

DUMPING EM SERVIÇOS ?

José Roberto Pernomian Rodrigues¹

A abordagem do tema “dumping” é bastante antiga, sendo extremamente difícil estabelecer-se quando a questão surgiu pela primeira vez; parece mesmo que o dumping é imanente à própria competição. Podendo-se colocar algo em comércio é possível se imaginar a possibilidade da sua prática. Assim, não existem estudos precisando seu marco inicial, sendo mera especulação entre os autores o seu surgimento histórico.

Talvez por essa razão Jacob Viner tenha dado ênfase à Revolução Industrial Inglesa como sendo um dos fatores que trouxeram à tona a questão, afirmando que a primeira imposição significativa dos direitos antidumping deu-se contra as indústrias inglesas.²

Viner afirma que a prática do dumping pelos produtores americanos foi bastante comum nas últimas décadas do século XIX.³ Mas a prática não foi utilizada apenas pelas empresas norte-americanas, como também pelas alemãs, japonesas, inglesas, belgas, francesas, austríacas, enfim, pelas empresas de todos os países industrializados.

Contudo a primeira legislação que tratou da repressão às práticas de dumping especificamente foi uma lei canadense de 1904, fruto do dumping praticado pela Steel Corporation dos Estados Unidos da América contra as empresas canadenses.⁴ A esta seguiram-se a lei da Nova Zelândia (1905) e a lei da Austrália (1906). A justificativa parecia ser a preocupação desses países com a ação das grandes companhias, especialmente americanas, cuja atuação era ruínosa para as suas indústrias. Os Estados Unidos e o Reino Unido também criaram suas leis antidumping antes da Primeira Guerra Mundial, visando a impedir a atuação dos cartéis alemães nos seus territórios.⁵ A partir de então vários países foram criando suas legislações repressoras à prática do dumping até chegarmos ao GATT, em 1947.

¹ Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Advogado Empresarial

² Dumping: A Problem in International Trade, reprinted, New York, Augustus M. Kelley Publishers, 1966, p. 36.

³ idem, p. 80.

⁴ idem, p. 86.

⁵ JACKSON, John H., "Dumping in International Trade: Its Meaning and Context", in Antidumping law and practice: a comparative study, Ann Arbor, Michigan University Press, 1989, chapter 1, p. 02.

O dumping parece representar uma prática perniciosa ao comércio normal. O artigo VI do General Agreement on Tariffs and Trade de 1947 foi uma tentativa das Partes Contratantes de limitar a imposição abusiva de direitos antidumping. Isso porque a sua imposição ocorria com uma tal frequência e tão indistintamente que acabava por atingir situações que não poderiam ser caracterizadas como dumping.

A palavra dumping é de origem inglesa, tendo sido incorporada por diversas línguas na sua grafia original, dentre elas o português. O Black's Law Dictionary define dumping como *the act of selling in quantity at a very low price or practically regardless of the price; also, selling goods abroad at less than the market price at home*⁶; esse parece ser o conceito original e primário da palavra, relativamente ao comércio.

Ao definir dumping, Nicolaidis afirma que a palavra é geralmente empregada como venda de um bem a preço menor que seu preço normal, esclarecendo que existem duas acepções para a expressão "preço normal": preço de venda no mercado interno ou custo de produção.⁷ Jackson ao tratar do conceito de dumping segue a mesma linha, afirmando que "o conceito central de dumping como descrito no GATT e em outros lugares é geralmente expressado como venda de produtos para exportação a preço menor que o 'valor normal', onde valor normal significa, aproximadamente, o preço pelo qual aqueles mesmos produtos são vendidos no mercado interno ou exportador." E continua Jackson, esclarecendo que a margem da dumping é igual a diferença entre o preço de venda no mercado interno e o preço de exportação; sendo tal margem positiva, está-se diante de um caso de dumping conforme definido no comércio internacional.⁸

A conceituação básica do dumping está prevista no Artigo VI do General Agreement on Tariffs and Trade de 1947, que o define como sendo a introdução de produtos no comércio de outro país por um preço menor que o seu valor normal. A partir desta conceituação básica foram criados dois Códigos Antidumping (Rodada Kennedy e Rodada Tokyo) e, por último, o Acordo para Implementação do Artigo VI do Acordo Geral de Tarifas e Comércio de 1994 (Rodada Uruguai).

Para a análise do tema proposto neste trabalho será útil um exame minucioso do enunciado exato do conceito de dumping, tal como atualmente estabelecido na Rodada Uruguai. Dessa forma, estabelece o Acordo para Implementação do Artigo VI do Acordo Geral de Tarifas e Comércio 1994:

⁶ Black's Law Dictionary, fifth edition, St. Paul, West Publishing Co. 1979, p. 451.

⁷ NICOLAIDES, Phedon, "The Competition Effects of Dumping", in Journal of World Trade, 24.1990, n° 5, p. 116.

⁸ idem, ibidem.

“1- Para as finalidades do presente Acordo, considera-se haver prática de ‘dumping’, isto é, oferta de um produto no comércio de outro país a preço inferior a seu valor normal, no caso de 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 exportador.”

Neste momento não importam as outras formas de caracterização do dumping, como previstas nos acordos relacionados ao GATT. Necessário é notar que o dumping, desde o GATT até os acordos resultantes da Rodada Uruguai, foi e continua sendo uma prática relacionada apenas à comercialização de **produtos**.

As razões históricas para essa restrição provavelmente estão ligadas ao que Viner disse a respeito da Revolução Industrial. Se é possível imaginar-se que o dumping pode ter ocorrido desde as mais remotas civilizações, o grau de comércio entre os povos da antigüidade não foi bastante para deixar registro de sua prática. Mesmo entre os romanos parece que as práticas comerciais não foram significativas a ponto de registrar atuações contra o dumping. Também parece sem sentido pensar-se em práticas que visavam a dominar mercados por meio da eliminação dos competidores. Isso porque o planeta terra era um espaço quase que inexplorado e a conquista de novos mercados podia dar-se tão-somente pelo interesse do produtor de buscá-los.

Não se pode, ainda, desconsiderar o método de produção. Artesanalmente a quantidade produzida era pequena e os mercados eram capazes de absorver a produção das manufaturas. Pode-se questionar sobre eventual competição com relação aos produtos primários (*commodities*); contudo, repita-se, a história não deixou registros específicos, de que se tenha conhecimento, sobre as práticas desleais no comércio da antigüidade.

Durante o período do feudalismo o comércio sofreu sensível perda de importância, tendo os senhores feudais adquirido o controle das trocas que se realizavam entre os feudos. Sendo o feudo um mercado quase auto-suficiente é de se imaginar que a quantidade de trocas realizadas entre os feudos era pouco relevante, sendo o comércio estabelecido intrafeudo. Os senhores feudais, ao controlar as trocas, fixavam os preços dos bens, negando autonomia aos seus vassalos para a comercialização de sua produção.

A questão começa a adquirir outros contornos com o surgimento dos burgos e dos ofícios. Porém nesse período a produção ainda era artesanal e a quantidade de bens gerados não permitia uma atividade predatória de conquista de novos mercados.

Foi indubitavelmente a Revolução Industrial, com a substituição da manufatura pelas máquinas, que permitiu não apenas um incremento substancial na produção, como também a possibilidade de se criar excedentes para a

conquista de novos mercados. É de se notar também que nessa época a quase totalidade do planeta terra já estava devidamente descoberta, o que acarretou um crescimento do mercado consumidor. Agora de posse das máquinas e com um enorme mercado para explorar, os produtores podiam pensar em produzir cada vez mais e por um menor custo, devido à economia de escala. Todavia, se a Revolução Industrial trouxe a possibilidade do aumento da produção, pela substituição do trabalho animal pelo da máquina, trouxe também a idéia de liberdade e de igualdade, permitindo que novos produtores se estabelecessem e lançassem as bases para a competição.

