



DIÁLOGOS ESTRATÉGICOS

COMÉRCIO
INTERNACIONAL E DEFESA
DA CONCORRÊNCIA

Volume 1, Número 3 - Outubro/2018



Presidência da República
Secretaria-Geral da Presidência
Secretaria Especial de Assuntos Estratégicos

Michel Temer

Presidente da República

Ronaldo Fonseca de Souza

Ministro de Estado Chefe da

Secretaria-Geral da Presidência da República

Hussein Kalout

Secretário Especial de Assuntos Estratégicos

Marcelo Baumbach

Secretário Especial Adjunto

Marden de Melo Barboza

Secretário de Ações Estratégicas

Carlos Roberto Pio da Costa Filho

Secretário de Planejamento Estratégico

Luis Ferreira Marques

Diretor de Assuntos de Defesa e Segurança

Georgia Renata Sanchez Diogo

Diretora de Assuntos Internacionais Estratégicos

Ana Paula Lindgren Alves Repezza

Diretora de Integração Produtiva e Desenvolvimento Econômico

Maurício Estellita Lins Costa

Diretor de Projetos Especiais

DIÁLOGOS ESTRATÉGICOS

As opiniões expressadas na Revista Diálogos Estratégicos representam apenas a visão dos autores, não obrigatoriamente correspondendo à visão da Secretaria Especial de Assuntos Estratégicos.

Todos os direitos reservados. As informações contidas nesta publicação poderão ser reproduzidas, desde que citada a fonte. Não é permitida a reprodução para fins comerciais.

© 2018 Secretaria Especial de Assuntos Estratégicos

ISSN: 2595-5845

Editores:

Carlos Pio, Ana Paula Repezza e André Maia, SAE/SG/PR.

Colaboradores:

Luis Mateus das Neves de Oliveira e Tiago Oliveira de Andrade Lima, SAE/SG/PR.

Nota dos editores: nossos sinceros agradecimentos a todos os autores por suas generosas contribuições, sem as quais não teria sido possível realizar esta publicação.

DIÁLOGOS ESTRATÉGICOS
VOLUME 1, NÚMERO 3 – OUTUBRO/18

SUMÁRIO

EDITORIAL 9

UMA NOTA SOBRE A APLICAÇÃO DE MEDIDAS ANTIDUMPING NO BRASIL

12

Lucas P. do C. Ferraz

ANTIDUMPING: O RETORNO À NORMALIDADE

20

José Tavares de Araújo Jr.

DEFESA COMERCIAL E CONCORRÊNCIA: PERSPECTIVAS ESQUECIDAS NO DEBATE BRASILEIRO

23

Adriano Macedo Ramos e
Felipe Augusto Machado

DEFESA DA CONCORRÊNCIA E DEFESA COMERCIAL: POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DAS POLÍTICAS ANTITRUSTE PARA AS POLÍTICAS ANTIDUMPING

36

Paula Farani de Azevedo Silveira e
Paula Baqueiro

INTERAÇÃO ENTRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E DEFESA COMERCIAL: POSSIBILIDADES

43

Simone Maciel Cuiabano

CONCORRÊNCIA E DEFESA COMERCIAL: ENCONTRO OU DESENCONTRO?

47

Juliana Oliveira Domingues

O BRASIL E AS NEGOCIAÇÕES INTERNACIONAIS DE COMPRAS GOVERNAMENTAIS

54

José Carlos Cavalcanti de Araújo Filho

**A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS:
A EXPERIÊNCIA DO CADE E OS IMPACTOS PARA O ACORDO
DE COMPRAS GOVERNAMENTAIS DA OMC**

63

**Paulo Burnier da Silveira e Victor
Oliveira Fernandes**

**COMÉRCIO EXTERIOR E O AMBIENTE
CONCORRENCIALMENTE NEUTRO**

69

**João Manoel Pinho de Mello,
Angelo Duarte e Roberto Taufick**



EDITORIAL

A sétima edição da série de eventos Diálogos Estratégicos, realizada em 05 de julho em Brasília, teve como tema “O comércio internacional e a defesa da concorrência”. Dentre os temas debatidos, discutiu-se a interação entre as políticas de defesa comercial e defesa da concorrência, abordando as prioridades, o instrumental técnico e os conceitos adotados pelas duas políticas; quem são os agentes alvo de suas medidas e o foco da proteção de cada política pública, com destaque para a aplicação do conceito de interesse público esposado por cada uma. Foram também analisados os impactos concorrenciais que a abertura à participação de firmas estrangeiras, através de acordos internacionais, terá para as compras públicas no Brasil, tais como aumento na qualidade dos produtos ofertados e redução de preços, e o ganho de bem-estar do consumidor-cidadão.

Este 3º número da Revista Diálogos Estratégicos consolida essas reflexões por meio de artigos elaborados pelos participantes dos painéis de discussão. A revista está dividida em duas partes. A primeira delas trata da interface entre a defesa da concorrência e a defesa comercial. A segunda parte, dos aspectos concorrenciais das compras governamentais, dando destaque para os acordos que têm sido celebrados em âmbito internacional.

O artigo de abertura da primeira parte é de autoria do professor de economia Lucas Ferraz, da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo. Nele, o autor apresenta estudo econométrico que indica uso excessivo de medidas antidumping pelo Brasil, além de apontar que essas medidas estão concentradas em insumos industriais, prejudicando a produtividade nacional. Em sua crítica, o professor aponta para a necessidade de uma reforma institucional que permita maior participação da sociedade e diminuição do poder decisório do Departamento de Defesa Comercial do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (Decom/MDIC) na determinação da aplicação de medidas antidumping.

Também esposando visão crítica ao grande volume de direitos antidumping concedidos nos últimos anos, José Tavares, diretor do Cindes, sugere quatro medidas para ajustar essa prática ao que chama de patamar de normalidade. Uma delas é a observância, pelo DECOM em suas decisões, de “fatores econômicos e indicadores que possam afetar o estado daquela indústria”, inclusive aspectos concorrenciais, como recomendado no parágrafo 3.4 do Acordo da OMC.

Por outro lado, Adriano Ramos e Felipe Machado, respectivamente Diretor e Coordenador-Geral do Decom, sustentam em seu artigo que as medidas de defesa comercial são aplicadas somente após rigorosa análise técnica e que são instrumentos fundamentais para a integração do comércio internacional. Além disso, sustentam serem medidas imprescindíveis para nivelar a competição internacional.

Na sequência, três artigos analisam a interface entre as duas políticas públicas, argumentando por sua complementariedade. Os artigos recomendam a participação institucional do Conselho Administrativo de Defesa Econômica na Camex como uma medida para afinar o diálogo entre essas políticas.

O primeiro deles, de autoria da Conselheira do Cade Paula Azevedo e da bacharela em Direito pela UnB Paula Baqueiro, reconhece a existência de objetivos distintos entre as políticas de defesa comercial e defesa da concorrência, mas com espaço para uma atuação complementar, na medida em que o mecanismo de interesse público pode trazer significativos avanços para essa interação se visto na ótica do fomento concorrencial. Dessa prática poderá advir maior diálogo, o que pode ser viabilizado pela participação permanente do Cade no Comitê Executivo de Gestão da Camex (Gecex).

Também em defesa do incremento desse diálogo, Simone Cuiabano, da Assessoria Especial do Ministério da Fazenda, argumenta que a abertura comercial aumenta a concorrência doméstica, com conseqüente ganho de produtividade. Em seu artigo, a autora defende que o Cade tenha participação institucionalizada na Camex, trazendo preocupações concorrenciais que podem elevar o bem-estar do consumidor brasileiro.

Finalmente, Juliana Domingues, Professora da Faculdade de Direito da USP de Ribeirão Preto, advoga pela participação do Cade na Camex como forma de melhorar o diálogo entre as duas políticas públicas. Entende a autora que defesa comercial e defesa da concorrência são complementares e interdependentes e que sua interação já ocorre no mercado. Portanto, negligenciar essa interação pode resultar na definição pelos agentes públicos de diretrizes equivocadas.

Os três artigos que compõem a segunda parte desta revista são assinados por servidores do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, do Cade e do Ministério da Fazenda.

O artigo inicial é de autoria do Coordenador-Geral de Comércio Exterior do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, José Carlos Cavalcanti de Araújo Filho, que apresenta um panorama do Acordo de Compras Governamentais (GPA na sigla em inglês) da OMC, incluindo a recente participação brasileira como observador, e também um panorama dos acordos regionais e bilaterais de compras governamentais em negociação pelo Brasil. O autor aborda, ainda, o uso das compras governamentais como instrumento de exercício de políticas de desenvolvimento nacional, de que são exemplos as cláusulas de offsets.

Em seguida, o Conselheiro do Cade Paulo Burnier da Silveira e Victor Oliveira Fernandes, chefe de assessoria naquele tribunal administrativo, analisam como a atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), em especial do Cade, tem promovido a livre concorrência nas contratações públicas. Os autores destacam como se tem priorizado o combate a cartéis em

licitações públicas e a face preventiva da atuação do SBDC, ao cooperar na formulação de políticas públicas de viés pró-competitivo.

Encerra esta edição da revista uma seminal reflexão sobre a importância do comércio exterior na construção de um ambiente concorrencialmente neutro. João Manoel Pinho de Mello, Angelo Duarte e Roberto Taufick, integrantes da Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac) do Ministério da Fazenda, argumentam que a restrição da participação na oferta de compras públicas às firmas nacionais propicia a criação de um mercado que opera em favor do menos eficiente, beneficiando rentistas em detrimento dos cidadãos.

É justamente em benefício da cidadania e do bem-estar do consumidor que esperamos que as reflexões e argumentos apresentados pelas e pelos autores desta revista contribuam no sentido de solidificar a percepção de que é indispensável a um ambiente concorrencial saudável a abertura de nossos mercados aos produtos e serviços de outras nações, e de que medidas de defesa comercial têm papel complementar importante nesse processo.

Desejamos a todos uma boa leitura!



UMA NOTA SOBRE A APLICAÇÃO DE MEDIDAS ANTIDUMPING NO BRASIL

Lucas P. do C. Ferraz

Professor da Escola de Economia de São Paulo – FGV.

O comércio internacional passou por mudanças profundas nas últimas décadas, impulsionadas pela redução dos custos de transporte e pelo desenvolvimento de novas tecnologias, sobretudo nos setores de telecomunicações e de informática. O reflexo mais significativo destas transformações é, hoje, representado pela fragmentação internacional da produção, fenômeno que atingiu seu auge na década de 90 e, neste mesmo período, fez com que as exportações globais crescessem a taxas três vezes maiores que o PIB mundial.

A maior integração comercial, em um mundo com tarifas de importação progressivamente reduzidas, também esteve associada à proliferação das chamadas barreiras não-tarifárias, em particular as chamadas TBTs (Technical Barriers to Trade) e SPSs (Sanitary and phyto-sanitary measures), além de novas regras para investimentos, serviços, propriedade intelectual e mercado de trabalho.

Um aspecto menos comentado na literatura - e não menos relevante - foi a explosão concomitante do número de processos antidumping iniciados globalmente, sobretudo na década de 90, auge da fragmentação internacional da produção. É também a partir da década de 90 que se observa uma maior

participação dos países em desenvolvimento no percentual de processos antidumping iniciados no mundo, quando “antigos usuários” como EUA, União Europeia, Austrália, Canadá e Nova Zelândia, passam a dividir espaço com “novos usuários” como Índia, Rússia, Malásia, Brasil, Argentina, México, entre outros.

Esta nota tem por objetivo ressaltar e caracterizar os principais aspectos da utilização do antidumping como principal instrumento de defesa comercial do Brasil nas últimas décadas, levando-se em conta a evolução do contexto internacional subjacente. Além desta introdução, esta nota está dividida em mais 4 seções. Na seção 2 é feita uma breve conceituação teórica do dumping como estratégia de diferenciação de preços. A seção seguinte faz uma breve revisão da literatura empírica sobre o tema, destacando alguns dos principais “insights” encontrados, tanto internacionalmente quanto para o Brasil. Por fim, a seção 4 discute a utilização do antidumping pelo Brasil nas últimas décadas, buscando identificar, dentre outros aspectos, se, dadas as características da economia Brasileira, seria esperado o comportamento observado ao longo do período avaliado. A seção 5 apresenta as considerações finais.

A visão econômica sobre o dumping

Baseado no acordo de Antidumping da OMC, formalizado na Rodada Uruguai (1995), caracteriza-se o dumping quando um país exporta um determinado produto a preços (líquido dos custos de transação) inferiores ao seu “valor normal”, praticado em seu mercado doméstico. Uma vez sendo possível a comprovação empírica de que houve dano para a indústria doméstica (importadora) e nexo causal entre o dumping e o dano, possibilita-se a aplicação de uma tarifa (ad-valorem ou específica) sobre o valor importado, visando-se o preenchimento da chamada “margem de dumping”.

A justificativa para este instrumento de defesa comercial tem racional intertemporal. Neste sentido, pressupõe-se que a firma exportadora, ao praticar um preço de exportação abaixo do valor cobrado em seu mercado doméstico, poderia causar dano irreversível à indústria do país importador. Ao longo do tempo, com o aumento progressivo do seu “market-share”, a firma exportadora teria incentivos a cobrar preços próximos ao de uma firma monopolista, causando perda de bem-estar aos consumidores do país importador.

“ Na prática, contudo, é possível encontrar diversas razões para que uma firma exportadora pratique discriminação de preços, sem guardar qualquer relação com possíveis motivações voltadas para práticas desleais de comércio.

Na prática, contudo, é possível encontrar diversas razões para que uma firma exportadora pratique discriminação de preços, sem guardar qualquer relação com possíveis motivações voltadas para práticas desleais de comércio. Dentre as mais citadas estão a discriminação de preços de terceiro grau e o chamado “dumping recíproco”, este último baseado na análise de Brander e Krugman (1983). A discriminação de preços de terceiro grau ocorre quando uma firma cobra preços distintos para um dado bem homogêneo, de acordo com a sensibilidade a preços da demanda (elasticidade) enfrentada em cada um de seus mercados relevantes. Como a demanda por seu produto tende a ser mais sensível a preços em mercados novos, vis à vis mercados onde a firma exportadora já tem base estabelecida, é natural que os preços cobrados sejam relativamente menores. Vale notar que este comportamento é totalmente compatível com uma estratégia de precificação consistente com a maximização de lucros, nada tendo a ver com “comércio desleal”. Já a análise de “dumping recíproco” parte de um modelo de competição duopolítica “à la Cournot”, mostrando que, mesmo em condições onde as demandas são idênticas, a simples existência de custos de transporte cria incentivos para que as firmas exportadoras cobrem preços menores em mercados internacionais, quando comparados aos preços praticados domesticamente. Outras possíveis razões para a prática de preços menores em mercados novos podem estar relacionadas a flutuações de demanda e custos de estocagem (Staiger e Wolak, 1992) ou mesmo a existência de mercados onde os processos produtivos são fortemente dependentes de learning by doing (Gruenspecht, 1988).

Nota-se, portanto, que há uma variedade de situações onde uma firma exportadora pode ter incentivos a cobrar preços menores em mercados internacionais, sem qualquer relação com possíveis práticas desleais de comércio. Por outro lado, mesmo que a motivação central para a prática de preços de exportação “irrealista” fosse a monopolização do mercado de destino em momento posterior à saída das firmas domésticas, este monopólio seria facilmente contestado por outros fornecedores internacionais. Nota-se, portanto, a fraqueza de fundamentação teórica, ao menos do ponto de vista econômico, para a caracterização da prática “desleal” de dumping no comércio internacional.

Alguns “insights” importantes da literatura

Dado que a aplicação de uma medida antidumping implica necessariamente em proteção temporária para a indústria petionária, parcela significativa da literatura empírica busca avaliar os impactos do antidumping sobre o poder de mercado e a produtividade das firmas protegidas. Trabalhando com dados de firmas americanas, Nieberding (1999) e Rovegno (2013) encontram evidência de aumento de poder de mercado das firmas americanas ocasionado por proteção antidumping. Já Konings e Vandebussche (2005) encontram a mesma evidência para o caso de firmas europeias, mas ressaltam que os efeitos tendem a ser menos expressivos em situações de fortes desvios de comércio, quando, via de regra, a medida antidumping envolve poucos ou apenas um país. Já Pierce

(2011) sugere que, em média, cada 1p.p. a mais de proteção comercial aumenta o mark-up das firmas beneficiadas em 0,3p.p. Para o caso do Brasil, Kannebley et al (2017) mostram que, para 22 setores da indústria (definidos a quatro dígitos), entre 2007 a 2013, o benefício contingente resultou aumento médio da margem de lucro bruto das firmas na ordem de 1,5%. Quanto ao impacto sobre a produtividade, os autores reportam uma redução média da ordem de 5,4%. Outros estudos para a economia americana, como em Pierce (2011), que revisam o trabalho de Konings e Vandebussche (2008), também sugerem que, em média, a proteção comercial por meio de medidas antidumping está associada à queda de produtividade das firmas beneficiadas.

Por sua natureza discriminatória, a aplicação de medidas antidumping cria ineficiências adicionais relacionadas a desvios de comércio, uma vez que, de forma inexorável, o país importador tende a diminuir as importações provenientes do fornecedor mais eficiente (no caso, o país exportador que sofreu a aplicação da medida) passando a importar, em maior volume, de fornecedores menos eficientes (países exportadores não atingidos pela medida). Os desvios de comércio causados pela aplicação de medidas antidumping são amplamente reportados na literatura empírica (Prusa, 1997; Ferreira, 2014; Krupp e Pollard, 1996; Carter e Gunning-Trant, 2010).

Outro ponto destacado na literatura empírica está relacionado com a saída de firmas do mercado exportador que sofreu medidas

antidumping. Desta forma, a redução das importações propiciadas pela proteção antidumping seria consequência não apenas do aumento dos preços finais dos produtos atingidos, como também da diminuição do número de firmas exportadoras no país afetado (Besedes e Prusa, 2017; Lu et al, 2013).

A aplicação de medidas antidumping no Brasil em uma perspectiva comparada

A base de dados da Global Antidumping Database (Banco Mundial) revela que, a partir de 1994, o total de petições dos novos usuários (países em desenvolvimento) superam as petições dos usuários tradicionais (países desenvolvidos). Além disso, as exportações dos países em desenvolvimento passam a ser o alvo da maior parte das petições iniciadas, o que sugere uma maior concentração de medidas antidumping nos fluxos de comércio de natureza Sul-Sul (Kannebley et al, 2017), sendo a China um alvo preferencial.

Segundo Caliani (2018), entre 1999 e 2002, os países membros da OMC abriram uma média de 335 processos antidumping por ano. Entre 2003 e 2006, essa média é reduzida para 215 e, entre 2007 e 2010, sofre nova redução para 193, voltando a subir para 224 entre 2011 e 2014.

“ A partir de 2007, o número de processos anuais abertos pelo Brasil sofre forte crescimento, sendo que, por dois anos consecutivos (2012 e 2013), o Brasil se torna o maior peticionário do mundo.

Quanto ao Brasil, dados da OMC revelam que, desde 1995, à exceção dos anos 2002, 2003 e 2005, o país tem estado entre os dez maiores usuários de medidas antidumping no mundo. A partir de 2007, o número de processos anuais abertos pelo Brasil sofre forte crescimento, sendo que, por dois anos consecutivos (2012 e 2013), o Brasil se torna o maior peticionário do mundo. Entre 2006 e 2015, o Brasil foi o segundo colocado no mundo com relação ao número total de processos antidumping iniciados (270), ficando a frente dos EUA (205) e da União Europeia (149), mas atrás da Índia (338). No mesmo período, no entanto, o Brasil foi alvo da abertura de 45 processos. O Principal alvo dos processos Brasileiros tem sido a China, enquanto a Argentina foi o país que mais abriu processos contra o Brasil no período.

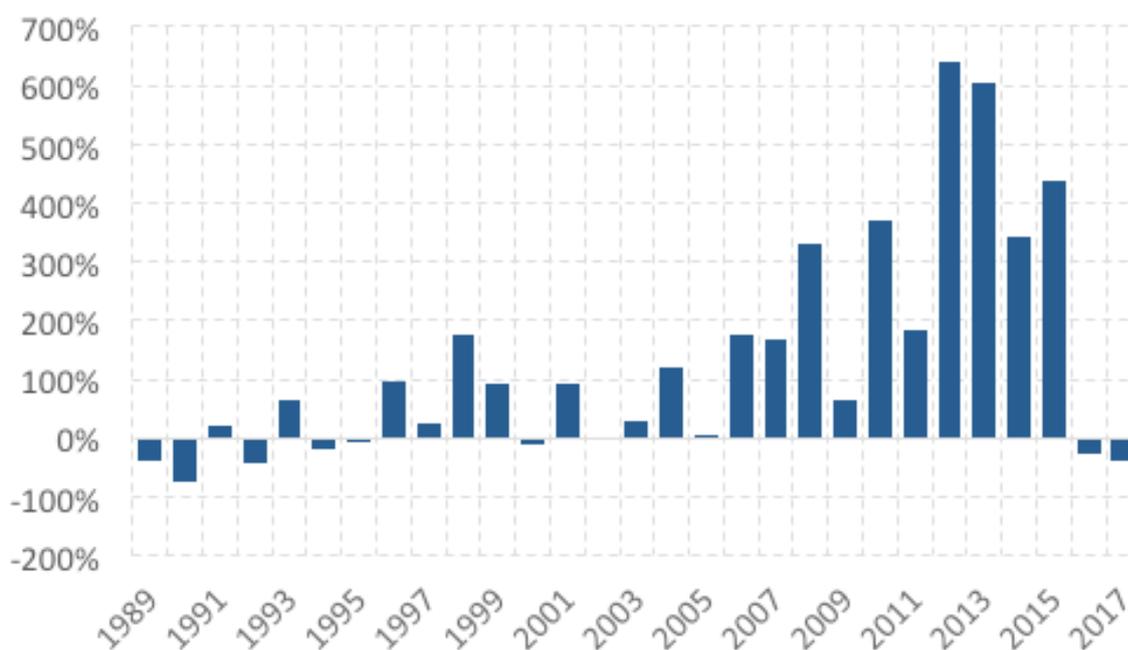
No que tange aos setores beneficiados por proteção antidumping no Brasil, Goldbaum e Pedroso (2017) apontam que, em uma perspectiva comparada internacional, é claro o viés brasileiro para a proteção de insumos industriais. Dentre todos os setores que demandam a aplicação de antidumping no Brasil, de acordo com a Nomenclatura Comum do Mercosul, destacam-se plásticos e suas obras (capítulo 39), ferro fundido, ferro e aço (capítulo 72), borracha e suas obras (capítulo 40), produtos químicos orgânicos (capítulo 29) e inorgânicos (capítulo 28).

