

PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP.

Thiago Vinicius Sayeg Egydio De Oliveira

**Estudos sobre o destino da arrecadação
com as aplicações das medidas de defesa comercial**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2009

PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP.

Thiago Vinicius Sayeg Egydio De Oliveira

**Estudos sobre o destino da arrecadação
com as aplicações das medidas de defesa comercial**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Econômicas Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor Cláudio Finkelstein.

SÃO PAULO

2009

Banca Examinadora

“A liberdade não é um luxo dos tempos de bonança; é, sobretudo, o maior elemento de estabilidade das instituições”.

Rui Barbosa

Agradecimentos

Agradeço a Deus, pois me deu condições de conhecer pessoas maravilhosas, especialmente, a minha família.

A Minha mãe, que mesmo sozinha, sempre me deu forças e condições para me educar e me formar.

Agradeço a meu irmão mais velho Ricardo Hasson Sayeg, que me adotou desde criança, me ajudando a atravessar todos os árduos e difíceis caminhos da advocacia, pessoa de fundamental importância na minha formação profissional e acadêmica, fonte de grande inspiração e sem dúvida um exemplo a ser seguido.

Ao meu orientador Professor Doutor Cláudio Finkelstein, sem dúvida uma das pessoas mais inteligentes e preparadas que conheço, não só como profissional do Direito, mas, também, como pessoa humana, meus sinceros agradecimentos.

Finalmente, agradeço a minha noiva Roberta Cuofano Basile, por estar ao meu lado nestes últimos 04 (quatro) anos de convivência, tanto nas horas complicadas, quanto nas alegrias, bem como, por entender a necessidade de dedicação ao trabalho e me incentivar.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. Justificativa.....	1
2. Objetivos do trabalho.....	2
3. Revisão da literatura.....	3
4. Material e métodos previstos.....	4
1. ANÁLISE HISTÓRICA.....	5
1.1. História e formação do GATT.....	5
1.2. Avanços nas rodadas de negociação do GATT.....	6
1.3. Formação da Organização Mundial do Comércio - OMC.....	8
1.4. Diferença entre o GATT e a OMC.....	9
1.5. Momento Brasileiro quando da formação da OMC.....	9
2. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO – OMC.....	12
2.1. Fundação e estrutura.....	12
2.2. Natureza jurídica da OMC.....	14

2.3. Princípios básicos da OMC.....	17
2.4. Compromissos da OMC e de seus membros.....	19
2.5. Limites impostos pela OMC aos seus membros.....	20
3. ÓRGÃO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIA – OSC.....	22
3.1. Considerações iniciais sobre o OSC.....	22
3.2. Partes.....	25
3.3. Painéis.....	29
3.4. Órgão de Apelação Permanente – OPA.....	31
3.5. Secretariado.....	31
3.6. Procedimentos.....	32
3.7. Decisões e sua implementação.....	34
3.8. Natureza jurídica das decisões.....	35
4. MEDIDAS DE DEFESA COMERCIAL.....	37
4.1. Defesa Comercial Internacional.....	37
4.2. Fundamentos e implicações políticas da defesa comercial internacional.....	43
4.3. Recursos à OMC.....	45
4.4. Requisitos para imposição de medidas de defesa comercial.....	46

4.5. Órgãos envolvidos na investigação para aplicação de medidas de defesa comercial.....	49
---	----

5. MEDIDAS ANTIDUMPING..... 51

5.1. Início da investigação para aplicação de medidas antidumping.....	52
5.2. Apresentação da petição para instauração da investigação.....	53
5.3. Requisitos da petição para instauração da investigação.....	53
5.4. Análise da petição pelas autoridades competentes.....	54
5.5. Deferimento da abertura de investigação.....	56
5.6. Procedimento de investigação – Instrução Probatória.....	56
5.7. Cálculo do valor normal.....	58
5.8. Cálculo do preço de exportação.....	60
5.9. Avaliação do dano.....	61
5.10. Determinação preliminar.....	64
5.11. Encerramento da investigação.....	65
5.12. Cobrança de direitos antidumpings.....	67
5.13. Processo de revisão das medidas antidumping.....	69
5.14. Procedimento para revisão das medidas antidumping.....	70

6. SUBSÍDIOS.....	74
6.1. Subsídios.....	78
6.2. Subsídios no ordenamento jurídico nacional.....	89
7. MEDIDAS COMPENSATÓRIAS.....	95
7.1. Apresentação da petição.....	99
7.2. Requisitos da petição.....	99
7.3. Análise da petição.....	100
7.4. Procedimento de investigação – Instrução Probatória.....	102
7.5. Determinação do Subsídio.....	103
7.6. Determinação do dano para fins de medidas compensatórias.....	105
7.7. Encerramento da investigação.....	110
7.8. Cobrança de direitos compensatórios.....	111
7.9. Processos de revisão dos direitos compensatórios.....	113
8. REPARAÇÃO DO DANO EM FAVOR DA INDÚSTRIA LOCAL, POR OMISSÃO DO ESTADO EM NÃO ADOTAR MEDIDAS DE DEFESA COMERCIAL.....	121
8.1. Conceito de indenização.....	121
8.2. Nexó de causalidade.....	124

8.3. Dano à indústria nacional.....	125
--	------------

8.4. Direito de ação da indústria nacional prejudicada.....	127
--	------------

CONCLUSÃO.....	129
-----------------------	------------

BIBLIOGRAFIA.....	133
--------------------------	------------

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS:

AAD: Acordo AntiDumping

ASMC: Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias

BIRD: Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento

CAMEX: Câmara de Comércio Exterior

DECOM: Departamento de Defesa Comercial

DOU: Diário Oficial da União

FMI: Fundo Monetário Internacional

ESC: Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias

g. n. : grifo nosso

GATT: Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio

GTDC: Grupo Técnico de Defesa Comercial

ICSID: *International Centre for Settlement of Investment Disputes*

MDIC: Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior

OAp: Órgão de Apelação Permanente

OIT: Organização Internacional do Comércio

OMC: Organização Mundial do Comércio

ONU: Organização das Nações Unidas

OPA: Órgão Permanente de Apelação

OSC: Órgão de Solução de Controvérsia

SECEX: Secretaria de Comércio Exterior.

SRF: Secretaria da Receita Federal

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Supremo Tribunal de Justiça

TPRM: Trade Policy Review Mechanism

RESUMO

Esta tese tem como principal objetivo a clarificação do destino das receitas obtidas pelo Governo Federal instituída como consequência de conflitos comerciais internacionais, bem como a discussão sobre se a entrega de qualquer dessas receitas para as indústrias poderia ser considerada uma subvenção ilegal pelos outros participantes do regime de comércio internacional.

Palavras - chave: Comércio internacional; Destino das receitas; Comércio internacional de subvenções.

ABSTRACT.

This thesis has as its main objective the clarification of the destination of revenues obtained by the Federal Government imposed as consequence of international trade disputes as well as the discussion on whether the delivery of any such revenues to the industries could be considered as an illegal subsidy by the other participants of the international trade regime.

Keywords: International Trade; Destination of revenues; Subsidies International Trade.

INTRODUÇÃO

Os argumentos lançados trazem a impressão do Autor não só com relação à vasta bibliografia que foi utilizada, mas, também contatos com Professores da matéria e casos práticos junto à própria Organização Mundial de Comércio – OMC.

O trabalho pretende esclarecer se há efetivamente reparação aos danos causados a indústria nacional com a adoção de medidas de defesa comercial, bem como, se essa reparação caso seja existente pode ser considerada como subsídio ilegal pela Organização Mundial do Comércio – OMC.

1. JUSTIFICATIVA

Nos últimos anos, devido à globalização, nunca foi tão discutida a participação comercial internacional pelos países ao redor do mundo, sejam eles desenvolvidos ou em desenvolvimento, cada país que compõe a terra a cada dia que passa, está mais preocupado e preparado para participar do grande mercado internacional.

Em decorrência da formação deste mercado internacional e da preparação dos países surge à necessidade de preservação da boa prática comercial, ou seja, garantir que o mercado internacional seja, competitivo, de uma maneira lícita e organizado inclusive com a participação da indústria local.

Para tanto, os países membros formaram a Organização Mundial do Comércio – OMC, que tem por objetivo principal a regulamentação do comércio mundial, bem como, em caso de práticas comerciais desleais, adotarem as medidas de defesa comercial, através do Órgão de Solução de Controvérsia.

Ao adotar essas medidas de defesa comerciais recomendadas pela OMC, eventualmente, os países membros acabam auferindo uma receita, a qual certamente possui natureza jurídica própria e deveria, salvo melhor juízo, ser repassada a indústria prejudicada comercialmente pela prática comercial abusiva.

Todavia, a arrecadação não é repassada a indústria prejudicada e o dinheiro acaba sendo incorporado ao orçamento ordinário da União, de modo que o prejudicado pelo ilícito comercial fica sem sua reparação.

No presente trabalho demonstraremos a necessidade de reparação da indústria prejudicada, tendo em vista a necessidade de recomposição patrimonial da vítima do suposto dano.

Portanto, a justificativa para realização desse trabalho corresponde à necessidade de revisão do destino outorgado a arrecadação estatal através das medidas de defesa comercial.

2. OBJETIVOS DO TRABALHO.

O objetivo geral do trabalho visa responder se a destinação da arrecadação estatal com aplicação de medidas de defesa comercial pode/deve ser repassada para a indústria local prejudicada com a postura comercial desleal

e, em caso positivo, se esse repasse corresponde à aplicação de subsídio ilegal em favor desta indústria local beneficiária do repasse.

Além deste objetivo geral principal, há, também, os objetivos específicos que devem esclarecer se há reparação de danos em favor da indústria local prejudicada caso seja aplicada alguma medida de defesa comercial e o produto dessa medida não seja repassado em favor da indústria local.

