

DEFESA COMERCIAL: UMA ANÁLISE ANTITRUSTE DAS MEDIDAS DE PROTEÇÃO À INDÚSTRIA

GABRIELA ADAMO

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo.

ÁREA DO DIREITO: Financeiro e Econômico

RESUMO: As barreiras tarifárias ou não tarifárias às importações são capazes de alterar a dinâmica concorrencial dos mercados e sua aplicação poderá colidir com os princípios da legislação antitruste brasileira. A restrição da atuação de concorrentes e a adoção de políticas de preço colidem com o princípio da livre concorrência e podem levar à consolidação do poder de mercado. A baixa integração institucional entre as autoridades antitruste e de comércio exterior impede que tais facetas sejam reconhecidas avaliadas, de sorte que se sugerem linhas gerais para a alteração dos mecanismos de cooperação existentes e ampliação da integração entre estas autoridades.

PALAVRAS-CHAVE: Defesa comercial – Concorrência – Cade – Camex – Integração.

ABSTRACT: Tariff and non-tariff barriers to trade may substantially affect competition and its adoption may collide with the principles of the Brazilian antitrust legislation. Restrictions to competition and the adoption of price policies conflict directly to the free competition principle and may lead into the consolidation of the market power detained by the dominant agents. The low level of institutional integration between antitrust authorities and foreign trade authorities restrict the analysis of those aspects when governmental intervention over the markets occur. In this sense, this work aims to suggest guidelines to new cooperative mechanisms and the improvement of the relation between antitrust and foreign trade authorities.

KEYWORDS: Trade defense – Antitrust – Cade – Camex – Cooperation.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Medidas de proteção à indústria e defesa da concorrência: dicotomias: 2.1 Justificativas para a aplicação de medidas de proteção à indústria; 2.2 Medidas de proteção à indústria e legislação concorrencial – 3. Conclusão – 4. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho¹ propõe-se a verificar quais dispositivos da legislação concorrencial colidem ou sofrem influência das medidas de proteção à indús-

1. Prêmio IBRAC TIM 2013 – Categoria: Graduação.

tria² e quais são os principais efeitos destas medidas sobre a dinâmica dos mercados e concorrência. Pretende-se ainda destacar os eventuais prejuízos gerados pela ausência de consideração de questões concorrenciais durante o processo de aplicação de medidas de proteção à indústria. Por fim, há de se avaliar em que medida o atual modelo, que privilegia a completa independência entre as autoridades antitruste e de regulação do comércio exterior, poderá ser aprimorado no intuito de criar ambiente de maior cooperação entre as agências e dirimir a dimensão dos conflitos atualmente existentes.

O recente aumento da adoção de medidas de proteção à indústria pelo Brasil torna indiscutível a atualidade do tema abordado. Como exemplo, pode-se mencionar que, entre outubro de 2012 e abril de 2013, o Brasil o foi responsável pela abertura de um quarto das investigações mundiais para aplicação de medidas *antidumping*, tendo ocupado a primeira posição no *ranking* mundial.

No dizer de Tavares,³ a interação entre as medidas de proteção à indústria e o antitruste é polêmica por razões tanto econômicas quanto jurídicas. Do ponto de vista jurídico, as medidas de proteção permitem que práticas usualmente classificadas como infração à legislação concorrencial, como a fixação de preços e restrição de quantidade, sejam adotadas como parte de uma política governamental. Por outro lado, as medidas de proteção impedem que seja concretizada a livre concorrência, fundamento da legislação antitruste, bem como reduz a possibilidade de acesso a produtos alternativos pelos consumidores. Do ponto de vista econômico, a proteção à indústria e a defesa da concorrência possuem objetivos distintos e, por vezes, conflitantes: enquanto as medidas de proteção são utilizadas para auxiliar indústrias que sofreram perdas em razão do aumento das importações, o antitruste pretende fomentar a eficiência dos mercados e o bem-estar dos consumidores.

-
2. As medidas de proteção à indústria nacional, para o fim do presente trabalho, podem ser entendidas como todas as medidas capazes de gerar o aumento de barreiras tarifárias ou não tarifárias às importações com o objetivo real ou declarado de proteger a indústria nacional dos efeitos da concorrência internacional. É possível subdividi-las em duas classes: as medidas de defesa comercial previstas no âmbito do GATT, quais sejam, as salvaguardas, as medidas compensatórias e as medidas *antidumping*; e as medidas não reguladas pelo mencionado acordo, mas que possuam como efeito potencial a imposição de restrições diretas ou indiretas ao livre comércio.
 3. ARAUJO JR., José Tavares. Legal and economic interfaces between antidumping and competition policy. Divisão de comércio internacional e integração comercial da Organização das Nações Unidas, dez. 2001. p. 7. Disponível em: [www.eclac.org/publicaciones/xml/0/9040/lcl1685i.pdf].

