições de empresas por agentes econômicos internacionais cuja atuação se dá em mercados relevantes distintos, são vistas como potencialmente anticompetitivas à luz das teorias da concorrência em potencial, em suas duas vertentes, a teoria do entrante potencial percebido (perceived potential entrant) e a do entrante potencial efetivo (actual potential entrant). Na primeira delas, os possíveis efeitos anticompetitivos de uma operação de aquisição, fusão ou associação entre uma empresa já instalada no mercado e um entrante potencial resulta de uma redução da ameaça de entrada que estaria impedindo uma elevação de preços e margens. Já na segunda, supõe-se que um processo de entrada já estaria em vias de ser desencadeado pelo competidor potencial participante da operação, de modo que esta evita a formação de uma estrutura de mercado mais desconcentrada e, conseqüentemente, mais competitiva³⁰¹. A fusão de duas empresas multinacionais é ainda um problema difícil de ser resolvido. À medida que empresas de dois países diferentes irão se fundir emerge a questão: qual a autoridade competente para examinar a questão e dirimir os

²⁹⁹ MATIAS-PEREIRA, José. *Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência*. Revista de Administração Contemporânea. Volume 10, n. 2, pp. ISSN 1982-7849, p. 58. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rac/v10n2/a04.pdf>>. Acesso em 12 de janeiro de 2013

³⁰⁰ MATIAS-PEREIRA, José. *Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência*. Revista de Administração Contemporânea. Volume 10, n. 2, pp. ISSN 1982-7849, p. 60. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rac/v10n2/a04.pdf>>. Acesso em 12 de janeiro de 2013.

³⁰¹ MATIAS-PEREIRA, José. *Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência*. Revista de Administração Contemporânea. Volume 10, n. 2, pp. ISSN 1982-7849, p. 60. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rac/v10n2/a04.pdf>>. Acesso em 12 de janeiro de 2013.

conflitos?³⁰² Diferente da fusão entre dois concorrentes internos, a fusão de empresas com ingresso de investimento estrangeiro direto levanta dúvidas em relação à jurisdição e à norma aplicável para analisar a questão, além de trazer reflexos cambiais e no fluxo comercial dos Estados. A valorização contínua da moeda traz impacto na competitividade internacional do país que passa a ter seus produtos mais valorizados no mercado internacional³⁰³.

Como visto, uma das principais conseqüências da falta de uma regulamentação própria para a defesa da concorrência no cenário internacional é que fusões e aquisições que envolvam agentes internacionais deveriam ser submetidas à jurisdição nacional de todos os Estados em que a operação tenha envolvimento e não apenas em uma jurisdição. A única exceção seria em relação aos Estados-membros da União Europeia onde a concorrência faz parte das atribuições do ordenamento comunitário. Operações de fusão e aquisição internacional podem importar revisão por diversos países por que ocasionam externalidades negativas, ineficiências, conflitos de jurisdição, aumento dos custos de transação e assimetrias entre os Estados³⁰⁴.

Um dos atos de concentração internacional mais complexos analisado até hoje foi a fusão da Boeing e da McDonnell Douglas. A operação foi analisada inicialmente sob o paradigma estrutura, conduta e desempenho³⁰⁵. A operação foi submetida à Federal Trade Commission e à Comissão Europeia no início de 1997, e aprovada seis meses depois em ambas as jurisdições. O seguimento de aeronaves civis possui barreiras à entrada em razão dos custos elevados de produção e desenvolvimento. Em julho de 1997, a Federal Trade Commission - FTC aprovou a operação sem restrições. A decisão da FTC foi baseada em três motivos. Em primeiro lugar o poder de competição da McDonnell Douglas no mercados de aviação comercial e militar havia se tornado insignificante e não foi identificada a

³⁰² JACKSON, John; DAVEY, William J. and SYKES JR., Alan. *Legal Problems of International Economic Relations – cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations*. USA: West Publishing Co., 2002, p. 1110.

³⁰³ JACKSON, John; DAVEY, William J. and SYKES JR., Alan. *Legal Problems of International Economic Relations – cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations*. USA: West Publishing Co., 2002, p. 1064.

³⁰⁴ BUDZINSKI, Oliver. *Towards an International Governance of Transborder Mergers? - Competition Networks and Institutions between Centralism and Decentralism*. NYU Journal of International Law and Politics, Vol. 36, No.1, 2004, p.7. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=404640>>. Acesso em 23 de fevereiro de 2013

³⁰⁵ O paradigma estrutura-conduta-desempenho (ECD) é um modelo analítico adequado para se operacionalizar o conceito de competitividade empresarial conforme os principais elementos-chave do ambiente interno que determinam a estrutura do mercado, a conduta (estratégias competitivas) e o desempenho (resultados em termos de lucratividade e faturamento, crescimento).

possibilidade de que esta situação poderia ser alterada através de alguma estratégia economicamente sustentável em longo prazo. Por outro lado, a complementaridade dos ativos das petionárias indicava a existência de economias de escala e escopo que poderiam ser exploradas após a fusão. Em segundo lugar, outras companhias aéreas foram ouvidas e não se opuseram à operação e, por fim, o Departamento de Defesa apoiava ativamente a fusão, pois grande parte das eficiências reverteriam benefícios ao governo norte americano através da redução de custos no orçamento militar³⁰⁶.

A autoridade americana antitruste aprovou a operação, mas indicou preocupação com os contratos de exclusividade que a Boeing havia firmado em 1996 com a American Airlines, a Delta e a Continental, que correspondiam a uma fatia de 11% do mercado mundial e cuja duração era de 20 anos. A Comissão Europeia, por outro lado, só aprovou a operação sob a condição de que a Boeing não iria exercer seus direitos de exclusividade naqueles contratos, e que não firmaria outros compromissos similares até 2007. A discussão do caso na Comissão Europeia foi marcada por fortes pressões políticas. Por um lado, com base no acordo de cooperação para tratar casos antitruste de interesse bilateral, firmado pelos Estados Unidos da América e pela União Europeia em 1991, os Departamentos de Defesa e de Justiça encaminharam, em 13 de julho, uma manifestação formal à Comissão, expondo as razões pelas quais interessava ao governo norte americano que a fusão também fosse aprovada naquela jurisdição. Por outro lado, a Airbus, com suporte de seus acionistas governamentais, procurava usar todos os recursos ao seu alcance para impugnar a operação.

Além de reconhecer os méritos da operação, e de ter sido mais rigorosa em relação aos contratos de exclusividade, a Comissão impôs uma série de restrições moderadas cujo teor, de fato, aprimoraram a decisão da FTC. As restrições visavam preservar os interesses dos clientes da divisão comercial da McDonnell Douglas, cuja parcela expressiva era formada por firmas europeias, conferir, na medida do possível, maior transparência aos projetos executados pela Boeing com recursos do Departamento de Defesa, assegurar que a Boeing não iria dificultar a transferência de tecnologia aos fabricantes de aviões de pequeno e médio porte e evitar condutas abusivas da Boeing em relação aos produtores de componentes para a indústria aeronáutica.

³⁰⁶ ARAÚJO JUNIOR, José Tavares de. *Perspectivas da política de concorrência no Brasil: O controle de Fusões e aquisições*. Workshop: Por uma política moderna de competição para o Brasil. Rio de Janeiro. 2006, p. 11. Disponível em: <www.forumnacional.org.br/trf_arq.php?cod=EP01320> Acesso em 8 de janeiro de 2013.

As medidas que, por ventura, são adotadas pelos Estados nos casos de fusões entre empresas internacionais podem ter variações. Em determinados casos, quando é constatado que o monopólio pode trazer prejuízos a concorrência, a autoridade antitruste pode, por exemplo, eliminar a tarifa aduaneira para a importação de produtos similares. No caso Pilkington, por exemplo, o governo britânico considerou irracional a manutenção de tarifas alfandegárias para proteger uma indústria monopolista³⁰⁷.

Em decisão recente, a União Européia também impôs multa à Telefónica de Espanha e à Portugal Telecom por terem acordado não concorrerem entre si no mercado europeu. A Telefónica de Espanha e a Portugal Telecom foram multadas em 79 milhões de euros pelas autoridades antitruste da União Européia por concordarem em não competirem entre si no mercado ibérico, violando assim as regras do bloco. A Comissão Europeia multou a Telefónica em 66,89 milhões de euros e a Portugal Telecom em 12,29 milhões de euros, após uma investigação iniciada em janeiro de 2011.