Como observado, o período de intensificação da abertura de processos antidumping no Brasil não seguiu a tendência mundial. Para o resto do mundo, a crescente onda de abertura de processos antidumping atinge seu pico

nos anos noventa, auge do processo de fragmentação global, caracterizado por um período de forte crescimento do comércio mundial. Para o Brasil, portanto, diferente do resto do mundo, não seria possível justificar o crescimento da abertura de processos antidumping baseado no aumento considerável de suas importações, ou de sua maior inserção no comércio internacional, uma vez que o país continua posicionado entre as economias mais fechadas do mundo. Sobre este tema, Goldbaum e Pedrozo (2017) apresentam evidência de que, no caso do Brasil, o “divisor de águas” para o aumento das investigações antidumping teria sido o plano Brasil Maior, lançado no primeiro governo Dilma Rousseff (2011-2014), ao propor alterações no sentido de dar mais agilidade aos processos investigatórios, além de facilitação da interposição de direito provisório.

O comportamento típico de latecomer, apresentado pelo Brasil, sugere uma eventual sobre-utilização desta ferramenta de defesa comercial para além do que seria esperado, levando-se em conta as características da economia Brasileira. A este respeito, Ornelas, Ferraz e Pessoa (2018), com dados de 48 economias, entre 1989 e 2016, estimam um modelo econométrico que busca explicar o número de investigações antidumping abertas por um dado país, em um dado ano, em função do número de investigações sofridas no ano anterior, do nível de abertura do país e de uma série de outros controles sugeridos na literatura. Em seguida, com base na equação estimada, os autores comparam os resultados previstos pelo modelo, com o número de processos de investigação antidumping efetivamente abertos pelo Brasil ao longo do período. Os resultados são apresentados na Figura 1 abaixo:

Figura 1 – Diferença percentual entre processos AD iniciados e previstos, Brasil



Fonte: Ornelas et al (2018), a partir de dados da Global Antidumping Database, OMC, FMI e Banco Mundial

Os resultados reportados na Figura 1 são reveladores de ao menos três aspectos fundamentais, no que diz respeito à dinâmica de abertura dos processos de investigação pelo Brasil, entre 1989 e 2017. Em primeiro lugar, os resultados sugerem que, mesmo antes de 2007, ano em que o Brasil intensifica a abertura dos processos, o país já vinha fazendo uso do antidumping para além do esperado, dadas as características de sua economia. Portanto, é fato que o excesso de abertura de processos pelo Brasil dificilmente pode ser classificado como fenômeno recente, como comumente veiculado entre fazedores de política no país. Em segundo lugar, nos anos 2012 e 2013, período em que o Brasil foi o primeiro colocado na abertura de processos antidumping em todo o mundo, o número de investigações abertas foi cerca de 600% maior que o previsto pelo modelo, tendo-se em conta as características da economia brasileira. Por fim, em terceiro lugar, nota-se uma clara reversão deste processo a partir de 2015, com a mudança de governo.

Considerações Finais

O forte impulso ao comércio internacional das últimas décadas, propiciado pelo progresso técnico e pela redução das tarifas de importação, teve como contrapartida a criação de uma série de novas medidas regulatórias sobre o intercâmbio internacional de bens e serviços, muitas delas fora do âmbito da OMC. Parcela significativa dessas novas regras teve como objetivo facilitar o funcionamento das cadeias globais de valor, como regras específicas para

serviços, investimentos, mercado de trabalho e propriedade intelectual. Por outro lado, este mesmo movimento foi acompanhado pela disseminação de uma série de outras medidas não-tarifárias, previstas no arcabouço de regras da OMC, mas com forte apelo protecionista. É neste contexto que deve ser entendido o forte crescimento da abertura de processos antidumping no mundo das últimas décadas, sobretudo nos anos noventa, auge da fragmentação internacional da produção e, também, marco da formalização do Acordo de Antidumping do GATT, ao final da Rodada Uruguai.

“ Como sugerido no exercício econométrico apresentado nesta nota, o histórico de abertura de processos antidumping no Brasil está acima do esperado para um país com suas características, mesmo antes de 2007.

No que tange à dinâmica observada para a abertura de processos de antidumping no Brasil, nota-se que, contrariamente ao resto do mundo, a aceleração deste processo ocorre após 2007 (segundo mandato do governo Lula), totalmente fora do contexto do forte processo de fragmentação e abertura comercial dos anos noventa. Se não movido pela intensificação de suas relações comerciais, sobretudo de um eventual aumento de suas importações como proporção do PIB, cabe questionar quais outras razões teriam conduzido o Brasil a este movimento. Como sugerido no exercício econométrico apresentado nesta

nota, o histórico de abertura de processos antidumping no Brasil está acima do esperado para um país com suas características, mesmo antes de 2007.



A este respeito, vale ressaltar que a forte concentração de medidas antidumping em insumos industriais, como no Brasil, é particularmente danosa aos setores a jusante das cadeias produtivas, prejudicando, ao final, a própria competitividade sistêmica da indústria de transformação nacional.

Com base nos resultados da literatura empírica, a aplicação de proteção antidumping tem contribuído de forma negativa para a produtividade dos setores beneficiados, tanto no mundo como no Brasil. A este respeito, vale ressaltar que a forte concentração de medidas antidumping em insumos industriais, como no Brasil, é particularmente danosa aos setores a jusante das cadeias produtivas, prejudicando, ao final, a própria competitividade sistêmica da indústria de transformação nacional.

Só no setor de resinas plásticas, por exemplo, há segmentos que usufruem do benefício de medidas antidumping há mais de 25 anos, sendo difícil, se não impossível, encontrar justificativa plausível para tal perpetuidade de benefícios.

Para um país que tem a sua produtividade estagnada há várias décadas, e que oferece produtos caros e de baixa qualidade para seus consumidores domésticos, como o Brasil, torna-se urgente o debate sobre possíveis

formas de racionalizar e dar mais transparência à utilização deste instrumento, sem, contudo, torná-lo inviável para os setores petionários. Neste sentido, a descentralização do processo investigatório de análise de dumping, dano e nexos causais, que hoje se encontra integralmente concentrada no Departamento de Defesa Comercial (DECOM/MDIC), poderia representar um salto de qualidade na transparência e no rigor técnico das análises e investigações realizadas. A exemplo do que ocorre nos EUA, onde as análises são compartilhadas entre o DOC (United States Department of Commerce) e o USITC (United States International Trade Commission), este último um organismo independente responsável pela análise de dano, o modelo Brasileiro poderia seguir um caminho similar, conferindo maior envolvimento da sociedade e, ao mesmo tempo, menor vulnerabilidade à captura de grupos de interesse.

REFERÊNCIAS

- Brander, J., e Krugman, P. (1983). "A 'reciprocal dumping' model of international trade". *Journal of international economics*, 15(3-4), 313-321.
- Besedeš, T., e Prusa, T. J. (2017). The Hazardous Effects of Antidumping. *Economic Inquiry*, 55(1), 9-30.
- Carter, C. A., e Gunning-Trant, C. (2010). "US trade remedy law and agriculture: trade diversion and investigation effects". *Canadian Journal of Economics*, 43(1), 97-126.
- Ferreira, J. G. (2014). "As ações antidumping no Brasil e seus efeitos nas importações". Dissertação de mestrado, Universidade de

Brasília, Brasília, DF, Brasil.

Galloway, M. P., Blonigen, B. A., e Flynn, J. E. (1999). "Welfare costs of the US antidumping and countervailing duty laws". *Journal of International Economics*, 49(2), 211-244.

Goldbaum, S., Pedrozo J., E., (2017), "Impacto do decreto 8.058/13 sobre investigações antidumping no Brasil". *Textos para discussão FGV/EESP No. 462*.

Gruenspecht, H. K. (1988). "Dumping and dynamic competition". *Journal of international economics*, 25(3-4), 225-248.

Kannebley, S., Remédio, R., & Oliveira, G. (2017). "Antidumping e concorrência no Brasil: uma avaliação empírica". Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

Konings, J. e Vandenbussche, H. (2005). "Antidumping protection and markup's of domestic firms". *Journal of International Economics*, v. 65, n. 1, p. 151-165.

Konings, J., e Vandenbussche, H. (2008). "Heterogeneous responses of firms to trade protection". *Journal of International Economics*, 76(2), 371-383.

Lu, Y., Tao, Z., e Zhang, Y. (2013). "How do exporters respond to antidumping investigations?". *Journal of International Economics*, 91(2), 290-300.

Nieberding, J. F. (1999). "The effects of U.S. antidumping law on firms' market power: an empirical test". *Review of Industrial Organization*, Kluwer Academic Publishers, v. 14, n. 1, p. 65-84, 1999.

Ornelas, E.; Ferraz, L.P.C.; Pessoa, J.P. (2018). "Defesa comercial no Brasil". Documento apresentado ao Ministério da Fazenda.

Prusa, T. J. (1997). "The trade effects of U.S. antidumping actions". In: Feenstra, R.C. (Ed.), *The Effects of U.S. Trade Protection and Promotion Policies*. University of Chicago Press, Chicago, IL, 191-213.

Rovegno, L. (2011). "The impact of export restrictions on targeted firms: Evidence from Antidumping against South Korea". *Universit Catholique de Louvain, IRES*, Nov. 2011 (Working Paper).

Staiger, R. e Wolak, F. A. (1992). "The effect of domestic antidumping law in the presence of foreign monopoly". *Journal of International Economics*, 32(3-4), 265-287.



ANTIDUMPING: O RETORNO À NORMALIDADE

José Tavares de Araújo Jr.

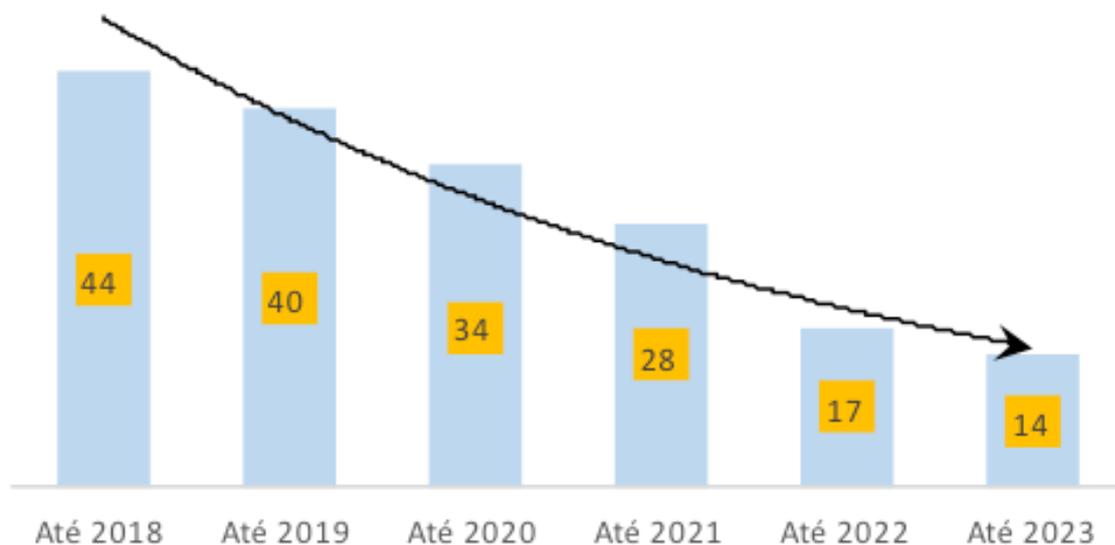
Diretor do Cindes¹.

Em junho de 2018, estavam em vigor no Brasil 177 medidas antidumping, relativas a 70 produtos, com prazos de validade que vencem até dezembro de 2023. Deste total, 128 ações resultaram de investigações originais, enquanto que 49 consistiram em renovações de direitos aplicados anteriormente. Neste segundo grupo, alguns produtos – como alho, resina de PVC e sacos de juta, por exemplo – têm recebido proteção desde o início da década de 1990, por meio de renovações regulares a cada cinco anos.

Como indica o Gráfico 1, dentre as medidas vigentes, a maioria (118) vence até 2020, e o

número de direitos que expiram a cada ano declina acentuadamente entre 2018 e 2023. Este perfil decorre da escalada de ações no período 2006–2014 e da queda verificada nos anos seguintes. Aparentemente, o país estaria retomando a uma frequência mais moderada no uso deste mecanismo, repetindo um padrão de comportamento já observado em outros países no passado. Austrália, Canadá e Nova Zelândia, por exemplo, abriam constantemente investigações antidumping nas décadas de 1980 e 1990 e virtualmente abandonaram esta prática neste século.

GRÁFICO 1 - Validade das Medidas Antidumping em Vigor no Brasil



Fonte: www.mdic.gov.br

¹ - Esta nota foi preparada para o evento O Comércio Internacional e a Defesa da Concorrência, organizado pela Secretaria Especial de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, em Brasília, no dia 05 de julho de 2018.

“ Admitindo-se que o padrão de normalidade seja confirmado no próximo governo, quatro ajustes poderiam facilitar a correção de algumas distorções que têm marcado o uso do instrumento antidumping no Brasil, e que foram exacerbadas no passado recente.

Admitindo-se que o padrão de normalidade seja confirmado no próximo governo, quatro ajustes poderiam facilitar a correção de algumas distorções que têm marcado o uso do instrumento antidumping no Brasil, e que foram exacerbadas no passado recente. O primeiro – e mais simples – seria alterar a redação do Art. 7º do Decreto no 8.058/13, a fim de excluir operações de drawback na determinação de dumping. O Brasil é o único país do mundo que adota tal procedimento, que é descabido por dois motivos. Por um lado, uma tarifa antidumping não promove substituição de importações por parte de firmas exportadoras que usam drawback. Logo, é inútil como instrumento de proteção. Por outro, penaliza as firmas exportadoras, que perdem competitividade internacional.

O segundo ajuste seria anular o parecer no 86/2016/DECOR/CGU/AGU, que tomou as avaliações do DECOM sobre dumping, dano e nexos causais vinculantes ao Conselho de Ministros da Camex, salvo nos casos em que for aplicável a cláusula de interesse público prevista no Art. 3º de Decreto no 8058/13. Esta norma é uma afronta ao parágrafo

9.1. do Acordo Antidumping da OMC, que confere plena liberdade aos governos para encerrar a investigação da forma que julgarem mais conveniente, independentemente das evidências levantadas pelo órgão de instrução.

“ Na prática, esta tarefa é idêntica àquela que o CADE executa regularmente ao tratar de questões antitruste, sobretudo em relação a quatro tópicos: [i] grau de concentração da indústria; [ii] natureza das barreiras à entrada; [iii] estratégias de competição em vigor; e [iv] poder de mercado das firmas líderes.

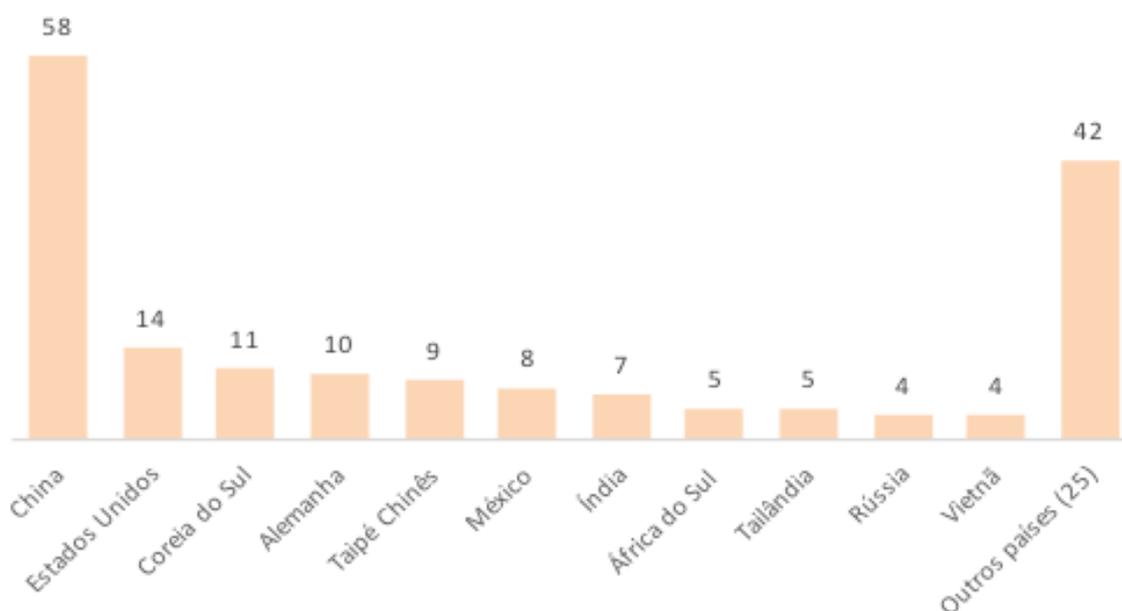
O terceiro ajuste seria o de assegurar que o DECOM passaria a aplicar efetivamente – na forma e na substância – o procedimento recomendado no parágrafo 3.4. do Acordo da OMC, que é: ao examinar o impacto das importações sobre a indústria doméstica, o governo deverá considerar todos os fatores econômicos e indicadores que possam afetar o estado daquela indústria. Na prática, esta tarefa é idêntica àquela que o CADE executa regularmente ao tratar de questões antitruste, sobretudo em relação a quatro tópicos: [i] grau de concentração da indústria; [ii] natureza das barreiras à entrada; [iii] estratégias de competição em vigor; e [iv] poder de mercado das firmas líderes.

O quarto ajuste seria o de introduzir uma rotina nova na fase do exame da petição inicial submetida pela indústria doméstica. Ao receber a petição, o DECOM procuraria delimitar,

usando os métodos convencionais da análise antitruste, a dimensão geográfica do mercado dos bens citados pelas firmas petionárias. Se o mercado relevante estiver circunscrito ao território nacional, o caso deveria ser encerrado, uma vez que, por definição, a indústria local não está submetida à pressão competitiva de importações. Logo, seria irrelevante examinar alegações de dumping.

Os ajustes acima sugeridos poderiam reduzir significativamente os atritos potenciais entre defesa comercial e defesa da concorrência. O Gráfico 2 mostra a distribuição das medidas antidumping aplicadas pelo Brasil segundo os países afetados, e é útil para esclarecer a natureza dos vínculos entre estas duas políticas.

GRÁFICO 2 - Países Afetados pelas Medidas Antidumping Aplicadas ao Brasil



Fonte: www.mdic.gov.br

Os direitos vigentes em junho de 2018 afetavam, de forma heterogênea, 36 países. Por um lado, 58 ações foram dirigidas à China, enquanto que, na outra extremidade, 42 medidas foram destinadas a 25 países que receberam entre uma e três medidas. As demais 77 medidas foram distribuídas entre dez países. Este perfil revela o caráter errático da demanda por proteção antidumping, que costuma incluir bens intermediários importantes – como acrilato de butila, resina de PVC

e laminados de aço, por exemplo – ao lado de diversos bens de consumo com impactos irrelevantes, como alho, armação de óculos, batata congelada, cadeados, caneta esferográfica, escova de cabelo, etc. **Isso mostra que a interseção entre antidumping e antitruste é, na verdade, pequena, mas, quando ocorre, gera impactos significativos sobre o conjunto da economia.**



DEFESA COMERCIAL E CONCORRÊNCIA: PERSPECTIVAS ESQUECIDAS NO DEBATE BRASILEIRO

Adriano Macedo Ramos e
Felipe Augusto Machado

Adriano é especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília e Diretor do Departamento de Defesa Comercial (DECOM) e **Felipe** é especialista em Planejamento e Estratégias de Desenvolvimento pela ENAP/CGEE e Coordenador-Geral de Antidumping e Medidas Compensatórias do DECOM.

Introdução

Diversos estudos colocam o Brasil como um dos países mais fechados ao comércio internacional do mundo. Relatório recente da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, por exemplo, afirma que o Brasil comercializa com o resto do mundo menos do que seria esperado pelo seu nível de renda per capita e pelo tamanho da sua população¹. Segundo analistas, maior abertura comercial proporcionaria acesso a insumos e tecnologias estrangeiras e exporia as empresas brasileiras à concorrência internacional, gerando ganhos de eficiência e melhora da produtividade geral da economia².

Recentemente, a política brasileira de comércio exterior tem se pautado pelo avanço das negociações de acordos comerciais com diversos países e blocos e pela adoção de medidas de facilitação de comércio,

que buscam ampliar os fluxos comerciais, tanto de exportação como de importação, e criar condições para uma integração mais qualificada da produção brasileira à economia mundial. Tais negociações envolvem o comércio de bens, mas vão além e abrangem também áreas como serviços, investimentos e compras públicas.

No debate sobre a política de comércio exterior brasileira, os instrumentos de defesa comercial têm sido apontados, equivocadamente, como um obstáculo à abertura comercial e aos propagados objetivos de melhoria da produtividade no país³. Nesse sentido, há quem advogue por uma maior atenção à defesa da concorrência nas ações conduzidas no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa Comercial, partindo do pressuposto de que as decisões de política comercial deveriam estar subordinadas aos objetivos da política de defesa da concorrência no país.

1 - SECRETARIA DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS. **Abertura comercial para o desenvolvimento**. Relatório de Conjuntura nº 3, março de 2018.

2 - BANCO MUNDIAL. **Emprego e Crescimento: A Agenda da Produtividade**. Março de 2018.

3 - JANK, Marcos. **Vítimas do protecionismo brasileiro**. Folha de São Paulo: 14 de outubro de 2017. Disponível em http://m.folha.uol.com.br/colunas/marcos-jank/2017/10/1926977-vitimas-do-protecionismo-brasileiro.shtml?utm_source=twitter&utm_medium=social&utm_campaign=comptw



O objetivo deste artigo é desmistificar visões sobre a teoria e a prática relacionadas aos instrumentos de defesa comercial, demonstrando que, ao contrário do que tem sido afirmado, estes sempre se mostraram essenciais aos processos de integração comercial e ao aumento da concorrência internacional

O objetivo deste artigo é desmistificar visões sobre a teoria e a prática relacionadas aos instrumentos de defesa comercial, demonstrando que, ao contrário do que tem sido afirmado, estes sempre se mostraram essenciais aos processos de integração comercial e ao aumento da concorrência internacional. Ademais, buscar-se-á explicar que as políticas de defesa comercial e de defesa da concorrência possuem fundamentos e objetivos distintos, ambos legítimos e importantes para o desenvolvimento do país, e que a interseção entre essas duas políticas na esfera doméstica já é atualmente abrangida pela chamada análise de interesse público. Isto, não obstante, entende-se que tal análise deve ser aprimorada, estando alinhada ao caráter excepcional que o Brasil atribuiu a este procedimento, sob pena de comprometer o funcionamento do Sistema Brasileiro de Defesa Comercial. Por fim, sugere-se que sejam trazidas ao debate novas perspectivas sobre a relação entre as políticas em questão além dos impactos imediatos da adoção de medidas de defesa comercial sobre a concorrência doméstica.

Fundamentos e objetivos da Defesa Comercial

Enquanto a política de defesa da concorrência fundamenta-se na legislação doméstica e busca evitar e punir práticas anticoncorrenciais, a política de defesa comercial possui seus fundamentos legais nos Acordos da Organização Mundial do Comércio (OMC), internalizados no ordenamento jurídico brasileiro⁴, e busca neutralizar os efeitos danosos decorrentes de práticas desleais de comércio sobre a produção nacional⁵.