O Estado Liberal surge com o objetivo de propiciar o maior grau de competição possível. Sua missão era basicamente prover paz, segurança e liberdade aos agentes econômicos. Surge assim a idéia de plena concorrência, na qual o elevado número de produtores, de um lado, e o de consumidores, de outro, possibilitaria uma forma de competição cuja função era, ao mesmo tempo que propiciando lucro para o produtor, levar ao mercado um produto com a melhor qualidade possível e pelo menor preço praticável. Cumpre-nos, assim, fazer uma pequena análise das formas de atuação dos agentes econômicos nos mercados. Podemos afirmar que há competição perfeita⁹ em um mercado no qual há uma atuação dos agentes econômicos que tem por finalidade o atendimento dos interesses dos consumidores. Os produtores, em competição entre eles, respondem aos desejos dos consumidores produzindo o que eles pretendem comprar, pelo menor preço possível. Segundo Gellhorn, existem 5 condições que caracterizam a existência de “competição perfeita” no mercado:

- a existência de um grande número de compradores e vendedores;
- a quantidade de produtos adquirida por cada comprador e vendida por cada vendedor é tão pequena relativamente ao total da quantidade comercializada que mudanças nessas quantidades não provocam mudanças no preço de mercado;
- produto é homogêneo, não havendo razão para um comprador preferir um vendedor específico ou vice-versa;
- todos os compradores e vendedores têm perfeita informação sobre os preços de mercado e sobre a natureza das coisas vendidas; e
- existe uma completa liberdade para entrar e sair do mercado.

A competição perfeita demonstrou não passar de um modelo teórico, o qual os fatos históricos trataram de relegar a um segundo plano. O poder econômico concentrou-se na mão de poucos, impedindo a existência da competição perfeita. A relativa incapacidade dos agentes econômicos de competirem

⁹ GELLHORN, Ernest, Antitrust Law and Economics, St. Paul, West Publishing Co., 1986, p. 55/56.

igualmente levou às práticas restritivas da concorrência. A primeira delas é o monopólio. Nessa situação não há forma alguma de competição; pode-se mesmo dizer que essa é a maneira mais nítida competição imperfeita. A situação de monopólio é expressa pela concentração do poder de mercado por um vendedor que limita sua produção e vendas de maneira a aumentar seus lucros; tal representa uma transferência de riqueza dos consumidores para o vendedor, além de reduzir a produção e desobrigar este de promover inovações ou ser eficiente. Gellhorn identifica três fatores estruturais e funcionais que caracterizam os mercados monopolizados, a saber:

- um único vendedor ocupa todo o mercado;
- o produto vendido é único; e
- barreiras substanciais impedem a entrada de outras empresas no mesmo setor de atividade e a saída é difícil.¹⁰

Enquanto efeitos, três são as consequências do monopólio: (i) redução da produção; (ii) aumento de preços; (iii) transferência de receita dos consumidores para os produtores.¹¹

Um outra teoria tenta lidar com o problema da fixação de preços em situação de competição em mercados imperfeitos; trata-se da competição monopolística. O que diferencia essa forma de atuação do monopólio puro é a existência de mais de um produtor fabricando produtos similares, mas que guardam algumas características que os distinguem uns dos outros - marca diferente, estilo diferenciado, propaganda - sendo, portanto, equivocado falar-se na possibilidade de perfeita substituição de um produto pelo outro.¹² Indubitavelmente essa forma de monopólio é abrandada em relação à forma pura, uma vez que um aumento de preço muito elevado pode conduzir os consumidores a mudarem de produto, ainda que seja de marca diferente e menos conhecido. Entretanto, com um trabalho incessante de controle sobre a atividade dos potenciais concorrentes, o produtor é capaz de manter sua produção e seu preço em patamares razoáveis, o que o faz um produtor especialmente qualificado e, dessa forma, com um mercado consumidor praticamente cativo.¹³

Em se tratando de práticas restritivas da concorrência deve-se mencionar ainda o oligopólio. Caracterizado pela existência de poucos produtores no mercado dito oligopolizado, todos os produtores reconhecem que são interde-

¹⁰ op. cit., p. 63.

¹¹ GELLHORN, op. cit., p. 71.

¹² GELLHORN, op. cit., p. 74/78.

¹³ A essas considerações de Gellhorn acrescentaria apenas que o monopólio não é necessariamente uma prática do produtor, mas pode também ser caracterizado pela atuação do consumidor. Se os produtores vendem sua produção para apenas um consumidor está-se diante de uma situação de monopólio do consumidor.

pendentes na medida em que produzem os mesmos bens, por preços iguais ou similares. Por essa razão, todos os produtores levam em consideração a reação dos outros produtores na fixação de sua produção e preços. Isso significa, por outras palavras, que há uma competição entre os produtores mas em virtude do seu reduzido número eles são capazes de se concertarem a ponto de evitar uma competição acirrada, com perda de mercado ou até mesmo exclusão por alguns produtores.¹⁴

Como se pode notar pelo que acima ficou dito, a concorrência imperfeita fez com que de um lado ficassem os produtores, concentrados e detentores do poder econômico, e do outro os consumidores, pulverizados e sujeitos às práticas daqueles. Porém, dada a limitação natural do número de mercados existentes, os produtores acabaram por encontrar um limite a sua própria expansão e crescimento: os outros produtores. Iniciou-se aí uma luta pelo domínio dos mercados na qual uma das armas de uns produtores contra os outros era a prática do dumping.¹⁵

Pelas suas características não se pode negar que o dumping seja uma forma de expressão de abuso do poder econômico. Como afirma Viner, “se o dumping não é necessariamente uma método ‘injusto’ de competição é ao menos um questionável.”¹⁶ O produtor de um país, com o objetivo de dominar mercados, introduz um produto no mercado de outro país por um preço menor que aquele que pratica usualmente no seu próprio país. T.E.G. Gregory identifica quatro situações que caracterizam o dumping¹⁷:

- 1) venda a preço abaixo dos preços do mercado exterior;
- 2) venda a preço pelo qual os competidores (estrangeiros?) não podem praticar;
- 3) venda a preço no exterior que é menor que o preço doméstico corrente;
- 4) venda a preço abaixo do custo do vendedor.

¹⁴ ver a respeito GELLHORN, op. cit., p. 78 e ss.

¹⁵ Não são objeto deste trabalho as outras formas de restrição à concorrência e de expressão do abuso do poder econômico. Dentre elas merecem menção os trustes e os cartéis. Para uma análise específica do tema ver: Phillip Areeda and Louis Kaplow, *Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases*, fourth edition, Boston, Little, Brown and Company, 1988; Eleanor M. Fox and Lawrence A. Sullivan, *Cases and Materials on Antitrust*, St. Paul, West Publishing Co., 1989; Herbert Hovenkamp, *Economics and Federal Antitrust Law*, St. Paul, West Publishing Co., 1985; Louis B. Schwartz, John J. Flynn and Harry First, *Free Enterprise and Economic Organization: Antitrust*, sixth edition, Mineola, The Foundation Press, Inc., 1983; Lawrence A. Sullivan, *Antitrust*, St. Paul, West Publishing Co., 1977.

¹⁶ op. cit., p. ix.

¹⁷ *apud* Jacob Viner, op. cit., p. 3.

Quanto a primeira hipótese, há que se mencionar que o fato do preço no mercado exterior ser maior que o praticado pelo produtor não caracteriza, necessariamente, o dumping. Isso porque o produtor doméstico pode ser mais eficiente ou ter custos menores, o que faz com que seu preço seja menor sem, contudo, ser um **preço artificial**¹⁸. A segunda hipótese está intimamente ligada a primeira. Pouco importa se os competidores de outros países não podem praticar os mesmos preços do que o produtor doméstico, desde que o preço desse não seja artificial.

Em geral duas são as situações que caracterizam o dumping, embora alguns autores considerem apenas a primeira como sendo sua prática característica¹⁹: discriminação de preços entre mercados e venda abaixo do preço de custo.