O acordo de não concorrência estava ligado à aquisição da participação detida pela Portugal Telecom na joint venture brasileira Vivo pela Telefónica. A Comissão disse que o acordo impedia a criação de um mercado único das telecomunicações e poderia ter levado a um aumento nos preços ao consumidor. Em 2010, quando a Telefónica comprou a operadora brasileira Vivo, que até então estava associada a Portugal Telecom, as duas empresas assinaram um acordo através do qual se comprometiam a não fazer concorrência na Espanha e em Portugal. O acordo terminou em fevereiro de 2011, depois que a Comissão Europeia lançou um procedimento por acordo ilícito e abuso de posição dominante³⁰⁸.

Tanto a Portugal Telecom quanto a Telefónica possuem participações em companhias de telecomunicação no Brasil. No final de 2012 o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, inclusive, aprovou a compra de 22,4% da Oi pela Portugal Telecom. A operação foi analisada pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, que autorizou a operação sem restrições e pelo CADE. Ao analisar o caso, a Secretaria de

³⁰⁷ ARAÚJO JUNIOR, José Tavares de. *Perspectivas da política de concorrência no Brasil: O controle de Fusões e aquisições*. Workshop: Por uma política moderna de competição para o Brasil. Rio de Janeiro. 2006, p. 13. Disponível em: <www.forumnacional.org.br/trf_arq.php?cod=EP01320>. Acesso em 8 de janeiro de 2013.

³⁰⁸ *UE Multa Telefonica e Portugal Telecom por prática anticompetitiva*. Publicado em 21 de janeiro de 2013. Portal G1.Com. Disponível em: <<http://glo.bo/UU0hBM>>. Acesso em 2 de fevereiro de 2013.

Acompanhamento Econômico (SEAE) observou apenas os efeitos dos negócios nas áreas não reguladas pela Anatel³⁰⁹. Ainda que a operação não tenha sido confirmada pelas companhias³¹⁰, se observa que a própria agência reguladora de telecomunicações quanto à autoridade antitruste brasileira, diferente da União Europeia, não impuseram quaisquer restrições à operação.

O acordo entre a Portugal Telecom e a Telefônica tinha, a princípio, efeitos apenas no mercado ibérico. No entanto, à medida que ambas possuíam participação no mercado brasileiro, poderiam também ter realizado acordos semelhantes para impor restrições à concorrência no mercado brasileiro, o qual já pratica preços muito altos se comparado a outros países e é um dos seguimentos com maior índice de problemas em relação aos consumidores. Se a autoridade quisesse abrir uma investigação para averiguar se o comportamento ilícito praticado pelas companhias na União Europeia estaria se repetindo no país, poderia fazê-lo com base na própria teoria dos efeitos e do princípio da extraterritorialidade. Assim, a análise das operações, principalmente as que envolvam investimento estrangeiro, pelas autoridades antitruste merece acompanhamento mais detalhado para evitar prejuízos a concorrência em especial por acordos firmados fora do país.

No caso da análise dos atos de concentração no Brasil, as restrições usualmente adotadas pelo CADE estão previstas no artigo 61³¹¹ da Lei Federal nº 12.529, de 2011, e incluem a venda de ativos, a cisão da sociedade, a alienação de controle acionário, o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual entre outras providências para eliminar efeitos nocivos à concorrência. Como visto, por vezes, a imposição sucessiva de barreiras à importação de produtos estrangeiros, conduz para a realização de atos de concentração. Nesse sentido, a concorrência e a defesa comercial mais uma vez parecem

³⁰⁹ CADE *Aprova compra de parte da Oi pela Portugal Telecom*. Publicado em 12 de dezembro de 2012. Portal G1.Com. Disponível em: <<http://glo.bo/UByGUv>>. Acesso em 2 de fevereiro de 2013.

³¹⁰ O presidente da Oi afirmou que a operação de compra de 22,4% da Oi à Portugal Telecom estaria encerrada. A Portugal Telecom teria publicado fato relevante onde afirma não existem planos de compra do controle da Oi. Publicado em 29 de janeiro de 2013. Acesso em 2 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://glo.bo/119P59o>>

³¹¹ Art. 61. No julgamento do pedido de aprovação do ato de concentração econômica, o Tribunal poderá aprová-lo integralmente, rejeitá-lo ou aprová-lo parcialmente, caso em que determinará as restrições que deverão ser observadas como condição para a validade e eficácia do ato. § 1º O Tribunal determinará as restrições cabíveis no sentido de mitigar os eventuais efeitos nocivos do ato de concentração sobre os mercados relevantes afetados. § 2º As restrições mencionadas no § 1º deste artigo incluem: I - a venda de ativos ou de um conjunto de ativos que constitua uma atividade empresarial; II - a cisão de sociedade; III - a alienação de controle societário; IV - a separação contábil ou jurídica de atividades; V - o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual; e VI - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica. § 3º Julgado o processo no mérito, o ato não poderá ser novamente apresentado nem revisto no âmbito do Poder Executivo.

guardar certa relação, ainda que em sentidos opostos, na manutenção do equilíbrio de mercado.

Segundo a aplicação da teoria dos jogos, os comportamentos não cooperativos dos agentes econômicos podem ocasionar um desequilíbrio em relação ao comércio internacional. A figura abaixo analisa um quadro simples do clássico dilema dos prisioneiros em relação à economia internacional.

País A	País B	
	Política Concorrencial Estratégica	Política Concorrencial Internacional
Política Concorrencial Estratégica	A=5 B=5 (Total = 10)	A=15 B=0 (Total = 15)
	Política Concorrencial Internacional	A=0 B=15 (Total = 15)

Tabela 1. Tabela que reproduz o dilema dos prisioneiros em relação à adoção unilateral e multilateral de políticas de defesa da concorrência³¹².

Como demonstrado acima, o nível mais alto de bem estar é alcançado quando todos os Estados passam a adotar políticas comuns para defesa da concorrência em âmbito local e internacional. A coordenação de políticas, nesse sentido, evita problemas de conflito de jurisdição e permite uma análise adequada dos atos de concentração, entre outras condutas que impactam a concorrência³¹³. Em contraposição, quando não há coordenação de políticas para defesa da concorrência, o aumento da concentração pode ter efeitos favoráveis ao país estrangeiro, não obstante a retração das exportações do país destinatário dos investimentos em razão da valorização da moeda, o qual pode inclusive passar a adotar condutas contrárias à concorrência como a prática de monopólio e a formação de cartéis, ocasionando prejuízos à indústria e ao bem estar dos consumidores do estado que recebe o investimento.

A principal diferença observada entre as condutas analisadas com relação à defesa da concorrência e à defesa comercial está na circulação transfronteiriça de mercadorias, serviços

³¹² BUDZINSKI, Oliver. *Towards an International Governance of Transborder Mergers? - Competition Networks and Institutions between Centralism and Decentralism*. NYU Journal of International Law and Politics, Vol. 36, No.1, 2004, p.7. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=404640>> Acesso em 23 de fevereiro de 2013.

³¹³ BUDZINSKI, Oliver. *Towards an International Governance of Transborder Mergers? - Competition Networks and Institutions between Centralism and Decentralism*. NYU Journal of International Law and Politics, Vol. 36, No.1, 2004, p.9. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=404640>>. Acesso em 23 de fevereiro de 2013

e capitais assim como na influência ou não dessas operações na variação cambial dos Estados e no equilíbrio de sua balança comercial. Como visto, no comércio interno e nos procedimentos internos para análise de fusões e incorporação, a autoridade antitruste não leva em conta a origem dos recursos, e assim, o tratamento dado a um ato de concentração entre agentes econômicos domésticos é o mesmo dado para atos de concentração que envolvam agentes econômicos internacionais. Em que pese o procedimento para análise dos atos de concentração levar em conta a eficiência do mercado, parece que a análise de atos de concentração que envolvam agentes e capitais estrangeiros devem ter seu mercado determinado de forma mais ampla e não restrita aos mercados nacionais. Em casos como a fusão entre operadoras de telefonia celular indicado, o órgão antitruste nacional manifestou-se apenas em relação aos serviços de TV por assinatura prestados pelas operadoras e não sobre a telefonia celular que foi analisada pela agência reguladora do setor de telecomunicação. Assim, não obstante a necessidade de definição do mercado relevante ser mais ampla, especialmente quando houver participação de agentes econômicos estrangeiros, outros elementos que fazem parte da livre concorrência como a circulação de mão de obra e o ingresso de capitais poderiam ser analisados pela autoridade antitruste. Além das restrições à atuação do CADE que divide competências com outras autarquias federais, o fluxo da entrada ou da saída dos capitais gerador no país para o mercado onde está sediada a empresa não tem sido observado, à medida que vale o faturamento da empresa no país como requisito à submissão da operação ao CADE, e assim, atos de concentração podem ainda esconder riscos à competitividade do país em razão da variação cambial decorrente dos fluxos de capitais.

