

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

VICTOR DE OLIVEIRA LEITE

**DIREITO ANTIDUMPING E DIREITO ANTITRUSTE: O DANO À
CONCORRÊNCIA TUTELADO PELO ESTADO E O INTERESSE PÚBLICO**

Brasília

2015

VICTOR DE OLIVEIRA LEITE

12/0043327

**DIREITO ANTIDUMPING E DIREITO ANTITRUSTE: O DANO À
CONCORRÊNCIA TUTELADO PELO ESTADO E O INTERESSE PÚBLICO**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília - FD/UnB, como requisito
parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Rafael Santos de Barros e Silva

Brasília

2015

**DIREITO ANTIDUMPING E DIREITO ANTITRUSTE: O DANO À
CONCORRÊNCIA TUTELADO PELO ESTADO E O INTERESSE PÚBLICO**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília - FD/UnB, como requisito
parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Banca Examinadora

Prof. Me. Rafael Santos de Barros e Silva
Professor Orientador

Ma. Rafaela Teixeira Vieira Noman
Co-orientadora

Profa. Dra. Ana Frazão
Membro da Banca Examinadora

Dr. Fernando de Magalhães Furlan
Membro da Banca Examinadora

Aos meus pais, Hermínio e Marina, pelo exemplo

Ao Denny, pelo amor e carinho

Resumo

O direito antidumping e o direito antitruste são duas formas de intervenção do Estado no domínio econômico; o primeiro busca promover a proteção da indústria nacional em face de uma prática desleal de comércio para levar a cabo seus interesses políticos de desenvolvimento; o segundo busca coibir infrações contra a ordem econômica ou quaisquer outras condutas que possuam efeitos restritivos à livre concorrência. Os interesses jurídicos imediatamente protegidos, ainda que potencialmente conflitantes, convergem na promoção da pretensão de desenvolvimento numa tensão entre a proteção e a exposição da indústria doméstica com relação ao ambiente concorrencial.

Da aplicação de medidas antidumping, são esperados efeitos que favoreçam à indústria doméstica em detrimento das importações a preço de dumping, distorcendo as estruturas de livre concorrência do mercado. O dano à concorrência derivado da aplicação das medidas antidumping é tutelado pelo Estado, de forma que não pode ser reivindicada a aplicação dos elementos do direito antitruste, sob pena de inviabilizar a utilização dos instrumentos de direito antidumping. Porém, quando o interesse público é afetado, porque o dano à concorrência supera os efeitos positivos da proteção à indústria doméstica, o direito antidumping deve ser limitado pelas considerações típicas do direito antitruste.

Abstract

Anti-dumping and antitrust law are two forms of state intervention in the economic domain. The latter aims to restrain violations of the economic order or any other conduct that have restrictive effects on competition; the former seeks to protect the domestic industry against unfair trade practices in order to promote their political interests of development. The immediately protected interests by both juridical subsystems can be potentially in conflict, but they can compromise in promoting development by guaranteeing protection and exposure for the domestic industry.

The imposition of anti-dumping measures distort competition in benefit of the domestic industry by raising import prices. The State tolerates the damage to competition derived from the imposition of anti-dumping measures, and antitrust law should not oppose the normal effects of it, otherwise anti-dumping mechanism would be innocuous. However, when it affects the public interest, because the damage to competition outweighs the positive effects of protecting the domestic industry, antitrust law should limit anti-dumping.

Sumário

Introdução	7
1 Princípios Constitucionais e a Ordem Econômica	10
1.1 Da ordem econômica constitucional	10
1.2 Princípios Constitucionais	13
2 Direito Antidumping	19
2.1 Conceito e Fundamento	19
2.2 Indústria Doméstica e Produto	26
3 Direito Antitruste	30
3.1 Conceito e Fundamento	30
3.2 Práticas restritivas à livre concorrência	33
3.3 Mercado Relevante	36
4 Interação entre Direito Antidumping e Direito Antitruste	39
4.1 Diálogo institucional entre o direito antidumping e o direito antitruste	39
4.2 O interesse público	49
4.3 Conflito e convergência entre interesses jurídicos protegidos	57
Conclusão	66
Referências	68

Introdução

O ordenamento constitucional brasileiro define a relação do Estado com a ordem econômica, delimitando as esferas de intervenção no domínio econômico, seja como agente normativo e regulador da atividade econômica, em que o Estado exercerá as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, seja por meio da exploração direta da atividade econômica.

O direito antidumping e o direito antitruste são duas formas de intervenção do Estado no domínio econômico, em que se busca a promoção de interesses jurídicos próprios do ordenamento jurídico brasileiro. Enquanto o direito antidumping busca promover a proteção da indústria nacional em face de prática desleal de comércio para levar a cabo seus interesses políticos de desenvolvimento, o direito antitruste busca coibir infrações contra a ordem econômica ou quaisquer outras condutas que possuam efeitos restritivos à livre concorrência.

O direito antitruste atenta-se às condutas que podem implicar alterações na dinâmica do mercado tendentes a prejudicar a livre concorrência, e orienta-se pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico. A aplicação de medidas antidumping fundamenta-se no exercício da soberania e na pretensão de desenvolvimento econômico e social, por meio da proteção à indústria nacional. A imposição dos direitos antidumping têm implicações no fluxo comercial, as quais podem gerar impactos negativos à concorrência. Como as consequências da aplicação de uma medida antidumping têm reflexo no bem jurídico tutelado pelo direito antitruste, é necessário entender a interconexão desses dois regimes normativos, delimitando as esferas de competência de cada um deles e as hipóteses de utilização do direito antitruste como recurso para limitar os danos à livre concorrência causados pela aplicação de medidas antidumping.

Da aplicação de medidas antidumping são esperados efeitos que favoreçam à indústria doméstica em detrimento das importações a preço de dumping, distorcendo as estruturas de livre concorrência do mercado. Entende-se que existe um espectro de dano à concorrência que é tutelado pelo Estado, de forma que os elementos do direito antitruste não poderiam ser aplicados legitimamente, sob pena de inviabilizar a utilização dos instrumentos de direito antidumping. O dano legítimo à concorrência é aquele que surge como consequência da concreção de normas jurídicas que privilegiam a tutela de outros bens jurídicos, como é a proteção da indústria doméstica promovida por meio da aplicação de medidas antidumping.

Isso não significa, no entanto, que o direito antitruste deva ser limitado, a todo custo, pelo direito antidumping.

A aplicação de uma medida antidumping, pode suscitar a análise de interesse público, quando os efeitos de sua aplicação sobre os agentes econômicos como um todo se mostrar potencialmente mais danosos se comparados aos efeitos positivos da aplicação da medida. Dentre os efeitos considerados na análise de interesse público estão a estrutura do mercado e a concorrência, de forma que o dano à concorrência, se superar os efeitos positivos da proteção à indústria doméstica, pode legitimar a limitação do direito antidumping pelas considerações típicas do direito antitruste.

Este trabalho discute o espaço de conflito e de convergência entre direito antidumping e direito antitruste. O Capítulo 1 apresenta uma definição para a ordem econômica constitucional brasileira, em que situa o direito antidumping e o direito antitruste como instrumentos para a realização da política econômica. Esses instrumentos objetivam a tutela de interesses jurídicos distintos que podem vir a entrar em conflito. Esse capítulo apresenta uma reflexão teórica sobre os princípios constitucionais, cujo objetivo é discutir a coerência do ordenamento frente à aparente contradição entre os princípios.

O Capítulo 2 desenvolve a definição de direito antidumping e de outros conceitos necessários para a compreensão do sistema jurídico que o envolve. São apresentados os conceitos de indústria doméstica e de produto similar doméstico, porque são os elementos que balizam a estrutura do direito antidumping e sobre os quais fundamenta o interesse jurídico protegido.

O Capítulo 3 desenvolve a definição de direito antitruste e apresenta as hipóteses de caracterização das práticas restritivas à livre concorrência, que se manifesta por meio de acordos, do abuso de posição dominante e de atos de concentração. Como conceito elementar para a compreensão do direito antitruste, é discutido o sentido da expressão mercado relevante, em ambas as dimensões geográfica e material.

O Capítulo 4 discute a possibilidade de compatibilização entre esses dois microsistemas por meio da análise do conflito entre bens jurídicos tutelados e a necessidade de otimização. É apresentado a visão das autoridades administrativas responsáveis pela condução dos processos de defesa comercial e de defesa da concorrência sobre o espaço de

competência e a interação entre os dois sistemas. Discute-se, ainda, a análise de interesse público no âmbito da aplicação do direito antidumping como forma de compatibilizar a proteção à indústria doméstica e a promoção de outros bens jurídicos, e, em particular, da livre concorrência.

1 Princípios Constitucionais e a Ordem Econômica

1.1 Da ordem econômica constitucional

O direito antidumping e o direito antitruste são elementos de realização de política econômica, na medida em que são institutos utilizados pelo Estado para regular a ordem econômica. Por essa razão, é necessário entender o ramo do direito a que pertencem esses elementos, para que se possa lançar hipóteses sobre a relação entre esses institutos jurídicos de acordo com os fins que eles se dispõem a promover.

O Direito Econômico, segundo a definição de Fábio Comparato, é o ramo do direito que se destina a traduzir normativamente os instrumentos da política econômica do Estado¹. No mesmo sentido, Eros Grau ressalta que é o “sistema normativo voltado à ordenação do processo econômico mediante a regulação, sob o ponto de vista macro-jurídico, da atividade econômica, de sorte a definir a disciplina destinada à efetivação da política econômica estatal”²

A política econômica é realizada por meio dos elementos de atuação do Estado constitucionalmente definidos, que preconizam a ordem econômica no ordenamento jurídico brasileiro como sujeita à interferência direta e indireta do Estado.

A ordem econômica constitucional é formalmente liberal, na medida em que privilegia a livre iniciativa, a atuação individual e a valorização do trabalho, assegurando o livre exercício de atividades econômicas aos particulares, em regra, independentemente de autorização poder público³. Além disso, a Constituição permite a exploração direta de atividade econômica pelo Estado nos casos expressamente previstos no texto constitucional ou quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo⁴, e para a prestação de serviços públicos, diretamente ou mediante delegação⁵.

A exploração direta da atividade econômica é reservada, então, precipuamente à iniciativa privada, sendo a atuação do Estado limitada e condicionada às hipóteses constitucionais. Quando o Estado exerce atividades econômicas, ele está sujeito às mesmas

¹ COMPARATO, Fábio K. O indispensável direito econômico, in: Ensaios e pareceres de direito empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978. pp. 453-72. 1978. p. 465

² GRAU, E. R. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 149

³ Constituição Federal. Art. 170

⁴ Constituição Federal. Art. 173

⁵ Constituição Federal. Art. 175

regras e ao mesmo regime jurídico que os particulares⁶, sendo que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar, por exemplo, de privilégios fiscais não extensivos ao setor privado⁷.

A atuação do Estado na ordem econômica de forma indireta constitui o meio, por excelência, da consecução da política econômica. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá as funções de fiscalização, incentivo e planejamento⁸ para dar efetivação à política econômica estatal.

Em sua função de agente normativo e regulador, a atuação do Estado deve conformar-se aos princípios e objetivos constitucionais, principalmente àqueles explícita ou implicitamente registrados no Título VII da Constituição Federal e aos direitos e garantias fundamentais. Como consequência, na consecução das políticas públicas, o Estado deve atuar de forma a observar e promover, dentre outros princípios, a soberania popular, a propriedade privada, a livre concorrência, a defesa do consumidor e do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca pelo pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte⁹.

Na medida em que o Estado passa a parametrizar sua atuação com base nos princípios acima elencados, está claro que o modelo de liberalismo adotado para a ordem econômica não pode ser entendido como um espaço de realização particular centrado na propriedade privada, na liberdade e na igualdade formal. Há a superação do Estado de Direito, porque o paradigma constitucional do Estado exige não só o reconhecimento de direitos coletivos e sociais, mas pressupõe a redefinição dos direitos individuais com o reconhecimento das diferenças materiais tratamento privilegiado como valor de promoção da equidade, típicos do paradigma do Estado Social¹⁰.

Os subsistemas jurídicos de interesse para este trabalho, o direito antidumping e o direito antitruste, no entanto, vão além da definição de um Estado Social, porque reclamam a

⁶ Constituição Federal. Art. 173, §1º, II

⁷ Constituição Federal. Art. 173, §2º

⁸ Constituição Federal. Art. 174

⁹ Constituição Federal. Art. 170

¹⁰ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. In: Jurisdição e Hermenêutica Constitucional. Coord. Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2004. p. 35

tutela de interesses difusos, cuja titularidade só pode ser definida de forma mediata. No Estado Democrático de Direito, “liberdade e igualdade são retomados como direitos que expressam e possibilitam uma comunidade de princípios, integrada por membros que reciprocamente se reconhecem pessoas livres e iguais, coautores das leis que regem sua vida em comum”¹¹.

A ordem econômica liberal deve, então, ser entendida nos termos aqui expostos, em que há uma centralidade da esfera privada, conformada à realização de interesses coletivos e difusos. Os interesses privados, coletivos e difusos interagem numa sociedade que cobra o direito de participação e a cidadania¹², e em que há uma disputa de agendas políticas.

É nesse sentido que Eros Graus afirma que a ordem econômica na Constituição de 1988 consagra um sistema capitalista, afetado por um regime de atuação estatal em relação ao processo econômico, projetado para a realização de um modelo de bem-estar¹³. O modelo de bem-estar somente é alcançado por meio da realização dos princípios e garantias constitucionais, os quais pressupõem autossuficiência: não reclama “qualquer ato legislativo ou administrativo que anteceda a decisão na qual consome sua efetividade”¹⁴. Há, portanto, um espaço de realização individual pautada pela liberdade de ação na órbita de proteção dos princípios e garantias constitucionais e um espaço de realização pública que exige a atuação estatal, que não só respeite a legalidade, mas que esteja em conformidade com esses princípios e garantias constitucionais.

A definição do modelo de bem-estar exige uma interpretação sistemática dos princípios e das garantias constitucionais, mas que não se apresenta com pretensão de significação definitiva. A realização do modelo de bem-estar só pode ser promovida por meio da compreensão de uma ordem econômica aberta¹⁵, em que as políticas econômicas sejam balizadas por agendas políticas definidas dentro de um espectro de maleabilidade razoável dos princípios e das garantias constitucionais.

Na persecução dos objetivos de promoção do modelo de bem-estar, o Estado conforma sua atuação para definir, segundo os ditames constitucionais, os espaços de que se ausenta e os

¹¹ CARVALHO NETTO, Menelick de. Op. Cit., 2004. p. 37

¹² CARVALHO NETTO, Menelick de. Op. Cit., 2004. p. 37

¹³ GRAU, E. R. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 304-309

¹⁴ GRAU, E. R. Op. Cit., 2010. p. 311

¹⁵ GRAU, E. R. Op. Cit., 2010. p. 307

espaços em que intervém. Dada a multiplicidade de interesses, a escolha dos mecanismos de intervenção pode implicar um aparente desequilíbrio na proteção dos bens jurídicos.

O manejo de um instrumento da política econômica pode implicar consequências aptas a reclamarem resposta jurídica de outro, porque, mesmo dentro dos limites de um sistema jurídico como é o da ordem econômica, os bens jurídicos tutelados pelo Estado podem, em determinados aspectos, apresentar-se em disputa por espaços de aplicação. Há uma multiplicidade de interesses legítimos derivada da concorrência pela definição de políticas públicas e de uma agenda de tutela dos interesses jurídicos, que só pode ser compatibilizada por uma leitura da coerência do sistema.

1.2 Princípios Constitucionais

O direito antitruste e o direito antidumping são formas de intervenção indireta do Estado na ordem econômica com racionalidades e propósitos próprios, como serão adiante delineados, e cuja utilização possui efeitos para além do fim almejado com sua instrumentalização. É necessário expor quais são as relações e as diferenças entre regras e princípios, porquanto os espaços de aplicação das regras do conjunto normativo do direito antidumping e do direito antitruste devem ser delimitados pelo exame dos princípios que conformam o modelo econômico constitucional.

Que regras e princípios sejam espécies normativas não suscita divergência entre teóricos do Direito. O aspecto diferencial entre eles, no entanto, pode ser identificado por sua ontologia, por sua forma de aplicação ou por seu grau de elevação.

Para Alexy, a diferença entre regras e princípios repousa na forma de aplicação da norma. A forma característica de aplicação de uma regra é a subsunção, em que há uma correspondência imediata entre o ato e a consequência jurídica prescrita. Para ele, “regras são normas que, em caso de realização do ato, (...) ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva”¹⁶.

Em razão da correspondência imediata entre a satisfação de determinados pressupostos, identificados pela conduta, e a consequência jurídica definitiva, Alexy designa as

¹⁶ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 85

regras como sendo “mandamentos definitivos”. Já os princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas”, e por isso poderiam ser compreendidos como mandamentos de otimização¹⁷.

A característica fundamental de aplicação dos princípios é a ponderação, porque “as possibilidades jurídicas da realização de um princípio são determinadas não só por regras, como também, essencialmente, por princípios opostos”¹⁸. Isso significa que os princípios podem ser satisfeitos em graus variados, conforme for o resultado da ponderação que sobre eles recaia.

Enquanto os “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, as regras são normas que preveem respostas jurídicas definitivas para as possibilidades fáticas e jurídicas¹⁹. A aplicação das regras impõe uma análise binária entre validade e invalidade, enquanto a aplicação dos princípios recorre a critérios de adequação e exige o sopesamento, como forma de garantir a máxima realização. Isso não implica que o princípio cedente deva ser declarado inválido²⁰.

Ao caracterizar as regras como normas sujeitas a um critério binário de validade e invalidade, e os princípios por possuírem critérios de prevalência que não atingem sua validade, Alexy distingue regras e princípios por sua ontologia. A natureza da norma define sua tipologia e implica um modo de aplicação, que pode permitir ponderação com outras normas, ou definir a incidência.

Habermas, ao contrário, entende que todas as normas, sejam elas princípios ou regras, existem com pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas. A distinção para o autor está no grau de elevação das normas, podendo as normas reclamar organização do sistema jurídico e funcionar como fundamentação de outras normas, ou podem elas reclamar aplicação direta ao fato jurídico. Princípios seriam normas mais elevadas, sobre as quais outras normas podem ser justificadas²¹.

¹⁷ ALEXY, Robert. Op. Cit., 2009. p. 85

¹⁸ ALEXY, Robert. Op. Cit., 2009. p. 85

¹⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 75-76

²⁰ ALEXY, Robert. Op. Cit., 2008. p.79

²¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia; entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994. p. 316

O autor introduz o conceito de valores como uma terceira categoria de fundamentação das pretensões argumentativas. Os princípios seriam normas jurídicas e exigiriam a distinção binária de validade ou invalidade, que obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, enquanto “os valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente”²², e são extrajurídicos.

