

DEFESA COMERCIAL X DEFESA DA CONCORRÊNCIA: O QUE TRIUNFARÁ NAS RELAÇÕES COMERCIAIS INTERNACIONAIS?

Ana Carla Bliacheriene¹

1. Introdução. 1.1 Objetivo. 1.2 Definições. 2. Práticas governamentais e privadas que restringem o comércio, prejudicam consumidores e diminuem a eficiência do mercado. 3. Inter-relação entre defesa comercial e defesa da concorrência no comércio internacional. 4 Histórico multilateral da harmonização normativa. 4.1 OIC, GATT, OMC, ONU e OCDE. 4.2 Acordos bilaterais e regionais e a regulação das práticas comerciais. 5. Opções apresentadas: caminhos a seguir. Conclusões. Referências bibliográficas.

Resumo: Os acordos comerciais internacionais, sejam multilaterais, regionais ou bilaterais, reduziram significativamente as barreiras ao comércio internacional. Na mesma intensidade, os mercados nacionais abrem-se à atuação de empresas estrangeiras, aumentando o temor da competição com empresas estrangeiras, o que estimula a aplicação de medidas de proteção da indústria nacional. Este estudo analisa a possibilidade da substituição das regras de defesa comercial, por regras concorrenciais, no âmbito do sistema multilateral de comércio, submetido à OMC.

1. Introdução

1.1 Objetivo

Seja para defender a adoção da teoria da liberdade de mercado no intuito de promover a distribuição da riqueza mundial, seja no intuito de preservar a segurança jurídica das relações internacionais e, conseqüentemente, a paz comercial internacional, economistas e juristas dedicam-se à análise da compatibilidade dos modelos de intercâmbio comercial internacional com as teorias econômicas e à proposição de modificações nos textos dos acordos multilaterais.

Ocorre que, na prática, as relações entre Estados soberanos não são facilmente reduzidas a fórmulas das ciências jurídicas ou econômicas, que

¹ Advogada. Mestre e Doutora em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela PUC/SP. e-mail: ana.blacher@uol.com.br

embora tenham um papel fundamental na conformação do quadro institucional desejado, não enclausuram a vontade das sociedades e, principalmente, das autoridades que as representam nas organizações internacionais.

Partindo-se do pressuposto de que os Estados, no ambiente internacional, competem por dominação política e comercial, observa-se uma maior reserva quanto a comportamentos anticompetitivos de produtores estrangeiros que de produtores nacionais e isto se justifica pelo fato de que, no primeiro caso, a prática anticompetitiva beneficia as empresas de um outro país e não a nacional². Neste contexto, as regras de defesa comercial e as regra de defesa da concorrência são instrumentos valiosos das políticas públicas e comerciais dos Estados soberanos e são interpretadas, internamente, segundo critérios próprios, do bem estar nacional do país que investiga o comportamento anticompetitivo de terceiros, que não os nacionais.

Nos anos oitenta iniciou-se uma verdadeira cruzada para a criação de um código multilateral de defesa concorrencial³. Atualmente, na OMC, existem duas correntes antagônicas, uma encabeçada pelas Comunidades Européias,⁴ que defendem a redução da aplicação das regras de defesa co-

² MARCEAU, G. *Anti-dumping and anti-trust issues in free trade areas*. New York: Clarendon Press Oxford, 1994.

³ HOEKMNAN, B. *Competition policy and the global trading system: A developing-country perspective*. The World Bank, International Economics Department, International Trade Division. March, 1997, p.27.

⁴ “A multilateral agreement on international competition policies should, according to the EC, involve several steps. Firstly, nations should domestically adopt a law that bans hardcore cartels. This commitment was argued not to pose any significant problem since hardcore cartels have detriment effects for all nations and are the most obvious violation of competition law. Similar agreements on anticompetitive behavior of purely domestic character should not take place but be at the discretion of each nation. A set of agreed core principles was thereafter argued to be adopted. These principles have not been specified in detail but a lot of the discussion in the proposal and in the Working Group concerns the principles of transparency and non-discrimination, which the EC regards as a necessity in every nation’s competition regime. The EC is also of the opinion that a competition committee should be established to monitor the competition situation in different nations and the development of competition at the global level. The final step would then be to offer technical assistance to countries, which have not yet passed competition legislation. It was also argued by the EC that governments’ intervention should not justify wide exemptions from the application of nations’ competition law and any exception ought to be specified so as to provide transparency for enterprises”

mercado e a harmonização das regras da concorrência por meio de um código multilateral e outra, capitaneada pelos EUA⁵ que defende a manutenção dos códigos multilaterais em matéria de defesa comercial e que a harmonização da regras de concorrência sejam processadas, paralelamente, em acordos bilaterais ou regionais.

1.2 Definições

Com o fito de estabelecer conceitos preliminares, seguem definidos alguns institutos e expressões utilizadas no texto.

Subsídio é o aporte econômico, advindo de qualquer esfera da administração estatal, que beneficie setor produtivo, direta ou indiretamente, por ação ou por omissão, em seu território ou fora dele –, reduzindo, de forma não desprezível, a vantagem comparativa dos produtos estrangeiros no mercado interno ou no mercado internacional. Além disto, para que seja contestável deverá ser tido como direcionado, discriminatório, ou seja, específico, nos termos do art. 3 do Acordo de Subsídio e Medidas Compensatórias da OMC (ASMC).⁶

Dumping é a prática empresarial consistente na introdução, em mercado estrangeiro, de produto com preço que inferior àquele considerado como normal no mercado exportador. Poderá ser identificado quando houver preço inferior ao custo de produção e transporte do bem ou quando houver discriminação internacional de preços, nos termos do Acordo sobre a Implementação do artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994.