2. MEDIDAS DE PROTEÇÃO À INDÚSTRIA E DEFESA DA CONCORRÊNCIA: DICOTOMIAS

2.1 *Justificativas para a aplicação de medidas de proteção à indústria*

A aplicação das medidas de proteção à indústria estará relacionada à noção de que indústria doméstica sofreu ou poderia sofrer perdas decorrentes das importações. O objetivo das legislações que instituem medidas de defesa comercial não é outro senão a proteção da indústria nacional frente ao crescimento da participação de mercado das empresas estrangeiras. Tal objetivo resta claro desde a promulgação das primeiras leis sobre o tema.⁴

As medidas de proteção à indústria surgem, portanto, como formas de delimitar o alcance do comércio internacional. Gradativamente, estas medidas tornaram-se válvulas de escape ao processo de liberalização comercial, ao aliviar a pressão gerada por empresas estrangeiras mais competitivas sobre seus concorrentes nacionais. A utilização destas válvulas de escape é justificada pela necessidade de proteção da indústria nacional incipiente, que poderá encontrar condições para o seu desenvolvimento, ou ainda, a continuidade de uma indústria nacional consolidada.

Castilho entende que a imposição de medias *antidumping*, por exemplo, seria uma forma alternativa à redução das tarifas conduzidas pelas negociações multilaterais.⁵ Desta forma, tal medida de defesa comercial seria uma forma de reduzir os efeitos das reformas liberalizantes negociadas em discussões multilaterais.

Entretanto, outros autores consideram que a proteção à indústria poderá ser essencial para o desenvolvimento de determinados setores. Neste sentido, Carvalho aponta que o mercado apresenta falhas que podem comprometer a estratégia de desenvolvimento. Portanto, em alguns setores, por conta da intensidade da escala de produção, os custos elevados de investimento, ou dos

4. Embora a jurisprudência sobre o tema sustente que o *Antidumping Act* de 1916 estava vinculado à legislação antitruste, ao tornar-se um instrumento contra a prática de preço predatório nas importações, a doutrina aponta que a promulgação da lei foi fundada no temor de que a indústria alemã utilizasse as exportações como meio de se restabelecer das perdas sofridas durante a Primeira Guerra Mundial. DE KEYSER, Philip. Exploring WTO dispute settlement in US Anti-dumping Act 1916: An easy case? Nova Iorque. Disponível em: [http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/01/013101-02.html#P28_4482].

5. CASTILHO, Marta Reis. O impacto das medidas antidumping aplicadas pelos EUA sobre as exportações brasileiras. *Revista Brasileira de Comércio Exterior*, jul.-set. 2009.

riscos e incertezas da atividade empresarial, os agentes necessitam de impulso governamental. A falta destes incentivos poderia reduzir o desempenho de atividades econômicas essenciais para promover o crescimento econômico e sustentabilidade do país, de sorte que se fazem necessários mecanismos de correção e fomento dos mercados.⁶

A proteção governamental, portanto, corrigiria falhas de mercado, preveniria crises e auxiliaria empresas nacionais a suportarem a perda de mercado para competidores estrangeiros. Em retorno, estas empresas favoreceriam o desenvolvimento econômico ao atuar em pesquisa e desenvolvimento, os quais seriam fatores capazes de aumentar a produtividade e reforçar setores estratégicos da economia.

Como exemplo, pode-se mencionar que incentivos a setores de alta tecnologia seriam capazes de gerar benefícios como empregos para profissionais qualificados, aumento da segurança nacional, criação de fornecedores de insumos essenciais mais competitivos e difusão de tecnologias para outros setores da economia.⁷ Estes incentivos trariam, portanto, um retorno social, visto que outros setores da sociedade poderiam apropriar-se dos resultados gerados, que superaria, por vezes, o retorno financeiro privado obtido pela empresa desenvolvedora.⁸

Conclui-se que, de forma geral, a proteção se justificaria pelos benefícios gerados não só à indústria-alvo da proteção governamental, mas também à economia do país como um todo.

2.2 Medidas de proteção à indústria e legislação concorrencial

O sistema brasileiro de defesa da concorrência atua em duas frentes distintas: o controle de estruturas e o controle de condutas. Desta forma, os efeitos gerados pelas medidas de proteção à indústria sob o ambiente concorrencial deverão ser analisados sob ambas as óticas.

Em relação ao controle de condutas, este estará relacionado à prática de determinadas operações empresariais, incluindo fusões, aquisições diretas e indiretas, incorporações, celebração de contratos associativos e *joint ventures*.