A venda abaixo do preço de custo, nas transações comerciais internacionais, é tida por muitos como uma forma de abuso de poder econômico passível de repressão por meio da legislação antitruste interna do país destinatário do bem. Todavia é de se notar que legislação antitruste e legislação antidumping possuem destinatários diferentes. No primeiro caso a norma jurídica é destinada aos agentes econômicos nacionais, que atuam no território do país que impõe a norma; no segundo o destinatário é o exportador de outro país, que vende para o país que editou a norma repressora da prática do dumping. A falta de admissão dessa hipótese como sendo caracterizadora do dumping impede a repressão a uma prática de abuso de poder econômico levada a cabo por agente econômico de outro país que aquele no qual o produto é comercializado. Nem se diga que os concorrentes do país destinatário do bem poderiam valer-se da legislação antitruste para coibir a prática do dumping por venda abaixo do preço de custo. Isso porque o importador não pode ser acusado dessa prática se está vendendo com alguma margem de lucro, ou seja, acima do seu preço de custo. A consequência é que essa prática ficaria impune se não se admitisse a repressão ao dumping praticado pela venda abaixo do preço de custo.

É preciso esclarecer que a idéia que está por trás do dumping, seja por meio de venda abaixo do preço de custo seja por discriminação de preços, é a de prática de preços artificiais. No primeiro caso é artificial porque o produtor vende por um preço menor que o valor gasto para a produção do bem, se considerados não apenas os custos de matéria-prima, como também os administrativos, de mão-de-obra, tributários etc. No segundo caso o preço é artificial em relação àquele adquirente que pagou, no país importador, preço diverso do

¹⁸ PREÇO ARTIFICIAL, neste trabalho, significa um preço que não representa a somatória de todos os custos de produção e de uma margem de lucro usual no tipo de negócio em que ele é praticado.

¹⁹ Jacob Viner, op. cit., p. 4.

adquirente do mercado interno do país exportador ou do adquirente de outro país importador. Atenhamo-nos um pouco mais nessa última hipótese.

A discriminação de preços pode ocorrer de duas formas, a saber: (i) o adquirente do país importador paga um preço menor que o adquirente do mercado interno do produtor/exportador; (ii) o adquirente do país importador paga um preço menor que o adquirente de um outro país importador. No primeiro caso, a menos que haja alguma forma de subsídio concedida pelo governo local para a exportação - quando estaremos diante de um caso de subsídio, passível de imposição de medidas compensatórias - o custo praticado pelo produtor/exportador dificilmente poderá ser menor que o custo para comercialização no seu mercado interno, devido aos custos adicionais de frete, seguro, representantes, impostos de importação etc. Caso por alguma razão - v.g. geográfica, quantitativa, comercial - o custo do produtor/exportador seja menor quando destina a mercadoria a um outro país que quando a vende no seu próprio mercado interno, não se pode falar em dumping; isso porque a discriminação de preços é fruto da sua estrutura de custo. Porém essa é uma hipótese rara, devendo ser devidamente avaliada pelo órgão encarregado da apuração da prática do dumping. Quando a questão diz respeito à prática do dumping em razão do adquirente do país importador pagar um preço menor que o adquirente de um outro país importador, é preciso tomar-se a mesma cautela com relação à estrutura de custo do produtor/exportador. Se o seu custo é menor quando exporta para o país A que quando exporta para o país B é perfeitamente razoável que cobre um preço diferenciado entre os mercados destinatários dos seus bens. Insista-se: o problema central do dumping é a prática de preços artificiais e não de preços diferentes em mercados diversos.

Viner aponta cinco tipos de dumping: (i) de preço; (ii) espúrio (*spurius dumping*); (iii) de câmbio (*exchange dumping*); (iv) de frete (*freight dumping*); (v) disfarçado (*concealed dumping*).²⁰ Edmond Huysser analisa os seguintes tipos de dumping: (i) de preço; (ii) de subvenção; (iii) social; (iv) de países autoritários; (v) de câmbio.²¹

Sem ignorar a importância dos outros tipos de dumping, mas tentando encaminhar o presente estudo para um fim específico, ater-me-ei apenas a uma breve análise do que se convencionou chamar de “dumping de subsídio”. Nos seus primórdios, e durante muitos anos, associou-se a prática do dumping aos subsídios e subvenções concedidos pelo governo. Tanto é assim que a primeira legislação norte-americana relativa à repressão da prática de venda

²⁰ op. cit., pp. 1/22.

²¹ *Théorie et Pratique du Dumping*, Neuchâtel, Éditions Ides et Calendes, 1971.

por preço artificial decorrente de subsídio remonta a 1890 (*Tarif Act*).²² Embora aparentemente a legislação americana de 1890 tenha sido imposta para proteger a indústria doméstica americana de açúcar contra práticas de concorrência injusta estrangeiras (*unfair foreign competition*)²³ não se pode atualmente identificar a concessão de subsídios à prática do dumping. Ao tratar da necessária distinção entre dumping e subsídios, afirma Jackson:

"Dumping is generally considered to be an activity of a particular firm or enterprise, although it can be sufficiently prevalent in a country to give rise to importing contry duties applied to all goods from the dumping country. Subsidies, on the other hand, are generally actions of governments themselves."²⁴

Presentemente, o GATT e os demais acordos relativos a sua implementação tratam da questão dos subsídios e das medidas compensatórias em capítulo diferente daquele do dumping.²⁵ Pela disciplina que lhe é dada fica claro que o subsídio é uma maneira das autoridades do país exportador darem algum tipo de benefício ao produtor/exportador para que a exportação seja feita em condições mais vantajosas que a venda no seu mercado interno. Reprime-se essa atitude das autoridades do país exportador por meio dos direitos compensatórios.

Aquiles Varanda²⁶ faz alusão ao dumping condenável e ao não-condenável, a fim de expressar o entendimento de que o dumping não é obrigatoriamente passível de repressão. Isso porque o dumping só deve ser reprimido, nos termos do Artigo VI, se ele causa ou ameaça causar dano a indústria doméstica. Quando isso não ocorre, como por exemplo em situações de dumping esporádico, não há permissão no texto do artigo VI para sua repressão por meio da imposição dos direitos antidumping. Ao disciplinar as formas de verificação da prática de dumping, as formas de dumping e sua repressão,

²² CASENOTE, *Countervailing Duties and the Remission of Indirect Taxes: Zenith Radio Corporation v. United States*, 98 S. Ct. 2441 (1978), in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 17, no. 3, 1978, pp. 516 ss.

²³ *idem*, p. 518.

²⁴ JACKSON, John H., "Dumping in International Trade: Its Meaning and Context", in *Antidumping law and practice: a comparative study*, Ann Arbor, Michigan University Press, 1989, chapter 1, p. 03/04.

²⁵ A matéria relativa a subsídios está disciplinada pelo Artigo XVI do GATT e pelos Acordos relativos a sua implementação.

²⁶ A disciplina do "dumping" do Acordo Geral de Tarifas Aduaneiras e Comércio: tipificação de um delito num tratado internacional ?, tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, não publicada, 1987, pp. 12/13.

os signatários do GATT expressaram sua real intenção não proibir o dumping, mas sim de prover formas de coibi-lo que não se transformassem em um entrave para o comércio internacional. Essa a razão pela qual Nicolaides afirma que "o GATT condena o dumping sem proibi-lo."²⁷ Parece ser essa a real postura das Partes Contratantes (atualmente Membros da Organização Mundial do Comércio).

Por certo o Acordo Sobre a Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994 trouxe avanços na identificação do dumping, no procedimento de apuração e nos limites da repressão, como preconizava Edwin Vermulst²⁸; todavia, da mesma forma de ajuste necessários ainda precisam ser feitos quando falamos em produtos²⁹, nada foi dito quanto à prática de dumping relacionada aos serviços, que trataremos adiante.

PODE EXISTIR DUMPING EM SERVIÇOS ?

A análise que se fará a seguir do tema não tem condições nem pretensão de ser exaustiva. Busca apenas despertar a atenção de especialistas no tema para questão tão relevante no mundo do final do século XX.