Outro objeto seria esclarecer qual a natureza jurídica da arrecadação do Estado através da aplicação das medidas de defesa comercial.

Ainda seria necessário esclarecer se o repasse da arrecadação das medidas de defesa comercial em favor da indústria local pode ser considerado como subsídio e em caso positivo se esse subsídio é legal ou ilegal.

3. REVISÃO DE LITERATURA.

Pelo que temos conhecimento não há nenhuma obra nesse sentido publicada no Brasil. Justamente por isso, pela relevância do tema, bem como, pela ausência de obra específica resolvemos encarar o desafio e colocar o tema em pauta, tendo em vista a crescente utilização das medidas de defesa comercial pelo Brasil junto a OMC.

4. MATERIAL E MÉTODOS PREVISTOS.

A dissertação será desenvolvida a partir da pesquisa bibliográfica de cunho analítico-explicativo, envolvendo obras doutrinárias, boletins de edição sazional especializados em Direito Internacional, documentos oficiais publicados pela OMC, bem como artigos constantes de periódicos.

O material será submetido a uma análise qualitativa utilizando-se o método dedutivo, onde iremos buscar demonstrar se há efetivamente reparação junto às indústrias locais sem a distribuição da arrecadação auferida pelo Estado com a aplicação das medidas de defesa comercial, bem como, se houvesse reparação efetiva dos danos mediante o repasse da referida arrecadação, esse repasse não poderia ser considerado como subsídio.

1. ANÁLISE HISTÓRICA.

1.1. HISTÓRIA DE FORMAÇÃO DO GATT.

Os anos 30 (trinta) foram marcados por escassa cooperação entre as nações, tendo em vista o período pós-primeira grande guerra, na medida em que os países da Europa, principalmente, continental, estavam completamente destruídos.

A aludida destruição facilitou e bastante a escassez das trocas comerciais, devido, também, a grande desconfiança que ainda rondava pelos ares.

Aliada a desconfiança que plainava pelos ares, a necessidade de reconstrução dos países, mediante o fortalecimento da indústria local, fortalecia a utilização de fortes barreiras comerciais à importação.

Os Estados Unidos que tinha surgido após a primeira grande guerra como a superpotência mundial não tinha o menor interesse em facilitar o comércio internacional, principalmente após o crash de 1929, onde assumiram um comportamento acentuadamente protecionista aumentando, inclusive, suas tarifas aduaneiras.

Ao final da segunda grande guerra, a postura americana era completamente diferente, posto que tivessem uma experiência passada que não havia sido nada agradável, razão pela qual os Estados Unidos assumiram a liderança da liberalização multilateral de comércio.

Foi nesta circunstância de pós-segunda guerra mundial que foi apresentado o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) junto ao Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas.

O GATT, escrito basicamente pelos Estados Unidos e pela Inglaterra propunha regras multilaterais para o comércio internacional, visando, basicamente, evitar políticas protecionistas demasiadas pelos demais países, como teria acontecido pós-primeira grande guerra.

Portanto, o principal objetivo do GATT era a diminuição das barreiras comerciais e a garantia de acesso mais equitativo aos mercados por parte de seus signatários e não a promoção ao livre comércio. Seus idealizadores acreditavam que a cooperação comercial aumentaria a interdependência entre os países e ajudaria a reduzir os riscos de uma nova guerra mundial (Hoekman e Kostecki – 1995, p. 13)

1.2. AVANÇO NAS RODADAS DE NEGOCIAÇÕES DO GATT.

O GATT seria provisório e tinha prazo certo e determinado de vida, devendo ser denunciado em 1948, na Conferência de Havana, onde deveria ser substituído pela Organização Internacional do Comércio – OIT. Todavia, a OIT não foi adiante, tendo em vista a recusa do Congresso Americano em ratificar o acordo.

Desta forma o GATT assumiu muito das provisões da OIT e foi adquirindo progressivamente atribuições de uma organização internacional, sendo certo que não perdeu seu caráter de acordo provisório, muito menos obtendo

personalidade jurídica própria como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial.

Neste diapasão o texto básico de 1947 foi ampliado ou modificado por novos códigos e acordos, interpretações, waivers, relatórios, panels e decisões do Conselho Geral do GATT, incorporando progressivamente disciplinas sobre medidas não tarifárias.

Após a formalização do GATT, em Genebra, em 1947, foram realizadas mais 07 (sete) sob a coordenação do GATT, a saber:

Rodada Annecy – 1949;

Rodada Torquay – 1950/51;

Rodada de Genebra – 1955/56;

Rodada Dillon – 1960/61;

Rodada Kennedy – 1963/67;

Rodada Tóquio – 1973/79; e,

Rodada Uruguai – 1986/93.

A rodada Uruguai demorou cerca de 7 (sete) anos, onde muitas rodadas de negociações foram celebradas entre os países membros e os resultados dessas negociações podem ser divididos em duas grandes partes, a saber:

a) – Código de Conduta – Arcabouço jurídico – que está contido no documento “Os resultados da Rodada Uruguai de negociações multilaterais; e,

b) – concessões de acesso aos mercados locais onde estão consolidados níveis tarifários máximos de cada país.

Isso significa que um país não pode adotar nível tarifário maior do que aquele consolidado, sem que venha apresentar alguma medida de compensação aos parceiros comerciais prejudicados.

1.3. FORMAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO – OMC.

Em Janeiro de 1995 como resultado da Rodada Uruguai entra em funcionamento a Organização Mundial do Comércio – OMC, que tem como principais funções:

- a) Gerenciar os acordos multilaterais e plurilaterais de comércio negociados por seus membros;
- b) Resolver diferenças comerciais;
- c) Servir de foro para negociações sobre temas já cobertos pelas regras multilaterais de comércio e sobre novas questões;
- d) Supervisionar as políticas comerciais nacionais; e,
- e) Cooperar com o Banco Mundial e o FMI na adoção de políticas econômicas em nível mundial.

1.4. DIFERENÇA ENTRE O GATT E A OMC.

A OMC não é apenas um GATT ampliado.

O GATT era um acordo multilateral, provisório, sem base institucional, sem poder suficiente para impedir que algum signatário viesse a praticar alguma conduta comercial desleal, visando proteger sua indústria local, tendo em vista a fragilidade de seu mecanismo de solução de controvérsia.

Por outro lado a OMC é uma organização permanente, com personalidade jurídica própria, razão pela qual os compromissos sob seus auspícios são absolutos e permanentes. Outra absurda diferença é quanto ao sistema de solução de controvérsia que é muito mais efetivo e menos sujeito a bloqueios.

As normas do GATT restringiam-se a mercadorias, enquanto que a OMC trata além das mercadorias dos serviços e de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio em geral.

Muitos acordos do GATT são plurilaterais, enquanto que a OMC é multilateral, ou seja, subscritos por todos os seus membros.

1.5. MOMENTO BRASILEIRO QUANDO DA FORMAÇÃO DA OMC.

Em meados da década de 90 (noventa), início do governo Collor, o Brasil abriu-se comercialmente, acarretando na concorrência da até então

superprotegida indústria interna com produtos similares importados, o que inundou nosso mercado com produtos estrangeiros.

Diante da abertura de mercado, a indústria nacional, na maioria dos casos, rapidamente sucumbiu aos produtos estrangeiros, que, por diversas oportunidades, eram de melhor qualidade e mais baratos que os equivalentes nacionais.

Entretanto, essa distorção de valores entre os produtos nacionais e importados, ocorria não só em função de excelência comercial das empresas estrangeiras, mas, também, em grande parte, por práticas de comércio desleais por parte destas empresas e do governo do País de origem.

Práticas comerciais desleais essas que nossa indústria e governo aceitaram durante algum período, tendo em vista que no início de nossa abertura comercial não tínhamos qualquer espécie de experiência com os instrumentos de defesa comercial, posto que não praticasse concorrência internacional.

Como é bem de ver, o tema é absurdamente novo em nosso ordenamento jurídico e, no comércio internacional brasileiro, em que pese à prática de subsídio ser tão antigo quanto o próprio mercado internacional.

Em contra partida a essa novidade jurídica, este trabalho pretende elaborar algumas críticas e colocar em discussão diversos temas relacionados à prática de subsídios e medidas compensatórias por nosso País.

Críticas como, por exemplo, a condução do caso contencioso Brasil X Canadá, por ocasião da disputa entre a EMBRAER e a BOMBARDIER, que acarretou em dura derrota para indústria nacional no painel da Organização Mundial do Comércio – OMC, não obstante nosso governo ter dado publicidade exatamente ao contrário.

Pretendemos, ainda, restringir a utilização das medidas compensatórias somente para os casos em que a mesma deve realmente ser

aplicada e não a utilização desse instrumento de defesa comercial como barreira protecionista como fazem alguns países desenvolvidos.

Este estudo servirá, ainda, como contribuição para que os procedimentos de defesa comercial se popularizem em nosso ordenamento jurídico, de modo a melhorá-lo e aperfeiçoá-lo, tendo em vista a juventude do tema.

Finalmente, este estudo buscará, também, corrigir o destino das verbas arrecadas com as medidas compensatórias, tendo em vista que estas, quando aplicado o direito compensatório, passam a fazer parte da arrecadação ordinária da União, o que, em nosso ponto de vista, é *data maxima venia*, equivocado.

2. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE COMÉRCIO – OMC.

2.1. FUNDAÇÃO E ESTRUTURA.

Formada em 1995, após o término da Rodada Uruguai, a Organização Mundial do Comércio – OMC foi formada com a primordial função de administrar o sistema multilateral de comércio.

A OMC, em sua fundação, já teve sua estrutura jurídica devidamente delineada através do Acordo Constitutivo, sendo certo que esse acordo não confere a OMC o *status* de instituição especializada da ONU.