6. CARVALHO, Vinicius Marques, CORDOVIL, LEONOR; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 104.

7. TYSON, L. D. *Who's bashing Whom? Trade Conflict in High-technology Industries*. Washington: Peterson Institute, 1992. p. 30.

8. Idem, p. 32.

As medidas de proteção à indústria não causam efeitos semelhantes àqueles gerados pelos atos de concentração, isto porque uma medida *antidumping*, por exemplo, não terá o condão de transferir ativos no mercado ou modificar as condições estruturais deste.

Por outro lado, as medidas de defesa comercial podem ter impactos sobre a definição do mercado afetado por determinada operação societária. A Portaria Conjunta Seae/SDE 50, de 01.08.2001, estabeleceu princípios comuns para a sistematização da análise de atos de concentração econômica horizontal submetidos à aprovação do Cade, consolidados no Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração ("Guia de Análise").

O Guia de Análise prevê as hipóteses em que o papel das importações será considerado na análise das condições de mercado. A primeira delas diz respeito ao exercício de poder de mercado.⁹ O exercício do poder de mercado será menos provável conforme a expressividade das importações, que poderão constituir óbice ao possível aumento de preços ou demais atos previstos, posto que os consumidores podem optar em adquirir o produto em questão de produtores localizados fora do território nacional. Isto desestimularia a empresa detentora de poder de mercado a exercê-lo. Na mesma linha, o Guia de Análise considera que não existe probabilidade do exercício unilateral de poder de mercado caso as importações consistam em remédio efetivo contra o seu exercício.

O Guia de Análise também prevê que a possibilidade de importar também é fator inibidor do exercício do poder de mercado, de sorte que quanto maior for a possibilidade de importar, menor será a probabilidade de que o poder de mercado seja exercido. Considera-se que um pequeno volume de importações não é suficiente para permitir o exercício de poder de mercado, mas o será caso exista a possibilidade de que as importações aumentem, em quantidade e prazo razoáveis, em resposta a um pequeno, mas significativo e não transitório aumento dos preços domésticos.¹⁰

9. Nos termos do guia de análise, o poder de mercado poderá ser definido como o ato de uma empresa unilateralmente, ou de um grupo de empresas coordenadamente, aumentar os preços (ou reduzir quantidades), diminuir a qualidade ou a variedade dos produtos ou serviços, ou ainda, reduzir o ritmo de inovações com relação aos níveis que vigorariam sob condições de concorrência irrestrita, por um período razoável de tempo, com a finalidade de aumentar seus lucros.

10. A quantidade e prazo razoáveis para o aumento das importações serão considerados como aumento equivalente ao aumento de 30% do consumo aparente no período de um ano.

A mencionada possibilidade de importar será mensurada a partir de certos critérios objetivos e da análise das eventuais barreiras à entrada,¹¹ tais como custos de distribuição, existência de contratos de exclusividade entre importadores locais e empresas estrangeiras, e a capacidade dos importadores de aumentar a quantidade de importações sem a necessidade de investimentos em ativos físicos. Serão considerados, ainda, demais fatores como a influência exercida pelos produtos importados sobre os preços domésticos, o grau de estabilidade cambial, as tarifas de importação, os custos de internação dos produtos importados, a existência de barreiras não tarifárias, a natureza dos produtos e a preferência dos consumidores.

Portanto, a existência de barreiras não tarifárias, dentre as quais se incluem as medidas de defesa comercial, e as tarifas de importação serão fatores considerados relevantes para a apuração da possibilidade de que o produto importado será rival efetivo do produto doméstico, e que as importações são capazes de impedir o exercício de poder de mercado pelo produtor nacional. Ademais, o percentual do consumo nacional aparente do produto que é suprido pelas importações poderá contribuir para a determinação de que o mercado afetado pela operação possui dimensão internacional.

Já no que toca ao controle de condutas, há de se observar a possibilidade de que as medidas de proteção à indústria gerem efeitos análogos aos efeitos das condutas anticompetitivas, conforme previstos na legislação de defesa da concorrência.

A Lei 12.529/2011 prevê, em seu art. 36, que constituem infração à ordem econômica, independentemente de culpa, quaisquer atos que objetivem ou tenham o condão de produzir algum dos quatro efeitos listados, quais sejam: (a) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, nos termos do inc. I; (b) dominar mercado relevante de bens ou serviços, nos termos do inc. II; (c) aumentar arbitrariamente os lucros, nos termos do inc. III; e (d) exercer de forma abusiva posição dominante, nos termos do inc. IV.

Longe de questionar a licitude dos atos governamentais de proteção à indústria, é possível verificar a eventual produção dos efeitos mencionados pelo texto de lei quando da aplicação de medidas de proteção à indústria.

