"Avaliações de interesse público" no âmbito de revisões de medidas *antidumping*

Tercio Sampaio Ferraz Junior

Consulta

A indústria nacional relata o incremento da interferência de "Avaliações de Interesse Público" no âmbito de revisões de medidas *antidumping* que culminaram na suspensão/minoração das margens *antidumping* determinadas em casos relevantes para os respectivos setores produtivos.

A Lei Federal 9.019, de 30 de março de 1995, e o Acordo *Antidumping*,[1] aprovado pelo Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994[2] — diplomas normativos que, primariamente, tratam sobre a matéria —, não preveem a aplicação de suspensão ou afastamento de direitos *antidumping* por razões de interesse público.

Tem-se, pois, que as "Avaliações de Interesse Público", com aptidão para modificar determinada medida de proteção contra um reconhecido *dumping*, são regidas por iniciativas infralegais: mais especificamente, um Decreto Presidencial (Decreto nº 8.058, de 26 de julho de 2013) e uma Portaria (Portaria SECEX nº 13, de 29 de janeiro de 2020).

---

1 Acordo sobre a Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994.
2 Promulgado pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

Discute-se, em primeiro plano, então, se, após a aprovação, pelo Poder Legislativo, das balizas e requisitos para aplicação das medidas *antidumping* estabelecidas em acordo internacional, competiria, ao Poder Executivo, aportar significativas modificações em seu escopo, por meio de normas hierarquicamente inferiores.[3]

Em adição a essa celeuma, a indústria relata, smj, enviesada interferência no curso das "Avaliações de Interesse Público" por parte do Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE"), que passou a ser, a partir do advento do Decreto Presidencial nº 10.044, de 4 de outubro de 2019, membro permanentemente convidado do Comitê-Executivo de Gestão da Câmara de Comércio Exterior ("GECEX").

As conclusões da autoridade concorrencial têm lastreado decisões de mitigação/afastamento temporário de margens *antidumping*,[4] revelando-se, assim, ser esse um momento oportuno para que seja reforçada a natural dissociação entre a dinâmica de defesa comercial e antitruste.

Nesse cenário, a própria definição do interesse público capaz de se sobrepor a uma comprovada prática concorrencialmente desleal em viés internacional — *dumping* — é matéria atualmente controversa. Isso porque a SDCOM condensou em um guia sua análise teórica (comparativa) e prática sobre o interesse público e impôs, ineditamente, tópicos de exame com forte cunho de direito concorrencial, o que tem elevado a importância dada às contribuições do CADE em matéria de defesa comercial.

Na prática, aparentemente, a autoridade antitruste tem se posicionado no sentido de sustentar o afastamento de qualquer correção de defesa comercial.

Esse mesmo guia, com vistas a defender o poder de interferência de "Avaliações de Interesse Público" no âmbito de processos de investigação de *dumping*, apresenta a experiência da União Europeia, Canadá, Nova Zelândia, China e Índia, indicando o respectivo fluxo de utilização desse expediente para modificar decisões técnicas e em quais precedentes as respectivas autoridades basearam suas deliberações de alteração/suspensão de margens *antidumping*.[5] Vale dizer, todavia, que uma série de outros países do mundo, incluindo os Estados Unidos, não admite essa espécie de

---

[3] Com efeito, o Acordo *Antidumping* institui a definição de *dumping* e os requisitos para determinação do dano decorrente, quedando-se silente em relação à possibilidade de suspensão ou minoração da margem por razões de interesse público.

[4] Determinadas pela Subsecretaria de Defesa Econômica e Interesse Público ("SDCOM") no curso das investigações originais.

[5] Há, nesses precedentes, aliás, aspectos atinentes ao prejuízo causado à dinâmica concorrencial interna.

mitigação de instrumentos de defesa comercial, o que, naturalmente, não foi devidamente considerado pela SDCOM no guia.

Nesse contexto, quando se atua perante essa Subsecretaria em processos administrativos de investigação de *dumping* e de revisão de direitos já conferidos, depara-se com o reconhecimento de práticas de *dumping*, em prejuízo da indústria nacional, com dano correspondente devidamente comprovado. Ocorre que, após as "Avaliações de Interesse Público" correlatas, os competentes remédios determinados no procedimento principal são diminuídos ou suspensos. Em circunstâncias específicas, inclusive, não há sequer a publicização das razões fáticas e de direito que motivaram a decisão.

Diante do exposto, apresentam-se os quesitos que se entende demandar o devido enfrentamento, atinentes a interferências resultantes das "Avaliações de Interesse Público" e ao indevido esteio que as conclusões ofertadas pelo CADE têm representado ao GECEX — autoridade a quem compete decidir sobre a suspensão ou alteração da exigibilidade de direitos *antidumping*, nos termos do Decreto Presidencial nº 10.044/2019:

1. Qual é o cerne/objetivo da defesa comercial? A defesa comercial representa política de Estado ou de Governo?

2. Qual foi o processo de internalização no ordenamento jurídico brasileiro do atual diploma atinente aos direitos *antidumping*? Quais são os limites, se existentes, para a complementação regulatória do Acordo *Antidumping* e da Lei Federal nº 9.019/95?

3. Em que medida o reconhecimento do *dumping* comporta mitigação? Qual seria a fonte normativa aplicável para tanto?

4. Quais são os princípios constitucionais e administrativos aplicáveis a essa temática?

5. As "Avaliações de Interesse Público", uma vez admitidas, devem pautar-se em exames vinculados à lei ou estão insertas em uma dinâmica puramente discricionária?

6. O resultado das "Avaliações de Interesse Público", bem como das decisões do GECEX sobre a manutenção, alteração ou suspensão de medidas *antidumping*, representa um ato administrativo que demanda a necessária e pública motivação, nos termos do art. 50 da Lei nº 9.784/1999? Pode a Administração Pública prescindir da apresentação das justificativas fáticas e de direito que lastrearam aludidas decisões?

7. Qual é o escopo e o alcance do interesse público no contexto da defesa comercial? Os aspectos atinentes à concorrência doméstica são parte da análise ou esgotam seu conteúdo?

8. A recente edição da Portaria SECEX 13/2020 foi realizada respeitando a hierarquia das leis e os princípios que guarnecem o direito administrativo brasileiro?

9. Qual é a dimensão da aplicação da *lesser duty rule* pelo Brasil?

10. Há possibilidade de compatibilização entre a defesa comercial e o direito concorrencial, em caso de uma atuação propositiva para barrar determinada prática internacional irregular? Que tipo de análise concorrencial poderia ser feita em sede de procedimentos *antidumping* para que os debates de interesse público nessa seara sejam corretamente elaborados?

11. A legislação estabelece que o CADE tem por escopo/atribuição a participação em processos de natureza de defesa comercial? Qual é o alcance da interpretação do art. 119 da Lei 12.529/11?

Parecer

A consulta propõe, em breve síntese, questão, a ser abordada do ponto de vista jurídico, referente à noção de *interesse público* relacionada ao *princípio da livre concorrência*, em processos administrativos de aplicação de medidas *antidumping*.

Como se sabe, as medidas *antidumping* impõem direitos aos produtores estrangeiros que vendem suas mercadorias no mercado nacional a preços abaixo do custo ou a um preço mais baixo do que em seus mercados domésticos, sempre que essas vendas a preços baixos no mercado nacional causem ou ameacem produzir um dano material para a indústria do País. Além disso, há os direitos compensatórios, medidas que se referem a subsídios de governo estrangeiro, autorizando a compensação de direitos sempre que os subsídios produzam um impacto semelhante sobre a indústria brasileira. Já a defesa da concorrência visa a objetivos competitivos do mercado, objetiva evitar as condições capazes de levar os agentes econômicos ao abuso do poder econômico.

A mera abordagem fática — econômica — costuma reconhecer que o ambiente político e econômico do comércio internacional difere significativamente do ambiente de comércio puramente doméstico. Além dos riscos de instabilidade política, os agentes comerciais em sede internacional devem lidar com flutuações nos valores relativos das moedas em que seus bens são negociados e com a mudança das regulamentações econômicas estrangeiras.

Como o comércio internacional ocorre em um cenário de tarifas e outras barreiras comerciais, muitos governos nacionais buscam proteger seus produtores nacionais em seus mercados domésticos (*antidumping*) ou conferir proteção a eles em seu comércio de exportação (subsídios/compensações). Por sua vez, a lei antitruste fornece um conjunto de regras básicas, cuja meta indireta é promover o bem-estar do consumidor, uma meta que, embora tenha a ver com o objetivo de melhoria da eficiência produtiva e alocativa, de fato, muitas vezes, acaba por ser, geralmente, menos orientada para aumentar a eficiência concorrencial.

É essa diversidade de perspectivas que leva, do ponto de vista econômico, a problemas de conflito e à busca de um equilíbrio estrutural, capaz de atender, simultaneamente, ao interesse público interno e aos compromissos internacionais. Na verdade, porém, desse ponto de vista, embora a relação entre as leis de comércio internacional e antitruste seja uma fonte de comentários contínuos na literatura econômica, a maioria dos comentaristas conclui que os dois conjuntos de leis parecem estar em muitos aspectos em conflito irreconciliável.[6]

Por isso, como se trata de leis e compromissos normativos internacionais (o GATT é o principal mecanismo jurídico internacional projetado para promover os objetivos do livre comércio), é indispensável a consideração de um ponto de vista jurídico, cuja função específica é, justamente, lidar, normativa e peremptoriamente, com a decisão de conflitos em face da realidade política, econômica e social.

Para os objetivos da consulta, com relevo para a perspectiva interna (*interesse público no contexto da defesa comercial: os aspectos*), é conveniente, por isso, uma compreensão do conjunto dos quesitos em um perfil sistemático, a começar por sua inserção na disciplina constitucional.

A) Considerações preliminares

Concorrência e defesa comercial na CF

Atenho-me, incialmente, em sede constitucional, ao escopo da defesa comercial em face dos aspectos atinentes à defesa da concorrência.

---

[6] Cf. Gifford, Daniel J. Rethinking the relationship between antidumping and antitrust laws. *American University International Law Review*, v. 6, n. 3, p. 277-323, 1991.

A defesa da concorrência é tema constitucional expressamente estabelecido. No § 4º do art. 173, a Constituição determina que a *lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*. Fala-se de *abuso* do poder econômico; pressupõe, assim, que *poder econômico*, em si, é um fenômeno aceito no processo de produção e circulação da riqueza. Nesses termos, o que a lei deve reprimir é o seu abuso. Abuso de poder é desvio de finalidade. Significa, genericamente, o uso do poder econômico de modo a prejudicar a *concorrência*.

A Constituição não define *concorrência*. Nesse sentido convém distinguir, inicialmente, entre *concorrência* como regra do jogo de mercado, nas suas múltiplas possibilidades reais, e *concorrencialidade*, isto é, grau de competitividade existente num dado mercado. A concorrência é um pressuposto fenomênico, que admite vários graus de competitividade, mas que não se elimina como estrutura mesmo quando é baixa a concorrencialidade no mercado.[7]

Mercado, nesse sentido, é processo estrutural que oscila entre duas situações-limites: de um lado, o monopólio e o monopsônio, de outro, a multiplicidade equilibrada de agentes, sem qualquer forma de pseudo-dominância, caracterizando-se pelo grau de competitividade que varia em relação a esses extremos. Nesses termos, o mercado tem uma certa característica de impessoalidade e objetividade, que implica a maior ou menor eficiência no uso dos recursos escassos da comunidade. A eficiência diz respeito à canalização de produção para os setores ou aplicações onde eles sejam mais escassos, contribuindo para reduzir esta escassez.

A repressão ao abuso do poder econômico e a defesa da livre concorrência estão inseridas nesse quadro.

Direito econômico e o asseguramento do interesse difuso da concorrência

Nesse sentido, ao disciplinar a competência do Ministério Público, a Constituição aponta a *concorrência* como um *interesse difuso*, garantido em nome da coletividade (art. 129, inc. III). E assim o faz a vigente Lei de Defesa da Concorrência: *A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta*

[7] Cf. G. Sartori: Democrazia cosa è, Milano, 1994, p. 221.

Lei (Lei nº 12.529/11, art. 1º, parágrafo único). E, para efeitos de assegurar o interesse difuso da concorrência, entendida normativamente em função da competitividade, a Constituição estabelece o *mercado livre* como sua condição de eficiência, fator decisivo para a formação de preços, dinamismo tecnológico etc., instituído mediante o princípio da *livre concorrência*.

O *princípio* da *livre concorrência*, em função da competitividade inerente à capacidade de atuar criativamente no jogo do mercado livre,[8] exige, de um ponto de vista jurídico, que o chamado *livre mercado* seja pressuposto como uma estrutura de alternativas dinâmicas, da qual não deriva que todos os seus agentes sejam iguais e efetivamente livres.

Nesse contexto, a defesa da concorrência é função, cuja guarda compete ao Estado, havendo de ser entendida no contexto da Ordem Econômica constitucional. Pelo art. 170 e incisos da CF, a livre concorrência é um dos seus princípios, devendo, assim, conviver harmonicamente com os demais. Ou seja, na defesa da livre concorrência há de se levar em conta a soberania nacional, o consumidor, o meio ambiente, a redução de desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego, o tratamento favorecido às empresas nacionais de pequeno porte.