O Direito, entendido como um sistema social de regulação de condutas, surge como um desdobramento dos valores partilhados coletivamente, e são realizados através de um agir direcionado a um fim²³. A consubstanciação de valores em normas, no entanto, surge de um processo de interesses políticos legítimos concorrentes, o qual determinará as normas jurídicas existentes. Princípios e regras, sendo normas jurídicas, possuem um sentido deontológico e estão inseridos numa ordem de obrigatoriedade geral, enquanto valores possuem um sentido teleológico e estão inseridos numa ordem transitiva de valores²⁴.

A pretensão binária de validade e invalidade implica que “normas diferentes não podem contradizer umas às outras, caso pretendam validade no mesmo círculo de destinatários”²⁵, sob pena de induzir a incoerência do ordenamento jurídico. O contexto de coerência a que devem estar inseridas as normas jurídicas implica que o processo de concretização dos enunciados jurídicos aos fatos postos não permite juízo de adequação em que uma norma ceda espaço a outra: ou a norma é aplicável e incide sobre os fatos, ou a norma não é aplicada, porque não se subsume aos fatos.

É nesse sentido que Habermas afirma que a pretensão argumentativa deve definir a norma aplicável e não ponderar sobre o equilíbrio entre elas:

Uma jurisprudência orientada por princípios precisa definir qual a pretensão e qual ação deve ser exigida num determinado conflito – e não arbitrar sobre o equilíbrio de bens ou sobre o relacionamento entre valores. É certo que normas válidas formam uma estrutura relacional flexível, na qual as relações podem deslocar-se segundo as circunstâncias de cada caso; porém esse deslocamento está sob a reserva da coerência, a qual garante que todas as normas se ajuntam num sistema afinado, o qual admite para cada caso uma única solução correta. A validade jurídica do juízo tem o sentido

²² HABERMAS, Jürgen. Op. Cit., 1994. p. 316

²³ HABERMAS, Jürgen. Op. Cit., 1994. p. 316

²⁴ HABERMAS, Jürgen. Op. Cit., 1994. p. 321

²⁵ HABERMAS, Jürgen. Op. Cit., 1994. p. 317

deontológico de um mandamento, e não um sentido teleológico daquilo que é atingível no horizonte dos nossos desejos, sob as circunstâncias dadas²⁶.

O contexto de coerência exige que, frente a uma situação que possa reclamar a incidência de mais de uma prescrição jurídica, se encontre a norma que melhor se adapte à situação de aplicação, mas o contexto de coerência só estará preservado caso seja estabelecido “um nexó racional entre a norma pertinente e as normas que passam para o pano de fundo”²⁷. Pertencer a uma conexão coerente de sentido implica interpretações relacionais e dinâmicas das prescrições jurídicas para determinação das normas adequadas ao caso concreto.

Para Neves, a diferença entre regras e princípios encontra-se no significado funcional-estrutural do relacionamento entre a norma e fundamentação. O autor define princípios como razões ou critérios *prima facie*, enquanto regras seriam razões ou critérios definitivos para decisões normativas de questões jurídicas²⁸. Os princípios servem como fundamento mediato de questões jurídicas ao funcionar como suporte de aplicação de outra norma, a qual se relaciona de forma imediata com a questão jurídica posta. Por essa razão, Neves afasta qualquer definição ontológica para diferenciar princípios e regras. Para o autor, a caracterização da norma como regra ou princípio depende do modo mediante o qual ela será incorporada no processo argumentativo.

Embora entenda Neves, assim como Habermas, que seja fundamental a pretensão binária entre validade e invalidade, há uma pluralidade de critérios e programas que comportam tensões e conflitos entre si. Conquanto o direito esteja orientado para determinar sobre a licitude de fato jurídico, antes que se chegue a uma resposta sobre essa questão desenvolve-se, articulação discursiva com base nos mais diversos critérios invocados para a solução da controvérsia jurídica²⁹.

A pretensão binária do direito está associada a uma postura seletiva em relação aos diversos critérios normativos invocados para a solução de um caso, comportando o sopesamento de princípios³⁰. A ponderação de princípios exige, porém, o respeito ao contexto

²⁶ HABERMAS, Jürgen. Op. Cit., 1994. p. 323

²⁷ HABERMAS, Jürgen. Op. Cit., 1994.p. 323

²⁸ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais**. 1. ed. São Paulo: WMF MARTINS FONTES, 2013. p. 84

²⁹ NEVES, Marcelo. Op. Cit., 2013. p. 88

³⁰ NEVES, Marcelo. Op. Cit., 2013., p. 88

de coerência. A prova de coerência implica uma sobrecarga argumentativa³¹, na medida em que se busca delimitar o âmbito de incidência de normas de reflexividade dinâmica: as relações de atribuição de significado operam em dupla contingência.

A reflexividade dinâmica está presente não apenas na colisão entre princípios, mas também na relação entre princípios e regras. A diferença entre princípios e normas não tem significado prático, quando se trata da “mera observância cotidiana e também da pura aplicação burocrática”³²; a diferença entre eles passa a suscitar interesse, quando surge uma controvérsia sobre a norma a aplicar ao caso, no contexto de um conflito interpessoal.

Quando surgem disputas sobre o espaço de aplicação das normas, torna-se determinante a diferença entre princípios e regras, porque, no campo argumentativo, os princípios lançam-se como normas de segunda ordem capazes de delinear a estrutura sistêmica do ordenamento jurídico, a partir da qual as pretensões de incidência e de validade aparecem em concorrência. Os princípios constitucionais “são artefatos normativos que servem precisamente para absorver o dissenso e, paradoxalmente, possibilitar-lhe e estimular-lhe a emergência sob as condições de um sistema jurídico complexo”³³.

A capacidade de estimular a emergência do dissenso, de um lado, e de absorvê-lo, de outro, explica o caráter dinâmico das soluções propostas. A capacidade de induzir a integração do sistema a partir de uma interpretação orientada por princípios pode implicar soluções diferentes para a controvérsia jurídica, sendo que a possibilidade de integração deriva da dinâmica das forças sociais. Em uma configuração de sistema jurídico funcionalmente diferenciado, a observação de segunda ordem possibilita a que se rediscuta permanentemente quais normas aplicar e quais as condições de seu cumprimento³⁴.

A integração sistêmica orientada do ordenamento ocorre por meio da justificação e da aplicação das normas proporcionada pela argumentação jurídica:

No processo de concretização da Constituição, os princípios, de um lado, têm maior capacidade de estruturar a complexidade desestruturada do ambiente do sistema jurídico, no qual uma diversidade enorme de expectativas normativas pretende afirmar-se na esfera pública como constitucionalmente amparadas. Mas, de outro

³¹ NEVES, Marcelo. Op. Cit., 2013., p. 93

³² NEVES, Marcelo. Op. Cit., 2013., p. 95

³³ NEVES, Marcelo. Op. Cit., 2013. p. 97-98

³⁴ NEVES, Marcelo. Op. Cit., 2013. p. 99

lado, eles enriquecem os potenciais e alternativas da cadeia argumentativa do ponto de vista interno do direito³⁵.

Como normas de segunda ordem, com pretensões estruturais em nível do sistema, os princípios acabam por estabilizar, do ponto de vista interno do direito, “expectativas normativas com pretensão de validade de interesses por estabelecimento de padrões normativos”³⁶, que atuam como mecanismos reflexivos em relação às regras.

A argumentação orientada por regras constitucionais é uma argumentação formal, mediante a qual o sistema jurídico pratica a autorreferência dentro de um sistema razoável de consenso, enquanto a argumentação orientada por princípios constitucionais possui uma fundamentação substancial, na qual o sistema pratica a heterorreferência, evitando isolar-se mediante a argumentação formal, em busca de novas configurações de consenso normativo³⁷

Para efeito deste trabalho, princípios são critérios mediatos de justificação de outras normas jurídicas, mas que servem também à delimitação do âmbito de sua aplicação. Uma interpretação orientada por princípios deve implicar a realização das normas na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes³⁸, tendo em conta o contexto de coerência em que se inserem. Os princípios não comportam contradições entre si, porque seu significado deve ser construído sob a perspectiva de pertencimento a um sistema, a um ordenamento jurídico coerente³⁹.

A delimitação do âmbito de incidência das normas implica atribuição de significado que leve em consideração a reflexividade dinâmica dos princípios. A definição sobre a pretensão de validade num determinado conflito comporta um juízo de adequação que implique a incidência de determinada norma qualificada pelo contexto de coerência e de estabilidade das expectativas normativas, e não um juízo de ponderação que implique graus de satisfação distintos para normas em concorrência.

³⁵ NEVES, Marcelo. Op. Cit., 2013. p. 57-58

³⁶ NEVES, Marcelo. Op. Cit., 2013. p. 128

³⁷ NEVES, Marcelo. Op. Cit., 2013. p. 132

³⁸ ALEXY, Robert. Op. cit., 2008. p. 75-76

³⁹ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., 1994. p. 317

2 Direito Antidumping

2.1 Conceito e Fundamento

A legislação brasileira define direito antidumping como o montante em dinheiro igual ou inferior à margem de dumping, sendo sinônimo da expressão “medida antidumping”. Este trabalho, no entanto, adotará a expressão direito antidumping em sentido amplo, como correspondente ao microsistema jurídico equivalente ao conjunto de disposições legais que disciplinam a aplicação do Acordo Antidumping⁴⁰. Para o montante em direito aplicado como consequência de uma determinação positiva das regras de direito antidumping, este trabalho reservará a expressão “medida antidumping”.

A redefinição proposta surge da necessidade de isolar como objeto deste estudo um dos instrumentos jurídicos de Defesa Comercial. Defesa comercial é o âmbito de combate a práticas desleais de comércio, no âmbito dos compromissos multilaterais firmados por meio dos acordos constitutivos da Organização Mundial do Comércio (OMC)⁴¹. No âmbito multilateral, há tanto comportamentos de atores econômicos privados como de governos que são considerados condutas desleais de comércio; e para cada uma dessas condutas está direcionado um remédio jurídico específico. As medidas antidumping são voltadas contra o comportamento desleal de atores econômicos privados, enquanto as medidas compensatórias visam opor-se a prática desleal de comércio conduzida por governos. Em ambos os casos, as medidas são aplicadas a determinadas origens, não estando todo o comércio do produto sujeito ao pagamento das medidas antidumping e compensatórias.

Além da prática de dumping e de subsídios, ainda que não seja uma prática desleal de comércio, pertencem ao campo de estudo da Defesa Comercial as salvaguardas. As salvaguardas diferenciam-se das medidas antidumping e das medidas compensatórias pelo fato

⁴⁰ O Acordo Antidumping é também designado como Acordo sobre a Implementação do Artigo VI, e corresponde a um dos acordos constantes do Anexo 1A do Acordo que Estabelece a Organização Mundial do Comércio. Acordo Antidumping dispõe sobre a implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994 (GATT 1994, por sua sigla em inglês).

⁴¹ Incluem-se na designação de Acordos Constitutivos da Organização Mundial do Comércio (OMC), o Acordo que Estabelece a OMC e seus anexos: Anexo 1A – Acordos Multilaterais sobre o Comércio de Bens; Anexo 1B – Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS, por sua sigla em inglês); Anexo 1C – Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS, por sua sigla em inglês), Anexo 2 - Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias, Anexo 3 - Mecanismo de Exame de Políticas Comerciais (TPR, por sua sigla em inglês); e o Anexo 4, que inclui acordos plurilaterais, cuja adesão é opcional.

de que, ao contrário da prática de dumping e de subsídios, elas não estão relacionadas a uma prática desleal de comércio. As salvaguardas são medidas adotadas pelos governos, tais como elevação de tarifas ou estabelecimento de quotas, contra importações em quantidades crescentes, que ocorram em condições tais que causem ou ameacem causar prejuízo grave à indústria doméstica de bens similares ou diretamente concorrentes, com o objetivo de protegê-la temporariamente⁴². As salvaguardas, por não estarem atreladas a uma prática desleal de comércio, sua imposição não pode ser seletiva, devendo a salvaguarda ser aplicada a um determinado produto independentemente de sua origem.

Um subsídio existe quando há alguma forma de contribuição financeira do governo que implique um benefício a uma indústria. Segundo o Acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC), da OMC, os subsídios só são considerados uma prática desleal de comércio, e estarão sujeitos às disposições do ASMC, quando o benefício for específico a uma empresa ou indústria, ou a um grupo de empresas ou indústrias, dentro da jurisdição da autoridade concedente.

Poderão ser aplicados direitos compensatórios com o objetivo de compensar subsídio concedido, direta ou indiretamente, no país exportador, à fabricação, à produção, à exportação ou ao transporte de qualquer produto, cuja exportação ao Brasil cause dano à indústria doméstica, desde que o subsídio seja específico.

Já a prática de dumping consiste na discriminação de preços entre mercados nacionais, ou, segundo a definição presente no Acordo Antidumping (AAD), na oferta de um produto no comércio de outro país a preço inferior a seu valor normal, no caso de o preço de exportação do produto ser inferior àquele praticado no curso normal das atividades comerciais para o mesmo produto quando destinado ao consumo no país exportador⁴³.

A prática de dumping está relacionada a uma conduta de entes privados, razão pela qual será apurada margem individual de dumping para cada um dos produtores ou exportadores conhecidos do produto sob consideração⁴⁴, sempre que se disponha dos elementos de prova que permitam a apuração individual e que os elementos constantes do processo não tornem

⁴² Artigo XIX do GATT 1994, Artigo 2 do Acordo sobre Salvaguardas e Art. 1º Decreto nº 1.488, de 11 de maio de 1995

⁴³ Artigo 1 do Acordo Antidumping

⁴⁴ Art. 27 do Decreto nº 8.058, de 2013

impraticável a determinação individual para cada um dos produtores ou exportadores conhecidos⁴⁵.

Para determinar a prática de dumping é necessário apurar o valor normal e o preço de exportação. O art. 8º do Decreto nº 8.058, de 2013⁴⁶, define o “valor normal” como o preço do produto similar⁴⁷, em operações comerciais normais, destinado ao consumo no mercado interno do país exportador.

Consideram-se, nos termos dos arts. 12 e seguintes do Decreto nº 8.058, de 2013, “operações comerciais normais” como todas as vendas do produto similar realizadas pelo produtor ou exportador sob investigação no mercado interno do país exportador ou para um terceiro país, exceto quando realizadas a preços inferiores ao custo de produção unitário do produto similar. Também são excluídas da definição legal de “operações comerciais normais” as transações entre partes associadas ou relacionadas ou que tenham celebrado entre si acordo compensatório, salvo se comprovado que os preços e custos relativos a transações entre partes associadas ou relacionadas sejam comparáveis aos das transações efetuadas entre partes não associadas ou relacionadas; e operações específicas, tais como vendas de amostras ou para empregados e doações, vendas amparadas por contratos envolvendo industrialização para outras empresas (*tolling*) ou troca de produtos (*swap*) e o consumo cativo.

As vendas do produto similar no mercado interno do país exportador ou as vendas a um terceiro país que não forem consideradas como operações comerciais normais podem ser desprezadas na apuração do valor normal, se cumpridos determinados requisitos.

O preço de exportação, por sua vez, é definido como o preço recebido ou a receber, pelo produto exportado ao Brasil, líquido de tributos, descontos ou reduções efetivamente concedidos e diretamente relacionados com as vendas do produto sob consideração. O preço de exportação poderá ser reconstruído, na hipótese de o produtor e o exportador serem partes

⁴⁵ Art. 28 do Decreto nº 8.058, de 2013

⁴⁶ O Decreto nº 8.058, de 26 de julho de 2013, regulamenta os procedimentos administrativos relativos à investigação e à aplicação de medidas antidumping.

⁴⁷ O art. 9º do Decreto nº 8.058, de 2013, define “produto similar” como o produto idêntico, igual sob todos os aspectos ao produto objeto da investigação ou, na sua ausência, outro produto que, embora não exatamente igual sob todos os aspectos, apresente características muito próximas às do produto objeto da investigação. Para determinar a similaridade são avaliados critérios relacionados à utilização de matérias-primas, à composição química, às características físicas, às normas e especificações técnicas, ao processo de produção, aos usos e aplicações, ao grau de substitubilidade e aos canais de distribuição.

associadas ou relacionadas; ou poderá ser construído nos casos em que não exista preço de exportação ou em que este não pareça confiável em razão de associação ou relacionamento entre o produtor ou exportador e o importador ou uma terceira parte, ou de possuírem acordo compensatório entre si.⁴⁸

A margem de dumping constitui a diferença entre o valor normal e o preço de exportação⁴⁹. Para sua apuração, será efetuada comparação entre o preço de exportação e o valor normal, no mesmo nível de comércio, normalmente no termo de venda *ex fabrica*⁵⁰, para que se preserve a justa comparação⁵¹. Outros elementos serão levados em consideração para fins de ajuste, quando impliquem diferenças que possam afetar preços e comprometer a justa comparação.

Apurada uma margem de dumping, a aplicação de uma medida antidumping só poderá ser legitimada caso seja determinada a existência de dano à indústria doméstica e do nexo de causalidade entre o dano percebido e a prática do dumping.

O dano que fundamenta a aplicação das medidas antidumping é o dano material ou a ameaça de dano material à indústria doméstica, ou o atraso material na implantação da indústria doméstica. Na análise para a determinação do dano, deverão ser avaliados todos os fatores e índices econômicos pertinentes, afetos à situação da indústria doméstica, relacionados às vendas, aos lucros, à produção, à participação no mercado, à produtividade, ao retorno sobre os investimentos e ao grau de utilização da capacidade instalada. São analisados também os fatores que afetem os preços domésticos, e os efeitos negativos reais ou potenciais sobre fluxo de caixa, estoques, emprego, salários, crescimento da indústria doméstica e capacidade de captar recursos ou investimentos⁵².

O nexo de causalidade entre a prática do dumping e o dano deve ser demonstrado, para que se possa implementar uma medida antidumping. Devem ser analisados todos os fatores conhecidos além das importações objeto de dumping que possam simultaneamente estar causando dano à indústria doméstica. Sem a constituição de prova de que o dano evidenciado

⁴⁸ Arts. 18 a 21 do Decreto nº 8.058, de 2013

⁴⁹ Art. 25 do Decreto nº 8.058, de 2013

⁵⁰ *Ex fabrica* é um termo de comércio, que estabelece as condições de venda de um produto. O preço de venda na condição de *ex fabrica* não inclui o frete ou o seguro sobre a venda.

⁵¹ Art. 22 do Decreto nº 8.058, de 2013

⁵² Art. 30, §3º, do Decreto nº 8.058, de 2013

deva ser atribuído às importações objeto de dumping, os instrumentos do direito antidumping não podem ser aplicados⁵³.

Na análise sobre o nexo de causalidade, outros fatores que podem ser relevantes para determinação de atribuição do dano devem ser considerados. Dentre eles, citam-se o volume e o preço de importações não objeto de dumping, o impacto de eventuais processos de liberalização das importações sobre os preços domésticos; a contração na demanda ou mudanças nos padrões de consumo, as práticas restritivas ao comércio de produtores domésticos e estrangeiros, a concorrência entre produtores domésticos e estrangeiros, o progresso tecnológico, o desempenho exportador, a produtividade da indústria doméstica, o consumo cativo e as importações ou a revenda do produto importado pela indústria doméstica.