De acordo com o Artigo VI do GATT 1947, o dumping – ou seja, a introdução de produtos de um país no comércio de outro país por valor abaixo do seu valor normal – é condenável se causa ou ameaça causar dano material a uma indústria estabelecida no território de uma Parte Contratante ou retarda sensivelmente o estabelecimento de uma indústria nacional. No caso dos subsídios concedidos pelos governos, o Artigo XVI do GATT 1947 reconhece que subsídios à exportação podem ter consequências prejudiciais aos outros Membros. O Acordo Sobre Subsídios e Medidas Compensatórias,

4 - Acordo sobre a Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio de 1994 ("Acordo Antidumping"), Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias e Acordo sobre Salvaguardas, conforme aprovados pelo Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994, e promulgados pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

5 - Este é o caso das medidas antidumping e compensatórias, mas não das medidas de salvaguardas, remédios de uso emergencial e temporário que devem ser utilizados apenas no caso de surtos imprevistos de importação. Nas palavras do Órgão de Apelação da OMC no caso Argentina – Footwear (DS 121), "it is essential to keep in mind that a safeguard action is a "fair" trade remedy. The application of a safeguard measure does not depend upon "unfair" trade actions, as is the case with anti-dumping or countervailing measures". Este instrumento, contudo, é muito pouco utilizado no País, representando apenas 1% das investigações no Brasil. A última medida de salvaguarda que vigorou no país foi extinta em 2012.

firmado ao final da Rodada Uruguai, em 1994, foi além, e tornou proibidos os subsídios à exportação e os subsídios que discriminam produtos importados, além de indicar que os subsídios específicos⁶, que distorcem a alocação de recursos e o comércio, podem ser sujeitos a medidas compensatórias se também causarem dano à indústria doméstica de outro país.

Destaque-se, primeiramente, que medidas de defesa comercial não constituem forma de protecionismo danoso ao comércio internacional, tampouco visam a impedir importações. Ao contrário, estas medidas atuam no sentido de estimular o comércio e a concorrência a nível internacional, por serem utilizadas apenas se forem atendidos requisitos bastante específicos.

Em primeiro lugar, medidas de defesa comercial incentivam a concorrência internacional ao “sancionarem” países que proporcionam mercado protegido (safe haven) às suas empresas, viabilizando lucros maiores no mercado interno e, conseqüentemente, a discriminação internacional de preços ou o usufruto de benefícios decorrentes de subsídios. A intenção é nivelar o campo de jogo (level the playing field), favorecendo uma competição internacional mais justa e acesso ao mercado interno dos países.

6 - Segundo o Acordo Sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, há 4 formas de especificidade que tornam os subsídios acionáveis na esfera multilateral ou possibilitam a adoção de medidas compensatórias por parte do país importador: i) especificidade de direito, quando a autoridade governamental ou a legislação explicitamente limitam o acesso ao subsídio a certas empresas ou indústrias; ii) especificidade de fato, quando a despeito da aparente ausência de especificidade de direito, houver concentração da concessão dos subsídios a certas empresas ou indústrias; iii) especificidade regional; e iv) especificidade de toda a categoria de subsídios proibidos.

Em segundo lugar, a implementação de um sistema de defesa comercial sempre se mostrou fundamental a países que buscavam aumentar a sua integração comercial. Como mostra o histórico dos acordos multilaterais de comércio, os países entendiam que tais “válvulas de escape” eram um pré-requisito essencial para as reduções das barreiras tarifárias ao comércio, e consideravam legítimo que um país impusesse tais medidas para combater a concorrência reputada desleal⁷. Além de garantir apoio interno ao processo de abertura comercial, estas medidas sustentariam a segurança jurídica e a previsibilidade do sistema multilateral de comércio mesmo em momentos de grave crise econômica. Como destacou a revista *The Economist*:

*The genius of the rules-based system is that it has torn down barriers by persuading producers that the prize of access to foreign markets is worth the accompanying global competition. When that competition is deemed lawless, political support for free trade withers.*⁸

Além de terem sido essenciais para os acordos multilaterais firmados no passado, esses mecanismos continuam sendo importantes para garantir o apoio do setor privado a negociações de acordos comerciais bilaterais/

7 - No que tange ao Brasil, é notável, por exemplo, o conteúdo da Portaria nº 444/1991 do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, que em seu art. 2º previa, conforme notificação aos Comitês no âmbito do GATT: The expression “unfair or predatory competition” shall be understood in accordance with the provisions of Footnote 3 to Article 3 of the Anti-Dumping Code and of Footnote 6 to Article 2, paragraph 1, of the Subsidies and Countervailing Duties Code. Disponível em <http://gatt.stanford.edu/page/home>

8 - THE ECONOMIST. How to rescue the WTO. 19 de julho de 2018. Disponível em <https://www.economist.com/leaders/2018/07/19/how-to-rescue-the-wto>

regionais, tais como os que se encontram atualmente em processo de negociação entre Mercosul e União Europeia (UE), *European Free Trade Association* (EFTA), Canadá e Coreia.

A existência de regras acordadas é benéfica para todos, e é especialmente importante para países relativamente menos poderosos, como os países em desenvolvimento. Historicamente, a assimetria de poder no sistema internacional levou países a negociar com suas contrapartes mais poderosas em posição menos favorável, como no caso das famosas *voluntary export restraints* impostas nos anos 1980 e 1990, que somente se tornaram definitivamente proibidas com o advento do Acordo sobre Salvaguardas da OMC⁹. As garantias negociadas multilateralmente, portanto, são fundamentais para países como o Brasil.

Nesse aspecto, o Brasil tem sido um país especialmente engajado na defesa do multilateralismo, seja por meio de participação ativa nos fóruns e nas negociações comerciais no âmbito da OMC ou por meio do recurso ao Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da Organização, onde o país obteve vitórias em importantes contenciosos comerciais, como nos painéis sobre subsídios concedidos à produção de algodão¹⁰ e de aeronaves¹¹.

9 - Artigo 11.1.b do Acordo Sobre Salvaguardas: "Ademais, nenhum Membro procurará adotar nem manterá restrições voluntárias às exportações, acordos de organização de mercado ou quaisquer outras medidas similares no que diz respeito tanto às exportações quanto às importações".

10 - DS267: United States — Subsidies on Upland Cotton. Disponível em (https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds267_e.htm).

11 - DS70: Canada — Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft. Disponível em (https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds70_e.htm).

Alguns economistas costumam afirmar que práticas como o dumping somente seriam um problema se as empresas que adotassem essa estratégia tivessem como objetivo levar as empresas do país importador à falência e pudessem usufruir, posteriormente, de lucros de monopólio naquele mercado, o chamado *dumping predatório*, equivalente ao preço predatório previsto na legislação antitruste. Contudo, o Acordo Antidumping estabelece o conceito legal de dumping aplicável a todos os membros da OMC e não diferencia as categorias de dumping identificadas na literatura. Como bem destacou Dani Rodrik:

[...] beyond economics, the global trade regime must address issues of fairness in addition to economic efficiency. When domestic firms have to compete with, say, Chinese firms that are financially supported by a government with deep pockets, the playing field becomes tilted in ways that most people would consider unacceptable. Certain types of competitive advantage undermine the legitimacy of international trade (p. 208).¹²

Assim, para além de preocupações estritamente relacionadas à concorrência no âmbito doméstico, não se pode perder de vista o papel que a defesa comercial cumpre na promoção de maior integração comercial e, conseqüentemente, de maior competição internacional.

12 - RODRIK, D. *Straight Talk on Trade*. Princeton University Press, 2018.

Assim, para além de preocupações estritamente relacionadas à concorrência no âmbito doméstico, não se pode perder de vista o papel que a defesa comercial cumpre na promoção de maior integração comercial e, conseqüentemente, de maior competição internacional. Os Acordos que os embasam refletem a preocupação legítima dos países com a construção de um sistema multilateral de comércio justo, previsível e transparente, que seja capaz de engajá-los no comércio internacional, objetivo último da política de defesa comercial. Neste sentido, pode-se afirmar com segurança que, caso os instrumentos de defesa comercial não tivessem sido previstos, ou se levassem em consideração apenas critérios estritamente econômicos como o dumping predatório, os países não chegariam a um Acordo¹³, e grande parte do crescimento do comércio internacional observado desde a criação da OMC não teria ocorrido¹⁴. Trata-se de um equilíbrio político sensível entre dezenas de países com realidades socioeconômicas muito distintas, o qual, se for subestimado, coloca em risco todo o sistema e os ganhos gerados por ele¹⁵. A falta de acordos multilaterais em

13 - Nas palavras de Krugman e Obstfeld (2005): "A oitava rodada de negociações do Gatt começou em 1986 [...]. Os participantes foram então para Genebra, onde se ocuparam durante sete anos com ofertas e contra-ofertas, ameaças e contra-ameaças e, acima de tudo, dezenas de milhares de horas de reuniões [...]. Planejava-se concluir a Rodada em 1990, mas sérias dificuldades políticas se impuseram. Ao final de 1993, os negociadores finalmente produziram um documento básico que consistia em 400 páginas de acordos [...]. KRUGMAN, P; OBSTFELD, M. **Economia internacional: Teoria e Política**. São Paulo: Pearson Addison Wesley, 2005.

14 - Segundo dados do Banco Mundial, em 1994 (ano anterior à criação da OMC), o comércio internacional atingiu US\$ 4,4 trilhões (41% do PIB mundial), enquanto que em 2016 o valor chegou a US\$ 16 trilhões (56% do PIB mundial).

15 - Recentemente, os EUA têm bloqueado novas nomeações ao Órgão de Apelação do OSC, colocando em risco o seu funcionamento, já que pelo menos 3 juizes são necessários. O país tem criticado abertamente o que considera ser uma extrapolação do mandato pelos juizes, que estariam adotando

matéria de defesa da concorrência ilustra bem as dificuldades inerentes às negociações entre Estados Nacionais¹⁶.

Defesa Comercial no Brasil

O Brasil apenas passou a se utilizar dos instrumentos de defesa comercial após 1986, quando aderiu aos Códigos Antidumping e de Subsídios de 1979, anteriores ao estabelecimento dos acordos da OMC. Antes disso, o fato era que o país se utilizava de outros instrumentos de política econômica e comercial para controlar as importações, como desvalorizações cambiais e controles cambiais, controles administrativos (como a concessão ou não de licenças de importação a partir da essencialidade dos bens importados), listas de produtos com importação proibida ou suspensa, fixação de prazos mínimos de financiamento, além das elevadas tarifas aduaneiras. Não havia necessidade do uso de instrumentos de defesa comercial, mas o Brasil tinha dificuldades nos fóruns internacionais, já que os instrumentos utilizados pelo país não eram vistos como legítimos pelos demais países. Foi apenas com o advento dos Acordos da OMC que o país passou a adotar de forma mais frequente

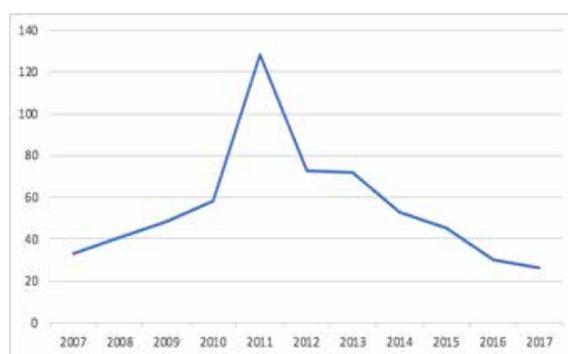
uma postura ativista nos procedimentos e nas interpretações dos Acordos: "These approaches and findings do not respect WTO rules as written and agreed by the United States and other WTO Members". United States Trade Representative. **2018 Trade Policy Agenda and 2017 Annual Report, 2018.**

16 - Em julho de 2004, o Conselho Geral da OMC, diante da falta de consenso sobre o tema, decidiu que a defesa da concorrência "não faria parte do plano de trabalho estabelecido na Declaração Ministerial de Doha (2001) e que, portanto, nenhuma negociação a respeito teria lugar no âmbito da OMC durante a Rodada Doha". Disponível em https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=42383,81935&CurrentCatalogueIdIndex=1&Full-TextSearch=

os instrumentos de defesa comercial e foi criado um órgão especializado no tema para atuar como autoridade investigadora de defesa comercial do Brasil, o Departamento de Defesa Comercial (DECOM) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) do atual Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (MDIC)¹⁷.

Após a grave crise financeira mundial de 2008, o Brasil passou a se destacar entre os principais usuários de medidas de defesa comercial no mundo, como resultado do significativo aumento da demanda do setor privado por esses mecanismos¹⁸. As causas do aumento do número de investigações no Brasil durante esse período estão relacionadas ao contexto externo, caracterizado por baixa demanda interna e elevada capacidade ociosa em diversos setores nos países exportadores. Por outro lado, no Brasil, a economia doméstica continuou relativamente aquecida no período de 2008 a 2014, enquanto o Real permanecia valorizado. Essa combinação de fatores contribuiu para a alteração dos fluxos do comércio exterior e tornou o mercado brasileiro particularmente atrativo, levando a um crescimento bastante elevado das importações do país. Posteriormente, contudo, houve uma redução bastante acentuada do número de petições¹⁹, conforme pode ser observado no gráfico abaixo. Desse modo, é possível concluir que o aumento do número de casos nos anos imediatamente

posteriores à crise financeira internacional reflete um período totalmente atípico.



Número de petições protocoladas – 2007-2017

Apesar desse crescimento momentâneo, e do estoque de medidas em vigor decorrente dele, essas medidas afetaram parcela muito reduzida das importações totais brasileiras: 2013: 0,76%; 2014: 0,79%; 2015: 0,93%; 2016: 1,06%; e 2017: 1,14%²⁰, considerando-se o valor total de importações feitas sob as posições tarifárias nas quais os produtos objetos das medidas são classificados. Tendo em vista que os direitos são aplicados sobre produtos muito específicos de países determinados, que via de regra correspondem a uma pequena proporção do universo de produtos abrangidos pelas classificações tarifárias da Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM as quais pertencem, pode-se afirmar que na realidade esses percentuais devem ser ainda menores.

Cabe ressaltar que no Brasil não são iniciadas investigações de defesa comercial por iniciativa do governo, mas somente mediante pleito

17 - À época, Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo.

18 - 2011 foi o ano que registrou o maior número de petições na história, com 128 (medidas por meio da combinação produto-país).

19 - 2017 registrou apenas 26 petições, o menor número desde 2005.

20 - importação mantidos pelo MDIC, averiguou-se, ao fim de cada ano, o valor das importações efetuadas em subitens tarifários originárias de países sujeitos a medidas em vigor em relação ao valor total das importações brasileiras.

apresentado pela indústria doméstica ou em seu nome e desde que atendidos os requisitos previstos na legislação. O pleito deve conter volume extenso de dados e de informações, os quais estão sujeitos a rigorosa auditoria. A condução de investigações de defesa comercial e a recomendação de medidas não ocorre de forma automática, sendo regidas por processos que primam pela objetividade, imparcialidade e transparência²¹.

“ O Brasil é hoje referência de excelência técnica e aderência às regras da OMC, o que é atestado pelo fato de que, desde a criação da organização até o momento, nenhuma medida de defesa comercial aplicada pelo Brasil foi condenada no âmbito do seu Sistema de Solução de Controvérsias.

O elevado rigor técnico da autoridade investigadora brasileira pode ser constatado pela proporção entre o número de petições protocoladas e o número de investigações iniciadas: de acordo com as estatísticas mantidas pelo MDIC²², dos pedidos protocolados nos últimos 30 anos, apenas 57% converteram-se em investigação. Ademais, entre as que foram iniciadas,

21 - A este respeito, salienta-se que em 2013 entrou em vigor o novo Regulamento Antidumping Brasileiro, ao qual foram incorporadas diversas normas denominadas *WTO-Plus* (mais rígidas do que as normas do Acordo Antidumping), como a regra de aplicação do menor direito, a obrigatoriedade de publicação de determinações preliminares, a adoção de período de graça para apresentação de novo pleito em caso de determinações negativas e diversas decisões da extensa jurisprudência da OMC.

22 - Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços. **Relatório DECOM 2017**. Disponível em http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/secex/decom/Relat%C3%B3rios_DECOM/Relat%C3%B3rio_2017_final.pdf.

apenas 62%²³ das investigações culminaram com a aplicação de alguma medida. O Brasil é hoje referência de excelência técnica e aderência às regras da OMC, o que é atestado pelo fato de que, desde a criação da organização até o momento, nenhuma medida de defesa comercial aplicada pelo Brasil foi condenada no âmbito do seu Sistema de Solução de Controvérsias, a despeito de os Acordos da OMC de Defesa Comercial terem sido responsáveis por mais da metade das disputas levadas ao órgão.

Interação entre defesa comercial e concorrência no Brasil

Apesar dos fundamentos e objetivos distintos, as políticas de defesa comercial e de defesa da concorrência por vezes se sobrepõem e apresentam complementaridade²⁴. Nesse sentido, o Sistema Brasileiro de Defesa Comercial se mostra equilibrado para lidar com estas situações.

Um dos mecanismos que possibilita uma “harmonia” entre essas duas políticas é a chamada regra do menor direito, ou *lesser duty*, e é aplicada pelo DECOM. Os acordos estabelecem que os montantes de direito antidumping ou compensatório não devem exceder a margem de dumping ou montante de subsídios encontrado e preveem que, preferencialmente, os direitos impostos sejam inferiores a tais margens se o *lesser duty* for suficiente para neutralizar o dano. Nesse

23 - De acordo com os registros mantidos pelo MDIC desde 2005.

24 - RIBEIRO LOSS, Giovani. **O direito da concorrência e a defesa comercial: complementariedade na defesa da ordem econômica**. Revista de informação legislativa, v. 39, n. 155, p. 107-123, jul./set. 2002.

sentido, o novo regulamento antidumping brasileiro sedimentou a regra da aplicação do menor direito. Na prática, isso significa que será recomendada aplicação de um direito inferior à margem de dumping apurada, caso este seja suficiente para levar o preço do produto investigado ao nível de preços da indústria doméstica livre de dano. Com isso, são mitigadas preocupações sobre eventuais elevações abusivas²⁵ de preços da indústria doméstica em decorrência da aplicação da medida.

O segundo elemento que visa ao equilíbrio deste sistema, e que reflete em parte preocupações com efeitos concorrenciais em decorrência da adoção de medidas de defesa comercial, é a análise de interesse público. Essa análise é realizada pela Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), autoridade decisória final no Brasil em matéria de defesa comercial, e não se confunde com a determinação de ocorrência de prática desleal ou surto de importações, dano e nexos de causalidade, as quais são de responsabilidade exclusiva do DECOM. Considera-se presente o interesse público, nos termos da análise em questão, quando o impacto da imposição da medida de defesa comercial sobre os agentes econômicos como um todo se mostrar potencialmente mais danoso se comparado aos efeitos positivos da aplicação da medida.

25 - Vale recordar que é esperado que exista algum reajuste de preços em decorrência da aplicação de medidas caso o dano constatado tenha se refletido sobre a rentabilidade da indústria doméstica. Ou seja, o objetivo da medida de defesa comercial será justamente gerar espaço para que indústria doméstica reajuste seus preços para recuperar a rentabilidade afetada pelas importações desleais e neutralizar o dano.

Primeiramente, importa ressaltar que, apesar do nome e do fato de a “análise de interesse público” ser um procedimento conduzido separadamente, isso não significa dizer que a defesa comercial não seja do interesse público. Pelo contrário, após o compromisso firmado com a OMC²⁶, o Estado brasileiro decidiu organizar o seu sistema de defesa comercial²⁷ e elaborar normas domésticas para nortear a aplicação das disposições multilaterais no território brasileiro. Nesse sentido, as decisões do Congresso Nacional e do Executivo Federal afirmam o interesse público do País de estabelecer um sistema de defesa comercial robusto, previsível, imparcial e orientado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório. Esse interesse foi reafirmado em 2013 com a edição do Decreto nº 8.058, o novo regulamento antidumping brasileiro, elaborado após consulta pública com stakeholders (representantes das indústrias nacionais, importadores, produtores e governos estrangeiros) e a sociedade em geral e mediante longa discussão técnica no âmbito da CAMEX. O resultado deste pacto foi a reafirmação de que, cumpridos os rigorosos requisitos, a regra é a imposição da medida, ainda que, em circunstâncias excepcionais, outras razões de interesse público possam ensejar a suspensão ou a aplicação de medidas definitivas em outro montante ou forma.

26 - Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

27 - A Lei nº 9.019, de 30 de março de 1995, dispõe sobre a aplicação de medidas antidumping e compensatórias, organizou o sistema brasileiro e definiu as competências dos órgãos que o compõe.

Trata-se, portanto, de uma análise de suma importância e sensibilidade, pois caberá à CAMEX realizar uma ponderação de interesses com vistas a definir o que deve se sobrepor, ou seja, se o benefício eventualmente obtido pelos demais agentes econômicos em decorrência da prática desleal é preferível, mesmo em face do prejuízo por ela causada à indústria doméstica. Tratar-se-ia, neste caso, de favorecimento a determinados atores em detrimento de uma indústria que comprovadamente sofre dano causado por concorrência desleal. Não surpreende, pois, que a suspensão de medidas de defesa comercial com base nestas razões seja excepcional, e que o ônus da prova e rigor técnico esperados sejam elevados²⁸, sob pena de minar a confiabilidade do sistema, criando repercussões negativas que extrapolam as circunstâncias dos casos concretos.

Reconhece-se que o desafio que se coloca em uma análise como essa não é trivial. Ao contrário das investigações de defesa comercial, cuja primeira legislação data de 1904 (Canadá) e que foram alvo de intenso escrutínio ao longo dos anos²⁹, análises de interesse público são

28 - Este fato é legalmente reconhecido pela União Europeia. No art. 21.1 do Regulamento Básico Antidumping, que trata de interesse público (*Union Interest*), a UE determinou que "*nesse exame, é concedida especial atenção à necessidade de eliminar os efeitos de distorção do comércio provocados por dumping que cause prejuízo bem como à necessidade de restabelecer uma concorrência efetiva*". Ademais, o mesmo artigo impõe que as autoridades, com base nas informações facultadas, devem concluir "**claramente** que não é do interesse da União a aplicação de medidas", o que atesta o rigor esperado pelo legislador europeu nas decisões de interesse público. Recordar-se ainda que o processo decisório exige maioria qualificada para que uma medida não seja aplicada pela Comissão Europeia.

29 - Principalmente após a criação da OMC, no âmbito do Órgão de Solução de Controvérsias e dos comitês de defesa comercial que se reúnem duas vezes ao ano

escassas internacionalmente³⁰, fornecendo insuficiente *benchmark* externo para esses procedimentos. Assim, entende-se que as críticas ao funcionamento fazem parte do processo de amadurecimento deste tipo de análise no Brasil³¹.

Um dos aspectos mais lembrados por usuários do sistema é a necessidade de que esta análise preveja critérios objetivos e contemple o impacto da medida sob os mais variados ângulos, levando-se igualmente em consideração os argumentos apresentados pelos interessados³². A Resolução CAMEX nº 29, de 2017, elencou fatores que deverão ser observados nas análises: o impacto na cadeia a jusante e a montante, a disponibilidade de produtos substitutos em origens não afetadas pela medida de defesa comercial, a estrutura do mercado e a concorrência, e a adequação às políticas públicas vigentes.