A OMC possui a seguinte estrutura de funcionamento:

a) Conferência Ministerial – Órgão máximo da OMC, composta por representantes de todos os países-membros, que se reúne a cada dois anos, tendo como atribuições desempenhar todos os papéis da OMC, adotando as disposições necessárias para tais fins, podendo decidir sobre todos os assuntos compreendidos no âmbito de qualquer dos Acordos Comerciais Multilaterais.

Na forma do Acordo Constitutivo da OMC 03 (três) comitês foram estabelecidos pela Conferência Ministerial:

- Comitê de comércio e desenvolvimento – encarregado de examinar, periodicamente, as disposições especiais em favor dos países de menor desenvolvimento.
- Comitê das restrições por motivos de balanço.

- Comitê de assuntos orçamentários, financeiros e administrativos.

b) Conselho Geral – Composto por representantes de todos os países-membros, reunindo-se quando necessário, o Conselho Geral será o responsável pelas funções da Conferência Ministerial, além daquelas que o Acordo Constitutivo lhe atribui especificamente.

c) Órgão de Solução de Controvérsia – OSC – estabelecido pelo artigo 2, do Anexo 2 do Acordo Constitutivo, tem a incumbência de responder as consultas formuladas e solucionar as controvérsias surgidas entre os países-membros a respeito das matérias constantes dos acordos multilaterais. Tem a função, ainda, de supervisionar a aplicação das decisões e das recomendações contidas nos relatórios adotados e autorizar a suspensão das concessões e de outras obrigações determinadas pelos acordo abrangidos.

d) Órgão Permanente de Apelação – OPA – estabelecido pelo OSC, em cumprimento ao artigo 17 do Anexo 2 do Acordo Constitutivo, responsável pelo julgamento dos recursos elaborados pelos países-membros durante os painéis de controvérsia.

e) Secretariado – chefiada por um Diretor Geral, indicado pela Conferência Ministerial que determina e regulamenta seus poderes, deveres, prazo de mandato e condições de trabalho.

2.2. NATUREZA JURÍDICA DA OMC.

Segundo Claude Du Pasquier, “determinar a natureza jurídica de uma instituição, regra ou relação existente entre duas pessoas é determinar-lhe o lugar no sistema do Direito.”¹

A natureza jurídica da OMC somente pode ser extraída do Acordo Constitutivo de sua formação, na medida em que é da análise desse documento que devemos determinar o lugar da OMC no sistema do Direito.

Primeiramente deve ser destacado que o Acordo Constitutivo determina os principais elementos de funcionamento da OMC, razão pela qual o aludido acordo pode ser considerado como uma espécie de regimento interno da organização.

Deve-se destacar, ainda, que países-membros somente podem ser Estados ou Territórios constituindo zona de livre comércio ou uniões aduaneiras, de maneira que não têm acesso ao quadro de membros da OMC quaisquer outras espécies de organização ou associação pessoas jurídicas ou físicas de qualquer natureza.

Verifica-se, portanto, que a OMC é uma entidade dotada de capacidade jurídica própria, possuindo patrimônio e sendo dotada de orçamento e receita própria, que são formadas pela contribuição de todos os países-membros.

Giorgio Sacerdoti opina que “a OMC é uma organização internacional em todos os aspectos”², sendo forçoso concluir que não se trata de

¹ PASQUIER, Claude Du. Introduction à La Théorie Générale et à La Philosophie. 3. ed. Neuchâtel – Paris, ed. Delachaux & Nestlé, 1948.

² SACERDOTI, Giorgio. A transformação do GATT na Organização Mundial do Comércio, in: Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? – A OMC e o Brasil (coord. Paulo Borba Casella e Araminta de Azevedo Mercadante). São Paulo: Ed. LTR, 1998.

um mero tratado como o GATT, por exemplo, muito menos de uma agência internacional especializada como a Organização das Nações Unidas.

O autor italiano Angelo Sereni conceitua organização internacional como sendo “associação voluntária de sujeitos de Direito Internacional, constituída por meio de atos de Direito Internacional e submetida, nas relações entre as partes, a normas de Direito Internacional, que se concretiza em entidade de caráter estável, munida de ordenamento jurídico interno, bem como de órgãos e instituições que lhe sejam próprios, por meio dos quais atinja finalidades comuns dos associados, desempenhando funções particulares e exercendo poderes que lhe fora conferidos para tal fim.”³

Todas as características mencionadas pelo doutrinador italiano encontram-se estampadas na OMC, de maneira que os permite demonstrar com clareza sua natureza jurídica de organização internacional clássica.

Para José Cretella Neto e Luiz Otávio Pimentel, a OMC, quanto a sua natureza jurídica, “trata-se de uma organização internacional em sentido estrito, independente, orgânica e funcionalmente, com personalidade jurídica de Direito Internacional Público.”⁴

Delimitada a natureza jurídica da OMC, mister se faz necessário sua classificação como organização internacional, sendo certo que, para realizar este trabalho, iremos utilizar os critérios fixados por Celso Duvivier de Albuquerque Melo, quais sejam: a) - finalístico; b) - territorial; c) - natureza do poder exercido; d) - natureza dos poderes recebidos; e, e) - dependência.

a) Com relação ao critério finalístico, as organizações internacionais podem ser gerais ou especiais, levando-se em conta a finalidade da mesma. Neste critério

³ SERENI, Angelo Piero. Diritto Internazionale. Ed. Dott. A Giuffré, Milão, 1958, Tomo II.

⁴ Normas Jurídicas do Comércio Mundial: Propriedade Intelectual. In: Scientia Iuris – Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade de Londrina – UEL, vol. 4, 2000.

podemos dizer que a OMC é mista, tendo em vista sua finalidade específica no comércio mundial, bem como, de natureza geral, no que tange a política mundial.

b) Quanto ao critério territorial, à organização internacional pode ser parauniversal, sendo que não existe impedimento para admissão de membros em razão de sua localização geográfica, regional quando existir essa limitação ou inter-regional. Neste critério a OMC pode ser considerada como uma entidade parauniversal, visto que todos os seus membros vieram da totalidade das localizações do globo terrestre, de maneira que não há nenhum impedimento quanto à admissão de membros pela sua localização geográfica.

c) Quanto ao critério que corresponde à natureza dos poderes exercidos, as organizações internacionais podem ser classificadas como intergovernamentais, quando os órgãos são constituídos por representantes dos Estados; as decisões são tomadas por unanimidade ou maioria qualificada e as decisões não são auto-aplicáveis, devendo os partícipes providenciar a execução das referidas decisões dentro de cada território. Podem ser supranacionais quando possuem órgãos em que os representantes atuam em nome próprio e não como representantes dos Estados, as deliberações são tomadas por maioria e as decisões dos órgãos legislativos e judiciais são imediatamente aplicáveis ao ordenamento jurídico interno de cada membro. Neste critério a OMC pode ser considerada uma organização intergovernamental.

d) Quanto ao critério dos poderes recebidos, as organizações internacionais podem ser classificadas como de cooperação ou de integração. As organizações de cooperação são aquelas que não impõem suas decisões aos membros, buscando implementá-las através de acordos de concessões mútuas. As de integração econômica são dotadas de regras institucionais relativamente rígidas, tendendo a impor suas decisões aos seus membros. Neste critério a OMC é uma organização internacional de cooperação.

e) Quanto ao critério de dependência ou independência, o mesmo estabelece a soberania da organização internacional, sendo certo que soberania, neste caso, relativamente ao exercício de algum controle externo, ou seja, se a organização é

submetida à fiscalização de algum membro. As dependentes são aquelas sujeitas à fiscalização, enquanto que as independentes são aquelas não sujeitas à fiscalização. Neste critério, a OMC é uma organização internacional independente, na medida em que não é fiscalizada por nenhum de seus membros.

Portanto, a classificação acadêmica da instituição denominada OMC é: uma organização internacional de finalidade mista, parauniversal, intergovernamental, de cooperação e independente.

2.3. PRINCÍPIOS BÁSICOS DA OMC.

Os chamados acordos da OMC, que englobam o GATT de 1947 e os resultados da rodada Uruguai, contêm 29 textos jurídicos individuais e 25 entendimentos, decisões e declarações ministeriais, onde estão especificados compromissos e obrigações adicionais dos membros, os quais devem observar os parâmetros básicos desses acordos e definir as respectivas políticas comerciais.

Os objetivos das normas da OMC, além de maior previsibilidade das condições em que operam o comércio internacional, são a garantia de acesso aos mercados e a competição justa.

Para que seja possível a concretização desses objetivos, a OMC estabeleceu a confecção de dois princípios básicos, quais sejam, a não-discriminação e a reciprocidade, os quais, muitas vezes, podem parecer entrarem em contradição.

A não discriminação está expressa nos acordos da OMC/GATT através da cláusula da nação mais favorecida⁵ e da cláusula de tratamento nacional.

A cláusula de nação mais favorecida estabelece que os membros estejam obrigados a conceder aos produtos dos demais membros um tratamento não menos favorável do que aquele destinado aos produtos de qualquer outro país.

A cláusula de nação mais favorecida é benéfica de uma forma geral, visto que permite a todos os membros a disputa pelo mercado em condição de igualdade, inclusive, sendo vista com bons olhos pelas nações menos favorecidas economicamente, visto que permite que seus produtos sejam beneficiados com as reduções tarifárias outorgadas a outros membros.

O princípio do tratamento nacional estabelece que após ingressar em determinado mercado, o produto estrangeiro deve receber um tratamento não menos favorável do que aquele dispensado ao similar nacional.

Logo, enquanto a cláusula de nação mais favorecida tem por objetivo a não discriminação entre os exportadores do produto, a cláusula de tratamento nacional tem por finalidade impedir que o produto importado seja tratado de maneira diferenciada do similar nacional.

Complementando os princípios que norteiam a OMC está o da reciprocidade, visto que as negociações realizam-se através da troca de concessões entre os membros da OMC, sendo certo que é a reciprocidade que pode proporcionar uma liberação mais ampla de um Código de Conduta Comercial.