11. Barreiras à entrada, que podem ser definidas como a possibilidade de que firmas pré-estabelecidas elevem seus preços de venda acima dos custos médios mínimos de produção e distribuição sem induzir potenciais entrantes a atuar na indústria. BAIN, Jon. *Barriers to new competition*. Harvard University Press, 1956. p. 93.

As medidas de defesa comercial resultam em sobretaxa aplicável aos produtos importados, sendo irrelevante para a presente análise a natureza jurídica ou a origem destas sobretaxas. As demais medidas de proteção à indústria, usualmente resultam no aumento de tributos relacionados ao processo de importação. É bastante claro que a aplicação de sobretaxas ou de tributos implica no aumento dos preços finais dos produtos, que será repassado aos consumidores. Este efeito é, aliás, o principal objetivo das medidas de proteção à indústria.

Para se analisar as consequências deste aumento de preços, há de se considerar que em todo o mercado existem duas formas de competição: os concorrentes existentes e os futuros entrantes.¹² A entrada de novos competidores internacionais, no entanto, poderá ser limitada pela existência de barreiras à entrada, que podem ser definidas como a possibilidade de que firmas pré-estabelecidas elevem seus preços de venda acima dos custos médios mínimos de produção e distribuição sem induzir potenciais entrantes a atuar naquele mercado.¹³

O aumento dos preços finais dos produtos em razão da sobretaxa aplicada poderá, desta forma, constituir barreira à entrada na medida em que limita a entrada de novos competidores internacionais, ainda que as firmas pré-estabelecidas pratiquem preços superiores àqueles esperados em uma situação de concorrência ideal. Desconsiderando-se as situações em que o novo entrante pratique preços inferiores aos da indústria nacional a ponto de permanecerem competitivos ainda que seja aplicável sobretaxa, os novos entrantes serão obrigados a praticar, em sua maioria, preços idênticos ou superiores aos da indústria nacional.

Este cenário certamente poderá sofrer variações. A prática de preços inferiores àqueles utilizados para o cálculo da margem de proteção poderá incentivar a indústria doméstica a formular pedido de revisão da medida aplicada.

No caso específico das medidas *antidumping*, poderá, ainda, o novo entrante requerer a revisão da medida, visto não ter participado das investigações que originaram a imposição da sobretaxa.¹⁴ Esta disposição foi recentemente regulamentada, não existindo exemplos de sua utilização nos termos da nova legislação aplicável.¹⁵ De qualquer forma, o pedido de revisão de novo entrante

12. Voto da Conselheira Lúcia Helena Salgado no Ato de Concentração n. 27/1995, j. 18.09.1996, p. 69.

13. BAIN, Jon. Op. cit., p. 93.

14. Conforme art. 113 e ss. do Dec. 8.058/2013.

15. Embora a revisão de novo entrante já fosse prevista pelo Dec. 1.602/1995, a disposição jamais fora regulamentada. Os arts. 113 a 120 do Dec. 8.058/2013 trazem as disposições específicas relacionadas à revisão de novo entrante.

representa dificuldades à entrada do produtor internacional ao acarretar custos adicionais com o início de um dispendioso processo administrativo cujas chances de sucesso serão, no mínimo, questionáveis. Talvez por estes fatores um pleito desta natureza tenha sido formulado apenas uma vez e jamais concluído.¹⁶

É relevante ponderar, ainda, o eventual decréscimo na disposição de um novo entrante para atuar em um mercado que aplique medida de proteção à indústria: é bastante plausível que este novo entrante entenda que os ambientes negocial e político no país em questão são desfavoráveis ao seu estabelecimento via importações. Desta forma, Leidy e Hoekman consideram que, em certa medida, a mera existência da legislação *antidumping* é capaz de restringir as importações e modificar o comportamento das firmas exportadoras.¹⁷

Tome-se como exemplo o produtor A, localizado no exterior, que deseja comercializar o produto X para outro território. O produto X, no entanto, está sujeito a direito *antidumping* recolhido no montante de 15% do valor do produto importado. O produtor A poderia praticar o preço de R\$ 100,00 por tonelada do produto, caso inexistisse a medida *antidumping*. O preço médio de comercialização do produto X pela indústria doméstica é de R\$ 110,00 por tonelada.