Nesse sentido, a necessária presença do Estado regulador e fiscalizador (art. 173 da CF), capaz de disciplinar a competitividade enquanto fator relevante na formação de preços, do dinamismo tecnológico, do uso adequado de economia de escala etc., prevenir distorções funcionais, estabelecer medidas regulatórias, impedindo, porém, que a competitividade se torne instrumento de restrição estratégica à capacidade dos concorrentes (*abuso*).

A noção do Estado como *agente normativo e regulador* é que dá supedâneo tanto à competência para baixar normas quanto para intervenções reguladoras no sentido de evitar distorções no comportamento do mercado por meio de imposições de ordem técnica. Essa competência normativa e reguladora (CF art. 173) vem informada pelo *dever de racionalidade*, que, imposto ao Legislador (*na forma da lei*), combina a atividade normativa com a reguladora. Pela primeira, cabe ao Estado, mediante *lei*, fixar diretrizes para a economia. Pela segunda, realizar o que se chama de *intervenção conforme*, isto é, *orientar e influenciar* os agentes econômicos por meio de políticas globais que equilibrem níveis de demanda, condições de repartição, eficiência na

[8] Cf. Raffaella Niro, Profili Constituzionali della Disciplina Antitrust, Pádua, 1994, p. 122.

alocação e distribuição de recursos, *sem lhes eliminar a livre-iniciativa*. Afinal, a livre-iniciativa, junto com a valorização do trabalho humano, é *fundamento* da Ordem Econômica (*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa*…) e *fundamento da República* (CF art. 1º, inc. IV).

O art. 170 da CF, ao proclamar a livre-iniciativa como fundamento da Ordem Econômica, reconhece a liberdade como um dos fatores estruturais da Ordem, dispondo o parágrafo único: "É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei". As orientações positivas sobre a organização da atividade privada, dentro da lei, devem partir sempre dos próprios agentes, por força da livre-iniciativa que fundamenta e informa todo o sistema econômico. Vale dizer, conservar a livre-iniciativa é premissa para o exercício da competência normativa e reguladora da concorrência. Nesse sentido, o Estado não exerce orientações impositivas sobre a atividade econômica, fazendo-o apenas de modo indicativo (art. 174, caput). Mas exerce uma função de autorização em face da preservação do livre mercado, além da função punitiva de ilícito por abuso de poder econômico (art. 174 — § 4º).

O fundamento constitucional da defesa comercial

Para isso entra a definição normativa do mercado interno como patrimônio nacional:

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

A Constituição, nesse passo, ultrapassa o mercado como um conjunto de entidades empresariais (mero *lugar de trocas econômicas*, no dizer de José Afonso da Silva), mas olha as empresas no conjunto do *mercado* como *telos* constitucional que fixa e define o valor a ser buscado e atingido: *viabilizar* o *mercado interno* como *patrimônio nacional*.

Trata-se de uma norma de ordem econômica, que, na verdade, confere ao mercado interno um valor nacional, que exige a garantia da autonomia do País (*patrimônio nacional*), no investimento, na criação de tecnologia adequada, na formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos. A Constituição, nessa linha, consagra o mercado interno como *a força motriz por excelência*

da economia nacional,[9] na crença consistente de que as soluções geradas pelos agentes privados sobre o que, o como e o quanto produzir devem ser protegidas como as mais aptas à produção de bem-estar num concerto amplo. Nesses termos, transcende-se a mera ordem econômica para conectar-se aos valores da livre-iniciativa enquanto *fundamento da República* (CF art. 1º, inc. IV). E com esse objetivo determina a Constituição (art. 4º) que a República Federativa do Brasil reger-se-á nas suas relações internacionais, pelo princípio da independência nacional (inc. I).

Nesse sentido, a pertinente observação de Eros Grau,[10] ao mostrar que a interpretação dos princípios constitucionais da ordem econômica não deve conduzir ao isolamento econômico do País, mas *à participação da sociedade nacional no mercado internacional*. Daí o entendimento da soberania econômica nacional como instrumento para a realização do fim de assegurar, a todos, existência digna e, como objetivo específico a ser alcançado, definir o interesse público em medidas públicas voltadas à viabilização da participação da sociedade nacional, em condições de igualdade, no mercado internacional.

Afinal, a Constituição, ao assegurar o respeito à sociedade e à dignidade do ser humano, traz também limites a serem observados, limites norteadores da economia, cuja carga axiológica revela os ideais do Estado Democrático de Direito, na expressão da Carta Constitucional de 1988. Assim, a aplicação de medidas *antidumping* pelo Estado, por se caracterizar como forma de intervenção pública no domínio econômico, só será válida e constitucional se atender aos princípios do ordenamento jurídico como um todo, não apenas aqueles previstos nos artigos 170 e 173 da Constituição.

Interesse público e interesse difuso

Nesse contexto toma seu sentido próprio a *defesa comercial* enquanto política de Estado em termos de ***interesse público***, aquele interesse inserido em um triângulo estrutural: império, disciplina e gestão econômica. Vale

---

9 Cf. Fábio Nusdeo. *Curso de economia*: introdução ao direito econômico. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 113-121

10 GRAU, Eros Roberto. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. In: CAMARGO, Ricardo A. L. (Org.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional*. Estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 67.

dizer, aquele conjunto constituído pelas instituições, procedimentos, análises, reflexões que permitem exercer o poder político-jurídico (soberania) que tem por alvo a população, por instrumentos técnicos, a economia política, e, por forma principal de saber, os dispositivos jurídicos de proteção à livre-iniciativa e à valorização do trabalho humano. Nesse quadro, o mundo da defesa comercial olha o interesse do mercado interno na perspectiva externa. Isto é, o País, ao firmar um acordo voltado à liberalização do comércio internacional, se arroga o direito de defender-se: por isso é *defesa*.

Já o direito da livre concorrência, com os olhos voltados para dentro, refere-se a um bem individualmente inespecífico — a concorrência como ***interesse difuso***. O direito antitruste, aliás, não se qualifica facilmente quer como *direito público* quer como *direito privado*, donde o uso da expressão *interesse difuso* e, sob essa rubrica, a proteção tanto de direitos chamados *individuais homogêneos* como *individuais stricto sensu* (CF, art. 129, inc. III). Aquilo que chamamos de *interesse difuso* ocorre pela percepção de que é a própria interação competitiva entre agentes econômicos que deveria ser tomada como o bem protegido. Essa percepção se transfere para o mundo jurídico ao tomar-se o "mercado" como "competição", caso em que os agentes econômicos se tornam responsáveis pelas consequências prováveis e previsíveis da atividade na qual se envolvem. Segue que as restrições provocadas pelo abuso de poder econômico passam de uma restrição aos agentes econômicos concorrentes a uma restrição à concorrência entre agentes concorrentes.

Ora, justamente por isso, embora em termos de proteção contra desvios (abuso) se destine a direitos chamados *individuais homogêneos*, seria inaceitável imaginar que o interesse público presente na defesa comercial pudesse ser inteiramente subsumido ao prejuízo à coletividade em termos de interesse difuso. Afinal, o mercado interno, em termos de *patrimônio nacional* em vista do mercado internacional, torna necessário um mecanismo para a garantia da autonomia do País, capaz de dar conta do funcionamento do mercado enquanto ambiente da livre-iniciativa no investimento, na tecnologia, na formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos (CF, art. 3º, III e IV).

O reconhecimento da liberdade econômica traz, pois, duas consequências importantes: do ponto de vista sistemático, dada a hierarquia constitucional, dele decorre uma verdadeira derrogação prévia a normas de hierarquia inferior que tendam a ensejar seu impedimento; do ponto de vista hermenêutico, implica a interpretação restritiva de normas constitucionais que estabeleçam restrições ao seu exercício.

Diante do quadro limitativo dos direitos *antidumping* impostos ao mercado é que a autoridade concorrencial exerce sua competência quer de punir abuso do poder econômico, quer de autorizar atos de concentração econômica. O reconhecimento da livre-iniciativa implica, assim, a exigência de prioridade dos atos impositivos (soberanos) do Estado em face da concorrência.

Trata-se de relação derivada, sendo-lhe próprio situar-se nos limites dos quais se origina e dos quais *é acessório. Os atos concorrenciais ocorrem nos limites dos atos soberanos. O que não impede que tenham, cada qual, seu desenvolvimento próprio e duração diversa. Mas a relação de acessoriedade tem um só vetor: a principal reflete-se na acessória, não o inverso*.[11]

Adequado e, assim, constitucionalmente correta a vigente lei de defesa da concorrência, Lei nº 12.529/11, que, mesmo ao revogar a lei anterior, Lei nº 8.884/94 (art. 93), manteve em seu artigo 119 a prescrição segundo a qual o nela disposto não se aplica aos casos de *dumping* de que tratam os Acordos Relativos à Implementação do Artigo VI do Acordo Geral de Tarifas de Comércio 1994.

Dumping e medidas *antidumping*

Veja-se que, para efeitos de defesa comercial, o *dumping* vem expresso no artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994: *As partes contratantes reconhecem que o "dumping" que introduz produtos de um país no comércio de outro país, por valor abaixo do normal, deve ser condenado se causa ou ameaça causar prejuízo material a uma indústria estabelecida no território de uma parte contratante, ou se retarda, sensivelmente, o estabelecimento de uma indústria nacional*.

A norma transcrita apontava, no passado, para uma distinção entre *dumping* não condenável e o *dumping* condenável.

O *dumping* condenável seria o *dumping* predatório. Ocorreria quando um produtor reduzisse o preço cobrado no exterior para eliminar do mercado ou dificultar sensivelmente os concorrentes estrangeiros. A eliminação da concorrência poderia gerar ou geraria o monopólio do praticante, donde o risco de, após atingir o poder de mercado, aumentar os preços, não beneficiando, de forma alguma, os consumidores internos.

---

[11] Messineo, Trattato di Diritto Civile e Commerciale, vol. XXI, t. 1, Milano, 1973, p. 734.

O *dumping* condenável seria o que exigiria medidas *antidumping* aplicadas pelos governos nacionais interessados em proteger a indústria nacional e evitar o monopólio estrangeiro.

Essa preocupação com um comportamento condenável do tipo predatório, generalizada na segunda metade do século XX, tornou-se tema bastante discutível, mormente na sua notória ligação com uma lei antitruste.

Nos EUA, por exemplo, sob a formulação de Areeda e Turner,[12] o custo marginal desempenharia um papel teórico decisivo. Argumentavam que, como nenhuma empresa de negócios poderia maximizar seus lucros ou minimizar suas perdas por preços abaixo do custo marginal, tais preços indicariam uma meta de longo prazo: a aquisição de poder de mercado futuro, expulsando rivais do mercado. Nesse caso, os tribunais deveriam presumir que os preços abaixo do custo marginal seriam predatórios e, portanto, ilegais.

No entanto, os mesmos Areeda e Turner propuseram que os tribunais deveriam presumir que os preços equivalentes a ou acima do custo marginal seriam legais, em grande parte porque os preços de custos marginais maximizam o bem-estar de curto prazo. Embora considerassem o custo marginal como a linha divisória teórica entre preços legais e ilegais, o rebaixamento dos preços efetuado por uma empresa em posição dominante, de um ponto de vista de maximização dos lucros a um nível que se situa abaixo ou em equivalência ao custo marginal e, assim, abaixo do custo médio total, deveria ser considerado legítimo pelo direito antitruste. Tal preço, de fato, cobriria o custo necessário para produzir qualquer unidade do bem vendido, sendo que as empresas incapazes de igualá-lo são as que possuem custo unitário de produção superior. Nestas condições, o rebaixamento constituiria "*competition on the merits*". Por esse entendimento do direito antitruste, o rebaixamento assume a forma da clássica estratégia das reduções temporâneas ou teria o caráter permanente na forma do *limit pricing*.

Nestes termos, pois, já se percebe que tomar o direito concorrencial como base para condicionar a aplicação da defesa comercial é frustrar o sentido jurídico do elemento objetivo do tipo em questão.

---

[12] Areeda & Turner, Predatory Pricing under Section 2 of the Sherman Act, HARV. L. REV. (1975).

Defesa comercial e processo de liberalização comercial

O sistema de defesa comercial está diretamente relacionado à decisão tomada por alguns estados após a Segunda Guerra de efetivamente promoverem um amplo processo de liberalização comercial, por meio da redução de tarifas aplicadas a produtos importados e da eliminação de medidas protecionistas. Isso deveria ser atingido por meio da adoção do princípio da não discriminação desdobrado no tratamento de nação mais favorecida (linha mestra de todo processo de liberalização comercial), ou seja, todos os benefícios concedidos a um estado seriam imediata e incondicionalmente concedidos aos demais estados participantes de um sistema multilateral de comércio.

Com o fracasso da constituição da Organização Internacional do Comércio (OIC), que constituiria juntamente com o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial o terceiro tripé da nova ordem econômica internacional emergente, os estados concentraram seus esforços nas negociações de um dos capítulos da OIC e que dela se separou em 1947, o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT 47). Durante essas negociações, as partes já estavam cientes de que a abertura ou liberalização comercial, fomentada pelo tratamento de nação mais favorecida, poderia estar sujeita a certas práticas desleais de comércio ou a períodos em que ocorressem aumentos significativos e extraordinários de importações a ponto de prejudicar suas indústrias nacionais.