A determinação positiva sobre a prática de dumping, de dano e do nexo de causalidade entre o dumping e o dano possibilita a aplicação de uma medida antidumping. A possibilidade jurídica de aplicação, no entanto, é valorada politicamente, para determinar a conveniência da aplicação da medida. A constatação da existência dos elementos acima apenas autoriza a que o Conselho de Ministros da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX)⁵⁴ decida pela aplicação da medida.

Há um juízo de conveniência na decisão sobre a aplicação das medidas antidumping, assim como na aplicação de quaisquer outras medidas de defesa comercial, que considera a adequação da medida perante o conjunto das políticas públicas do país. Dessa forma, mesmo que seja comprovada a existência dos pressupostos de aplicação, não há o surgimento de um direito subjetivo à aplicação de medidas antidumping. O titular do direito à aplicação das medidas de defesa comercial é o Estado, e a observância dos dispositivos de autorização decorre da conformação às disposições convencionais dos tratados da OMC e ao devido processo legal⁵⁵.

⁵³ Ressalte-se que a prática de dumping não precisa ser causa exclusiva do dano, desde que tenha contribuído como concausa para o dano percebido.

⁵⁴ Segundo o art. 2º do Decreto nº 8.058, de 2013, o órgão competente para decidir sobre a aplicação das medidas antidumping no Brasil é o Conselho de Ministros da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX).

⁵⁵ O Poder Público tem o dever constitucional satisfazer a pretensão de resposta, derivado do direito de petição inscrito no art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal, e o fará por meio da emissão de atos administrativos motivados. Ainda que o Estado seja o titular do direito à aplicação de uma medida de defesa comercial, ele deve motivar sua decisão de aplicar ou não uma medida antidumping.

A identificação do Estado como o titular do direito à aplicação das medidas de defesa comercial em geral, e das medidas antidumping em particular, é responsável pelas grandes críticas ao instituto. O Estado, ao decidir pela aplicação de uma medida antidumping, protege a indústria nacional de uma prática desleal de comércio, mas atinge os interesses dos exportadores e dos importadores do produto sujeito à medida. A imposição de uma medida antidumping tem efeitos econômicos distintos sobre cada uma das partes potencialmente interessadas na produção, no comércio e no consumo do produto em questão. Dessa forma, identificar o Estado como titular do direito à aplicação da medida antidumping equivale a identificá-lo como um árbitro de interesses econômicos.

A ideia de que o livre comércio e a estruturação dos mercados conforme as vantagens comparativas⁵⁶ aumentam o bem estar total é contrária à intervenção estatal nas dinâmicas do mercado. O Estado, segundo essa visão de mundo, não deve defender interesses econômicos, deixando ao mercado a tarefa de determinar o sucesso econômico das entidades que nele atuam. Ao Estado caberia, dentre outras, a tarefa de eliminar as falhas de mercado⁵⁷, como seriam as práticas abusivas decorrentes de poder econômico. Nesse sentido, concordam os defensores do livre comércio que a discriminação de preços pode ser uma ferramenta para eliminar a concorrência, quando um ator econômico adota uma conduta de preços extremamente reduzidos, suportando por um período o ônus econômico do prejuízo ou da baixa lucratividade, com o intuito de retirar do mercado seus concorrentes que não puderem sustentar a política de preços predatórios, ou quando uma empresa vende seus produtos abaixo do preço de custo (*underselling*), também com objetivos de eliminar a concorrência.

A prática de dumping, no entanto, não se confunde com o preço predatório ou com a venda abaixo do custo (*underselling*), constituindo tão somente na prática de discriminação de preços entre mercados nacionais, e a regulamentação antidumping não distingue o tipo de dumping que está sendo praticado, para efeitos da legitimidade de aplicação das medidas

⁵⁶ A vantagem comparativa é uma medida de comparação entre produtores de um bem com base em seus custos de oportunidade. MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia. Rio de Janeiro: Campus, 1999. p. 54. “Um país possui vantagem comparativa na produção de um bem, se o custo de oportunidade da produção desse bem em relação aos demais é mais baixo nesse país do que em outros.” KRUGMAN, Paul R.; OBSTFELD, Maurice. Economia Internacional: Teoria e Política. 8. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010. p. 22

⁵⁷ Falhas de mercado são as situações nas quais o mercado fracassa em alocar os recursos de forma eficiente. MANKIW, N. Gregory. Op. Cit., 1999. p. 10

correspondentes⁵⁸. Essa prática independe de intuito predatório, e pode constituir-se numa “estratégia normal para qualquer empresa atuante em mercados distintos e interessada em maximizar seus lucros”⁵⁹. Uma determinada empresa pode praticar dumping sem intuito predatório, adotando a prática em razão da necessidade de desfazimento de elevados estoques, da manutenção da presença em um mercado subexplorado, da manutenção da capacidade produtiva, da obtenção de economias de escalas⁶⁰ ou em razão de estar presente em mercados com diferentes níveis de concorrência.

Quando a prática de dumping envolve objetivos predatórios e põe em risco a livre alocação de recursos, a adoção de contramedidas pode ser justificada do ponto de vista econômico⁶¹, caso contrário, argumentam, a imposição de medidas antidumping seria apenas uma forma de protecionismo, com efeitos negativos sobre o bem estar total.

Apesar da dimensão econômica do dumping, a necessidade de os governos estarem capacitados a proteger suas indústrias domésticas da concorrência externa fez com que fosse colocado em primeiro plano o aspecto político do conceito⁶². “Dessa forma, ainda que a liberalização comercial seja justificável do ponto de vista econômico, politicamente mostrou-se necessário para os participantes do sistema multilateral de comércio contar com cabedal legal capaz de proteger suas indústrias domésticas dos aspectos da abertura da economia.”⁶³

A definição político-jurídica do dumping permite a que os Estados que se comprometeram com as regras de liberalização comercial da OMC⁶⁴ adotem medidas protetivas sempre que se possa atribuir à prática de dumping um dano percebido por suas indústrias

⁵⁸ BARRAL, Welber. *Dumping e comércio internacional: a regulamentação antidumping após a Rodada Uruguai*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 34

⁵⁹ HEES, F.; *O dumping ao longo da História e seus efeitos para o comércio*, In: HEES, F.; Valle, M. (Org.). “Dumping, subsídios e salvaguardas: revisitando aspectos técnicos dos instrumentos de defesa comercial”. 1ª ed. São Paulo: Editora Singular, 2012, v. 1, p. 33

⁶⁰ “Economia de escala é a propriedade pela qual o custo total médio no longo prazo cai com os aumentos de produção”. MANKIWI, N. Gregory. *Op. Cit.*, 1999. p. 282

⁶¹ HEES, F.; *Op. Cit.*, 2012, v. 1, P. 33

⁶² HEES, F.; *Op. Cit.*, 2012, v. 1, P.25

⁶³ HEES, F.; *Op. Cit.*, 2012, v. 1, P.26

⁶⁴ A OMC entende que o incremento do comércio internacional contribui para o desenvolvimento econômico, e a consecução dos objetivos de desenvolvimento baseiam-se “na celebração de acordos destinados a obter, na base da reciprocidade e de vantagens mútuas, a redução substancial das tarifas aduaneiras e dos demais obstáculos ao comércio assim como a eliminação do tratamento discriminatório nas relações comerciais internacionais”. Preâmbulo Acordo Constitutivo da Organização Mundial de Comércio.

domésticas. O Estado pode conformar sua opção pelo livre comércio sem abdicar da defesa de seus interesses políticos de desenvolvimento.

2.2 Indústria Doméstica e Produto

Os mecanismos do direito antidumping são utilizados com pretensão de proteger a indústria doméstica contra os efeitos danosos da prática do dumping. O conceito de indústria doméstica é fundamental para a discussão travada neste trabalho, na medida em que o fundamento da aplicação das medidas antidumping é a sua proteção.

O Artigo 4 do Acordo Antidumping (AAD) define indústria doméstica como a totalidade dos produtores nacionais do produto similar ou como aqueles dentre eles cuja produção conjunta do produto constitua a maior parte da produção nacional total do produto.

Como passo inicial para a definição da indústria doméstica, no entanto, é necessário empreender um exame de similaridade entre o produto sob consideração⁶⁵ e o produto nacional. O AAD define o produto similar como o produto idêntico, igual sob todos os aspectos ao produto que se está examinando ou, na ausência de tal produto, outro produto que embora não exatamente igual sob todos os aspectos apresente características muito próximas às do produto sob consideração⁶⁶.

Para a análise da similaridade, o Decreto nº 8.058, de 2013, exige a avaliação sob os critérios de matérias-primas utilizadas na fabricação dos produtos, a composição química, suas características físicas, das normas e especificações técnicas aplicadas ao produto, sobre o processo de produção, sobre os usos e aplicações, sobre o grau de substitubilidade e sobre os canais de distribuição⁶⁷.

⁶⁵ Segundo NOMAN, apesar da ausência de definição no AAD a respeito do produto sob consideração, este poderia ser definido como o produto exportado alegadamente a preços de dumping e que supostamente causa dano à indústria doméstica. NOMAN, Rafaela Teixeira Vieira. As lacunas do acordo antidumping relacionadas à determinação da prática dumping. 2011. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília, Departamento de Economia, 2011. p. 77

⁶⁶ Artigo 2.8 do Acordo Antidumping

⁶⁷ Atente-se à diferença entre considerar os canais de distribuição como critério para a definição do produto similar no direito antidumping e utilização dos canais de distribuição para a definição do mercado relevante material (dimensão do produto) no direito antitruste, adiante tratado. Enquanto no direito antidumping a similaridade pode ser definida para um determinado produto que seja comercializado em diversos canais de distribuição, no direito antitruste o mercado relevante material costuma restringir-se a um produto comercializado por meio de um determinado canal de distribuição. Apesar de o direito antidumping não utilizar critério de canal de distribuição

Examinada a similaridade do produto sob consideração e o produto doméstico, pode-se buscar definir a indústria doméstica. O Decreto nº 8.058, de 2013, adota definição similar à proposta pelo AAD para a definição da indústria doméstica, determinando que, quando não for possível reunir a totalidade dos produtores nacionais do produto similar, e desde que justificado, o termo poderá ser definido como o conjunto de produtores cuja produção conjunta constitua proporção significativa da produção nacional total do produto similar doméstico.

A definição da indústria doméstica pode conformar-se para não incluir os produtores domésticos associados ou relacionados aos produtores estrangeiros, aos exportadores ou aos importadores⁶⁸. Essa exclusão objetiva reduzir o efeito das estruturas do poder econômico dos grupos empresariais que possam opor-se aos mecanismos de defesa comercial para privilegiar os produtores estrangeiros em detrimento dos produtores domésticos, por haver suspeita de que este vínculo leva o referido produtor a agir diferentemente da forma como agiriam os produtores que não possuem tal vínculo. A definição de indústria doméstica pode desconsiderar os produtores cuja parcela das importações do produto alegadamente importado a preço de dumping for significativa em comparação com o total da produção própria do produto similar, quando sua atuação no mercado implique predomínio de seus interesses como importador em detrimento de sua posição de produtor.

Em circunstâncias excepcionais, nas quais o território brasileiro puder ser dividido em dois ou mais mercados distintos, o termo “indústria doméstica” poderá ser interpretado como o conjunto de produtores domésticos de cada um desses mercados separadamente⁶⁹, desde que os produtores em atividade em um desses mercados vendam toda ou quase toda sua produção do produto similar neste mesmo mercado e (b) a demanda nesse mercado não seja suprida em proporção substancial por produtores estabelecidos em outro ponto do território^{70, 71}.

como determinante para a definição de similaridade, os canais de distribuição são levados em consideração, para efeitos de justa comparação, na determinação da margem de dumping.

⁶⁸ Art. 35

⁶⁹ Art. 36 do Decreto

⁷⁰ Artigo 4.1 (b)

⁷¹ O Artigo 4.3 do AAD ainda prevê que o termo indústria doméstica deva compreendido, quando dois ou mais países tiverem atingido tal nível de integração, que suas economias apresentem as características de um único mercado, como a totalidade da área de integração. Essa hipótese tem interesse meramente didático para a realidade brasileira, na medida em que os Acordos do MERCOSUL não preveem um tratamento regional para a definição de indústria doméstica nos processos antidumping. Essa, no entanto, é uma realidade na União Europeia, cuja definição de indústria doméstica segue o disposto nesse artigo.

A experiência brasileira na condução de investigações antidumping apresenta uma única ocorrência de definição da indústria doméstica com base na segmentação do mercado nacional. A medida antidumping aplicada às importações de cimento Portland da Venezuela e do México ao Brasil esteve limitada ao mercado subnacional constituído pelos estados do Acre, Amazonas, Roraima e pela região compreendida a oeste do estado do Pará, limitada pelo meridiano 53⁷².

A indústria doméstica subnacional considerada nos processos antidumping de cimento Portland foi definida como constituída exclusivamente pela empresa Itautinga Agro Indústria S.A., em razão de ser a única produtora do produto similar na região mencionada, sendo que parte significativa de sua produção foi destinada ao mercado regional e em razão da demanda nesse mercado não ser suprida, em proporção substancial, por produtores do produto similar estabelecidos em outro ponto do território nacional.

Nos demais casos, a indústria doméstica é definida como sendo constituída pela totalidade dos produtores nacionais ou pelo conjunto de produtores cuja produção conjunta constitua proporção significativa da produção nacional total do produto similar doméstico. Ressalte-se que a definição da indústria doméstica está intimamente ligada à definição do produto objeto da investigação e do produto similar, mas não se confunde com o conceito de empresas produtoras do produto similar. Considere-se, por exemplo, que a empresa X produza produtos A, B e C e que a empresa Y produza os produtos A, B, D e E. Caso o produto investigado corresponda ao produto B, a indústria doméstica corresponderá às linhas de produção do produto B, vendido no mercado doméstico, das empresas X e Y. Isso significa que os dados das empresas X e Y que serão levados em consideração na análise de dano serão apenas os dados consolidados das linhas de produção do produto B para as duas empresas em conjunto.

As análises acima elencadas, referentes aos fatores e índices econômicos, relacionados às vendas, aos lucros, à produção, à participação no mercado, à produtividade, ao retorno sobre os investimentos, ao grau de utilização da capacidade instalada e aos fatores que afetem os preços domésticos, aos efeitos negativos reais ou potenciais sobre fluxo de caixa, aos estoques, emprego, salários, ao crescimento da indústria doméstica e à capacidade de captar recursos ou

⁷² Resolução CAMEX nº 18, de 25 julho de 2006, publicada no D.O.U. de 27 de julho de 2006

investimentos, corresponderão às linhas de produção do produto B, vendido no mercado doméstico, das empresas X e Y.

Eventuais efeitos negativos sobre a empresa como um todo, que estejam relacionados a outras atividades da empresa não serão considerados na análise de dano e influenciarão a análise sobre o nexo de causalidade.

Da mesma forma, quando a indústria doméstica não corresponder à totalidade dos produtores nacionais do produto similar, os demais produtores nacionais serão considerados outros fatores na análise de causalidade. A Circular SECEX nº 3 de 6 de fevereiro de 2014, publicada no D.O.U. de 10 de fevereiro de 2014, encerrou a investigação sobre a prática de dumping nas exportações para o Brasil de filme de polipropileno biaxialmente orientado, sem impressão gráfica (filme de BOPP), quando originárias da Argentina, do Chile, da Colômbia, da Índia, do Peru e de Taipé Chinês em razão de não ter havido comprovação suficiente da existência de dano à indústria doméstica causado pelas importações a preços de dumping.

Nesse processo, a indústria doméstica de filme de BOPP foi definida como a produtora responsável pela produção de 54% da produção nacional, e a análise de dano havia sido restringida aos dados de uma única produtora. Apesar de ter-se concluído pela existência do dumping nas exportações de filme de BOPP para o Brasil e terem sido constatadas provas de dano material à indústria doméstica, concluiu-se pela ausência de nexo de causalidade entre as importações a preço de dumping e o dano da indústria doméstica, na medida em que o comportamento dos demais produtores nacionais pareceu ter impacto relevante sobre o desempenho da referida indústria⁷³.

⁷³ Circular SECEX nº 3 de 6 de fevereiro de 2014, publicada no D.O.U. de 10 de fevereiro de 2014

3 Direito Antitruste

3.1 Conceito e Fundamento

O direito antitruste é o conjunto normativo que disciplina a defesa da concorrência, instituindo organismos e procedimentos administrativos dotados de competência para apurar e coibir o abuso do poder econômico. O direito antitruste converge com outros instrumentos normativos, como a Lei da Propriedade Industrial, que disciplina a repressão à concorrência desleal, e o Direito do Consumidor, mas com eles não se confunde.

O bem jurídico protegido pela repressão à concorrência desleal, da Lei da Propriedade Industrial, é o interesse do agente econômico, individualmente considerado, contra as condutas tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios. A lei tipifica as condutas de concorrência desleal, como é o uso de meios fraudulentos para alcançar obter vantagem, desviar clientela de outrem criar, causar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio⁷⁴. O bem imediatamente considerado refere-se à proteção do agente econômico contra condutas lesivas dos demais agentes econômicos, mas protege-se de forma indireta a coletividade contra os excessos da concorrência⁷⁵, na medida em que não dispõe de informações distorcidas que podem malferir seu processo de decisão.

A tutela da concorrência possui como uma de suas finalidades declaradas pelo direito antitruste a defesa do consumidor. Essa finalidade, no entanto, deve ser entendida como uma consequência da proteção da livre iniciativa e da livre concorrência, porquanto a manutenção de um mercado de livre concorrência implica menor controle sobre preços. Já o Código de Defesa do Consumidor preocupa-se com os direitos do consumidor à informação, educação, proteção à vida, à saúde e à segurança nas relações de consumo, bem como a proteção contra publicidade enganosa e práticas abusivas, inclusive aquelas decorrentes da concorrência desleal⁷⁶.

⁷⁴ Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 – Lei da Propriedade Industrial

⁷⁵ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 284

⁷⁶ Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor

O direito antitruste, ainda que promova a proteção dos agentes econômicos individualmente considerados e garanta a defesa dos direitos do consumidor, possui como interesse jurídico imediato a proteção da concorrência em si, cujo paradigma de proteção situa-se na ordem econômica. É a proteção da livre iniciativa e da livre concorrência que condiciona a atuação do Estado por meio do direito antitruste.

O direito antitruste objetiva contra-arrestar as infrações contra a ordem econômica, assim entendidas como os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam potencialmente produzir efeitos de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros, exercer de forma abusiva posição dominante⁷⁷. Porém, caso o domínio do mercado relevante seja resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores, fica descaracterizado o ilícito.

As infrações à concorrência não estão limitadas aos agentes econômicos que detenham posição dominante⁷⁸, na medida em que devem estar presentes apenas os pressupostos de existência de determinados objetivos ou a produção dos efeitos acima mencionados. O abuso de poder dominante é tão somente uma das hipóteses das infrações à ordem econômica.