2.2. ANÁLISE CRÍTICA DOS PROCEDIMENTOS INTERNOS E EXTERNOS

À concorrência, conforme demonstrado no primeiro capítulo, tem reconhecido seu caráter instrumental, ou seja, a concorrência não é reconhecida como um valor por si só. Assim, ainda que condutas que representem um aumento para a concentração, mas que aumentarem a eficiência do mercado são aprovadas. Além disso, a eficácia das legislações antitruste está restrita ao ordenamento jurídico interno dos países. Considerando a inexistência de um regulamento multilateral que regulamente a concorrência e tampouco um órgão com competência para analisar questões relacionadas à concorrência internacional, as dificuldades para a proteção da concorrência ainda são bastante grandes.

A defesa comercial, por outro lado, possui procedimentos internos, definidos pelo ordenamento interno dos Estados, assim como procedimentos externos definidos pelos tratados multilaterais que regulamentam o comércio internacional. Inicialmente as investigações são abertas internamente e se o país alvo da investigação não concordar com o embargo imposto, pode recorrer a OMC. Em determinados casos, em razão das dificuldades e dos altos custos para a empresa se defender das investigações comerciais, a indústria do país exportador, por vezes, prefere voluntariamente deixar o mercado a levar os litígios para o foro multilateral de comércio. Dependendo do grau de organização da indústria atingida e do interesse comercial do Estado, podem então ser abertos Painéis na OMC, segundo as regras previstas pela Rodada Uruguai.

O aspecto territorial parece ter grande importância em relação à defesa da concorrência assim como em relação à defesa comercial. Porém, à medida que as fronteiras são relativizadas pelos processos de integração, por exemplo, se observa o crescimento da defesa da concorrência em relação à adoção de medidas de defesa comercial. Assim, serão analisados a partir de então, os procedimentos de defesa comercial e de defesa da concorrência em âmbito interno e internacional e como os procedimentos de defesa da concorrência têm evoluído em razão dos processos de integração regional. A análise terá por base a identificação dos aspectos que lhes são comuns e as dificuldades para proteger a livre concorrência em razão das lacunas existentes no ordenamento jurídico internacional, assim como as dissimilaridades em relação à defesa da indústria nacional e à utilização arbitrária de medidas de defesa comercial.

2.2.1. PROCEDIMENTO INTERNOS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E DEFESA COMERCIAL

A defesa da concorrência esta regulamentada pela Lei Federal nº 12.529, de 2011. A referida lei trouxe alterações ao sistema de defesa da concorrência brasileiro anteriormente regulamentado pela Lei Federal nº 8.884, de 1994. Antes da promulgação da Lei em 2011, o sistema brasileiro de defesa da concorrência tinha suas competências distribuídas entre a Secretaria de Desenvolvimento Econômico – SDE, a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Com a nova lei, o sistema brasileiro passou a ter nova composição, passando o CADE a receber nova estrutura

composta pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência-Geral, a qual incorporou a SDE, e o Departamento de Estudos Econômicos, enquanto que a SEAE continua a fazer parte do sistema com atribuições técnicas e financeiras³¹⁴. É possível perceber que houve um aprimoramento da estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Durante a vigência da Lei anterior os agentes econômicos interessados em realizar uma operação de fusão ou incorporação poderiam consumá-la e tinham o prazo de 15 dias para submetê-la a apreciação da SDE. Na nova Lei, segundo o artigo 88, §2º o controle sobre os atos de concentração passa a ser prévio. O procedimento atual, além de estar de acordo com o sistema de defesa da concorrência de outros países, como China e Índia, assegura maior segurança ao sistema de defesa da concorrência.

Ademais, a nova Lei trouxe outras inovações que dão indícios da aproximação das normas antitruste em relação à defesa comercial. Muito embora tenha sido retirado do rol de infrações à ordem econômica a conduta que consistia na compra de produtos importados a preços inferiores aos praticados nos mercados nacionais de países que não fossem membros da OMC, a nova Lei incorporou expressamente a atribuição da SEAE de manifestar-se sobre a adoção de medidas de defesa comercial³¹⁵. Nesse sentido, parece que a nova lei de defesa da concorrência está, de certa forma, harmonizada com as normas de defesa comercial brasileira e poderá oferecer melhores resultados na defesa da concorrência assim como participar da definição de políticas de defesa comercial do país.

A análise dos atos de concentração, uma das condutas vistas no início deste capítulo esta regulamentada nos artigos 53 e seguintes da Lei Federal nº 12.529, de 2011³¹⁶. O procedimento adotado atualmente pelo CADE para o controle dos atos de concentração é dividido em duas etapas. Casos simples podem ser submetidos a um processo sumário, ficando apenas os casos de maior complexidade sujeitos a procedimento mais complexo³¹⁷. A

³¹⁴ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.214

³¹⁵ Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade cabendo-lhe, especialmente, o seguinte: (...)VII - manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos;

³¹⁶ Art. 53. O pedido de aprovação dos atos de concentração econômica a que se refere o art. 88 desta Lei deverá ser endereçado ao Cade e instruído com as informações e documentos indispensáveis à instauração do processo administrativo, definidos em resolução do Cade, além do comprovante de recolhimento da taxa respectiva.

³¹⁷ OCDE - Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Lei e Política de Concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. 2010, p. 43.. Disponível em: <

notificação deve ser endereçada ao CADE e instruída com as informações e documentos indispensáveis à instauração do processo administrativo. A Superintendência geral então terá o prazo de 30 dias para apresentar um relatório técnico, e deve, dentro de 30 dias contados a partir da abertura do procedimento, fornecer uma decisão terminativa dispensando novas diligências e então proferirá decisão aprovando o ato integralmente ou em parte ou ainda impugnando a operação junto ao CADE. De acordo com o artigo 88, §2º, os atos de concentração deverão ser submetidos ao CADE no prazo máximo de 240 dias a contar da data de sua consumação, devendo ser mantida a concorrência durante a instrução do procedimento.

Uma questão, no entanto, que parece demonstrar certa fragilidade dos procedimentos internos de defesa da concorrência, principalmente em relação aos atos de concentração que envolvam agentes econômicos internacionais é o requisito exposto no artigo 88 da Lei Federal nº 12.529, de 2011, o qual restringe que apenas serão submetidos ao CADE as operações em que pelo menos um dos grupos tenha alcançado determinado faturamento no país³¹⁸, desconsiderando completamente o faturamento da companhia no exterior e seus reflexos à variação cambial. Assim, caso um agente internacional, ainda que mantenha grande poder econômico em determinado segmento do mercado mundial, decida ingressar no país e adquirir empresas cujo faturamento esta abaixo da faixa prevista na Lei do CADE, o ato de concentração não precisa ser submetido à análise do CADE. Ainda que, em tese, a empresa objeto da aquisição possa ter pouca participação no mercado em razão baixo faturamento e que seja remota a possibilidade de um agente econômico ingressar no Brasil com o único fim de prejudicar a concorrência, parece que o critério para análise dos atos de concentração deveria incluir como regra o faturamento obtido pelos agentes econômicos envolvidos em atos de concentração também em sua sede ainda que sua atividade se desenvolva fora do mercado nacional até mesmo para evitar o avanço dos cartéis internacionais sobre o mercado brasileiro.

<http://www.oecd.org/brazil/competitionlawandpolicyinbrazilapeerreview.htm>>. Acesso em 2 de fevereiro de 2013.

³¹⁸ Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais). § 1º Os valores mencionados nos incisos I e II do caput deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça. § 2º O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda. (...)

Além disso, considerando que os efeitos da imposição de medidas de defesa comercial podem surgir antes mesma da abertura do procedimento, a alteração da Lei de defesa da concorrência que determinou a submissão prévia dos atos de concentração ao CADE, iguala, em tese, as velocidades dos procedimentos para defesa da concorrência e para defesa comercial, reduzindo assim os eventuais prejuízos causados pelo aumento da concentração à concorrência.

Como visto, em relação à concorrência, a prática de preço predatório não recebe grande atenção das autoridades antitruste brasileiras. A referida prática usualmente é analisada através da instauração do procedimento de averiguação preliminar, o qual antecede a abertura do procedimento administrativo no CADE. Considerando que a conduta, muito embora esteja tipificada na Lei como uma infração à ordem econômica, raramente é reconhecida pelo CADE³¹⁹, o curso da investigação tende a ser sumário. Os atos de concentração, por outro lado, acabam sendo apreciados de acordo com o procedimento previsto no artigo 54 e seguintes da Lei Federal n 12.529, de 2011. Em ambos os casos, os efeitos da decisão do CADE repercutem apenas no mercado interno e não podem ser questionados em jurisdições internacionais, como na OMC, por exemplo.

