

Fundamentos e objetivos da legislação antidumping¹

José Del Chiaro²

João Marcos Silveira³

Selma M. Ferreira Lemes⁴

Sumário: 1. Introdução. 2. O princípio constitucional da livre concorrência. 3. A interpretação lógico-sistemática. 4. A legislação antidumping e sua aplicação pelas autoridades administrativas. 5. Conclusão.

1. Introdução

As economias mundiais encontram-se atualmente em avançado estágio de globalização, partindo a gestão econômica dos Estados de premissas comuns fixadas em âmbito mundial pelo antigo GATT, atual Organização Mundial do Comércio - OMC, da qual participam mais de 160 Estados.

Para que o comércio tenha desempenho sadio, fixaram-se normas de projeção mundial, delineadas essencialmente no âmbito dos tratados do GATT e da OMC, firmados pelos Estados e internados nos respectivos ordenamentos jurídicos.⁵

Nesse contexto foram firmados os Acordos *Antidumping* e de Subsídios e Direitos Compensatórios, que passaram a integrar o ordenamento pátrio por força dos Decretos (de promulgação) n^os 93.941, de 16 de janeiro de 1987, e 93.962, de 22 de janeiro de 1987, respectivamente.

1 O título original "Fundamentos e objetivos da legislação antidumping. Análise sob o prisma dos direitos constitucional e internacional" foi alterado para adequação à linha editorial da RDE.

2 José Del Chiaro Ferreira da Rosa, membro do Instituto dos Advogados de São Paulo e Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e Consumo - Ibrac, foi Secretário de Direito Econômico e é Sócio Titular da Advocacia José Del Chiaro.

3 João Marcos Silveira, membro da Advocacia José Del Chiaro, é também Consultor Jurídico da FIESP - Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, possuindo especialização em Propriedade Industrial, em nível de mestrado, pelo CEIPI-Centre d'Etudes Internationales de la Propriété Industrielle, Universidade de Strasbourg, França, e pelo Franklin Pierce Law Center, Concord, N.H., E.U.A..

4 Selma M. Ferreira Lemes, advogada, pós-graduanda em Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

5 No caso brasileiro, por meio da Lei n^o 313, de 30.06.48, e do Decreto (de promulgação) n^o 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

Para o estudo do tema proposto - fundamentos e objetivos da legislação *antidumping* - devemos, necessariamente, conduzir a análise sob o enfoque dos princípios constitucionais que informam nosso ordenamento jurídico bem como dos compromissos internacionalmente assumidos pelo Brasil como membro do GATT/OMC.

2. O princípio constitucional da livre concorrência

A livre iniciativa é proclamada pelo art. 170 da Constituição Federal como fundamento da Ordem Econômica, sendo condição *sine qua non* da ordem estabelecida, sem a qual esta seria constitucionalmente inaceitável.⁶

A Constituição, por outro lado, qualifica explicitamente a livre concorrência como *princípio*, atribuindo-lhe, assim, estatura de critério articulador de todo o sistema. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, um princípio é, por definição, "*mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.*"⁷

O jurista lusitano Luís Cabral de Moncada, analisando os altos fins visados pela defesa da liberdade de mercado, assevera que as leis de defesa da concorrência procuram assegurar estrutura e comportamentos concorrenciais dos vários mercados no pressuposto de que é o mercado livre que, selecionando os mais capazes, logra orientar a produção para os setores suscetíveis de garantir uma melhor satisfação das necessidades dos consumidores e, ao mesmo tempo, a mais eficiente afetação dos recursos econômicos disponíveis. A concorrência é, assim, encarada como o melhor processo de fazer circular e orientar livremente a mais completa informação econômica, quer ao nível do consumidor quer ao nível dos produtores, esclarecendo as respectivas preferências. É por isso que a sua defesa é objeto de política econômica.⁸

A constituição brasileira de 1988 adotou um modelo econômico descentralizado, de economia de mercado, afastando ao máximo as possibilidades de intervenção controladora por parte do Estado no campo econômico privado, cuja legitimidade dependerá sempre de um criterioso respeito aos objetivos,

6 "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)
IV - livre concorrência."

7 "Elementos de Direito Administrativo", Ed. RT, 1ª ed., 7ª tiragem, 1988, p. 230.

8 "Direito Econômico", Coimbra Ed., 2ª ed. p. 313, citado por Celso Bastos em seus "Comentários à Constituição do Brasil", Saraiva, São Paulo, 1990, vol. 7, p. 25.

princípios e fundamentos fixados na Lei Maior, à luz dos quais, igualmente, deve pautar-se o legislador infra-constitucional no exercício de sua competência.