Vale ressaltar que a prática de dumping, bem como a concessão de subsídio, per si, não são sempre causadoras de desequilíbrio no comércio

(BRORSSON, Charlotte. *Towards International Competition Rules?* Gothenburg: University of Gothenburg, Department of Law, 2003. Disponível em <http://www.handels.gu.se/epc/archive/00003598/>, acessado em 30/08/2006.

⁵ “The opponents to a multilateral agreement on competition policy argued that it was premature to set up a multilateral framework on competition policy since half of the WTO members had still not adopted a competition law nor had they put in place a credible competition authority. Skepticism was expressed over the possibility to effectively incorporate the development dimension into a multilateral framework, which many members regarded as an important element of such agreement. Moreover, a harmonization process often meant burdensome and difficult steps, which were hard to achieve and therefore the chances for adopting this type of agreement were not very high” (BRORSSON, 2003).

⁶ Ver art. 4º do Decreto 1751 de 19 de dezembro de 1995.

internacional ou no mercado de um determinado país, por isso nem sempre serão proibidas pelas regras do GATT/OMC. O que se estabeleceu foram padrões⁷ de investigação e aplicação das contramedidas (medidas compensatórias ou as medidas antidumping) e uma autorização para que, em certas circunstâncias entendidas como danosas à indústria nacional, as partes contratantes apliquem sua legislação nacional para combatê-las.

As contramedidas ou trade remedies são instrumentos da defesa comercial que visam proteger a indústria nacional de práticas comerciais danosa à indústria nacional que partam de governos e de empresas estrangeiras e também compensar o dano causado. Se subdividem em medida antidumping, medida compensatória e medida de salvaguarda.

Medidas antidumping e compensatórias são aplicáveis nos casos comprovados de prática de dumping ou de subsídio, sucessivamente, que cause ou ameace causar dano a determinado setor produtivo nacional desde que haja um nexo causal entre a prática e o dano levantado.

A medida de salvaguarda ou “salvaguarda geral”⁸ é um outro mecanismo de proteção defensiva da indústria doméstica do país importador e se impõe contra surto de importação de produto similar ao fabricado internamente, que esteja causando ou possa causar grave prejuízo à indústria nacional.

Para a imposição de medidas de salvaguarda, diferentemente das medidas antidumping e compensatórias, exige-se que a indústria doméstica adote um “programa de competitividade progressivo” que será acompanhado pelo governo até que cesse a aplicação da medida de salvaguarda.

Há ainda as salvaguardas específicas que se diferenciam das salvaguardas gerais nos seguintes pontos: a) há seletividade do país ao qual se destinam; b) é desnecessária a prova de “prejuízo grave”, sendo cabível a prova de mera “desorganização do mercado”; c) não é exigível um “programa de ajustamento progressivo” da indústria nacional; e d) é obrigatória a formulação de consulta preliminar com o país exportador, antes de sua aplicação.

⁷ “One of the main problems is that the home price, the export price, and the cost of production often end up being constructed unilaterally by national anti-dumping authorities in the light of Western business assumptions. National authorities exercise immense discretion when evaluating the dumping margin”. (MARCEAU, 1994, p. 27)

⁸ *As salvaguardas gerais são reguladas pelo Acordo Sobre Salvaguardas, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994, e promulgado pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, pela Lei nº 313, de 30 de julho de 1948, pelo Decreto nº 1.488, de 11 de maio de 1995, pelo Decreto nº 1.936, de 60 de junho de 1996, pela Circular SECEX nº 19, de 02 de abril de 1996.*

As condutas empresariais anticompetitivas que impeçam o concorrente de ter acesso às fontes de matéria-prima ou obriguem a exclusividade de distribuição, são tratadas pela legislação antitruste ou concorrencial nacionais.

São exemplos destas práticas: formação de cartéis com a finalidade de exportação; monopólios; fusões com finalidade anticompetitiva; abuso de posição dominante, etc.

2. Práticas governamentais e privadas que restringem o comércio, prejudicam consumidores e diminuem a eficiência do mercado

Para compensar os efeitos internos decorrentes da liberalização comercial, geralmente, os Estados e as empresas adotam comportamentos anticompetitivos. Paralelamente, alguns Estados intensificam a aplicação das regras de defesa comercial como medidas protetivas e, algumas vezes, protecionistas.

Desta forma, o acesso de empresas estrangeiras ao mercado nacional é limitado, pois, de forma reversa, se estabelece um preço mínimo de venda no mercado interno, aplicando-se tratamento diferenciado mais rígido às empresas estrangeiras, quando comparado àquele dado às empresas nacionais.

A inexistência de um código multilateral, delimitador de critérios mais objetivos para aplicação de contramedidas e restringindo abertamente as práticas empresariais anticompetitivas, viabiliza a diversidade interpretativa das autoridades investigadoras dos Estados e a utilização das medidas de defesa comercial como mecanismos protecionistas rápidos e eficientes.