Na primeira parte deste trabalho tratou-se da prática do dumping em época na qual os produtos (mercadorias) tinham importância crucial; os serviços eram mero acessório quando analisadas as estatísticas do comércio mundial de produtos. Além disso posso imaginar que, eventualmente, a escravidão que existiu em boa parte do mundo civilizado durante tanto tempo levou a uma diminuição da importância da prestação de serviços por serem esses considerados atividades pouco nobres. Superado o trauma da escravidão, a Revolução Tecnológica encarregou-se de modificar o rumo do comércio mundial; países desenvolvidos têm atualmente parcela significativa do seu comércio

²⁷ op. cit., p. 116.

²⁸ "The Antidumping Systems of Australia, Canada, the EEC and the USA: Have Antidumping Laws Become a Problem in International Trade?", in Antidumping law and practice: a comparative study, Ann Arbor, Michigan University Press, 1989, chapter 8. VERMULST era um dos críticos do Código Antidumping resultante da Rodada Tokyo, afirmando que "é claro que o Código Antidumping do GATT é muito vago". Por essa razão, segundo ele, far-se-ia mister uma revisão em alguns pontos do Código a fim de adaptá-lo as necessidades atuais do comércio internacional, tendo feito algumas sugestões de modificação.

²⁹ ver a respeito Edwin Vermulst and Paul Waer, The Post-Uruguay Round EC Anti-Dumping Regulation -- After a Pit Stop, Back in the Race, in Journal of World Trade, vol 29, n. 2, April 1995, pp. 53/76; e David Palmeter, United States Implementation of the Uruguay Round Antidumping Code, in Journal of World Trade, vol 29, n. 3, June 1995, pp. 37/82.

exterior dedicada à comercialização de tecnologias e serviços. A tabela abaixo demonstra a importância dos serviços no comércio internacional:

World exports of merchandise and commercial services, 1992-94³⁰

(billion dollars and percentage)

	Value			Annual change		
	1992	1993	1994	1992	1993	1994
Merchandise	3665	3626	4060	6.3	-0.8	12
Commercial services	1017	1020	1080	12.0	0.5	6

Pelo exame dos dados acima pode-se observar que o comércio de serviços já representa 21% de todo o comércio mundial, com tendência de um forte crescimento nos próximos anos. Dessa forma, deixar de considerar as consequências do dumping nessa atividade econômica pode representar um grande equívoco para as relações de comércio internacionais.

É preciso, entretanto, que se diga a verdade: não foram as estatísticas econômicas mundiais que despertaram minha atenção para o problema, mas sim a observação de algumas situações que tive oportunidade de presenciar. Provavelmente é muito mais comum falar-se em comércio de serviços financeiros, de telecomunicações e de transportes; porém os casos presenciados pelo autor referem-se a serviços jurídicos e de auditoria. Na análise que se seguirá pretendo apresentar comentários relativos a esses dois tipos de serviços. Certamente especialistas em outras áreas poderão contribuir muito com exemplos de dumping em serviços outros, que espero enriqueçam o debate sobre o tema.

O método de abordagem considerará a questão do dumping como disciplinada nos artigos do Acordo sobre a Implementação do Artigo VI do Acordo Geral de Tarifas e Comércio de 1994. Ao final pretendo tecer breves comentários em relação ao Acordo sobre Comércio em Serviços de 1994, lembrando sempre que a exposição não pretende ser de forma alguma exaustiva.

³⁰ Fonte: World Trade Organization, Press/8, 28 March 1995, p. 5.

1. *Determinação do Dumping*

1.1. Discriminação de Preços

A forma mais tradicional - e como dito acima a única segundo alguns autores - de se praticar o dumping é por meio da discriminação de preços entre os mercados. Tomemos o exemplo dos serviços jurídicos. Imaginem que a firma de advocacia XY, especializada em serviços financeiros, que possui a sua sede na cidade de Nova York e tem atuação em vários países do mundo, pretenda ganhar novos mercados, por exemplo, na América Latina. Seguindo no nosso exemplo, imaginemos que a companhia Z pretenda fazer uma captação de recursos no mercado financeiro novo iorquino por meio de lançamento de títulos de sua emissão. Todo o trabalho de “due diligence”, bem como a estruturação da operação e a elaboração dos contratos são serviços que requerem o trabalho de advogados especializados, por um determinado número de horas, que por sua vez possuem um custo previamente estabelecido. Pois bem, quando esse serviço é prestado em um mercado no qual a firma de advocacia XY já atua, o preço do serviço, calculado usualmente com base no número das horas a serem gastas multiplicadas pelo custo unitário da hora de cada advogado, é estabelecido em 100; se o objetivo da firma de advocacia XY é entrar no mercado de um certo país que ela não atua é comum que essa firma apresente, para o mesmo serviço, nas mesmas condições, um preço menor que o utilizado em outros países. Nessa hipótese estamos diante de um caso típico de dumping que, dependendo de suas conseqüências para as firmas de advocacia do mercado importador do serviço, poderia ser passível de repressão. O mesmo deve ser dito quando a comparação ocorre entre o mercado interno do exportador do serviço e o mercado importador do serviço.

Esse exemplo pode ser igualmente utilizado para os serviços de auditoria. As empresas de auditoria, hoje presentes em quase todos os países de maior importância econômica, ao menos as maiores, fazem levantamentos de problemas e apontam sugestões para saná-los independentemente do país em que esteja instalada a empresa que presta o serviço; muito facilmente os especialistas são deslocados até o cliente no outro país a fim de colher os dados para o serviço a ser realizado no país no qual está a empresa contratada para prestá-lo, ou mesmo para realizar o serviço.

Ora, se o preço do serviço é um quando prestado dentro de um país e quando exportado é outro, ou se exportado para um país tem um preço e quando exportado para um terceiro país tem preço diverso, estamos diante de casos típicos de dumping em serviços.

1.2. A Estrutura de Custos

Seguindo os exemplos que adotei, o custo dos serviços de advocacia ou de auditoria, usualmente, são fixados em base horária, ou seja, estima-se um valor por cada hora de serviço prestado. Não é difícil estabelecer-se o custo de cada hora por advogado ou por auditor, uma vez que as firmas de advocacia e as de auditoria possuem esses valores previamente fixados. Assim, na firma de advocacia, o custo de cada hora varia de acordo com o grau de experiência e qualidade de cada advogado, da mesma forma que acontece nas empresas de auditoria com os auditores. Certamente existem trabalhos que possuem o preço estabelecido por outro critério como, por exemplo, um valor fixo pelo serviço; de qualquer forma, ao menos as firmas de advocacia e empresas de auditoria tradicionais possuem valores previamente estabelecidos para os tipos mais usuais de serviços.

Os custos desses serviços podem ser identificados de duas formas: (i) ou se analisa o custo de serviços similares prestados para outros clientes; (ii) ou se constrói o custo do serviço com base no valor das horas utilizadas no trabalho. No primeiro caso a obtenção da informação pode ser dificultada pela falta de acesso aos arquivos da firma ou da empresa; porém considerando-se outros serviços cujos preços se tem acesso facilmente, não haveria problemas para fazer a comparação de preços necessária para verificar a prática ou não do dumping, como no caso dos serviços financeiros ou de transporte, por exemplo.

Poder-se-ia alegar que serviços jurídicos ou de auditoria nunca são exatamente similares ou iguais, o que bastaria para representar uma diferente estrutura de custo. Porém, atuando na área de advocacia posso afirmar que boa parte dos serviços são bastante similares, sendo poucos os casos que exigem uma real inovação no método ou forma de se realizar o trabalho.

No segundo caso, de construção do custo do serviço com base no cálculo das horas dos profissionais empregados, a tarefa não seria muito difícil na medida em que o custo das horas dos profissionais encarregados da execução do trabalho costumam ter um valor previamente fixado. Identificando-se os profissionais e computando-se suas horas seria possível estabelecer o preço cobrado por um determinado serviço em um certo mercado. Poder-se-ia questionar essa afirmação alegando que uma parte considerável desses serviços são cobrados por outros critérios que a base horária. Entretanto, nesses casos, como já disse acima, não existem tipos de serviços novos a cada dia em uma firma de advocacia ou empresa de auditoria. É mais comum que um tipo de serviço se repita do que se diferencie a cada cliente.