Para efetuar uma análise de interesse público abrangente e ponderar adequadamente os efeitos esperados de medidas de defesa comercial, é importante que, além de potenciais impactos negativos, levem-se em consideração possíveis impactos positivos, tendo em vista que estes não se limitam necessariamente à indústria doméstica que solicitou a aplicação da medida. Em análises

30 - Canadá, União Europeia e Nova Zelândia realizam esta análise.

31 - Ver, por exemplo, <https://exame.abril.com.br/economia/industria-quer-maior-transparencia-na-defesa-comercial-do-pais/>

32- O art. 21.1 do Regulamento Básico Antidumping da UE claramente estabelece o direito ao contraditório e ampla defesa: "A fim de se determinar se o interesse da União requer ou não uma intervenção, tem-se em conta uma apreciação dos diversos interesses considerados no seu conjunto, incluindo os interesses da indústria da União, dos utilizadores e dos consumidores, só podendo ser efetuada uma determinação ao abrigo do presente artigo se todas as partes tiverem tido oportunidade de apresentar os seus pontos de vista."

de atos de concentração, o CADE busca avaliar se eficiências geradas em decorrência das operações podem ser repassadas a usuários e consumidores. A mesma lógica pode ser aplicada nos casos de defesa comercial, dado que a melhora da saúde econômica das empresas decorrente da aplicação de medidas de defesa comercial pode trazer impactos positivos sobre outros agentes econômicos, inclusive à cadeia a jusante e aos consumidores. Por exemplo, o aumento da produção e da ocupação de capacidade ociosa no elo beneficiado e também na cadeia produtiva a montante, além de ampliar emprego e renda, tende a gerar ganhos de escala, especialmente em setores com elevados custos fixos. Ganhos em função de custos marginais decrescentes podem ser ao menos parcialmente repassados à cadeia a jusante e aos consumidores. Da mesma forma, a aplicação da rentabilidade recuperada em novos investimentos e em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D)³³ podem gerar inovações e aumentos de qualidade que, por meio de efeitos “spillover”, venham a beneficiar outros atores. Em suma, externalidades positivas também devem ser consideradas na análise.

Um dos questionamentos recorrentes em defesa comercial e que possui forte interação com a defesa da concorrência diz respeito ao grau de concentração de indústrias beneficiárias das medidas, o que gera preocupações sobre eventual abuso de poder de mercado. De fato, usuários

33 - Em sua recente alteração legislativa, a Comissão Europeia passou a incluir os efeitos da redução de investimentos e de despesas de P&D em decorrência da concorrência desleal como um fator para a definição do nível dos direitos antidumping.

das medidas de defesa comercial tendem a fazer parte de mercados concentrados, e há motivos de ordem legal, de ordem operacional e de ordem econômica para isso.

Sob o ponto de vista legal, o Acordo e o regulamento brasileiro estabelecem a necessidade de haver patamar mínimo de apoio à petição e de representatividade dos dados da indústria doméstica. Ou seja, não se procederá a uma investigação que pode afetar toda a indústria nacional, e outros elos da cadeia, se a peticionária não puder falar em nome dela. Naturalmente, empresas que possuem maior participação de mercado apresentam maior probabilidade de cumprir estes pré-requisitos.

Sob o ponto de vista operacional, o volume e a complexidade das informações exigidas da indústria doméstica fazem com que empresas de maior porte apresentem capacidades humanas e financeiras mais adequadas para arcar com os custos destes procedimentos. Pensando nestas mesmas limitações, o governo, observando os dispositivos da Constituição que preveem tratamento diferenciado para microempresas e as empresas de pequeno porte, publicou no ano passado um Decreto por meio do qual flexibiliza prazos e procedimentos para indústrias consideradas fragmentadas³⁴.

Há, por fim, questões de ordem econômica a serem consideradas. Os setores mais beneficiados por medidas de defesa comercial, no Brasil e no mundo, são majoritariamente

34 - Decreto nº 9.107, de 26 de julho de 2017.

os mesmos³⁵ e apresentam características e estruturas de mercado semelhantes. São setores que demandam vultosos investimentos em instalação e manutenção, com custos fixos elevados que tornam proibitivas paradas nas linhas de produção. Nestas condições, o mercado não comporta muitos competidores, pois existe uma escala mínima para que a operação seja viável. Conseqüentemente, a necessidade de manutenção de elevados volumes de produção tende a levar as empresas a destinarem seus excedentes de produção a terceiros mercados a preços de dumping, especialmente em períodos de retração dos mercados domésticos, como após a crise de 2008.

Nesse contexto, o grau de concentração não pode assumir caráter definitivo em uma análise de interesse público. Um dos maiores catalisadores da produtividade é a atividade de inovação, e diversos estudos correlacionam positivamente concentração de mercado e gastos em P&D³⁶. A literatura aponta que essa relação depende fundamentalmente das características específicas da indústria, como cumulatividade da mudança tecnológica, as oportunidades tecnológicas e a

35 - De acordo com dados da OMC, no período entre 1995 e 2017, de todas as medidas antidumping aplicadas pelo Brasil, 24,3% incidiram sobre plásticos ou borrachas, 21,5% sobre químicos e 20,7% sobre metais. Considerando-se as medidas antidumping impostas por todos os membros da OMC no mesmo período, 32% incidiram sobre metais, 21% sobre químicos, seguidos de 12,5% sobre plásticos ou borrachas.

36 - Hasenclever e Ferreira (2002), com base em Cohen e Levin (1989) e Kamien e Schwartz (1982), identificaram 6 estudos que correlacionam positivamente concentração de mercado e P&D, 3 estudos que correlacionam negativamente e 3 estudos em que a intensidade de P&D aumenta com a concentração de mercado até certo limite e depois começa a declinar (forma de "U" invertido). Segundo a "hipótese schumpeteriana", a inovação cresce com a concentração ou o poder de mercado, por motivos como imperfeições no mercado de capital, maior disponibilidade de recursos próprios e economias de escala e escopo.

apropriabilidade dos efeitos da mudança tecnológica³⁷. Assim, é notável que, em seis de oito processos de interesse público conduzidos pela Secretaria de Assuntos Internacionais do Ministério da Fazenda (SAIN/MF)³⁸ e disponíveis em seu sítio eletrônico³⁹, a indústria petionária da medida de defesa comercial é classificada como indústria de alta ou de média-alta tecnologia⁴⁰, que, segundo a PINTEC, contribuíram com 65% das atividades internas e externas de P&D do país em 2011⁴¹. Segundo tais parâmetros, em nenhum dos oito casos os principais elos da cadeia a jusante analisados se configuraram como indústrias de intensidade tecnológica mais alta do que a das indústrias petionárias das medidas.

Assim, juízos sobre supostos aumentos de poder de mercado decorrentes da aplicação de medidas de defesa comercial devem ser realizados com parcimônia. Primeiramente, recorda-se que o objetivo destas medidas é neutralizar o dano à indústria doméstica causado por concorrência desleal. Não se trata, especialmente após a consolidação da regra do menor direito, de mero aumento do poder de mercado, mas sim de "nivelamento

37 - HASENCLEVER, L.; FERREIRA, P. **Estrutura de Mercado e Inovação**. In: Kupfer, D; Hasenclever, L. (Orgs.). Economia industrial: fundamentos teóricos e prática no Brasil. Ed. Campus, 2002.

38 - Conforme a Resolução CAMEX nº 30, de 2016, a partir desse ano a SAIN exerce o papel de Secretaria do Grupo Técnico de Avaliação de Interesse Público (GTIP), que tem o objetivo de analisar a suspensão ou alteração de medidas antidumping e compensatórias definitivas, bem como a não aplicação de medidas antidumping e compensatórias provisórias, por razões de interesse público.

39 - Disponível em <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/comercio-exterior/arquivos/lista-de-processos-do-gtip>

40 - Classificação utilizada pela OCDE. Disponível em <https://www.oecd.org/sti/ind/48350231.pdf>

41 - DE NEGRI, F; CAVALCANTE, L. **Análise dos dados da PINTEC 2011**. Nota Técnica nº15, IPEA, 2013. Disponível em http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5978/1/NT_n15_analise.pdf

do campo de jogo”, permitindo à indústria doméstica restabelecer o desempenho econômico-financeiro que apresentava antes de sofrer com a concorrência desleal. Em segundo lugar, a existência de poder de mercado por si só não é motivo de preocupação para a defesa da concorrência, apenas quando a empresa utiliza seu poder de mercado para prejudicar a livre concorrência, por meio de condutas anticoncorrenciais (abuso de poder de mercado). Em terceiro lugar, como mencionado, há vários outros elementos que devem ser considerados antes que se alcance uma conclusão definitiva sobre os efeitos da aplicação de medidas de defesa comercial em mercados concentrados⁴².

Por fim, há que se recordar que a aplicação de medidas de defesa comercial não tem como objetivo simplesmente proteger indústrias ineficientes e que seriam incapazes de competir com produtos importados. Em sua análise técnica, inclusive, cabe ao DECOM separar os efeitos de outros fatores que não as importações desleais sobre o dano da indústria doméstica, tais como a sua produtividade, a competição entre produtores nacionais e estrangeiros e o surgimento de progresso tecnológico. Ademais, se a utilização destes instrumentos se resumisse à busca por proteção por empresas ineficientes, outros países não utilizariam os mesmos instrumentos para defender suas indústrias contra as exportações de indústrias brasileiras dos mesmos produtos.

42 - Além daqueles já citados, destacam-se: a rivalidade entre os competidores no mercado, a capacidade de atendimento da demanda doméstica por produtores estabelecidos no país, a existência de fornecedores estrangeiros não sujeitos à aplicação de medidas de defesa comercial, a possibilidade de que novos produtores sejam atraídos e passem a contestar o mercado de produtores já estabelecidos, bem como a estrutura de mercado dos elos à jusante na cadeia do produto objeto de aplicação de medidas de defesa comercial, pois é possível que as empresas que consomem tal produto também tenham poder de mercado.

Considerações Finais

Diante do exposto, pode-se afirmar que o debate entre as políticas de defesa comercial e de defesa da concorrência não tem explorado aspectos relevantes desta interação. Qualquer discussão a respeito deve partir do pressuposto de que a institucionalização dos instrumentos de defesa comercial foi uma decisão soberana do Estado brasileiro que, com vistas a avançar na agenda de abertura comercial, firmou um pacto interno com a sociedade brasileira e externo com os membros da OMC. Segundo este pacto, medidas de defesa comercial são legítimas quando práticas desleais de comércio causam dano à indústria doméstica, desde que sejam precedidas de uma investigação rigorosa que respeite o devido processo legal.



[...] a suspensão de medidas de defesa comercial em decorrência de outras razões de interesse público, inclusive aquelas relacionadas à defesa da concorrência, é excepcional, pois significa beneficiar determinados agentes econômicos em detrimento de outros agentes que comprovadamente sofrem dano causado por concorrência desleal.

Nesse contexto, a suspensão de medidas de defesa comercial em decorrência de outras razões de interesse público, inclusive aquelas relacionadas à defesa da concorrência, é excepcional, pois significa beneficiar determinados agentes

econômicos em detrimento de outros agentes que comprovadamente sofrem dano causado por concorrência desleal. Para isso, o ônus da prova e o rigor técnico de uma análise como esta devem ser elevados, os procedimentos devem respeitar os princípios da ampla defesa e do contraditório e ser transparentes, e os critérios devem ser objetivos e devem permitir a avaliação do impacto das medidas sob todos os ângulos necessários. Caso contrário, corre-se o risco de se interpretar interesse público de forma muito restrita, minando a confiança do setor privado no sistema de defesa comercial brasileiro, o que pode ter inclusive consequências indesejadas sob o ponto de vista do apoio necessário ao aprofundamento do processo de integração comercial.

Considerados estes pressupostos básicos, entende-se que o debate em questão no Brasil parece descolado do que ocorre no cenário internacional e ignora que a interação entre as duas políticas não acontece apenas em uma direção. Enquanto no âmbito doméstico tem-se dado grande atenção aos impactos da aplicação de medidas de defesa comercial sobre a concorrência dentro do Brasil, no plano internacional a discussão tem focado nos impactos da implementação por outros países de políticas públicas que violam compromissos assumidos e distorcem o comércio internacional, inclusive por meio da utilização da política de concorrência para atender finalidades de política industrial⁴³.

43 - Disponível em WT/GC/W/745. China's Trade-Disruptive Economic Model. Communication from the United States. General Council 26-27 July 2018.

O presidente da Comissão Europeia Jean-Claude Juncker resumiu de maneira veemente o que está em jogo, quando do anúncio do novo arcabouço normativo de defesa comercial da União Europeia, o qual tornou mais duras as medidas contra práticas desleais de comércio:

*"The EU believes in open and fair trade but we are not naïve free traders. We have shown our teeth when we had to by adopting anti-dumping and anti-subsidy measures. And now we have new and improved trade defence rules in our arsenal to face down some of today's challenges in global trade. Make no mistake – we will do whatever it takes to defend European producers and workers when others distort the market or don't play by the rules."*⁴⁴

Assim, sugere-se que a relação entre concorrência e defesa comercial incorpore outras perspectivas hoje ausentes do debate no país, de modo a refletir a complexidade da realidade doméstica e internacional, já que correspondem a políticas públicas que transitam por diferentes campos de conhecimento, como direito, economia, comércio internacional e relações internacionais. Ambas são importantes para o desenvolvimento econômico do país, e a interação entre elas deve ser objeto de reflexão criteriosa.

44 - Disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3973_en.htm



DEFESA DA CONCORRÊNCIA E DEFESA COMERCIAL: POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DAS POLÍTICAS ANTITRUSTE PARA AS POLÍTICAS ANTIDUMPING

Paula Farani de Azevedo
Silveira e Paula Baqueiro

Paula Farani é Mestre em Direito Internacional pela Georgetown University School of Law. Conselheira do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e Paula Baqueiro é Bacharel em direito pela Universidade de Brasília.

A defesa da concorrência e a defesa comercial são áreas que dialogam entre si na medida em que figuram como políticas de regulação do ambiente econômico, ainda que de modos distintos, tanto quanto pelos seus meios quanto pelos seus fins. As políticas e medidas lançadas por esses campos podem, por vezes, parecer contraditórias e conflitantes, mas é preciso enxergar para além das aparentes incongruências e refletir sobre as possíveis contribuições que cada campo pode trazer ao outro.

As políticas de defesa comercial e defesa da concorrência complementam-se no sentido de promover e garantir o interesse público na ordem econômica constitucional. Para melhor compreender a interface entre as duas políticas, é importante lembrar as origens do antidumping, principalmente da influência dos Estados Unidos.

No contexto norte-americano, o desenvolvimento histórico das medidas antidumping permite perceber a sua natureza eminentemente protecionista, que ainda hoje vigora. Isso porque, motivado pelas preocupações concorrenciais que haviam motivado o Sherman Act de 1890, o Ato

Antidumping de 1921¹ foi utilizado como instrumento para proteger a indústria doméstica da exportação agressiva de produtores estrangeiros que estava fora do alcance do Sherman Act².

Em 1921, foi promulgada uma nova legislação antidumping que, ao contrário do Ato de 1916, que previa a necessidade de uma intenção predatória no dumping estrangeiro para eventual responsabilização e punição, revogou tal necessidade, bastando a verificação da ocorrência de dano pelo dumping estrangeiro para possibilitar a aplicação de remédios e punições³. Por decorrência dessa flexibilização, o Ato acabou sendo instrumentalizado para prevenir situações em que a indústria doméstica fosse prejudicada pela concorrência estrangeira, embora não tivesse uma natureza estritamente predatória⁴. Foi justamente o Ato de 1921 que serviu de base para o GATT, que, por sua vez, autorizou a implementação pelos Estados-membros de medidas domésticas de antidumping.

1 - Esse é o Segundo Ato Antidumping norte-americano. O primeiro foi promulgado em 1916.

2 - CHO, Sungjoon. *Anticompetitive Trade Remedies: How Antidumping Measures Obstruct Market Competition*. North Carolina Law Review, v. 87, n. 2, pp. 357-424. p. 364

3 - CHO, Op. cit., p.364-365.

4 - CHO, Op. cit.

O GATT, como marco do surgimento da defesa comercial moderna, foi resultado das negociações multilaterais do pós-guerra, tendo sido criado em 1947, ocasião na qual o Brasil figurou como um dos países-membros fundadores. Após a Rodada Uruguai⁵, iniciada em 1986 e finalizada em 1994, o GATT de 1947 foi transformado no GATT de 1994⁶, quando foi criada a Organização Mundial do Comércio (OMC).

Naquele momento de transição de economias fechadas para economias de importação, os negociadores da Rodada sabiam que os ganhos da internacionalização e liberalização do comércio seriam muitos, mas também que seria necessário incorporar formas de proteger suas economias de mudanças repentinas nos fluxos comerciais. Afinal, *“change is always adverse to someone”*⁷.

“ Além de servir como válvula de escape para proteger pontualmente algumas indústrias, a defesa comercial também serve como mecanismo para evitar escaladas protecionistas resultantes de fluxos de comércio alterados ou de pressões de setores da economia.

Por esse motivo, três válvulas de escape foram incorporadas aos acordos da Rodada Uruguai:

5 - Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations.

6 - https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/marrakesh_decl_e.htm

7 - PALMETER, David. "INTERNATIONAL ECONOMICS AND LOCAL POLITICS: THE TRADE REMEDY REGIME OF THE WTO" 2002.

o antidumping⁸, as medidas compensatórias⁹ e as salvaguardas¹⁰. Esses três instrumentos constituem o que chamamos de “defesa comercial” – mas que alguns autores optam por chamar de *“unfair trade rules”*¹¹. Além de servir como válvula de escape para proteger pontualmente algumas indústrias, a defesa comercial também serve como mecanismo para evitar escaladas protecionistas resultantes de fluxos de comércio alterados ou de pressões de setores da economia.

As medidas antidumping são o instrumento de defesa comercial mais utilizado no mundo e no Brasil, que figura, inclusive, como um dos países que mais aplicam direitos antidumping hoje¹². Têm como premissa a proteção da indústria doméstica¹³ de uma prática desleal de comércio. No entanto, essa prática não é necessariamente

8 - O antidumping é uma sobretaxa aplicada aos produtos importados após a autoridade verificar a existência de dumping (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), dano à indústria doméstica e um nexo de causalidade entre eles. Para mais informações: https://www.wto.org/english/tratop_e/adp_e/adp_e.htm

9 - As medidas compensatórias visam compensar a indústria doméstica pelos danos sofridos em razão da concorrência com produtos importados de uma indústria subsidiada no seu país de origem. Para mais informações: https://www.wto.org/english/tratop_e/scm_e/scm_e.htm

10 - As salvaguardas são medidas emergenciais tomadas em razão de um surto de importação de um determinado produto, em que tais importações causam ou ameaçam causar grave dano à indústria doméstica do membro importador. As medidas podem ser restrições quantitativas às importações ou um aumento tarifário. Para mais informações: https://www.wto.org/english/tratop_e/safeg_e/safeg_e.htm

11 - JACKSON, John. "Regional trade blocs and the GATT". The Jurisprudence of GATT & the WTO. Cambridge University Press. 2000.

12 - 2018 Report Antidumping Committee. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/adp_e/AD_MeasuresByRepMem.pdf. Acesso em 08 ago. 2018.

13 - Ao longo do presente texto, entende-se por “indústria doméstica” a definição legal de indústria doméstica contida no Art. 34 do Decreto n. 8.058/2013, qual seja: “o termo indústria doméstica será interpretado como a totalidade dos produtores do produto similar doméstico”. Entende-se por “produto similar” aquele “igual sob todos os aspectos ao produto objeto da investigação”.

“desleal” ou predatória no sentido econômico do termo.

Tavares e Miranda explicam que “quando uma firma oferece o mesmo produto em dois ou mais mercados cujas elasticidades de demanda sejam distintas, a discriminação de preços é racional e promove o bem estar”¹⁴. Portanto, é possível que, no caso do antidumping e das salvaguardas, os surtos de importação sejam resultado dessa diferença na elasticidade de demanda ou da diferença nas condições de concorrência nos dois mercados e não, necessariamente, de uma estratégia de predação¹⁵.

Por exemplo, uma empresa monopolista no mercado de origem é capaz de cobrar um valor mais alto pelo produto do que cobra no país para onde exporta esse mesmo produto e onde há um número maior de concorrentes. Essa discriminação de preços faria sentido do ponto de vista econômico e concorrencial. No entanto, é justamente essa discriminação de preços que caracteriza o dumping e é alvo de políticas de defesa comercial.

Assim, fica claro que acordos antidumping funcionam verdadeiramente como válvulas de escape para que países possam proteger suas indústrias de fluxos de comércios “distorcidos” em razão de predação, diferenças tarifárias ou diferenças nas estruturas do mercado que causam distorções nas condições de concorrência – e, portanto, nos preços – entre os países.

14 - TAVARES, José; MIRANDA, Pedro. Antidumping e Antitruste: Peculiaridades do Caso Brasileiro. Centro de Estudos de Integração e Desenvolvimento. 2008.

15 - pois nas medidas compensatórias, o incentivo é dado no país de origem e não é necessariamente um incentivo direcionado à exportação.

O objetivo central do antidumping, portanto, é a proteção da indústria e dos empregos gerados pela indústria. Neste âmbito, existe uma presunção de que um eventual impacto negativo sobre preços ou sobre empregos e o bem-estar da cadeia produtiva à jusante deve ser absorvido pelos consumidores e pela sociedade:

“Implicit in our trade law is the notion that U.S. workers and businesses should compete on the basis of comparative advantage, but they should not have to adjust to unfairly traded goods. Consumers are expected to forgo the savings resulting from dumping or subsidies in the interests of producers of the product”¹⁶.



Os dois campos devem ser vistos como complementares, na medida em que as políticas antidumping oferecem um instrumento para o país se resguardar de desequilíbrios comerciais transfronteiriços resultantes de diversos fatores, ao passo em que o direito da concorrência zela pela ordem econômica a partir do momento em que esses bens atravessam a fronteira.

Esse princípio, entretanto, difere radicalmente dos princípios básicos do direito da

16 - STERN, P. New Directions for the Trade Laws, 18 GEO. WASH. J. INT'L L. & ECON. 709, 713 (1985). Paula Stern é ex-Chairwoman da Comissão de Comércio Internacional dos Estados Unidos (United States International Trade Commission – USITC), órgão responsável pelas determinações de dano nas investigações antidumping nos Estados Unidos.

concorrência, em que o objetivo fim é a alocação eficiente de recursos e o bem-estar do consumidor. Isso não significa, contudo, que as políticas de antidumping sejam contrárias às políticas de defesa da concorrência. Os dois campos devem ser vistos como complementares, na medida em que as políticas antidumping oferecem um instrumento para o país se resguardar de desequilíbrios comerciais transfronteiriços resultantes de diversos fatores, ao passo em que o direito da concorrência zela pela ordem econômica a partir do momento em que esses bens atravessam a fronteira.