O procedimento de investigação e aplicação das medidas antidumping no Brasil esta previsto no Decreto 1.602 de 23 de agosto de 1995, o qual internalizou o Acordo Relativo à Implementação do Artigo VI do GATT. Como visto o dumping, de acordo com o artigo 4º do mencionado decreto, pode ser aplicado quando houver dano à indústria doméstica em razão da importação de bens abaixo do valor normal, inclusive sob a modalidade de drawback³²⁰.

Os métodos para definir o valor normal podem variar de acordo com a jurisdição. A lei brasileira reflete os termos do Acordo Antidumping do qual o Brasil é signatário e, assim, as definições são equivalentes aquelas prescritas nos acordos internacionais. Para a definição

³¹⁹ Conforme consulta realizada no site do cade, de 1998 até hoje nenhum processo aberto para investigar a suposta prática de preço predatório foi aprovado pelo CADE, dentre os quais podem ser citados os processos 08012.006722/1999-45, 08000.026056/1996-30, 08012.000424/2000-20, 08700.005688/2007-13. Observe-se que nem mesmo no caso dos gases medicinais, o qual corresponde a uma das maiores condenações por infração a ordem econômica, houve a condenação das empresas alvo da averiguação.

³²⁰ O regime aduaneiro especial de drawback, instituído em 1966 pelo Decreto Lei nº 37, de 21/11/66, consiste na suspensão ou eliminação de tributos incidentes sobre insumos importados para utilização em produto exportado. O mecanismo funciona como um incentivo às exportações, pois reduz os custos de produção de produtos exportáveis, tornando-os mais competitivos no mercado internacional.

do valor normal é necessário que a mercadoria alvo da investigação corresponda a pelo menos cinco por cento ou mais das vendas para aquele tipo de produto o que deve ser demonstrado pela própria peticionária. Nos casos em que o produto alvo da investigação manter fatia de mercado inferior, poderão ser admitida a investigação desde que a amostragem permita a comparação adequada entre o valor normal e o preço de exportação.

O procedimento para investigação da prática de dumping é bastante complexo e composto de diversas condicionantes. A legislação norte americana antidumping assim como no caso da legislação brasileira, contém os principais elementos presentes no texto da OMC, cabendo a peticionante demonstrar a materialidade efetiva ou potencial de dano para a imposição de medidas antidumping entre outros requisitos para a abertura das investigações de dumping³²¹. No entanto, no ordenamento jurídico interno norte americano existem ainda diversos aspectos que não estão presentes no acordo multilateral e que ocasionam por vezes a aplicação arbitrária das medidas antidumping.

Em determinados casos, quando o volume de operações no país não permite uma comparação adequada para operações realizadas por um período de no mínimo seis meses em quantidades substanciais ou que caracterizem a ocorrência de prática desleal a concorrência com a indústria doméstica, poderá ser ainda adotado como referência para definição do valor normal o preço de produto similar nas operações de exportação para um terceiro país ou ainda o valor construído no país de origem, considerando o custo de produção no país de origem, acrescido de razoável montante correspondentes a custos administrativos e de comercialização, além da margem de lucro. Tal quantificação a ser atribuída a título de custos administrativos, custos gerais e lucro deve ser baseado em dados efetivos de produção e venda no curso normal de comércio³²². Nos Estados Unidos da América, a atribuição para examinar o dano recai sobre a International Trade Commission (ITC), sendo analisado separadamente em relação ao dumping, o qual será investigado pelo Departamento de Comércio. O dano à economia norte americana será demonstrado quando houver declínio real ou potencial da produção, vendas, perda de mercado ou alteração nos preços. O dano para efeitos de abertura da investigação poderá ser material ou até mesmo uma simples ameaça. Nos Estados Unidos, além dos procedimentos existentes no Acordo que Regulamenta o

³²¹ JOHANNPETER, Guilherme Chagas Gerdau. *Antidumping: prática desleal no comércio internacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 75.

³²² THORSTENSEN, Vera. OMC – Organização Mundial do Comércio: As regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais. São Paulo: Aduaneiras. 2001, p. 119.

Artigo VI do GATT, são aplicados outros procedimentos previstos apenas internamente, como a utilização de países substitutos e o zeramento, usualmente adotado principalmente pelos americanos.

Alguns elementos da investigação de dumping como, por exemplo, a definição de custos, será apresentada pelo exportador. Como explicitado anteriormente, além dos efeitos de defesa da concorrência, os procedimentos antidumping, por vezes, tornam-se importantes pela possibilidade desses revelarem o comportamento da indústria no mercado do país importador e oportunizar o acesso às informações sobre a carteira de clientes e outras informações estratégicas das companhias investigadas.

A petição para abertura da investigação de dumping, como mencionado no artigo 18 do Decreto 1.602 de 1995, será solicitada pela indústria doméstica e deverá ser formulada de acordo com o roteiro elaborado pela SECEX. Os principais elementos que deverão integrar a petição são as provas da ocorrência de dumping, de dano à indústria nacional, o nexo causal entre as importações objeto de dumping e o dano alegado e diversos outros dados como a qualificação do peticionário, a lista dos produtores domésticos, a descrição do produto, entre outras informações. Após o oferecimento da petição, a SECEX examinará se efetivamente há a existência de dumping e os indícios do dano por ele causado para, no prazo de trinta dias, notificar o peticionário da determinação positiva, hipótese em que poderá ser aplicada medida antidumping provisória, ou negativa, quanto à abertura da investigação.

Uma vez aberta uma investigação antidumping nos Estados Unidos da América, O Departamento de Comércio investigará imediatamente a possibilidade de impor o pagamento de direitos antidumping pelos importadores do produto investigado. Havendo indícios da ocorrência de dumping, a autoridade alfandegária poderá exigir o depósito correspondente ao valor estipulado, sendo aplicado a cada importador individualmente em cada operação, comparando o preço em relação à média do valor normal.

Durante a instrução da investigação, as partes interessadas serão comunicadas sobre as informações requeridas e terão oportunidade de apresentar defesa por escrito em relação aos termos da petição, e caso o exportador reconheça voluntariamente compromissos de revisão dos preços ou de cessação de exportações a preço de dumping o procedimento poderá ser suspenso. No entanto, se ao final da investigação houver a confirmação da ocorrência de

dumping poderá ser aplicada cobrança de direitos antidumping que representam um montante em dinheiro igual ou inferior à margem de dumping apurada, calculado com a finalidade de neutralizar os efeitos danosos das importações objeto de dumping pelo prazo máximo de cinco anos, período no qual os prejuízos já devam ter sido neutralizados.

Ao final da investigação, caso os Estados, os quais servem de representantes das indústrias alvos da investigação, não desejarem cumprir voluntariamente com os termos da decisão adotada pela autoridade doméstica responsável pela defesa comercial, podem recorrer da decisão adotada pela autoridade de defesa comercial ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC com fundamento nas regras previstas em seu acordo constitutivo e nos demais tratados multilaterais que regulamentam o comércio internacional. No entanto, as indústrias estrangeiras, representadas por seus respectivos Estados de origem, podem ainda na fase administrativa desenvolvida nacionalmente, retirarem-se do mercado se chegarem à conclusão que os custos para sua defesa em relação à prática de dumping, podem superar os ganhos econômicos correspondentes à exportação dos produtos.

Diferente da defesa da concorrência, que repercute apenas internamente, qualquer investigação aberta para impor a adoção de uma medida de defesa comercial tem reflexos externos mesmo durante a fase desenvolvida internamente. Como vimos, o dumping surgiu como uma forma de conter uma conduta anticoncorrencial externa praticada pelos trustes norte americanos³²³. No entanto logo o dumping passou a ser utilizado por outros países como forma de hostilizar a Alemanha após o término da Primeira Guerra, para conter a formação de trustes ou ainda para simplesmente evitar o ingresso de produtos estrangeiros³²⁴. Assim, o problema da utilização abusiva de medidas de defesa comercial para impor barreiras ao comércio internacional surgiu muito antes da própria instituição da Organização Mundial do Comércio. Nesse sentido, quando esses mecanismos foram transpostos para os tratados multilaterais de comércio, foram de certa forma tacitamente mantidas as condições para a utilização destes instrumentos para a promoção de interesses políticos e de forma contrária ao livre comércio e à livre concorrência.