⁵ “Qualquer vantagem, favor e/ou imunidade ou privilégio concedido por uma Parte Contratante em relação a um produto originário ou destinado a qualquer outro país, será imediata e incondicionalmente estendido ao produto similar, originário do território de cada uma das outras Partes Contratantes ou ao mesmo destinado...”

2.4. COMPROMISSOS DA OMC E DE SEUS MEMBROS.

São os próprios membros da OMC que são os responsáveis pela vigilância quanto ao cumprimento dos acordos multilaterais firmados dentro da OMC.

A vigilância, no âmbito da OMC, é feita através do mecanismo criado para examinar as políticas comerciais, bem como, pelo fato dos membros serem obrigados a notificar a Secretária da OMC das práticas comerciais adotadas.

As notificações devem ser feitas pelos membros sempre que ocorrer qualquer alteração quanto às medidas antidumping ou medidas compensatórias.

O órgão responsável pelo exame das políticas comerciais realiza suas avaliações periodicamente através da análise de dois documentos: uma declaração das políticas adotadas pelo governo do país sujeito ao exame e um informe pormenorizado preparado de maneira independente pela Secretaria da OMC.

Esse documento apresentado pela Secretaria da OMC traz uma apresentação pormenorizada das práticas e políticas nacionais que afetam direta ou indiretamente o comércio, sendo certo que a OMC não examina a compatibilidade entre tais regimes e as disciplinas multilaterais.

Após a análise desses dois documentos, que se denomina como Trade Policy Review Mechanism - TPRM, os dois informes são publicados, junto com a ata de reunião do TPRM.

A periodicidade do exame das políticas comerciais de cada membro depende de sua participação no comércio internacional, esclarecendo-se

que os quatro membros com maior participação no mercado internacional têm suas políticas comerciais examinadas a cada dois anos, enquanto que os dezesseis demais a cada quatro anos e o restante a cada seis anos.

2.5. LIMITES DA OMC AOS SEUS MEMBROS.

Não há dúvida que os compromissos assumidos no âmbito da OMC garantem um maior acesso ao mercado internacional. Porém, igualmente não há dúvida que aludidos compromissos restringem o raio de ação dos membros em sua política interna de comércio.

Portanto, os agentes públicos responsáveis pela estratégia de definição dessa política comercial interna devem levar em conta não apenas as demandas e necessidades domésticas, mas, também, os compromissos assumidos pelo membro da OMC com seus parceiros internacionais.

Aludida preocupação se justifica para evitar que os esforços para melhorar a competitividade externa dos produtos nacionais venham a ser anuladas ou contestadas por outros países.

Esclarecendo, as medidas de comércio exterior precisam estar de acordo com os compromissos multilaterais, sendo fundamental esclarecer quais os limites a que estão submetidos os agentes responsáveis por aludida fixação dessa política comercial.

Enfim, para fixação dessa política nacional e internacional de comércio é necessário que o agente responsável tenha conhecimento de todos os compromissos assumidos pelo membro, para que não possa estabelecer nenhum

ato oficial que venha a prejudicar a imagem do país junto à comunidade internacional, bem como, para que não venha a atrapalhar ao comércio internacional.

Os acordos fixados no âmbito da OMC estabelecem os parâmetros básicos que os membros devem respeitar e observar para fixarem suas práticas comerciais, de maneira a garantir o acesso aos mercados em condições justas de competição.

3. ÓRGÃO DE SOLUÇÃO DE CONTRÓVERSIA – OSC.

3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O OSC.

O sistema de solução de controvérsia da OMC foi materializado após a Rodada Uruguai de negociações, prometendo ser um fato marcante na tentativa de consolidar uma ordem jurídica internacional mais segura e previsível.

Quando a Rodada Uruguai se iniciou, em 1986, a reforma do sistema de solução de controvérsias era um dos temas para a negociação.

Todavia, a abordagem desse tema sempre foi pendular, entre aqueles preferiam a manutenção de uma estrutura baseada em negociações entre as partes eventualmente envolvidas numa controvérsia, seguindo o exemplo negocial do antigo sistema do GATT; e, outro grupo que pretendia promover uma estrutura mais baseada em regras legais, tendo por fundamento a previsibilidade e organização do órgão de solução de controvérsia.

Os argumentos daqueles que defendem um órgão de solução de controvérsia mais parecido com o GATT eram centrados no fato de que a flexibilidade diplomática era mais compatível com a natureza política inerente dos acordos comerciais.

No outro extremo, os defensores do legalismo argüiam que regras mais estritas e mais fundamentadas, em uma interpretação jurídica que obrigasse a todas as partes contratantes, traria maior previsibilidade ao sistema multilateral do comércio e melhor garantiria a defesa dos interesses de todos os Estados envolvidos.

O resultado destas visões contrapostas foi o Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC), que passou a constituir um dos acordos obrigatórios para os Membros da então criada OMC.

Destacam-se, como características fundamentais do ESC:

1. Trata-se de um sistema quase judicial, tornado independente das demais partes contratantes e dos demais órgãos da OMC;
2. Cria um mecanismo obrigatório para os Membros da OMC, sem necessidade de acordos adicionais para firmar a jurisdição daquela organização internacional em matéria de conflitos relativos a seus acordos;
3. O sistema é quase automático, e somente poderá ser interrompido pelo consenso entre as partes envolvidas na controvérsia, ou pelo consenso entre todos os Membros da OMC para interromper uma fase (“consenso reverso”);
4. O sistema pode interpretar as regras dos acordos da OMC, mas não aumentar nem diminuir os direitos e obrigações de seus Membros;
5. O sistema termina com a possibilidade, várias vezes adotadas durante o GATT, de que um membro da OMC possa impor sanções unilaterais em matéria comercial, sem que a controvérsia tenha sido previamente avaliada pela OMC;
6. Finalmente, o ESC determina a exclusividade do sistema para solucionar controvérsias envolvendo todos os acordos da OMC, eliminando desta forma a proliferação de mecanismos distintos, como ocorria à época do GATT-1947; foram mantidas ainda algumas regras excepcionais, discutidas abaixo, mas que não destoam fundamentalmente do procedimento geral adotado.

O sistema de solução de controvérsias então criado tem jurisdição para resolver quaisquer controvérsias entre os Membros da OMC que derivem dos acordos firmados no âmbito da OMC, inclusive de seu acordo constitutivo.

Contudo, para que seja possível o andamento de uma reclamação é necessário que o Membro reclamante demonstre apenas que a medida ou legislação nacional reclamada conflita com uma regra vigente do conjunto normativo da OMC.

Existem ainda regras especiais, constantes nos acordos específicos, e que podem criar algumas particularidades a depender da matéria objeto da controvérsia.

Há diversos métodos de solução de controvérsias previstos no âmbito do ESC, os quais são utilizáveis, dependendo de sua aplicabilidade ou do acordo entre as partes envolvidas na controvérsia.

Desta forma, o ESC prevê como instâncias obrigatórias, as consultas entre os Membros envolvidos na controvérsia e a decisão quase-judicial materializada no relatório dos painéis. Mas poderá haver, ainda:

1. Recurso ao Órgão de Apelação (OAp), pelo Membro que discorde dos relatórios do painel, o que quase sempre ocorre na prática;
2. Bons ofícios, conciliação ou mediação, inclusive com a intervenção do Diretor-Geral da OMC, para buscar uma solução negociada para a controvérsia; e evidentemente, isso dependerá do acordo entre as partes para aceitar a intervenção do terceiro;
3. Arbitragem: podem, ainda, os Membros envolvidos numa controvérsia acordarem em submetê-la diretamente à arbitragem, identificando claramente as questões conflitantes e concordando em obedecer ao laudo arbitral; esta prerrogativa raramente é utilizada pelos Membros da OMC.

O ESC assevera que:

“o objetivo do mecanismo de solução de controvérsias é garantir uma solução positiva para as controvérsias. Deverá ser sempre dada

preferência à solução mutuamente aceitável para as partes em controvérsias e que esteja em conformidade com os acordos abrangidos, ao mesmo tempo, o primeiro objetivo do mecanismo de solução de controvérsias será geralmente o de conseguir a supressão das medidas de que se trata, caso se verifique que essas são incompatíveis com as disposições de qualquer dos acordos abrangidos”.

Esses dispositivos são herança visível do caráter negocial na solução das controvérsias originado a época do GATT-1947. E que o objetivo do ESC é, antes de tudo, conseguir eliminar a medida atentatória às regras do livre comércio, e não garantir compensação por eventual responsabilidade internacional de seus Membros.

3.2. PARTES.

Em regra, como as demais organizações internacionais de caráter intergovernamental, a OMC é composta por Estados soberanos, que têm poder de intervenção e representatividade em todos os atos decisórios da Organização.

As organizações internacionais de caráter intergovernamental têm, como uma de suas características clássicas, a participação exclusiva de Estados soberanos como Membros.

Segundo Welber Barral, “este dogma do direito internacional clássico vem sendo excepcionado pelos novos ramos, sobretudo pelo Direito Internacional Econômico. Neste último caso, pela atribuição de determinadas

garantias ou prerrogativas a sujeitos não estatais, sobretudo nos mecanismos de solução de controvérsias criados em matéria econômica”.⁶

Um exemplo de possibilidade de acesso de pessoas físicas a um órgão internacional, EM MATÉRIA ECONÔMICA, É O *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID). Trata-se de uma organização internacional ligada ao BIRD que possui um sistema de solução de controvérsias para investimentos privados, com uso de mediação e arbitragem.

A participação de países em desenvolvimento junto ao OSC é cada vez maior e pode ser explicada pelo aumento da competitividade do mercado internacional, bem como, pelo fato de haver um dispositivo interno dentro da OMC que determine que o Secretariado da OMC preste assistência jurídica adicional aos países em desenvolvimento.