Importa destacar que o comando legal é abstrato, de forma que quaisquer atos podem ser considerados infrações contra a ordem econômica. O art. 36 §3º da Lei nº 12.529, de 2011, apresenta uma lista exemplificativa de condutas que caracterizam hipóteses das infrações contra a ordem econômica; porém, a determinação do ilícito à concorrência depende dos efeitos reais ou potenciais. As condutas descritas naquele dispositivo não serão consideradas infrações, caso não impliquem, ainda que potencialmente, efeitos abusivos ou anticompetitivos⁷⁹⁸⁰⁸¹.

⁷⁷ Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, art. 36

⁷⁸ Paula Forgioni afirma que na legislação antitruste estadunidense e europeia “há uma preocupação de caracterizar a posição dominante do agente econômico em determinado mercado relevante para que lhe possa imputar o abuso”. FORGIONI, Paula, Op. cit., 2013. p. 133

⁷⁹ TAUFICK, Roberto Domingos. A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 151

⁸⁰ MELLO, M. T. L.; POSSAS, M. Direito e Economia na Análise de Condutas Anticompetitivas. In: Mario Possas. (Org.). Ensaios sobre Economia e Direito da Concorrência. 1ed.São Paulo: Singular, 2002, v., p. 135-159. P. 135

⁸¹ SCHUARTZ, Luis Fernando. Ilícito Antitruste e Acordos entre concorrentes. In: Mario Possas. (Org.). Ensaios sobre Economia e Direito da Concorrência. 1ed.São Paulo: Singular, 2002, v., p. 97-134. p.117

Como as infrações contra a ordem econômica são caracterizadas pelos seus efeitos danosos à concorrência, sua determinação independe de culpa. Isso implica que a intenção dos agentes econômicos não é um elemento necessário na determinação da infração contra a ordem econômica. Isso é mais relevante na atuação preventiva do direito antitruste, quando são postos sob avaliação os atos de concentração de grupos econômicos.

Os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços são proibidos, porque se presume o dano à livre concorrência⁸². Esses atos de concentração, no entanto, poderão ser autorizados, desde que a presunção do dano seja afastada ao se concluir que a concentração contribui para aumentar a produtividade ou a competitividade, para melhorar a qualidade de bens ou serviços ou para propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes⁸³.

O direito antitruste também prevê atuação repressiva por meio da análise e do julgamento das condutas que possam produzir efeitos anticoncorrenciais. Comprovada a infração à ordem econômica, podem ser cominadas multas ao agente econômico e outras penas, quando a gravidade dos fatos ou o interesse público geral assim o exigir. Essas penalidades podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, podendo determinar, dentre outras providências necessárias para eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica, a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação, a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade, a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica por determinado prazo⁸⁴.

⁸² Lei nº 12.529, de 2011, art. 88, §5º

⁸³ Lei nº 12.529, de 2011, art. 88, §6º. A lei não apresenta os elementos que considera serem benéficos ao consumidor, mas podem ser elencados fatores como preço, qualidade, diversidade de oferta, capilaridade na distribuição, acesso à informação, dentre outros.

⁸⁴ Lei nº 12.529, de 2011, art. 38

3.2 Práticas restritivas à livre concorrência

Embora a Lei nº 12.259, de 2011, apresente uma hipótese abstrata para os atos que desencadeiam a resposta jurídica do direito antitruste, pode-se classificar as práticas anticoncorrenciais conforme suas principais manifestações: acordos, abuso de posição dominante e atos de concentração⁸⁵.

Os acordos entre agentes econômicos podem implicar alterações na dinâmica do mercado tendentes a prejudicar a livre concorrência. Os acordos restritivos da concorrência podem operar-se entre agentes econômicos de um mesmo mercado relevante, que estejam em relação direta de concorrência ou entre agentes econômicos de mercados relevantes diferentes, mas que possuam relações de complementariedade.

Os acordos horizontais envolvem agentes econômicos que atuam em posições de mercado semelhantes, por serem todos concorrentes entre si, como fornecedores de um mesmo produto ou serviço aos mesmos clientes potenciais. Um acordo horizontal pode neutralizar a competição entre agentes econômicos que atuam em um mesmo mercado relevante⁸⁶. O exemplo mais típico de acordo horizontal é a prática de cartéis de preço, em que concorrentes concordam em manter artificialmente o preço de um bem ou serviço em patamar superior àquele de uma estrutura de livre concorrência.

Os acordos horizontais podem manifestar-se quando concorrentes em um mesmo mercado relevantes acordam, combinam, manipulam ou ajustam os preços de bens ou serviços ofertados individualmente, a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços, a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos, e os preços, as condições, as vantagens ou a abstenção em licitação pública⁸⁷.

Acordos verticais integram agentes econômicos de mercados relevantes diferentes, integrados numa cadeia produtiva e/ou de comercialização. Há uma proteção da concorrência entre agentes não concorrentes entre si, que, ainda que não resulte na perda da autonomia de

⁸⁵ FORGIONI, Paula, Op. cit., 2013, p. 130

⁸⁶ TAUFICK, Roberto Domingos. Op. Cit., 2012. p. 186

⁸⁷ Lei nº 12.529, de 2011, art. 36, §3º

cada agente econômico singularmente considerado, pode implicar os mesmos efeitos da concentração, especialmente quando a vinculação se prolonga no tempo⁸⁸.

A caracterização de acordos verticais como uma prática restritiva à concorrência é menos óbvia. A própria existência dos acordos verticais pode ser uma alternativa para estimular o desenvolvimento de algumas atividades, como a celebração de contratos de fornecimento futuro de insumos a preço garantido, que pode ser um fator de diminuição do risco inerente às atividades econômicas. Um acordo vertical pode ser benéfico para o mercado ao estimular o surgimento de novos fornecedores, diminuindo as barreiras de entrada.

As mesmas restrições verticais podem, no entanto, funcionar como um fator restritivo à concorrência, porque impõem limitações excessivas à tomada de decisão das partes. As restrições mais comuns nos acordos verticais são as cláusulas de exclusividade, de divisão territorial, de restrições de preço de revenda⁸⁹. Os acordos verticais “podem causar impactos competitivos relevantes e, nessa medida, são objeto de preocupação do direito antitruste”⁹⁰.

A posição dominante é outro elemento possivelmente desencadeador de um desequilíbrio da concorrência, mas não implica *per se* uma infração à concorrência. Como ressaltado acima, a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito sobre o domínio do mercado relevante.

O direito antitruste brasileiro presume posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar vinte por cento ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) para setores específicos da economia⁹¹.

⁸⁸ FORGIONI, Paula, Op. cit., 2013, p. 355

⁸⁹ Mankiw afirma que a fixação de preços de revenda em determinados casos pode ter objetivos legítimos, e não deve suscitar a aplicação do direito antitruste. A fixação do preço de revenda pode ter como objetivo dotar os revendedores de recursos suficientes para oferecer determinados serviços para os consumidores, como showrooms com certas características e pessoal capacitado. Caso o preço de revenda não seja fixado, um consumidor poderia conhecer o produto em um revendedor que oferece serviços de informação e adquirir o produto de outro revendedor, que vende com descontos. A fixação do preço de revenda pode ser legítima, segundo o autor, caso tenha o objetivo de garantir o acesso à informação ao consumidor e de evitar o efeito carona entre revendedores. MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia. Rio de Janeiro: Campus, 1999. p. 362

⁹⁰ FORGIONI, Paula, Op. cit., 2013. p. 357

⁹¹ Lei nº 12.529, de 2011, art. 36, § 2º

A ilicitude para o direito antitruste ocorre quando posição dominante é exercida de forma abusiva, de forma a que se verifique um desvio da finalidade social de um direito ou de uma situação de fato protegida pela lei. O desvio é determinado a partir da finalidade e não dos limites do direito em si. O exercício abusivo de um direito, na medida em que viola os princípios de sua finalidade econômica e social, constitui-se num conflito entre interesses individuais e coletivos.

A legislação antitruste brasileira, como já ressaltado anteriormente, não discrimina as condutas consideradas práticas restritivas à concorrência, limitando-se a defini-las pelos seus efeitos. O art. 36, §3º, da Lei nº 12.529, de 2011, apresenta uma lista exemplificativa de condutas que podem ser consideradas práticas restritivas à concorrência, quando comprovados os efeitos negativos, ainda que potenciais, da conduta em questão.

O direito antitruste brasileiro identifica como infrações à ordem econômica, desde que implique efeito restritivo à concorrência, a venda de mercadoria ou a prestação de serviços abaixo do preço de custo, a cessação parcial ou total das atividades da empresa sem justa causa comprovada, a subordinação da venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou a subordinação da prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem, exploração abusiva de direitos de propriedade industrial e intelectual, sobre o uso de tecnologia ou de marca.

Outras práticas comuns de abuso do poder dominante são a imposição, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; e a discriminação entre adquirentes ou entre fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços

Os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial do mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, em razão do potencial efeito restritivo à concorrência devem ser submetidos à análise do CADE, quando presentes os pressupostos de alçada do art. 88 da Lei nº 12.529, de 2011.

O direito antitruste brasileiro considera atos de concentração as operações de fusão, a aquisição direta ou indireta de participações societárias ou de ativos de terceiros, as incorporações de empresas, a constituição de consórcio e a celebração de contratos associativos ou de *joint ventures*. A celebração de contrato associativo ou de *joint ventures* não serão considerados atos de concentração quando estejam destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

Os atos de concentração, no entanto, podem contribuir para ganhos de produtividade e de eficiência econômica, de modo que o direito antitruste brasileiro permite a realização dos atos de concentração que não impliquem efeitos anticoncorrenciais ou cujos benefícios sejam repassados aos consumidores em proporção relevante.

3.3 Mercado Relevante

A determinação sobre existência de posição dominante ou sobre os efeitos prejudiciais à livre concorrência é realizada a partir da delimitação do mercado relevante. O objetivo de definir “mercado relevante” é o de delimitar as fronteiras dentro das quais se travam as relações de concorrência ou o poder de mercado é exercido⁹².

A definição do mercado relevante exige a identificação das relações concretas, ainda que potenciais, de concorrência de que participa o agente econômico⁹³, de forma que devem ser analisados o aspecto geográfico em que ocorrem as interações de concorrência e o aspecto material do mercado, cuja definição envolve elementos de produto ou serviço, assim como as dinâmicas de distribuição.

O mercado relevante geográfico é a área onde ocorrem as interações entre fornecedores e consumidores do produto ou serviço analisado. A definição da área de concorrência dependerá das características do produto e das redes de infraestrutura existentes. Um bem perecível e de consumo imediato como produtos de panificação artesanal pode ter, por exemplo, um espaço de concorrência limitado a uma cidade ou a regiões dentro dessa cidade. Produtos cujos custos logísticos são altos e que não possuem um alto valor agregado podem implicar mercados

⁹²SHENEFIELD, John H., STELZER, Irwin M. *The Antitrust Laws: a primer*. Washington D.C.: The AEI Press, 1996. p. 29 e FORGIONI, Paula, *Op. cit.*, 2013, p. 213

⁹³ SHENEFIELD, John H., STELZER, Irwin M. *Op. Cit.*, 1996. p. 29

relevante geográficos também reduzidos, como pode ser o mercado de cubos de gelo filtrados, em que os altos custos do transporte refrigerado podem implicar viabilidade econômica para o mercado apenas para uma rede de municípios próximos. Já insumos básicos da indústria metalúrgica, por exemplo, podem implicar interações nacionais ou globais de concorrência.

O mercado relevante material é aquele em que o agente econômico enfrenta a concorrência, considerado o bem ou o serviço que oferece. A definição do bem ou serviço incorpora elementos de fungibilidade dos produtos para o consumidor, ou seja, leva em consideração a possibilidade de que bens e serviços sejam intercambiáveis.⁹⁴

Um exemplo citado por Paula Forgioni ilustra a análise de fungibilidade. Uma empresa produtora de filmes plásticos utilizados para acondicionar alimentos refrigerados pode atuar no mesmo mercado relevante material de outras empresas que produzem embalagens de plástico rígido destinadas ao mesmo propósito, se for concluído que satisfazem necessidades idênticas dos consumidores e que estes estariam dispostos a tomar os referidos produtos por fungíveis. Mais que uma análise sobre as características físicas do produto, os usos e aplicações podem ter mais relevância na determinação do mercado relevante material, e a fungibilidade pode ser constatada a partir da análise de elasticidade-preço cruzada da demanda⁹⁵⁹⁶.

⁹⁴ FORGIONI, Paula, Op. cit., 2013. p. 219

⁹⁵ Elasticidade-preço cruzada da demanda é a medida da intensidade da resposta da quantidade demandada de um bem a alterações no preço de um outro bem.

⁹⁶ Ressalte-se que a diferença entre os critérios de definição de mercado relevante material, para o direito antitruste, e de produto sob consideração e produto similar, para o direito antidumping, pode implicar conclusões bastante dissonantes entre as autoridades de defesa comercial e de defesa da concorrência. A Resolução CAMEX nº 1, de 2 de fevereiro de 2001, aplicou medida antidumping sobre as importações de leite em pó comercializado em embalagens de uso industrial (não destinadas a consumo no varejo), originárias da Nova Zelândia, da União Europeia e do Uruguai. Esta resolução definiu o produto similar nacional como sendo o leite *in natura*, oriundo da ordenha da vaca. A esse respeito, Thalís Ryan de Andrade afirma que a relativização da definição do produto similar nacional, a despeito da existência de produto similar idêntico decorreu do fato de que a produção nacional de leite em pó não era afetada pelas importações do leite em pó a preço de dumping, mas havia um dano reflexo à produção do leite *in natura* (ANDRADE, Thalís Ryan. “A repercussão do conceito de produto similar do Acordo Antidumping na definição da indústria doméstica”, In: HEES, F.; Valle, M. (Org.). “Dumping, subsídios e salvaguardas: revisitando aspectos técnicos dos instrumentos de defesa comercial”. 1ª ed. São Paulo: Editora Singular, 2012, v. 1, p. 293-308). O Conselho Administrativo de Defesa Econômica, ao analisar o Ato de Concentração nº 08012.013697/2007-36, concluiu que o leite fluido (que inclui o leite UHT e o leite pasteurizado) constituía mercado relevante material distinto do mercado de leite em pó e do leite aromatizado.

Em outra comparação, Ato de Concentração nº 08012.013067/2007-61 concluiu que os calçados esportivos e os calçados para uso casual conformavam um único mercado relevante, diferentemente das alpargatas de juta e as botas de PVC; e o Ato de Concentração nº 08012.010218/2007-20 concluiu que os calçados esportivos constituíam mercado relevante material distinto dos calçados femininos (sapatos e sandálias). Já a Resolução CAMEX nº 14, de 4 de março de 2010, definiu o produto similar como o artefato para proteção dos pés, construído com a parte superior em material natural ou sintético e a parte inferior em material natural ou sintético, voltado para o

Assim como produtos diferentes podem compor um único mercado relevante material, um produto idêntico pode fazer parte de mercados relevantes materiais distintos. Uma produtora de autopeças que venda os mesmos produtos para montadoras e para o mercado de reposição pode ter a análise de mercado relevante material segmentado por canal de distribuição, na medida em que o comportamento sobre preço e volume ofertado em um dos mercados pode não influenciar o outro.

Para a definição, portanto, do mercado relevante, devem ser levados em consideração aspectos geográficos e materiais da concorrência. Haverá prática anticoncorrencial para as hipóteses de abuso de poder dominante e para os atos de concentração quando um agente econômico for capaz de influenciar preço e outras dinâmicas do mercado em determinado espaço geográfico para determinado produto. O domínio do mercado deve ser compreendido como um poder de agir capaz de influenciar os demais agentes econômicos, sem ser influenciado por eles.

consumidor masculino, feminino ou infantil e destinado ao uso diário, social, ou esportivo. A constatação da similaridade entre o produto objeto da investigação sobre a prática de dumping implicou definição mais amplas para a análise do produto do que a definição da dimensão do produto do mercado relevante nos casos analisados pelo CADE.

4 Interação entre Direito Antidumping e Direito Antitruste

4.1 Diálogo institucional entre o direito antidumping e o direito antitruste

A utilização de instrumentos de direito antidumping implica diversas consequências à ordem econômica, como um todo, e à concorrência, em particular, na medida em que os efeitos sobre o preço do produto importado sujeito à medida antidumping pode implicar a redução do número de exportadores estrangeiros que comercializam com o país ou dificultar e impedir a entrada de novos concorrentes no mercado.

Cada uma das autoridades responsáveis pela condução dos processos de direito antitruste e de direito antidumping estão atentas a questões relacionadas a questões de competência da outra, seja porque a aplicação da medida antidumping possui efeitos anticoncorrenciais, seja porque considerações sobre condutas anticoncorrenciais podem fundamentar a modulação das medidas antidumping aplicadas.

Nos processos conduzidos pela administração pública deve ser assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório, e os argumentos das partes nos processos de direito antitruste e de direito antidumping podem contribuir para o convencimento da autoridade administrativa sobre os fatos postos sob sua apreciação. Tanto no direito antidumping são veiculadas manifestações afetas à concorrência, como no direito antitruste são apresentadas considerações sobre os efeitos da aplicação dos instrumentos de defesa comercial, e as autoridades administrativas estão obrigadas a considerar essas manifestações na fundamentação dos atos administrativos que produz, sob pena de garantir apenas uma ampla defesa formal.

O CADE, autoridade administrativa competente para apreciar os processos de direito antitruste, e o DECOM, autoridade administrativa competente para conduzir os processos administrativos de direito antidumping, são instados, frequentemente, a se posicionar sobre temas que exorbitam sua esfera de competência. A CAMEX, órgão competente para decidir sobre a aplicação de uma medida antidumping, possui a competência para modular suas decisões em razão de interesse público, e sua análise deve levar em consideração diversos fatores, dentre os quais os efeitos anticoncorrenciais da aplicação da medida.

Nos autos do processo nº 08700.001571/2009-22, conduzido pelo CADE, a empresa Itap Bemis Ltda. solicitou a manifestação do órgão sobre possíveis consequências da eventual aplicação de medidas antidumping sobre filmes de polipropileno bi-orientado (filme de BOPP)

pela CAMEX. A empresa arguia que a imposição de uma medida antidumping restringiria as importações do produto, o que implicaria a possibilidade de exercício de poder de mercado das duas únicas produtoras nacionais que comercializavam o produto no mercado brasileiro.

O CADE concluiu pela ausência de competência do órgão na análise sobre casos relacionados ao direito antidumping derivado do Acordo Antidumping. A Lei nº 8.884, de 1994, possuía dispositivo, que foi mantido na norma que a sucedeu, o qual dispunha que o direito antitruste não se aplicava “aos casos de dumping e subsídios de que tratam os Acordos Relativos à Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, promulgados pelos Decretos nºs 93.941 e 93.962, de 16 e 22 de janeiro de 1987, respectivamente”⁹⁷. A decisão do CADE consignou que o direito antitruste poderia ser aplicado apenas na hipótese de haver importação abaixo do custo no país exportador, desde que não fosse signatário dos acordos citados⁹⁸.