Embora os acordos da OMC se fixem no combate de práticas estatais restritivas do comércio, já há algumas disposições que fazem referência às condutas empresariais, como por exemplo, o art. IX do GATS e seu anexo sobre telecomunicação e o art. 40 do TRIPS. As barreiras ao comércio criadas pelas empresas, que podem ser ou não estimuladas pelos governos, geralmente são de restrições verticais para excluir produtores estrangeiros, cartéis de exportação e de monopólio, por meio de fusões com finalidade anticompetitiva, todas com alto potencial lesivo ao comércio internacional.

Neste caso, uma legislação multilateral sobre concorrência seria útil pois, facilitaria uma análise prévia dos efeitos transnacionais no mercado, barrando transações comerciais anticompetitivas, fundadas em ações coordenadas ou em monopólios.

Não obstante a vantagem visível, esta legislação também poderia causar um conflito interpretativo no ato de sua aplicação por diferentes autoridades

investigadoras, sendo aconselhável a criação de um órgão multilateral⁹ harmonizador da interpretação normativa e julgador das controvérsias,¹⁰ assim como já faz o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC para as matérias cobertas pela organização.

Por fim, deve-se ressaltar que as discussões institucionais internacionais sobre práticas empresariais anticompetitivas, geralmente se dedicam a analisar a variedade de manifestação destas práticas anticompetitivas e os principais efeitos que causam no comércio internacional, sem, no entanto, se deterem na análise de como um acordo concorrencial multilateral poderia solucionar estes problemas. Isto faz com que, na OMC, a discussão sobre práticas governamentais seja mais privilegiadas que práticas empresariais.

3. Inter-relação entre defesa comercial e defesa da concorrência no comércio internacional

A harmonização das regras concorrenciais multilaterais pode contribuir para uma liberalização comercial mais ampla e para a redução das pressões que o setor privado exerce sobre os governos para obter tratamento especial.

⁹ “... there has been suggested that a WTO premerger office should be established with the aim to identify the transactions that have effects in several jurisdictions. Such a body could then also analyse the effects in an overall worldwide perspective. Another possible approach in these situations and to which I will return to later could be for nations to use jurisdictional discretion and refrain from actions when the negative consequences on the domestic market are less significant than the worldwide benefits. Multiple notifications may also lead to international disagreements over the extraterritorial limits of national jurisdiction, attempts to collect information outside the nation’s territory and the right remedy to alter anticompetitive aspects of the transaction. There is a risk that the legal uncertainty will increase as a consequence of the multiple assertions in different jurisdictions when they all apply inconsistent legal standards and different remedies” (BRORSSON, 2003).

¹⁰ “Não é de se estranhar que o texto final tenha sido vago, isto é característica inerente à negociação internacional. A OMC decide pelo consenso, o que gera a necessidade de diálogo mais acurada, além de uma redação textual que não seja próxima de opiniões extremas. Quando o texto é aprovado, no dizer de Seitenfus (2001), as missões diplomáticas de várias partes do mundo retornam a seus países de origem com tripla preocupação: 1) fazer com que a opinião pública aceite as concessões que fizeram em nome do Estado; 2) identificar mecanismos que possibilitem cobrar o cumprimento das concessões feitas pelos demais Estados; e 3) buscar fórmulas que permitam o não-cumprimento de suas concessões (próprias)”. (REZENDE, 2002, p. 99).

Isto porque a harmonização removeria barreiras tarifárias ao fluxo comercial que uma redução de tarifas encorajaria a competição. Daí afirmar-se que as políticas de defesa comercial e as políticas de concorrência dependem uma da outra e, em alguma medida, contradizem-se uma à outra.

Contradizem-se pelo fato de que, embora ambas visem interesses concorrenciais, a defesa comercial, na maioria das vezes, restringe o comércio para deixar os produtores nacionais exercerem seu domínio de mercado, mantendo os lucros longe dos concorrentes estrangeiros, já as regras do direito da concorrência se destinam a proteger o interesse dos consumidores, restringindo o exercício do domínio de mercado pelas empresas. Outra contradição é que as regras de defesa comercial são aplicáveis no âmbito de políticas industriais específicas e as de defesa da concorrência no âmbito do mercado nacional como um todo e não separadamente para um dado setor produtivo¹¹ ou dada indústria.

As críticas¹² à adoção de medidas de defesa comercial pelos Estados, principalmente das medidas *antidumping*, são feitas no sentido de que restringem e distorcem a competição, privilegiando determinados setores nacionais protegidos politicamente.¹³ E, por tratarem de forma discriminatória a concorrência travada entre a indústria estrangeira e indústria nacional, podem ainda se caracterizarem como uma agressão ao princípio do tratamento nacional ou da nação mais favorecida do GATT¹⁴.

Na ausência de um acordo multilateral que delimite tanto as práticas comerciais desleais domésticas de cada país, quanto as práticas desleais empresariais promotoras de restrições inescusáveis ao comércio, as regras de defesa comercial, especialmente as de *antidumping*, acabam assumindo um

¹¹ (BRORSSON, 2003).

¹² LOWENFIELD, A. Fair or unfair trade: Does it matter? *Cornell International Law Journal*, v.13, 1980, p.205

¹³ “GATT’s rule do not provide limits to national practice, they provide sanction for it. Such rules are not part of the solution, they are part of the problem”. (FINGER, J. M.; DHAR, S. *Do rules control power?* World Bank Papers (WPS 818). 1992). No sentido de que seus objetos são distintos ver (BARRAL, Welber. *Dumping e comércio internacional: a regulamentação antidumping após a Rodada Uruguai*. Rio de Janeiro: Forense, 2000).