Convivendo com o fundamento da liberdade de iniciativa e com o princípio da livre concorrência, entretanto, a própria Constituição Federal traz em seu bojo normas que lhes propiciam o necessário contrapeso, tais quais as normas de repressão ao abuso do poder econômico⁹, que vêm garantir que o interesse público e o bem comum prevaleçam em relação aos interesses particulares.

Essa contradição, contudo, é apenas aparente, pois, no notório ensinamento de Norberto Bobbio, *in* "Teoria dell' Ordinamento Giuridico", *as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas que possuem relações particulares entre si.*¹⁰

Assim, os fundamentos e princípios que informam a Ordem Econômica, como a *livre iniciativa* e a *livre concorrência* (CF, art. 170), devem ser compreendidos e harmonizados - mas jamais anulados - com as demais diretrizes previstas na Ordem Econômica Constitucional, tais quais, entre outras, a repressão ao abuso do poder econômico, a defesa do consumidor, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego, o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte, etc..

Em suma, os demais princípios que informam a Ordem Econômica não se contrapõem aos seus fundamentos, mas tão somente delimitam-lhes seu espaço relativo. O que não se pode admitir é que, em nome de qualquer deles, elimine-se a livre concorrência, pois ao Estado cabe exercer suas funções a serviço dos fundamentos da Ordem Econômica, em conformidade com seus princípios.

Dessa forma, é justamente partindo-se de premissas como a livre concorrência, a eficiência dos fatores de produção e a liberalização comercial, que se acentuou no Brasil a partir do início da década de 90 - quando começou a se consolidar e a ganhar corpo o sistema estabelecido pela Constituição Federal de 1988 - que deve ser analisada, interpretada e aplicada a legislação *antidumping*, devendo-se ter sempre em mente que, quando se fala em livre mercado, pressupõe-

9 É o caso da regra contida no parágrafo 4º do art. 173 da Constituição Federal:

"Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros."

10 "...le norme giuridiche non esistono mai da sole, ma sempre in un contesto di norme, che hanno particolari rapporti tra loro"

em-se liberdade e igualdade de condições de acesso e de atuação para os diversos agentes econômicos, sejam estas empresas nacionais ou estrangeiras.

Não se pode jamais olvidar que a livre concorrência pressupõe a eficiência do mercado, o qual, por sua fundamental relevância, integra o patrimônio nacional, como expressamente determinado pelo art. 219 da Constituição.¹¹

3. A interpretação lógico-sistemática

Em decorrência do princípio constitucional da livre concorrência e do disposto no artigo 14 do Decreto 1.602/95¹², cabe indagar se a legislação *antidumping* se presta a defender a *indústria doméstica* ou o *mercado* contra práticas desleais.

Para responder à indagação formulada, não se pode admitir que o intérprete, fiando-se na interpretação literal do artigo 14, venha a extrair o entendimento de que os direitos *antidumping* se prestam a proteger *apenas uma indústria nacional*. Seria um equívoco manifesto.

A interpretação que deve ser extraída do texto é a lógico-sistemática, devendo a análise ser conduzida sob o prisma do princípio constitucional da livre concorrência.

Nesse sentido, e em face do exposto no item 2 acima, é indubitável que o fundamento e objetivo da legislação *antidumping* é a PROTEÇÃO DO MERCADO.

Esse mesmo e preciso entendimento expressa Guilherme Johannpeter, segundo o qual "*a aplicação de direitos antidumping fomenta um mercado e, ao contrário do que muitos defendem, a legislação em si não busca a proteção à ineficiência de empresas domésticas...*"¹³

Mais adiante, o mesmo autor apregoa que, no cenário mundial de competição acirrada, não se compete só com preço, mas em serviço, qualidade e atendimento, o que torna a aplicação da legislação *antidumping* ainda mais crítica.¹⁴

Deixando claro que a legislação *antidumping*, desde que aplicada do modo como foi concebida no âmbito do GATT, não é vista como forma de

11 "Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal."

12 "Art. 14. Para os efeitos deste Decreto, o termo "dano" será entendido como dano material ou ameaça de dano material à indústria doméstica já estabelecida ou retardamento sensível na implantação de tal indústria."

13 "Antidumping. Prática Desleal no Comércio Internacional", Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1996, p.66.

14 Op. cit., p. 66.

protecionismo descabido, Johannpeter está, evidentemente, referindo-se ao desvio de finalidade a que se pode prestar a legislação mencionada se desvirtuada, se aplicada com fins políticos.