A ausência de competência para aplicar os dispositivos do direito antitruste nos casos relativos à defesa comercial não implica, no entanto, segundo foi decidido, a impossibilidade de o CADE se manifestar sobre os efeitos concorrenciais das medidas antidumping. O conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo citou o Ato de Concentração nº 08012.007861/2001-81, em que o CADE aprovou o ato de concentração de duas empresas atuantes no mercado de insulina com duas restrições, sendo que uma delas recomendava ao DECOM revisar a decisão de impor medidas antidumping, ainda que a decisão sobre a revisão de medidas de defesa comercial coubesse unicamente às autoridades de direito antidumping⁹⁹.

No caso concreto analisado pela decisão no caso de filme de BOPP, em razão de o pedido ter sido formulado contra uma investigação em curso, cujos resultados ainda não eram conhecidos, e em razão da impossibilidade de mensurar corretamente os efeitos de uma medida

⁹⁷ Art. 91 da Lei nº 8.884, de 1994. Este dispositivo foi mantido no art. 119 da Lei nº 12.259, de 2011, com a seguinte redação:

⁹⁸ Atente-se ao fato que o conceito de dumping corresponde à discriminação de preço entre mercados nacionais, correspondente à introdução de um produto a um preço de exportação inferior àquele praticado no curso normal das atividades comerciais para o mesmo produto quando destinado ao consumo no país exportador. Não há, portanto, equivalência com a prática descrita no inciso XIX do art. 20 da Lei nº 8.884, de 1994, que trata da importação abaixo do custo (*underselling*). Esse dispositivo não foi mantido na Lei nº 12.259, de 2011.

⁹⁹ Aqui a expressão “autoridade de direito antidumping” é utilizada em conotação ampla. O acórdão do CADE não identifica as autoridades competentes para cada ato relativo ao direito antidumping. Esclareça-se que compete à Secretaria de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (SECEX) iniciar uma revisão de direito antidumping definitivo. O DECOM é a autoridade competente para a condução dos processos administrativos relativos às práticas de dumping e de dano dele decorrente e às suas revisões.

cujos contornos não eram conhecidos ou sequer se as medidas seriam aplicadas de forma definitiva, não haveria parâmetro concreto para avaliação do pedido formulado pela Itap Bemis Ltda. O voto do conselheiro relator registrou que a aplicação de uma medida antidumping não necessariamente restringe as importações, porque poderia haver um deslocamento da oferta entre os produtores estrangeiros, o que só pode ser medido após a aplicação da medida, de forma que não poderia haver um dano presumido à concorrência apenas em razão da imposição da medida¹⁰⁰.

Tampouco ficou provado o conluio entre as duas produtoras nacionais que haviam apresentado conjuntamente, perante o DECOM, petição de início de investigação relativa à prática de dumping e de dano dele decorrente. Para o conselheiro, a coordenação entre competidores para apresentarem o pedido de início de investigação decorre da própria legitimidade do pleito e, tendo em vista a manutenção de confidencialidade dos dados de cada uma das empresas, afastou as alegações de conluio.

Quanto à alegação de que a aplicação de medidas antidumping implicaria o aumento dos preços das duas empresas produtoras de filmes de BOPP, o voto do conselheiro consignou que, se a prática de dumping obrigou às empresas a reduzirem seus preços e sua lucratividade, haveria evidência de dano à indústria doméstica e o preenchimento de requisito para a apresentação da petição para o início da investigação.

Em voto-vista, o Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan contrapôs o argumento da Itap Bemis de que a imposição de uma medida antidumping contra os principais exportadores de filmes de BOPP acarretaria o fechamento do mercado brasileiro às importações e permitiria o exercício de poder de mercado por parte das produtoras nacionais. O conselheiro ressaltou que a eventual aplicação de medidas antidumping não impediria as importações, apenas onerá-las em relação às origens investigadas, com o fito de corrigir a discriminação de preços. Ademais, o conselheiro consignou que as importações das demais origens não seriam afetadas

¹⁰⁰ Registre-se que a investigação de dumping nas exportações para o Brasil de filmes de BOPP, originários da Argentina, do Chile, da China, do Equador, dos Estados Unidos da América e do Peru, foi encerrada por meio da Circular SECEX nº 54, de 13 de outubro de 2009, publicada no D.O.U. de 14 de outubro de 2009, sem aplicação de medidas, considerando que não ficou caracterizado nexo de causalidade entre o dumping e o dano à indústria doméstica.

pela eventual aplicação da medida, as quais poderiam continuar acessando o mercado brasileiro sem a imposição da sobretaxa derivada da aplicação da medida¹⁰¹.

Ainda que tenha acompanhado o relator quanto ao mérito do pleito, o Conselheiro Furlan apontou que a advocacia da concorrência deve considerar a interação entre as autoridades de defesa da concorrência com os demais entes da Administração Pública, incluída as autoridades de comércio exterior. Nesse diapasão, o conselheiro apontou ocasiões em que o CADE solicitou alteração da alíquota da Tarifa Externa Comum (TEC)¹⁰² de determinados produtos, “por entender que o fomento à importação dos mesmos seria benéfico à concorrência, na medida em que possibilitaria a contestação de poder de mercado de empresas nacionais e, dessa forma, inibiria a prática de condutas anticompetitivas”¹⁰³. O CADE também solicitou que a autoridade de defesa comercial revisasse a medida antidumping aplicada às importações de insulina originárias da Dinamarca, dos Estados Unidos da América (EUA) e da França, devido à alteração na situação do mercado e às possíveis consequências anticompetitivas nesse mercado.

O CADE, portanto, afirma sua preocupação com os efeitos restritivos à concorrência da tomada de decisão em matérias de comércio exterior, seja com relação às alíquotas da TEC, seja com relação às medidas de defesa comercial, e possui uma postura ativa na recomendação de adoção de medidas pró-competitivas às autoridades de comércio exterior.

Em outro julgamento, do Ato de Concentração nº 08012.007861/2001-81, o CADE examinou a operação celebrada entre a Novo Nordisk do Brasil Ltda. e Biopart Ltda, por meio do qual a maioria das ações da BioBrás S.A., pertencentes à segunda, passariam à propriedade da Novo Nordisk. As empresas atuam no setor de fabricação de insulina e medicamentos para o tratamento de diabetes¹⁰⁴.

¹⁰¹ BRASIL. CADE - Petição nº 08700.001571/2009-22, voto-vista do conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, proferido em 30 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e142d522e036c85baf53f145>. Acessado em 28 de outubro de 2015 p. 10

¹⁰² O estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais constitui uma implicação da constituição do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL.

¹⁰³ BRASIL. CADE - Petição nº 08700.001571/2009-22, Op. Cit., Voto-vista do conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, 2009. p. 26

¹⁰⁴ No Ato de Concentração nº 08012.007861/2001-81 foram definidos quatro mercados relevantes para os medicamentos de combate à diabetes: o mercado de cristais de insulina (animal, humana e similares) com dimensão geográfica internacional; o mercado de tripsina com dimensão geográfica internacional; o mercado de sistemas de

Quando da análise do Ato de Concentração estava em vigor medida antidumping aplicada às importações de medicamentos contendo insulina da Dinamarca e havia sido homologado compromisso de preço, por meio do qual os exportadores dos EUA e da França acordaram preço mínimo a ser praticado às exportações do produto ao Brasil¹⁰⁵.

A solicitação de aplicação da medida antidumping havia sido apresentada pela empresa Biobrás, cujas ações estavam sendo adquiridas pela Novo Nordisk, empresa sujeita à medida antidumping. O relator do processo junto ao CADE, o Conselheiro Thompson Almeida Andrade, afirmou que o mercado de insulina no Brasil estava distorcido, uma vez que a empresa Novo Nordisk estava amparada por uma decisão judicial que suspendera a cobrança dos direitos antidumping, enquanto o outro grupo concorrente, Eli Lilly, estava sujeito ao compromisso de preços mínimos. Dessa forma, ao adquirir as ações da Biobrás, o Grupo Novo passaria a controlar quase 100% do mercado nacional de insulina.

O CADE aprovou o ato de concentração, determinando a observância de determinadas obrigações às empresas, e determinou que se oficiasse o DECOM com uma recomendação de que fosse revisto o ato que motivou a aplicação da medida antidumping e a celebração do compromisso de preços, para que se garantisse a rivalidade competitiva nesse mercado.

Com base no art. 58¹⁰⁶ do Decreto nº 1.602, de 23 de agosto de 1995, que então regulamentava as normas que disciplinavam os procedimentos administrativos, relativos à aplicação de medidas antidumping, o DECOM recomendou a revisão da decisão relativa à aplicação da medida antidumping e do compromisso de preço imposto às importações de insulina da Dinamarca, dos EUA e da França.

De acordo com o procedimento instaurado por meio do processo MDIC/SECEX-RJ-52000-08532/2003-66, o fato de o cenário analisado para fins de aplicação da medida antidumping ter sido modificado com relação ao controle acionário da então petionária e

aplicação de insulina e somatropina com dimensão geográfica nacional; e o mercado de insulina formulada com dimensão geográfica nacional.

¹⁰⁵ Medidas aplicadas por meio da Resolução CAMEX nº 2, de 23 de fevereiro de 2001, publicada no D.O.U. de 6 de março de 2001.

¹⁰⁶ Segundo dispunha o art. 58 do Decreto nº 1.602, de 1995, órgão ou entidade da Administração Pública Federal era parte legitimada a solicitar o início de procedimento de revisão das decisões relativas à aplicação de direito antidumping desde que haja decorrido, no mínimo, um ano da imposição de direitos antidumping definitivos e que sejam apresentados elementos de prova suficientes de que, por exemplo, aplicação do direito deixou de ser necessária para neutralizar o dumping.

indústria doméstica no âmbito da investigação original, a empresa Biobrás, justificaria o início da revisão para averiguar a pertinência da revogação da medida e do compromisso de preços.

O DECOM arguiu, diferentemente do apontado pela decisão do CADE, que o controle acionário da Biobrás fora adquirido pela empresa relacionada do Grupo Novo com sede no Brasil, a qual constituía personalidade jurídica distinta da empresa sujeita à medida antidumping, que era a empresa Novo Nordisk dinamarquesa. Ainda que a mudança do controle acionário da indústria doméstica, por si só, não implicasse a desnecessidade da medida antidumping e que a Novo Nordisk Brasil e a Novo Nordisk dinamarquesa fossem de entidades com personalidades jurídicas distintas, pelo fato de ambas serem parte de um mesmo grupo empresarial, considerou-se haver indícios suficientes para que fosse iniciado o procedimento de revisão das medidas aplicadas.

Com a aquisição da Biobrás pelo Grupo Novo, com a possibilidade de aportes tecnológicos, transferência de tecnologia e ampliação do portfólio de produtos oferecidos pelo grupo, “considerou-se caracterizada a ocorrência de alterações nas condições de mercado restando a dúvida quanto à possibilidade de reprodução do dano observado no passado, na hipótese de suspender-se as medidas antidumping aplicadas, na prática, o compromisso de preços”¹⁰⁷.

A própria empresa petionária do processo que culminou na aplicação das medidas e indústria doméstica, a Biobrás, foi consultada a respeito da revisão iniciada por iniciativa da solicitação do CADE, e manifestou sua concordância com a suspensão das medidas. A CAMEX, por meio da Resolução CAMEX nº 4, de 03 de março de 2005, decidiu suspender a medida antidumping e o compromisso de preços então vigentes pelo prazo de um ano, ao fim do qual, as medidas foram permanentemente extintas.

Em outro processo, MDIC/SECEX 52272.000237/2014-06, relativo à revisão das medidas antidumping aplicadas às importações de pneus de carga da China, conduzido pelo DECOM, foram levantados argumentos de que as produtoras nacionais objetivavam, com diversos pleitos junto ao órgão, criar um “monopólio da importação”. Segundo manifestação conjunta da Associação Brasileira de Importadores e Distribuidores de Pneus e das empresas Triangle Tyre Co., Ltd., Sailun Co., Ltd. e Hangzhou Zhongce Rubber Co., Ltd., o mercado

¹⁰⁷ Anexo da Resolução CAMEX nº 4, de 3 de março de 2005, publicada no D.O.U. de 7 de março de 2005.

brasileiro de importação converter-se-ia a um oligopsônio¹⁰⁸, na medida em que a imposição de medidas antidumping em diversos segmentos da indústria pneumática de diversas origens implicaria a exclusão dos importadores independentes do mercado das importações de pneus.

Importa destacar que em junho de 2009 houve a imposição de medidas antidumping às importações de pneus de carga (ônibus e caminhões) da China, em setembro do mesmo ano foram impostas medidas antidumping às importações de pneus de automóveis de passeio da China, em dezembro de 2013 foram impostas medidas antidumping às importações de pneus de motocicletas da China, da Tailândia e do Vietnã, em janeiro de 2014 foram impostas medidas antidumping às importações de pneus de automóveis da Coreia do Sul, da Tailândia, de Taipé Chinês e da Ucrânia, em fevereiro do mesmo ano foram impostas medidas antidumping às importações de pneus de bicicleta da China, da Índia e do Vietnã, e em novembro do mesmo ano foram impostas medidas antidumping às importações de pneus de carga da África do Sul, da Coreia do Sul, do Japão, da Rússia, da Tailândia e de Taipé Chinês.

Somado ao fato de haver imposição de medidas antidumping a diversos tipos de pneus de diversas origens, as partes argumentaram que as produtoras nacionais ao pleitear junto ao DECOM o início das investigações, teriam blindado as origens onde possuem empresas afiliadas no exterior, de que poderiam importar com exclusividade. Dessa forma, os importadores independentes deveriam importar o produto sujeito ao direito antidumping, enquanto as produtoras nacionais, incapazes de atender o mercado nacional, importariam de suas afiliadas no exterior, sem o pagamento das medidas antidumping.

As produtoras nacionais seriam empresas multinacionais instaladas no Brasil, que se beneficiariam do direito antidumping, porquanto importariam produtos similares de suas fábricas coligadas estrangeiras ao invés de investir e aumentar substancialmente sua produção nacional. Concluíram alegando que a maior consequência da imposição das medidas antidumping teria sido a concentração da oferta de pneus no mercado nacional por parte das multinacionais com fábrica no Brasil, com restrição da concorrência, porque essas empresas, além de serem produtoras, teriam imposto um “monopólio das importações”.

¹⁰⁸ Oligopsônio é a situação de mercado de concorrência imperfeita, na qual existem reduzido número de consumidores de determinado produto ou serviço; fato que concede-lhes poder de mercado para influenciar o preço.

A Resolução CAMEX nº 32, de 2015¹⁰⁹, endereçou a essas alegações o comentário de que escaparia à competência da autoridade investigadora averiguar as consequências da aplicação de um direito antidumping ou averiguar eventuais condutas de abuso do poder econômico ou contrárias à defesa da concorrência, como se inferia da alegação de que os produtores nacionais estariam tentando criar um “monopólio da importação”.¹¹⁰

No processo MDIC/SECEX 52272.001803/2014-99, relativo à revisão das medidas antidumping aplicadas às importações de magnésio metálico da China, também conduzido pelo DECOM, a Trablin Trading Brasileira de Ligas e Inoculantes S.A. (Trablin), afirmou que a petionária, RIMA Industrial S.A. (RIMA), única produtora brasileira de magnésio metálico, operaria de forma verticalizada nos mercados de ferroligas e de autopeças, e seria sua concorrente no mercado de fabricação de ferro-ligas e de rodas de ligas leves.

Com a aplicação de medidas antidumping às importações de magnésio metálico originárias da China e da Rússia, e às importações de magnésio em pó da China¹¹¹, o mercado brasileiro dos produtos magnésio necessários à fabricação de ferroligas e de autopeças estaria fechado às importações. Isso ocorreria porque o mercado mundial de magnésio em formas brutas seria bastante concentrado, havendo produção primária de magnésio apenas no Brasil, na China, nos EUA, em Israel e na Rússia. Além disso, o consumo de magnésio primário dos EUA seria superior ao volume produzido localmente e o volume produzido por Israel seria destinado aos EUA e à Europa, sendo insuficiente para abastecer os demais consumidores

¹⁰⁹ A Resolução CAMEX nº 32, de 2015, prorrogou a medida antidumping definitiva às importações brasileiras de pneus de carga, originárias da China.

¹¹⁰ Apesar de afirmar que não seria competente para averiguar as condutas danosas à concorrência, foram expostos comentários adicionais, para contra-arrestar aos argumentos submetidos à apreciação da autoridade investigadora, afirmando que “ao contrário do alegado pelas exportadoras, não há que se falar em monopólio da importação, mesmo por que qualquer empresa importadora está autorizada a importar o produto de qualquer origem, mesmo daquelas para as quais está determinada a aplicação de medida antidumping. Para tanto, basta que haja o pagamento destas medidas de modo a neutralizar os efeitos das práticas desleais de comércio incorridas por estes países exportadores. Ainda, nunca é demais lembrar que, assim como às dos demais importadores, as importações realizadas pelas empresas que compõem a indústria doméstica estão igualmente sujeitas ao pagamento dos direitos antidumping, quando originárias de países para os quais está imposto direito antidumping.” Resolução CAMEX nº 32, de 2015.

¹¹¹ A medida antidumping aplicada às importações de magnésio metálico em formas brutas, originárias da China, encontra-se em vigor desde 2004, a partir da publicação da Resolução CAMEX nº 27, de 2004. Em 2010, por meio da Resolução CAMEX nº 28, de 2010, foi aplicada medida antidumping aplicada às importações de magnésio em pó, originárias da China. Em 2012, foi aplicada medida antidumping aplicada às importações de magnésio metálico em formas brutas, originárias da Rússia, por meio da Resolução CAMEX nº 24, de 2012

mundiais. Assim, os únicos mercados exportadores disponíveis seriam gravados com medidas antidumping e impediria a compra do produto.

A Trablin argumentou que a RIMA estaria abusando de sua posição dominante no mercado de magnésio primário, negando-se a vender seus produtos aos demais concorrentes nos setores de ferroligas e de autopeças, de forma que a manutenção da medida antidumping implicava uma forma de defesa da indústria doméstica frente a exportações a preço de dumping, mas uma proteção irregular, porque a blindava de competição em outros mercados em que atuava.

O DECOM considerou que não haviam sido apresentadas provas sobre a alegada conduta abusiva da RIMA que corroborasse as alegações da Trablin de que a RIMA teria se negado a fornecer magnésio metálico a seus concorrentes na cadeia a jusante. Ainda afirmou que a discussão sobre a prática de condutas abusivas teria sido conduzida pelo CADE, e o processo fora arquivado por falta de elementos de prova da suposta conduta de abuso de poder econômico praticada pela empresa¹¹².

O processo conduzido pelo CADE foi o Inquérito Administrativo nº 08700.000671/2014-07, no qual a Trablin e outras partes denunciaram a RIMA pela recusa injustificada de contratar e pela prática de condutas discriminatórias no mercado de magnésio metálico, em forma bruta e em pó.

A RIMA contra-arrestou os argumentos apresentados, demonstrando haver importação dos outros quatro produtores mundiais, China, EUA, Israel e Rússia, de forma que a aplicação das medidas antidumping não haviam impedido as importações ou fechado o mercado nacional, apenas haviam sido impostas para neutralizar a conduta discriminatória dos produtores estrangeiros. Além do mais, a empresa afirmou que não possuía consumo cativo, de forma que toda produção de magnésio metálico destinava-se ao abastecimento do mercado consumidor nacional, que a diferença de preços praticada pela empresa decorria da composição química do produto encomendado e que não houvera recusa em contratar, apenas a exigência de que fosse apresentada licenciamento ambiental com condição da contratação, o que não havia sido feito pelos consumidores industriais, com quem não foi celebrado contrato.