Embora o antidumping seja direcionado às condições de concorrência da indústria doméstica com bens importados, é inegável que a sua aplicação terá sempre um efeito direto e imediato sobre o ambiente concorrencial interno. Nesse sentido, a escolha pela aplicação de medidas antidumping desponta como uma escolha de política pública. A ponderação quanto à necessidade e legitimidade de medidas protetivas da indústria doméstica frente às consequências que tais medidas geram sobre o ambiente concorrencial certamente perpassará pela noção de interesse público e significará, em última instância, uma decisão política para questões econômicas.

A aplicação de uma medida antidumping, por definição, diminui a concorrência no mercado interno, visto que é aplicada uma sobretaxa sobre as importações de determinadas origens. A aplicação de uma medida antidumping pode ter diversas consequências: (i) as importações da origem sob investigação podem continuar, desde que a um preço

mais alto; (ii) as importações da origem sob investigação podem diminuir, diminuindo, portanto, a rivalidade no mercado doméstico, permitindo à indústria doméstica aumentar seus preços; (iii) as importações da origem sob investigação podem diminuir, causando um aumento das importações de outras origens; e/ou (iv) em caso de bens primários ou intermediários, as importações da origem sob investigação podem diminuir, sendo substituídas por um aumento das importações do bem semiacabado ou do bem final.

É certo que, em qualquer dos cenários expostos acima, haverá um efeito na dinâmica concorrencial do mercado interno e, muito provavelmente, uma pressão ascendente sobre os preços finais. Com essa noção em mente, algumas medidas e mecanismos foram adotados por Estados e organizações internacionais, a fim de amenizar potenciais efeitos negativos de políticas antidumping sobre a concorrência.

Como exemplo, aponta-se que países-membros da OMC, reconhecendo que a aplicação de medidas antidumping pode gerar efeitos líquidos negativos para a economia como um todo, introduziram no artigo 9.1 do Acordo Antidumping a possibilidade e não a obrigação de imposição de medidas de defesa comercial, ainda que os critérios formais sejam atingidos¹⁷.

17 - O artigo 9.1 do Acordo Antidumping dispõe que "9.1 The decision whether or not to impose an anti-dumping duty in cases where all requirements for the imposition have been fulfilled, and the decision whether the amount of the anti-dumping duty to be imposed shall be the full margin of dumping or less, are decisions to be made by the authorities of the importing Member. It is desirable that the imposition be permissive in the territory of all Members, and that the duty be less than the margin if such lesser duty would be adequate to remove the injury to the domestic industry." https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/19-adp_02_e.htm#articleIX

No mesmo sentido, o Brasil e alguns outros países optaram por aplicar a “regra do menor direito” (*“lesser duty rule”*), que implica que o direito antidumping aplicado deve ser sempre inferior à margem antidumping apurada quando um montante inferior for suficiente para eliminar o dano à indústria doméstica. Isso finda por restringir a sobretaxa ao menor valor necessário para endereçar o dano causado à indústria doméstica¹⁸.

Essas medidas revelam a real preocupação de que as políticas antidumping podem ser danosas à concorrência e, muitas vezes, subvertidas para propósitos anticompetitivos. Exemplo concreto dessa possível subversão é o caso ocorrido na década de 1990 na indústria de ferrosilício dos Estados Unidos: produtores estadunidenses haviam formado um cartel para fixação de preços, mas foram prejudicados por produtores brasileiros, que exportavam metal mais barato. O cartel convidou os produtores brasileiros a participarem do conluio, ameaçando-os de peticionarem por uma medida antidumping que excluiria os produtos brasileiros do mercado. Os produtores brasileiros recusaram a oferta e, de fato, os produtores estadunidenses conseguiram uma medida antidumping que efetivamente excluiu todos os produtores brasileiros do mercado estadunidense de ferrosilício¹⁹.

18 - Decreto nº 8.058, de 26 de julho de 2013. 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.

19 - CHO, Op. cit., p. 357.

A situação real relatada é um claro exemplo de como a indústria doméstica pode valer-se de medidas de defesa comercial para fins anticompetitivos. Não à toa, desponta nos Estados Unidos uma corrente doutrinária que pede maior interação entre a defesa da concorrência e a defesa comercial. Notadamente, naquele país, há dados que mostram que os peticionários da indústria doméstica vêm manipulando e interpretando os dados de forma equivocada para fazer transparecer que as importações estão causando dano à indústria doméstica:

Currently, petitioners may manipulate antidumping proceedings by inflating, exaggerating, and even misrepresenting facts and data so as to prevail in dumping and injury determinations. Because there is no antitrust enforcement as a backstop to the illegitimate trade remedies created by these potential misrepresentations, restraints on competition pass into the marketplace. If left unchecked, the frequent abuse of trade remedies and corresponding stifling of market competition will result in tremendous damage to the economy²⁰.

Tal perspectiva certamente teria muito a acrescentar no cenário brasileiro. Atualmente existe um mecanismo de revisão de interesse público em medidas de defesa comercial que busca analisar os impactos positivos e negativos da imposição de medida de defesa comercial sobre os agentes econômicos e a economia brasileira como um todo.

20 - CHO, Op. cit., p. 362.

De acordo com o Ministério da Fazenda, “como qualquer ‘sobretaxa’ ou gravame adicional aplicado às importações, os direitos antidumping e compensatórios tendem a produzir impactos econômicos positivos para alguns, usualmente os produtores locais, e efeitos econômicos negativos para outros, em especial os compradores industriais e os consumidores finais”²¹. Em sua análise, o Grupo de Trabalho de Interesse Público (GTIP), órgão responsável pela avaliação técnica, observa o impacto na cadeia a jusante e a montante, a disponibilidade de produtos substitutos em origens não afetadas pela medida de defesa comercial, a estrutura do mercado e a concorrência, e a adequação às políticas públicas vigentes²².

Esse entendimento está em linha com as melhores práticas internacionais, expostas por Czako, Human e Miranda:

“While the AD Agreement does not require this approach, it is useful in avoiding collateral harmful effects from the imposition of definitive measures. For instance, the investigating authority may consider arguments from users of the dumped imports asserting

that, in the absence of the dumped imports, the user industry might not be viable, with consequential job losses. Such consideration might lead to the conclusion that definitive measures would cause more harm to other interests than benefit to the injured domestic industry, and lead to a decision not to impose them”²³.

“ [...] o mecanismo de revisão de interesse público poderia obter significativos avanços com o incremento do diálogo entre defesa comercial e defesa da concorrência.

Nesse contexto, o mecanismo de revisão de interesse público poderia obter significativos avanços com o incremento do diálogo entre defesa comercial e defesa da concorrência. Tomar o ambiente concorrencial em consideração certamente garantirá uma política pública mais efetiva e adequada para garantir o interesse público e o bom funcionamento da ordem econômica constitucional. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, como autoridade antitruste brasileira, poderia contribuir para esse objetivo, inclusive por meio de participação permanente no Comitê Executivo de Gestão – GECEX²⁴.

Como autarquia com dever legal de zelar pela concorrência e de investigar as infrações à ordem econômica, o CADE seria o órgão

21 - Cf. <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/comercio-exterior/avaliacao-de-interesse-publico-em-defesa-comercial>. Acesso em 08 ago. 2018.

22 - Art. 3º da Resolução CAMEX n. 29/2017. “Art. 3º Verifica-se presente o interesse público, para fins desta resolução, quando o impacto da imposição da medida de defesa comercial sobre os agentes econômicos como um todo se mostrar potencialmente mais danoso, se comparado aos efeitos positivos da aplicação da medida.

§ 1º Na análise poderão ser observados o impacto na cadeia a jusante e a montante, a disponibilidade de produtos substitutos em origens não afetadas pela medida de defesa comercial, a estrutura do mercado e a concorrência, e a adequação às políticas públicas vigentes.

§ 2º Os critérios a que faz referência o §1º não constituem lista exaustiva e nenhum deles, isoladamente ou em conjunto, será necessariamente capaz de fornecer indicação decisiva”

23 - Judith Czako, Johann Human and Jorge Miranda. “A Handbook of Anti-Dumping Investigations.” Cambridge University Press. 2003.

24 - Cf. <http://www.camex.gov.br/gecex>. Acesso em 08 ago. 2018.

responsável para analisar o ambiente concorrencial e verificar, por exemplo, se o uso das medidas de defesa comercial e outras medidas de comércio internacional (como a majoração de impostos de importação por meio da Lista de Exceções à Tarifa Externa Comum – LETEC) acabam por figurar como estratégia exclusionária ou, até mesmo, como abuso do poder econômico, vedado pelo art. 173, §4º da Constituição Federal e pela Lei 12.529/2011.

Com esse tipo de análise, a escolha pela aplicação de medidas de defesa comercial será melhor instruída e estará mais apta a endereçar problemas da economia brasileira como um todo, tornando-se uma política pública melhor legitimada e efetiva. É em vista disso que o diálogo entre as políticas de defesa da concorrência e de defesa comercial deve ser incentivado. As contribuições recíprocas que os dois ramos podem trazer resultarão em políticas mais efetivas para o desenvolvimento econômico do Brasil



INTERAÇÃO ENTRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E DEFESA COMERCIAL: POSSIBILIDADES

Simone Maciel Cuiabano

Assessora – Assessoria Especial do Ministro da Fazenda.

A defesa comercial, importante mecanismo para garantir um comércio internacional justo, é composta de três instrumentos: as medidas antidumping, que implicam em sobretaxar produtos importados que sejam vendidos a preços de dumping, isto é, inferiores ao valor normal comercializado no país de origem; as medidas compensatórias, que visam compensar a indústria doméstica pelos subsídios existentes na indústria de outro país; e as salvaguardas, que buscam proteger a indústria de um país de um surto de importações que estejam causando graves prejuízos a esta. Os dois primeiros instrumentos, dispostos na Lei 9.019/95, adequaram a legislação brasileira às normas do Acordo Geral de Comércio e Tarifas (GATT), do qual o Brasil é membro fundador, isto é, desde seu estabelecimento, em 1947.

A defesa da concorrência, por sua vez instituída pela Lei 12.529/11, em substituição a diversas outras leis antitrustes promulgadas anteriormente¹, estabelece medidas para a garantia do princípio constitucional da livre concorrência, como a análise prévia de fusões e aquisições de empresas e a aplicação de penalidades administrativas nos casos de

condutas anticompetitivas, como acordar ou manipular preços de bens e de serviços e abusar de posição dominante no mercado em que uma empresa atue.

No cotejo entre as políticas interventivas do Estado no domínio econômico, pode-se afirmar que ambas legislações visam à promoção de um comércio justo, pelo qual tanto os direitos dos consumidores, quanto os direitos das empresas, sejam respeitados sem abuso. Assim sendo, tanto o antitruste, quanto a defesa comercial, objetivam a manutenção do equilíbrio econômico.

Em que pese os dois institutos destinarem-se ao alcance do comércio justo, as políticas que promovem a defesa comercial, em especial as medidas antidumping, têm como foco específico tutelar as empresas nacionais destituídas de incentivo fiscal e econômico, o que lhes acarretam a perda da capacidade competitiva frente às indústrias internacionais.

Por outro lado, as políticas antitruste miram, basicamente, a proteção do consumidor contra os abusos econômicos, isto é, buscam assegurar o respeito ao interesse geral e coletivo da livre concorrência.

¹ - A legislação antitruste no Brasil remonta à 1945, conhecida como Lei Malaia (Decreto-lei 7.666/45).

É possível afirmar que o antidumping é o instrumento de defesa comercial das empresas nacionais, enquanto o antitruste é seu meio de garantir a concorrência como “regra do jogo”. Também é correto afirmar que o dano causado pelo dumping recai sobre a quantidade de produtos comercializados, que sofrem queda brusca em relação aos produtos importados. Noutra vertente, no antitruste, a análise do dano não se pauta na queda das vendas das empresas nacionais, mas no dano aos consumidores brasileiros que sofrem graves lesões em seus direitos de concorrência. Por isso a importância de tornar a interação entre o antitruste e o antidumping cada vez mais constante, e não pontual.

“ O diálogo entre a defesa comercial e a defesa da concorrência tem sido objeto de análise tanto no Brasil, quanto no exterior. Reconhece-se que a liberalização ao comércio internacional promove a concorrência interna, o aumento do crescimento econômico e da produtividade, objetivos perseguidos pelas Autoridades de Defesa da Concorrência ao redor do mundo.

O diálogo entre a defesa comercial e a defesa da concorrência tem sido objeto de análise tanto no Brasil, quanto no exterior. Reconhece-se que a liberalização ao comércio internacional promove a concorrência interna, o aumento do crescimento econômico e da

produtividade, objetivos perseguidos pelas Autoridade de Defesa da Concorrência ao redor do mundo².

Levinsohn (1994)³, em um estudo que fez parte de projeto em Comércio Internacional e Investimento nos Estados Unidos, conclui que uma política comercial em mercados imperfeitamente competitivos, na ausência de uma política de defesa da concorrência, pode gerar resultados adversos, como medidas antidumping em mercados oligopolísticos, que ocasionam preços maiores tanto para as empresas exportadoras como para as competidoras nacionais, gerando maior lucratividade para as firmas às expensas do consumidor doméstico.

Applebaum (1997)⁴ ressalta que a relação entre o comércio internacional e as leis antitruste é universalmente observada como tópico importante que tem merecido atenção constante tanto na Organização Mundial do Comércio (OMC), quando na Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e em acordos regionais, como o Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA). Na OMC⁵, em 1998, foi formado um grupo de trabalho sobre concorrência e comércio (*Working Group on Trade and Competition*). O autor chama a

2 - CHEN, N., J. IMBS, A. SCOTT (2009): “The Dynamics of Trade and Competition” *Journal of International Economics*, 77(1), 50–62; GROSSMAN, G. and E. HELPMAN (1991): *Innovation and Growth in the Global Economy*, The MIT Press.; AGHION, P., C. HARRIS, P. HOWITT and J. VICKERS (2001): “Competition, Imitation and Growth with Step-by-Step Innovation”, *Review of Economic Studies*, 68(3), 467–492.

3 - LEVINSOHN, J. (1994). *Competition policy and international trade* (No. w4972). National Bureau of Economic Research.

4 - APPLEBAUM, H. M. (1997). *The Interface of the Trade Laws and the Antitrust laws*. *Geo. Mason L. Rev.*, 6, 479.

5 - https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/bey3_e.htm#investment.

atenção que a principal controvérsia entre a defesa da concorrência e a defesa comercial está na forma de se provar o dano e o preço predatório. No caso da defesa comercial, a simples comparação de preços entre países basta para comprovação de dano. No caso do antitruste, exige-se mais evidências para provar o preço predatório, tendo por base a necessidade de se provar que os preços estão abaixo dos custos de produção.

“ A política de concorrência protege o processo competitivo e não os competidores, maximizando a eficiência econômica (alocativa, distributiva e dinâmica), o que se reflete em preços eficientes, qualidade superior dos produtos e inovações.

No Brasil, Macera e Monteiro (2008)⁶, em análise aprofundada sobre a interação entre a política de concorrência e a política comercial, afirmam que as duas perseguem fins comuns – à medida que visam à remoção de barreiras concorrenciais, embora cada uma atue com instrumentais diferentes. A política de concorrência protege o processo competitivo e não os competidores, maximizando a eficiência econômica (alocativa, distributiva e dinâmica), o que se reflete em preços eficientes, qualidade superior dos produtos e inovações.

Já a política de liberalização comercial tem foco na facilitação de acesso a mercados

6 - MACERA, A. P., & MONTEIRO, C. D. B. (2008). Antitruste versus Antidumping: Reconciliando Políticas através da Cláusula do Interesse Nacional. Revista de Políticas Públicas e Gestão Governamental, 7(1).

por meio da redução de tarifas ou restrições quantitativas e eliminação de barreiras ao investimento estrangeiro direto.

A concorrência das importações torna-se essencial em mercados nos quais existem elevadas barreiras à entrada – por exemplo, economias de escala, custos irrecuperáveis (*sunk costs*) e tecnologia –, dificultando o exercício de poder de mercado das empresas dominantes, ponto que faz parte do dia-a-dia das análises de fusões e aquisições do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), conforme orienta o Guia para Análise de Concentrações Horizontais (2016)⁷.

“ [...] uma vez beneficiados setores já produtivos e com maior margem de lucro bruto, os resultados da aplicação das medidas não se traduzem em benefícios para a atividade econômica em geral.

Em estudo recente, Kannebley Jr et al. (2017)⁸ concluem, de forma preocupante, que as ações antidumping aplicadas a firmas estrangeiras (peticionadas por firmas brasileiras) têm favorecido firmas nacionais de grande porte, corroborando com a tese que a aplicação de medidas antidumping pelo governo brasileiro tem contribuído para o ambiente de redução da produtividade

7 - http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf/view

8 - KANNEBLEY JR, S., REMÉDIO, R. R., OLIVEIRA, G. A.S. (2017). Antidumping e Concorrência no Brasil: uma avaliação empírica. Documento de Trabalho 01/2017 DEE/CADE. <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/documento-de-trabalho-antidumping-e-concorrenca-no-brasil.pdf>

da indústria, juntamente com o aumento do poder de mercado das firmas diretamente beneficiadas por essas medidas. Os autores ainda afirmam que, uma vez beneficiados setores já produtivos e com maior margem de lucro bruto, os resultados da aplicação das medidas não se traduzem em benefícios para a atividade econômica em geral.

A interação entre as políticas de comércio exterior e antitruste é tão evidente quanto polêmica. Cabe ao Cade, ao zelar pela Lei 12.529/11, sugerir que a formulação, adoção, implementação e coordenação de políticas e de atividades relativas ao comércio exterior estejam de acordo com as práticas concorrenciais adequadas, promovendo a competitividade internacional do Brasil de maneira justa. Medidas de comércio exterior que ensejem práticas proibidas pela lei antitruste, como acordos de preços, restrições quantitativas de comércio e punição a certos tipos de diferenciações de preços, devem ser coibidas e advertidas pela Autoridade de Concorrência junto ao Conselho de Ministros da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), autoridade responsável pela aplicação de medidas de defesa comercial no Brasil.

A relação entre órgãos de defesa da concorrência e de defesa comercial não é exclusividade do Brasil. Nos Estados Unidos, o Guia de Fusões do Department of Justice (DOJ) faz referência explícita ao papel das quotas de importações na análise dos efeitos anticompetitivos de uma fusão. Nesse país, as investigações de práticas antidumping são feitas por dois órgãos, o Enforcement and Compliance, ligada

ao Departamento de Comércio dos Estados Unidos, e o International Trade Commission, que é uma agência federal independente equivalente a uma autarquia brasileira. No entanto, o DOJ participa das revisões anuais das medidas antidumping, podendo interferir na prorrogação ou suspensão da medida⁹. Ademais, tanto os Estados Unidos quanto a União Europeia possuem em suas legislações antidumping dispositivos que estabelecem que a discriminação de preços deve ser praticada por um monopolista para caracterizar o preço predatório e, por conseguinte, o dano.

A agenda de possibilidades para uma melhor interação entre a política de defesa da concorrência e a defesa comercial, portanto, passa pela participação ativa e institucionalizada do Cade na CAMEX. A Autoridade Antitruste seria a responsável por fazer com que as decisões do órgão colegiado sejam ponderadas pelas preocupações concorrenciais e de garantia do bem-estar do consumidor. A sociedade, como um todo, agradece.

9 - WOLFRUM, R., STOLL, P. T., & KOEBLE, M. (Eds.). (2008). WTO: Trade remedies (Vol. 4). Brill.



CONCORRÊNCIA E DEFESA COMERCIAL: ENCONTRO OU DESENCONTRO?

Juliana Oliveira Domingues

Professora Doutora de Direito Econômico e de Direito Antitruste, criadora da disciplina eletiva de Defesa Comercial na FDRP/USP, com Pós-Doutorado na Georgetown University. Advogada e Consultora.

A possível – ou necessária – interação entre as políticas de defesa da concorrência e de defesa comercial depende de uma compreensão abrangente (ou holística) dos efeitos gerados pelos diferentes objetivos traçados por ambas, especialmente quando cada uma é aplicada isoladamente.

A própria Organização Mundial do Comércio (OMC) já reconheceu a importância da defesa da concorrência para o comércio em seu documento de trabalho (“contribuição da política de concorrência no atendimento dos objetivos da OMC, inclusive na promoção do comércio internacional”¹).

Traçar em que medida as políticas de defesa da concorrência e de defesa comercial são complementares, ou antagônicas, passa a ser cada vez mais necessário quando compreendemos a dinâmica dos mercados e seus possíveis efeitos. Considera-se, preliminarmente, que negligenciar as interações entre essas políticas tende a gerar diretrizes equivocadas².

No Brasil, cada política é delineada por autoridades específicas³ que não são necessariamente comunicantes. O direito da concorrência e a defesa comercial possuem arcabouços jurídicos próprios e independentes, os quais são efetivamente aceitos na medida em que permitem a especialização de órgãos que tratam de temas repletos de especificidades.

Entretanto, se há algum tempo a teoria já apontava uma necessária interação entre elas, na última década, os casos práticos reforçam a imprescindibilidade do “diálogo” quando temos em jogo mercados estratégicos, onde há o encontro entre ambas as políticas.

entende-se que a relação entre o direito do comércio internacional e o direito da concorrência pode ser analisada em dois níveis: i) Genérico - quando da realização de análise teórica sobre a interação das matérias; e ii) Específico - quando da realização de análise prática sobre a interação dos temas, ou seja, sobre os efeitos da adoção de políticas comerciais e concorrenciais dentro de um Estado ou entre os Estados. Nesse segundo nível, é importante enfatizar que as interações sofrerão modificações conforme a influência de variáveis, tais como: i) o tamanho da economia dos países, ii) as políticas por eles adotadas, iii) o grau de envolvimento com as regras de liberalização do comércio, dentre outras Cf. DOMINGUES, Juliana Oliveira. “Concorrência e Comércio Internacional: Reflexões sobre as Duas Faces da Mesma Moeda”. O Direito Brasileiro em Evolução – Estudos em Homenagem à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. São Paulo: Almedina, 2017.

3 - De um lado, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), e de outro o DECOM/SECEX/MIDIC e GAMES.

1 - WT/WGTCP/5, 2001, p. 31-32

2 - LEVINSOHN, James. Competition Policy and International Trade. National Bureau of Economic Research. “Working Paper No. 4972”, 1994, p. 12. Esta questão é relevante quando centrada na delimitação do escopo de cada política. Em estudo anterior, já foi possível destacar que: A relação entre os dois temas pode ser verificada sob diferentes perspectivas. Em primeiro lugar,

Quanto à forma, avaliando os dois temas, encontramos grandes diferenças⁴. Na defesa da concorrência, preliminarmente os casos demandam a definição do mercado relevante sob a dimensão produto e geográfica, o que, regra geral, é feito com base no “teste do monopolista hipotético”⁵, bem como a avaliação da probabilidade do exercício unilateral (ou coordenado) de posição dominante (ou poder de mercado).

No antidumping, a análise ocorre de forma distinta, por meio de similaridade do produto - *like product*⁶. Contudo, não leva em consideração o critério de substitutibilidade incorporado na análise antitruste⁷ o que pode gerar distorções em situações específicas (vide, por exemplo, o caso dos alto-falantes já comentando em estudo anterior sobre o tema⁸).