Em 2001, consolidou-se a iniciativa para se criar um centro consultivo, uma organização intergovernamental independente da OMC destinada a fornecer consultoria e treinamento para os países em desenvolvimento. É uma iniciativa interessante no sentido de garantia do “acesso à justiça internacional”. Consolidou-se, destarte, o entendimento de que pode haver a participação de advogados privados no sistema de solução de controvérsias da OMC, desde que sejam indicados como componentes da delegação oficial dos Membros envolvidos. Esta situação suscita, evidentemente, novas questões sobre aspectos éticos e de confidencialidade, que vêm inclusive sendo discutidos na literatura.

Além das partes diretamente envolvidas no conflito, o ESC permite que outros Membros da OMC tenham participação limitada na solução da controvérsia, se tiverem um “interesse concreto” (*substantial interest*) no assunto submetido ao painel. Esses terceiros interessados poderão participar de todo o procedimento e apresentar suas manifestações ao painel e, eventualmente, ao OAp. Não têm, entretanto, direito de recorrer do relatório do painel.

⁶ BARRAL, Welber. Solução de Controvérsias: OMC, União Européia e MERCOSUL – Rio de Janeiro. Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004. (p.23.).

Na visão de Jackson: *“this issue now seems to be resolved in favor of the sovereign member disputant’s choice to hire private counsel. In that case, however, there may develop some questions about ethical or appropriate conduct rules. Ideas about these “rules” could be approached in different ways, including voluntary codes or commentary from authors as suggestions which might influence how governments relate to their private counsel. “More attention may be needed to this question”.*⁷

A intervenção de terceiros foi imaginada como um meio de dar maior transparência à solução adotada, e também de impedir que soluções negociadas pudessem ser alcançadas à custa dos interesses dos demais Membros ou de regras multilaterais do comércio. Por isso, o art. 10:4 do ESC prevê que “se um terceiro considerar que uma medida já tratada por um grupo especial anula ou prejudica benefícios a ele advindos de qualquer acordo abrangido, o referido Membro poderá recorrer aos procedimentos normais de solução de controvérsias definidos no presente Entendimento. Tal controvérsia deverá, onde possível, ser submetida ao grupo especial que tenha inicialmente tratado do assunto”.

Um tema crescentemente debatido se refere à intervenção de entidades não-governamentais.

A primeira situação mencionada se refere ao impacto das decisões da OMC para os interesses de empresas privadas, sobretudo de empresas transnacionais.

Apesar desses interesses das empresas, o ESC não contempla nenhuma oportunidade específica para sua atuação no procedimento, nem

⁷ Tradução livre “Este problema parece estar resolvido em favor da escolha do disputante, membro soberano para contratar advogado particular. Nesse caso, entretanto, pode desenvolver algumas perguntas sobre “regras” de conduta ética. Idéias sobre estas “regras” poderiam ser abordadas de diferentes maneiras, incluindo códigos voluntários ou comentários de autores como sugestões que possam influenciar a forma como os governos se relacionam com seus Conselheiro privado, porém maior atenção pode ser necessária a esta pergunta.

sequer as reconhecem como partes legítimas para qualquer tipo de ato procedimental.

Neste sentido, o Market Access Database da União Européia, destinado a receber *inputs* das instituições européias, Membros e empresas privadas com relação a possíveis barreiras de seus produtos.⁸

Em tese, havendo uma eventual indenização, o que não acontece atualmente na OMC, esta seria distribuída pelo Estado segundo suas regras de direito interno, caso existam.

A proteção que o Estado concede quando um de seus indivíduos ou sociedade é lesado internacionalmente possui natureza jurídica interna e, portanto, corresponde a ato discricionário do Estado, que se realiza mediante certas condições:

- a) nacionalidade do autor da reclamação;
- b) esgotamento dos recursos internos;
- c) o procedimento (conduta) do autor da reclamação.

A possível exceção a esta ampla discricionariedade estará na existência de regras nacionais, que estipulem condições diante das quais os governos devem defender os interesses de sua indústria nacional.

Todavia, eventual intervenção de organizações não-governamentais no sistema de solução de controvérsias da OMC não são reconhecidas pela instituição, de maneira que as organizações não governamentais não têm direito de ser parte em painéis, de maneira que seus interesses teriam que ser apresentados aos respectivos governos.

⁸ Disponível em: [HTTP://mkacddb.eu.int/](http://mkacddb.eu.int/). Acessado em: 25 de julho de 2003.

Uma terceira possibilidade de intervenção de entes não-governamentais no sistema de solução de controvérsias da OMC refere-se aos casos envolvendo questões científicas. Nestas hipóteses, cujo número vem aumentando, pode ser necessária a opinião de especialistas sobre a matéria objeto da controvérsia.

3.3. PAINÉIS.

O OSC é composto por todos os Membros da OMC, que se reúnem regularmente, normalmente uma vez por mês, para tomar as decisões que lhe incumbem, segundo o previsto no ESC.

O processo decisório no OSC é baseado no consenso.

Outra observação é de que, em determinadas decisões, o ESC exige na realidade o “consenso reverso”, ou seja, para determinadas decisões, que são extremamente importantes na solução de controvérsias, todos os Membros deverão votar contra, para que a decisão não seja acolhida.

Dentre as exigências do consenso reverso são justamente as decisões para estabelecer o painel, para adotar os relatórios do painel e do OAP, e autorização para suspender concessões.

Para desempenhar suas funções, o OSC utiliza painéis, que corresponde, no ordenamento jurídico nacional, a primeira instância no procedimento para solução de controvérsias na OMC.

A literatura utiliza os termos “painel” e “painelista” de forma mais usual, tendo em vista que a tradução literal do texto em espanhol traz a denominação de grupos especiais.

Os painéis são compostos por 03 (três) indivíduos, denominados painelistas, que apresentam o relatório circunstanciado sobre a controvérsia e uma análise jurídica quanto ao fundamento da reclamação. Esses indivíduos atuam em caráter pessoal, independentemente de seus governos, e não podem atuar em casos em que seu país esteja envolvido.

Os painelistas são sugeridos pelo Secretariado e escolhidos pelos Membros na controvérsia, se houver acordo. Caso contrário, serão indicados pelo Diretor-Geral da OMC, que é o que acontece na maior parte das vezes.

Os painelistas estão submetidos ainda às regras de conduta, aprovadas em 1996, segundo as quais devem atuar com independência e imparcialidade, tendo a obrigação de informar qualquer interesse no relacionamento que tenham mantido com os Membros envolvidos na controvérsia.

A competência do painel é “examinar a questão submetida e estabelecer as conclusões que auxiliem o OSC a fazer recomendações ou emitir decisões. As recomendações e decisões do OSC não poderão promover o aumento ou a diminuição dos direitos e obrigações definidos nos acordo abrangidos”.⁹

Atualmente, uma das grandes discussões travadas no âmbito dos painéis da OMC é a acusação de que alguns painéis, e mesmo o OAP, vêm sendo protagonistas de “ativismo judicial”, interpretando os acordos de forma mais abrangente.

⁹ ESC, art. 7:1.

3.4. DO ÓRGÃO DE APELAÇÃO PERMANENTE – OAP.

O OAP é composto por 07 (sete) indivíduos cujos nomes serão aprovados por consenso pelo OSC. Devem ser “pessoas de conhecida competência, com experiência comprovada em direito, comércio internacional e nos assuntos tratados pelos acordos abrangidos em geral”.¹⁰

O OAP recebe o recurso contra decisões dos painéis, e 03 (três) juízes do OAP atuam em cada caso.

Em uma analogia com o ordenamento jurídico nacional, o OAP representa nossa segunda instância.

3.5. DO SECRETARIADO.

O Secretariado, que atua na sede da organização, em Genebra, além de manter os registros das reuniões e outras responsabilidades burocráticas, também deve manter uma lista indicativa de indivíduos para o painel, receber as argumentações escritas dos Membros da controvérsia e inclusive organizar, para os Membros interessados, cursos especiais de treinamento.

¹⁰ ESC, art. 17:1

3.6. PROCEDIMENTOS.

A fase inicial refere-se às consultas, em que “cada Membro se compromete a examinar com compreensão a argumentação apresentada por outro Membro e a conceder oportunidade adequada para consulta com relação a medidas adotadas dentro de seu território que afetem o funcionamento de qualquer acordo abrangido”.

O Membro reclamante não poderá suscitar, posteriormente, diante do painel, questões que não tenham sido previamente examinadas na fase de consultas.

Se as partes conseguirem alcançar uma solução para a controvérsia, que seja compatível com os acordos da OMC, o procedimento se encerrará.

Se, ao contrário, uma solução negociada não for alcançada em 60 (sessenta) dias, o Membro reclamante poderá levar o pedido de painel ao OSC, indicando se foram realizadas consultas, identificando as medidas controversas e fornecendo uma exposição de embasamento jurídico para a reclamação.

No OSC, a não ser que haja um consenso reverso, o painel será estabelecido, podendo os demais Membros notificar seu interesse em particular como terceiro interessados.

A fase seguinte será estabelecer os termos de referência para o painel. Equivale aos limites para a competência jurisdicional do painel. Em termos didáticos, tem semelhança com o despacho saneador no processo civil brasileiro, fixando-se os pontos controvertidos entre as partes.

Estabelecidos os termos do painel, é realizada a oitiva das partes, bem como, de eventuais terceiros interessados, sendo certo que o calendário

para realização dos referidos atos é promovido pelo próprio painel, com base no cronograma sugerido pela ESC.

Após a oitiva das partes é iniciada a fase de produção de provas, sendo certo que as mesmas são identificadas e deferidas pelos painelistas em questão, sendo certo que o ônus de sua produção é de quem argüiu, ou seja, não há uma norma ou técnica definida para produção de provas durante o painel, entretanto, se adota o princípio básico de que quem alega faz a prova de sua alegação.