Assim, os preços que não guardam relação com os cobrados em outros trabalhos similares poderiam, quando menores que os usualmente cobrados, estarem sendo objeto de dumping.

Em se tratando de elemento de composição de custo para a formação do preço, é preciso considerar-se os serviços adicionais que o cliente pode solicitar. Não é raro que o cliente contrate a firma de advocacia ou a empresa de auditoria para prestar um serviço e que esse primeiro serviço se desdobre em outros. Exemplificando, podemos imaginar que um preço objeto de dumping é cobrado por um serviço para se entrar no cliente; uma vez dentro da empresa é possível ao prestador de serviço identificar outros serviços que pode oferecer ao cliente. Considerando o fato de já estar no cliente é mais fácil ser contratado para os outros serviços, sem a necessidade de participar de nova concorrência com outros prestadores de serviços.³¹

1.3. Momento para a comparação dos preços

Apenas hipoteticamente imagine-se que haja uma dificuldade de se estabelecer uma comparação de preços em razão do preço do serviço ter variado no tempo. Qual o momento para se estabelecer a comparação? Como em toda transação comercial existem basicamente dois momentos do negócio, em se tratando do aspecto preço: o momento em que o serviço é contratado e o preço fixado; e o momento em que o preço é pago. Nesse sentido parece-me mais adequado o critério de se comparar os preços no momento em que o serviço é contratado.

Devido à concorrência não é raro que os preços de serviços se reduzam ao longo do tempo. Regra básica do mercado, uma maior oferta determina uma redução do preço. Em se tratando de serviços a regra é a mesma. Pode ser que, por exemplo, as primeiras emissões de debêntures tivessem um preço mais elevado que o cobrado depois de alguns anos de experiência nessa prática. Assim, não se pode pretender comparar o preço de alguns anos passados com o preço atual. Necessário, portanto, ressaltar que se a comparação deve ocorrer no momento da contratação do serviço, não se pode ignorar o fator tempo como determinante de uma redução no preço dos serviços de uma maneira geral.

1.4. Estrutura de custos para a formação do preço

Como no caso de dumping de produtos (mercadorias), a estrutura de custos influencia decisivamente no preço final. Sabe-se que uma estrutura tributária diferente ou um custo de mão-de-obra variável pode determinar sensíveis alterações no preço final do produto ou serviço.

1.4.1. Quando tratamos de produtos, estabeleceu-se a regra de que a comparação de preços deve se dar com o preço FOB; os custos adicionais são tão significativos que em determinadas hipóteses podem inviabilizar qualquer com-

³¹ ver abaixo item 2.2.

paração adequada de preços. Seja o custo do transporte, do seguro, o tributário ou de distribuição, não se pode estabelecer previamente quais custos extras serão acrescidos em todos os tipos de negociação. Em se tratando de serviços, o enfoque deve mudar substancialmente da perspectiva dos produtos; se para os produtos os custos de transporte, seguro e armazenagem são significativos, para os serviços é basicamente o custo de mão-de-obra que vai determinar o preço final. Por essa razão parece fazer muito mais sentido falar-se aqui em “dumping social”, pois o componente mais importante de uma prestação de serviços, seja de que tipo for, é o trabalho humano.

Daí todas as considerações que podem ser feitas sobre o “staff” utilizado por cada empresa para a prestação de serviços, especialmente da perspectiva da experiência e da capacitação técnica. Não se pode negar que uma firma de advocacia deva ter custo diferente de outra por força do nível de profissionais que emprega; quanto mais experientes e preparados, maior deverá ser o custo do seu trabalho, mesmo se tratando de custos adicionais, tais como locomoção, estadias etc.

Note-se que a estrutura de custos de um serviço em nada se assemelha à estrutura global de custos de um produto; por certo que a mão-de-obra para a elaboração de um produto não pode ser ignorada como componente do custo, mas também é certo que sua importância se relativiza em razão dos custos com matérias-primas, máquinas e equipamentos, instalações etc. Na prestação de serviços, embora não se possa ignorar os custos com instalação, administrativos e outros, eles são mais ou menos equilibrados entre os competidores; assim, o que poderá determinar uma diferença muito considerável no preço final é o custo da mão-de-obra.

Pode-se argumentar que para determinados tipos de serviços comerciais a mão-de-obra é apenas um dos fatores, mas não o mais importante, como no caso dos transportes ou das telecomunicações (já não se poderia dizer o mesmo com relação aos serviços bancários). Certamente nesses casos a estrutura de custos deverá considerar toda a base instalada do prestador de serviço, especialmente no que diz respeito aos equipamentos; porém mesmo nesse caso o custo da mão-de-obra ainda é algo a ser levado em consideração.

1.4.2. As taxas de câmbio também possuem certa relevância para a determinação do preço, em se tratando de serviços. Se para a fabricação de coisas há uma necessidade de investimentos normalmente elevados, o que impede se transfiram as fábricas de um país para outro, indistintamente, o mesmo não se pode dizer da prestação de serviços.

Voltando aos nosso exemplos iniciais, as grandes firmas de advocacia e empresas de auditoria possuem hoje ramificações em todos os centros econômicos importantes do mundo. Esse fator pode ser determinante na fixação do preço, se considerarmos os problemas específicos de cada economia nacional

e o tratamento dedicado à questão do câmbio. A desvalorização da moeda pode modificar de uma tal maneira o custo de um serviço que justifique ser prestado por um braço da firma ou empresa do país A ou B. Entretanto, talvez mais importante do que considerar o dumping de câmbio (exchange dumping) na prestação de serviços, seja identificá-lo ou não como sendo um tipo de dumping. Seguindo a orientação de Jackson, o dumping é fruto de uma atividade privada, das empresas que atuam nos mercados; daí que o controle da taxa de inflação e, conseqüentemente, da taxa de câmbio, por ser uma tarefa das autoridades públicas, deveria estar muito mais relacionada ao tema dos subsídios que do dumping.

Ao estabelecer políticas públicas relacionadas à moeda, as autoridades podem, consciente ou inconscientemente, influenciar decisivamente nos preços dos produtos e serviços quando destinados ao mercado externo. Essa prática, por ser atividade tipicamente governamental, parece-me mais adequadamente relacionada à concessão de subsídio do que do dumping.

1.5. “Produto” Similar

Como tratar a similaridade no campo dos serviços ? Serviço similar é aquele que visa aos mesmos objetivos dos serviços prestados pelos concorrentes. Talvez o enfoque a ser dado não seja exatamente o da identidade, que também pode ocorrer no campo dos serviços, nem o das características semelhantes, mas o dos resultados a serem atingidos. Diferentemente de quando se compra uma máquina ou mercadoria, a contratação da prestação de um serviço tem por objetivo um resultado esperado, que nem sempre se consegue atingir, mesmo que o serviço seja prestado em padrões usualmente aceitos.

Dessa forma, pode não ser tão relevante se o serviço de colocação de títulos de uma empresa no exterior por um banco seja feito dessa ou daquela maneira; importa mesmo é se o serviço é prestado (os títulos são comercializados). Da mesma forma, contratada para participar da elaboração de um contrato de joint venture, não importa se o tal contrato é feito da forma Z ou W, mas se é elaborado e serve como instrumento que viabilize a união das duas empresas. Volto a insistir, o enfoque é diferente, basicamente, porque no caso dos serviços é o trabalho, a criatividade e a inventividade humanas que são comercializadas, enquanto que no caso dos produtos o que se comercializa são coisas.

2. *Determinação do Dano*

2.1. Caracterização do dano relevante

Nem todas as práticas de dumping, como se sabe, são passíveis de repressão, nos termos do Artigo VI do GATT 1994. Apenas aquelas que realmente causem dano à indústria doméstica podem ser coibidas. Assim, as exportações esporádicas de um país para o outro, que mesmo sob a forma de dumping não sejam feitas em quantidades e periodicidade relevantes, não podem justificar a imposição dos direitos antidumping. Acima fez-se uma breve exposição da questão relativa ao dumping condenável e não-condenável; pois bem, o que permite a imposição dos direitos antidumping é apenas o dumping condenável, ou seja, aquele que causa ou ameaça causar dano relevante à indústria nacional.