4 - Em uma investigação de dumping, por exemplo, a autoridade (DECOM) deve verificar a existência de dumping, dano e o nexo causal (entre o dumping e o dano) para que a medida seja aplicada dentro dos ditames da OMC incorporados por nossa legislação.

5 - “Para a delimitação do mercado relevante podem ser utilizados alguns testes econômicos, entre os quais o teste do “monopolista hipotético”. Esse teste delimita o mercado relevante como sendo o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um “pequeno, porém significativo e não transitório”, aumento de preços.” Cf. GABAN, Eduardo.; DOMINGUES, Juliana O. Direito Antitruste. 4 Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 107.

6 - Veja-se, também: DOMINGUES, Juliana O. Cartéis de exportação: uma análise do tratamento das isenções no contexto internacional. In. Ideia em Competição - 5 anos do Prêmio IBRAC-TIM. São Paulo: Singular, 2015, nota de rodapé no.15, p. 373.

7 - No mesmo sentido: DOMINGUES, Juliana Oliveira. “Concorrência e Comércio Internacional: Reflexões sobre as Duas Faces da Mesma Moeda”. O Direito Brasileiro em Evolução – Estudos em Homenagem à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. São Paulo: Almedina, 2017. Sobre a diferença entre *like product* e a definição de mercado relevante veja-se também: DOMINGUES, Juliana Oliveira. Concorrência e Defesa Comercial. In: Zanotta, Pedro; Brancher, Paulo. (Org.). Desafios Atuais do Direito da Concorrência. São Paulo: Singular, 2009, p. 147-167.

8 - “[...] no que diz respeito ao mercado do produto, o conceito de *like product*, utilizado na análise de defesa comercial, é bastante vago, não havendo um critério de substitutibilidade tal como o teste do monopolista hipotético no antitruste [...] Nesse caso específico não só os produtos (diferentes tipos de alto-falantes)

Em contrapartida, mesmo havendo diferenças, há semelhanças importantes, como as verificadas no tocante à *due process clause*, isto é, ambos os processos são administrativos e contenciosos, já que submetidos aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa – conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (“STF”) e do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”).



[...] a aplicação de direito antidumping eleva a probabilidade de exercício unilateral de poder de mercado, ou de abuso de poder econômico, já que se elimina - de maneira artificial - a concorrência das importações no território nacional.

Não menos importante, vale destacar que a aplicação de direito antidumping eleva a probabilidade de exercício unilateral de poder de mercado, ou de abuso de poder econômico, já que se elimina – de maneira artificial – a concorrência das importações no território

eram distintos e não substituíveis, como a indústria doméstica sequer possuía meios de atender a demanda por alto-falantes para todas as linhas de áudio e vídeo. [...] era fato incontroverso que a importação de alto-falantes para equipamentos eletrônicos de áudio e vídeo jamais poderia prejudicar os fabricantes domésticos de alto-falantes para o seguimento automotivo, pois esses produtos não são substitutos Cf. DOMINGUES, Juliana Oliveira. A definição do produto nas investigações de dumping e a contribuição do direito da concorrência. In. DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo M. Estudos de Direito Econômico e Economia da Concorrência. – Em homenagem ao Prof. Fábio Nusdeo. Curitiba: Juruá, 2009, p. 170-175. De acordo com a Portaria No 46, De 23 de Dezembro de 2011 do MDIC/ SECEX (Publicada no D.O.U. de 29/12/2011) o petiçãoário deve “[...] 2.1. Descrever pormenorizadamente o produto objeto do pleito, especificando, conforme se aplique: matéria(s)-prima(s); composição química; modelo; dimensão; capacidade; potência, forma de apresentação, usos e aplicações e canais de distribuição. Informar outras características consideradas relevantes com vistas à identificação do produto objeto do pleito”, mas não há previsão equivalente aos testes utilizados no antitruste para averiguar a substitutibilidade do produto. Como exemplo veja-se o Ofício n. 05.190/2013/CGMC/DECOM/ SECEX referente à avaliação de escopo do produto “Alto-Falante” de 09 de julho de 2013.

nacional. Ou seja, protege-se de um lado, por meio da aplicação de defesa comercial, mas, por outro lado, elevam-se as barreiras à entrada e/ou elimina-se a rivalidade no mercado interno proporcionada pela oferta de produtos importados a menores preços⁹. Potencializa-se, assim, comportamento oportunista e abusivo por parte dos beneficiários das medidas de defesa comercial: a sociedade pode perder se essa dualidade não for devidamente ponderada antes da decisão de se impor qualquer medida que elimine a concorrência e gere resultado líquido negativo em termos de bem-estar social.

Considerando os efeitos sistêmicos que uma medida pode desencadear, passa a ser salutar questionar até que ponto faz sentido a dicotomia “purista” entre os mecanismos de concorrência (antitruste) e os de defesa comercial. Ainda que existam objetivos específicos distintos, as finalidades de ambas as políticas devem inexoravelmente buscar a consecução dos objetivos da ordem econômica constitucional. Nesse contexto, há hipóteses em que questões concorrenciais deveriam ser consideradas pela autoridade de defesa comercial e vice-versa.

É inquestionável a identificação de sobreposições, sendo necessária a coordenação entre os diferentes órgãos de

9 - Vale uma reflexão baseada na Lei 13.655/18, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Nesse sentido, passa a ser ainda mais importante a motivação das decisões administrativas, nos termos dos arts. 20 e 21 da LINDB, uma vez que “[...] não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.” (art. 20), e “[a] decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.” (art. 21).

Governo e de Estado antes de se decidir por privilegiar um ou outro conjunto de bens jurídicos (já que estamos diante do claro dilema do “cobertor curto”, do trade off, ou da eficiência potencial de Pareto aos adeptos da linha de *Kaldor-Hicks*).

“ [...] a imposição de medidas antidumping também precisa ser repensada para que não se torne um meio para a manutenção artificial de mercados oligopolizados ou, no limite, monopolizados.

Do ponto de vista do comércio internacional, especialmente diante de diversos acordos firmados pelo Brasil para a liberalização do mercado, a imposição de medidas antidumping também precisa ser repensada para que não se torne um meio para a manutenção artificial de mercados oligopolizados ou, no limite, monopolizados. É sempre bom lembrar o que está em jogo e quais são os interesses do Estado Brasileiro, em respeito à Constituição Federal de 1988.

O recente estudo do Departamento de Estudos Econômicos (**DEE**) do CADE¹⁰ concluiu, por exemplo, que a aplicação de medidas antidumping pode resultar menor produtividade da indústria local e aumento do poder de mercado das empresas beneficiadas pela imposição da medida. Referido estudo é importante, pois denota que o uso de medidas

10 - CADE. “*Antidumping e Concorrência no Brasil: Uma avaliação empírica*”, Documento de Trabalho nº 001/2017, Departamento de Estudos Econômicos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2017.

antidumping estaria relacionado à diminuição da concorrência. Neste sentido, as medidas poderiam ocasionar prejuízos aos demais setores industriais, fato não suficiente a contrabalançar o benefício concedido à indústria protegida.

“ Sem concorrência, a elevação dos preços e a eliminação de incentivos à inovação são resultados muito prováveis.

A prática tem denotado que aspectos concorrenciais também são primordiais quando da avaliação de interesse público, para ponderar sobre a imposição ou a manutenção das medidas antidumping. Isto porque, ao proteger a indústria doméstica, a medida antidumping pode resultar na imposição de uma barreira à entrada ou pode eliminar rivalidade existente no mercado. Consequentemente, teríamos menor concorrência no mercado nacional diante da limitação do ingresso do produto importado (i.e., menor rivalidade). Sem concorrência, a elevação dos preços e a eliminação de incentivos à inovação são resultados muito prováveis.

Outro aspecto que reforça a interação dos temas é a avaliação da importação quando se define o mercado relevante. Este é um dos pontos analisados pela autoridade de defesa da concorrência ao avaliar a probabilidade de exercício de poder de mercado de certo agente ou grupo de agentes econômicos em um mercado. Neste ponto, a autoridade

de defesa da concorrência passa a avaliar, inevitavelmente, o impacto das medidas antidumping na concorrência.

Quando passamos à análise da nossa jurisprudência recente, o tema apresenta contornos ainda mais expressivos, já que há casos relevantes em que a concorrência foi considerada na avaliação de interesse público com a suspensão - ou alteração - de medidas antidumping. As impressões são reforçadas quando colocamos no centro casos relevantes analisados pelo CADE¹¹. Ao explorar casos concretos, intensificase a necessidade do diálogo entre as autoridades, ainda que não exista uma necessária harmonização dessas políticas para otimizar a relação entre os temas¹². Há diversos casos importantes e relativamente recentes para nossa reflexão¹³.

Ao final, seja com base na teoria, seja com base na experiência, há elementos suficientes a transparecer relação de complementaridade e de interdependência entre a Política Antitruste e a Política de Defesa Comercial. Justificam-se, assim, esforços para interação e efetiva cooperação entre autoridades¹⁴

11 - Vide, por exemplo, os casos envolvendo ABIPET, BRASKEN, Novo Nordisk, entre outras.

12 - Entre os casos importantes e relativamente recentes para nossa reflexão conseguimos identificar diferentes mercados, tais como N-Butanol (Resolução Camex no 76/2011, alterada pela Resolução Camex no 48/2014 e Resolução Camex no 71/2017 e Resolução Camex no 127/2016); Sal grosso originário do Chile (Resolução Camex no. 61/2011 e Resolução Camex no. 74/2017); Laminados planos (Nota Técnica Seae/SPE no 01/2018), entre outros.

13 - Sobre a harmonização de políticas, veja-se LEVINSOHN, 1994, p. 18-27.

14 - “[...] o comércio e as políticas concorrenciais são mutuamente reforçadores e complementares em vários aspectos. [...] a política de concorrência facilita o comércio ao remover restrições a fluxos comerciais. Ao mesmo tempo, [...] a política comercial encoraja a concorrência ao diminuir tarifas e eliminar barreiras não tarifárias. [...] as autoridades concorrenciais poderiam também

incumbidas da concretização de referidas Políticas de Estado.

Nos termos do artigo 3º do Decreto nº 8.058/2013, as medidas antidumping podem ser suspensas, ou alteradas, por razões de interesse público. Para tanto, verifica-se o impacto da medida para os outros elos da cadeia, à montante ou à jusante, assim como os efeitos da diminuição da importação para a concorrência. Logo é muito importante o papel da Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência ("SEPRAC/MF")¹⁵ na análise do impacto concorrencial da imposição de medidas de defesa comercial¹⁶. Da mesma forma, os pareceres emitidos, ainda que não-vinculativos, ou obrigatórios em todos os processos, tendem a contribuir para a melhor compreensão dos mercados e dos problemas atinentes ao caso concreto.

desempenhar atividade em casos de [aplicação de] remédios comerciais, ao assegurar que um balanço apropriado seja feito entre os interesses da indústria doméstica e dos consumidores. O documento [WT/WGTCP/5] reconhece que a relação entre comércio e políticas concorrenciais nasce em diferentes contextos históricos e nacionais. [...] considerou-se como as condições anticoncorrenciais poderiam ser resolvidas por meio de uma maior complementaridade entre o comércio internacional e as políticas de concorrência (por exemplo, menos espaço e liberdade para compensação por meio de medidas de defesa comercial). Foi feita também referência aos relatórios da OCDE, que abordaram aspectos da complementaridade" In. DOMINGUES, Juliana O. Concorrência na OMC: o entusiasmo do passo e a incerteza do futuro. In. MAILLART, Adriana S. (Org.). Direito do Comércio Internacional - Atualidades e Tendências - Homenagem ao Prof. Dr. Welber Barral. Curitiba: Juruá, 2015, p. 145.

15 - De acordo com o Decreto no. 9.266/2018, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) foi extinta e foram criadas duas novas secretarias: a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC) e a Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria. A SPPAC será responsável pelas atribuições, até então exercidas pela SEAE, em matéria de defesa da concorrência.

16 - Lei 12.529/2011, "Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade cabendo-lhe, especialmente, o seguinte: [...] VII - manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos"

No Brasil, uma pauta recente envolvendo concorrência e defesa comercial, refere-se a possível participação do CADE no Conselho da Camex. Esta possibilidade tende a produzir resultados positivos, à medida que questões concorrenciais são relevantes na análise do interesse público, conforme demonstrado pelos casos recentes. O Conselho da CAMEX é formado por membros de múltiplos ministérios, de forma que, ao trazer visão complementar, a participação de um representante do CADE beneficiará as decisões ao mitigar efeitos nocivos de medidas que desconsiderem efeitos no ambiente regulado pelo direito concorrencial.

Em adição à possível participação do CADE na CAMEX, entende-se bastante pertinente a criação de mecanismos efetivos de cooperação. Uma cooperação real firmada por meio de instrumentos jurídicos, como acordos de cooperação entre as autoridades, pode ser um outro modelo simples e rápido, ainda que sejam preservadas as competências individuais. Por meio de uma cooperação institucional, possíveis distorções podem ser mitigadas sem depender exclusivamente de esforços individuais entre as diferentes autoridades envolvidas.

Considerações Finais

Com base no arcabouço teórico e case law, fica evidente a interação entre concorrência e instrumentos de defesa comercial. Neste sentido, podem ser sumarizados os seguintes aspectos relevantes:

1) Quanto ao papel da SEPRAC:

Os pareceres emitidos pela SEPRAC, ainda que não vinculativos ou obrigatórios em todos os processos, efetivamente contribuem para a análise mais ampla dos efeitos de qualquer medida.

2) Quanto à participação do CADE no Conselho da Camex:

a proposta de ter um membro do CADE na CAMEX também tende a propiciar um canal de interação e de comunicação entre os órgãos, além de permitir a análise mais ampla que abarque, de forma adequada e abrangente, as questões concorrenciais relevantes.

3) Quanto aos instrumentos de Consulta no CADE:

quando os temas de concorrência e comércio se tocam, uma forma possível de enfrentamento no CADE¹⁷ é a utilização do instrumento de Consulta. Entretanto, a sua utilização tem sido negligenciada.

4) Quanto à transparência:

maior transparência passa a ser eminente, seja para elucidar os parâmetros do art. 3º da Resolução CAMEX nº 29/2017, seja para elucidar as avaliações de interesse público e sua respectiva motivação.

Por fim, espera-se mais medidas por meio do alinhamento de ideias das diferentes autoridades, para que ambas as políticas possam continuar a cumprir os seus objetivos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. MDIC/SECEX. Portaria No. 46, De 23 de Dezembro de 2011. (Publicada no D.O.U. de 29/12/2011)

BRASIL. MDIC/SECEX. Ofício n. 05.190/2013/CGMC/DECOM/SECEX. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/secex/decom/Documentos_Avaliação_Escopo/130709_of_05190_RFB_consulta_escopo_alto-falantes.pdf> Acesso em: julho de 2018.

BRASIL. Resolução CAMEX nº 29/ 2017. Disciplina, no âmbito do Grupo Técnico de Avaliação de Interesse Público (GTIP), os procedimentos administrativos de análise de pleitos.

DOMINGUES, Juliana Oliveira. Concorrência e Comércio Internacional: Reflexões sobre as Duas Faces da Mesma Moeda. In. LIMA, C. et al (Org). O Direito Brasileiro em Evolução – Estudos em Homenagem à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. São Paulo: Almedina, 2017.

DOMINGUES, Juliana Oliveira. Concorrência e Defesa Comercial. In: Zanotta, Pedro; Brancher, Paulo. (Org.). Desafios Atuais do Direito da Concorrência. São Paulo: Singular, 2009, p. 147-167.

DOMINGUES, Juliana Oliveira. A definição do produto nas investigações de dumping

¹⁷ - Evitar situações como a identificada no caso ABIPET, onde uma consulta foi realizada pela indústria em caso claro de competência do CADE para tanto; contudo, em razão de sua leitura sobremodo restritiva do instituto, o Conselho não conheceu do caso como consulta e se pronunciou com base no direito constitucional de petição, proferindo sua opinião no sentido de reconhecer que a utilização de regimes especiais aduaneiros, como o drawback e a regra de origem, distorceram o ambiente competitivo no Brasil no mercado de pré-formas. CADE. Consulta nº 08700.001710/2012-13. Requerentes: Associação Brasileira da Indústria Pet - ABIPET.

e a contribuição do direito da concorrência. In. DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo M. Estudos de Direito Econômico e Economia da Concorrência. – Em homenagem ao Prof. Fábio Nusdeo. Curitiba: Juruá, 2009, p. 165-177.

DOMINGUES, Juliana O. Concorrência na OMC: o entusiasmo do passo e a incerteza do futuro. In. MAILLART, Adriana S. (Org.). Direito do Comércio Internacional - Atualidades e Tendências - Homenagem ao Prof. Dr. Welber Barral. Curitiba: Juruá, 2015.

DOMINGUES, Juliana O. Cartéis de exportação: uma análise do tratamento das isenções no contexto internacional. In. Ideias em Competição - 5 anos do Prêmio IBRAC-TIM. São Paulo: Singular, 2015, p. 369-392.

GABAN, Eduardo M.; DOMINGUES, Juliana O. Direito Antitruste. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HOEKMAN, Bernard. Competition Policy and Preferential Trade Agreements. World Bank and Center for Economic Policy Research, 1998.

LEVINSOHN, James. Competition Policy and International Trade. National Bureau of Economic Research. Working Paper No. 4972, 1994.

WTO. Report (2001) of the Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy to the General Council. WT/WGTCP/5. 08 October 2001.



O BRASIL E AS NEGOCIAÇÕES INTERNACIONAIS DE COMPRAS GOVERNAMENTAIS

José Carlos Cavalcanti
de Araújo Filho

Coordenador-Geral da Secretaria de Assuntos Internacionais do Ministério do Planejamento

Introdução

As primeiras tentativas importantes de regulação internacional sobre as compras governamentais no âmbito do comércio internacional ocorreram durante a Rodada Tóquio (1973-1979), sob a forma da elaboração de um acordo plurilateral então denominado de “Código sobre Compras Governamentais da Rodada Tóquio”. A partir das sucessivas emendas, o antigo “código” deu origem ao conjunto de compromissos consolidados no Acordo Sobre Compras Governamentais (“**Government Procurement Agreement**” - GPA). A Rodada Uruguai, que resultou na criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), não incorporou o GPA ao **single undertaking**, isto é, ao conjunto de compromissos vinculantes aos quais todos os Membros do recém-criado organismo deveriam assumir, permanecendo este um acordo plurilateral da OMC.

Atualmente aplicável a apenas 47 Membros da OMC, que constituem as 19¹ Partes do GPA, contando a União Europeia como uma parte,

1 - Alemanha, Armênia, Áustria, Bélgica, Bulgária, Canadá, Cingapura, Chipre, Coreia do Sul, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Estados Unidos, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Holanda, Hong Kong, Islândia, Israel, Irlanda, Itália, Japão, Letônia, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Moldova, Nova Zelândia, Noruega, Polônia, Portugal, Espanha, Suécia, Suíça, Reino Unido, República Checa, Romênia, Taiwan e Ucrânia.

a versão atual do GPA, de 2004, é o marco de referência para os diversos compromissos em matéria de contratações públicas presentes em acordos de livre comércio firmados desde então entre seus Membros e terceiras partes.

De maneira geral, os acordos em matéria de compras governamentais incluem compromissos de transparência e não discriminação nas contratações públicas realizadas por uma parte, reduzindo obstáculos à participação estrangeira nas aquisições de bens e serviços pelo Estado e criando ou aumentando oportunidades comerciais a serem exploradas pelas partes. Tais oportunidades contribuem para intensificar a internacionalização de empresas, seja por meio das atividades de exportação, seja pela realização de investimentos em novos territórios, além de permitir maior concorrência nas compras governamentais com potencial redução do gasto público.

Com o objetivo de intensificar sua integração econômica e comercial a mercados internacionais, de aumentar sua inserção nos fluxos de comércio internacional de maneira competitiva e de aperfeiçoar o ambiente econômico em geral, o Brasil tem buscado

assumir compromissos nas negociações comerciais com diversos países e regiões do mundo em um amplo escopo de disciplinas que afetam o desempenho dos seus agentes produtivos privados, tais como comércio de bens, comércio de serviços, investimentos, propriedade intelectual, facilitação do comércio e compras governamentais. A natureza dinâmica dos processos negociadores e da economia política nacional e internacional motivam a discussão sistemática de temas e de políticas que afetam o comércio exterior.

“ Em particular, é oportuno examinar a posição do governo brasileiro no que se refere ao tratamento de certas políticas de contratação pública e sua compatibilidade com os compromissos de tratamento não discriminatório e pró-competitivo, preconizados em acordos internacionais dessa natureza.

O aprofundamento da discussão sobre a dimensão internacional das compras governamentais no âmbito dessas negociações se revela fundamental nesse contexto. Em particular, é oportuno examinar a posição do governo brasileiro no que se refere ao tratamento de certas políticas de contratação pública e sua compatibilidade com os compromissos de tratamento não discriminatório e pró-competitivo, preconizados em acordos internacionais dessa natureza.

Compras governamentais e “valor”

Entende-se por compras governamentais o processo de aquisição de bens e serviços por entidades do setor público, em conformidade com as leis e normas em vigor, com vistas a garantir o funcionamento da administração pública e prover serviços à sociedade nas mais diversas áreas, tais como educação, saúde, cultura, defesa, segurança, etc.

Uma vez que chegam a representar recursos da ordem de 13,8 % do PIB nacional, as compras governamentais (ou compras públicas) podem influenciar significativamente na demanda agregada, afetando o desempenho dos agentes produtivos. Não por acaso, é relativamente comum entre os países a utilização do poder de compra do Estado para políticas de desenvolvimento, embutindo objetivos como a inovação, a geração de empregos, a canalização de investimentos e o desenvolvimento produtivo. Do mesmo modo, devido à importância dos recursos mobilizados, é fundamental que o Estado aplique os princípios de transparência e de eficiência em suas aquisições de bens e serviços.

É importante notar que, ao decidir utilizar seu poder de compra para fomentar a produção doméstica de determinados bens e serviços, por exemplo, o setor público se propõe a arcar com custos ocultos ou não mensurados em troca do desenvolvimento da indústria local.

A concorrência entre fornecedores, por seu efeito na diminuição dos preços, é condição imperativa para o alcance da eficiência

na aplicação dos recursos públicos nas contratações do Estado, cujo atendimento pleno requer mecanismos capazes de combater práticas colusivas. Na ausência de concorrência de fato, entretanto, costuma-se prever mecanismos excepcionais de contratação, como as dispensas de licitação e outros procedimentos simplificados.

Nesse sentido, a concorrência pode ser ampliada por meio da eliminação de barreiras à participação de empresas estrangeiras nas contratações do Estado, com efeitos na redução de custos de aquisição de bens e serviços pelo Estado, abrindo maior espaço fiscal para políticas econômicas e sociais.