¹¹² A Resolução CAMEX nº 91, de 2015.

Diante dessas informações e dos elementos de prova reunidos durante a instrução processual, o CADE decidiu arquivar o procedimento ante a não comprovação da materialidade da conduta discriminatória e ante a conclusão de que a exigência do licenciamento ambiental como condição de contratação não seria conduta abusiva. Quanto às alegações sobre o fechamento do mercado em razão da imposição de medidas antidumping, o CADE concluiu que sua participação no mercado brasileiro não havia crescido de forma significativa e contínua, o que não confirmava a alegação de que a empresa havia aumentado seu poder de mercado. Para o CADE, os aumentos de preço ou reajustes de mercado causados por medidas antidumping, que não sejam acompanhadas de condutas anticompetitivas, não seriam passíveis de intervenção do CADE¹¹³.

Do exposto neste item, verifica-se que as autoridades administrativas responsáveis pelo direito antitruste e pelo direito antidumping, ainda que limitadas por suas áreas de competência, estão atentas à interação necessária entre os dois instrumentos de intervenção no domínio econômico. O interesse jurídico imediatamente protegido por cada um dos institutos não coincide, mas a execução dos fins de política pública para a ordem econômica exige uma interação entre os órgãos.

Uma dificuldade para a convergência entre o direito antidumping e o direito antitruste, no entanto, é a diferença entre os critérios materiais de análise relacionados ao produto e ao mercado. Como indicado acima, a definição da indústria doméstica, no direito antidumping, pode não incluir a totalidade dos produtores nacionais do produto similar, e não incluirá os agentes econômicos que atuam no mercado como distribuidores do produto importado, enquanto o direito antitruste considerará a existência de posição dominante com relação à atuação de determinado agente econômico no mercado como um todo, seja ele produtor/vendedor, seja importador/distribuidor; sendo, portanto, irrelevante o volume de produção.

As considerações sobre a similaridade entre o produto sujeito à medida antidumping e o produto doméstico não encontra correspondência com a definição de mercado relevante material (em função do produto). Enquanto o direito antitruste está mais preocupado com a

¹¹³ Nota Técnica nº 428/2014/Superintendência-Geral, de 19 de dezembro de 2014. Disponível em: http://invenis.com.br/pdfEngine/files/2014_pareceres_CADE/12_Dezembro/22122014_a_26122014/22_IA_087_00.000671_2014_07_SG.PDF. Acessado em 30 de outubro de 2015.

percepção dos consumidores com relação à substitubilidade do produto, o direito antidumping procede sua avaliação sob os critérios de matérias-primas utilizadas na fabricação dos produtos, a composição química, suas características físicas, das normas e especificações técnicas aplicadas ao produto, sobre o processo de produção, sobre os usos e aplicações, sobre o grau de substitubilidade e sobre os canais de distribuição.

A dimensão geográfica considerada por cada um dos instrumentos também pode gerar uma distorção na análise da convergência dos institutos. O mercado relevante geográfico do direito antitruste é definido pela área onde ocorrem as interações entre fornecedores e consumidores do produto analisado e pode não coincidir com o mercado nacional, diferentemente das análises empreendidas pelo direito antidumping, que definiu base geográfica para aplicação das medidas antidumping como diferente da totalidade do mercado nacional em apenas uma oportunidade, quando aplicou medida antidumping às importações de cimento Portland da Venezuela e do México pelo Brasil, em que esteve limitada ao mercado subnacional constituído pelos estados do Acre, Amazonas, Roraima e pela região compreendida a oeste do estado do Pará, limitada pelo meridiano 53°¹¹⁴.

Essas diferenças materiais nas análises do direito antidumping e do direito antitruste ilustram a dificuldade de se empreender um juízo de valor sobre os efeitos de um sistema no outro, porque nem sempre há identidade dos objetos postos sob análise. A análise de interesse público prevista no direito antidumping apresenta-se como vínculo frutífero entre os dois institutos, porquanto incorpora a análise das consequências da imposição da medida de defesa comercial sobre os agentes econômicos como um todo, analisando o impacto na cadeia a jusante e a montante, a disponibilidade de produtos substitutos em origens não afetadas pela medida de defesa comercial, a estrutura do mercado e a concorrência, e a adequação às políticas públicas vigentes.

4.2 O interesse público

Por mais que uma medida antidumping possua os fundamentos legais de sua aplicação por ter sido comprovada a prática de dumping nas exportações de determinado produto ao Brasil

¹¹⁴ Resolução CAMEX nº 18, de 25 julho de 2006, publicada no D.O.U. de 27 de julho de 2006

e o dano dela decorrente, a aplicação pode não estar consentânea com o interesse público, de modo que sua disciplina deva ser modulada. No Acordo Antidumping não há previsão sobre regras que disponham sobre a análise de interesse público, mas existem propostas para que o acordo seja revisto e que incorpore ao acordo provisões substantivas para levar em conta o interesse público em processos de investigação antidumping.¹¹⁵ De qualquer forma, o Acordo Antidumping prevê os procedimentos que devem ser levados em consideração em uma investigação sobre a prática de dumping, mas não obriga a que o país imponha a medida ainda que tenham sido comprovados os requisitos de sua aplicação¹¹⁶. A decisão sobre a aplicação da medida recai sobre um juízo de conveniência e de coerência com os ditames de políticas públicas do país importador, cuja análise leva em consideração o interesse público.

Em que pese a inexistência de disposição multilateral, a previsão para que, em razão de interesse público, uma medida não fosse aplicada ou fosse suspensa já constava do Decreto nº 1.602, de 1995, decreto que regulamentava os procedimentos administrativos relativos à investigação e à aplicação de medidas antidumping¹¹⁷.

A Resolução CAMEX nº 13, de 2012, estabeleceu a criação do Grupo Técnico de Avaliação de Interesse Público (GTIP) e contribuiu para a institucionalização da análise de interesse público no contexto das medidas de defesa comercial. O Decreto nº 8.058, de 2013, novo marco normativo que regulamenta os procedimentos administrativos relativos à investigação e à aplicação de medidas antidumping, determina que, em circunstâncias excepcionais, a CAMEX, em razão de interesse público, possa modular¹¹⁸ a aplicação das medidas antidumping. Os procedimentos para análise dos pleitos junto ao GTIP encontram-se atualmente disciplinados na Resolução CAMEX nº 27, de 2015.

Com a criação do GTIP, as análises de interesse público devem ser conduzidas em processo independente e por órgão distinto daquele responsável pela condução dos processos

¹¹⁵ MONTEIRO, Carmen Diva Beltrão, GALVÃO, Letícia Andreoli. Op. Cit, 2006. p. 26

¹¹⁶ Artigo 9.1 do Acordo Antidumping.

¹¹⁷ O termo utilizado nesse diploma legal era “interesse nacional”, mas corresponde ao termo “interesse público” presente no Decreto nº 8.058, de 2013, atual regulamento brasileiro antidumping.

¹¹⁸ Segundo razões de interesse público, a CAMEX poderá, com base no art. 3º do Decreto nº 8.058, de 2013, suspender, por até um ano, prorrogável uma única vez por igual período, a exigibilidade de direito antidumping definitivo, ou de compromisso de preços, em vigor; não aplicar direitos antidumping provisórios; ou homologar compromisso de preços ou aplicar direito antidumping definitivo em valor diferente do que o recomendado.

antidumping¹¹⁹, e não possui atribuições para tratar dos assuntos relativos ao dumping e ao dano dele decorrente, de competência do DECOM. Para que o interesse público possa ser determinado adequadamente, o processo instaurado perante o GTIP deve garantir o contraditório, permitindo que as partes interessadas em afastar as medidas antidumping ou medidas compensatórias e as partes interessadas na manutenção das medidas apresentem suas considerações¹²⁰.

Segundo definição normativa, o interesse público no âmbito da defesa comercial está presente quando o impacto da imposição da medida de defesa comercial sobre os agentes econômicos como um todo se mostrar potencialmente mais danoso se comparado aos efeitos positivos da aplicação da medida¹²¹, ou segundo a consideração de Hees:

A análise de interesse público aplicada à vigência de medidas antidumping se afigura como pedra-de toque que une dois universos com interesses invariavelmente conflitantes: por um lado, o segmento do setor produtivo nacional beneficiado por uma medida antidumping destinada a combater importações desleais; por outro, o restante da economia que, consumidora dos produtos objeto de um direito antidumping, seja na forma de matéria-prima, seja na forma de produtos acabados, enfrentará os efeitos dessas medidas, na maioria das vezes na forma de preços mais elevados.¹²²

A definição normativa é bastante aberta, porque permite que a análise seja feita com base nos mais diversos fundamentos, porquanto qualquer definição exata do interesse público seria incapaz de alcançar todas as nuances do conceito. O § 1º, do art. 2º, da referida resolução determina que poderão ser observados o impacto na cadeia a jusante e a montante, a disponibilidade de produtos substitutos em origens não afetadas pela medida de defesa comercial, a estrutura do mercado e a concorrência, e a adequação às políticas públicas vigentes. Já foram concluídos processos de análise de interesse público que determinaram a suspensão das medidas aplicadas em razão de o único produtor nacional ter interrompido a produção¹²³,

¹¹⁹ A instauração de uma entidade diferente para análise de interesse público foi uma opção do sistema de defesa comercial brasileiro. A autoridade investigadora de defesa comercial europeia incorporou análises de interesse público no âmbito do processo antidumping, como condição necessária para a aplicação da medida.

¹²⁰ ROSAR, Soraya Rosar, SPADANO, Lucas. Grupo Técnico de Avaliação de Interesse Público (GTIP): a visão do setor privado. Revista Brasileira de Comércio Exterior – RBCE nº 114, FUNCEXRBCE, Jan-Mar de 2013 p. 24

¹²¹ Art. 2º do Anexo da Resolução CAMEX nº 27, de 2015.

¹²² HEES, Felipe. Interesse público e a aplicação de medidas antidumping no Brasil. Revista Brasileira de Comércio Exterior – RBCE nº 114, FUNCEXRBCE, Jan-Mar de 2013. p. 5

¹²³ Resolução CAMEX nº 115, de 2013, Resolução CAMEX nº 116, de 2013, Resolução CAMEX nº 41, de 2015

em razão da descontinuidade da produção regular e do comprometimento de abastecimento do mercado¹²⁴, pela necessidade de preservação da estabilidade dos preços e porque a manutenção da medida prejudicaria política mais ampla de desoneração das exportações e busca pelo superávit da balança comercial¹²⁵, pelo interesse em expandir os fluxos de comércio com as origens sujeitas à medida¹²⁶, sobre as importações referentes à realização dos eventos da Copa das Confederações FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014 e ¹²⁷ dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016¹²⁸ e pelo interesse de buscar o equilíbrio de mercado entre as partes envolvidas, e para permitir que as empresas operem em condições competitivas, do ponto de vista econômico-financeiro, no mercado internacional¹²⁹.¹³⁰

O Decreto nº 8.058, de 2013, refere-se a “situações excepcionais” como permissivo fático para a modulação das medidas antidumping. Não é possível definir os contornos da expressão “situações excepcionais”; de qualquer forma, não são quaisquer impactos na cadeia a jusante e a montante, na disponibilidade de produtos substitutos em origens não afetadas pela medida de defesa comercial, na estrutura do mercado ou na concorrência, ou com relação à adequação às políticas públicas vigentes, que justificam a suspensão de uma medida

¹²⁴ Resolução CAMEX nº 39, de 2014

¹²⁵ Resolução CAMEX nº 36, de 2004, Resolução CAMEX nº 74, de 2014

¹²⁶ A Resolução CAMEX nº 2, de 16 de janeiro de 2004, suspendeu por prazo indeterminado a aplicação das medidas antidumping aplicadas às importações de pneus novos para bicicletas, porque, na hipótese de retomada da prática de dumping, o dano decorrente à indústria doméstica de pneus para bicicleta tenderia a ser menor que o prejuízo causado ao interesse do País de expandir os fluxos de comércio com a Índia e a República Popular da China, que se encontram em patamar aquém de suas possibilidades.

¹²⁷ A Resolução CAMEX nº 115, de 18 de dezembro de 2013, publicada no D.O.U. de 20 de dezembro de 2013, determinou a suspensão das medidas antidumping e medidas compensatórias definitivas e a não aplicação de medidas antidumping e medidas compensatórias provisórias, nas importações relativas aos Eventos da Copa das Confederações FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014.

¹²⁸ Resolução CAMEX nº 77, de 4 de agosto de 2015, publicada no D.O.U. de 5 de agosto de 2015. Destaque-se que o texto da resolução utilizou o termo “paraolímpico”, conquanto o Comitê Paralímpico Brasileiro tenha oficialmente modificado sua nomenclatura, a fim de alinhar-se à designação internacional, que utiliza o termo “paralímpico”.

¹²⁹ A Resolução CAMEX nº 108, de 4 de novembro de 2015, publicada no D.O.U. de 5 de novembro de 2015, determinou a redução do valor da medida antidumping definitiva aplicada às importações brasileiras de laminados planos de aço ao silício, denominados magnéticos, de grãos não orientados (GNO), originárias da China, da Coreia do Sul e de Taipé Chinês.

¹³⁰ A Resolução CAMEX nº 46, de 3 de julho de 2015, publicada no D.O.U. de 4 de julho de 2014, determinou que a alíquota específica do direito antidumping fosse aplicada em patamar inferior àquele recomendado pelo DECOM por razões de interesse público, considerando a necessidade de preservar a estabilidade dos preços. Para esse caso, no entanto, não houve instauração de um processo junto ao GTIP, e a análise de interesse público foi realizada em nível ministerial.

antidumping. A própria imposição de uma medida antidumping possui a intenção de interferir nas estruturas do mercado, de preço e de lucratividade.

O objetivo do direito antidumping é neutralizar o dano decorrente da discriminação de preços, para que a indústria doméstica volte a uma situação de não dano decorrente das importações. É esperado, portanto, que os efeitos sobre os preços da indústria doméstica sejam revertidos, assim como os efeitos em sua lucratividade, na participação do mercado nacional e no volume de vendas¹³¹. A intervenção do Estado, para que a indústria doméstica possa recuperar preço, lucro e participação de mercado, por exemplo, possui um efeito negativo na concorrência; de forma que se a análise de interesse público tiver como preocupação apenas o efeito anticoncorrencial resultante da aplicação de uma medida antidumping, inviabilizaria a própria aplicação das medidas antidumping, especialmente em setores que monopolistas ou oligopolistas.¹³²

A análise de interesse público no âmbito do direito antidumping não pode estar baseada apenas nas consequências à concorrência ou nos impactos inflacionários das medidas antidumping, porque esses efeitos são a razão pela qual o Estado utiliza dos instrumentos de direitos antidumping. Isso não significa que quaisquer efeitos negativos sobre a concorrência ou sobre os preços deva ser aceita, como se verifica pela redução a zero da medida antidumping aplicada a determinado volume de importações de aço GNO¹³³. Na análise de interesse público, “verificou-se que, após a aplicação do direito antidumping definitivo, houve um aumento não desprezível do preço médio dos aços GNO no mercado brasileiro e isso gerou efeitos negativos na cadeia a jusante”¹³⁴ o que implicaria efeitos negativos, à estabilidade dos preços no mercado interno e à capacidade das empresas fabricantes de lâminas magnética de competir com empresas estrangeiras tanto no mercado doméstico quanto em terceiros países.

O impacto da aplicação de medidas de defesa comercial é hipótese prevista na Resolução CAMEX nº 27, de 2015, para fundamentar o pleito junto ao GTIP. O órgão conduziu

¹³¹ HEES, Felipe. Op. Cit., 2013. p. 10

¹³² HEES, Felipe. Op. Cit., 2013. p. 10

¹³³ A Resolução CAMEX nº 74, de 2015, reduziu a zero o direito antidumping aplicado pela Resolução CAMEX nº 49, de 16 de julho de 2013, às importações brasileiras de laminados planos de aço ao silício, denominados magnéticos, de grãos não orientados, originárias da China, da Coreia do Sul e de Taipé Chinês, para um volume de 45.000 (quarenta e cinco mil) toneladas.

¹³⁴ Resolução CAMEX nº 74, de 2015

duas análises de interesse público em que o cerne do pedido consistia nas consequências à concorrência da aplicação das medidas antidumping.

No Processo Administrativo de Interesse Público nº 18101.000745/2012-48¹³⁵, a Fatex Indústria Ltda. solicitou a suspensão da medida antidumping aplicada às importações de tecidos de felpas longas, originárias da China, incluídas na investigação de práticas elisivas sobre as importações brasileiras de cobertores de fibras sintéticas. O pleito tinha como fundamento o aumento de preços de um produto de necessidade básica, a insuficiência da produção da indústria doméstica, o aumento de importação de produtos finais e os efeitos nessas indústrias, o impacto sobre a concorrência e o desvio de comércio.

O GTIP analisou os preços do item “roupas de cama”, do qual os cobertores fazem parte, e verificou queda do preço desse item, enquanto a variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) teria sido positiva, e analisou o item “cobertores”, segundo o Índice de Preços ao Consumidor (IPC/FIPE), que indicava queda nos preços. Dessa forma, não foi possível concluir pela elevação do preço de cobertores a partir da aplicação da medida antidumping. Quanto às alegações sobre o impacto à concorrência, o GTIP arguiu que a existência de indícios de infração à ordem econômica deve ser apresentada ao CADE; e a CAMEX, por meio da Resolução CAMEX nº 92, de 2012, indeferiu o pedido de suspensão da medida antidumping.

No Processo SEAE/MF nº 18101.000334/2013-33, o Sindicato Nacional da Indústria de Trefilação e Laminação de Metais Ferrosos (Sicetel) solicitou a suspensão ou alteração da medida antidumping aplicada às importações brasileiras de laminados planos de aço inoxidável¹³⁶ em razão dos efeitos à economia brasileira em termos de valor da produção, emprego e massa salarial e com base na alegação de que a peticionária e indústria doméstica do processo antidumping, a empresa Aperam, abusaria de sua posição dominante no mercado de produção e distribuição de laminados planos a frio de aço inoxidável. Segundo argumentou o Sicetel, a Aperam praticaria preços diferenciados para sua própria distribuidora, desrespeitando

¹³⁵ Esse procedimento foi instaurado antes da entrada em vigor do roteiro para análise de interesse público, de forma que a nomenclatura do processo não coincide com a atual nomenclatura processual, que deve ser apresentado perante a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF).

¹³⁶ Foi aplicada medida antidumping às importações de laminados planos de aço inoxidável, originárias da Alemanha, China, Coreia do Sul, Finlândia, Taipé Chinês e Vietnã, por meio da Resolução CAMEX nº 79, de 2013.

decisão do CADE, e impor condições abusivas de contratação como lotes mínimos e restrições às importações.