¹⁴ (MARCEAU, 1994) e (ARAUJO Jr, José Tavares de. *Legal and economic interfaces between antidumping and competition policy*, 2001. Disponível em http://www.seae.fazenda.gov.br/document_center/papers-and-articles/2001-1/1-legalandeconomic, acessado em 30/08/2006).

papel relevante no combate ao comportamento anticompetitivo. Daí porque, a discriminação do preço no mercado transnacional e as vendas abaixo do custo de produção e transporte acabam sendo controladas pelas regras *antidumping*, embora coubessem perfeitamente na regulação da concorrência.

Outros argumentos possíveis para ratificar os pontos de convergência e divergência dos dois conjuntos normativos são:

a) O antitruste protege o processo concorrencial, o bem estar do consumidor e a eficiência produtiva e não o concorrente. Nesse sentido, a preocupação com o bem-estar específico de uma empresa tende a ser estranha à defesa da concorrência¹⁵.

b) As regras de defesa comercial nem sempre atingem uma indústria que esteja interferindo negativamente no comércio internacional, geralmente, atingem também outras indústrias que não têm capacidade de influir no preço internacional dos produtos. Por vezes, a aplicação destas regras transpõe os limites da proteção da indústria nacional e se iguala a uma sanção contra país ou empresa específicos, ou seja, se iguala a uma medida protecionista.

c) Os mercados nacionais (fornecedor, produtor e consumidor) são mais integrados que o mercado mundial, o que poderia justificar a existência separada de regras concorrenciais e de defesa comercial. É mais adequado se falar em uniformização normativa em mercados integrados.

d) As regras antidumping toleram práticas, tais como, controles de preço e restrições quantitativas ao comércio que são indesejadas pelas regras concorrenciais e pune alguns tipos de diferenciação de preços que não seriam condenáveis por estas.

e) Embora não se realize nenhum teste específico durante a investigação, as regras antidumping presumem que a indústria nacional encontra-se diante de um caso de monopólio ou de cartel internacional¹⁶. Contrariamente, o ponto de partida do direito concorrencial é a identificação do mercado relevante e de suas condições de competição.

¹⁵ (ARAUJO, 2001) e (CALLIARI, M. Painel IV – A defesa comercial no mundo. II Seminário internacional de defesa comercial dumping, subsídios e barreiras não tarifárias. *Revista do IBRAC*, v.9, n.6, p.208-210, 16 de agosto de 2002).

¹⁶ (ARAUJO, 2001).

f) Por fim, diferentemente das regras de defesa da concorrência, as regras de defesa comercial não se preocupam com práticas comerciais desleais, e.g., dumping predatório quando partem de empresas nacionais que exportem seus produtos e desestabilizam o mercado externo. É mais uma justificativa que fundamenta a assertiva de que as regras de defesa comercial são armas protecionistas da indústria nacional, e não mecanismos de manutenção do livre comércio e da eficiência do mercado, baseados nas competências produtivas.¹⁷

Calliari¹⁸ demonstra um exemplo extremo de monopólio, no qual se pode observar, sob uma ótica de eficiência econômica, a inadequação da aplicação de medidas antidumping: suponha-se a existência de um produtor monopolista na Coreia e outro no Brasil. Ambos vendem seus produtos a 100 unidades de uma moeda qualquer, nos seus respectivos países, com uma margem de lucro 50 unidades de moeda. O produtor coreano entra no mercado brasileiro baixando sua margem de lucro de 50 para 10 unidades de moeda, vendendo o produto, no Brasil, por 60 unidades de moeda em vez das 100 unidades de moeda que vendia na Coreia. Ele continuará tendo lucro e poderá sustentar esta situação indefinidamente. No início, a autoridade concorrencial vê isso com satisfação porque acirra a competição no país. Vê-se que o preço de venda é inferior ao preço do mercado de origem; há um dano à indústria nacional que perdeu mercado, há umnexo causal, pois sem a importação daquele produto não haveria dano. Neste caso, poder-se-ia aplicar uma medida antidumping, no entanto, não haveria um fato negativo para as regras concorrenciais. Seria a entrada de um produto novo, em condições leais de competição, que acirraría a concorrência e beneficiaria o consumidor, ainda que o produtor nacional fosse prejudicado, como geralmente o é¹⁹.

Dos três mecanismos de defesa comercial apontados, apenas as medidas de salvaguarda são mais comumente aceitas²⁰ como adequadas para

¹⁷ “Nowadays, antidumping remains as the protectionist’s weapon of choice only in traditional industries such as steel, chemicals, textiles and others whose instruments of competition are limited by their technological base” (ARAUJO, 2001).

¹⁸ (CALLIARI, 2002)

¹⁹ (CALLIARI, 2002)

²⁰ (ARAUJO, 2001); (NICOLAIDES, P.; VAN WIJNGAARDEN, R. Reform of anti-dumping regulations – the case of the EC. *Journal of World Trade*, v.27, n.3, June, 1993); (MESSELIN, P.A.; THARAKAN, P.K.M. The question of contingent protection. *The World Economy*, v.22, n.9, December, 1999); (FINGER; DAHR,

a proteção da indústria nacional, pois, se propõem de fato e de direito a preservar um determinado setor industrial sem se fundar na existência ou não de comportamento anticompetitivo e, neste sentido, poderiam substituir perfeitamente as medidas antidumping e compensatórias quando o motivo para sua aplicação, confesso ou não, fosse atender a uma política de proteção industrial. Nos casos nos quais o fundamento para a aplicação das medidas antidumping ou compensatórias fosse, verdadeiramente, a existência de uma conduta anticompetitiva, as regras relativas ao direito concorrencial seriam as de aplicação mais adequadas.