Neste caso hipotético, o produtor A poderá comercializar o produto X ao valor de R\$ 100,00, mas este será revendido a R\$ 115,00, ou ainda, poderá diminuir o valor de exportação para patamar inferior a R\$ 95,65, a fim de que o produto X seja revendido a R\$ 110,00 ou menos. Na primeira hipótese, em que o valor do produto X é de R\$ 115,00, o produtor A estará em desvantagem competitiva. Na segunda hipótese, em que o valor do produto X é igual ou inferior a R\$ 110,00, o produtor A terá sua margem de lucro diminuída, além de ensejar possível ação de revisão da medida aplicada. Ambos os fatores possivelmente diminuirão a disposição do produtor A em prosseguir com seus planos de exportação. No mais, ainda que o produtor A possa utilizar-se de pedido de revisão da medida aplicada sob a alegação de que não realizava exportações para o dado território à época da aplicação do direito *antidumping*, é possível questionar a disposição do produtor A em arcar com os custos processuais.

Passa-se a análise da situação dos concorrentes existentes. O aumento de preços possivelmente impactará no volume de negócios dos concorrentes sujeitos a medida de proteção aplicada, em grau variável conforme o percentual

16. Conforme a Circular Secex n. 40, de 2013, publicada em 26.07.2013.

17. LEIDY, M., HOEKMAN, B. 1990. Production effects of price-and cost-based anti-dumping laws under flexible exchange rates. *Canadian Journal of Economics* 23/873-895.

de aumento. Em situações nas quais o concorrente internacional originalmente praticava preços mais baixos que a indústria doméstica e a sobretaxa é superior à diferença entre os preços praticados, haverá a aniquilação de uma vantagem competitiva anteriormente detida pelo concorrente internacional. Em todo o caso, sempre haverá a redução da vantagem competitiva ou o aumento da desvantagem competitiva, quando os preços do concorrente internacional fossem mais altos que os da indústria doméstica.

Interessante ainda é a hipótese de aplicação de medida *antidumping* sobre bens produzidos por agente internacional monopolista em seu país de origem. Reconhece-se que a posição de monopolista leva o agente a aumentar seus preços.¹⁸ Caso o produtor A desfrutasse de posição monopolista no país de origem, é possível que o preço normal¹⁹ do produto fosse superior ao preço que poderia ser praticado em situações de concorrência. Quando este agente passa a exportar seus produtos, é possível que o faça a preços menores do que os praticados no país de origem, visto que nesta hipótese, o produtor não desfrutaria de posição monopolista para o país de exportação. Tal situação poderia ensejar, em tese, a aplicação de direito *antidumping* que tornasse a elevar os preços praticados a patamares semelhantes aos praticados em situação de monopólio.

Em todos os casos, como se vê, a aplicação de medidas de proteção à indústria poderá consistir em limitação à livre concorrência, seja por dificultar a entrada de novos competidores, seja por causar óbices à atuação dos competidores já existentes. Neste sentido, as medidas *antidumping* afeta a concorrência ao modificar a política de preços das firmas rivais.²⁰

Os incs. II e o IV, por sua vez, preveem as ações que visem à dominação do mercado relevante de bens ou serviços ou o exercício abusivo da posição dominante.²¹ Novamente, não se pretende discutir a licitude das medidas de

18. SALOMÃO FILHO, C. *Direito concorrencial – As estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 133.

19. A Seção 2.3.1. apresenta maiores informações sobre o conceito de valor normal.

20. ANDERSON, Simon; SCHMITT, Nicolas; THISSE, Jacques-Fraçois. Who benefits from anti-dumping legislation? *Journal of International Economics* 38/321-337.

21. Sobre tais incisos, a seguinte lição é bastante esclarecedora: O primeiro caso é aquele em que o agente econômico dotado de poder econômico pretende dominar o mercado por meio de práticas anticompetitivas, eliminando a concorrentes e causando prejuízo ao consumidor. O segundo caso é aquele em que o agente econômico já dominou o mercado (posição dominante) e abusa de sua posição, para prejudicar competidores ou evitar que novos agentes passem a atuar em seu mercado. CARVALHO, Vinicius Marques, CORDOVIL, LEONOR; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. Op. cit., p. 104.

proteção à indústria, mas a proximidade dos efeitos gerados por estas medidas com aqueles produzidos pelas infrações a ordem econômica.

A Lei 12.529/2011 prevê, em seu art. 36, § 2.º, que uma empresa ou grupo de empresas deterá posição dominante sempre que for capaz de alterar unilateralmente ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar ao menos 20% do mercado relevante, percentual este que poderá ser alterado pelo Cade conforme as condições específicas do mercado. Considerando que o requerimento de abertura de investigação para a aplicação de medidas *anti-dumping* e compensatórias deverá ser feito por empresas que detenham participação de ao menos 50% do mercado doméstico, é possível concluir que em diversos casos tais empresas deterão posição dominante no mercado analisado, salvo a possibilidade de análise em contrário pelo Cade.