O GTIP analisou a participação do produto na composição dos custos de outros produtos, assim como a evolução dos custos e dos preços do produto após a aplicação da medida e não constatou a existência de elementos que motivassem a suspensão da medida. Quanto às alegações de infrações à ordem econômica, o GTIP afirmou que caberia ao CADE aplicar as medidas cabíveis, caso ficasse comprovada a infração. A CAMEX, então, por meio da Resolução CAMEX nº 117, de 2013¹³⁷, negou o pedido de suspensão da medida antidumping em questão.

Os pleitos submetidos à análise do GTIP que versavam sobre infrações à ordem econômica não motivaram a suspensão da medida antidumping, na medida em que o tipo de análise solicitada ao órgão compete à autoridade de defesa da concorrência. A suspensão de uma medida antidumping não pode ser utilizada como uma punição por uma infração à ordem econômica; o CADE possui os meios próprios para averiguar o ilícito à concorrência e mecanismos de punição e de controle adequados. Isso não impede que o GTIP, ao entender que as condições de concorrência no mercado tenham se alterado a ponto de prejudicar o interesse público, possa adotar as medidas cabíveis, recomendando a suspensão da medida.

O GTIP analisou os efeitos concorrenciais da aplicação das medidas antidumping às importações brasileiras de laminados planos de aço GNO, originárias da China, da Coreia do Sul e de Taipé Chinês, para as indústrias fabricantes de equipamentos elétricos de alta eficiência energética, que utilizavam o aço GNO como insumo de sua produção. A preocupação do GTIP não foi com a estrutura de concorrência no mercado do produto sujeito à medida, mas na cadeia a jusante, e concluiu que a manutenção da medida antidumping para o aço GNO violava o interesse público, em razão dos efeitos negativos sobre as empresas fabricantes de equipamentos elétricos de alta eficiência energética, sobretudo no que diz respeito a sua capacidade de competir com empresas estrangeiras tanto no mercado doméstico quanto em terceiros países.

Inicialmente, a CAMEX, por meio da Resolução CAMEX nº 74, de 2014, havia reduzido a zero a medida antidumping aplicada às importações brasileiras de aços GNO para

¹³⁷ Resolução CAMEX nº 117, de 18 de dezembro de 2013, publicada no D.O.U. de 20 de dezembro de 2013.

um volume de 45.000 (quarenta e cinco mil) toneladas, com a intenção de que essa modulação da aplicação da medida corrigisse os efeitos anticoncorrenciais à cadeia a jusante. Posteriormente, em segunda análise de interesse público, determinou-se, por meio da Resolução CAMEX nº 108, de 2015, a redução da medida aplicada às alíquotas de 32,1% a 76,6%.

Ademais, no item anterior comentou-se o Ato de Concentração nº 08012.007861/2001-81, em que a aquisição das ações da Biobrás pela Novo Nordisk foi aprovada pelo CADE. Nessa ocasião, a autarquia oficiou o DECOM, que iniciou um processo de revisão das medidas antidumping aplicadas às importações de insulina da Dinamarca, dos EUA e da França, para apurar a necessidade de manutenção da medida ante as alterações do mercado e da concorrência. O processo foi instaurado pelo DECOM em razão de alterações nas condições de mercado, mas seria hipótese para se fundamentar a suspensão de uma medida por razões de interesses públicos (ou de interesse nacional, que era o termo presente no decreto que então regulamentava procedimentos administrativos relativos à aplicação de medidas antidumping). Nesse caso, as alterações nas condições de mercado poderiam implicar o domínio do mercado relevante de insulina, o que acarretaria dano à livre concorrência contrário ao interesse público.

O Decreto nº 1.602, de 1995, possuía dispositivo que indicava órgão ou entidade da Administração Pública Federal como legitimado a solicitar o início de um processo de revisão das decisões relativas à aplicação de direito antidumping. O atual regulamento brasileiro antidumping, o Decreto nº 8.058, de 2013, não previu como competência do DECOM a análise dos pleitos sobre razões interesse público, que passou a ser conduzidas pelo GTIP. Na Resolução CAMEX nº 27, de 2015, disciplina, no âmbito do Grupo Técnico de Avaliação de Interesse Público (GTIP), os procedimentos administrativos de análise de pleitos, há a previsão de que os órgãos da Administração Pública Federal possam solicitar, a qualquer tempo, por meio de documento contendo informações e justificativas, análise do Grupo acerca de qualquer medida definitiva vigente ou de investigação em curso, independentemente de manifestações recebidas¹³⁸.

¹³⁸ Art. 5º do Anexo da Resolução CAMEX nº 27, de 29 de abril de 2015, publicada no D.O.U. de 4 de maio de 2015

O CADE possui, portanto, legitimidade para solicitar a análise do GTIP acerca de medidas antidumping vigente ou de investigação em curso, expondo suas razões por que entende que determinada medida deveria ser suspensa ou revista. Importante alteração, no entanto, diz respeito ao momento da solicitação da análise de interesse público. Nos autos do processo nº 08700.001571/2009-22, com relação aos efeitos de eventual aplicação de medida antidumping às importações de filmes de BOPP, o CADE decidiu que eventuais consequências à concorrência só poderiam ser analisadas, caso a medida fosse definitivamente aplicada pela CAMEX, e encerrou o processo sem julgar o mérito. Segundo o disposto na Resolução CAMEX nº 27, de 2015, o CADE poderia solicitar ao GTIP que iniciasse a análise de interesse público ainda sob pendência de uma determinação final do DECOM sobre a recomendação de aplicação de uma medida antidumping. Dessa forma, o entendimento do CADE poderá ser atualizado e, caso entenda que há conjunto probatório suficiente para iniciar uma análise de interesse público com base nos possíveis efeitos à livre concorrência, poderá solicitar a instauração do procedimento pelo GTIP antes da conclusão do processo conduzido pelo DECOM.

4.3 Conflito e convergência entre interesses jurídicos protegidos

O direito antidumping e o direito antitruste são mecanismos de realização da política econômica do Estado e protegem interesses jurídicos distintos. Enquanto o direito antitruste busca promover a livre concorrência, o direito antidumping objetiva a proteção da indústria doméstica. A utilização de um dos instrumentos pode implicar impactos negativos ao bem jurídico protegido pelo outro.

De um lado, pode-se ilustrar o efeito da utilização dos mecanismos do direito antidumping na livre concorrência. O direito antitruste preza pela disseminação das estruturas de poder econômico, e busca coibir o domínio de mercado relevante. A aplicação de uma medida antidumping objetiva neutralizar o efeito danoso da prática de discriminação de preços sobre a indústria doméstica.

A imposição de uma medida antidumping sobre as exportações de um determinado produto o encarece, e o efeito esperado é que o volume de importação do produto a preço de dumping se reduza. Ainda que não se controle qual será o efeito dessa restrição para a indústria doméstica, porquanto pode haver tanto o desvio de comércio, em que há o deslocamento da

importação para produtos originários de países não sujeitos à medida, quanto a elevação das vendas da indústria doméstica, há um efeito negativo à livre concorrência, em razão da aplicação da medida. Nada impede o surgimento de novos agentes econômicos, porém o que se observa, pelo menos em curto prazo, é que cresça a participação dos agentes econômicos que já atuam no mercado.

Tendo em vista que os principais usuários dos mecanismos do direito antidumping correspondem a indústrias que atuam numa estrutura de monopólio ou de oligopólio¹³⁹, a aplicação de uma medida antidumping reforça o domínio do mercado relevante. Deve-se ressaltar que a concorrência em um mercado relevante pode ocorrer entre os produtores nacionais e estrangeiros, que competem pelo mercado de consumidores finais, mas também ocorre entre os produtores nacionais e os importadores brasileiros, quando os importadores não são os consumidores finais do produto. A imposição de uma medida antidumping não afeta negativamente apenas os produtores estrangeiros, mas possui efeitos econômicos relevantes para os importadores cuja atividade econômica constitui na importação e distribuição do produto.

A aplicação de medida antidumping não possui o intuito de impedir as importações, apenas o de proteger a indústria doméstica contra os efeitos danosos da prática discriminatória de preços. Uma empresa em posição monopolística poderia, no entanto, aproveitar-se da proteção recebida contra as importações, para abusar de sua posição dominante. O mercado de magnésio primário poderia ilustrar o exemplo: foram aplicadas medidas antidumping às importações de magnésio metálico, originárias da China e da Rússia, e às importações de magnésio em pó, originárias da China. A RIMA Industrial S.A., única produtora nacional e indústria doméstica dos processos que culminaram na aplicação das medidas comentadas, também atua nos mercados de ligas de magnésio e de autopeças, e poderia recusar-se

¹³⁹ Este trabalho não possui o interesse de discutir a razão pelo fato de os principais usuários do direito antidumping fazerem parte de mercados concentrados. Indústrias domésticas fragmentadas possuem legitimidade de pleitear a aplicação de uma medida antidumping, mas certamente o nível de concertação necessário para que uma indústria fragmentada possa reunir esforços para, conjuntamente, apresentar uma petição para iniciar uma investigação antidumping é superior àquele presente em mercados concentrados.

injustificadamente a contratar com seus concorrentes do mercado *downstream*¹⁴⁰, que utilizam o magnésio primário em seus processos produtivos.¹⁴¹

A indústria doméstica beneficiária da medida antidumping estaria subvertendo os objetivos da aplicação da medida para obter uma vantagem competitiva em outros mercados diferente do protegido. Essa utilização da proteção poderia ser enquadrada como uma infração à ordem econômica, e a penalidade imposta pelo CADE poderia envolver a aplicação de multas administrativas e, até mesmo, a recomendação para que se procedesse uma análise de interesse público para que se suspendesse a medida antidumping.

De outro lado, a tutela dos interesses da concorrência podem impactar negativamente os produtores nacionais frente a concorrência estrangeira. A concentração de mercado pode ter efeitos positivos para a eficiência econômica, para os ganhos de escala ou para a alocação dos recursos, que podem contribuir para a robustez da indústria nacional e para o aumento da capacidade de atuação num ambiente de concorrência internacional. A necessidade de se submeterem atos de concentração ao Sistema de Defesa da Concorrência, porém, justifica-se pelo interesse em proibir o acúmulo de poder econômico, porque se pressupõe que o domínio do mercado relevante possui efeitos anticoncorrenciais, ainda que apenas potenciais.¹⁴²

Atos de concentração que impliquem a fusão ou a incorporação de produtores nacionais por grupos estrangeiros podem ser autorizadas pelo direito antitruste e o volume de comércio entre empresas afiliadas pode gerar efeitos contrários à proteção da indústria doméstica. Imagine-se que a indústria doméstica de produtos de insulina fosse composta por duas empresas produtoras nacionais¹⁴³; nesse cenário, a aprovação do ato de concentração da empresa Biobrás e o Grupo Novo poderia implicar o crescimento do fluxo comercial entre a exportadora dinamarquesa, cujas exportações estavam sujeitas à medida antidumping e a

¹⁴⁰ Mercado *downstream* significa o mercado a jusante ou abaixo do mercado de origem.

¹⁴¹ Este é um exemplo ficcional, porquanto os dados tomados como verdadeiros neste exemplo foram afastados pelo CADE no Inquérito Administrativo nº 08700.000671/2014-07, comentado acima.

¹⁴² Este trabalho possui como interesse de pesquisa o espaço de conflito entre o direito antidumping e o direito antitruste em decorrência da aplicação de medidas antidumping. Os efeitos negativos à produção nacional decorrente da tutela da concorrência foram aqui ilustrados apenas para referir que os danos aos interesses jurídicos de cada um dos instrumentos de política econômica podem ocorrer pela utilização de um ou de outro instrumento. Não faz parte do escopo deste trabalho, no entanto, discutir os possíveis efeitos da defesa da livre concorrência sobre os setores industriais.

¹⁴³ Esse é um exemplo ficcional, porquanto o caso real discutido acima, e nele a indústria doméstica foi definida como o único produtor nacionais de insulina, a empresa Biobrás S.A., que foi adquirida pelo Grupo Novo (Novo Nordisk), sediado na Dinamarca, país cujas exportações foram gravadas por medida antidumping.

empresa afiliada brasileira. O preço de transferência entre as empresas afiliadas poderia não corresponder ao preço de mercado, ainda mais tendo em consideração que a medida antidumping aplicada às importações da Novo Nordisk A/S (empresa dinamarquesa) fora definido como alíquota *ad valorem*, de forma que as empresas afiliadas teriam interesse em fixar, artificialmente, um preço mais baixo para diminuir o efeito da medida aplicada.

Nesse cenário, a medida antidumping estaria sendo frustrada, e a proteção à indústria doméstica seria prejudicada, porque se criaria uma vantagem competitiva para as empresas afiliadas, que poderia implicar o fato de a outra empresa produtora nacional não recuperar a posição de não dano, como objetivado pelo direito antidumping¹⁴⁴. A empresa prejudicada, que faz parte da indústria doméstica poderia solicitar a redeterminação, prevista no art. 155 do Decreto nº 8.058, de 2013, sob o fundamento de que a medida antidumping aplicada está com sua eficácia comprometida em razão da forma de aplicação da medida, que poderia passar a ser cobrada como alíquota específica, e até mesmo solicitar que a empresa afiliada ao exportador fosse excluída da definição de indústria doméstica e se procedesse a uma revisão que levasse em consideração o relacionamento entre a produtora nacional e o a empresa exportadora.

Como instrumentos de política econômica, a tutela dos interesses jurídicos protegidos pelo direito antidumping e pelo direito antitruste possui consequências para além da proteção do interesse imediatamente almejado. Os dois instrumentos perseguem objetivos diferentes que podem levar a situações conflitantes na ordem econômica: antidumping é um instrumento de defesa comercial dirigido a indústrias prejudicadas pelas importações; estas últimas, por seu turno, desempenham um importante papel na contestabilidade dos mercados, condição defendida pelas regras antitruste para a promoção da concorrência.¹⁴⁵

O direito antidumping e o direito antitruste são elementos de políticas públicas¹⁴⁶, porque são componentes da coordenação dos meios à disposição do Estado para a realização

¹⁴⁴ Some-se a esse fato o dano à concorrência *per se*, na medida em que a vantagem competitiva decorrente do artifício explicado colocaria as empresas afiliadas em posição privilegiada diante dos demais agentes econômicos atuantes no mercado de insulina.

¹⁴⁵ MONTEIRO, Carmen Diva Beltrão, GALVÃO, Leticia Andreoli. Interesse Público: Critérios para consideração em processos de investigação antidumping. SEAE/MF Documento de Trabalho nº 44, 2006. p. 5

¹⁴⁶ Finger não considera o direito antidumping como um elemento de política pública, mas um elemento de política privada do Estado, que serve aos interesses particulares das indústrias protegidas: “*Antidumping is not public policy, it is private policy. It is a harnessing of state power to serve a private interest: a means by which one competitor can use the power of the state to gain an edge over another competitor. Antidumping regulation was created by removing from antitrust law the check and balances that constrain antitrust policy to disciplining only*

dos objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados¹⁴⁷. A interação entre os dois instrumentos insere-se na investigação sobre a atuação do Estado para implementar escolhas políticas¹⁴⁸ orientadas pela necessidade de realização das possibilidades jurídicas e fáticas existentes¹⁴⁹, tendo em conta o contexto de coerência em que se inserem.

Barral apresenta razões, que seriam consciente ou inconscientemente omitidas para justificar o fundamento jurídico do direito antidumping. A essas justificativas, deu o nome de fundamentos inconfessados. “O primeiro desses fundamentos se relaciona com a ideia subjacente de que o dumping ocorre quando o produto estrangeiro está sendo vendido por um preço abaixo do preço justo”¹⁵⁰. O autor rechaça esse fundamento, sob o argumento de que, economicamente, não se poderia cogitar de uma base racional para determinar a justiça do preço, uma vez que este seria resultado das estruturas de mercado.

Em que pese este trabalho concorde com a impossibilidade de fundamentar o direito antidumping na busca pela promoção do preço justo, entende-se aqui que nem o marco multilateral tampouco o conjunto normativo que regula a aplicação do direito antidumping no Brasil tenha cogitado parâmetros de justiça para o preço praticado no comércio internacional. A consideração sobre prática de comércio desleal identifica-se na prática de discriminação de preços entre mercados nacionais e não sobre o preço em si. Quando se apura a margem de dumping, os preços praticados na exportação e o valor normal correspondem apenas como parâmetro para determinar eventual discriminação de preços.

Ademais, como já apontado anteriormente, a discriminação de preços é, muitas vezes, um comportamento natural decorrente das estruturas de mercado em que atua determinada

competitive practices that compromise society's overall interests. Antitrust is in both theory and practice an instrument to defend the public interest.” FINGER, Michael J. **Antidumping: How it works and who gets hurt.** The University of Michigan, 1993. p. 34. De forma oposta, este autor acredita que o direito antitruste é um instrumento de política pública que serve ao interesse público. No mesmo sentido, Furlan argumenta que a promoção da livre concorrência e os instrumentos de comércio exterior, aí incluídas as medidas de defesa comercial, são políticas públicas necessárias para a manutenção e alcance dos objetivos constitucionais para a ordem econômica. BRASIL. CADE - Petição no 08700.001571/2009-22, voto-vista do conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, proferido em 30 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e142d522e036c85baf53f145>. Acessado em 28 de outubro de 2015 p. 13

¹⁴⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. Revista de Informação Legislativa, n. 133, p. 89-98, 1997. p. 91

¹⁴⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. Cit., 1997. p. 92

¹⁴⁹ ALEXY, Robert. Op. cit., 2008, p. 75-76

¹⁵⁰ BARRAL, Welber. Dumping e comércio internacional: a regulamentação antidumping após a Rodada Uruguai. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 39

empresa e não constitui, em si, prática desleal de comércio. O parâmetro de justiça, então, não poderia ser identificado no preço, mas somente na discriminação de preços que implique efeitos danosos à indústria doméstica. O nexo de causalidade encontra-se na própria definição da prática que pode ser contra-arrestada pelos instrumentos do direito antidumping.

O segundo fundamento subjacente à legitimidade das medidas antidumping, ainda que inconfessado, a que se refere o autor é a necessidade de defesa do mercado nacional¹⁵¹. Segundo o autor, esse fundamento objetivaria defender empresas nacionais e os postos de trabalho no país. Para opor-se a esse fundamento, o autor afirma que as empresas não necessariamente seriam constituídas por capital nacional, e que a aplicação de uma medida antidumping poderia ter efeitos nos postos de trabalho das indústrias intermediárias¹⁵².

O argumento de defesa do mercado nacional também não se sustenta, mas não o é pelos fatores apresentados por Barral. O direito antidumping não protege o bem jurídico “mercado nacional”, mas a indústria nacional, sendo que esta é definida sempre em função de um produto específico e não leva em consideração a cadeia a jusante ou a montante. Isso não quer dizer que o sistema de defesa comercial não esteja atento aos efeitos da utilização do direito antidumping sobre os agentes econômicos como um todo, como ocorre nas análises em razão de interesse público.