Justamente por isso é que se reveste da maior importância a forma pela qual a legislação *antidumping* é aplicada pelas autoridades competentes de cada país, o que terá papel fundamental no resultado final, que poderá ser um estímulo ou um obstáculo ao crescimento do comércio doméstico e internacional.

É certo que se a imposição de direitos *antidumping* for desvirtuada, protegendo-se, por exemplo, segmentos de mercado deficitários, estar-se-á, por conseqüência, prejudicando outros segmentos da cadeia produtiva e o consumidor final, que deverão financiar o setor deficitário. Ademais, com a medida protecionista, estar-se-á a prejudicar o mercado como um todo, em flagrante violação ao princípio constitucional da livre concorrência e em prejuízo do interesse público e do bem comum.

É por isso que não se pode jamais perder de vista a noção de *mercado*, que é o verdadeiro objeto da tutela e que serve de embasamento à decisão política que, mesmo constatado o *dumping*, poderá determinar a não imposição ou a redução dos direitos *antidumping*.

Assim, como com acerto conclui Johannpeter, "*a premissa maior do país que investiga a existência de dumping e dano será averiguar se as importações são realmente uma prática desleal ou decorrência natural de maior competitividade dos produtos estrangeiros*".¹⁵

O desvirtuamento da legislação *antidumping* significa grave afronta ao princípio constitucional da livre concorrência, o que não se pode admitir. E, como bem frisa Celso Antônio Bandeira de Mello, "*violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.*"¹⁶

15 Op. cit., p. 119.

16 "Elementos de Direito Administrativo", Ed. RT, 1ª ed., 7ª tiragem, 1988, p. 230.

4. A legislação antidumping e sua aplicação pelas autoridades administrativas

O *dumping* é uma prática desleal de comércio. Sua definição nos é dada pelo artigo 4º do Decreto nº 1.602/95, que estatui: “*considera-se prática de dumping a introdução de um bem no mercado doméstico, inclusive sob as modalidades de drawback, a preço de exportação inferior ao valor normal.*”

Por *valor normal* entende-se o preço efetivamente praticado para produto similar nas operações mercantis normais, que o destinem a consumo interno no país exportador.¹⁷

A Lei nº 9.019/95 e o Decreto nº 1.602/95 estabelecem o procedimento para aferição e constatação de *dumping*, fornecendo os mecanismos para eliminá-lo (direitos *antidumping*).

No Estado Democrático de Direito, o processo administrativo que se instaura para averiguar a ocorrência de *dumping* deve, necessariamente, observar os princípios do amplo contraditório e do devido processo legal¹⁸, sob pena de ser inquinado de nulidade.

Em outras palavras, devem ser assegurados os direitos de defesa, do contraditório e a igualdade das partes, devendo a autoridade incumbida de decidir analisar, com transparência, objetividade, imparcialidade e à luz da legislação e dos princípios constitucionais pertinentes, os elementos fáticos levados aos autos, para, a partir daí, efetuar um juízo de valor, que não poderá traduzir-se em um ato arbitrário, mas sim na aplicação do princípio da razoabilidade, em que se deve escudar qualquer decisão que envolva discricionariedade.

Discricionariedade, como bem define Celso Antonio Bandeira de Mello, “*é a margem de ‘liberdade’ que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente*”.¹⁹

Para que fique claramente delineado o papel das autoridades administrativas em uma investigação de *dumping*, é de extrema relevância atentar para o fato de que a aplicação da legislação *antidumping* pressupõe etapas distintas:

17 Decreto 1.602/95, art. 5º.

18 Constituição Federal, art. 5º, incisos LIV e LV.

19 "Curso de Direito Administrativo", Malheiros, São Paulo, 1994, p.464.

Em um primeiro momento, tem-se um procedimento investigatório, no qual, com base nos dados coletados e informações prestadas, dever-se-á verificar:

(i) a existência de *dumping*, ou seja, se foram introduzidos bens no mercado doméstico por preços de exportação inferiores ao valor normal;²⁰

(ii) se houve *dano*, entendido este como dano material ou ameaça de dano à indústria doméstica já estabelecida ou retardamento sensível na implantação de tal indústria; e

(iii) se há *nexo de causalidade entre o dumping* e o dano, ou seja, se este decorre direta ou indiretamente da introdução no País de bens por preços inferiores ao valor normal.

Em um segundo momento, ter-se-á ou não a imposição e cobrança de *direitos antidumping*, em valor igual ou inferior à margem de *dumping* apurada.