Seria necessário, portanto, criar mecanismos que remediassem[13] e reduzissem as práticas desleais de comércio, como *dumping* e subsídios, bem como mecanismos que prevenissem aumentos extraordinários de importações que pudessem resultar em prejuízo grave para indústrias nacionais, como é o caso das salvaguardas. Esses mecanismos são o cerne e o objetivo da defesa comercial. Foram previstos nos Artigos VI (*antidumping*), XVI (subsídios e medidas compensatórias) e XIX (salvaguardas) do GATT 47. Com esses mecanismos, os estados mostraram-se mais propensos à promoção do livre comércio. "A existência dos mecanismos *antidumping*, medidas compensatórias e salvaguardas permitiu aos membros reduzir suas tarifas sem medo, estando resguardados para se defender de eventuais práticas desleais".[14]

---

[13] O termo adotado "trade remedies" na nomenclatura em inglês, mais do que defesa comercial, transmite a ideia de que o sistema de defesa comercial compõe um conjunto de medidas para "remediar" práticas desleais de comércio.

[14] Ver JUNQUEIRA, Carla Amaral de Andrade; SANCHES, Ana Luiza. O sistema de defesa comercial no novo governo brasileiro no contexto das guerras comerciais. In: NASSER,

O artigo VI do GATT 47 definiu a prática do *dumping* como a introdução de produtos no mercado importador, por um valor abaixo do normal no país exportador, devendo ser condenado se causasse dano à indústria nacional do país importador. Além de reconhecer a existência de *dumping* condenável, permitiu a aplicação de medidas *antidumping*, desde que presentes os requisitos de *dumping*, dano e nexo causal.

Como essas disposições não foram consideradas suficientemente claras, constatou-se um grande aumento de variadas medidas *antidumping* pelas Partes Contratantes do GATT 47 e foram adotadas durante as rodadas Kennedy (1964-1967) e Tóquio (1973-1979) regulamentações por meio de Códigos que acabaram não sendo incorporados aos ordenamentos jurídicos da maioria das Partes Contratantes do GATT 47 ("*GATT à la carte*").[15]

Apenas na Rodada Uruguai (1986-1994), que culminou com a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), é que finalmente foi adotado um acordo vinculante e obrigatório para todos os Membros da OMC (princípio do "*single undertaking*"), o "Acordo sobre Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994" ("Acordo Antidumping").[16] O Acordo Antidumping trouxe maior segurança jurídica à medida que estabelece que medidas *antidumping* somente poderão ser aplicadas nas circunstâncias previstas no Artigo VI do GATT 94 e de acordo com investigações iniciadas e conduzidas segundo suas disposições.[17] Na forma de seu

---

Rabih (Coord.). *Revista de Direito do Comércio Internacional*, v. 1, n. 1, 2019, p. 233. De modo interessante, elas ponderam também que, "embora as medidas de defesa comercial possam parecer protecionistas a um primeiro olhar, quando se analisa o contexto de sua criação, o que se observa é que foram um instrumento para a própria liberalização do comércio". Ibid., p. 234.

15 "…these codes bound only limited GATT Contracting Parties, explicitly agreed upon that." Ver a respeito KOTSIUBSKA, Viktoriia. Public interest consideration in domestic and international anti-dumping disciplines. *World Trade Institute*, 2011, p. 6. "It is quite remarkable that, despite a consensus among economists and lawyers that the antidumping laws are flawed, serious reform proved difficult or impossible to achieve. The GATT Antidumping Code of 1979 introduced new procedural and substantive standards for calculating margins and for determining whether a domestic industry is materially injured but abuses by protectionist interests increased in the 1980s. The Uruguay Round of trade negotiations produced a new Antidumping Agreement…" Ver em MATSUSHITA, Mitsuo; SCHOENBAUM, Thomas J.; MAVROIDIS, Petros C.; HAHN, Michael. Antidumping. In: *World Trade Organization*: law practice, and policy. 3. ed. Oxford: Oxford International Library, 2015. p. 379.

16 Observe-se que o GATT 47 foi revisitado durante a Rodada Uruguai, tendo sofrido algumas poucas alterações. Foi renomeado GATT 94 e incorporado ao Acordo Constitutivo da OMC.

17 Na formulação de Panzini et al., "os instrumentos de defesa comercial e o mecanismo de salvaguardas foram criados para assegurar que o comércio fosse não somente livre, mas também justo e para que países tivessem ferramentas contra práticas desleais de comércio ou surtos imprevistos de importação decorrentes do processo de liberalização comercial. Somente

artigo 2º, "considera-se haver prática de *dumping*, isto é, oferta de um produto no comércio de outro país a preço inferior a seu valor normal, no caso de o preço de exportação do produto ser inferior àquele praticado, no curso normal das atividades comerciais, para o mesmo produto quando destinado ao país exportador". Poderá haver aplicação de direitos *antidumping* quando, além da comprovação de *dumping*, ficar também demonstrado o dano ou ameaça de dano, além de ser necessário estabelecer o nexo causal entre este dano e a prática de *dumping*.

O Acordo Antidumping é parte integrante do Acordo Constitutivo da OMC, que tem status de tratado internacional. Os tratados, em princípio, produzem efeitos entre as partes contratantes, sendo-lhes de cumprimento obrigatório, desde que tenham entrado em vigor. O Artigo 34 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados[18] prevê essa regra ao estipular que "tratado não cria nem obrigações nem direitos para um terceiro estado sem o seu consentimento".

Ao assinar e ratificar o Acordo Constitutivo da OMC, o Estado brasileiro o fez voluntária e soberanamente, concordando, assim, com o objetivo maior da OMC que é o de promover a liberalização do comércio internacional com obediência a todas as suas regras, inclusive as de defesa comercial. Trata-se, portanto, de um ato que representa uma política de Estado, a ser cumprida por todos os seus governos, sob pena de responsabilidade internacional do estado brasileiro. Com a incorporação do tratado, diz Pedro Dallari, "passam a integrar o direito interno do país as normas dele emanadas, gerando-se, assim, para o Estado e para todos os que se encontram subordinados à respectiva ordem jurídica, direitos e obrigações".[19]

É claro que, uma vez internalizado o Tratado na ordem jurídica interna, cabe ao Estado definir os detalhes de seu sistema interno de defesa comercial, incluindo a estrutura normativa e infralegal, competências e autoridades envolvidas e elementos processuais e procedimentais.

O Acordo Antidumping não cobre em detalhes todos os aspectos necessários à condução de uma investigação, cabendo às autoridades competentes de cada Membro da OMC regulamentá-lo de acordo com seus

---

com estes instrumentos, e regras claras que garantam sua efetividade, países concordaram em reduzir tarifas e abrir seus mercados". Ver PANZINI, Fabrizio Sardelli et al. Defesa comercial e abertura comercial. *Revista Brasileira de Comércio Exterior (RBCE)*, v. 1, n. 133, p. 18-24, dez. 2020.

18 Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

19 DALLARI, Pedro. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

respectivos ordenamentos jurídicos, o que lhes concede certa margem de discricionariedade em sua aplicação.

Estabelece o artigo 9º, 1, do Acordo Antidumping que são de competência das autoridades do Membro importador a decisão sobre a imposição ou não do direito *antidumping*, quando estiverem preenchidos os requisitos necessários, e a decisão sobre se o montante do direito *antidumping* a ser imposto será a totalidade da margem de *dumping* ou menos do que esse valor. Trata-se de competência cujo exercício cabe ao país importador.

Nesse sentido, antes de ser aplicada qualquer medida *antidumping*, é necessário identificar a prática do *dumping*. A verificação dessa prática é produto da comparação do preço de exportação do produto com o valor normal de produto similar no país de origem. A diferença entre esses preços é a chamada margem de *dumping*. Conforme consta no Acordo Antidumping (AAD), além da margem, a determinação do dano e do nexo de causalidade são requisitos necessários para que uma empresa seja condenada a reparar sua prática de *dumping*.

Aqui entra em cena um poder discricionário da Administração.

Limites do poder discricionário

Para precisar os limites desse poder discricionário, deve-se entender que a discricionariedade admite, num campo de possibilidades fáticas, a escolha de objetivos e a exigência de meios correspondentes, pedindo-se, em termos do princípio da eficiência (CF, art. 37), *comprovação técnica* das medidas tomadas. Por presunção, a atividade administrativa é considerada livre, salvo quando vinculada estritamente (absoluta reserva de lei). Esta liberdade, porém, não é igual à liberdade privada, pois imputa ao administrador não o interesse difuso como um limite ao interesse privado, mas o *interesse público* como objetivo de realização. Trata-se de uma liberdade de escolha, conteúdo de uma competência (discricionária), delegada por lei no sentido de atuação conformada à solidariedade entre meios e fins.

Quando se fala de *comprovação técnica* de medidas tomadas no que se refere aos atos administrativos, fala-se em *discricionariedade técnica*. A noção nasceu na Áustria, com Bernatzik que entendia tratar-se de atos que, por sua alta complexidade técnica, deviam ser retirados do controle jurisdicional. Seu conceito conheceu um desenvolvimento maior na Itália, onde Alessi distinguia entre discricionariedade administrativa, cujos critérios de decisão

são puramente administrativos (por exemplo, a concessão de licença para uso de armas, um certificado de boa conduta), e discricionariedade técnica, que exige critérios técnicos.[20]

Para bem entender o conceito, é preciso distinguir entre a chamada discricionariedade técnica *imprópria* e a discricionariedade técnica *própria*.

A discricionariedade técnica imprópria ocorre quando o administrador se louva em critérios técnicos, mas não se obriga por eles, podendo exercer seu juízo conforme critérios de conveniência e oportunidade. Por exemplo, com base em laudos técnicos, a ANVISA pode interditar locais de fabricação, controle, importação, armazenamento, distribuição e venda de produtos e prestação de serviços relativos à saúde por razões de *risco iminente à saúde* (Lei n. 9.782/99, art. 7º — XIV), mas em virtude de outros critérios (urgência, continuidade, essencialidade etc.), a autoridade opta por não realizá-la ou realizá-la parcialmente ou sob condições temporais. O que guia a decisão é conceito que toma sentido, renovadamente, em cada caso, falando-se, então, de discricionariedade técnica imprópria.

Já a discricionariedade técnica própria ocorre quando a lei usa conceitos que dependem da manifestação de órgãos técnicos, não cabendo ao administrador se não uma única solução juridicamente válida. Nesse caso o ato, embora com base em conceitos empíricos sujeitos à interpretação, é vinculado. Este é o caso da aplicação de direitos *antidumping*.

Na determinação do dano, perquire-se a ocorrência de dano material ou ameaça de dano material à indústria doméstica já estabelecida ou de atraso no estabelecimento de uma indústria. Na verificação do nexo causal, investiga-se se as importações afetadas pela prática do *dumping* são realmente responsáveis pelo dano causado, avaliando inclusive outros fatores que possam ser causa do dano na mesma ocasião. A ameaça de dano deve ser considerável, devendo estar baseada em fatores reais e não em meras alegações ou possibilidades remotas. Ao final, reconhecido o preenchimento dos requisitos, avalia-se a extensão das medidas necessárias em termos percentuais. Nesse sentido, conforme dispõe o Artigo 5.8 do Acordo Antidumping:

> *…Deverá ocorrer imediato encerramento da investigação naqueles casos em que as autoridades determinem que a margem de dumping é de minimis, ou que o volume de importações a preços de dumping real ou potencial, ou o dano*

[20] Cf. Sérgio Guerra, *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro, 2005, p. 191 ss.

> *causado, é desprezível. A margem de dumping deverá ser considerada como de minimis quando inferior a 2 por cento, calculados sobre o preço de exportação. O volume de importações a preço de dumping deverá ser habitualmente considerado como desprezível caso tal volume, proveniente de um determinado país, seja considerado como responsável por menos de 3 por cento das importações do similar pelo Membro importador, a menos que o conjunto dos países que, tomados individualmente, representem, cada um, menos de 3 por cento das importações do similar pelo Membro importador, atinja, se tomado agregadamente, mais de 7 por cento das importações do similar pelo Membro importador.*

Ora, a existência tecnicamente delineada de uma situação com características específicas (margem de *dumping*, dano material ou ameaça de dano material à indústria doméstica, verificação do nexo causal) constitui o **motivo** dos atos de controle, fiscalização e acompanhamento. Trata-se do *motivo da ação administrativa*, isto é, uma situação de fato, empiricamente observável, que a enseja e deve ser indicada nos correspondentes atos. Do motivo da ação administrativa distingue-se o *motivo legal* e *constitucional*, isto é, a previsão abstrata, contida nas suas normas de regência.