O Artigo 3 do Acordo sobre a Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994 estabelece o que seria um dano relevante (material injury):

“3.1 A determination of injury for purposes of Article VI of GATT 1994 shall be based on positive evidence and involve an objective examination of both (a) the volume of the dumped imports and the effect of the dumped imports on prices in the domestic market for like products, and (b) the consequent impact of these imports on domestic producers of such products.”

O primeiro critério estabelecido é o volume das importações objeto de dumping e o efeito que elas causam nos preços no mercado doméstico para o produto similar. Na verdade estamos diante de duas situações distintas: (i) o volume das importações; (ii) o efeito que as importações causam. No que se refere ao volume, já ficou dito, necessário que ele seja algo que possa influenciar de alguma forma o mercado doméstico do país importador, sob pena de adotar-se uma medida absolutamente inócua; se as importações são pequenas, comparadas com o volume total do comércio do produto no mercado doméstico do país importador, os direitos antidumping não terão sua real função de servir como instrumento das autoridades para disciplinar as práticas de concorrência em um determinado mercado. Isso porque o mercado não levará aquele preço objeto de dumping em consideração para o estabelecimento da concorrência. Essa, aliás, a razão para a adoção da denominação “volume negligenciável” pelo Artigo 5 do Acordo sobre a Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994, como também, pela mesma norma, o conceito de “margem de dumping *de minimis*”.

Note-se que embora a norma faça referência a “produto” toda a argumentação pode ser aplicada a questão dos serviços, seja pelo volume, seja pela periodicidade.

Em se tratando dos efeitos para a indústria doméstica, talvez melhor seja defini-la previamente.

2.2. O conceito de indústria doméstica

O Artigo 4 do Acordo sobre a Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994 estabelece como indústria doméstica “a totalidade dos produtores nacionais do produto similar ou aqueles dentre eles cuja produção conjunta do mencionado produto constitua a maior parte da produção nacional total do produto”.

No item 1.5 acima já fiz algumas considerações sobre o “serviço similar”. De volta à advocacia e à auditoria, pode-se dizer que a “indústria doméstica” seria definida como as demais firmas e empresas instaladas no mercado do país importador do serviço - ou caso seja possível dividir esse mercado em mais de um por razões que lhe sejam específicas nos mercados a que se destinam os serviços objeto de dumping - que também prestem o “serviço similar”.

Quero apenas chamar a atenção para as grandes redes de firmas de advocacia e de empresas de auditoria; além das multinacionais prestadoras de serviços temos também associações formais ou informais que congregam grande quantidade de associados prestando serviços ao redor do mundo. Se um dos integrantes de uma dessas redes de empresas ou mesmo um dos braços de uma multinacional pratica dumping é possível ao braço ou representante local alegar a prática de dumping ? Não vejo razão para que esse dumping não possa ser coibido; isso porque, embora fazendo parte da rede de empresas ou da própria multinacional o mercado a ser considerado é o do país importador, quando não menor que ele, e não todo o mercado mundial de serviços. Mesmo as instituições financeiras podem estar nessa situação; também aqui é preciso delimitar geograficamente o mercado a, no máximo, o país importador. Não adentrarei aqui na consideração dessa questão nos mercados comuns, até porque o nosso Mercosul é apenas embrionário e não disponho de informações suficientes para analisar a questão em outros mercados comuns.

2.3. Os efeitos sobre a “indústria doméstica”

Historicamente dois são os efeitos sobre a indústria doméstica: (i) a eliminação ou, ao menos, diminuição da concorrência, seja local seja de outras empresas internacionais; (ii) a criação de obstáculos ao surgimento de novas empresas. Adotemos a denominação genérica de empresas para os prestadores de serviços.

É muito comum, particularmente entre as instituições financeiras, grandes organizações que se espalham por todo o mundo. A prática de dumping por essas empresas pode tanto destruir a indústria local de prestação de serviços quanto impedir que outros competidores tenham acesso ao mercado de determinado país. É certo de que deve distinguir entre eficiência e práticas

predatórias; se uma empresa consegue prestar um serviço mais barato que a empresa local em razão de um custo menor não se deve restringir sua atuação no mercado local, pois os consumidores dos serviços serão beneficiados.³²

Todavia, se a empresa reduz seu preço ou o diferencia com o objetivo de diminuir ou eliminar a concorrência, então estaremos diante de um caso de dumping passível de ser coibido. E se a empresa não tem o objetivo (intenção) de diminuir ou eliminar a concorrência mas sua atitude tem esse efeito? Aqui, como nos casos de repressão do abuso do poder econômico pelas leis antitrustes internas, deve-se considerar os resultados objetivos do ato da empresa que pratica o dumping, independentemente da sua intenção, se é que é possível praticar-se dumping sem ter-se intenção de fazê-lo. Acredito que mesmo no caso das empresas que prestam um serviço objeto de dumping para minimizar os seus prejuízos, em razão de ter um custo fixo elevado, não se pode imaginar que essa empresa não tenha consciência da predatorialidade de sua prática.

Portanto, quando uma empresa presta um serviço que, em razão do dumping, diminui ou elimina a concorrência, seja das empresas locais seja de outras empresas estrangeiras que atuam no mercado considerado, o dumping pode ser coibido.

Mesmo na hipótese de não existir indústria local o dumping pode ser coibido, pois sua prática poderá impedir o surgimento de uma indústria local de prestação do serviço objeto de dumping. Nesses casos é preciso que a investigação seja conduzida com cuidado, pois a imposição de direitos anti-dumping para proteger uma “potencial indústria doméstica” pode prejudicar os consumidores locais, como de resto o fazem todas as medidas protecionistas adotadas pelas autoridades.

Deve-se considerar ainda a ameaça do dano. Por hipótese imagine-se que uma empresa de um determinado país faça um processo de licitação (concorrência) para contratar um serviço, sendo vencedor aquele competidor que apresentar o menor preço; se um dos competidores apresenta um preço objeto de dumping, e em razão disso ganha a concorrência, mesmo antes de se ter

³² Alguns trabalhos já examinaram a repressão do dumping em contraposição à defesa dos interesses dos consumidores, concluindo que a política de repressão ao dumping quase sempre funciona como um mecanismo para proteger os produtores domésticos contra uma competição agressiva dos bens importados sob condições que não envolvem nenhum perigo ou comportamento predatório. A consequência não seria outra, segundo esses autores, que uma proteção para indústrias ineficientes e um prejuízo aos interesses dos consumidores. Não se justifica, no âmbito deste trabalho, um aprofundamento desta questão, embora seja extremamente relevante para determinar-se a quais interesses servem as medidas para repressão do dumping. Ver a respeito Klaus Stegemann, *Anti-Dumping Policy and the Consumer*, in *Journal of World Trade*, vol. 19, n. 5, September/October 1985, p. 467; e Giorgio Monti, *When Does Dumping Cause Injury?*, in *World Competition*, vol. 18, n. 3, March 1995, pp. 113/114.

firmado o contrato e concretizado o dano, o competidor ou competidores prejudicados pela atuação da empresa que praticou o dumping pode pedir a atuação das autoridades para impedir que o dano se concretize.

3. *A Discrecionariiedade da Imposição dos Direitos*³³ *Antidumping*

Eventualmente a discussão sobre ser a atividade administrativa de imposição dos direitos antidumping discricionária ou vinculada, em alguns países, pode ser absolutamente infrutífera. No Brasil a questão merece exame, uma vez que o processo de apuração da prática de dumping e a imposição dos direitos antidumping são função de ente da administração pública, e não do Poder Judiciário. Isso não significa, até em cumprimento ao GATT 1994, que o Brasil não possua uma corte para reexame das questões relativas à prática do dumping, como veremos abaixo.