Não obstante o acima disposto, os governos preferem adotar as medidas antidumping e compensatórias pelo fato de serem de mais fácil aplicação e de não necessitarem de compensações negociadas entre as partes nem de implementação de programas de reestruturação da indústria nacional²¹. E entre as medidas antidumping e as compensatórias, os governos preferem aplicar as primeiras, pois transferem a culpa da restrição ao setor produtivo do país exportador e não à prática deste Estado, o que poderia causar problemas de ordem diplomática para o país importador.

4. Histórico multilateral de harmonização normativa

4.1 OIC, GATT, OMC, ONU e OCDE

O debate sobre as práticas restritivas ao comércio vem sendo alimentado desde os anos 40, nas negociações do Acordo Geral de Tarifas e Comércio-GATT (1947) e da Carta da Organização Internacional do Comércio ou Carta de Havana – OIC (1948).

O sistema Disposto na Carta de Havana concedia poderes significativos à Organização Internacional do Comércio (OIC) e previa a possibilidade de interposição de recurso à Corte Internacional de Justiça. Os países, ao perceberem que teriam sua soberania consideravelmente ameaçada, formularam várias ressalvas para a aceitação da Carta da OIC desfigurando o sistema inicialmente idealizado. Como o Congresso norte-americano não a ratificou e para que não se perdessem os pontos de consenso já alcançados, houve uma intensificação dos poderes e da temática do GATT/47. Quando

1992) e (TAVARES, J., MACARIO, C. and STEINFATT, K. Antidumping in the Americas. *Journal of World Trade*, v.35, n.4, August 2001).

²¹ (ARAUJO, 2001)

ficou obvio que a OIC jamais seria viabilizada, o grupo de trabalho destacado para esta, passou a trabalhar na materialização do GATT/47 que, por sua vez, transformou-se numa organização internacional de fato, embora não o fosse de direito.²² O fato dos idealizadores da OIC, em sua maioria, também serem os negociadores do GATT/47, levou a que este adotasse os principais pontos da Carta de Havana.²³

O GATT passou por oito rodadas de negociação que culminaram, no decurso da última (Rodada Uruguai), na criação da Organização Mundial do Comércio, em 01 de janeiro de 1995.

Houve uma ampliação da regulação prevista no GATT/47, embora mantendo os mesmos princípios do comércio internacional, e aprovando um acordo específico para serviços (GATS) e outro para propriedade intelectual (TRIPS).²⁴

Durante as negociações da Rodada Uruguai um grupo de especialistas do Instituto Max Planck²⁵ propôs um modelo de código internacional em matéria de antitruste com o fito de estabelecer um regime internacional de concorrência. No entanto, o código foi tido como muito ambicioso pelos membros contratantes da OMC e não foi acolhido na formulação do documento final da rodada.²⁶

²² JACKSON, J. H. *The world trade organization – constitution and jurisprudence*. London: Royal Institute of International Affairs, 1998.

²³ (BRORSSON, 2003); (HUDEC, R. E. *Essays on the nature of international trade law*. London: Cameron May, 1999)

²⁴ “The previous mentioned GATS and its article VIII provides for members to ensure compliance with WTO disciplines by certain types of firms, such as monopolies and exclusive service suppliers and the Telecommunication Annex of the GATS, which prohibits discriminatory abuse of dominance and demand reasonable access to telephone networks, relate to private business. Both the GATS and TRIPS obliges members to, upon request, enter into consultations on restrictive business conduct or the abuse of intellectual property rights subject to domestic law and agreements to safeguard confidentiality. (Article IX of GATS and article 40 of TRIPS)” (BRORSSON, 2003).

²⁵ INSTITUTE MAX PLANCK. *Draft international antitrust code as a GATT-MTO plurilateral trade agreement*. Max Planck Institute. Munich. 1993.

²⁶ MONTINI, M. *Globalization and international antitrust cooperation*. In: *Trade and competition in WTO and beyond*. Venice, 1998. Disponível em <http://www.feem.it/NR/rdonlyres/C88FEC03-642E-41EA-BB3E-6CEFEA827662/304/6999.pdf>, acessado em 30/08/2006.

As Comunidades Européias retomaram o tema na Primeira Reunião Ministerial da OMC (1996),²⁷ em Singapura. Em 1997, foi estabelecido um grupo de trabalho em comércio e política de concorrência internacional, com o objetivo de examinar a interação possível entre comércio e política de concorrência, inclusive para analisar a relação entre objetivos, princípios, conceitos e o escopo dos instrumentos de defesa comercial e da concorrência comercial.

Apesar dos esforços, ainda não se construiu um consenso de que seja realmente necessária a aprovação de um acordo multilateral em matéria de concorrência. E mesmo quando ultrapassado este, outros obstáculos virão tais como o de formular provisões específicas para o acordo multilateral decidir se as regras devem ser obrigatórias ou serão meras recomendações, decidir quais serão e se serão aplicadas regras para solução de controvérsias e, finalmente, decidir sob a égide de que organização estas regras vigorarão.²⁸

Muito países, paralelamente, firmaram – nos foros econômico das Nações Unidas (*United Nations Conference on Trade and Development* – UNCTAD) e da *Organisation for Economic Cooperation and Development* (OCDE) – modelos de códigos de condutas e princípios gerais a serem adotados,²⁹ além de acordos bilaterais e regionais em matéria de defesa concorrencial.