Nesse sentido, prescrevendo-se, expressamente, uma competência quanto a margem de *dumping*, dano material ou ameaça de dano material à indústria doméstica, verificação do nexo causal, esse pressuposto de fato há de ser considerado um autêntico *motivo determinante* para a adoção dos correspondentes atos. Nessa linha, devem, também, respeitar os pressupostos normativos para sua emanação, que lhes constitui o *motivo legal* (*constitucional*), o qual deve estar em consonância com aquela situação tecnicamente demonstrada e que corresponde ao *motivo de fato* do ato administrativo. E, em consequência, a **indicação de motivo impreciso tecnicamente ou a ausência de motivo *invalidam a adoção das medidas administrativas*.**[21]

Portanto, se pela discricionariedade técnica imprópria bastaria ao administrador cumprir os requisitos formais para que emitisse seu ato de escolha, *oportuna e conveniente* dentre o leque de alternativas aberto pela lei, na discricionariedade técnica própria, que dá legitimidade à aplicação de medidas *antidumping*, a lei não autoriza uma escolha de natureza política, a

[21] Sobre a *teoria dos motivos relevantes*, cf. Celso Antônio Bandeira de Mello. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo, 1980, p. 45.

ser realizada pelo aplicador. Mesmo quando a norma estabelece parâmetros gerais, as escolhas concretas devem vincular-se a juízos técnico-científicos.[22] Nesse sentido, nos casos de discricionariedade técnica, a lei as vincula a uma otimização das ações para preenchimento dos conceitos e diretrizes legais.

E quando se fala em otimização, na esteira do princípio de eficiência, entra em cena o *êxito técnico* na execução dos objetivos legais (adequação) no sentido de utilização dos meios técnicos na comprovação de *dumping*, de dano e de nexo causal. Vale dizer, necessidade (dano), levando-se em conta a redução dos custos impostos aos administrados (comprovação de *dumping*) e de ponderação de direitos e liberdades individuais envolvidas (proporcionalidade em sentido estrito).[23] Essas três regras, i.e. *necessidade*, *adequação* e *proporcionalidade estrita*, são parâmetros hermenêuticos, cuja análise está presente na interpretação de qualquer ato normativo, legal ou infralegal, quando se coloca em questão sua conformidade com norma superior.

A partir dessas premissas, podem delinear-se, afinal, os limites da discricionariedade técnica própria, com referência aos atos normativos na aplicação de direitos *antidumping*. Dentre esses limites podem ser mencionados os seguintes: (i) somente se legitimam quando adotados tecnicamente (discricionariedade técnica própria), (ii) para a persecução daqueles objetivos técnicos com vista ao interesse público (defesa do mercado interno como patrimônio nacional), não afetar direitos fundamentais do administrado por eles envolvidos, em particular a livre-iniciativa, (iii) atender ao propósito de nivelar o terreno das importações, quando o desnível causado por práticas desleais de comércio leva ao aumento artificial da competitividade do exportador estrangeiro, em prejuízo da indústria nacional, (iv) não tornar o processo de investigação *antidumping* demasiadamente longo e politizado em face de políticas de governo, donde (v) a exigência de que os atos administrativos correspondentes sejam devidamente **motivados** (**motivo relevante**), sob pena de nulidade.

---

[22] Cf. Marçal Justen Filho, *Curso de direito administrativo*. São Paulo, 2014, p. 253.

[23] Cf. AFONSO DA SILVA, Vírgílio. *O proporcional e o razoável*. *Revista dos Tribunais*, v. 798, 2002, p. 23-50; MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, v. I, n. 5, ago. 2001; ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, v. I, n. 4, jul. 2001.

Discricionariedade administrativa e interesse público

Começo por lembrar que a margem de discricionariedade na aplicação do direito *antidumping*, quando destoante dos procedimentos do Acordo Antidumping, tem sido punida algumas vezes com rigor pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, por meio de seu Órgão de Apelação. Os Estados Unidos, por exemplo, envolveram-se em dois casos emblemáticos a respeito. No primeiro, denominado Emenda *Byrd* (DS217/AB/R, DS234/AB/R), tentaram transformar o direito *antidumping* em recursos a serem pagos diretamente às empresas nacionais atingidas pela prática desleal. O Órgão de Apelação entendeu que esse procedimento violava o Acordo Antidumping. No segundo, conhecido como *Zeroing* (WT/DS350/AB/R), o Órgão de Apelação opinou que a metodologia adotada pelos Estados Unidos para calcular a margem de *dumping* ("*zeroing methodology*") era inconsistente com o Acordo Antidumping.

É preciso salientar, portanto, que a regulamentação de cada Membro da OMC deverá sempre estar em consonância com os termos e condições estabelecidos pelo Acordo Antidumping. A implementação do Acordo Antidumping reflete, aliás, na expressão de Viktoriia Kotsiubska, uma consideração de interesse público.[24]

Precisamente sobre o tema "interesse público", é importante salientar que, durante a Rodada Uruguai do GATT, algumas Partes Contratantes tentaram negociar um artigo que tornasse obrigatória a adoção de avaliação do interesse público no Acordo Antidumping, mas não tiveram êxito. As Partes Contratantes que se opuseram à inclusão desse artigo argumentaram, dentre outros, que levar em consideração o interesse público poderia tornar o processo de investigação *antidumping* mais longo, ainda mais politizado e caro. Também argumentaram que a cláusula de interesse público abriria a porta para lobistas influenciarem os resultados e introduzirem incertezas para os exportadores nos procedimentos, os quais seriam mais bem conduzidos se balizados pelo exame objetivo dos fatos.[25]

Durante a Rodada Doha, houve também várias sugestões para inclusão de interesse público no Acordo Antidumping com forte oposição de muitos

[24] KOTSIUBSKA, Viktoriia. Public interest consideration in domestic and international antidumping disciplines. *World Trade Institute*, 2011, p. 7.
[25] Ibid., p. 13-14.

Membros da OMC.[26] Uma questão central era, caso o interesse público fosse incluído no Acordo Antidumping, se poderia ser objeto de discussão no âmbito do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC (Painel e Órgão de Apelação). Por essa razão, os argumentos foram em geral similares aos que já haviam sido discutidos anteriormente. Alguns Membros manifestaram preocupação quanto ao fato de o interesse público ser algo muito subjetivo, devendo ser deixado aos Membros a tarefa de defini-los de acordo com a legislação interna de cada um deles. Uma das propostas apresentadas foi também rechaçada, pois permitiria consideração de aspectos não econômicos e isso poderia trazer preocupações no tocante à obrigação de não discriminação.[27] Ora, não parece haver impeditivo para que cada Membro implemente avaliações de interesse público nas decisões de defesa comercial. No entanto, é preciso que os critérios para aplicação do interesse público sejam conforme as finalidades da defesa comercial, tal como estabelecidas no Acordo Antidumping.

Afinal, como bem lembra Aluísio de Lima Campos, *quando conduzida de forma correta, com fiel observância à lei e aos objetivos de sua criação, sem interferências estranhas a procedimentos técnicos e legais que a deturpem ou enfraqueçam, a defesa comercial tem como propósito nivelar o terreno das importações, quando o desnível causado por práticas desleais de comércio leva ao aumento artificial da competitividade do exportador estrangeiro, em prejuízo da indústria nacional. Nessas condições, a defesa comercial não ergue barreiras ao comércio, apenas anula um desequilíbrio, medida que seria absolutamente errado caracterizar como protecionista*.[28]

---

[26] "Exatamente em razão deste conflito inerente à aplicação de medidas *antidumping*, várias foram as propostas circuladas no âmbito da Rodada Doha. Nelas, os Membros da OMC com perfil exportador defenderam, com variados matizes, a necessidade de incorporar ao Acordo *Antidumping* disciplina específica destinada a assegurar a análise de interesse público. Os próprios *Friends of Antidumping Negotiations* (FANs) — agrupamento de Membros com interesses exportadores que inclui Japão, Noruega, Hong Kong, Chile, Taipé Chinês, Israel, Suíça, Colômbia, Coreia, México, Tailândia e Turquia e do qual o Brasil faz parte — circularam proposta sugerindo que informações relativas ao interesse público fossem levadas em consideração de maneira efetiva quando da decisão de aplicar uma medida *antidumping*. Os debates suscitados pelo tema incluíam sugestões destinadas a assegurar que as decisões relativas ao interesse público não possam ser objeto de disputa comercial no âmbito do Órgão de Solução de Controvérsias e estabelecer uma lista de aspectos que deveriam, necessariamente, ser considerados quando da análise de interesse público." Ver HESS, Felipe. Interesse público e a aplicação de medidas antidumping no Brasil. Disponível em: www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/114_FH.pdf. Acesso em: 9 dez. 2020.

[27] Summary Report of Meetings held on 11, 13 & 16 April, TN/RL/M/26, 11 de maio de 2005.

[28] CAMPOS, Aluísio Lima. Defesa comercial sob ataque. In: NASSER, Rabih (Coord.). *Revista de Direito do Comércio Internacional*, n. 2, p. 165, 2019.

Breve síntese conclusiva

Percebe-se pelo todo exposto que na defesa comercial está em questão um interesse de Estado na dupla carga de sentido da palavra. *Estado* em termos de um objetivo constitucional — mercado interno como patrimônio nacional — e *Estado* como entidade internacional ao lado de outros.

Por isso, havendo disputa e conflito de interesses, o foco é externo e não interno. Afinal, o direito constitucional brasileiro, ao afirmar o compromisso do Brasil com *a solução pacífica de conflitos* (CF art. 4º, inc. VII), integra o campo do direito internacional e ecoa o art. 33 — 1, da Carta da ONU.[29] Por isso também não faz sentido algum erigir um órgão interno, voltado para interesse difuso da coletividade — o CADE —, em avaliador de decisões de mitigação/afastamento temporário de margens *antidumping*.

Isso não só é tumultuar a eficiência dos atos administrativos, como sobretudo uma violação principiológica da Constituição Federal.[30]

Isso posto, passo a responder os quesitos formulados.

B) Resposta aos quesitos

Primeiro quesito

Pergunta-se qual é o cerne/objetivo da defesa comercial e se a defesa comercial representa política de Estado ou de Governo.

A questão já foi examinada nas considerações preliminares. Retomo, em breve síntese, o que lá foi dito.

Lembro, inicialmente, que o sistema de defesa comercial está diretamente relacionado à decisão tomada por alguns estados após a Segunda Guerra de efetivamente promoverem um amplo processo de liberalização comercial por meio da redução de tarifas aplicadas a produtos importados e da eliminação de medidas protecionistas.

---

[29] Cf. Celso Lafer. *Filosofia e teoria geral do direito*: um percurso do direito no século XXI. São Paulo: Atlas, 2016. v. 3, Apontamentos sobre a internacionalização do direito constitucional brasileiro, p. 10.

[30] As normas do art. 4º da CF são princípios e não regras; embora exijam ulteriores providências para sua concretização, não se confundem com as exigidas por normas programáticas, sendo *self-executing*. Celso Lafer, op. cit., p. 17 e seg.

Com o fracasso da constituição da Organização Internacional do Comércio (OIC), que constituiria juntamente com o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial o terceiro tripé da nova ordem econômica internacional emergente, os estados concentraram seus esforços nas negociações de um dos capítulos da OIC e que dela se separou em 1947, o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT 47). Diante de certas práticas desleais de comércio ou períodos em que ocorressem aumentos significativos e extraordinários de importações a ponto de prejudicar suas indústrias nacionais, seria necessário, portanto, criar mecanismos que remediassem e reduzissem as práticas desleais de comércio, como *dumping* e subsídios. Esses mecanismos são o cerne e o objetivo da defesa comercial. Foram previstos nos Artigos VI (*antidumping*), XVI (subsídios e medidas compensatórias) e XIX (salvaguardas) do GATT 47.[31]

O Artigo VI do GATT 47 definiu a prática do *dumping* como a introdução de produtos no mercado importador, por um valor abaixo do normal no país exportador, devendo ser condenado se causasse dano à indústria nacional do país importador. Além de reconhecer a existência de *dumping* condenável, permitiu a aplicação de medidas *antidumping*, desde que presentes os requisitos de *dumping*, dano e nexo causal.

Como essas disposições não foram consideradas suficientemente claras, constatou-se um grande aumento de variadas medidas *antidumping* pelas Partes Contratantes do GATT 47 e foram adotadas durante as Rodadas Kennedy (1964-1967) e Tóquio (1973-1979) regulamentações por meio de Códigos que acabaram não sendo incorporados aos ordenamentos jurídicos da maioria das Partes Contratantes do GATT 47 ("*GATT à la carte*").

Apenas na Rodada Uruguai (1986-1994), que culminou com a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), é que finalmente foi adotado um acordo vinculante e obrigatório para todos os Membros da OMC (princípio do "single undertaking"), o "Acordo sobre Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994" ("Acordo Antidumping"). O Acordo Antidumping trouxe maior segurança jurídica à medida que estabelece que medidas *antidumping* somente poderão ser aplicadas nas circunstâncias previstas no Artigo VI do GATT 94 e de acordo com investigações iniciadas e conduzidas segundo suas disposições. Na forma de seu artigo 2º,

[31] Com esses mecanismos, os estados mostraram-se mais propensos à promoção do livre comércio. "A existência dos mecanismos antidumping, medidas compensatórias e salvaguardas permitiu aos membros reduzir suas tarifas sem medo, estando resguardados para se defender de eventuais práticas desleais."

"considera-se haver prática de *dumping*, isto é, oferta de um produto no comércio de outro país a preço inferior a seu valor normal, no caso de o preço de exportação do produto ser inferior àquele praticado, no curso normal das atividades comerciais, para o mesmo produto quando destinado ao país exportador". Poderá haver aplicação de direitos *antidumping* quando, além da comprovação de *dumping*, ficar também demonstrado o dano ou ameaça de dano, além de ser necessário estabelecer o nexo causal entre este dano e a prática de *dumping*.