É relevante notar que as medidas de proteção à indústria são instrumentos hábeis para reduzir efetivamente as quantidades importadas do produto protegido. Em estudo elaborado com base em 77 medidas *antidumping* aplicadas pelo Brasil entre 1995 e 2005, constatou-se que as quantidades importadas de determinado produto decaíram em até 80% no período dos três anos subsequentes a aplicação de medida *antidumping* para o país exportador.²² Ainda que o mesmo estudo demonstre que parte do mercado passou a ser suprida por produtores exportadores localizados em países não sujeitos às medidas *antidumping*, houve aumento de participação da participação da indústria doméstica, em alguma medida.

Tais características permitem que tanto a hipótese de dominação do mercado relevante quanto de abuso de posição dominante sejam plausíveis. As medidas de proteção à indústria podem auxiliar determinados agentes econômicos a aumentar seu poder de mercado ao eliminar concorrentes efetivos ou diminuir a entrada de concorrentes potenciais. Podem ainda auxiliar na manutenção da posição dominante detida pelo agente econômico ao dificultar a entrada de novos competidores.

Por fim, o inc. III prevê a conduta de aumento arbitrário dos lucros. Necessário destacar que após a década de 1990 passa-se a condenar a intervenção estatal na determinação de preços.²³ Portanto, é de grande dificuldade a definição de “lucro arbitrário”, dada a ausência de parâmetros que permitam definir

22. SOUZA JR., D. P. *Um estudo sobre os efeitos das ações antidumping nas importações brasileiras*, Mestrado, Brasília, UnB, 2010.

23. CARVALHO, Vinicius Marques, CORDOVIL, LEONOR; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. Op. cit., p. 105.

qual seria o lucro máximo aceitável e a partir de qual momento este se tornaria arbitrário. O inc. III é, por tais razões, raramente utilizado pelas autoridades na definição de infrações à ordem econômica. Opta-se, assim, por não adentrar em maiores considerações a seu respeito ao longo deste trabalho.

Conclui-se, pois, que existe uma efetiva interação entre as medidas de proteção à indústria e diversos aspectos da legislação concorrencial que usualmente resultará em conflito destes aspectos. Nota-se que esta interação não se dá apenas no âmbito da análise econômica, mas também quanto ao próprio texto legal seja quanto aos fatores analisados, seja quanto aos objetivos perseguidos.

3. CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho buscou-se demonstrar que as medidas de proteção à indústria são capazes de influenciar de forma significativa a dinâmica da concorrência nos mercados.

Sobre os efeitos negativos das medidas *antidumping* sobre os mercados, um estudo formulado em 1995 pela *International Trade Commission*, demonstrou que a remoção das medidas *antidumping* vigentes em 1991 permitiria um ganho de 1.6 bilhões de dólares americanos para a economia do país. Esta conclusão, no entanto, não gerou quaisquer modificações na conduta do órgão nos anos subsequentes, sob a justificativa exposta nos comentários àquele estudo: o propósito das medidas *antidumping* e medidas compensatórias não é a proteção aos consumidores, mas sim a proteção aos produtores e trabalhadores nacionais, em oposição ao quanto previsto pela legislação antitruste. Portanto, não deveria causar surpresa o fato de que os benefícios de tais medidas são destinados aos produtores, enquanto seus custos devam ser suportados pelos consumidores. A adoção de medidas de defesa comercial é uma opção governamental diante da inexistência de uma política de livre comércio com abrangência mundial.²⁴

Neste sentido, resta inegável a relevância da questão para o direito da concorrência e para os órgãos de promoção e proteção da concorrência. Entende-se ainda que a atual postura adotada, de completa separação institucional entre os órgãos de comércio internacional e de promoção da concorrência, acaba por prejudicar os consumidores ao impedir a análise das condições de mercado e das prováveis consequências da medida aplicada. Neste sentido, cabe lem-

24. Relatório da *International Trade Commission*, 1995, p. VIII-IX apud ARAÚJO JR., José Tavares. Op. cit., p. 11.

brar a exposição de Carvalho, formulada no caso Braskem: a separação de competências levaria à inversão da lógica do sistema, e a política de defesa da indústria nacional, que deveria considerar os interesses dos consumidores, acabaria por se tornar uma mera aplicação burocrática de normas jurídicas.²⁵

A adoção de parâmetros concorrenciais na aplicação de medidas de defesa comercial foi inclusive recomendada pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE no intuito de reduzir os efeitos deletérios destas medidas. Dentre os parâmetros sugeridos, incluíam-se a análise do possível impacto gerado pela medida sobre a estrutura dos mercados; competitividade; disponibilidade do bem sujeito à medida; investimento doméstico no mercado afetado; e efeitos sobre os consumidores.²⁶

A partir destas considerações, e diante da ineficácia dos mecanismos de co-opeção utilizados nas últimas décadas, entende-se necessário que o tema seja rediscutido. O atual sistema desconsidera as diversas facetas que deveriam ser reconhecidas quando da intervenção governamental nos mercados, e baseia-se na lógica de competências institucionais estanques, o que impede, em grande medida, a troca de informações entre autoridade governamental especializada com seus pares.