Antes de concluir seu relatório, o painel ainda apresenta às partes um esboço descritivo, e um relatório provisório, ainda confidencial, que poderá ser objeto de comentários pelas partes na controvérsia.

Finalmente, o relatório do painel circula entre todos os Membros da OMC e é colocado à disposição no endereço eletrônico.

Submetido o relatório ao OSC, será ele aprovado, a não ser que haja o consenso reverso ou que uma das partes da controvérsia recorra ao OAP.

Se as partes na controvérsia recorrerem, deverão fundamentar este recurso numa questão de direito ou na interpretação eventualmente adotada pelo painel.

Diante do OAP, as partes apresentam os seus argumentos escritos e em audiência. As deliberações dos juízes do OAP são confidenciais, e o relatório final aprovado – que confirma, modifica ou revoga o relatório do painel – e é remetido ao OSC, onde será aprovado, a não ser que ocorra o consenso reverso.

A fase jurisdicional do sistema de solução de controvérsias da OMC encerra-se com a aprovação do relatório final do OAP e poderá ter dois resultados, quais sejam, concluir que a medida nacional é incompatível com os acordos da OMC, recomendando ao Membro que torne a medida compatível ou

reconhecer que a medida interna é compatível com os acordos firmados no âmbito da OMC e arquivando o processo.

3.7. DECISÕES DO OSC E SUA IMPLEMENTAÇÃO.

O painel ou, se houver recurso, o OAP, poderão ainda sugerir a maneira pela qual a recomendação poderá ser implementada. Na prática, o relatório final apresentado ao OSC conclui afirmando, em seu último parágrafo, que a medida “X” é incompatível, ou não é incompatível, com os acordos “Y” ou “Z”, invocados pela parte reclamante.

A partir de sua aprovação pelo OSC, o relatório gera a responsabilidade internacional do Membro da OMC, reconhecendo-se sua obrigação de revogar ou alterar a medida questionada, de forma a impedir a continuidade do conflito com as normas multilaterais do comércio.

Obtida a decisão do OSC, passa-se a fase de implementação, uma fase pós-jurisdicional.

3.8. NATUREZA JURÍDICA DAS DECISÕES.

Importante destacar que a decisão do OSC não tem caráter reparatório, nem de penalização do Membro que eventualmente tenha transgredido as normas da OMC por meio de uma medida nacional.

O objetivo fundamental da fase de implementação, e da eventual suspensão de vantagens, é forçar o Membro a cumprir a decisão, tornando sua legislação interna compatível com as obrigações que assumiu no âmbito da OMC.

Por isso, o ESC afirma que “nem a compensação nem a suspensão de concessões ou de outras obrigações é preferível à total implementação de uma recomendação”.¹¹

O Membro reclamado deverá informar ao OSC suas intenções com relação à implementação das decisões e recomendações do OSC.

O OSC deve aprovar um “período razoável de tempo” para que o Membro reclamado possa revogar a medida o objeto da controvérsia, ou torná-lo compatível com os acordos da OMC.

Se a medida não for alterada, devem ser iniciadas consultas entre os Membros reclamante e reclamado, buscando estabelecer uma compensação aceitável. Se não alcançarem o acordo quanto a esta compensação, o Membro reclamante poderá buscar a autorização do OSC para “suspender concessões”, ou seja, retirar vantagens negociadas no âmbito da OMC, sobretudo vantagens tarifárias, aplicáveis aos produtos oriundos do território do membro reclamado.

Se o reclamado objetar ao montante das suspensões propostas pelo reclamante, a questão é submetida à arbitragem para avaliar o valor devido da suspensão.

¹¹ ESC, art. 22:1

Neste caso a tarefa do árbitro é decidir se o grau da suspensão de concessões proposta é equivalente ao grau de anulação ou prejuízo causado ao Membro reclamado pela medida considerada ilegal.

O art. 22:8 do ESC dispõe que:

“A suspensão de concessões ou outras obrigações deverá ser temporária e vigorar até que a medida considerada incompatível com um acordo abrangido tenha sido suprimida, ou até que o Membro que deva implementar as recomendações e decisões forneça uma solução para a anulação ou prejuízo dos benefícios, ou até que uma solução mutuamente satisfatória seja encontrada”.

Segundo as lições de Welber Barral, pode-se, perfeitamente, concluir, que a fase pós-judicial, de implementação das decisões proferidas pelo OSC tem sido na experiência recente da OMC, o momento mais crítico para o legalismo nas relações econômicas internacionais.

4. MEDIDAS DE DEFESA COMERCIAL

4.1. DA DEFESA COMERCIAL INTERNACIONAL.

O comércio internacional, com o desenvolvimento dos mercados de bloco e, em nosso caso específico, com a abertura do comércio nacional, vem se tornando de extrema relevância ao ordenamento jurídico.

Entretanto, com o avanço do comércio internacional, em igual proporção, mister se faz necessário sua regulamentação e fiscalização, a fim de que sejam coibidas eventuais práticas desleais entre empresas concorrentes internacionais ou mesmo entre Estados participantes desse mercado.

Neste cenário surge a necessidade da institucionalização da defesa comercial internacional, com regras, órgãos, jurisdição e sanções próprias e adequadas ao comércio internacional.

Isso porque, no âmbito do comércio internacional, se vislumbra a relação comercial interestatal, cujo maior objetivo é manter o fluxo de livre comércio, com o intuito de evitar uma concorrência desleal entre os Estados.

Para tanto, mister se faz a regulamentação e a fiscalização do comércio internacional, ressalta-se, tanto do comércio, quanto das medidas que inibam eventuais práticas desleais efetuadas e constatadas.

Logo, as medidas de defesa comercial coíbem o *dumping* ou protegem a concorrência. Primeiro, porque o que as normas do GATT, e hoje da OMC, fazem é tentar impedir os países, ao aplicar essas medidas, que o façam

sem critérios definidos, apenas para impossibilitar a entrada dos competidores estrangeiros no mercado nacional. O que fazem é afirmar que, se o país quiser aplicar medidas *antidumping*, deve cumprir uma série de requisitos.

O segundo equívoco ocorre quando se confunde essas medidas com as normas de defesa da concorrência. E isto porque as medidas de defesa comercial são normas que visam a proteger a indústria nacional, e não a livre concorrência.

A esta atividade de regulamentação e fiscalização do comércio internacional, denomina-se Defesa Comercial Internacional.

Contudo, as práticas de defesa comercial evoluíram e continuam evoluindo de acordo com o mercado internacional, diante da evidente dependência existente entre as matérias, razão pela qual passamos a destacar a evolução histórica da defesa comercial internacional.

Sem dúvida o País mais desenvolvido em práticas de defesa comercial são os Estados Unidos da América. Esse desenvolvimento, em muito se deve ao avançado estágio americano na legislação de subsídios.

Somente a título de curiosidade, a primeira legislação de comércio aprovada pelo primeiro congresso americano norte-americano foi o *Tariff Act*, datado de 1789, sendo certo que aludida norma previa que bastaria que se identificasse a presença de subsídios pelo país exportador em determinada mercadoria que as taxas referentes aquela importação seriam majoradas indiscriminadamente.

Vale destacar, ainda, que a prática de subsídios no comércio internacional é anterior a prática de *dumping*, tanto que a primeira legislação que se tem conhecimento versa sobre subsídio e não *dumping*, sendo que a primeira legislação norte-americana *antidumping* encontrada é o *Antidumpig Act*, datado de 1916, que é 27 (vinte e sete) anos mais velha do que a legislação sobre subsídios.

A União Européia, por sua vez, teve sua primeira legislação de defesa comercial após a Primeira Guerra Mundial e a Alemanha foi à precursora na defesa de sua indústria local.

Até 1957, com a instituição da Comunidade Comum Européia, mediante a assinatura do Tratado de Roma, os países membros possuíam praticas de defesa comercial distintas.

Com a criação da Comunidade, os Estados-membros passaram por um período de transição, que durou até a década de 70 (setenta), quando a responsabilidade pela gerência e administração das políticas de comércio internacional foram transferidas à Comunidade.

Feitas algumas considerações com relação aos dois principais exportadores mundiais, devemos passar a evolução histórica do mercado internacional.

O mercado internacional, assim como o conhecemos atualmente, foi concebido após a Segunda Guerra Mundial, quando os países do mundo se uniram para refazer o ocidente, completamente devastado pela guerra.

Neste diapasão, em 1948, foi celebrado o Acordo Geral de Tarifas e Comércio – GATT, que tinha como objetivo regular as relações comerciais internacionais, reduzindo as tarifas comerciais, mediante a realização de acordos e concessões.

Outro objetivo basilar do GATT seria a abolição de todas as barreiras não tarifárias em que pese estas serem, de menor importância à época de sua celebração.

O GATT possui os princípios da reciprocidade e de não discriminação, sendo certo que esse princípio é conhecido no acordo como cláusula de nação mais favorecida – *Most Favored Nation*.¹²

A reciprocidade consiste que cada país oferece concessões tarifárias e, em contrapartida, recebe outras concessões dos demais países.

A não discriminação, por sua vez, encontra-se contemplada no artigo 1º do GATT, estabelecendo e privilegiando a liberdade entre as trocas internacionais.

Segundo Adilson Rodrigues Pires, “o GATT é instrumento de defesa do mercado livre, colocado à disposição dos países.”¹³

Todavia, diante da mutabilidade das relações internacionais, como não poderia deixar de ser, tornou-se imperioso que a defesa comercial adotada pelo GATT fosse igualmente atualizada.

Justamente por essa razão, ocorreram inúmeras novidades, posto que o GATT passasse de uma “simples estrutura jurídico-legal a tribunal de conciliação e resolução de disputas e fórum de negociações sobre temas comerciais.”¹⁴

Diante de tamanha evolução, foram instituídas as denominadas “rodadas”, cujas quais tinham por objetivo promover as discussões e negociações de temas relacionados à dinâmica do comércio internacional.