Recentemente, com a crescente utilização de parcerias público-privadas nas contratações públicas de infra-estrutura, e experiências na contratação de objetos de maior complexidade pelo Estado, o conceito de *best value for money* tem-se mostrado um importante princípio orientador das melhores práticas de compras governamentais. O conceito *de best value for money* é geralmente entendido como uma combinação de componentes monetários (melhor preço) e não monetários (melhor qualidade técnica) ou, ainda a escolha mais economicamente “vantajosa” ou de melhor “relação qualidade/preço”, atendendo ao planejamento e ao orçamento acordados e considerando a sustentabilidade (ou “ciclo de vida”) de um produto ou serviço. Trata-se, em síntese, da melhor relação custo-benefício no sentido de se garantir um bom uso dos recursos públicos, gerando benefícios econômicos, sociais e com menor impacto ambiental.

As políticas de preferência em favor de certas parcelas da sociedade, tais como micro e pequenas empresas, arranjos produtivos locais, agricultura familiar, dentre outras, são exemplos de componentes não monetários que costumam ser interpretados como “valor” nas contratações públicas.

No caso brasileiro, a Lei nº 8.666, de 1993 (“Lei de Licitações”) estabelece as regras gerais que regem as contratações de bens e de serviços na administração pública. Em seu art. 3º (modificado pela Lei nº 12.349, de 2010), estabelece os princípios regentes da licitação pública, de acordo com o art. 37 da Constituição Federal de 1988:

“A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da **isonomia**, a seleção da **proposta mais vantajosa** para a administração e a **promoção do desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”
(grifo nosso)

A Lei nº 12.349, de 2010, acrescentou ao art. 3º da Lei de Licitações o princípio da “promoção do desenvolvimento nacional sustentável” e introduziu a possibilidade de aplicar margens de preferência em favor de bens e serviços produzidos no país e

de exigir ***“que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da administração pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal”***.

O arcabouço legal brasileiro referente às contratações públicas, portanto, prevê que o uso do poder de compra do Estado tenha em vista objetivos de desenvolvimento, permitindo práticas de promoção de políticas públicas em diversas áreas.

Uma experiência visível do uso desse poder de compra no Brasil foi a aplicação de preferências a certos tipos de bens de origem nacional durante período recente (o último Decreto que estabelecia margens de preferência em licitações, Decreto nº 7.767, de 2012, se extinguiu em junho de 2017). Além das preferências de preço, o poder de compra do Estado também pode motivar práticas comumente chamadas de **offsets** (ou compensações) tais como exigências de utilização de conteúdo nacional na exploração mineral ou nas atividades de exploração de concessões de obras e de serviços públicos, exigências de transferência de tecnologia, de realização de investimentos locais, etc.

Offsets (Compensações) e concorrência

A prática de **offsets** é antiga e teve sua origem em negociações civis nos EUA nos anos 1940 (troca de bens agrícolas por

minerais estratégicos). Desde então, os EUA mantiveram e ampliaram a prática de **offsets**, com forte orientação industrial e militar, em especial durante a Guerra Fria. No Brasil, o uso de **offsets** teve início nos anos 1950, com aquisições de aeronaves inglesas pela Força Aérea Brasileira em troca de seu valor equivalente em algodão, mas somente nos anos 1970 foram feitas novas aquisições de aeronaves acompanhadas de compensações de natureza industrial e tecnológica.

A literatura oferece uma grande variedade de definições para **offsets**, também chamados de “compensações”, ou “condições compensatórias especiais”, ou mais genericamente “contrapartidas”, algumas das quais serão exemplificadas mais adiante.

Em definição oferecida por Taylor (2009), **offsets** são ***“contratos que exigem que o vendedor transfira benefícios econômicos extras ao comprador como condição para a venda de bens e serviços”*** e isso ocorre quando os governos preferem realizar esses benefícios por outras formas não monetárias de transferência em vez de negociar descontos de preços.

Os **offsets** ou compensações se materializam como uma forma de obrigação contratual assumida pelo fornecedor de entregar benefícios extras além do bem ou serviço contratado. Os deslocamentos normalmente são aplicados a uma grande variedade de aquisições públicas de infraestrutura, como energia, transportes, comunicações, aeroespacial, defesa e segurança.

A depender dos objetivos que se deseja alcançar, é possível adotar offsets diretos e indiretos. O **offset** direto se refere ao acordo onde as compensações são relacionadas ao objeto (bem ou serviço) contratado, tais como compromissos de aquisição em sentido inverso de suas partes e componentes. O **offset** indireto, por outro lado, se refere às compensações não relacionadas com o objeto contratado assumindo, por exemplo, a forma de compromissos de investimento, de contra-exportação, de transferência de tecnologia ou de assistência em outros mercados.

“ Independentemente da forma assumida, exigências de offsets em contratações públicas podem desnivelar o campo concorrencial ao embutir critérios intangíveis à seleção de fornecedores pela administração pública.

Independentemente da forma assumida, exigências de offsets em contratações públicas podem desnivelar o campo concorrencial ao embutir critérios intangíveis à seleção de fornecedores pela administração pública. Além disso, podem dificultar a otimização de valor, na medida em que os agentes econômicos tendem a precificar essas compensações quando se relacionam com o Estado comprador.

O Brasil e o Acordo sobre Compras Governamentais (GPA) da OMC

Os Membros do GPA da OMC adotam uma definição de “condições compensatórias

especiais” (**offsets**) que corresponde a **“qualquer condição ou compromisso que incentive o desenvolvimento local ou melhore as contas da balança de pagamentos de uma Parte, como o uso de conteúdo doméstico, o licenciamento de tecnologia, investimento, contra-comércio e qualquer ação ou requisito similar”**.

O Acordo prevê, como regra geral, a proibição da imposição de condições compensatórias especiais por parte de seus Membros em contratações públicas comprometidas em suas listas de cobertura (**schedules**). Entretanto, as contratações públicas relacionadas com objetivos indispensáveis de segurança e defesa nacionais estão excluídas da aplicação do Acordo. Além disso, por se tratar de um acordo plurilateral, os compromissos nele previstos vinculam apenas os países signatários.

Embora tenha passado a participar como observador do Comitê sobre o Acordo sobre Compras Governamentais da OMC desde 18 de outubro de 2017, o Brasil, como a maior parte dos países em desenvolvimento, não é signatário do GPA, cujos compromissos não vinculam, portanto, o país.

Em seu Artigo IV.6, o GPA veda que os países signatários do Acordo, ao realizarem contratações públicas cobertas, busquem, levem em conta, imponham ou façam cumprir medidas de **offset**. A exemplo do GPA, a quase totalidade dos acordos bilaterais de contratações públicas inclui, como regra geral, a proibição à adoção de offsets.

Contudo, a proibição aos **offsets** deve ser lida em conjunto com as exceções e exclusões contidas tanto na parte normativa do acordo correspondente, quanto nas ofertas que vinculam cada um dos seus signatários.

“ No caso do GPA, merece destaque a relativização resultante da aplicação do Artigo V.III(b), que possibilita que países em desenvolvimento adotem ou mantenham medidas de offset, desde que em caráter temporário, e observadas certas condições.

No caso do GPA, merece destaque a relativização resultante da aplicação do Artigo V.III(b), que possibilita que países em desenvolvimento adotem ou mantenham medidas de offset, desde que em caráter temporário, e observadas certas condições. Esta possibilidade não estava contida na versão original do GPA, mas foi expressamente incluída na “versão revisada” (**revised version**) do Acordo (que entrou em vigor em 2014) como parte do esforço para torná-lo mais atraente aos países em desenvolvimento.

A proibição aos **offsets** também é delimitada pelo Artigo III do GPA, que contém as exceções de segurança e as exceções gerais ao acordo. No primeiro caso, são excetuadas as ações necessárias para a proteção dos interesses essenciais de segurança relacionados à aquisição de armamentos, munição e materiais de guerra, bem como as contratações indispensáveis

à segurança nacional e à defesa nacional. No segundo caso, excetuam-se as medidas necessárias à proteção da moral, segurança e ordem públicas; da saúde ou vida humana, vegetal ou animal; da propriedade intelectual; e as compras relacionadas a bens e serviços de pessoas com deficiência, de instituições filantrópicas ou de trabalho prisional.

Um caso particular, nesse sentido, é a adesão de Israel ao GPA desde 2005, que ressalvou a possibilidade de adotar exigências de incorporação de conteúdo local, medidas compensatórias ou transferência de tecnologia, nos termos, limites e condições especificados em Nota anexada à sua oferta de acesso a mercados, ou seja, incluiu um período de transição. A ressalva foi mantida por Israel em sua oferta sob a versão revista do Acordo, embora em circunstâncias relativamente mais estritas.

No âmbito nacional, o Decreto nº 7.546, de 2011, define **offset** como “qualquer prática compensatória estabelecida como condição para o fortalecimento da produção de bens, do desenvolvimento tecnológico ou da prestação de serviços, com a intenção de gerar benefícios de natureza industrial, tecnológica ou comercial, praticado dentre outras formas como: a) co-produção; b) produção licenciada; c) produção subcontratada; d) investimento financeiro em capacitação industrial e tecnológica; e) transferência de tecnologia; f) obtenção de materiais e meios auxiliares de instrução; g) treinamento de recursos humanos; e h) contrapartida comercial ou industrial”.

O Brasil e os acordos bilaterais e regionais de compras governamentais

Em abril de 2016, Brasil e Peru assinaram o Acordo de Ampliação Econômico-Comercial, que, entre outros temas, introduziu compromissos de acesso a mercados e de transparência em matéria de compras governamentais. O acordo constituiu o primeiro compromisso bilateral do Brasil neste tema.

O Acordo Brasil-Peru definiu **offsets** em linguagem bastante próxima à adotada pelo GPA. Entretanto, diferentemente do acordo da OMC, neste caso não há, como regra geral, a proibição à adoção de **offsets**. Outra diferença em relação ao GPA foi o compromisso brasileiro de, no caso de adotar medidas compensatórias especiais, conceder tratamento nacional aos fornecedores do Peru, nos termos do Artigo IV do referido Acordo (Tratamento Nacional e Não-Discriminação).

No âmbito do Mercosul, desde 2010 o Subgrupo de Trabalho nº 16 “Contratações Públicas” se dedicou à revisão do marco normativo e dos anexos da versão inicial do Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul (Decisão do Conselho Mercado Comum nº 23/06), um texto bastante permissivo às políticas de contratações públicas como **offsets**, que não chegou a ser internalizado pelo Brasil. Nesse período, Uruguai e Argentina assinaram acordos de contratações públicas com o Chile que incluíram cláusulas que proíbem a adoção de **offsets**.

Durante as negociações de revisão do Protocolo, os Estados Partes optaram por excetuar os casos específicos de **offsets** em

seus anexos de cobertura, passando a admitir, como regra geral, a proibição de **offsets** no texto normativo. O texto resultante das negociações, aprovado durante a Cúpula de Chefes de Estado do Mercosul em dezembro de 2017, em Brasília, se alinha à prática internacional, abrindo, contudo, possibilidade para cada país formular exceções que permitam a prática segundo sua própria realidade.

Em abril de 2018, o Brasil celebrou o Acordo Bilateral de Contratações Públicas com o Chile, mantendo compromissos similares aos do Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul, onde se proíbe a prática de **offsets** como regra geral, mas se permitem exceções específicas nos anexos de cobertura do Acordo.

Conclusão

O tratamento dado às políticas de compras públicas classificadas como **offsets** nos acordos recém firmados pelo Brasil com países latino-americanos mostra a importância que tem sido historicamente atribuída à manutenção do espaço para as políticas de uso do poder de compra do Estado (**offsets** ou preferências) para o desenvolvimento nacional.

O Brasil está também envolvido em negociações de acordos de livre comércio que devem conter capítulos de compras governamentais com a União Europeia (UE), com o Canadá, com a Associação Europeia de Livre Comércio (EFTA, na sigla em inglês). Tais acordos, uma vez celebrados, incluirão capítulos de Contratações Públicas envolvendo não apenas disciplinas de transparência e

não-discriminação, mas também acesso a mercados de compras públicas. Esses países ou blocos costumam propor dispositivos que reproduzem majoritariamente o GPA, vedando expressamente a adoção de **offsets** e outras medidas discriminatórias, ainda bastante utilizadas pelos países do Mercosul.

Sendo um país em desenvolvimento e onde as contratações públicas representam um volume bastante significativo de recursos, tem subsistido no Brasil, como demonstram diversos dispositivos presentes na legislação nacional, uma política que visa associar as compras governamentais a políticas de desenvolvimento nacional. É de se notar, entretanto, que ainda são poucas as evidências da eficácia dessas políticas, seja porque ainda são raras e dispersas as iniciativas para sua avaliação ou porque são escassos os dados necessários a essa análise.

“ [...] a necessidade de elevar a qualidade do gasto público no contexto atual de restrições fiscais, a necessidade de integração internacional do Brasil (explicitada pelas negociações internacionais das quais participa atualmente) e a aproximação da regulamentação interna aos padrões internacionais por meio de acordos tornam indispensável a reavaliação da política interna de compras governamentais.

Em conclusão, a necessidade de elevar a qualidade do gasto público no contexto atual de restrições fiscais, a necessidade de integração internacional do Brasil (explicitada

pelos negociações internacionais das quais participa atualmente) e a aproximação da regulamentação interna aos padrões internacionais por meio de acordos tornam indispensável a reavaliação da política interna de compras governamentais. O contato com as melhores práticas e referências internacionais sobre a matéria, cujo foco predominante é a concorrência e a não-discriminação, impõe ao país uma reflexão sobre seu sistema de contratações públicas, suas possibilidades de aperfeiçoamento e sobre os impactos desses compromissos internacionais nas práticas nacionais correntes.

REFERÊNCIAS

MDIC, 2018 Acordo de Ampliação Econômico-Comercial entre a República Federativa do Brasil e a República do Peru, disponível em <http://www.mdic.gov.br/convenios/9-assuntos/categ-comercio-exterior/1508-acordo-de-ampliacao-economico-comercial-brasil-peru-ainda-sem-vigencia>, 11 jul 2018.

MERCOSUL, Decisão CMC 23/06: Sustitución Del Anexo De La Decisión CMC N° 27/04, disponível em <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/1038/2/innova.front/decisiones-2006>, 11 jul 2018

_____Decisão CMC 37/17: Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul, disponível em <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/8419/2/innova.front/2017>, 11 jul 2018.

OCDE Government at a Glance 2013 OCDE, 2013.

_____Guidelines for fighting bid rigging in

public procurement: helping governments to obtain best value for money in competition – the key to productivity and growth, 2009. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/oecdrecommendationonfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>, 11 de julho de 2018

Sistema Económico de Latino America y Caribe (SELAC) Las compras públicas como herramienta de desarrollo en América Latina y el Caribe in Relaciones Intra-regionales. Secretaria Permanente del SELAC, Caracas, Venezuela, 2014.

Banco Mundial, Value for money: Achieving VfM in Investment Projects Financed by the World Bank in Procurement Guidance. Reino Unido, “Managing Public Money”, HM Treasury 2015,

WTO, Agreement on Government Procurement, disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm, 11 de julho de 2018.

BURGER, Philippe; HAWKESWORTH, Ian. OECD Journal on Budgeting; Paris Vol. 11, Issue 1, 2011.

HARRAK, Mehdi el. The new dark side of international trade: Compensating foreign contracts to encourage national development, CENF Université Panthéon-Sorbonne Paris 1, 2015, disponível em https://cenf.univ-paris1.fr/fileadmin/Chaire_CENF/CENF_-_Final.pdf, 11 jul 2018.

LASOTA, Lucas. A. C. “Offset”: conceito, modalidades e políticas de aplicação. In Jus Navigandi, ano 16, n. 2841. Teresina, 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/18889/offset-conceito-modalidades-e-politicas-de-aplicacao>. 11 jul 2018.

MAAS, Brent et alli, Best Value In Government Procurement: Concepts and practices. “A position paper from NIGP: The Institute for Public Procurement on the use and importance of procurement practices to achieve best value, 2013.

MODESTI, A. in: WARWAR, Zuhair Offset: Teoria e Prática in Panorama da prática do Offset no Brasil, 2004.

República Federativa do Brasil, Decreto nº 7.546, de 02/08/2011, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7546.htm, 11 jul 2018.

_____Lei nº 12.349, de 15/12/2010, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12349.htm, 11 jul 2018

_____Lei nº 8.666, de 21/06/1993, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm, 11 jul 2018

MOREIRA, H. C.; MORAIS, J. M. Compras Governamentais: Políticas e Procedimentos na Organização Mundial do Comércio (OMC), União Europeia, Nafta, Estados Unidos e Brasil. Texto para Discussão no. 930. IPEA. Brasília, 2002.

RIBEIRO, Cássio. G.; JÚNIOR, Edmundo Júnior. Mensurando o mercado de compras governamentais brasileiro, Brasília: ESAF, 2014.

TAYLOR, Travis K. Offset Policy Design in: International Procurement in: International Handbook of Public Procurement. Op.cit., 2009.

THAI, Khi. V. International Procurement in: International Handbook of Public Procurement. CRC Press, Boca Raton, 2009



A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS: A EXPERIÊNCIA DO CADE E OS IMPACTOS PARA O ACORDO DE COMPRAS GOVERNAMENTAIS DA OMC*

Paulo Burnier da Silveira e
Victor Oliveira Fernandes

Paulo é Doutor em Direito pela Universidade Panthéon-Assas (Paris II / Sorbonne Universités) e pela Universidade de São Paulo (USP) Professor-Adjunto da Universidade de Brasília (UnB) e Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e **Victor** é Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Chefe de Assessoria no Tribunal Administrativo do Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Introdução

O estabelecimento de condições competitivas justas e transparentes no regime jurídico de contratações públicas é considerado fundamental para a liberalização e expansão do comércio internacional. Nas últimas duas décadas, entidades como a Organização Mundial do Comércio (OMC) têm buscado implementar esses objetivos, sobretudo estimulando os Estados Nacionais a agirem de forma não discriminatória em relação a empresas estrangeiras em processos licitatórios de aquisição de bens e serviços¹.

* As opiniões deste artigo são pessoais e não refletem necessariamente a visão das instituições às quais os autores possuem vínculos. E-mails: pburnier@unb.br e victorolfernandes@gmail.com.

1 - No âmbito da OMC, o Acordo de Compras Governamentais (Agreement on Government Procurement – GPA) foi originalmente negociado na Rodada de Tóquio e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1981. Seu objetivo inicialmente foi o de estabelecer princípios de não discriminação em contratações públicas, impedindo a implementação de políticas de tratamento nacional e a adoção de cláusulas de nações mais favorecidas (Most Favoured Nation-MFN). Embora esse acordo tenha sido um importante passo de liberalização dos mercados internacionais, ele era limitado aos seus signatários e relativamente restrito, já que abrangia apenas processos de contratação de determinados bens e serviços por entidades governamentais. Nas últimas duas décadas, o GPA

Há um profundo debate sobre se a adoção de cláusulas não discriminatórias em relação a potenciais contratantes estrangeiros de fato tem o condão de gerar eficiências superiores à implementação de políticas protecionistas, como a previsão de margens de preferências para a aquisição de produtos ou de serviços nacionais. Contudo, a despeito dessas discussões de Política Econômica, é inconteste que a conciliação da garantia de livre concorrência com a realização do desenvolvimento nacional deva perpassar pelo combate de abusos de poder econômico nos processos de compra pública². Na realização

se fortaleceu de forma significativa. Em 2017, a última revisão do acordo contou com 19 partes compromissárias além dos 47 membros da OMC. Outros 32 membros também participaram das negociações como observadores. Além desses, outros 10 países estão em processo de acender ao GPA. Para uma revisão histórica do alcance do GPA, cf. MATTOO, Aaditya. The government procurement agreement: Implications of economic theory. WTO Staff Working Papers TISD-96-03, World Trade Organization (WTO), Economic Research and Statistics Division. 1996 e REICH, Arie. The New Text of the Agreement on Government Procurement: An Analysis and Assessment. Journal of International Economic Law, Volume 12, Issue 4, 1 December 2009, Pages 989–1022.

2 - Nesse aspecto, a política antitruste pode auxiliar na realização dos dois desafios que Anderson, Kovacic e Müller destacam como essenciais para a garantia da efetividade dos processos de contratação pública: "(i) ensuring integrity in the procurement

dessa tarefa, as autoridades de defesa da concorrência assumem papel central, seja na persecução de cartéis em licitações, seja estimulando a adoção de políticas públicas que impeçam a configuração de infrações à ordem econômica em contratações públicas.

A presente exposição analisa como, no cenário nacional, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e, em especial, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) têm contribuído para a promoção da livre concorrência em matéria de contratações públicas. Na primeira parte dessa exposição, será destacada a importância da dimensão repressiva da atuação e, na segunda, será destacada a importância da dimensão preventiva, sobretudo no que diz respeito à chamada realização da advocacia da concorrência em contratações públicas de grande porte, como em empreendimentos públicos de infraestrutura. Por fim, serão feitas breves considerações finais sobre o tema.

I) Controle repressivo: combate a cartéis em licitação como prioridade

A formação de cartéis em licitações públicas ocorre quando duas ou mais empresas coordenam seus comportamentos para aumentar preços ou modificar a qualidade de bens e serviços que entidades públicas desejam contratar por meio de processos licitatórios.

process (i.e., preventing corruption on the part of public officials); and (ii) promoting effective competition among suppliers, including by preventing collusion among potential bidders". ANDERSON, Robert D., KOVACIC, William E. e MÜLLER, Anna Caroline. Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance. in: ARROWSMITH e ANDERSON, The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform. Cambridge University Press. 2011.

Em essência, essas condutas comprometem o objetivo central das licitações, que é justamente o de garantir a seleção da proposta mais vantajosa para administração pública.



Diferente dos cartéis comuns que, a princípio, geram danos apenas para os consumidores diretos e indiretos dos bens e dos serviços afetados pela conduta, os cartéis em licitações apresentam um maior grau de lesividade à ordem econômica, já que geram perdas de recursos públicos, diminuem a confiança pública no processo competitivo e prejudicam a livre concorrência em diversos mercados.

Diferente dos cartéis comuns que, a princípio, geram danos apenas para os consumidores diretos e indiretos dos bens e dos serviços afetados pela conduta, os cartéis em licitações apresentam um maior grau de lesividade à ordem econômica, já que geram perdas de recursos públicos, diminuem a confiança pública no processo competitivo e prejudicam a livre concorrência em diversos mercados³.

Em relação à perda de recursos públicos, um estudo publicado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF), em 2014, indica que em países em desenvolvimento, que estão ainda em estágio de grandes gastos com projetos

de infraestrutura, os danos decorrentes do

³ - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Guidelines for fighting bid rigging in public procurement: helping governments to obtain best value for money. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/cartels/42851044.pdf>.

chamado "**bid rigging**" são ainda mais nocivos. Estima-se que, no Brasil, o Estado chega a pagar em média de 3 a 4% a mais de seu PIB ao adquirir produtos e serviços cartelizados.⁴

Embora desde a primeira lei brasileira de defesa da concorrência já se proibisse condutas desse gênero⁵, a política de repressão a cartéis em licitações só foi implementada de forma mais clara com o advento da Lei nº 8.884/1994, que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), então integrado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF) e pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ).