No Brasil, como em vários países, o órgão encarregado do processo para apuração da prática de dumping é ligado diretamente ao Poder Executivo Federal; no nosso caso cabe ao Departamento de Defesa Comercial da Secretaria de Comércio Exterior, órgão do Ministério de Estado da Indústria, Comércio e Turismo, tal processo. Já a decisão sobre a imposição dos direitos antidumping é conjunta, de dois Ministros de Estado: Ministro de Estado da Indústria, Comércio e Turismo e Ministro de Estado da Fazenda. Dessa forma, seguindo um procedimento previamente estabelecido³⁴, o Departamento de

³³ Existem discussões entre alguns acadêmicos brasileiros, infelizmente não publicadas, sobre o termo “direitos” para se referir a um tributo. Essa questão não é apenas da língua portuguesa, mas das línguas de origem latina de uma forma geral; isso porque todos os textos em inglês que tratam dos direitos antidumping usam a expressão “antidumping duty”. Ao ser traduzido para a língua portuguesa, o termo “duty” tem o significado de tributo, imposto ou taxa, mas não se faz referência a “direitos”. Devemos, assim, buscar a origem da palavra “direitos”, que remonta as nossas origens portuguesas, sendo que as primeiras notícias sobre a utilização desse termo são do século XVI, quando era empregada como “direitos de alfândega” para referir-se ao que hoje chamamos de imposto de importação. Na nossa língua, portanto, a palavra “direitos” é sinônima de “imposto”. Ver a esse respeito José Ferreira Borges, *DICCIONARIO JURIDICO-COMMERCIAL*, Lisboa, Typ. da Sociedade Propagadora dos Conhecimentos Uteis, 1839, pp. 157 ss; e Joaquim José Caetano Pereira e Sousa, *ESBOÇO DE HUM DICCIONARIO JURIDICO, THEORETICO, E PRACTICO, REMISSIVO ÀS LEIS COMPILADAS, E EX-TRAVAGANTES.*, tomo primeiro, A-E, Lisboa, Typographia Rollandiana, 1825, termo “direitos”, s/p.

³⁴ O Brasil, por ser membro da WTO, ratificou todos os tratados relativos à repressão das práticas do dumping, sendo essa legislação aplicável integralmente dentro do país. Além disso, como norma interna, deve-se destacar a Lei 9.019, de 30 de março de 1995, e o

Defesa Comercial da Secretaria de Comércio Exterior apura a existência do dumping, sua margem, o dano à indústria nacional e sugere uma alíquota para eliminar as consequências do dumping para a indústria nacional. A partir desse trabalho, a decisão sobre a imposição ou não dos direitos antidumping é tomada conjuntamente pelos dois Ministros de Estado; caso cheguem a conclusão da necessidade da medida para proteger a indústria nacional, aplicá-la-ão, pela alíquota sugerida pelo Departamento de Defesa Comercial da Secretaria de Comércio Exterior; caso contrário arquiva-se o processo sem a imposição dos direitos antidumping.

Duas questões merecem consideração: a primeira delas, diz respeito à necessidade de decisão conjunta de dois Ministros de Estado (da Indústria, Comércio e Turismo e da Fazenda) para a imposição dos direitos antidumping; a segunda trata da possibilidade de, mesmo diante da constatação da prática do dumping e dos seus efeitos nocivos para a indústria nacional, optar-se pela não-imposição dos direitos antidumping.

No que se refere à decisão conjunta, da forma como está estabelecido na legislação brasileira, os direitos antidumping só podem ser impostos se os Ministros de Estado, conjuntamente, decidirem por sua imposição; não basta que um deles entenda ser cabível a medida. Em atenção a princípios jurídicos nem mesmo o Presidente da República poderia adotar essa medida livremente; essa função é privativa dos cargos de Ministros de Estado da Indústria, Comércio e Turismo e da Fazenda. A consequência é que havendo divergência entre os Ministros de Estado os direitos antidumping não podem ser cobrados. A justificativa para a decisão ser conjunta não é de difícil inteligência. Pelo Ministro de Estado da Indústria, Comércio e Turismo o que se visa a proteger são as indústrias nacionais, diante da possibilidade do dumping causar dano a indústria doméstica. Pelo Ministro de Estado da Fazenda o que se objetiva é tutelar a função arrecadadora do Estado, devido à natureza dos direitos antidumping.

Sobre a discricionariedade da cobrança dos direitos antidumping deve-se dizer que, da mesma forma de o GATT 1994 e o Acordo sobre a Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994 afirmam ser conveniente que a decisão sobre a imposição seja permissiva ao invés de obrigatória, a legislação interna brasileira também não obriga as autoridades, mesmo diante da prática do dumping e da existência do dano para a indústria nacional. Isso porque as expressões utilizadas sempre se referem a decisão sobre a imposição como uma possibilidade e não como uma obrigação. Para que a cobrança fosse obrigatória seria necessário que o texto da legislação determinasse que havendo dumping seria aplicável os direitos anti-

Decreto 1.602, de 23 de agosto de 1995, que regulamenta as normas que disciplinam os procedimentos administrativos relativos à aplicação das medidas antidumping.

dumping; todavia, ao invés disso, prescreve que havendo dumping e sendo ele prejudicial à indústria nacional, haverá uma decisão sobre a imposição dos direitos antidumping. Embora existam poucas pessoas que lidam com o tema do dumping no Brasil, nem todas parecem admitir que a sua imposição seja discricionária. Contudo, não se pode ignorar o texto da legislação.

Dentre as vozes que sustentam a discricionariedade da imposição dos direitos antidumping no Brasil está Tércio Sampaio Ferraz Junior. Em artigo sobre o tema, afirma o professor:

“Efetivamente, os direitos anti-dumpoing e compensatórios são cobrados através de atividade administrativa discricionária, que é exatamente oposta a atividade administrativa vinculada;” (os grifos não são do original)³⁵

4. *A Atividade do Poder Judiciário Relativa ao Dumping*

Essa questão precisa ser examinada sobre dois aspectos: (i) a possibilidade de revisão judicial das decisões que dizem respeito à imposição dos direitos antidumping; (ii) a possibilidade do Poder Judiciário desempenhar a função de impor os direitos antidumping.

Estabelece o Artigo 13 do Acordo sobre a Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994:

“Each Member whose national legislation contains provisions on anti-dumping measures shall maintain judicial, arbitral or administrative tribunals or procedures for the purpose, *inter alia*, of the prompt review of administrative actions relating to final determinations and reviews of determinations within the meaning of Article 11. Such tribunals or procedures shall be independent of the authorities responsible for the determination or review in question.”

Pelo exame do texto nota-se que não há obrigatoriedade da revisão ser feita pelo Poder Judiciário, mas apenas por um ente que seja independente daquele que impôs ou realizou a revisão sobre uma imposição anterior. No Brasil a possibilidade de revisão das decisões, seja do Departamento de Defesa Comercial da Secretaria de Comércio Exterior - encarregado do procedimento de apuração do dumping, do dano ou possibilidade de dano à indústria nacional e da margem de dumping - seja dos Ministros de Estado da Indústria, Comércio e Turismo e da Fazenda - responsáveis pela decisão sobre a imposi-

³⁵ Tércio Sampaio Ferraz Junior *et alli*, “Direitos Anti-’dumping’ e Compensatórios: sua natureza jurídica e consequências de tal caracterização”, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, Nova Série, Ano XXXIII, no. 96, Outubro-Dezembro/1994, Editora Revista dos Tribunais, p. 92.

ção dos direitos antidumping - não oferece maiores dificuldades. A Constituição Federal Brasileira de 1988 prescreve no seu artigo 5, inciso XXXV que nenhum dano ou sua ameaça poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Ora, havendo a possibilidade dos direitos antidumping causarem prejuízo a uma pessoa ou a várias, estas poderão ir até o Judiciário e pedir que ele examine a legalidade ou não da imposição e cobrança daqueles.