³²³ FINGER, Michael J. *Antidumping: How it works and who gets hurt*. USA: Ann Arbor The University of Michigan Press. 1998, p. 13.

³²⁴ BARROS, Maria Carolina Mendonça de, *Antidumping e protecionismo*. São Paulo: Aduaneiras. 2004, p. 22.

Apesar da criação do Órgão de Solução de Controvérsias na OMC ter contribuído para reduzir a discricionariedade e introduzir uma análise mais legalista para solução dos conflitos comerciais internacionais, a prática de dumping, entre outras práticas comerciais discutidas na OMC, mantém ainda um componente político muito forte, o que, associado às lacunas do regulamento multilateral, favorece a utilização arbitrária das normas que compõem o sistema em detrimento ao livre comércio e à livre concorrência.

2.2.2. PROCEDIMENTOS EXTERNOS PARA A DEFESA DA CONCORRÊNCIA E DEFESA COMERCIAL.

O artigo 2º da Lei Federal nº 12.529, de 2011, incorpora explicitamente a teoria dos efeitos ao direito da concorrência brasileiro e permite a sua aplicação extraterritorial. O critério de R\$ 400 milhões para notificação das fusões se aplica ao faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro, faz a lei mais coerente com a aplicação da teoria dos efeitos, porém não leva em conta os prejuízos à competitividade nacional em razão do ingresso de entrantes internacionais e à concorrência da indústria nacional no exterior, uma vez que não leva em conta a variação cambial decorrente do fluxo de capitais. Antes dessa mudança, era necessário notificar fusões que praticamente não geravam efeitos no país. No entanto, a teoria dos efeitos apresenta limitação em relação aos princípios de direito internacional e ao alcance de sua aplicação, que não garante a livre concorrência em relação às práticas contrárias à concorrência executadas por empresas nacionais no exterior ou por empresas estrangeiras no mercado nacional ³²⁵.

Em outros aspectos dos procedimentos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência as empresas estrangeiras são tratadas de forma idêntica às empresas nacionais, reconhecendo, assim, o princípio da não discriminação existente nos regulamentos internacionais. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência usualmente leva em conta, em sua análise, o impacto do ato de concentração ao comércio internacional e, nesses casos, considera a importação ou a possível importação dos produtos quando é feita a definição do mercado relevante, as participações de mercado e os efeitos anticoncorrenciais.

³²⁵ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da Concorrência: Entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 39.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência possui acordos de cooperação bilateral com diversos países dentre os quais os Estados Unidos da América, Argentina, Portugal, Canadá, Chile, Rússia e com a União Européia. No entanto, a realização de acordos bilaterais parece não conduzir aos resultados desejados em relação à defesa internacional da concorrência. Considerando as peculiaridades de cada um dos ordenamentos jurídicos bem como as disposições de cada tratado, seria impossível assegurar a compatibilidade desses acordos entre si³²⁶. A esse respeito, a União Europeia deu início a uma abordagem multilateral para proposição de uma política de defesa da concorrência internacional em 1995 para complementar o quadro de dispositivos multilaterais previstos no âmbito da OMC. O controle sobre fusões foi uma das principais questões abordadas. Apesar da OMC ter discutido em seu Grupo de Trabalho regras substantivas para defesa da concorrência internacional, a adoção de um documento não pode ser esperada a curto prazo³²⁷.

Considerando os impactos que as práticas anticompetitivas causam ao balanço comercial dos Estados, assim como ao acesso aos mercados entre os Estados-Membros da OMC, a revisão dos regulamentos multilaterais de comércio tende a incluir a adoção de uma política internacional de defesa da concorrência. Além disso, para que a reforma nos regulamentos internacionais traga avanços significativos ao ordenamento jurídico internacional será necessária uma reforma na estrutura e nos procedimentos adotados no âmbito da OMC. Uma das principais críticas feitas aos procedimentos da OMC e que impossibilita a efetiva liberalização do comércio é a impossibilidade das decisões criarem direito que possam vincular as partes, assim como orientar futuras decisões. Considerando que as decisões apenas vinculam os Estados que fazem parte do Painel, a efetividade das decisões é restrita e com caráter eminentemente político. No caso da utilização do método zeroing, por exemplo, os Estados Unidos da América recorreram ao órgão de apelação questionando a criação legislativa levada a efeito pelo Órgão de Solução de Controvérsias, o que violaria a soberania norte americana assim como não faria parte dos acordos multilaterais

³²⁶ MAIKLEJOHN, Roderick. *An international Competition Policy: Do we need it? Is it Feasible?*, 22 World Econ. 1233. 1247 (1999) Apud BUDZINSKI, Oliver. *Towards an International Governance of Transborder Mergers? - Competition Networks and Institutions between Centralism and Decentralism*. NYU Journal of International Law and Politics, Vol. 36, No.1, 2004, p.9. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=404640>> Acesso em 23 de fevereiro de 2013.

³²⁷ BUDZINSKI, Oliver. *Towards an International Governance of Transborder Mergers? - Competition Networks and Institutions between Centralism and Decentralism*. NYU Journal of International Law and Politics, Vol. 36, No.1, 2004, p.9. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=404640>>. Acesso em 23 de fevereiro de 2013.

do comércio³²⁸. A atividade jurisdicional não está, por certo, restrita à mera aplicação das leis, cabendo ao juiz interpretá-las e adequá-las ao caso concreto.

Barral reconhece que o sistema multilateral do comércio não adotou a doutrina do *stare decisis*, pela qual a criação de um precedente limita, atendidos certos requisitos, a interpretação de futuros casos envolvendo a mesma matéria³²⁹. No entanto, se as decisões da OMC passassem a ser vinculativas como arguiu Cho³³⁰, e os precedentes fossem consolidados, as próprias decisões do Órgão de Solução de Controvérsias poderiam orientar de forma mais efetiva a criação de políticas de defesa da concorrência e de defesa comercial. Para o autor, atribuir caráter adjudicativo às decisões não teria como finalidade apenas evitar a utilização abusiva dos mecanismos de defesa comercial com fins protecionistas e abertura irrestrita de litígios no âmbito da OMC, mas também estabelece regras gerais aos membros da OMC com vistas ao futuro³³¹. A esse respeito, os processos de integração econômica, em especial, a União Europeia traz contribuições importantes para a questão. A criação da União Europeia tem no livre comércio e na livre concorrência um de seus mais importantes atributos. À medida que avançava a integração, o Tribunal de Justiça da União Europeia consolidava o direito da União Europeia e assegurava o livre comércio e a livre concorrência no interior do bloco através de diversos precedentes que impunham a primazia do direito comunitário e a aplicação direta das normas comunitárias. Para que fosse consolidada a integração os Estados-membros outorgaram parte de sua soberania a União Europeia³³². No Sistema Multilateral de Comércio isso não acontece.

O princípio da primazia do direito da União Europeia declarado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia decorre da própria delegação de competências dos Estados à organização e significa que os Estados à medida que aderiram aos Tratados Constitutivos da

³²⁸ CHO, Sungjoon, *Constitutional Adjudication in the World Trade Organization*. In. Society of International Economic Law (SIEL). Inaugural Conference 2008, p. 3. (July 9, 2008). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1113501>>. Acesso em 4 de setembro de 2012

³²⁹ KLOR, Adriana Dreyzin de; PIMENTEL, Luis Otávio; KEGEL, Patrícia Luísa, BARRAL, Welber. *Solução de controvérsias – OMC, União Europeia e MERCOSUL*. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Fundação Konrad Adenauer, 2004, p.29.

³³⁰ CHO, Sungjoon, *Constitutional Adjudication in the World Trade Organization*. In. Society of International Economic Law (SIEL). Inaugural Conference 2008, p. 29. (July 9, 2008). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1113501>>. Acesso em 4 de setembro de 2012

³³¹ CHO, Sungjoon. *Constitutional Adjudication in the World Trade Organization*. In. Society of International Economic Law (SIEL). Inaugural Conference 2008, p. 30. (July 9, 2008). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1113501>>. Acesso em 4 de setembro de 2012

³³² MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Manual de derecho de la Comunidad Europea*. Madrid: Trivium, 1997, 1997, p.506.

União Europeia reconheceram que o direito da União Européia prevalece em relação ao direito interno³³³. Sem que houvesse o reconhecimento da primazia do direito supranacional em relação ao direito nacional, não seria possível a consolidação do processo de integração e a efetiva defesa do livre comércio e da livre concorrência. Se fosse adotado o exemplo da União Europeia, a qual erigiu o livre comércio e a livre concorrência como aspecto fundamental da integração e fosse dado a OMC a possibilidade de estabelecer as diretrizes que devessem prevalecer em relação às políticas internacionais, ainda que a plena harmonização dos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros fosse praticamente impossível em razão de suas diferenças culturais e de ordem econômica, seria possível fortalecer o livre comércio e reduzir as lacunas e a utilização arbitrária das medidas de defesa comercial pelos países. O mesmo ocorreria se as decisões do Órgão de Solução de Controvérsias fossem mais cogentes, como acontece com as tomadas pelos órgãos da União Européia.