O Acordo Antidumping não cobre em detalhes todos os aspectos necessários à condução de uma investigação, cabendo às autoridades competentes de cada Membro da OMC regulamentá-lo de acordo com seus respectivos ordenamentos jurídicos. O Acordo Antidumping concede a prerrogativa de os Membros da OMC imporem tais medidas, desde que o façam de acordo com os procedimentos nele previstos.[32]

Lembre-se, por fim, que o Acordo Antidumping é parte integrante do Acordo Constitutivo da OMC, que tem status de tratado internacional. Os tratados, em princípio, produzem efeitos entre as partes contratantes, sendo-lhes de cumprimento obrigatório, desde que tenham entrado em vigor. O Artigo 34 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados[33] prevê essa regra ao estipular que "tratado não cria nem obrigações nem direitos para um terceiro estado sem o seu consentimento".

Ao assinar e ratificar o Acordo Constitutivo da OMC, porém, o Estado brasileiro o fez voluntária e soberanamente, concordando, assim, com o objetivo maior da OMC que é o de promover a liberalização do comércio internacional com obediência a todas as suas regras, inclusive as de defesa comercial. Trata-se, portanto, de um ato que representa uma política de Estado, a ser cumprida por todos os seus governos, sob pena de responsabilidade internacional do Estado brasileiro. Com a incorporação do tratado passam a integrar o direito interno do país as normas dele emanadas, gerando-se, assim, para o Estado e para todos os que se encontram subordinados à respectiva ordem jurídica, direitos e obrigações.

---

[32] Nesse sentido, estabelece o Artigo 9º, 1, do Acordo Antidumping: *São de competência das autoridades do Membro importador a decisão sobre a imposição ou não do direito antidumping, quando estiverem preenchidos os requisitos necessários, e a decisão sobre se o montante do direito antidumping a ser imposto será a totalidade da margem de dumping ou menos do que esse valor. É desejável que o direito seja facultativo no território de todos os Membros e que seu montante seja menor do que a margem de dumping, caso tal valor inferior seja suficiente para eliminar o dano à indústria nacional.*

[33] Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

Por consequência, na defesa comercial está em questão um interesse de Estado na dupla carga de sentido da palavra. *Estado* em termos de um objetivo constitucional — mercado interno como patrimônio nacional — e *Estado* como entidade internacional ao lado de outros.

Por isso, de um lado, havendo disputa e conflito de interesses de Estado, o foro é externo (OMC) e não interno. Afinal, o direito constitucional brasileiro, ao afirmar o compromisso do Brasil com *a solução pacífica de conflitos* (CF art. 4º, inc. VII), integra o campo do direito internacional e ecoa o art. 33 — 1, da Carta da ONU.[34] Por isso, de outro, como o foco está na proteção do mercado interno em face do agente econômico externo, também não faz sentido algum erigir um órgão interno, voltado para interesse difuso da coletividade — o CADE —, em avaliador de decisões de mitigação/afastamento temporário de margens *antidumping*.

Quanto à questão de se a defesa comercial representa política de Estado ou de Governo, relembro que, na discricionariedade técnica própria, justamente aquela que dá legitimidade à aplicação de medidas *antidumping*, a lei não autoriza uma escolha de natureza política, a ser realizada pelo aplicador. Mesmo quando a norma estabelece parâmetros gerais, as escolhas concretas devem vincular-se a juízos técnico-científicos. Nesse sentido, nos casos de discricionariedade técnica, a lei as vincula a uma otimização das ações para preenchimento dos conceitos e diretrizes legais.

Segundo quesito

Pergunta-se qual foi o processo de internalização no ordenamento jurídico brasileiro do atual diploma atinente aos direitos *antidumping*, quais são os limites, se existentes, para a complementação regulatória do Acordo Antidumping e da Lei Federal nº 9.019/95.

Observo, preliminarmente, que o Acordo Constitutivo da OMC é parte integrante da Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, assinada em Marraquexe, em 12 de abril de 1994, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994, e promulgada pelo Decreto nº 1.355/1994 com vigência a partir de

[34] Cf. Celso Lafer. *Filosofia e teoria geral do direito*: um percurso do direito no século XXI. São Paulo: Atlas, 2016. vol. 3, Apontamentos sobre a internacionalização do direito constitucional brasileiro, p. 10.

1º/01/1995. O Acordo Antidumping é um dos Anexos do Acordo Constitutivo da OMC, portanto, plenamente vigente no Brasil.

Com a incorporação de um tratado, passam a integrar o direito interno do país as normas dele emanadas. Isso implica que o Acordo Antidumping deve se sobrepor às disposições do Decreto 8.058/2013 na hipótese de eventual conflito. Da mesma forma, as disposições do Decreto 8.058/2013 tampouco poderão se sobrepor às da Lei 9.019/1995. Trata-se de regulamentação, em âmbito interno, de matéria já disposta pelo Acordo Antidumping que possui status de Lei Federal.

A Lei nº 9.019, de 30 de março de 1995 (Lei nº 9.019/95), dispõe, entre outros, sobre a aplicação dos direitos previstos no Acordo Antidumping, prevendo sua cobrança na forma de seu Artigo 1º. A fixação dos direitos é de competência da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), com base nas recomendações contidas em parecer da Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público (SDCOM). Tais disposições são confirmadas nos Artigos 1º a 6º do Decreto nº 8.058, de 26 de julho de 2013 (Decreto nº 8.058/2013), que, ao revogar o anteriormente vigente Decreto nº 1.602, de 23 de agosto de 1995 (Decreto nº 1.602/95), passou a regulamentar os procedimentos administrativos relativos à investigação e à aplicação de medidas *antidumping*, além de definir, em seu Artigo 7º, a prática de *dumping* como "a introdução de um produto no mercado doméstico brasileiro, inclusive sob as modalidades de *drawback*, a um preço de exportação inferior ao seu valor normal".

Importante assinalar que, durante a Rodada Uruguai do GATT, algumas Partes Contratantes tentaram negociar um artigo que tornasse obrigatória a adoção de avaliação do interesse público no Acordo Antidumping, mas não tiveram êxito. As Partes Contratantes que se opuseram à inclusão desse artigo argumentaram, dentre outros, que levar em consideração o interesse público poderia tornar o processo de investigação *antidumping* mais longo, ainda mais politizado e caro. Também argumentaram que a cláusula de interesse público abriria a porta para lobistas influenciarem os resultados e introduzirem incertezas para os exportadores nos procedimentos, os quais seriam mais bem conduzidos se balizados pelo exame objetivo dos fatos.

Durante a Rodada Doha, houve também várias sugestões para inclusão de interesse público no Acordo Antidumping com forte oposição de muitos Membros da OMC.[35] Os argumentos foram em geral similares aos que já haviam

[35] "Exatamente em razão deste conflito inerente à aplicação de medidas *antidumping*, várias foram as propostas circuladas no âmbito da Rodada Doha. Nelas, os Membros da OMC

sido discutidos anteriormente. Alguns Membros manifestaram preocupação quanto ao fato de o interesse público ser algo muito subjetivo, devendo ser deixado aos Membros a tarefa de defini-los de acordo com a legislação interna de cada um deles. Uma das propostas apresentadas foi também rechaçada, pois permitiria consideração de aspectos não econômicos e isso poderia trazer preocupações no tocante à obrigação de não discriminação.

Portanto, é preciso que os critérios para aplicação do interesse público sejam não só os mais objetivos possíveis, como também, sob pena de ocorrer desvirtuamento das finalidades da defesa comercial, sejam conforme as estabelecidas no Acordo Antidumping e na Constituição do País.

Quanto às Avaliações de Interesse Público, ver a resposta ao quinto quesito.

Terceiro quesito

Indaga-se em que medida o reconhecimento do *dumping* comporta mitigação e qual seria a fonte normativa aplicável para tanto.

O reconhecimento do *dumping* ocorre sempre que há valor normal maior que o preço de exportação. Ocorre quando há verificação de margem de *dumping* significativa, ou seja, acima de um valor considerado desprezível para fins de aplicação de medidas *antidumping* (valor *de minimis*, nos termos do § 1º do Artigo 31 do Decreto nº 8.058/2013). A margem de *dumping* será considerada *de minimis* quando for inferior a 2% (dois por cento).

Para mitigação da margem de *dumping* apurada, o Brasil aplica o princípio da "lesser duty rule", conforme mais bem abordado nas respostas ao Quesito 9. Ao fazê-lo, está amparado no Artigo VI, 2, do GATT 94,

com perfil exportador defenderam, com variados matizes, a necessidade de incorporar ao Acordo *Antidumping* disciplina específica destinada a assegurar a análise de interesse público. Os próprios *Friends of Antidumping Negotiations* (FANs) — agrupamento de Membros com interesses exportadores que inclui Japão, Noruega, Hong Kong, Chile, Taipé Chinês, Israel, Suíça, Colômbia, Coreia, México, Tailândia e Turquia e do qual o Brasil faz parte — circularam proposta sugerindo que informações relativas ao interesse público fossem levadas em consideração de maneira efetiva quando da decisão de aplicar uma medida *antidumping*. Os debates suscitados pelo tema incluíam sugestões destinadas a assegurar que as decisões relativas ao interesse público não possam ser objeto de disputa comercial no âmbito do Órgão de Solução de Controvérsias e estabelecer uma lista de aspectos que deveriam, necessariamente, ser considerados quando da análise de interesse público." Ver HESS, Felipe. Interesse público e a aplicação de medidas antidumping no Brasil. Disponível em: www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/114_FH.pdf. Acesso em: 9 dez. 2020.

Artigo 9.1 do Acordo Antidumping e Artigo 78, do Decreto nº 8.058/2013, conforme abaixo sem destaques no original:

> *Artigo VI, 2, do GATT 94: Com o fim de neutralizar ou impedir "dumping" a Parte Contratante poderá cobrar sobre o produto, objeto de um "dumping" um direito "antidumping" que não exceda a margem de "dumping" relativa a esse produto. Para os efeitos deste Artigo, a margem de "dumping" é a diferença de preço determinada de acordo com os dispositivos do parágrafo 1.*
>
> *Artigo 9.1 do Acordo Antidumping: São da competência das autoridades do Membro importador a decisão sobre a imposição ou não de direito antidumping, quando estiverem preenchidos os requisitos necessários, e a decisão, sobre se o montante do direito antidumping a ser imposto será a totalidade da margem de dumping ou menos do que esse valor. É desejável que o direito seja facultativo no território de todos os Membros e que seu montante seja menor do que a margem de dumping, caso tal valor inferior seja suficiente para eliminar o dano à indústria nacional.*
>
> *Artigo 78 do Decreto nº 8.058/2013: A expressão "direito antidumping" significa um montante em dinheiro igual ou inferior à margem de dumping apurada.*
>
> *§ 1º Ressalvados os casos previstos no § 3º e as decisões da CAMEX amparadas pelo art. 3º, o direito antidumping a ser aplicado será inferior à margem de dumping sempre que um montante inferior a essa margem for suficiente para eliminar o dano à indústria doméstica causado por importações objeto de dumping.*
>
> *§ 2º O montante do direito antidumping não poderá exceder a margem de dumping.*

Vale acrescentar também a interpretação do Artigo 9.1 com base no Índice Analítico da OMC[36]:

> *O Órgão de Apelação em CE — Fixadores (China) observou que a segunda frase do artigo 9.1 expressa uma "preferência … para direitos inferiores à margem de dumping, se direitos menores forem adequados para remover o*

[36] Disponível em www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/anti_dumping_art9_jur.pdf. Acesso em: 8 dez. 2020.

> *prejuízo à indústria nacional. Para expressar tal preferência, o artigo 9.1 usa a expressão 'é desejável'".*[37]

A citação reforça o entendimento de que o artigo 9.1 expressa uma "preferência", não obrigatoriedade de aplicação.

Nesse ponto entra, não obstante, a chamada discricionariedade técnica própria.[38] Se pela discricionariedade técnica imprópria bastaria ao administrador cumprir os requisitos formais para que emitisse seu ato de escolha, *oportuna e conveniente* dentre o leque de alternativas aberto pela lei, a discricionariedade técnica própria, que dá legitimidade à aplicação de medidas *antidumping*, as vincula a uma otimização das ações para preenchimento dos conceitos e diretrizes legais.

Ou seja, somente se legitimam quando adotados tecnicamente (discricionariedade técnica própria) para a persecução daqueles objetivos ao interesse público (na defesa do mercado interno como patrimônio nacional, não afetar direitos fundamentais do administrado por eles envolvidos, em particular a livre-iniciativa, atender ao propósito de nivelar o terreno das importações, quando o desnível causado por práticas desleais de comércio leva ao aumento artificial da competitividade do exportador estrangeiro, em prejuízo da indústria nacional, não tornar o processo de investigação *antidumping* demasiadamente longo e politizado em face de políticas de governo).

---

[37] The Appellate Body in EC —– Fasteners (China) observed that the second sentence of Article 9.1 expresses a ""preference … for duties lesser than the margin of dumping, if lesser duties are adequate to remove the injury to the domestic industry. To express such a preference, Article 9.1 uses the expression ''it is desirable''."".