¹² Artigo 1º “Qualquer vantagem, favor e/ou imunidade ou privilégio concedido por uma Parte Contratante em relação a um produto originário ou destinado a qualquer outro país, será imediata e incondicionalmente estendido ao produto similar, originário do território de cada uma das outras Partes Contratantes ou ao mesmo destinado...”

¹³ PIRES, Adilson Rodrigues. Práticas Abusivas no Comércio Internacional. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2001.

¹⁴ GUEDES, Josefina Maria M. M.e PINHEIRO, Silvia M.: Antidumping, Subsídios e Medidas Compensatórias.. 3. ed. São Paulo: Ed. Aduaneiras. 2002.

Até a concretização da Organização Mundial do Comércio, foram realizadas 08 (oito) “rodadas” do GATT; quais sejam:

Genebra (1947);

Annecy (1949);

Torquay (1951);

Genebra (1956);

Genebra (1960/61 – Rodada Dillon);

Genebra (1964/67 – Rodada Kennedy);

Genebra (1973/79 – Rodada Tóquio); e,

Uruguai (1988/94).

Dentre essas se destacam as denominadas Rodadas Kennedy (1964/67) e Rodada Tóquio (1973/79), além, evidentemente, da Rodada do Uruguai.

A rodada Kennedy destaca-se pela confecção do primeiro Código Antidumping do comércio internacional, cujo qual recebeu a nomenclatura de *Agreement on the Implementation of the Article VI of the GATT*.

O aludido código antidumping contemplava duas posições predominantes à época, quais sejam evitar a qualquer custo a utilização de práticas desleais do dumping e dos subsídios no comércio internacional, posição essa defendida pelos Estados Unidos da América; e, medo e receio de imposições excessivas de taxas antidumping e medidas compensatórias, transformando aludidas ferramentas da defesa comercial internacional em barreiras não tarifárias.

Por sua vez, a rodada Tóquio destaca-se pela instrumentalização e formalização do *Agreement on Interpretation and Application of Articles VI, XVI, and XXIII of the GATT*, que nada mais significa do que o Código sobre Subsídios e Medidas Compensatórias.

Ressalta-se, que até o término da rodada Tóquio os subsídios não eram regulados por código específico no GATT. Lembrando-se, ainda, que a rodada Tóquio serviu, também, para rever o Código Antidumping aprovado pela rodada Kennedy.

Entrementes, em que pese à existência e formalização do Código sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, o mesmo não foi ratificado pela maior parte dos Estados-membros do GATT naquela oportunidade.

Sendo assim, o Código existia, porém não era aplicado pela maioria dos Estados-membros, salientando-se, ainda, que a maior “desculpa” utilizada pelos membros do GATT para não implementação do Código de Subsídios e Medidas Compensatórias da rodada Tóquio era a ausência de uma definição clara do que seria subsídio passível de medida compensatória.

Com esse pano de fundo inicia-se a rodada do Uruguai, cuja qual marca inúmeros avanços, tanto para nosso estudo, quanto para o avanço do mercado internacional.

Especificamente a rodada Uruguai marca a formalização e implementação do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias iniciado na rodada Tóquio, agora com a adesão da maioria dos Estados membros.

A rodada do Uruguai marca, também, uma nova fase do comércio internacional, com a aparição da Organização Mundial do Comércio – OMC.

Sendo que, para Adilson Rodrigues Pires, a conquista mais importante da rodada Uruguai foi a criação da Organização Mundial de Comércio, que se caracteriza por ser “uma instituição de caráter administrativo encarregada

de presidir os processos de negociação comercial, servindo, também, de foro para soluções de controvérsias surgidas no relacionamento entre os Estados-membros.”¹⁵

Quanto aos Códigos Antidumping e Subsídios e Medidas Compensatórias, aludida rodada, assim como a atual de Doha, luta contra a supremacia americana, com objetivos de outorgar maior transparência aos processos, oportunidade de defesa às partes interessadas e aplicação de um grau técnico as decisões dos painéis.

Isso porque, para posição e legislação americana, pode configurar-se dumping ou subsídio independentemente de prejuízo a indústria local, razão pela qual, pela mera desconfiança americana aplica-se as importações daquele País taxas antidumping.

Atualmente, estão previstos 03 (três) instrumentos para defesa comercial dos países no comércio internacional, quais sejam; Medidas Antidumping; Medidas Compensatórias; e, Medidas de Salvaguarda.

4.2. FUNDAMENTOS E IMPLICAÇÕES POLÍTICAS.

O fato de a medida de salvaguarda ter de ser aplicada contra a importação de todos os *produtos* - conseqüentemente, atingindo todos os países exportadores – pode gerar transtornos políticos para o país importador.

De outro lado, observa-se que as medidas compensatórias visam conter os efeitos dos subsídios, que quase sempre estão associados a diretrizes

¹⁵ PIRES, Adilson Rodrigues. *Op. Cit.* p. 43

de política pública década país. Em outras palavras, aplicar uma medida compensatória para combater um subsídio implica, em certa medida, estar em desacordo com a política adotada internamente pelo país exportador. As medidas compensatórias estão desta maneira, vinculadas a uma prática estatal, ao contrário das medidas de salvaguarda e das medidas *antidumpings*.

Relação entre as Medidas de Defesa Comercial

	Medidas de salvaguardas	Medidas <i>antidumping</i>	Medidas compensatórias
Prática envolvida	privada / leal	privada / desleal	estatal / desleal
Condições de aplicação	Rígidas	flexíveis	flexíveis
Necessidade de compensação	Presente	Ausente	ausente
Implicações políticas	Variáveis	Poucas	muitas

Fonte: Manual Prático de Defesa Comercial, Welber Barral – Obra Citada na Bibliografia.

4.3. RECURSO À OMC.

Os Membros da OMC podem recorrer ao Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) no caso de uma determinada medida nacional ser incompatível com os compromissos assumidos nos acordos multilaterais. Em termos de medidas de defesa comercial, este recurso ao OSC pode ocorrer nas seguintes situações:

- a) uma reclamação contra a concessão de subsídios por outro Membro da OMC à indústria nacional, se o subsídio for recorrível ou proibido;
- b) uma reclamação contra a aplicação de uma medida compensatória pelas autoridades nacionais do país importador;
- c) uma reclamação contra a imposição de medida *antidumping*; e
- d) uma reclamação contra a imposição de medidas de salvaguardas.

Nem o país importador está obrigado a impor a medida, nem o país exportador está obrigado a recorrer à OMC. As duas atitudes dependem de considerações políticas e econômicas de cada país, e da avaliação quanto ao sucesso da medida (pelo país importador).

4.4. REQUISITOS PARA IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS DE DEFESA COMERCIAL.

É necessário que o país - se for Membro da OMC – cumpra com determinados requisitos jurídicos para impor Medida de Defesa Comercial, sob pena de sofrer uma reclamação perante o OSC.

Essa necessidade se justifica na medida em que observarmos o objetivo dos acordos multilaterais e a fixação de uma política internacional para defesa comercial, visto que pretende a OMC reduzir o grau de arbitrariedade com que atuam muitas vezes as autoridades nacionais, sob pressão política da indústria nacional.

Aliás, justamente por isso que as normas multilaterais de comércio não regulamentam as práticas das empresas privadas ou públicas, mas, sim, a prática administrativa dos Estados.

Sendo certo que, não poderá haver a aplicação de medidas de defesa comercial sem uma investigação prévia que comprove que os requisitos legais estejam presentes.

Esta investigação deve, necessariamente, abordar os seguintes requisitos:

- Ser realizada pela autoridade nacional claramente identificada na norma específica;
- Ser caracterizada por ampla publicidade;
- Deve-se permitir que as partes interessadas possam apresentar seus argumentos e defender seus interesses;

- Deve-se atentar para a não-cumulatividade entre medidas *antidumping* e compensatórias, ou seja, um produto importado não pode ser submetido a ambas as medidas ao mesmo tempo;
- Um procedimento administrativo regular deve ser seguido, com prazos e fases delimitados;
- Deve haver uma decisão fundamentada quanto ao pedido de imposição da medida;
- Deve haver a possibilidade de recurso judicial contra a medida de defesa comercial aplicada.

E estar pautada nos seguintes diplomas legais:

- Lei nº 313/1948, que incorpora o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT - 1947);
- Decreto nº 1.355/1994, que incorpora os acordos resultantes da Rodada Uruguai (Acordos da OMC);
- Decreto nº 1.602/1995, que regulamenta as normas que disciplinam os procedimentos relativos à aplicação de medidas *antidumping*;
- Circular SECEX 21/1996, que traz um roteiro para elaboração de petição relativa à investigação para aplicação de medidas *antidumping*;
- Decreto nº 1.751/1995, que regulamenta as normas que disciplinam os procedimentos relativos à aplicação de medidas compensatórias;
- Circular SECEX na 20/1996, que traz um roteiro para elaboração de petição relativa à investigação para aplicação de medidas compensatórias;

- Lei nº 9.019/1995, alterada pela Lei nº 10.833/2003, que dispõe sobre a aplicação dos direitos previstos no Acordo *Antidumping* e no Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias;
- Decreto nº 1.488/1995, que regulamenta as normas que disciplinam os procedimentos relativos à aplicação de medidas de salvaguarda;
- Decreto nº 2.667/1998, que trata da aplicação de salvaguardas no MERCOSUL e que tem sido, hoje, o principal instrumento na aplicação de salvaguardas pelo Brasil;
- Circular SECEX nº 19/1996, que traz um roteiro para elaboração de petição relativa à investigação para aplicação de medidas de salvaguarda;
- Decreto nº 5.556/2005, que regulamenta a aplicação das salvaguardas transitórias contra produtos não-têxteis chineses;
- Decreto nº 5.558/2005, que regulamenta a aplicação das salvaguardas contra produtos têxteis originários da China;
- Circular SECEX nº 59/2001, que traz importantes parâmetros a serem observados nos três casos de defesa comercial: medidas *antidumping*, compensatórias e de salvaguardas; e
- Decreto nº 4.732/2003, que dispõe sobre a Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), do Conselho de Governo.