Uma revisão das políticas de defesa comercial à luz dos conceitos e princípios de defesa da concorrência ajudaria a impedir a utilização da defesa comercial para fins protecionistas. Para parte da doutrina, enquanto não houver uma regulamentação multilateral capaz de regulamentar a concorrência nem mesmo se pode afirmar que exista a concorrência internacional³³⁴. Para a defesa da concorrência, a prática de preço predatório apenas é considerada quando existente alta concentração de mercado, elevado nível de barreiras à entrada, excesso de capacidade instalada e possibilidade de expulsar os ativos dos rivais³³⁵. Nas ações antidumping é necessário apenas demonstrar o dano efetivo ou potencial para ingressar com uma investigação. Como os regulamentos internacionais apresentam inúmeras lacunas e permitem interpretações dúbias, os requisitos para a abertura das investigações podem ser aplicados de forma arbitrária pelos Estados.

O padrão de provas necessário para a condenação de agentes econômicos por preço predatório é mais rigoroso do que para os casos de dumping. Dessa forma, a utilização de

³³³ MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Manual de derecho de la Comunidad Europea*. Madri: Trivium, 1997, 1997, p.507.

³³⁴ BALDE, Alen. *Competition on the Global Market: A way Toward an Autonomous International Court for Global Competition Cases*. United Kingdom: Faculty of law, business and social science. Vol. 6, número 2, 2008, p. 211. Disponível em: < http://www.fm-kp.si/zalozba/ISSN/1581-6311/6_207-222.pdf>. Acesso em 5 de março de 2013.

³³⁵ OLIVEIRA, Gesner. *Regulação pró-concorrencial e o novo ciclo de abertura comercial no Brasil*. Revista de Administração de Empresas, volume 44, nº 3. Fundação Getúlio Vargas, p. 121. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/1931>. Acesso em 28 de fevereiro de 2013.

critérios antitruste para a aplicação de medidas antidumping poderia contribuir para a redução da utilização de mecanismos de defesa comercial com fins protecionistas³³⁶. A prática de zeroing, por exemplo, utilizada pelos norte americanos esta prevista em seu ordenamento interno e é defendida por esses com fundamento no artigo 17.6, II do GATT. Cabe observar que o GATT e os demais tratados vinculados à OMC não proíbem ou estabelecem as condições para a aplicação de direito antidumping, mas apenas definem alguns requisitos para sua aplicação³³⁷. Assim, outro aspecto que pode reduzir a utilização arbitrária e assegurar a defesa da concorrência e o livre comércio é uma melhor regulamentação dos procedimentos de defesa comercial levando em conta, por exemplo, aspectos como a eficiência entre os mercados produtor e importador.

Na União Europeia, por exemplo, não é mais adotada a abertura de investigações antidumping entre membros da organização. Isso não quer dizer que um Estado não possa abrir uma investigação de dumping contra outro Estado membro, mas apenas que nesses casos, esse não poderá invocar a regulamentação antidumping previsto no Regulamento 1225/2009 o qual serve apenas para a abertura de investigações antidumping contra países localizados fora da União Europeia. No âmbito comunitário, os Estados em situações em que sejam observadas condutas contrárias ao livre comércio podem abrir procedimentos de acordo com o artigo 82 (a) que proíbe a abuso de poder dominante, incluindo as práticas de preço predatório ou outras praticas comerciais injustas. Essas reclamações pode ser abertas junto à autoridade de defesa da concorrência nacional ou ao Diretório Geral para Concorrência. Se for constatada que houve violação, o agente que praticou a conduta será obrigado a corrigir sua prática e está sujeito a uma multa³³⁸.

A política de defesa da concorrência no ordenamento comunitário não distingue a nacionalidade do agente econômico que pratica as condutas contrárias ao livre comércio. Alegações de dumping contra empresas estrangeiras podem também ser julgadas sob as normas previstas pelo ordenamento europeu. Contudo, como a adoção de medidas antidumping também ainda está disponível para a indústria doméstica, a tendência é que os

³³⁶ OLIVEIRA, Gesner. *Regulação pró-concorrencial e o novo ciclo de abertura comercial no brasil..* Revista de Administração de Empresas, volume 44, nº 3. Fundação Getúlio Vargas, p. 121. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/1931>. Acesso em 28 de fevereiro de 2013.

³³⁷ BARRAL, Welber; BROGINI, Gilvan. *Manual prático de defesa comercial*. São Paulo: Lex, 2006, p. 37.

³³⁸ NORDSTRÖM, Hakan. *Antitrust instead of antidumping in the community's bilateral trade agreements*. Estocolmo: Kommerskollegium: National Board of Trade, 2011, p.8. Disponível em: <http://www.kommers.se/upload/Analysarkiv/In%20English/Analyses/LS%20Antitrustandantidumping_1.pdf>. Acesso em 2 de outubro de 2012.

Estados adotem esse tipo de procedimento uma vez que os próprios requisitos legais para a abertura de ações antidumping são menos rigorosos do que para a abertura de investigações antitruste. Além disso, se a União Europeia fechar a janela para a adoção de processos antidumping em favor da defesa da concorrência, será necessário firmar acordos de cooperação com autoridades estrangeiras de defesa da concorrência³³⁹.

Anteriormente afirmamos que com a promulgação da Lei Federal nº 12.529, de 2011, a defesa da concorrência igualou as “velocidades” entre os procedimentos de defesa da concorrência e de defesa comercial. Uma vez que os efeitos econômicos internos e externos da adoção de medidas de defesa comercial podem iniciar antes mesmo do efetivo ingresso dos procedimentos administrativos, na vigência da Lei Federal nº 8.884, de 1994, onde os atos de concentração, por exemplo, eram apenas notificados após sua consumação, poderiam ocorrer prejuízos entre a realização da operação e seu efetivo julgamento pela autoridade antitruste. No entanto, além da compatibilização das velocidades dos procedimentos é preciso que sejam propostas alterações uma vez que os procedimentos de defesa comercial possuem requisitos menores para sua abertura e para demonstração de seus efeitos econômicos do que àqueles avaliados pelas autoridades de defesa da concorrência.

Além disso, a inclusão de valores comuns para a análise da defesa da concorrência e da defesa comercial parece ser fundamental para alcançarmos efetivamente o livre comércio. Mais uma vez tomando a União Europeia como exemplo para a harmonização de políticas multilaterais no cenário multilateral para a defesa da concorrência, observamos que a definição do consumidor como um agente econômico central para as políticas econômicas no interior do bloco ao invés de apenas considerar a indústria, pode conduzir ao livre comércio e a livre concorrência³⁴⁰. A livre circulação dos fatores de produção e a defesa da concorrência permitirá aos consumidores maior acesso aos produtos e assim fomentará o comércio entre os Estados. Nesse sentido a defesa do consumidor deve ser encarada, como o faz o ordenamento

³³⁹ NORDSTRÖM, Hakan. *Antitrust instead of antidumping in the community's bilateral trade agreements*. Estocolmo: Kommerskollegium: National Board of Trade, 2011, p.8. Disponível em: <http://www.kommers.se/upload/Analysarkiv/In%20English/Analyses/LS%20Antitrustandantidumping_1.pdf>. Acesso em 2 de outubro de 2012

³⁴⁰ MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Manual de derecho de la Comunidad Europea*. Madri: Trivium, 1997, p.657.

jurídico brasileiro³⁴¹, como elemento precípua para a defesa da concorrência no mercado interno e que deve ser considerado também no cenário internacional³⁴².

Ainda que sejam diversos, a defesa da concorrência e a defesa comercial devem ser harmonizadas para que se possa alcançar o livre comércio. Nesse sentido, a elaboração de um regulamento multilateral de defesa da concorrência, o qual, certamente, tende a preencher, pelo menos em parte, as lacunas existentes nos tratados multilaterais do comércio, é fundamental. A circulação de mercadorias é certamente a prática mais atingida. No entanto, a circulação de capitais também merece ser melhor regulamentada para evitar o aumento das concentrações e os prejuízos ao livre comércio e à livre concorrência internacional.