Em 1999, o comitê da OCDE³⁰ sobre lei e política da concorrência apresentou um rascunho que, infelizmente não galgou consenso em todos os

²⁷ “The emergence of cases with a genuine global dimension, such as the Boeing-MDD merger, which are likely to put into danger the «fragile» bilateral cooperation schemes such as the one built by the EC and the US, and which could involve other domestic antitrust authorities around the world gives us the perception that in an increasingly globalized economy there are some antitrust issues which cannot be adequately dealt with by bilateral cooperation, but should be devoted instead to multilateral cooperation” (MONTINI, 1998).

²⁸ (BRORSSON, 2003); (HOEKMNAN, 1997)

²⁹ (HOEKMNAN, 1997)

³⁰ “O órgão responsável pela concorrência é o Diretório para Assuntos Financeiros e Empresariais (*Directorate for Financial and Enterprise Affairs* – DAF), sob o qual funciona o Comitê de Concorrência (COMP). O Comitê conta com dois Grupos de Trabalho, o Grupo de Trabalho n.º 2 sobre Concorrência e Regulação (*Working Party N° 2 on Competition and Regulation* – WP2) e o Grupo de Trabalho n.º 3 sobre Cooperação e Implementação (*Working Party N° 3 on Co-operation and Enforcement* – WP3). Foi estabelecido, ainda, um Grupo Conjunto de Comércio e

temas, limitando-se apenas a ressaltar as diferenças políticas e procedimentais existentes entre as diferentes jurisdições, oferecendo um menu de opções a serem seguidas. No máximo, influenciou os membros para a formulação de um padrão convergente de procedimentos de notificação.³¹

4.2 *Acordos bilaterais e regionais e a regulação das práticas comerciais*

Como os modelos de código de conduta firmados na OCDE e na UNCTAD não são obrigatórios, alguns Estados membros firmaram compromissos bilaterais³² para harmonização de políticas e regras de concorrência. Este parece ser o passo inicial para uma normatização multilateral.

Especialmente as CE e os EUA firmaram acordos bilaterais em 1991 e 1998 introduzindo a noção de uma cortesia ou respeito efetivos (*positive comity*) que se caracteriza por:

... “an obligation to take into account the other party’s significant interest when investigating or applying remedies to corporate anticompetitive behavior. Other common provisions concern assistance in investigation, when restrictive business practices in one nation adversely affect significant interest of the other party, commitments to give consideration to a request for investigatory assistance and in some agreements provisions to share confidential information (subject to safeguards) [...] Such a provision provides for a harmed nation’s competition authority to request another party’s authority to initiate proceedings against anticompetitive practices originating within their territory and significantly affect important interest of the first country. The requested authority should seriously consider such a request. However, it is still possible for the requesting nation to initiate or reinstitute its own enforcement”.³³

Enquanto os acordos bilaterais investem na harmonização de provisões procedimentais referentes à cooperação, as áreas de livre comércio, uniões

Concorrência, sob égide do Diretório de Comércio (TD)” CADE. *Organização para cooperação e desenvolvimento econômico – OCDE*. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Brasília. 2006.

³¹ (MARCEAU, 1994)

³² Também foram firmados tratados em comércio e navegação, assistência legal mútua e cooperação técnica, todos fazendo referência expressa às regras concorrenciais.

³³ (BRORSSON, 2003)

aduaneiras e mercados comuns, inovam ao adotarem um objetivo geral e não apenas procedimental de harmonização. O exemplo mais marcante deste propósito de atender a um objetivo mais profundo e geral é o das Comunidades Européias. Embora com ambições menores que as das CE o Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA) prevê apenas a “cooperação” em assuntos de concorrência, pois alguns Estados afirmaram que não têm a flexibilidade necessária para preservar seus interesses nacionais, já que o acordo não respeitaria as diferenças nas tradições legais do *common law* e do *civil law*.

5. Opções apresentadas: caminhos a seguir

Para resolver o impasse estabelecido entre as regras de defesa comercial e da defesa da concorrência, os grupos de trabalho das organizações internacionais e pesquisadores apontam alguns caminhos possíveis para solucionar a problemática, que se concentram em três principais focos: a) abolição das regras de defesa comercial (*dumping* e subsídios) e aplicação de um código multilateral da concorrência; b) absorção de alguns princípios da defesa da concorrência pelas regras de defesa comercial; c) adoção de um sistema multilateral misto, que acolha os modelos do bilateralismo e regionalismo.

A primeira, embora pareça ser ideal, é a via mais radical de todas e que, atualmente, não encontraria o ambiente de consenso necessário para sua adoção. Requer a formulação de regras procedimentais que tratem expressamente dos princípios da não discriminação, transparência, mútua assistência e *positive comity*, o que não parece ser fácil, pois isto pressuporia uma grande diminuição da margem de soberania reservada aos Estados nos processos de investigação e aplicação de medidas retaliatórias (nos casos de defesa comercial) ou de penalidades (nos casos de defesa concorrencial). Por outro lado, deveriam ser estabelecidas regras substantivas sobre acordos empresariais horizontais e verticais, monopólio, abuso de posição dominante e fusões e isto esbarraria nos diferentes níveis regulatórios de cada Estado e nas pressões internas dos setores produtivos de países com pouca regulação que não aceitariam esta mudança brusca.