Barral afirma que, na valoração do que possa ser o mercado nacional, “negligencia-se o fato de que a defesa de determinado ramo da indústria nacional traz custos para outros setores para os consumidores e para a renda nacional como um todo, (...) e consagra a defesa de um ramo industrial específico como um objetivo em si, como se fosse necessariamente benéfico para toda a sociedade”¹⁵³, e propõe que o fundamento de aplicação do direito antidumping fosse a eficiência produtiva.

Embora o direito antidumping sofra críticas sobre ser “apenas uma forma de proteção qualquer, com um bom programa de relações públicas”¹⁵⁴, deve-se ter em mente que a proteção à indústria doméstica é um interesse jurídico legítimo para os Estados. Os instrumentos de

¹⁵¹ BARRAL, Welber. Op. Cit., 2000. p. 41

¹⁵² BARRAL, Welber. Op. Cit., 2000. p. 41

¹⁵³ BARRAL, Welber. Op. Cit., 2000. p.41

¹⁵⁴ FINGER, Michael J. **Antidumping: How it works and who gets hurt**. The University of Michigan, 1993. p. 13 (tradução livre)

defesa comercial surgem pela necessidade de resguardar a possibilidade jurídica de adotar políticas públicas de proteção às indústrias domésticas, ao mesmo passo em que se articulava a liberalização comercial em âmbito multilateral.

O sistema multilateral de comércio adota como premissa a liberalização do comércio internacional como fator de desenvolvimento¹⁵⁵; porém, a ideia de livre mercado insere-se em um regime que adota a intervenção e a regulação estatal para promoção do bem-estar social. Ruggie descreve a orientação política existente na comunidade internacional do pós-guerra – momento em que são definidas as principais características do sistema multilateral de comércio – um liberalismo embutido. O liberalismo embutido corresponderia à tentativa de confluência entre dois objetivos: a promoção do livre comércio e a permissão para a intervenção estatal na economia para defender os interesses nacionais¹⁵⁶.

No liberalismo embutido, o multilateralismo e a busca pela estabilidade doméstica não podem ser compreendidos de forma dissociada, porque se condicionam mutuamente e implicam a legitimidade compartilhada de um conjunto de objetivos sociais. Segundo o autor, as regras desse regime não só comportam exceções ao livre comércio, mas a possibilidade de recurso às exceções permitiu uma solução de compromisso para a construção do regime do comércio internacional do pós-guerra¹⁵⁷.

A liberalização comercial que instigou a construção do sistema de comércio multilateral, portanto, comporta exceções¹⁵⁸, cujo objetivo é garantir o exercício da soberania na defesa dos interesses particulares de cada Estado-membro, e sem as quais a própria existência do regime estaria comprometida. O direito antidumping é, nesse contexto, um instrumento de exercício de soberania para proteção da indústria doméstica e das políticas de desenvolvimento.

¹⁵⁵ De acordo com o preâmbulo do Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio, o sistema multilateral de comércio tem como objetivo promover o desenvolvimento por meio da liberalização do comércio pela redução substancial das tarifas aduaneiras e dos demais obstáculos ao comércio em bases recíprocas, garantindo a eliminação do tratamento discriminatório nas relações comerciais internacionais.

¹⁵⁶ RUGGIE, John Gerard. *International regime, transactions, and change: embedded liberalism in the postwar economic order*. In: *International Organization*, volume 36, no. 2, *International Regimes*, 379-415. Cambridge: MIT Press, 1982. p. 381

¹⁵⁷ RUGGIE, John Gerard. Op. Cit., 1982. p. 398

¹⁵⁸ A defesa comercial corresponde a uma das hipóteses de exceção ao livre comércio juntamente às exceções de tratamento especial e diferenciado a países em desenvolvimento, de integração regional, de salvaguarda do balanço de pagamentos e para contra-arrestar grave prejuízo decorrente de surto de importações.

A proteção da indústria não é, porém, um fim em si mesma; e os objetivos politicamente determinados da ordem econômica devem ser perseguidos por meio do conjunto dos programas do Estado, em que sejam também privilegiados os demais interesses econômicos que conformam a ordem econômica. O direito antitruste elenca a proteção da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico; interesses que não são incompatíveis com as escolhas públicas de proteção e de desenvolvimento.

O direito antidumping, no entanto, não é o único instrumento de promoção das políticas de desenvolvimento, e o próprio direito antitruste corresponde a um “meio para se criar uma economia eficiente, na qual os consumidores dispõem de maior variedade de produtos pelos menores preços possíveis, desfrutando de um nível máximo de bem-estar econômico”¹⁵⁹ de vocação para o desenvolvimento.

Há um objetivo comum de estímulo à obtenção de vantagens competitivas dinâmicas, que pode representar o ponto de convergência entre o direito antidumping e o direito antitruste¹⁶⁰. O desafio é encontrar a medida de estímulo ao desenvolvimento por meio dos instrumentos de exposição da indústria doméstica aos mecanismos da concorrência e de proteção. Há um espectro de dano à concorrência que é tutelado pelo Estado, sempre que seja necessária a proteção de determinada indústria para alcançar os objetivos políticos de desenvolvimento.

A utilização do direito antidumping possui consequências econômicas que transcendem os objetivos imediatos de sua aplicação, e afeta o processo concorrencial nos mercados nacionais e internacionais; porém, como o direito antidumping tem como foco o dano à indústria doméstica e não à concorrência, é natural que se estabeleça um viés protecionista¹⁶¹. Para promover a proteção da indústria doméstica, o sistema jurídico brasileiro aceita os efeitos

¹⁵⁹ MACERA, Andrea Pereira. A interação entre antitruste e antidumping: problema ou solução? SEAE/MF Documento de Trabalho no 36, 2006. p.13

¹⁶⁰ FARINA, Elisabeth; AZEVEDO, Paulo Furquim. Política Industrial e Defesa da Concorrência: Considerações sobre a Experiência Brasileira dos Anos 90. Economia, 2001, vol. 2, n. 2, p. 518. Os autores discutem no texto a compatibilidade entre a política industrial e a defesa da concorrência. Suas conclusões neste texto são extrapoladas para a discussão da compatibilidade entre direito antidumping e direito antitruste, porque possuem o denominador comum da proteção.

¹⁶¹ MACERA, Andrea Pereira. A interação entre antitruste e antidumping: problema ou solução? SEAE/MF Documento de Trabalho no 36, 2006. p.6

concorrenciais negativos impostos aos demais agentes econômicos do mercado, de forma que há um espectro de dano à livre concorrência é tolerado pelo direito. O dano à livre concorrência resultante da aplicação de medidas antidumping será compatível com a ordem econômica sempre que sua imposição contribua para a pretensão de desenvolvimento do Estado e não implique consequências mais danosas à concorrência se comparado aos efeitos positivos da aplicação da medida.

Conclusão

Os instrumentos do direito antidumping e do direito antitruste, como políticas públicas, são programas de ação do governo para a realização de objetivos determinados¹⁶², por meio dos quais o Estado interfere na ordem econômica para promover a realização dos interesses políticos. Os bens jurídicos protegidos por cada um dos instrumentos são distintos, e, em certa medida, contraditórios. Enquanto o direito antidumping busca proteger a indústria doméstica dos efeitos danosos da prática discriminatória de preços, o direito antitruste busca expor os agentes econômicos a um ambiente de livre concorrência.

A aplicação de uma medida antidumping possui efeitos anticoncorrenciais, na medida em que implica o aumento dos custos de importação de determinado produto e constrange a posição de certos agentes econômicos no mercado. As consequências negativas à concorrência não são efeitos colaterais da aplicação das medidas antidumping, mas um efeito previsível e esperado da imposição da medida. O desequilíbrio concorrencial desejado é aquele que implica a proteção da indústria doméstica, ainda que os efeitos reais da aplicação da medida antidumping não sejam passíveis de controle e possam resultar em desvio de comércio em favor de terceiras partes.

Para promover a proteção da indústria doméstica, o sistema jurídico brasileiro aceita os efeitos concorrenciais negativos impostos aos demais agentes econômicos do mercado, de forma que o dano à livre concorrência é tolerado pelo direito. A proteção da indústria doméstica não é um fim em si mesma e deve ser observada dentro do contexto de coerência dos diversos interesses políticos, e, quando o impacto da imposição da medida de defesa comercial sobre os agentes econômicos como um todo se mostrar potencialmente mais danoso se comparado aos efeitos positivos da aplicação da medida, o Estado deve intervir para fazer prevalecer seus demais interesses políticos.

A dificuldade de definir as hipóteses em que a vigência de uma medida antidumping implica um dano injusto à concorrência deriva do fato de que cada um dos sistemas fundamenta-se sob conceitos distintos, cuja falta de correspondência pode prejudicar a análise de compatibilização dos interesses jurídicos protegidos. Quando os efeitos da proteção à indústria

¹⁶² BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. Cit., 1997. p. 95

doméstica excedem a base material que serviu de fundamento para a imposição da medida, pode estar-se diante de uma situação fática capaz de reclamar uma interpretação sistêmica que privilegie a livre concorrência.

A análise de interesse público corresponde a uma forma de convergir as políticas públicas de proteção e de exposição dos agentes econômicos, como são os instrumentos do direito antidumping e do direito antitruste, respectivamente. Deve ter-se em conta que não são quaisquer efeitos à concorrência que devem legitimar a modulação da aplicação das medidas antidumping, porquanto a medida de efetividade da imposição de uma medida antidumping é a interferência nas estruturas concorrenciais em favor da indústria doméstica.

A utilização do direito antidumping para promover a proteção da indústria doméstica é compatível com os efeitos concorrenciais negativos impostos aos demais agentes econômicos do mercado, de forma que há um espectro de dano à livre concorrência é tolerado pelo direito. O dano à livre concorrência decorrente da utilização dos instrumentos de direito antidumping será compatível com a ordem econômica sempre que a aplicação de medidas antidumping contribua para a pretensão de desenvolvimento do Estado e não implique consequências mais danosas à concorrência se comparado aos efeitos positivos da aplicação da medida.

Referências

- ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- _____. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, Thalys Ryan de. A repercussão do conceito de produto similar do Acordo Antidumping na definição da indústria doméstica In: HEES, F.; Valle, M. (Org.). “Dumping, subsídios e salvaguardas: revisitando aspectos técnicos dos instrumentos de defesa comercial”. 1ª ed. São Paulo: Editora Singular, 2012, v. 1, p. 293-308
- BARRAL, Welber. Dumping e comércio internacional: a regulamentação antidumping após a Rodada Uruguai. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BRASIL. CADE - Ato de Concentração nº 08012.007861/2001-81, voto do conselheiro Thompson Almeida Andrade, proferido em 25 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e142d522e036c85baf53f145>. Acessado em 28 de outubro de 2015
- _____. CADE - Ato de Concentração nº 08012.013697/2007-36, voto do conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos, proferido em 27 de fevereiro de 2008. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e142d522e036c85baf53f145>. Acessado em 28 de outubro de 2015
- _____. CADE - Ato de Concentração nº 08012.013067/2007-61. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e142d522e036c85baf53f145>. Acessado em 8 de novembro de 2015.
- _____. CADE - Ato de Concentração nº 08012.010218/2007-20. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e142d522e036c85baf53f145>. Acessado em 8 de novembro de 2015.
- _____. CADE - Inquérito Administrativo nº 08700.000671/2014-07. Nota Técnica nº 428/2014/Superintendência-Geral, de 19 de dezembro de 2014. Disponível em: http://invenis.com.br/pdfEngine/files/2014_pareceres_CADE/12_Dezembro/22122014_a_261_22014/22_IA_08700.000671_2014_07_SG.PDF. Acessado em 30 de outubro de 2015.
- _____. CADE - Petição nº 08700.001571/2009-22, voto-vista do conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, proferido em 30 de setembro de 2009. Disponível em:

<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e142d522e036c85baf53f145>. Acessado em 28 de outubro de 2015

_____. CADE - Petição nº 08700.001571/2009-22, voto-vista do conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, proferido em 16 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e142d522e036c85baf53f145>. Acessado em 28 de outubro de 2015

_____. Circular SECEX nº 3 de 6 de fevereiro de 2014, publicada no D.O.U. de 10 de fevereiro de 2014

_____. Constituição Federal de 1988.

_____. Decreto nº 1.488, de 11 de maio de 1995.

_____. Decreto nº 1.751, de 19 de dezembro de 1995

_____. Decreto nº 8.058, de 26 de julho de 2013.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor

_____. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 – Lei da Propriedade Industrial

_____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011

_____. Resolução CAMEX nº 1, de 2 de fevereiro de 2001, publicada no D.O.U. de 23 de fevereiro de 2001

_____. Resolução CAMEX nº 2, de 23 de fevereiro de 2001, publicada no D.O.U. de 6 de março de 2001.

_____. Resolução CAMEX nº 2, de 16 de janeiro de 2004, publicada no D.O.U. de 19 de janeiro de 2004.

_____. Resolução CAMEX nº 36, de 13 de dezembro de 2004, publicada no D.O.U. de 15 de dezembro de 2004.

_____. Resolução CAMEX nº 4, de 03 de março de 2005, publicada no D.O.U. de 7 de março de 2005

_____. Resolução CAMEX nº 18, de 25 julho de 2006, publicada no D.O.U. de 27 de julho de 2006

_____. Resolução CAMEX nº 92, de 18 de dezembro de 2012, publicada no D.O.U. de 19 de dezembro de 2012.

_____. Resolução CAMEX nº 35, de 15 de maio de 2013, publicada no D.O.U. de 16 de maio de 2013.

_____. Resolução CAMEX nº 115, de 18 de dezembro de 2013, publicada no D.O.U. de 20 de dezembro de 2013.

_____. Resolução CAMEX nº 116, de 18 de dezembro de 2013, publicada no D.O.U. de 20 de dezembro de 2013.

_____. Resolução CAMEX nº 117, de 18 de dezembro de 2013, publicada no D.O.U. de 20 de dezembro de 2013.

_____. Resolução CAMEX nº 39, de 22 de maio de 2014, publicada no D.O.U. de 22 de maio de 2014

_____. Resolução CAMEX nº 46, de 3 de julho de 2015, publicada no D.O.U. de 4 de julho de 2014

_____. Resolução CAMEX nº 74, de 22 de agosto de 2015, publicada no D.O.U. de 25 de agosto de julho de 2014

_____. Resolução CAMEX nº 27, de 29 de abril de 2015, publicada no D.O.U. de 4 de maio de 2015

_____. Resolução CAMEX nº 32, de 29 de abril de 2015, publicada no D.O.U. de 4 de maio de 2015

_____. Resolução CAMEX nº 41, de 5 de maio de 2015, publicada no D.O.U. de 7 de maio de 2015

_____. Resolução CAMEX nº 77, de 4 de agosto de 2015, publicada no D.O.U. de 5 de agosto de 2015

_____. Resolução CAMEX nº 91, de 24 de setembro de 2015, publicada no D.O.U. de 25 de setembro de 2015

_____. Resolução CAMEX nº 106, de 4 de novembro de 2015, publicada no D.O.U. de 5 de novembro de 2015

_____. Resolução CAMEX nº 108, de 4 de novembro de 2015, publicada no D.O.U. de 5 de novembro de 2015

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. Revista de Informação Legislativa, n. 133, p. 89-98, 1997.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. In: Jurisdição e Hermenêutica Constitucional. Coord. Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2004.

COMPARATO, Fábio K.. O indispensável direito econômico, in: Ensaios e pareceres de direito empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978. pp. 453-72. 1978.

FARINA, Elisabeth; Azevedo Paulo Furquim. Política Industrial e Defesa da Concorrência: Considerações sobre a Experiência Brasileira dos Anos 90. Economia, 2001, vol. 2, n. 2, p. 513-547.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Direito econômico. São Paulo : MP Ed., 2006

FINGER, Michael J. *Antidumping: How it works and who gets hurt*. The University of Michigan, 1993.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 6. ed., rev. e atual. [São Paulo]: Revista dos Tribunais, 2013.

GRAU, E. R. . A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia; entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

HEES, Felipe. Interesse público e a aplicação de medidas antidumping no Brasil. Revista Brasileira de Comércio Exterior – RBCE nº 114, FUNCEXRBCE, Jan-Mar de 2013.

_____. O dumping ao longo da História e seus efeitos para o comércio, In: HEES, F.; Valle, M. (Org.). “Dumping, subsídios e salvaguardas: revisitando aspectos técnicos dos instrumentos de defesa comercial”. 1ª ed. São Paulo: Editora Singular, 2012, v. 1, p. 25-54.

KRUGMAN, Paul R.; OBSTFELD, Maurice. Economia Internacional: Teoria e Política. 8. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010.

MACERA, Andrea Pereira. A interação entre antitruste e antidumping: problema ou solução? SAEA/MF Documento de Trabalho nº 36, 2006.

MANKIWI, N. Gregory. Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

MELLO, M. T. L.; POSSAS, M. Direito e Economia na Análise de Condutas Anticompetitivas. In: Mario Possas. (Org.). Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência. 1ed.São Paulo: Singular, 2002, v., p. 135-159.

MONTEIRO, Carmen Diva Beltrão, GALVÃO, Leticia Andreoli. Interesse Público: Critérios para consideração em processos de investigação antidumping. SEAE/MF Documento de Trabalho nº 44, 2006.

NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais. 1. ed. São Paulo: WMF MARTINS FONTES, 2013.

NOMAN, Rafaela Teixeira Vieira. As lacunas do acordo antidumping relacionadas à determinação da prática dumping. 2011. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília, Departamento de Economia, 2011.

OMC. Acordo Constitutivo da Organização Mundial de Comércio. Disponível em: <www.mdic.gov.br> Acesso em: 15 de nov. de 2015.

_____. Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994. Disponível em: <www.mdic.gov.br> Acesso em: 15 de nov. de 2015.

_____. Acordo sobre a Implementação do Artigo VI do Acordo Geral Sobre Tarifas e Comércio 1994. 1994. Disponível em: <www.mdic.gov.br> Acesso em: 15 de nov. de 2015.

_____. Acordo sobre Salvaguardas. Disponível em: <www.mdic.gov.br> Acesso em: 15 de nov. de 2015.

_____. Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias. Disponível em: <www.mdic.gov.br> Acesso em: 15 de nov. de 2015.

ROSAR, Soraya Rosar, SPADANO, Lucas. Grupo Técnico de Avaliação de Interesse Público (GTIP): a visão do setor privado. Revista Brasileira de Comércio Exterior – RBCE nº 114, FUNCEXRBCE, Jan-Mar de 2013

RUGGIE, John Gerard. *International regime, transactions, and change: embedded liberalism in the postwar economic order*. In: *International Organization, volume 36, no. 2, International Regimes, 379-415*. Cambridge: MIT Press, 1982.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Ilícito Antitruste e Acordos entre concorrentes. In: Mario Possas. (Org.). Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência. 1ed.São Paulo: Singular, 2002, v., p. 97-134.

SHENEFIELD, John H., STELZER, Irwin M. The Antitrust Laws: a primer. Washington D.C.: The AEI Press, 1996

TAUFICK, Roberto Domingos. A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

THORSTENSEN, Vera. OMC – Organização mundial do comércio – as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais. São Paulo :Aduaneiras, 2001.