³⁴¹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 105

³⁴² WTO, Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy. *Synthesis paper on the relationship of trade and competition policy to development and economic growth*. Genebra: WTO. 1998, p. 5. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/comp_e/wgtcp_docs_e.htm>. Acesso em 19 de outubro de 2012.

CONCLUSÃO

A evolução do comércio desde a antiguidade já reconhecia a concorrência ainda que sem um sentido técnico. Da mesma forma, não é recente que os Estados lançam mão de diversos artifícios para controlar o fluxo de comércio internacional. Um dos instrumentos mais utilizado pelos Estados para sua defesa comercial é a cobrança de tarifas sobre a importação de produtos. Com a criação das Organizações Internacionais, em Especial a Organização Mundial do Comércio, as barreiras tarifárias foram sendo gradativamente reduzidas com vistas à liberalização do comércio. No entanto, os Estados continuam tentando encontrar maneiras para proteger seus mercados em relação à concorrência dos produtos estrangeiros.

O livre comércio e à livre concorrência aparecem como princípios complementares nas normas que regulamentam o comércio internacional. No entanto, considerando que não há uma regulamentação internacional específica para a defesa da concorrência, os Estados continuam reconhecendo a concorrência apenas no mercado interno e, assim, é vista pelos países de forma bastante restrita. O direito da concorrência é regido pelo princípio da territorialidade. As autoridades de defesa da concorrência, assim, apenas avaliam os efeitos da concorrência em relação à circulação de produtos, serviços e, principalmente, de capitais em âmbito interno e não levam em conta, por exemplo, os mercados internacionais e os efeitos que atos de concentração externos possam ocasionar no país para eventualmente evocar, através da teoria dos efeitos, restrições às condutas dos agentes econômicos fora do país.

Enquanto as normas de defesa da concorrência tem seus olhos voltados apenas para o interior dos Estados, as armas da defesa comercial estão exclusivamente voltadas para o exterior. Por essa razão a doutrina rejeita que exista qualquer relação entre o direito da concorrência e a defesa comercial. De fato, a defesa da concorrência é diferente da defesa comercial. No entanto, há certa identidade entre esses dois ramos do direito internacional econômico como pôde ser observado ao longo de sua evolução histórica, passando pela sua relação com a economia. O direito antidumping, como visto, foi criado no Canadá especificamente para conter as práticas dos trustes norte-americanos sobre a economia canadense, ou seja, para conter o avanço de agentes econômicos externos que prejudicavam a concorrência. Posteriormente a conduta passou também a ser adotada para atender outras

finalidades econômicas e políticas dos Estados. No entanto, a prevalência de interesses políticos no cenário macroeconômico e a instabilidade econômica favorece a utilização arbitrária de medidas de defesa comercial em detrimento ao livre comércio.

A defesa da concorrência decorre do próprio livre comércio. A defesa comercial, por outro lado, sempre pressupõe a possibilidade dos Estados se defenderem da concorrência externa, quando julgassem que as práticas eram contrárias a indústria nacional. No entanto, com a crescente liberalização e a harmonização das cargas tarifárias, os mecanismos de defesa comercial, antes usados para proteger a indústria, passaram a ser utilizados como uma nova forma de barreira comercial para restringir o comércio internacional, aumentar a concentração nos mercados internos e impor a realocação de recursos. Com fundamento nas lacunas existentes no Sistema Multilateral do Comércio, os Estados vêm usando irrestritamente tais medidas para restringir o livre comércio.

Não obstante remédios à utilização arbitrária de medidas de defesa comercial para fins protecionistas e contrários ao livre comércio e à livre concorrência, a inexistência de controles sobre os atos de concentração internacionais e a influência da valorização cambial também merecem melhor regulamentação e devem compor as diretrizes para um tratado multilateral de defesa da concorrência. As barreiras postas pela imposição de direitos antidumping, além da restrição ao fluxo de comércio, o aumento da concentração e prejuízos ao consumidor no mercado interno, trazem reflexos também sobre a valorização da moeda e a balança comercial dos Estados. Assim, a utilização sistemática desses instrumentos podem por si só ocasionar o desequilíbrio da balança comercial de determinado país e expô-lo à fragilidades econômicas.

Nesse sentido observamos que a defesa da concorrência, na ausência de uma norma multilateral, leva em conta prioritariamente apenas aspectos microeconômicos como a eficiência do mercado interno e a proteção do consumidor. No entanto, analisar a concorrência em uma perspectiva restrita tem importado em efetiva limitação ao livre comércio e possíveis prejuízos no cenário internacional, em especial quando se contrasta com a defesa comercial e os interesses macroeconômicos dos Estados.

Apesar das Rodadas de Negociações desenvolvidas no âmbito da OMC terem contribuído para a sistemática liberalização do comércio, alguns problemas ainda parecem ter de ser enfrentados para que se possa reconhecer a existência do livre comércio. Muito embora

as decisões admitidas no âmbito da OMC possuam caráter legalista, a estrutura da OMC não demonstra equilíbrio. A impossibilidade das decisões serem vinculativas, por exemplo, favorece a utilização abusiva de medidas de defesa comercial e conseqüentemente prejudicam o livre comércio e a concorrência internacional. Nesse sentido, uma solução para diversos problemas seria que o Órgão de Solução de Controvérsias pudesse ter poder adjudicativo e criar direitos e assim, apesar das lacunas nos tratados, consolidar a liberalização do comércio internacional como aconteceu na Europa.

Os processos de integração demonstram que, à medida que se assegura o livre comércio e à concorrência, a defesa comercial dá lugar à defesa da concorrência e assim favorece a todos os Estados. Os países têm a si, reservado o direito de utilizar medidas de defesa comercial. No entanto, uma vez que sua utilização se afasta dos fins para os quais foi criado e incorporado aos tratados multilaterais do comércio, sua utilização deve ser condenada. Por certo, um novo tratado que venha a contribuir com a regulamentação internacional da concorrência deverá levar em conta a harmonização dessa com a defesa comercial dos Estados.

A interação das políticas de defesa da concorrência e da defesa comercial, ainda que não haja consenso no mercado internacional, parece já fazer parte das políticas de certos Estados, como o Brasil, por exemplo. Como demonstra o artigo 19 da Lei Federal nº 12.529, de 2011, ao, expressamente, dar à SEAE competência para se manifestar de ofício ou quando solicitada em relação à adoção de medidas de defesa comercial. A harmonização dessas políticas demonstra estar cada vez mais desenvolvida. A Rodada de Doha, iniciada em 2001, parece estar longe de ser concluída. Além da crise financeira e a dificuldades dos temas nela discutidos, dentre os quais, um tratado multilateral para defesa da concorrência, contribuem para a demora em sua conclusão.

Apesar da diferença que existe entre a defesa da concorrência e a defesa comercial, o livre comércio apenas será alcançado quando essas duas políticas forem harmonizadas tanto em seus aspectos internos, quanto externos. A adoção de imperativos como a proteção do consumidor ou a eficiência do mercado pode favorecer o livre comércio. Imaginando o mundo sob o prisma da teoria monista do direito, conduz ao raciocínio de que a concorrência deve ser a regra em relação aos controles sobre o mercado e a defesa comercial efetivamente

apenas uma exceção. Como visto, os investimentos internacionais são incentivados pela existência de uma política de defesa da concorrência. Em contraponto, a utilização de medidas de defesa comercial, pode prejudicar o equilíbrio do mercado e favorecer o aumento das concentrações e assim prejudicar a concorrência e afastar os investimentos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues (Coord.). *Direito do Comércio Internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

ARAÚJO JUNIOR, José Tavares de. *Perspectivas da política de concorrência no Brasil: O controle de Fusões e aquisições. Workshop: Por uma política moderna de competição para o Brasil*. Rio de Janeiro. 2006. Acesso em 8 de janeiro de 2013. Disponível em: <www.forumnacional.org.br/trf_arq.php?cod=EP01320>.

BARRAL, Welber; BROGINI, Gilvan. *Manual prático de defesa comercial*. São Paulo: Lex, 2006.

BARRAL, Welber. *Organização Mundial do Comercio (OMC)*. In Tribunais Internacionais: Mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias. Welber Barral, organizador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

BALASSA, Bela. *Teoria da integração econômica*. Lisboa: Clássica, 1961.

BALDE, Alen. *Competition on the Global Market: A way Toward an Autonomous International Court for Global Competition Cases*. United Kingdom: Faculty of law, business and social science. Vol. 6, número 2, 2008. Disponível em: < http://www.fm-kp.si/zalozba/ISSN/1581-6311/6_207-222.pdf>. Acesso em 5 de março de 2013.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Origens do direito da concorrência*. Revista da Faculdade de Direito da USP, v.91, 1996, 3-26p.