Além de todas estas regras, cada Estado deveria criar estruturas, caso ainda não tenham, e treinar técnicos para proceder às investigações, além de investir em tecnologia para levantamento de dados e confirmação de danos.

Ou seja, não parece ser fácil que todos estes pontos sejam resolvidos no plano multilateral, principalmente quando outros temas do comércio in-

ternacional como extinção de subsídios e aumento de quotas à importação de produtos agrícolas estão barrando o andamento da Rodada Doha da OMC. Ainda que o foro escolhido para a negociação das regras concorrenciais seja outro, que não a OMC, estes temas acabarão retornando como uma espécie de moeda de troca para que sejam realizadas concessões em outros aspectos do comércio internacional.

A mera absorção dos princípios da defesa concorrencial pelas regras da defesa comercial parece ser uma solução temporária e de pouco efeito positivo, pois as contramedidas continuariam sendo utilizadas como medidas protecionistas e continuariam restringindo o comércio internacional.

Por outro lado, a adoção de um modelo misto pode aumentar as possibilidades de solução dos problemas concorrenciais internacionais. Os acordos bilaterais, providos de “*positive comity*” podem atender satisfatoriamente aos casos de cartelização, reduzindo os conflitos jurisdicionais. O único ponto que necessitaria de uma regulação especial seria o das fusões que tem questões colaterais que são de difícil consenso.

De outra forma, a OCDE³⁴ ou a OMC³⁵ poderia viabilizar um acordo multilateral com o fito de intensificar a consistência e coordenação em outros casos de práticas anticompetitivas internacionais e se manter como interlocutor entre os membros.

Um futuro código multilateral deverá ser munido de “princípios de medidas constitucionais”³⁶ que estabeleçam, restrições às práticas anticom-

³⁴ São membros da OCDE: Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Coréia, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Islândia, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Noruega, Nova Zelândia, Países Baixos, Polônia, Portugal, Reino Unido, República Eslovaca, República Tcheca, Suécia, Suíça e Turquia.

³⁵ “WTO might be a better host for this type of agreement. The fact that the OECD is not regarded as a high status organization from nations’ ministries (compared to the WTO, where trade and finance ministries are responsible for the discussion) is also an aspect to the disadvantage of the OECD.171 It is therefore easy to understand that many regard the chances for progress, in form of a multiple merger review as well as an agreement in other areas of competition, greater if the agreements are under the auspices of the WTO rather than the OECD” (BRORSSON, 2003).

³⁶ “Professor Eleanor Fox (FOX, E. M.; ORDOVER, J.A. The harmonization of competition and trade law – the case for modest linkages of law and the limits to parochial state action in competition policy in the global economy – modalities for cooperation. In: *Competition policy in the global economy: Modalities for coope-*

petitivas das empresas, nacionais e estrangeiras, e também de Estados e que adote a aplicação do princípio do tratamento nacional, reduzindo assim os conflitos entre os países que são rígidos com os comportamentos anticompetitivos das empresas estrangeiras, quando afetam a indústria nacional, e são lenientes com as práticas anticorrecionais das empresas nacionais, quando apenas afetam a indústria ou o mercado de outros países.

“The national treatment obligation would here mean that the competition law of firms’ home nation follows them when they conduct business abroad. The developed world would probably feel they are on the losing side in this proposal since their firms will be constrained more than firms from countries with loose or no competition law. For developing nations a comprehensive competition law might actually reduce the economic development because too much competitive pressure may discourage investment. Besides, in the initial stage of economic development it might be appropriate to use industrial policy tools to promote growth and development due to the incomplete markets or because of the limited size of the local economy. However, in the same time a lack of competitive pressure, where nation permit rent seeking activities, will reduce the economic progress. It has therefore been argued that an optimal level of competition for the developing nations is preferable rather than the maximum degree, which is more useful for already developed countries”.³⁷

Um problema da adoção deste princípio seria o fato de que países com uma regulação concorrecional mais rígida, como as Comunidades Européias, teriam uma perda competitiva pois suas empresas sofreriam o impacto das regras das Comunidades Européias, mesmo quando atuasse em mercados estrangeiros, sujeitos a regulação menos rígida,³⁸ fazendo com que as indústrias locais se tornassem mais competitivas em relação às da CE. De outro

ration. London: Routledge, 1997. p.407-438.) is also strongly in flavor of a multilateral agreement on competition policy but she suggests that such an agreement should include principles of “constitutional measures”. Principles of constitutional generality could also prohibit international cartels and anticompetitive blockage of market access, while in the same time provide a discipline for trade-restraining practices by nations” (BRORSSON, 2003).

³⁷ (FOX, E. M.; ORDOVER, J.A., 1997)

³⁸ A China e os países asiáticos, com alto nível de industrialização e baixo nível de regulação seriam extremamente beneficiados por esta medida.

lado, os países em desenvolvimento alegam, que seus parques industriais não suportariam a rigidez da aplicação destas regras e seriam eliminados, sugerido a necessidade de formulação de exceções à regra geral, o que não está sendo cogitado pelos membros mais influentes da OMC, Comunidades Européias e Estados Unidos.