Isso significa que qualquer decisão, seja sobre o processo de investigação e determinação do dumping e de sua margem, seja sobre a imposição dos direitos antidumping, no Brasil, pode ser apreciada pelo Poder Judiciário; mesmo a omissão das autoridades na apuração pode ser levada ao conhecimento do Poder Judiciário que, entendendo haver a omissão quando ela é inadmissível, determinará que as autoridades encarregadas do processo de apuração e imposição cumpram suas funções.

Pelo que está previsto na legislação relativa às práticas do dumping, as autoridades do país que sofre o dumping estão obrigadas a tomar as medidas necessárias para: (i) determinar se existe indícios de dumping; (ii) realizar a investigação da prática do dumping; (iii) em havendo dumping, estabelecer a margem do dumping; (iv) em havendo dumping, estabelecer o nexo de causalidade entre o dumping e o dano ou sua ameaça a indústria nacional; e (v) estabelecer a viabilidade da imposição dos direitos antidumping. Contudo, a imposição dos direitos antidumping não é obrigatória - como já vimos acima - o que acarreta a impossibilidade de se pleitear no Poder Judiciário uma determinação desse para que aqueles direitos sejam cobrados necessariamente.

Assim, se é viável exigir-se no Poder Judiciário uma determinação para que as autoridades encarregadas do processo de apuração do dumping atuem - no caso do Brasil o Departamento de Defesa Comercial da Secretaria de Comércio Exterior - não se pode obrigar que os Ministros de Estado da Indústria, Comércio e Turismo e da Fazenda tomem a decisão de cobrar os direitos antidumping.

O outro aspecto diz respeito a possibilidade do Poder Judiciário apurar, ele próprio, a prática do dumping, o dano à indústria nacional, a margem de dumping e impor os direitos antidumping. De acordo com os textos dos tratados dos quais o Brasil é signatário e pela legislação interna brasileira, o Poder Judiciário não pode desempenhar aquelas funções diretamente; elas são atribuições de outro órgão - Departamento de Defesa Comercial da Secretaria de Comércio Exterior, órgão do Poder Executivo; caso as funções de cada órgão não sejam respeitadas, estaremos diante de uma ofensa ao princípio da separação dos poderes. Totalmente diferente é a possibilidade do Poder Judiciário atuar para corrigir ilegalidades praticadas pelo órgão do Poder Executivo encarregado de apurar as práticas de dumping; nessa hipótese ele pode verificar se há adequação entre os atos daquele órgão e as determinações da legislação; não havendo ele determinará que seu cumpra a Lei.

É preciso que fique claro que as atividades de apuração da prática do dumping, de verificação da ocorrência de dano ou sua ameaça à indústria nacional, de fixação da margem de dumping e de imposição dos direitos antidumping, no Brasil, são atividades de competência exclusiva do Poder Executivo; cabe ao Poder Judiciário apenas verificar que essas atividades sejam adequadamente desempenhadas, obrigando que o Poder Executivo atue como determinado na Lei. Na hipótese do Poder Executivo não cumprir uma determinação do Poder Judiciário, no Brasil, estaremos diante de um caso punível com prisão. Acredito que, no extremo, a única coisa que o Poder Judiciário poderia fazer era impedir a importação ou comercialização do produto, mas nunca impor direitos antidumping.

5. *As Limitações do Artigo VI do GATT e do Acordo sobre a Implementação do Artigo VI do GATT 1994*

Chamou-se atenção nas páginas anteriores sobre a necessidade do estabelecimento de regras para a repressão das práticas de dumping em serviços. Através de dois tipos bastante comuns de serviços tentei demonstrar que o dumping é absolutamente possível e muitas vezes praticado no setor de serviços. Entretanto, se de um lado não se pode negar que a prática do dumping pode ocorrer em serviços, de outro o texto do Acordo sobre a Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994 é bastante expresso ao impedir sua aplicação para outras hipóteses que não a dos produtos.

Nesse sentido, estabelece o Artigo 18 do citado Acordo:

“18.1 No specific action against dumping of exports from another Member can be taken except in accordance with the provisions of GATT 1994, as interpreted by this Agreement.”

E mais adiante,

“18.6 The Committee shall review annually the implementation and operations of this Agreement taking into account the objectives thereof. The Committee shall inform annually the Council for Trade in Goods of developments during the period covered by such reviews.”

Analisando o parágrafo 18.1 pode-se notar que nenhum Membro do GATT pode aplicar medidas antidumping em desacordo com as regras nele estabelecidas e nos Acordos de Implementação do Artigo VI, o que impediria um Membro de adotar medidas antidumping no caso dos serviços; tal conclusão deve-se ao fato das medidas terem sido previstas e estarem disciplinadas para a aplicação apenas em se tratando de produtos e não para serviços.

Essa postura tem como consequência a necessidade de revisão do GATT e dos seus Acordos de Implementação do Artigo VI a fim de se prever

a possibilidade de adoção de medidas antidumping também quando esse é praticado no comércio de serviços.

Essa posição, aliás, é confirmada pelo parágrafo 18.6 ao prever que as medidas antidumping serão informadas a um Conselho para o Comércio de Produtos, não se fazendo qualquer menção aos serviços, novamente.

6. *As disposições do Acordo sobre Comércio em Serviços 1994*

Examinando o Acordo sobre Comércio em Serviços 1994 pode-se notar uma preocupação premente com a restrição à competição, especialmente quando faz referência aos monopólios, às práticas negociais e aos subsídios. Dessa forma, o Artigo VIII do Acordo sobre Comércio em Serviços 1994 estabelece a obrigação dos Membros policiarem a atuação dos fornecedores em seus territórios quando esses estiverem atuando em situações monopolísticas ou que caracterizem uma restrição à competição. Não se pode negar que o dumping, considerado como uma forma de expressão do abuso do poder econômico, pode representar uma forma bastante eficaz de restrição à competição, pelo que deveriam ter sido estabelecidos mecanismos para a sua repressão no âmbito do Acordo em questão.

Nesse mesmo sentido, quando no Artigo IX do Acordo sobre Comércio em Serviços 1994 afirma que os Membros reconhecem que certas práticas negociais de fornecedores de serviços, além daquelas do supra citado Artigo VIII, podem representar uma restrição a competição e conseqüentemente restringir o comércio de serviços, há previsão de práticas que, não sendo monopolísticas, limitam a competição, pelo que devem ser eliminadas pelo Membro que permite que tal prática aconteça a partir de uma empresa em seu território. Nessa previsão pode-se imaginar a repressão tanto da ação dos oligopólios quanto das práticas de dumping.

Curioso notar que se não existe previsão para o dumping e os direitos antidumping no Acordo sobre Comércio em Serviços 1994, foi tratada de forma diversa a questão dos subsídios. O Artigo XV deste Acordo prevê expressamente a possibilidade da concessão de subsídios pelos governos e a conseqüente permissão para a adoção de medidas compensatórias para coibir essa prática. Ora, se há previsão para os subsídios, que durante muito tempo receberam o mesmo tratamento que o dumping, inclusive no âmbito do GATT 1947, parece não haver uma justificativa, do ponto de vista lógico, para que o dumping não fosse considerado pelo Acordo sobre Comércio em Serviços 1994.

A opção parece ter sido política, o que distorce e acarreta descrédito para toda a estrutura que evita limitar a imposição indiscriminada dos direitos antidumping. Talvez os Membros aqui tenham ignorado a premissa básica que sustentava o Artigo VI do GATT 1947, cujo objetivo era exatamente evitar a

aplicação indiscriminada dos direitos antidumping, que se transformavam, à época, em barreira expressiva ao livre comércio mundial. A correção é necessária, sob pena dos direitos antidumping, em matéria de serviços, virem a ser utilizados como um instrumento político, e não jurídico, de repressão às práticas restritivas da livre concorrência.

Como consequência da ausência de previsão da possibilidade de repressão do dumping quando praticado no comércio de serviços, deve-se responder afirmativamente à pergunta sobre a possibilidade da ocorrência de dumping em serviços, mas negativamente quanto à possibilidade dele ser reprimido pelos Membros da OMC, no atual estado das disposições dos acordos resultantes da Rodada Uruguai.