Para que não se incorra em lacunas, há de se mencionar que a análise antitruste também poderia ser feita, em tese, pelo Grupo Técnico de Avaliação de Interesse Público – GTIP vinculado à Camex.²⁷ Desde 2012, cabe ao GTIP avaliar os pleitos e petições relacionadas à existência de questões de interesse público que pudessem ensejar a suspensão ou extinção de medidas de defesa comercial. Embora fosse razoável supor que os efeitos sobre a concorrência pudessem ser entendidos como questão de interesse público, há de se considerar que o GTIP não é, a princípio, órgão destinado à promoção e defesa da concorrência.

Neste sentido, cabe destacar que a Lei 12.529/2011 prevê que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC será formado Cade e pela Seae. Enquanto o Cade possui funções de caráter quase jurisdicional, a Seae atua de forma consultiva no intuito de promover a política de defesa da concorrência

25. Voto proferido pelo Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho no Ato de Concentração n. 08012.001205/2010-65 – Braskem S.A., Petróleo Brasileiro S.A., Petrobrás Química e Quattor Participações.

26. ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Competition and Trade Policies: their interaction*. Paris: OCDE, 1984.

27. Conforme a Res. Camex 13, de 29.02.2012, publicada no *Diário Oficial da União* em 01.03.2012.

junto a outros órgãos governamentais. A legislação prevê que, dentre outras atribuições, a Seae poderá (a) elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo Cade, pela Camex ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo; e (b) manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos.²⁸

A análise do Cade, por sua vez, poderá ser requisitada por qualquer agente do mercado. Dentre as atribuições do Cade, encontra-se a análise de pleitos relacionados à infração à ordem econômica, ainda que estes envolvam a aplicação de medidas de proteção à indústria. Neste caso, caberá representação endereçada à Superintendência Geral do Cade. Entretanto, entende-se que ainda mais relevante é a análise, pelo Cade, dos casos em que as medidas de proteção à indústria sejam consideradas prejudiciais ao funcionamento do mercado, seja por restringir a opção de escolha dos consumidores, seja por reforçar posição dominante detida por agente econômico. Tais casos podem não abranger discussões sobre a existência de infração à ordem econômica, mas tratar apenas da análise dos efeitos gerados pelas medidas de proteção à indústria sobre a concorrência. Para estes casos, no entanto, não há previsão legal ou regimental de procedimento administrativo que poderia ser utilizado pela parte interessada a fim de requerer que tal avaliação seja feita pelo Cade.

Conclui-se, pois, que a análise dos efeitos gerados pelas medidas de proteção à indústria poderá ser feita, em tese, tanto pelo Cade quanto pela Seae e em ambas as situações existirão limitações e vantagens específicas. A partir de tais considerações, passa-se ao traçado dos principais pontos que deveriam constar de um possível mecanismo de cooperação mais eficiente.

Neste sentido, considera-se indispensável que a requisição de análise possa ser formulada por agentes privados e não apenas por órgãos governamentais. Como se percebe pela análise da jurisprudência do Cade,²⁹ questões concorrenciais são usualmente abordadas por agentes diretamente interessados na

28. Art. 19, IV e VII, da Lei 12.529/2011.

29. Conforme a análise dos seguintes casos: Processo Administrativo 08012.008088/2003-31 – Bérkel Chapas Acrílicas Ltda. e Unigel Química S.A., Proquigel Química S.A. e Resárbras da Bahia S.A.; Ato de Concentração n. 08012.001637/2007-71 – Hindalco Industries Ltda. e Novelis Inc.; Requerimento n. 08700.001571/2009-22 – Itap Bemis

manutenção do nível das importações de determinado produto, de sorte que a impossibilidade de que tais agentes formulem requisições poderá reduzir substancialmente o número de casos analisados sob a ótica antitruste.

Nota-se ainda que a análise prévia à aplicação de medida de proteção à indústria poderá ser mais produtiva do que a análise posterior. Eventual decisão exarada pelo Cade ou parecer apresentado pela Seae poderiam ser considerados pela Camex quando da decisão pela aplicação ou não de medida de defesa comercial ou quando da determinação dos produtos que comporiam a lista de exceções à TEC, por exemplo. Entende-se que a cooperação ocorrida antes da aplicação de medida resultará em diálogo mais fácil do que a apresentação de considerações posteriores à sua implementação, até mesmo em razão dos limites legais para a revisão de medidas já aplicadas.