BARROS, Maria Carolina Mendonça de. *Antidumping e protecionismo*. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

BRUE, Stanley L. (1945), *História do pensamento econômico* (tradução Luciana Penteadó Miquelino). São Paulo: Thomson Learning, 2006.

BORK, Robert, BRIETZKE, Paul H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Valparaíso University Law Review. Vol. 13, nº 2. (PP. 403-421). USA: Valparaíso University, 1979. Acesso em 21 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://scholar.valpo.edu/vulr/vol13/iss2/7>>

BOWN, Chad P, SYKES, Alan O. *The Zeroing Issue: a critical analysis of Softwood V. World Trade Review*, United Kingdom, January 2008,.

BUDZINSKI, Oliver. *Towards an International Governance of Transborder Mergers? - Competition Networks and Institutions between Centralism and Decentralism*. NYU Journal of International Law and Politics, Vol. 36, nº. 1, 2004. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=404640>>. Acesso em 23 de fevereiro de 2013

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais – 4ª edição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CHO, Sungjoon, *Constitutional Adjudication in the World Trade Organization*. In. Society of International Economic Law (SIEL). Inaugural Conference 2008 (July 9, 2008). Acesso em 4 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1113501>>.

D'ARCY, François. *União Européia: Instituições, políticas e desafios*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, 2002. p. 110

DAL RI JUNIOR, Arno, *História do direito internacional: comércio e moeda; cidadania e nacionalidade*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004.

FARIAS, José Ângelo Estrela. *O MERCOSUL: princípios, finalidade e alcance do Tratado de Assunção*. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 1993.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FINGER, Michael J. *Antidumping: How it works and who gets hurt*. Ann Arbor The University of Michigan Press. 1998.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRIGNANI e WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, p. 8 Apud FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste - 4ª edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex, 2006.

GIFFORD, Daniel J. *Rethinking the Relationship between Antidumping and Antitrust Laws*. USA: American University International Law Review 6, no. 3, 1991.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. História do Direito Internacional: O caso Lótus (1927). Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília. Acesso em 30 de abril de 2012, disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/2560/1553>>.

ISCAP - Instituto Superior Politécnico de Contabilidade e Administração do Porto. *Microeconomia*. Porto: Iscap, 2008. Disponível em: <<http://www.iscap.ipp.pt/~asaraiva/Ficheiros/MicroeconomiaI.pdf>>. Acesso em 19 de dezembro de 2012.

JACKSON, John; DAVEY, William J. and SYKES JR., Alan. *Legal Problems of International Economic Relations – cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations*. West Publishing Co, 2002.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da Concorrência: Entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008.

_____ *Mercados Comum e Interno e Liberdades Econômicas Fundamentais*. Curitiba: Juruá. 2010.

JOHANNPETER, Guilherme Chagas Gerdau. *Antidumping: prática desleal no comércio internacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

KLOR, Adriana Dreyzin de; PIMENTEL, Luis Otávio; KEGEL, Patrícia Luísa, BARRAL, Welber. *Solução de controvérsias – OMC, União Européia e MERCOSUL*. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Fundação Konrad Adenauer, 2004, p.29.

LAFER, Celso. *A OMC e a Regulamentação do Comércio Internacional: Uma Visão Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LIMA CAMPOS, Aluísio de; VITO, Adriana. *Abuse and discretion: The impact of antidumping and countervailing duty proceedings on brazilian exports to the United States*. Journal of World Trade, Feb. 2004; 38, 1; ABI/INFORM Global.

LINDSEY, Brink; IKENSON, Dan. *Antidumping 101 The devilish details of “unfair trade” law*. Center for Trade Policy Studies. 2002. Acesso em 12 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.freetrade.org/pubs/pas/tpa-020.pdf>>.

MAGNOLI, Demétrio. *Relações Internacionais: teorias e história*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MAIKLEJOHN, Roderick. *An international Competition Policy: Do we need it? Is it Feasible?*, 22 World Econ. 1233. 1247 (1999) Apud BUDZINSKI, Oliver. *Towards an International Governance of Transborder Mergers? - Competition Networks and Institutions between Centralism and Decentralism*. NYU Journal of International Law and Politics, Vol. 36, No.1, 2004. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=404640>> Acesso em 23 de fevereiro de 2013.

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães, *Direito Internacional da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MATIAS-PEREIRA, José. *Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência*. Revista de Administração Contemporânea. Volume 10, n. 2, pp. 51-73 ISSN 1982-7849. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rac/v10n2/a04.pdf>>. Acesso em 12 de janeiro de 2013.

MCGEE, Robert W. *Antidumping laws as protectionist trade barriers: The case for repeal*. New Jersey: Dumont Institute for Public Policy Research. 1996.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Manual de derecho de la Comunidad Europea*. Madri: Trivium, 1997.

NORDSTRÖM, Hakan, *Antitrust instead of antidumping in the community's bilateral trade agreements*. Estocolmo: Kommerskollegium: National Board of Trade, 2011. Acesso em 2 de outubro de 2012. Disponível em: <http://www.kommers.se/upload/Analysarkiv/In%20English/Analyses/LS%20Antitrustandan tidumping_1.pdf>.

OCDE - Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Lei e Política de Concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/brazil/competitionlawandpolicyinbrazilapeerreview.htm>>. Acesso em 2 de fevereiro de 2013.

OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OLIVEIRA. Gesner. *Regulação pró-concorrencial e o novo ciclo de abertura comercial no brasil*.. Revista de Administração de Empresas, volume 44, nº 3. Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/1931>. Acesso em 28 de fevereiro de 2013.

OLIVEIRA. Odete Maria. *Velhos e Novos Regionalismos*. Ijuí: Unijuí 2009.

SACHS, Jeffrey; WARNER, Andrew. *Economic Reform and the Process of Global Integration*. Booking Papers on Economic Activity, 1995.

SALOMÃO, Calixto. *Direito Concorrencial - As Condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito Antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2007.

SHUMPETER, Joseph A. *The theory of economic development: An inquiry into profits, capital, credit, interest, and the bussiness cycle*. USA: Harvard University Press. 2004. Disponível em: <<http://books.google.co.uk/books?id=-OZwWcOGeOwC&lpg=PP1&hl=pt-BR&pg=PA3#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em 18 de janeiro de 2013.

SYKES, Alan O. *Antidumping and antitrust: what problems does each address?* Chicago: University of Chicago, Brookings Institution Press, ISSN 1520-5479, 1999. Acesso em 9 de novembro de 2012. Disponível em <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/25063120?uid=3737664&uid=2129&uid=2134&uid=376613963&uid=2&uid=70&uid=3&uid=376613953&uid=60&sid=21101516697743>>

STÉFANO, Kleber Cavalcanti. *Os Fundamentos históricos e políticos do direito das relações internacionais: Análise do pensamento de Adam Smith* in Mialhe, Jorge Luís. *Direito das Relações Internacionais: Ensaio Históricos e Jurídicos*. Campinas: Millenium, 2006.

STIGLITZ, Joseph, WALSH, Carl E. *Introdução à Microeconomia*. Rio de Janeiro: Campus. 2003.

THORSTENSEN, Vera. *OMC – Organização Mundial do Comércio: As regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. São Paulo: Aduaneiras. 2001.

TREBILCOCK, Michael. J., HOWSE, Robert. *The regulation of International trade*, USA: Taylor & Francis Books, 2005.

UNCTAD. United Nations Conference on Trade and Development. *Preparing for Future Multilateral Trade Negotiations: Issues and research needs from a development Perspective*. Genebra, UNCTAD, 1999.

UNCTAD - United Nations Conference on Trade and Development. *A Positive Agenda for developing countries: Issues for future trade negotiation*. Genebra. 2000, p. 289.

UNCTAD. Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento. *Solução de Controvérsias - Subsídios e Medidas Compensatórias*. Genebra: Nações Unidas, 2003. Disponível em: <http://unctad.org/pt/docs/edmmisc232add15_pt.pdf>. Acesso em 21 de janeiro de 2013.

VINER, Jacob. *Dumping: a Problem in International Trade*, Chicago: University of Chicago Press, 1923.

WTO, Working group on the Interaction between Trade and Competition Policy. *The "July Decision"* Genebra: WTO. 2004. Acesso em 5 de março de 2012. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/comp_e/history_e.htm>

_____, Working Group on the Interaction between and Competition Policy. *Synthesis paper on the relationship of trade and competition policy to development and economic growth*. Genebra: WTO. 1998. Acesso em 19 de outubro de 2012. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/comp_e/wgtcp_docs_e.htm>.