A investigação administrativa da existência de *dumping* é atividade de cunho técnico, cabendo às autoridades competentes, no caso brasileiro o Departamento de Defesa Comercial - DECOM²¹, proceder com isenção e transparência nos estritos termos da lei, que não dá espaço ao arbítrio, devendo os critérios adotados ser clara e consistentemente justificados. Deve ficar claro que o que cumpre às autoridades na investigação é tão somente *investigar*, com isenção e imparcialidade.

Sempre *condicionada* à isenta e objetiva constatação e comprovação da prática de *dumping*, a imposição de direitos *antidumping*, no entanto, envolve um juízo de conveniência e oportunidade, tratando-se preponderantemente de uma *decisão política*²². Isto porque, em virtude da fundamental relevância desse patrimônio nacional, que é o mercado, e dos princípios informativos da Ordem Econômica, está o Governo autorizado a, *mesmo diante de hipótese comprovada de prática de dumping, deixar de impor os direitos antidumping eventualmente aplicáveis, suspendê-los ou reduzi-los, se assim entender mais conveniente ao interesse público.*²³

20 Decreto 1.602/95, art. 4º.

21 Órgão da Secretaria de Comércio Exterior do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo.

22 O cunho político da decisão sobre a imposição ou não de direitos antidumping é reconhecido no próprio seio da OMC, uma vez que tal imposição é uma faculdade - e não um dever - dos Estados membros.

23 "Art. 64 - As determinações ou decisões, preliminares ou finais, relativas à investigação, serão adotadas com base em parecer da SECEX.

§ 3º - Em circunstâncias excepcionais, mesmo havendo comprovação de dumping e de dano dele decorrente, as autoridades referidas no art. 2º poderão decidir, por razões de interesse nacional, pela suspensão da aplicação do direito ou pela não homologação de compromissos de preços, ou, ainda, respeitado o disposto no parágrafo único do art. 42, pela aplicação de direito em valor diferente do que o recomendado, e, neste caso, o ato deverá conter as razões que fundamentaram tal decisão."

A atuação e o objetivo do DECOM no processo, portanto, restringem-se a investigar e apurar fatos, técnica, transparente e objetivamente. Não constatada a prática de *dumping*, encerra-se a investigação. Constatado o *dumping* - e por *dumping* entenda-se aqui *dumping* + dano + *nexo causal* - passa-se à segunda fase, já não da competência do DECOM²⁴, mas sim do Comitê Consultivo de Defesa Comercial - CCDC, em que, com base nas conclusões técnicas, objetivas e imparciais da investigação, deverá formular recomendações sobre a imposição de direitos *antidumping* aos Ministros de Estado da Fazenda e da Indústria, do Comércio e do Turismo, cuja discricionariedade política é limitada a reduzir ou suspender os direitos *antidumping* cuja imposição tenha sido recomendada (jamais o contrário).

O que não se pode jamais admitir é que, diante de uma hipótese de concorrência legítima e sadia, sejam criadas condições que dêem ensejo à imposição de direitos *antidumping*, provisórios ou definitivos, com o objetivo de proteger uma indústria nacional ineficiente e atender a interesses políticos e econômicos particulares em desrespeito ao fim colimado pela legislação. Em outras palavras, a intervenção é autorizada com vistas à tutela do *mercado* e não de eventual empresa em dificuldades.

A autoridade administrativa incumbida de aferir as práticas desleais deve, assim, analisar as provas trazidas aos autos com objetividade e aplicando critérios consistentes, pois os parâmetros estabelecidos pelo legislador são precisos e devem ser obedecidos.

Enfatize-se que a regularidade do processo investigatório deve ser respeitada não somente sob o aspecto substancial ou conceitual, como do ponto de vista formal ou procedimental.

Assim, os critérios de análise e determinação do *dumping* devem ser rigorosamente seguidos e as conclusões devidamente motivadas e fundamentadas.

Prazos e formas de procedimentos devem ser respeitados; alegações devem ser comprovadas por meios hábeis e idôneos; todos os documentos fornecidos pelas partes devem ser devidamente juntados aos autos, sendo que, em se tratando de documentos que contenham informações sigilosas, deve ser exigida a apresentação do resumo não sigiloso dos mesmos, como requer o § 1º do art. 28 do Decreto 1.602/95; devem ser atendidas solicitações de certidões

24 O CCDC, nos termos do art. 2º da Portaria Interministerial MICT/MF nº 14/95, que o instituiu, é presidido pelo Secretário de Comércio Exterior, que representará o MICT, sendo integrado por representantes do Ministério da Fazenda - MF, do Ministério das Relações Exteriores - MRE, do Ministério da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária - MAARA, do Ministério do Planejamento e Orçamento - MPO, da Secretaria Executiva da Câmara de Comércio Exterior, podendo ser convidados a participar de suas reuniões representantes de outros órgãos do Governo.

e cópias em tempo hábil para que as partes interessadas possam tomar diligentemente as providências necessárias, etc.