[38] Vale notar, na percepção da discricionariedade técnica própria, que a margem de discricionariedade na aplicação do direito *antidumping*, quando destoante dos procedimentos do Acordo Antidumping, tem sido punida algumas vezes com rigor pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, por meio de seu Órgão de Apelação. Os Estados Unidos, por exemplo, envolveram-se em dois casos emblemáticos a respeito. No primeiro, denominado Emenda *Byrd* (DS217/AB/R, DS234/AB/R), tentaram transformar o direito *antidumping* em recursos a serem pagos diretamente às empresas nacionais atingidas pela prática desleal. O Órgão de Apelação entendeu que esse procedimento violava o Acordo Antidumping. No segundo, conhecido como *Zeroing* (WT/DS350/AB/R), o Órgão de Apelação opinou que a metodologia adotada pelos Estados Unidos para calcular a margem de *dumping* ("*zeroing methodology*") era inconsistente com o Acordo Antidumping.

Quarto quesito

Pergunta-se quais são os princípios constitucionais e administrativos aplicáveis a essa temática.

Questão já abordada nas considerações preliminares.

Aqui entra a definição normativa do mercado interno como patrimônio nacional:

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

A Constituição, nesse passo, ultrapassa o mercado como um conjunto de entidades empresariais (mero *lugar de trocas econômicas*, no dizer de José Afonso da Silva), mas olha as empresas no conjunto do *mercado* como *telos* constitucional que fixa e define o valor a ser buscado e atingido: *viabilizar* o *mercado interno* como *patrimônio nacional*. Trata-se de uma norma de ordem econômica, que, na verdade, confere ao mercado interno um valor nacional, que exige a garantia da autonomia do País (*patrimônio nacional*), no investimento, na criação de tecnologia adequada, na formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos. A Constituição, nessa linha, consagra o mercado interno como *a força motriz por excelência da economia nacional*,[39] na crença consistente de que as soluções geradas pelos agentes privados sobre o que, o como e o quanto produzir devem ser protegidas como as mais aptas à produção de bem-estar num concerto amplo. Nesses termos, transcende-se a mera ordem econômica para conectar-se aos valores da livre-iniciativa enquanto *fundamento da República* (CF art. 1º, inc. IV). E com esse objetivo determina a Constituição (art. 4º) que a República Federativa do Brasil reger-se-á nas suas relações internacionais pelo princípio da independência nacional (inc. I).

Nesses termos deve ocorrer a imposição de medidas *antidumping* no Brasil por meio de processo administrativo conduzido pela SDCOM. Enquanto órgão da Administração Pública Federal, a SDCOM está sujeita aos ditames da Constituição Federal, notadamente aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (Artigo 37). Também está

[39] Cf. Fábio Nusdeo. *Curso de economia*: introdução ao direito econômico. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 113-121.

sujeita às disposições da Lei do Processo Administrativo, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Lei nº 9.784/99). Nos termos do Artigo 2º da Lei nº 9.784/99, a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Todos os procedimentos de investigação conduzidos pela SDCOM devem estar embasados nesses princípios, sob pena de nulidade.

Quinto quesito

Pergunta-se se as "Avaliações de Interesse Público", uma vez admitidas, devem pautar-se em exames vinculados à lei ou estão insertas em uma dinâmica puramente discricionária.

Questão já abordada nas considerações preliminares.

A aplicação do conceito de interesse público foi deixada ao critério de cada Estado, conforme estabelecido no Acordo Antidumping e na Constituição do País.

As "Avaliações de Interesse Público" são procedimentos administrativos, tais como a investigação *antidumping* e suas revisões. Se efetuadas, são atos administrativos inseridos na discricionariedade técnica própria.

Parece duvidoso, porém, que o Decreto nº 8.058/2013 pudesse dispor sobre *interesse público*, uma vez que a Lei nº 9.019/95, *locus* correto para fazê-lo, é silente quanto à sua aplicação no Brasil. A dúvida remete ao tema dos limites da regulamentação em face da lei. No caso de silêncio da lei, é admissível que o regulamento a complemente, mas atendendo aos princípios constitucionais. Ou seja, nada obsta que o regulamento fale de "interesse público", porém, desde que se oriente pelo foco constitucional da defesa do mercado interno como patrimônio nacional, sob a ótica da soberania nacional.

Além disso, o que está previsto no art. 91, VIII, do Decreto nº 9.745/2019, que confere à SECEX poderes para "regulamentar os procedimentos relativos às investigações de defesa comercial e às avaliações de interesse público", não parece estar em linha com o § 5º, do Artigo 3º do Decreto nº 8.058/2013: "a análise de interesse público deverá observar os procedimentos estabelecidos em ato específico publicado pela CAMEX". Há um desalinhamento entre os Decretos, uma vez que não se sabe ao certo se compete à CAMEX ou à SECEX regulamentar os procedimentos relativos às avaliações de interesse público.

Pela estrutura criada pela Portaria nº 13/2020[40] em que existe ostensiva delimitação da avaliação de interesse público tomado nos termos de *interesse difuso*, acaba-se por permitir o exercício de uma discricionariedade imprópria da autoridade na avaliação, sopesamento e conclusões, com base em critérios como o impacto na cadeia a jusante e a montante, bem como a estrutura concorrencial do mercado, devendo-se entender haver um problema de ilegalidade e inconstitucionalidade por violação principiológica.

Afinal, tais avaliações somente se legitimam quando adotadas tecnicamente (discricionariedade técnica própria) para a persecução daqueles objetivos de interesse público em termos de defesa do mercado interno como patrimônio nacional, isto é, não afetar direitos fundamentais do administrado por eles envolvidos, em particular a livre-iniciativa, atender ao propósito de nivelar o terreno das importações, quando o desnível causado por práticas desleais de comércio leva ao aumento artificial da competitividade do exportador estrangeiro, em prejuízo da indústria nacional.

Sexto quesito

Pergunta-se se o resultado das "Avaliações de Interesse Público", bem como das decisões do GECEX sobre a manutenção, alteração ou suspensão de medidas *antidumping* representam um ato administrativo que demanda a necessária e pública motivação, nos termos do art. 50 da Lei nº 9.784/1999,

---

[40] Art. 2º A avaliação de interesse público tem por objetivo avaliar a existência de elementos que excepcionalmente justifiquem a suspensão ou a alteração de medidas antidumping definitivas e compensatórias provisórias ou definitivas, bem como a não aplicação de medidas antidumping provisórias.

Art. 3º, § 1º Na avaliação da Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público, poderão ser observados critérios como o impacto na cadeia a jusante e a montante, a disponibilidade de produtos substitutos em origens não afetadas pela medida de defesa comercial, bem como a estrutura do mercado e a concorrência.

§ 2º No caso de avaliação de interesse público facultativa, ex officio, a critério da Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público, prevista no art. 6º, serão preponderantemente considerados, dentre outros fatores, a temporalidade da medida de defesa comercial em vigor e a caracterização do produto sob análise como insumo para a cadeia a jusante, bem como o fato de a medida objeto da revisão de final de período ou de eventuais medidas que a precederam já terem sido objeto de avaliação que resultou em sua suspensão ou alteração por razões de interesse público.

§ 3º Os critérios a que fazem referência os §§ 1º e 2º não constituem lista exaustiva e nenhum deles, isoladamente ou em conjunto, será necessariamente capaz de fornecer indicação decisiva. (sem grifos no original).

podendo a Administração Pública prescindir da apresentação das justificativas fáticas e de direito que lastrearam aludidas decisões.

Questão abordada nas considerações preliminares.

Tanto a SECEX quanto a CAMEX (e, por consequência, seu Comitê-Executivo de Gestão-GECEX) são órgãos da Administração Pública Federal direta, pois são partes do Ministério da Economia (órgãos específicos singulares e órgão colegiado, respectivamente, nos termos do Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019).

A Lei nº 9.784/1999 estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta. Dessa forma, aplica-se a Lei nº 9.784/1999 aos atos administrativos proferidos pela SECEX e CAMEX/GECEX, inclusive seu Artigo 50, o qual determina que os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

> I — neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
>
> II — imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
>
> III — decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
>
> IV — dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
>
> V — decidam recursos administrativos;
>
> VI — decorram de reexame de ofício;
>
> VII — deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
>
> VIII — importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. (g.n.)

Os resultados das "Avaliações de Interesse Público", bem como das decisões da CAMEX sobre a manutenção, alteração ou suspensão de medidas *antidumping*, poderão negar, limitar ou afetar direitos ou interesses (sejam da indústria nacional ou de exportadores e terceiros),[41] e poderão dissentir de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais (em oposição aos pareceres de recomendação da aplicação de medidas *antidumping* emitidos pela SDCOM e Portarias e Circulares emitidas pela SECEX, por exemplo). A motivação de

[41] Conforme competência prevista no Artigo 2º, do Decreto nº 8.058/13.

seus atos deve ser explícita, clara e congruente, conforme previsto no § 1º, do Artigo 50: "A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato".

Nesse sentido ainda a jurisprudência:

> *De acordo com a Lei n. 9.784/99, art. 50, '**deverão ser motivados todos os atos administrativos que: neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções**; decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; decidam recursos administrativos; decorram de reexame de ofício; **deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de outro ato**'. 4. **A motivação dos atos administrativos é um princípio constitucional implícito, resultando do disposto no art. 93, X, da Constituição** (pois não é razoável a obrigatoriedade de motivação apenas das decisões administrativas dos Tribunais), **do princípio democrático, uma vez que indispensável ao convencimento do cidadão e ao consenso em torno da atividade administrativa** (Celso Antônio Bandeira de Mello), e da regra do devido processo legal. É, por isso, uma exigência inderrogável, de modo que não prevalece para o fim de dispensar motivação da revogação — como no caso aconteceu — a nota de "caráter precário". […].*[42]

Não há espaço, pois, para a Administração Pública prescindir da apresentação das justificativas fáticas e de direito que lastrearam suas decisões, o que abriga as decisões da GECEX. De se lembrar que a discricionariedade técnica própria ocorre quando a lei usa conceitos que dependem da manifestação de órgãos técnicos, não cabendo ao administrador senão uma única solução juridicamente válida. Nesse caso, o ato, embora com base em conceitos empíricos sujeitos à interpretação, é vinculado. Este é o caso da aplicação de direitos *antidumping*.

Afinal, prescrevendo-se, expressamente, uma competência quanto a margem de *dumping*, dano material ou ameaça de dano material à indústria doméstica, verificação do nexo causal, esses pressupostos de fato hão de ser

[42] Cf. TRF-1, MAS 2001.38.025743-3, j. em 01/03/2007.

considerados o autêntico *motivo determinante* para a adoção dos correspondentes atos. Nessa linha, devem, também, respeitar os pressupostos normativos para sua emanação, que lhes constitui o *motivo legal* (*constitucional*), o qual deve estar em consonância com aquela situação tecnicamente demonstrada e que corresponde ao *motivo de fato* do ato administrativo. E, em consequência, a indicação de motivo impreciso tecnicamente ou a ausência de motivo *invalidam a adoção das medidas administrativas*.

Sétimo quesito

Pergunta-se qual o escopo e o alcance do interesse público no contexto da defesa comercial e se os aspectos atinentes à concorrência doméstica são parte da análise ou esgotam seu conteúdo.

O interesse público é presumido na aplicação positiva das medidas *antidumping*, uma vez que todo ato da Administração Pública deve ser realizado em prol do interesse público (princípio da supremacia do interesse público).

Não há, porém, dispositivo legal que preveja qualquer avaliação de interesse público como determinante para a suspensão de medidas de defesa comercial, nem poder conferido à SECEX para regulamentar tal matéria. Não há previsão na Lei 9.019, na Lei 12.529, nem no Decreto 9.745. No caso de silêncio da lei, é admissível, contudo, que o regulamento a complemente, mas atendendo aos princípios constitucionais. Ou seja, nada obsta que o regulamento fale de "interesse público", porém, desde que se oriente pelo foco constitucional da defesa do mercado interno como patrimônio nacional, sob a ótica da soberania nacional.

Não caberia, nesse sentido, que a concorrência (como interesse difuso) pudesse ser indicada como um dos critérios que poderão ser observados na avaliação de Interesse Público pela SDCOM em conjunto com outros critérios (art. 3º, §§ 1º e 2º, da Portaria nº 13/2020).

Na verdade, ainda que não diretamente identificada como análise concorrencial, o Guia Consolidado de Interesse Público em Defesa Comercial expande sobre os critérios definidos na legislação pertinente que claramente possuem natureza concorrencial.[43] Além disso, "para a avaliação final, além

[43] Por exemplo, o Guia especificamente diz "busca-se com a avaliação de interesse público responder à seguinte pergunta: a imposição da medida de defesa comercial impacta a oferta

do aprofundamento dos elementos da análise preliminar, será analisado primordialmente o seguinte critério adicional: (4) impactos da medida de defesa comercial na dinâmica do mercado nacional". Ademais, na análise concorrencial encontram-se referências diretas ao entendimento do CADE sobre a matéria em análise (*e.g.* concentração do mercado, entre outros) e mesmo ao Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal preparado pelo CADE,[44] consolidando influência direta da autoridade concorrencial brasileira no processo de avaliação de interesse público.[45]

Finalmente, o Decreto 10.044, de 4 de outubro de 2019, Artigo 10, § 2º dispõe que "Representantes da Agência Brasileira de Promoção de Exportações e Investimentos — Apex-Brasil e do Comitê Administrativo de

do produto sob análise no mercado interno (oriunda tanto de produtores nacionais quanto de importações), de modo a prejudicar significativamente a dinâmica do mercado nacional (incluindo os elos a montante, a jusante e a própria indústria), em termos de preço, quantidade, qualidade e variedade, entre outros?". Indica que "a avaliação preliminar levará em conta os seguintes elementos primordiais: (1) características, cadeia produtiva e mercado do produto sob análise; (2) oferta internacional do produto sob análise; e (3) oferta nacional do produto sob análise".