Conclusões

À medida que as barreiras comerciais caem, a importância da legislação de defesa comercial tem aumentado, inclusive com seu uso reverso como medida protecionista, privilegiando a empresa nacional em detrimento da empresa estrangeira. Outra consequência inevitável da queda das barreiras comerciais é que os efeitos globais das práticas empresariais anticompetitivas ficam mais evidentes.

No contexto comercial internacional vigente, embora fosse desejável a criação de código multilateral de concorrência, a setorização do mercado internacional ainda propicia que as medidas de defesa comercial sejam mantidas.

Só há sentido na substituição destas por medidas de defesa da concorrência e de salvaguarda quando se tratar de mercados integrados, cujas barreiras comerciais tenham sido extintas no processo de integração. No caso especial do Mercosul a efetivação desta transição somente será possível com a harmonização prévia das práticas de subsídios pelo Estado-membro.

Se bem utilizadas, tanto as regras de defesa comercial quanto as regras concorrenciais podem ser instrumentos para a intensificação das relações comerciais.

Diante de todos os pontos de discordância dos Estados parece obvio a todos que, no mínimo, um modelo de cooperação deverá ser vislumbrado em qualquer acordo de harmonização da política e da legislação concorrencial. Por enquanto, a limitação da soberania dos Estados e das autoridades investigadoras nacionais é um ponto que dificulta qualquer possibilidade de formulação de um acordo multilateral.

Embora atualmente não pareça ser possível a substituição das regras de defesa comercial por regras de direito da concorrência no sistema multilateral de comércio, quando isto ocorrer trará benefícios relevantes às relações comerciais internacionais. Por outro lado, o caminho que parece ser mais factível, o da harmonização legislativa concorrencial, propiciaria a redução

gradativa da aplicação das regras antidumping e de antisubsídio e ainda a redução das barreiras não tarifárias ao comércio e a limitação da pressão dos setores produtivos nacionais. E, indiretamente, promoveria a simplificação do planejamento empresarial que acarretaria um ganho de eficiência produtiva e a otimização do fluxo internacional de bens.

Referências bibliográficas

- ARAUJO Jr, José Tavares de. *Legal and economic interfaces between antidumping and competition policy*, 2001. Disponível em http://www.seae.fazenda.gov.br/document_center/papers-and-articles/2001-1/1-legalandeconomic, acessado em 30/08/2006.
- BARRAL, Welber. *Dumping e comércio internacional: a regulamentação antidumping após a Rodada Uruguai*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BRORSSON, Charlotte. *Towards International Competition Rules?* Gothenburg: University of Gothenburg, Department of Law, 2003. Disponível em <http://www.handels.gu.se/epc/archive/00003598/>, acessado em 30/08/2006.
- CADE. *Organização para cooperação e desenvolvimento econômico – OCDE*. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Brasília. 2006.
- CALLIARI, M. Painel IV – A defesa comercial no mundo. II Seminário internacional de defesa comercial dumping, subsídios e barreiras não tarifárias. *Revista do IBRAC*, v.9, n.6, p.208-210, 16 de agosto de 2002.
- FINGER, J. M.; DHAR, S. *Do rules control power?* World Bank Papers (WPS 818), 1992.
- FOX, E. M.; ORDOVER, J.A. The harmonization of competition and trade law – the case for modest linkages of law and the limits to parochial state action in competition policy in the global economy – modalities for cooperation. In: *Competition policy in the global economy: Modalities for cooperation*. London: Routledge, 1997. p.407-438.
- HOEKMNAN, B. *Competition policy and the global trading system: A developing-country perspective*. The World Bank, International Economics Department, International Trade Division. March, 1997.
- HUDEC, R. E. *Essays on the nature of international trade law*. London: Cameron May, 1999.

- INSTITUTE MAX PLANCK. *Draft international antitrust code as a GATT-MTO plurilateral trade agreement*. Max Planck Institute. Munich. 1993.
- JACKSON, J. H. *The world trade organization – constitution and jurisprudence*. London: Royal Institute of International Affairs, 1998.
- LOWENFIELD, A. Fair or unfair trade: Does it matter? *Cornell International Law Journal*, v.13, 1980.
- MARCEAU, G. *Anti-dumping and anti-trust issues in free trade areas*. New York: Clarendon Press Oxford, 1994.
- MESSELIN, P.A.; THARAKAN, P.K.M. The question of contingent protection. *The World Economy*, v.22, n.9, December, 1999.
- MONTINI, M. *Globalization and international antitrust cooperation*. In: *Trade and competition in WTO and beyond*. Venice, 1998. Disponível em <http://www.feem.it/NR/rdonlyres/C88FEC03-642E-41EA-BB3E-6CEFEA827662/304/6999.pdf>, acessado em 30/08/2006.
- NICOLAIDES, P.; VAN WIJNGAARDEN, R. Reform of anti-dumping regulations – the case of the EC. *Journal of World Trade*, v.27, n.3, june, 1993.
- REZENDE, Ana Carla Figueirôa. Aspectos do comércio internacional e de institutos da defesa comercial, com especial enfoque nos subsídios – uma análise das normas nacionais e das normas da OMC. *Dissertação (Mestrado)* – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2002.
- TAVARES, J., MACARIO, C. and STEINFATT, K. Antidumping in the Americas. *Journal of World Trade*, v.35, n.4, August 2001.