Foi sob a vigência da referida lei que, no ano de 2001, o CADE pela primeira vez condenou empresas pela formação de cartel de preço em uma licitação pública promovida pela Petrobrás⁶. À época, a decisão do CADE foi paradigmática porque definiu que a sua jurisdição administrativa seria exercida de forma independente em relação à atuação de entidades de controle externo como o Tribunal de Contas da União (TCU). Alguns anos depois, o Ministério da Justiça publicou a Portaria MJ n. 1.077, de 30 de maio de 2007, que formalizou a competência da SDE para investigar cartéis em licitações.

Nos últimos cinco anos, o combate a essas

4 - MARTINEZ, A. P. Aplicação do Direito da Concorrência a Licitações Públicas: Cartéis. Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE/MJ). Brasília. 2014, p. 19.

5 - Lei nº 4.137/1962: "art. 2º Consideram-se formas de abuso do poder econômico: V) Exercer concorrência desleal, por meio b) combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa".

6 - Processo Administrativo n. 08012.009118/1998-26. Julgado em 27.01.2001.

condutas se intensificou no Brasil, sobretudo em virtude das transformações institucionais operadas pelo advento Lei nº 12.529/2011, que revogou a Lei nº 8.884/1994. O art. 36 da nova Lei estabelece, de forma geral, que constituem infrações à ordem econômica atos, sob qualquer forma manifestados, praticados independentemente de culpa, que tenham por objeto ou possam produzir efeitos relacionados à limitação da livre concorrência, ainda que não sejam alcançados. O §3º desse dispositivo traz um rol exemplificativo de condutas que apresentam tal potencialidade, prevendo de forma expressa a proibição de acordos entre concorrentes que tenham por intuito a combinação de "preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública" (inciso I, alínea "d").

Esse dispositivo constituiu uma inovação em relação à Lei nº 8.884/94 que, embora reprovasse práticas de cartéis em geral, não previa nenhuma proibição especificamente direcionada a cartéis em licitações. É possível afirmar que essa inovação legislativa representa um claro direcionamento à persecução e punição de cartéis em licitações.

No período entre 1994 e 2017, o CADE condenou empresas por formação de cartéis em licitações públicas em vinte processos administrativos. Esse número representa cerca de 28% do total de condenações por cartel nesse período (70 condenações). Em pelo menos três casos, as denúncias também indicavam que os cartéis teriam atingido licitações privadas. Nesses processos, a condenação do CADE se fundamentou tanto

em provas diretas de existência de um acordo entre concorrentes – como depoimentos, notas, e-mails, documentos internos das empresas – quanto em provas indiretas, isto é, provas que indicam paralelismos de preços, semelhanças em propostas fechadas e coincidências entre as regiões em que uma mesma empresa vence em diferentes certames.

Além de elevar o rigor na imposição de penalidades em processos sancionadores, sob a vigência da nova lei, o CADE também tem reforçado a celebração de acordos de leniência na apuração de cartéis em licitação. Enquanto no regime legal anterior havia dúvida sobre se um acordo de leniência firmado com o CADE poderia gerar imunidade em relação ao crime de fraude em licitações, o art. 87 da Lei nº 12.529/11 previu expressamente que a celebração de acordo de leniência “determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência”, inclusive no que concerne aos crimes tipificados na Lei nº 8.666/1993.

Essa inovação legislativa trouxe maior segurança jurídica às empresas e afetou de forma significativa a estrutura de incentivos para que fossem celebrados acordos de leniência em investigações de cartéis em licitações. Como reflexo do fortalecimento institucional da autarquia, nos quase seis anos de vigência da nova legislação, o CADE firmou acordos de leniência em importantes investigações de cartéis em licitação. Somente em casos relacionados à “Operação Lava Jato”, o CADE já havia celebrado 10 acordos de leniência até o final de 2017, que originaram inquéritos

e processos administrativos. Somente em 2017, dos 21 Acordos de Leniência assinados, 13 estão relacionados a investigações de cartéis em licitações públicas, ou seja 62%. Dos 75 Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) firmados em 2017, 14 se deram no âmbito de investigações de cartéis em licitações públicas (18,6%), gerando um recolhimento de R\$ 373,308,19 ao Fundo de Direitos Difusos (FDD).

Visando ao fortalecimento da política de combate a cartéis em licitações, o CADE nos últimos anos tem também reforçado sua cooperação com entidades como o Tribunal de Contas da União (TCU) e a Controladoria Geral da União (CGU). Em relação a essa última entidade, desde meados de 2010, o Conselho colabora com o chamado Observatório do Gasto Público (ODP) da CGU. Como fruto dessa colaboração, tem sido produzido um intenso intercâmbio de informações que geram uma sólida ferramenta de análise de dados sobre contratações públicas, até mesmo com um sistema de alertas em tempo real de condutas suspeitas de licitantes.⁷



Outra ferramenta inovadora que tem sido utilizada pelo CADE para combate a cartéis em licitações é o chamado “Projeto Cérebro”, criado em 2014. Trata-se de uma unidade de “screening” do CADE que utiliza técnicas de Big Data para detectar de forma proativa a formação de cartéis

⁷ - Nesse sentido, cf. OCDE. Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2016\)19&docLanguage=Es](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2016)19&docLanguage=Es).

Outra ferramenta inovadora que tem sido utilizada pelo CADE para combate a cartéis em licitações é o chamado “Projeto Cérebro”, criado em 2014. Trata-se de uma unidade de “*screening*” do CADE que utiliza técnicas de Big Data para detectar de forma proativa a formação de cartéis. A partir do desenvolvimento de técnicas de mineração de dados e da construção de filtros econômicos, a ferramenta possibilita a identificação de comportamentos suspeitos em licitações públicas. Adicionalmente, foi criada uma unidade de inteligência para alimentar e consolidar os dados levantados na utilização do Programa Cérebro. A unidade de inteligência é formada por servidores experientes responsáveis não apenas pela efetividade das ferramentas de filtros econômicos, mas também pelo resultado das análises feitas e pelo monitoramento da necessidade de se desenvolver técnicas mais eficientes de investigação.

II) Controle preventivo: advocacia da concorrência

Além de atuar na repressão de infrações à ordem econômica, o SBDC também tem a missão de promover a chamada advocacia da concorrência, isto é, a construção de políticas públicas que tenham caráter pró-competitivo. As funções de advocacia da concorrência são atualmente exercidas tanto pelo CADE quanto pela Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC) e pela Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria (SEFEL), ambas do Ministério da Fazenda (MF). As duas

secretarias sucederam a antiga SEAE. Recentemente, os três órgãos assinaram um acordo de cooperação técnica para estabelecer formas de atuação conjunta na promoção da advocacia da concorrência. O acordo previu a criação do Comitê de Cooperação em Advocacia da Concorrência (C-CAC), que será responsável por identificar os temas mais relevantes a serem pautados nessa agenda.

Nesse desenho institucional, as duas secretarias do MF são responsáveis por opinar sobre proposições legislativas ou minutas de atos normativos nos aspectos relacionados à defesa da concorrência. Essas unidades também podem propor a revisão de leis, decretos e regulamentos, elaborar pareceres sobre pedidos de revisão tarifária e realizar estudos que avaliem a concorrência em setores específicos da economia, a fim de subsidiar decisões de órgãos governamentais. Desse modo, tais entidades podem contribuir ativamente, em conjunto com o CADE, para que a regulação administrativa de contratos de delegação de serviços públicos incorpore normas pró-competitivas.

Destaca-se que, nos últimos anos, as funções de advocacia da concorrência desempenhadas pelo SBDC têm sido valorizadas na estruturação normativa do Programa de Parceria de Investimentos do Governo Federal (PPI), especificamente em relação ao conteúdo de normas de contratações públicas. Nesse sentido, a Lei nº 13.334/2016, no seu art. 6º dispôs que os órgãos, entidades e autoridades da administração pública da União com competências

relacionadas aos empreendimentos do PPI formularão programas próprios visando à adoção, na regulação administrativa, das práticas avançadas recomendadas pelas melhores experiências nacionais e internacionais.⁸

Essa formulação de programas próprios, nos termos da própria lei, deve abranger a articulação com o CADE, bem como com o MF, para fins de **compliance** com a defesa da concorrência. Nesse mesmo espírito de fomento a interlocução com os órgãos do SBDC, a lei passou a prever, dentre as competências da Secretaria do PPI, a celebração de ajustes com o CADE e com as secretarias do MF “para o recebimento de contribuições técnicas visando à adoção das melhores práticas nacionais e internacionais de promoção da ampla e justa competição na celebração das parcerias e na prestação dos serviços”.⁹

O fortalecimento desses vínculos institucionais é, de fato, importantíssimo para que a valorização da livre concorrência seja refletida no regime jurídico normativo e contratual sob o qual se fundamentam as parcerias em grandes empreendimentos públicos de infraestrutura.

8 - Lei nº 13.334/2017. Art. 6º Os órgãos, entidades e autoridades da administração pública da União com competências relacionadas aos empreendimentos do PPI formularão programas próprios visando à adoção, na regulação administrativa, independentemente de exigência legal, das práticas avançadas recomendadas pelas melhores experiências nacionais e internacionais, inclusive: III - articulação com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, bem como com a Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE do Ministério da Fazenda, para fins de compliance com a defesa da concorrência.

9 - Lei nº 10.683/2003. Art. 24-F., Compete à Secretaria de Parcerias de Investimento da Presidência da República - SPPi: IV - celebrar ajustes com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, bem como com a Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE do Ministério da Fazenda, para o recebimento de contribuições técnicas visando à adoção das melhores práticas nacionais e internacionais de promoção da ampla e justa competição na celebração das parcerias e na prestação dos serviços; e



Especificamente nos empreendimentos do PPI, percebe-se que as práticas internacionais de fortalecimento da competição em contratações públicas já têm sido incorporadas na dimensão do aumento da transparência na divulgação de editais de empreendimentos públicos, inclusive com a divulgação em língua inglesa na hipótese de potenciais licitantes estrangeiros.

Especificamente nos empreendimentos do PPI, percebe-se que as práticas internacionais de fortalecimento da competição em contratações públicas já têm sido incorporadas na dimensão do aumento da transparência na divulgação de editais de empreendimentos públicos, inclusive com a divulgação em língua inglesa na hipótese de potenciais licitantes estrangeiros¹⁰.

Considerações finais

Conforme se pretendeu esclarecer nessa exposição, o SBDC pode contribuir ativamente para o fortalecimento da concorrência em contratações públicas de diferentes maneiras.

10 - Nesse sentido, destaca-se o teor do art. 5º da Resolução Normativa nº 1, de 13 de setembro de 2016, que estabelece diretrizes gerais e estratégicas a serem adotadas pelos órgãos e entidades da administração pública federal no processo de contratação de empreendimentos PPI. O mencionado dispositivo prevê que: “art. 5º O poder concedente deverá garantir ampla transparência aos processos de contratação dos empreendimentos de que trata esta Resolução, divulgar os documentos, os ritos e as demais regras do certame na imprensa oficial e na internet. § 1º Na hipótese de potenciais licitantes estrangeiros, os órgãos e as entidades competentes promoverão a divulgação, em língua inglesa, dos principais documentos relacionados à licitação do empreendimento. § 2º Caberá aos órgãos e às entidades competentes encaminhar as informações de que trata o caput, sempre atualizadas, para a Secretaria do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República, para que ela também as divulgue em seu sítio eletrônico”.

“ [...] o SBDC tem uma tarefa importante no auxílio da elaboração de políticas de contratação pública, principalmente estimulando a adoção de regras claras, transparentes e que impeçam a discriminação de empresas por parte das entidades públicas contratantes.

A repressão a cartéis em licitações deve continuar a ser tratada como meta prioritária por parte da autoridade antitruste brasileira, considerando que as práticas coordenadas em licitações podem gerar uma elevada perda de recursos públicos, impactando em áreas chaves para o crescimento nacional, como educação, saúde e segurança pública. Sob a perspectiva preventiva, por outro lado, o SBDC tem uma tarefa importante no auxílio da elaboração de políticas de contratação pública, principalmente estimulando a adoção de regras claras, transparentes e que impeçam a discriminação de empresas por parte das entidades públicas contratantes.

O aprofundamento dos debates sobre a política internacional de compras públicas no Brasil é, sem dúvida, um passo importante para garantir uma maior eficiência na gestão de recursos públicos escassos. A articulação dos mais diversos órgãos da administração pública com as entidades integrantes do SBDC é um caminho necessário para que essas discussões sejam difundidas na estrutura normativa das contratações públicas brasileiras



COMÉRCIO EXTERIOR E O AMBIENTE CONCORRENCIALMENTE NEUTRO

João Manoel Pinho
de Mello, Angelo José
Mont'Alverne Duarte e
Roberto D. Taufick

João é Secretário de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência do Ministério da Fazenda; **Angelo** é Subsecretário de Promoção da Produtividade, Concorrência e Inovação do Ministério da Fazenda e **Roberto** é Assessor do Secretário de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência do Ministério da Fazenda.

I

Negociações de comércio exterior são histórica e idealmente conduzidas para contrabalançar os benefícios advindos da abertura comercial com as vantagens em se desenvolver uma indústria local competitiva. Idealmente, tais negociações deveriam ser balizadas, especialmente, para compensar as diferenças (em particular tributárias e fiscais) entre os ambientes comerciais a que estão sujeitos competidores internacionais vis-à-vis a indústria local, com o objetivo de se criar um ambiente concorrencialmente neutro (*level playing field*) no qual o agente econômico mais eficiente prevaleça.

Esse equilíbrio nem sempre existe. Porém, um Estado, usufruindo da sua soberania, pode sujeitar a indústria local à competição internacional, mesmo quando sujeita a assimetrias de condições competitivas. O extremo oposto é, porém, mais comum: os Estados elevam barreiras desproporcionais à entrada de produtos e serviços oriundos de outros países com o objetivo de isolar o mercado interno de competidores externos mais eficientes.

A abordagem de prestigiar o desenvolvimento da indústria nacional em detrimento de um equilíbrio que vise viabilizar a abertura da economia a quem seja mais eficiente torna a política de comércio exterior uma extensão da política de desenvolvimento industrial, colocando no primeiro plano a proteção do empresariado, com todas as consequências que daí advirão. No jargão de defesa da concorrência, trata-se de tutelar o competidor, em lugar da concorrência.

Ao prestigiar a tutela do concorrente, em detrimento da tutela da concorrência – que adviria com a exposição do mercado local à competição da indústria internacional –, as políticas de comércio exterior que se confundam com políticas de desenvolvimento industrial colocam, em segundo plano, a proteção do consumidor e o bem-estar social, que se beneficiariam com o acesso a uma maior diversidade de produtos e de serviços, muitos deles a preços mais atraentes e com qualidade superior.

Esse isolamento é agravado pela habitual inexistência, no plano interno, de políticas que

estruturem uma indústria nacional eficiente e, no longo prazo, autossustentável.

A abertura à pressão competitiva externa também instrumentaliza aquilo que foi uma das razões do surgimento de regras de defesa da concorrência no século XIX, qual seja, a redução do poder político dos grandes grupos econômicos. A abertura da economia tende a diluir a participação de mercado dos grandes grupos econômicos pré-constituídos e a elevar a contestabilidade do mercado, mediante a possibilidade de que qualquer concorrente se sinta ameaçado pela entrada, atual, ou potencial, de produtos, ou serviços oriundos de qualquer parte do mundo.

“ O fechamento da economia, em sentido contrário, é instrumental para a construção e a preservação de campeões nacionais, instigando o surgimento e o fortalecimento de relações espúrias entre agentes econômicos e agentes públicos.

O fechamento da economia, em sentido contrário, é instrumental para a construção e a preservação de campeões nacionais, instigando o surgimento e o fortalecimento de relações espúrias entre agentes econômicos e agentes públicos. Essa captura privada do setor público, ao enraizar o poder econômico em determinados agentes, além de confundir o poder econômico com o político, elimina a própria competição com outros agentes

econômicos nacionais que uma política industrial saudável deveria fortalecer.

A redução da contestabilidade do mercado interno fechado à competição estrangeira e limitador do desenvolvimento de novos competidores nacionais mais eficientes (*mavericks*) faz-se expressar, de forma bastante clara, nas regras que regem as compras públicas.

II

As compras públicas representam uma das oportunidades mais relevantes para que um agente econômico entre na franja competitiva e, eventualmente, conteste a posição dominante dos grandes grupos econômicos estabelecidos, ou incumbentes. Essa característica deriva de as licitações públicas estarem, em tese, sujeitas a (i) critérios bastante objetivos de julgamento e a (ii) regras de publicidade e de prazo que permitem a dispersão da oferta por agentes econômicos cuja existência se ignorava e que, por subsequente, jamais seriam contratados por convite, ou por outra iniciativa direta do Estado-adquirente.

A concorrência em compras públicas habitualmente sofre alguma forma de restrição à competição, em particular para compras de menor valor, urgentes ou frequentes. Limitações dessa ordem costumam ser justificadas pela proporcionalidade entre os gastos em que se incorre para tornar um processo de licitação internacional vis-à-vis o potencial de participação de competidores estrangeiros. Os avanços tecnológicos, entretanto,

tornam esse argumento crescentemente menos adequado, ante a progressiva entrega de produtos em escala global, inclusive feitos sob demanda (*tailor-made*), por meio de impressoras 3D e o crescimento dos serviços disponíveis na nuvem, em particular o chamado **software** como serviço (SaS).

Outras habituais formas de fechamento de mercado são menos justificáveis legal, ou economicamente: (a) a reserva generalizada de mercado a ofertantes nacionais; (b) a reserva de mercado de determinados insumos a ofertantes nacionais, ou política de conteúdo nacional; (c) o direcionamento dos editais a campeões nacionais.

“ Sem que uma efetiva política pública com acompanhamento e ajustes seja posta em prática, o fechamento de mercado resume-se a uma ação privada – e não a uma política pública – instrumentalizada por meio da captura dos agentes públicos.

A reserva de mercado padece de problemas já antecipados, em particular quando a redução da pressão competitiva vem desacompanhada de uma efetiva política pública de desenvolvimento industrial – uma política que preveja constante acompanhamento por autoridade designada e que imponha um prazo de duração (***sunset clause***) que evite que um programa de incentivo ao desenvolvimento seja perenizado como um auxílio à indústria, sem nenhuma contrapartida. Sem que uma efetiva política pública com acompanhamento e ajustes seja

posta em prática, o fechamento de mercado resume-se a uma ação privada – e não a uma política pública – instrumentalizada por meio da captura dos agentes públicos.

A chamada política de conteúdo nacional, por sua vez, tende a provocar a escassez de matéria-prima, em particular quando o objetivo da reserva era desenvolver uma indústria estratégica para a qual o país não desenvolveu vantagem comparativa. Esse argumento é mais convincente quanto maior for a dependência da oferta do produto, ou serviço à especialização da mão-de-obra. Ainda quando não seja este caso, a política de conteúdo nacional gera, pelos menos, os efeitos característicos de qualquer reserva de mercado, como a elevação dos preços e a perda da qualidade do produto final.

O direcionamento dos editais, por sua vez, além de ferir frontalmente o princípio da impessoalidade, afeta diretamente o princípio da transparência ao criar a aparência de um processo competitivo justo para o que é, na realidade, uma contratação direta. Em termos econômicos, a conseqüente e festejada criação de campeões nacionais pode ter impacto nefasto sobre a economia nacional: ao se reservar o mercado para um oligopólio com o objetivo de viabilizar o desenvolvimento de uma política de exportadores nacionais, a política de governo eleva internamente o preço do produto, que não sofrerá a pressão competitiva oriunda de competidores nacionais; facilitará a colusão no mercado interno, ao limitar o número de

competidores e, assim reduzir os custos de transação e de fiscalização do cartel, por subseqüente facilitando a elevação de preços e a oferta de produtos e serviços de baixa qualidade; transferirá o custo dos subsídios à exportação para o contribuinte, socializando as perdas. Em última instância, o consumidor nacional está sendo onerado para que o consumidor estrangeiro de uma economia aberta receba, dada a pressão competitiva, produtos mais baratos e melhores.

III

As regras do comércio internacional foram concebidas para que economias abertas pudessem garantir acesso aos mercados nacionais em condições de isonomia, em que as posições dos agentes econômicos não fossem artificialmente alavancadas por diferenças entre os ambientes comerciais a que estão sujeitos competidores internacionais vis-à-vis a indústria local.

“ [...] regras que sobretaxem produtos e serviços estrangeiros, ou que reservem o mercado para agentes econômicos nacionais têm o efeito de criar um mercado desequilibrado em favor do menos eficiente, em benefício de interesses rentistas e em detrimento do cidadão.

Assim percebidas, essas regras visam instrumentalizar a abertura do país em um

ambiente no qual os agentes econômicos se encontrem em condições isonômicas para competir. Em sentido diametralmente oposto, regras que sobretaxem produtos e serviços estrangeiros, ou que reservem o mercado para agentes econômicos nacionais têm o efeito de criar um mercado desequilibrado em favor do menos eficiente, em benefício de interesses rentistas e em detrimento do cidadão.

Um passo adiante, como se depreende da doutrina *Parker v Brown*, o fechamento do mercado nacional, quando somado à concentração de mercado no ambiente interno e ao direcionamento incondicionado de subsídios aos grandes grupos econômicos, representa um cenário em que a economia é ditada pela ação privada – e não uma política pública fiscalizada e revisada – instrumentalizada por meio da captura dos agentes públicos.

O trabalho dos órgãos de Estado envolvidos na definição das políticas de comércio exterior está em, a serviço do bem-estar do cidadão, equilibrar o interesse em se ter uma indústria nacional competitiva, com os benefícios advindos da concorrência internacional e da formação de uma franja competitiva com o potencial de, eventualmente, promover a atomização do mercado. Em matéria de compras públicas, é imperativo adotar medidas que elevem a concorrência nos certames, entre elas priorizar o tratamento das licitações internacionais como regra para a contratação de produtos e serviços.

REFERÊNCIAS

DOMINGUES, J. O. Cartéis de Exportação: uma análise do tratamento das isenções no contexto internacional. Revista do IBRAC: RIBRAC, v. 20, n. 24, p. 147-169, jul./dez. 2013.

-----, Defesa da concorrência e comércio internacional no contexto do desenvolvimento: os cartéis de exportação como isenção antitruste. Tese de doutoramento em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010.

MARRARA, T.; CAMPOS, C.S. Licitações Internacionais: regime jurídico e óbices à abertura do mercado público brasileiro a empresas estrangeiras. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 275, p. 155-187, ago.

LEMLEY, M.A. IP in a World Without Scarcity, New York University Law Review __ (forthcoming 2015), reviewed in Regulation, Fall 2014, at 79.

TAUFICK, R.D. Nova Lei Antitruste Brasileira: avaliação crítica, jurisprudência, doutrina e estudo comparado. Almedina, 2017.

-----, Imunidade Parker v Brown: releitura das doutrinas state action e pervasive power no ordenamento jurídico brasileiro. In Revista da PGBC – v. 3 – n. 2 – dez. 2009. PP. 75-104. Publicado também em Revista ANTT, vol. 2, nº 2, novembro de 2010.



Presidência da República
Secretaria-Geral da Presidência
Secretaria Especial de Assuntos Estratégicos