Acerca da impossibilidade de apreciação pelo Cade dos efeitos gerados por medida de defesa comercial ainda não aplicada, considera-se que a cooperação entre autoridades poderia ocorrer em momento posterior à investigação do Decom e anterior à apreciação do pleito pela Camex. Desta forma, já seriam conhecidas as características que provavelmente comporiam uma medida de defesa comercial, como os países exportadores e a margem de aplicação, os quais poderiam subsidiar a análise dos possíveis efeitos da medida.

Conclui-se, pois, que idealmente a cooperação entre as autoridades deveria ocorrer de forma prévia. Restaria mantida a competência do Cade para o julgamento de procedimentos administrativos envolvendo medidas de proteção à indústria já aplicadas, como atos de concentração e processos para imposição de sanções por infrações à ordem econômica. A cooperação prévia poderia ocorrer tanto por meio do Cade quanto por meio da Seae, sempre em caráter consultivo. O pedido de análise dos aspectos concorrenciais e das condições do mercado poderia ser formulado tanto por agentes privados, quanto pelas autoridades de comércio exterior.

Entretanto, como já visto, não há previsão na legislação vigente que contemple os requisitos acima elencados. Faz-se necessário o desenvolvimento de novos instrumentos legais que permitam a maior presença de elementos da análise antitruste no procedimento de aplicação de medidas de defesa comercial e, quando possível, de outras medidas de proteção à indústria.

Por fim, entende-se salutar a assinatura de acordos de cooperação técnica entre o Cade, a Camex e o MDIC, a semelhança dos acordos já firmados entre

o Cade e outras entidades, como a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS³⁰ e a Associação dos Juizes Federais – Ajufe.³¹ Um acordo do gênero poderá prever hipóteses de cooperação mais abrangentes, para além da mera expedição de pareceres técnicos e trocas de informação. Como exemplo, outros acordos de cooperação firmados pelo Cade incluem previsões para o desenvolvimento conjunto de atividades de pesquisa, realização de seminários e capacitação de servidores. Um esforço conjunto neste sentido poderia auxiliar na conscientização sobre a natureza complementar das políticas concorrencial e de proteção à indústria e na criação de bases para uma cooperação efetiva e bem sucedida entre os órgãos.

4. BIBLIOGRAFIA

- ANDERSON, Simon; SCHMITT, Nicolas; THISSE, Jacques-Fraçois. Who benefits from antidumping legislation? *Journal of International Economics*. 38 (1995). p. 321-337.
- ARAÚJO JR., José Tavares. Legal and economic interfaces between antidumping and competition policy. Divisão de comércio internacional e integração comercial da Organização das Nações Unidas, dez. 2001. p. 7. Disponível em: [www.eclac.org/publicaciones/xml/0/9040/lcl1685i.pdf].
- BAIN, Jon. *Barriers to new competition*. Harvard University Press, 1956.
- CASTILHO, Marta Reis. O impacto das medidas *antidumping* aplicadas pelos EUA sobre as exportações brasileiras. *Revista Brasileira de Comércio Exterior*. Rio de Janeiro: Funcex, jul.-set. 2009.
- CARVALHO, Vinícius Marques, CORDOVIL, Leonor; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- DE KEYSER, Philip. Exploring WTO dispute settlement in US Anti-dumping Act 1916: An easy case? Nova Iorque. Disponível em: [http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/01/013101-02.html#P28_4482].
- LEIDY, M., HOEKMAN, B. 1990. Production effects of price- and cost-based anti-dumping laws under flexible exchange rates. *Canadian Journal of Economics*. 23, p. 873-895.
- ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Competition and Trade Policies: their interaction*. Paris: OCDE, 1984.

30. A íntegra do acordo está disponível em: [www.cade.gov.br/upload/Acordo%20da%20ANS%20(2).pdf].

31. A íntegra do acordo está disponível em: [www.cade.gov.br/upload/Acordo%20AJUFE.pdf].

SALOMÃO FILHO, C. *Direito concorrencial – As estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA JR., D. P. *Um estudo sobre os efeitos das ações antidumping nas importações brasileiras*. Mestrado, Brasília, UnB, 2010.

TYSON, L. D. *Who's bashing Whom? Trade Conflict in High-technology Industries*. Washington: Peterson Institute, 1992.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A defesa comercial no Brasil, de Armando Meziat – *RIBRAC* 4/207;
- Defesa comercial x defesa da concorrência: o que triunfará nas relações comerciais internacionais?, de Ana Carla Bliacheriene – *RIBRAC* 14/71; e
- Painel I – A defesa comercial no Brasil, de Vários Autores – *RIBRAC* 9/5.