[44] Disponível em: www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf/view. Acesso em: 11 dez. 2020.

[45] O CADE e a concorrência também aparecem diretamente na análise das "Características do produto, da cadeia produtiva e do mercado de produto sob análise — Concentração do mercado do produto sob análise":

> Nesta fase da avaliação preliminar, cumpre analisar se a(s) peticionária(s) da medida de defesa comercial é monopolista ou oligopolista no mercado do produto sob análise. Diante dessa estrutura de mercado, é necessário avaliar em que medida a aplicação de uma medida de defesa comercial pode prejudicar a concorrência, reduzir a rivalidade e aumentar o poder de mercado da indústria doméstica. [g.n.]
>
> […]
>
> Também deve ser observada a existência de barreiras à entrada no mercado ou de qualquer fator que coloque um potencial entrante no mercado em posição de desvantagem em relação aos agentes econômicos já estabelecidos. Nos termos do Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE, barreiras à entrada podem ser definidas como qualquer fator em um mercado que coloque um potencial competidor em desvantagem com relação aos agentes econômicos estabelecidos. Quanto mais elevadas as barreiras à entrada em um dado mercado, maiores são os custos financeiros e em termos de tempo que um potencial entrante deverá incorrer para que o capital investido seja adequadamente remunerado. Quanto mais elevadas são essas barreiras, menor é a probabilidade de entrada de novas empresas no mercado relevante definido. As barreiras à entrada possibilitam às empresas instaladas a manutenção dos preços em patamares mais elevados e dificultam a entrada de novas concorrentes com capacidade produtiva, uma vez que diminui a possibilidade efetiva de concorrência.
>
> […]
>
> Por fim, deve ser apresentado o histórico de atos de concentração envolvendo o produto sob análise e, se aplicável, informações prospectivas de fusões e aquisições no setor que possam impactar ainda mais a concorrência. (g.n.)

Defesa Econômica — Cade integrarão o Comitê-Executivo de Gestão como convidados, em caráter permanente, sem direito a voto", consolidando a presença e influência indevidas da autoridade concorrencial no processo decisório. Indevida interferência da análise concorrencial, direta ou indiretamente, uma vez que os objetivos da defesa comercial é que devem compor os traços do mercado relevante para efeito de atuação do CADE na defesa da concorrência e não ao contrário.

Afinal, a imposição de medidas *antidumping*, como visto, visa a desencorajar a venda de bens em determinado país (o importador), resultando na saída ou redução do concorrente exportador do mercado. A defesa da concorrência tem por objetivo a proteção da concorrência que deve levar, dentre outros fatores, à eficiência do mercado. As medidas *antidumping* buscam a proteção do concorrente nacional ou dos fatores de produção nacionais.[46] O Guia Consolidado de Interesse Público em Defesa Comercial está, assim, em dessintonia com os próprios objetivos do Decreto 8.058/13.[47]

Por fim, de se lembrar que na defesa comercial está em questão um interesse de Estado na dupla carga de sentido da palavra. *Estado* em termos de um objetivo constitucional — mercado interno como patrimônio nacional — e *Estado* como entidade internacional ao lado de outros. Por isso, havendo disputa e conflito de interesses, o foco é externo e não interno. Afinal, o direito constitucional brasileiro, ao afirmar o compromisso do Brasil com *a solução pacífica de conflitos* (CF art. 4º, inc. VII), integra o campo do direito internacional e ecoa o art. 33 — 1, da Carta da ONU. Por isso também não faz sentido algum erigir um órgão interno, voltado para interesse difuso da coletividade — o CADE —, em avaliador de decisões de mitigação/afastamento temporário de margens *antidumping*. Isso não só é tumultuar a eficiência dos atos administrativos, como sobretudo uma violação principiológica da Constituição Federal.

---

[46] Ver HOEKMAN, Bernard; MAVROIDIS, Petros. Dumping, antidumping and antitrust. *Journal of World Trade*, v. 30, n. 1, p. 27-29, fev. 1996.

[47] Interessante estudo conduzido por Leane Naidim a respeito dos fatores econômicos considerados nas decisões de interesse público conduzidas de 2013 a 2018 demonstra que diversos fatores além de questões relacionadas à concorrência foram considerados pelas autoridades em avaliações de interesse público ao longo dos anos. Ver NAIDIN, Leane Cornet. *Interesse público*: implicações para a política antidumping no Brasil. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2019. Disponível em: www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34707&Itemid=432. Acesso em: 7 dez. 2020.

Oitavo quesito

Pergunta-se se a recente edição da Portaria SECEX 13/2020 foi realizada respeitando a hierarquia das leis e os princípios que guarnecem o direito administrativo brasileiro.

O Decreto nº 8.058/13 regulamenta os procedimentos administrativos relativos à investigação e à aplicação de medidas *antidumping* em face do que dispõem o Acordo Antidumping e a Lei nº 9.019/95.[48]

Instruções, portarias, resoluções, regimentos ou quaisquer outros atos gerais do Executivo, "na pirâmide jurídica, alojam-se em nível inferior ao próprio regulamento", pois enquanto este é ato do Poder Executivo, os demais competem a autoridades de escalões inferiores, que, por conseguinte, têm "poderes menores".[49]

Assim, a Portaria nº 13/2020 deveria estar perfeitamente alinhada com as disposições do Decreto nº 8.058/13. Não poderia ir além do que dispõe o Decreto nº 8.058/13. Observa-se, no entanto, o que talvez se pudesse chamar de "vício de origem". Nesse sentido, a pergunta que se coloca é: caberia à Portaria nº 13/2020 definir o que é interesse público, como faz em seu art. 3º já citado anteriormente, ou essa definição deveria ter sido incluída no Decreto nº 8.058/13? A resposta parece clara. Não poderia uma autoridade com "poder menor", como é a SECEX, definir o que é interesse público, mas apenas e tão somente os procedimentos para sua aplicação.[50]

---

[48] Como anteriormente observado, parece duvidoso que o Decreto nº 8.058/2013 pudesse dispor sobre *interesse público*, uma vez que a Lei nº 9.019/95, *locus* correto para fazê-lo, é silente quanto à sua aplicação no Brasil. A dúvida remete ao tema dos limites da regulamentação em face da lei. No caso de silêncio da lei, é admissível que o regulamento a complemente, mas atendendo aos princípios constitucionais. Ou seja, nada obsta que o regulamento fale de "interesse público", porém, desde que se oriente pelo foco constitucional da defesa do mercado interno como patrimônio nacional, sob a ótica da soberania nacional.

[49] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 377.

[50] É, de resto, o que está previsto no art. 91, VIII, do Decreto nº 9.745/2019, que confere à SECEX poderes para "regulamentar os procedimentos relativos às investigações de defesa comercial e às avaliações de interesse público". Note-se, porém, que, de acordo com o § 5º, do Artigo 3º do Decreto nº 8.058/2013, "a análise de interesse público deverá observar os procedimentos estabelecidos em ato específico publicado pela CAMEX". Há um desalinhamento entre os Decretos, uma vez que não se sabe ao certo se compete à CAMEX ou à SECEX regulamentar os procedimentos relativos às avaliações de interesse público.

Nono quesito

Pergunta-se qual é a dimensão da aplicação da *lesser duty rule* pelo Brasil.

O Acordo Antidumping prevê em seu artigo 9.1 a possibilidade de limitar o montante do direito que pode ser aplicado para remediar o *dumping* ao montante necessário para remover o dano à indústria nacional. Permite limitar o nível da margem de *dumping* à margem de dano. Essa regra é conhecida como regra do menor direito (*lesser duty rule*) e sua aplicação pelos membros da OMC não é obrigatória:

> 9.1. São da competência das autoridades do Membro importador a decisão sobre a imposição ou não de direito antidumping, quando estiverem preenchidos os requisitos necessários, e a decisão sobre se o montante do direito antidumping a ser imposto será a totalidade da margem de dumping ou menos do que esse valor. E desejável que o direito seja facultativo no território de todos os Membros e que seu montante seja menor do que a margem de dumping, caso tal valor inferior seja suficiente para eliminar o dano à indústria nacional. (g.n.)

O art. 9.1 prescreve, portanto, que (i) fica a critério do país importador instituir ou não um direito *antidumping* nos casos em que todos os requisitos para a imposição tenham sido cumpridos; (ii) a definição do montante do direito *antidumping* em valor correspondente à margem de *dumping* ou inferior também compete à autoridade investigadora; (iii) a medida *antidumping* pode ser imposta em montante inferior à margem de *dumping* se o direito menor for adequado para remover o dano à indústria nacional. Não há, portanto, no âmbito do Acordo Antidumping, qualquer obrigação de imposição de direito *antidumping* de acordo com a regra do menor direito.[51]

---

[51] Segundo o Guia de Investigações Antidumping da SDCOM, essa disposição: "é conhecida como 'regra do menor direito' ou '*lesser duty rule*', e consiste em disposição OMC Plus, ou seja, compromisso adicional aos assumidos no âmbito da OMC, tendo em vista que, se por um lado, o art. 9.1 do Acordo Antidumping apenas recomenda que o direito antidumping seja inferior à margem caso seja adequado para eliminar o dano à indústria doméstica, o Decreto nº 8.058, de 2013, determina a aplicação do menor direito em determinados casos". Disponível em: www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/arquivos/guias/guia-externo-de-investigacoes-antidumping.pdf. Acesso em: 10 dez. 2020.

No Brasil, foi instituída a aplicação da "lesser duty rule".[52] O Decreto 8.058/2013 estabelece em seu art. 78 que, para a imposição de medidas *antidumping*, deverá ser aplicada a regra do menor direito, permitindo, apenas em circunstâncias excepcionais, a imposição da margem de *dumping* cheia:

> Art. 78. A expressão "direito antidumping" significa um montante em dinheiro igual ou inferior à margem de dumping apurada.
>
> § 1º Ressalvados os casos previstos no § 3º e as decisões da CAMEX amparadas pelo art. 3º, o direito antidumping a ser aplicado será inferior à margem de dumping sempre que um montante inferior a essa margem for suficiente para eliminar o dano à indústria doméstica causado por importações objeto de dumping. [...]" (g.n.)
>
> […]
>
> § 3º O direito antidumping a ser aplicado corresponderá necessariamente à margem de dumping nos seguintes casos:
>
> I — produtores ou exportadores cuja margem de dumping foi apurada com base na melhor informação disponível ou cujo direito antidumping for aplicado nos termos do art. 80;
>
> II — redeterminações positivas relativas ao inciso II do caput do art. 155; e
>
> III — revisões:
>
> a) por alteração das circunstâncias que, amparadas na Subseção I, da Seção II, do Capítulo VIII, envolvam apenas o cálculo da margem de dumping;
>
> b) para novos produtores ou exportadores, ao amparo da Subseção I, da Seção III, do Capítulo VIII; ou
>
> c) anticircunvenção, ao amparo da Subseção II, da Seção III, do Capítulo VIII, sempre que o direito antidumping em vigor tenha sido aplicado com base na margem de dumping. (g.n.)

---

[52] De acordo com o Artigo 1º da Lei nº 9.019/1995: "Os direitos antidumping e os direitos compensatórios, provisórios ou definitivos, de que trata o Acordo Antidumping […] serão aplicados mediante a cobrança de importância, em moeda corrente do País, que corresponderá a percentual da margem de dumping ou do montante de subsídios, apurados em processo administrativo, nos termos dos mencionados Acordos, das decisões PC/13, PC/14, PC/15 e PC/16 do Comitê Preparatório e das partes contratantes do Gatt, datadas de 13 de dezembro de 1994, e desta lei, suficientes para sanar dano ou ameaça de dano à indústria doméstica." (g.n.)

A jurisprudência brasileira também confirma a validade da aplicação da regra do menor direito:

> PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. INTERNACIONAL. DIREITO ANTIDUMPING. CALÇADOS DE ORIGEM CHINESA. REPRESENTATIVIDADE DE ASSOCIAÇÃO. EXISTÊNCIA. CORRETA DELIMITAÇÃO DO PRODUTO INVESTIGADO. VALOR NORMAL. UTILIZAÇÃO DE TERCEIRO PAÍS. POSSIBILIDADE. DANO À INDÚSTRIA NACIONAL CONFIGURADO. VÍCIO NO PROCEDIMENTO. INEXISTÊNCIA. ADEQUAÇÃO E RAZOABILIDADE DA MEDIDA. SEGURANÇA DENEGADA. […] 7. O direito antidumping deve corresponder à quantia necessária para restabelecer os danos à indústria nacional, não podendo ultrapassar a margem de dumping apurada, haja vista que possui a finalidade precípua de proteger a indústria doméstica. Na espécie, a medida observou os limites do art. 45 do Decreto 1.602/95, estando dentro da razoabilidade. 8. Não sendo o caso de evidente excesso, descabe ao Judiciário revisar os valores da tarifação empregada pela autoridade administrativa, sob pena de investir-se em atribuição inerente ao Executivo, em flagrante desrespeito à separação e independência entre os Poderes. 9. Segurança denegada.
>
> (STJ — MS: 15142 DF 2010/0055195-9, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 28/11/2012, S1 — PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 07/12/2012).