A aplicação inadequada ou a desvirtuação de conceitos, a opção por métodos que não sejam os mais próprios, a manipulação seletiva ou indutiva de dados, a utilização de elementos não devidamente comprovados, a descon sideração de provas relevantes constantes dos autos, ou a sua não disponibilidade à totalidade das autoridades envolvidas no processo decisório, inclusive àquelas integrantes do CCDC e aos Ministros da Fazenda e da Indústria, do Comércio e do Turismo, bem como outras irregularidades procedimentais tornarão o processo arbitrário e ilegal e, portanto, suscetível de reforma judicial.

A discricionariedade das autoridades investigadoras encontra intransponíveis limites nos direitos e garantias individuais e nos princípios constitucionais da livre concorrência, da moralidade administrativa e da supremacia do interesse público.

A atuação da autoridade administrativa não pode, em hipótese alguma, ultrapassar esses limites, pois estar-se-ia diante de uma arbitrariedade, inadmissível em um Estado Democrático de Direito, sendo certo, ademais, que sua inobservância seria extremamente prejudicial à credibilidade do País no âmbito da OMC.

O respeito às instituições democráticas, à legalidade e aos compromissos internacionais do País é essencial e se sobrepõe a qualquer interesse político ou econômico que exista em relação a uma determinada empresa nacional.

Em resumo, para que sejam impostos direitos *antidumping*, mister se faz estejam presentes os três elementos citados, quais sejam: a ocorrência de *dumping*, a demonstração do *dano* e do *nexo causal* entre aquele e este. A ausência de qualquer desses elementos, assim como a perpetração de irregularidades procedimentais ou a desvirtuação de conceitos ou critérios torna ilegal e ilegítima a aplicação de medidas *antidumping*, em afronta aos mandamentos constitucionais e aos compromissos assumidos pelo País frente à comunidade internacional. Além disso, dá-se ensejo à criação de precedentes que, no futuro, serão prejudiciais ao interesse público.

5. Conclusão

Em face das considerações acima expendidas, forçoso é concluir que *a legislação antidumping não se presta à defesa de empresas ou setores industriais deficitários*, que não sejam aptos a acompanhar a eficiência de seus concorrentes, sejam nacionais ou estrangeiros.

O princípio constitucional da livre concorrência não permite a utilização indevida da legislação *antidumping* por quem queira assim acobertar suas deficiências, auferindo vantagens indevidas em detrimento de outros setores da

cadeia produtiva e dos consumidores, que certamente assumirão o ônus decorrente. Caso contrário, estar-se-ia a prejudicar o regular funcionamento do mercado, que é o bem a ser tutelado, enquanto patrimônio nacional²⁵, no qual deve prevalecer a livre concorrência.

Desvirtuar o princípio constitucional da livre concorrência representa um desserviço não só a toda a sociedade brasileira como ao comércio mundial, sendo que *desvios no emprego da legislação antidumping pelo Brasil, com fins protecionistas, representarão, ainda, desrespeito e afronta às regras que o País se comprometeu a respeitar no âmbito do GATT/OMC.*

A abertura de precedentes, além de comprometer a aplicação da legislação *antidumping* nacional, traz sérias implicações na órbita internacional, tais como o desnecessário desgaste e comprometimento da imagem e da credibilidade do País no concerto das nações.

Ademais, deve-se ter em mente que qualquer precedente aberto pela condução irregular das investigações ou pela aplicação desvirtuada de conceitos poderá e certamente será utilizado por outros países, em investigações futuras, em prejuízo do mercado brasileiro e de interesses de empresas que o integram.

Assim, é essencial que a investigação *antidumping* seja conduzida de forma técnica, transparente e nos estritos termos da lei, sem qualquer ingerência de cunho político ou arbitrário no processo investigatório, com transparência e motivação, sob pena de carecer o mesmo de legitimidade constitucional, sendo, portanto, suscetível de revisão judicial.

A decisão política, isso sim, apenas entrará em jogo quando da imposição de direitos *antidumping*, única e exclusivamente *após constatada e comprovada a prática desleal*, por meio de investigação isenta e objetiva. Nesse momento, e só então, é que cabe às autoridades competentes, no caso os Ministros da Fazenda e da Indústria, do Comércio e do Turismo, adotar as providências que entenderem mais convenientes e oportunas aos interesses do País.

25 CF, art. 219.