A regra, contudo, se limita à margem apurada, pois não prescinde da finalidade de efetivamente proteger o mercado interno no limite do prejuízo à indústria nacional: "*deve corresponder à quantia necessária para restabelecer os danos à indústria nacional*".

No Canadá, embora não exista uma previsão da aplicação da regra do menor direito *per se*, sua utilização pode resultar de uma avaliação de interesse público.[53] No caso da China, não parece haver previsão específica sobre a utilização da regra do menor direito, tendo em vista que, de acordo com sua

---

[53] "*While Canada does not have a provision for 'lesser duty' consideration per se, a report made pursuant to subsection 45(1) of the SIMA (the Public Interest provision) can result in the reduction or elimination of antidumping duties, where this is considered to be in the public interest.*" Disponível em: www.ftaa-alca.org/Wgroups/WGADCVD/english/041501.asp. Acesso em: 10 dez. 2020.

regulamentação *antidumping*, a margem de *dumping* corresponderá à diferença entre o valor normal e o preço de exportação.[54] Na Índia, por sua vez, assim como no Brasil, vigora a regra do menor direito, tendo a obrigatoriedade da utilização dessa cláusula sido introduzida em seu ordenamento jurídico em 1999.[55] O tema, todavia, vem sendo debatido no país, que avalia a possibilidade de deixar de utilizá-la.[56] Na Nova Zelândia, assim como no Brasil e na Índia, aplica-se a regra do menor direito, tendo em vista que, de acordo com o regulamento *antidumping* do país, é desejável que o direito *antidumping* não seja superior ao necessário para remover o dano à indústria nacional.[57]

Quanto aos Estados Unidos, vale ressaltar, em primeiro lugar, que a dinâmica de defesa comercial brasileira difere em diversos pontos fundamentais da estrutura utilizada por aquele país. A defesa comercial está

---

[54] *Article 6 The margin between the export price of imported products which is lower than their normal value shall be the dumping margin. Anti-dumping Regulation of the People's Republic of China (Revised on March 31, 2004)*. Disponível em: http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/Businessregulations/201303/20130300045795.shtml. Acesso em: 10 dez. 2020.

[55] "*The level of anti-dumping duties is recommended by the Designated Authority and the decision to impose anti-dumping duties is decided by the Ministry of Finance. In determining the appropriate level of duties, the Designated Authority has to follow the so-called lesser duty rule.*

The lesser duty rule was introduced in India in 1999 with Customs Notification No. 44/99-Cus. (N.T.), dated 15-7-1999. A paragraph (d) was added to Rule 4 of the Customs Tariff (Identification, Assessment and Collection of Anti-dumping Duty on Dumped Articles and for Determination of Injury) Rules, 1995 (the "AD Rules") which provides that "[i]t shall be the duty of the designated authority in accordance with [the anti-dumping] rules"

"(d) to recommend the amount of anti-dumping duty equal to the margin of dumping or less, which if levied, would remove the injury to the domestic industry, and the date of commencement of such duty".

India has long been a supporter of the mandatory application of the lesser duty rule. In 2005, India submitted a proposal on the mandatory application of the lesser duty rule to WTO Members [see end note 2]. However, the discussions have been stalled and the lesser duty rule still remains optional for WTO Members.

In accordance with Rule 4(d) of the AD Rules, the Designated Authority is therefore under the obligation to recommend an amount of anti-dumping duty equal to the dumping margin or the injury margin, whichever is the lowest. The AD Rules provide for a strict application of the lesser duty rule and no exception is foreseen." DESCOTIS, Edouard. *Application of lesser duty rule in anti-dumping investigations*. Disponível em: www.lakshmisri.com/insights/articles/application-of-lesser-duty-rule-in-anti-dumping-investigations/#. Acesso em: 10 dez. 2020.

[56] "*Because of the lesser duty rule at times India ends up imposing lower penal duties on dumped or subsidised imports than what the margin of dumping and the subsidies call for. This leads to our domestic industry getting lower protection than what it is acceptable globally. The amendment proposed by the Commerce Ministry is aimed to change this," the official said*." *Commerce Ministry wants stricter rules on trade remedies to be implemented soon*. Disponível em: www.thehindubusinessline.com/economy/policy/commerce-ministry-wants-stricter-rules-on-trade-remedies-to-be-implemented-soon/article30382702.ece. Acesso em: 10 dez. 2020.

[57] Conforme artigo 10 (E) do Trade (Anti-dumping and Countervailing Duties) Act 1988. Disponível em: www.legislation.govt.nz/act/public/1988/0158/latest/whole.html#DLM7496131. Acesso em: 10 dez. 2020.

dividida entre duas autoridades, o Departamento de Comércio (USDOC) e a Comissão de Comércio Internacional (USITC). O USDOC é responsável pela determinação da existência de *dumping* e sua margem, enquanto a USITC determina se existe dano à indústria doméstica e nexo causal. Existe um tribunal específico, pertencente à justiça federal, para julgar decisões da USITC e USDOC, a Court of International Trade. Os EUA não utilizam a *lesser duty rule*, de modo que comprovados *dumping*, dano e nexo causal (por meio de análises da USITC e USDOC), serão aplicadas medidas *antidumping* equivalentes às margens identificadas por exportador e respectiva origem.[58]

Tampouco ocorre análise de interesse público para aplicação ou suspensão de medidas *antidumping*.

Com relação a esses diferentes sistemas, Aluísio de Lima Campos pondera:

> *Cabe notar que, ao contrário dos Estados Unidos, o Brasil adota a regra do menor direito e um sistema prospectivo de defesa comercial, que oferece previsibilidade de custos. No primeiro caso, o Decom aplica uma margem menor, se esta for adequada para remediar o dano. No segundo, o direito antidumping ou antissubsídios quando aplicado no Brasil vale para todas as importações futuras a partir da data de aplicação. Se o que se busca é uma abertura do mercado brasileiro, e os Estados Unidos são citados como exemplo a seguir, cabe mencionar que os norte-americanos contam com uma defesa comercial implacável e não modificam seus direitos antidumping ou antissubsídios por razões de interesse público ou qualquer outra estranha aos procedimentos técnicos. Nos Estados Unidos esses direitos só podem ser modificados mediante contestações judiciais. (Em primeira instância na Corte de Comércio Internacional, de Nova York, em segunda instância na Corte de Apelação do Circuito Federal e teoricamente pode chegar à Suprema Corte).*[59]

---

[58] "*The system of the United States, for instance, contents itself with establishing the dumping margins of the exporters concerned and the finding that the dumping found has caused the injury suffered by the domestic industry. If that is the case, measures are imposed without further ado based on the dumping margin, even if a lesser duty would be sufficient to remove the injury. This, it should be noted, is entirely legal and in conformity with the WTO agreement.*" THINAM, Jacob. Lesser duty rule and community interest in anti-dumping proceedings — the community system in perspective. Disponível em: www.intereconomics.eu/pdf-download/year/2001/number/4/article/lesser-duty-rule-and-community-interest-in-anti-dumping-proceedings-the-community-system-in-perspect.html. Acesso em: 10 dez. 2020.

[59] CAMPOS, Aluísio Lima. Um comentário a favor da defesa comercial. *RBCE*, 137. Disponível em: www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/RBCE137_Alusio_LimaCampos.pdf. Acesso em: 10 dez. 2020.

Décimo quesito

Pergunta-se se há possibilidade de compatibilização entre a defesa comercial e o direito concorrencial, em caso de uma atuação propositiva para barrar determinada prática internacional irregular e que tipo de análise concorrencial poderia ser feita em sede de procedimentos *antidumping* para que os debates de interesse público nessa seara sejam corretamente elaborados.

O tema da compatibilização não é novo. É inegável, como observado por Leonor Cordovil, que "[h]á uma relevante interação entre o comércio internacional e a defesa da concorrência: com o aumento das trocas internacionais cresce a oferta de produtos e serviços ao consumidor, e, com ela observa-se a redução do preço destes produtos e serviços".[60] Contudo, os instrumentos legais que os regulamentam possuem objetivos, metodologias e finalidades distintos.

Para Alan O. Sykes e Richard N. Cooper, apesar de derivarem da mesma árvore genealógica, "*the two branches have diverged widely. The difference in statutory approach between the two bodies of law is not likely accidental, and there is considerable historical evidence that despite the antimonopoly rhetoric that surrounded the passage of Antidumping Laws, their implicit goal was in fact to provide protection for industries facing weak markets…*".

Ainda segundo eles,

> *…the antitrust law and antidumping law were designed to pursue fundamentally different ends…Antitrust was designed to address problems associated with concentrated economic power…By contrast, Antidumping Law was intended to create a politically popular form of contingent protectionism that bears little, if any, connection to prevention of monopoly. …Likewise, the political constituency for antidumping law is not an antimonopoly constituency, but one for the protection of industries facing weak markets on long-term decline.*[61]

---

[60] CORDOVIL, Leonor. *Antidumping*: interesse público e protecionismo no comércio Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 128.

[61] SYKES, Alan O.; COOPER, Richard N. Antidumping and antitrust: what problems does each address? [with comments and discussion]. Washington: *Brookings Trade Forum*, 1998, p. 2/42. Disponível em: www.jstor.org/stable/25063120. Acesso em: 15 dez. 2020.

De fato, os objetivos buscados pelas autoridades de defesa comercial e de defesa da concorrência, ao avaliarem o comércio internacional, são distintos. As autoridades de defesa comercial têm uma perspectiva de fora para dentro do país, isto é, se uma empresa de outro país está praticando uma atividade desleal que possa afetar uma empresa nacional, enquanto as autoridades antitruste, dado o cenário externo, ocupam-se de questões atinentes aos problemas estruturais internos. As autoridades de defesa da concorrência visam à proteção da concorrência, do processo competitivo à alocação eficiente de recursos e, nessa medida, ao bem-estar do consumidor. As autoridades de defesa comercial objetivam a proteção da indústria nacional e dos empregos por ela gerados, contra práticas comerciais que possam afetá-la negativamente, por meio da imposição de medidas *antidumping*. Em diversos casos, tanto medidas concorrenciais quanto medidas de defesa comercial podem resultar no incremento de preços ao consumidor final.

A defesa comercial visa ao *dumping*, quando danoso à indústria nacional, podendo ameaçar a própria existência ou instalação dessa indústria por meio de preços abaixo do valor normal de mercado. A defesa comercial cuida para que ganhos temporários na competição, por exemplo, possam ser anulados rapidamente após a eliminação de competidores nacionais, abrindo caminho para que empresas estrangeiras determinem os preços de seus produtos no mercado brasileiro, inclusive em detrimento do consumidor. Por isso a defesa comercial deve sopesar a necessidade de medidas temporárias e excepcionais (como são as medidas *antidumping*), em prol de benefícios no médio e longo prazo. Mas não com os instrumentos da defesa da concorrência, sob pena de dificultar e, no limite, inviabilizar a sobrevivência da indústria nacional.

Não parece, assim, sequer ser eficaz a utilização da teoria da concorrência por meio da identificação de práticas concorrenciais em práticas internacionais como forma de decidir quando a medida *antidumping* é desejável. Substituir *antidumping* por concorrência é não considerar a origem histórica e as razões que levaram à criação desse instrumento jurídico.

A consideração de aspectos concorrenciais, como se depreende do exame do Guia Consolidado de Interesse Público em Defesa Comercial, para determinar o afastamento da aplicação de medidas *antidumping* em sede de avaliação de interesse público, pode justamente levar à eliminação da indústria nacional e, por consequência, de um mercado sem concorrência e eficiência.

Décimo primeiro quesito

Pergunta-se se a legislação estabelece que o CADE tem por escopo/atribuição a participação em processos de natureza de defesa comercial e qual o alcance da interpretação do art. 119 da Lei 12.529/11.

A questão, já abordada nas considerações preliminares, também o foi em diversos quesitos anteriores.

Como mencionado especificamente no quesito de número 10, os instrumentos legais que regulamentam a defesa comercial e a defesa da concorrência possuem objetivos, metodologias e finalidades distintos. Não por outra razão, a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, em seu art. 119, diz expressamente que ela não se aplica aos casos de *antidumping* de que tratam os Acordos Relativos à Implementação do Artigo VI do GATT 94.

Na verdade, o reconhecimento da livre-iniciativa implica, assim, a exigência de prioridade dos atos impositivos (soberanos) do Estado em face da concorrência. Trata-se de relação derivada, sendo-lhe próprio situar-se nos limites dos quais se origina e dos quais é acessório. O que não impede que tenham, ambas, desenvolvimento próprio e duração diversa. Mas *a relação de acessoriedade tem um só vetor: a principal reflete-se na acessória, não o inverso*. Adequado e, assim, constitucionalmente correto o dispositivo da vigente lei de defesa da concorrência, Lei nº 12.529/11.

É este o meu parecer

smj

Tercio Sampaio Ferraz Junior
São Paulo, 5 de janeiro de 2021