Além dessas normas, é de se observar que as investigações e aplicações das medidas de defesa comercial estão obviamente sujeitas às normas e princípios constitucionais. Ainda, na medida em que essas medidas se materializam por processo administrativo, aplica-se subsidiariamente a Lei nº 9.784, de 29/01/1999.

4.5. ÓRGÃOS ENVOLVIDOS NA INVESTIGAÇÃO PARA APLICAÇÃO DE MEDIDAS DE DEFESA COMERCIAL.

Na sistemática adotada pela legislação brasileira, os principais órgãos públicos relacionados com defesa comercial²³ estão no Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC).

O Secretário de Comércio Exterior é quem decide sobre o início da investigação. A decisão do Secretário deve se basear no relatório elaborado pelo Departamento de Defesa Comercial (DECOM), um dos departamentos da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX).

Após a conclusão das investigações, o DECOM também recomenda o término da investigação sem a imposição da medida, ou pode recomendar a Câmara de Comércio Exterior (CAMEX) a aplicação da medida de defesa comercial. Antes do fim da investigação, o Decom pode alcançar uma conclusão preliminar e recomendar a adoção de medidas provisórias. A decisão final sobre a imposição da medida de defesa comercial compete à CAMEX.

Dentro do MDIC, cabe à SECEX adotar as medidas de defesa comercial no país.

No que se refere às controvérsias relacionadas com as medidas de defesa comercial aplicadas pelo Brasil, ou que afetam as exportações brasileiras, deve-se destacar o trabalho realizado pela Coordenação Geral de Contenciosos, unidade criada no âmbito do Ministério das Relações Exteriores.

No caso de reclamações brasileiras, ou de reclamações contra o Brasil, esta Coordenação se ocupará dos trâmites pertinentes, assim como dos processos negociadores de aspectos institucionais dos mecanismos de solução de controvérsias nos foros internacionais a que pertence o Brasil.

As medidas, uma vez aplicadas, se materializam por meio da cobrança de direitos adicionais às tarifas de importação. Esses direitos são cobrados pela Secretaria da Receita Federal (SRF), a quem compete "a cobrança dos direitos *antidumping* e compensatórios, provisórios ou definitivos, quando se tratar de valor em dinheiro, bem como, se for o caso, para sua restituição".(Lei nº 9.019/95, art. 7a, parágrafo 2)

Em regra, parte-se do pressuposto de que são as próprias partes que devem manifestar seu interesse na investigação, habilitando-se junto ao DECOM. Decreto na 1.602/95, art. 21, § 3; Decreto na 1.751/95, art. 30, § 2; Decreto na 2.667/98, art. 48.

5. MEDIDAS ANTIDUMPING.

Basicamente, a legislação que versa sobre as medidas antidumping são Decreto nº 1.602/95 e no Decreto nº 1.355/94 (que incorpora o AAD da OMC).

A aplicação de medidas *antidumping*, por qualquer Membro da OMC, pressupõe a demonstração de três elementos fundamentais:

- a) importação de produtos com *dumping*;
- b) um dano provocado à indústria nacional do produto; e
- c) um nexo de causalidade entre o *dumping* e o dano.

Haverá *dumping* então quando ocorrer à exportação:

- a) com preço inferior a seu valor normal;
- b) no curso de operações comerciais regulares;
- c) de um produto similar; e,
- d) ao produto vendido no mercado exportador.

Ou seja, a discriminação de preços que configura *dumping* é entre o mercado exportador e o mercado importador. Se o produtor vender acima do valor normal no mercado importador, não haverá *dumping* (ou é o que se denomina de "*dumping* reverso", porém as medidas *antidumping* não se aplicam neste caso).

Da mesma maneira, se a discriminação de preços ocorrer dentro do próprio mercado nacional, tampouco existirá *dumping*. Neste caso, a

discriminação de preços até poderá ser punida pelo Direito Antitruste nacional, pela ocorrência de *underselling* ou preço predatório, o que não configura casos de defesa comercial e deverão ser regulamentados pela legislação anticoncorrencial, em especial pela Lei nº 8.884/94.

5.1. INÍCIO DA INVESTIGAÇÃO PARA APLICAÇÃO DE MEDIDAS ANTIDUMPING.

Para que se dê início às investigações duas são as possibilidades.

A primeira delas, que constitui a regra, é o início por meio de petição protocolada junto ao DECOM.

A segunda possibilidade é o início de ofício, pelo Governo Federal (SECEX), caso existam elementos de prova suficiente da existência do dumping, do dano e do nexo causal.

5.2. APRESENTAÇÃO DA PETIÇÃO PARA INSTAURAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO.

Para iniciar um processo *antidumping*, a petição pode ser apresentada ou pela indústria nacional afetada por alguma entidade que tenha o poder de representar essa indústria.

Para ser considerada feita pela indústria nacional ou em seu nome, a petição deve ser apoiada pelos produtores cuja produção conjunta corresponda a mais de 50% do produto similar.

Em qualquer situação, a petição deve ser dirigida diretamente ao DECOM.

5.3. REQUISITOS DA PETIÇÃO PARA INSTAURAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO.

A petição deve conter os seguintes dados:

- I. qualificação do peticionário e indicação da produção nacional que lhe corresponda;
- II. estimativa do valor e do volume da produção nacional;
- III. lista daqueles produtores que não estejam representados, bem como manifestação destes quanto ao apoio à petição;
- IV. descrição completa do produto que se alega ser importado com *dumping*;

V. nome do país exportador e descrição dos exportadores e produtores estrangeiros conhecidos e dos importadores conhecidos;

VI. descrição completa do produto fabricado pela indústria nacional;

VII. informação sobre preço de venda no mercado de origem, para que fins de cálculo do valor normal;

VIII. informação sobre preço de exportação representativo; e,

IX. informação sobre a evolução das importações objeto de *dumping* e dos efeitos sobre os preços nacionais e sobre os conseqüentes impactos para a indústria nacional.

A petição deve ser instruída com os elementos de prova pertinentes, relacionados ao *dumping*, ao dano e ao nexo causal entre eles.

Não há a obrigação, para a indústria nacional que peticiona, de analisar ou explicar as informações que dão suporte à petição, ainda que se reconheça que esta análise seja útil.

O que se requer com base no art. 5.2, é que a indústria nacional faça uma "demonstração" (e para tanto basta apresentar informações) em apoio às suas alegações, da ocorrência de *dumping*, do dano e do nexo causal.

5.4. ANÁLISE DA PETIÇÃO PELAS AUTORIDADES COMPETENTES.

A análise da petição é feita pelo DECOM. A indústria nacional que peticiona deve fazer a demonstração “bem fundamentada” do *dumping*, do dano e

do nexo causal; a autoridade competente, por sua vez, deve estar certa de que existem motivos suficientes a partir daquela demonstração, para se iniciar uma investigação.

O DECOM faz uma avaliação preliminar, no prazo de 20 dias, para saber se há necessidade de informações complementares, se for o caso concedendo novo prazo para que a indústria local venha a apresentar informações complementares.

O Peticionário tem duas oportunidades, além da petição para sanar qualquer irregularidade em seu pedido para imposição de medidas *antidumping*.

Assim que a petição é considerada devidamente instruída, abre-se prazo de 30 dias para que a SECEX dê a resposta definitiva sobre a abertura ou não da investigação

.A petição pode ser indeferida nas seguintes circunstâncias:

- I. caso seja considerada inepta;
- II. caso a petição não tenha sido feita pela indústria nacional ou em seu nome;
- III. caso os produtores domésticos que apóiam expressamente a petição reúnam menos de 25% da produção nacional; ou
- IV. caso a Secex não se convença de que existem motivos suficientes que justifiquem a abertura da investigação.

5.5. DEFERIMENTO DA ABERTURA DE INVESTIGAÇÃO.

Primeiramente deve haver publicação no Diário Oficial de uma Circular da SECEX a respeito.

Em seguida, deve haver o envio de cópia da petição para os produtores e exportadores estrangeiros conhecidos, bem como para o país exportador; e cópia da petição também deve ser colocada à disposição das demais partes interessadas.

Deve haver também comunicação à Secretaria da Receita Federal, para que ela adote as providências necessárias para uma eventual cobrança de direitos *antidumping*.

No entanto, mais importante é a previsão, na mesma Circular a ser publicada, de prazo de 20 dias para habilitação de novas partes que se considerem afetadas na investigação.

5.6. PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO - INSTRUÇÃO PROBATÓRIA.

Às partes interessadas é dada ampla oportunidade para apresentar, por escrito, os elementos de prova que considerem pertinentes sobre a investigação, diante do respeito ao princípio da ampla defesa, garante-se as partes interessadas solicitação de audiências e ter acesso a todos os documentos do processo, respeitadas as informações sigilosas.

A regra observada no início da investigação é o envio de questionários para as partes interessadas, para que estas possam fornecer as informações necessárias para melhor avaliação pelo DECOM.

As audiências fazem parte das prerrogativas do processo de investigação para garantir a ampla defesa dos interesses das partes interessadas. As audiências podem ser solicitadas durante o período de investigação, respeitado certo prazo de antecedência da sua realização, com a condição de que a parte que solicita apresente por escrito a. relação dos aspectos que deseja tratar.

Durante o processo o DECOM pode realizar visita *in loco* para averiguar se há necessidade de continuidade ou não da investigação, bem como, para que se for necessário a colheita de algum outro material de prova.

Para que isso ocorra, preliminarmente requer-se a anuência expressa da empresa envolvida no país exportador, antes da visita; em seguida, as autoridades do país exportador serão informadas a respeito dos locais exatos e das datas previstas para as visitas, assim como serão informadas as empresas que serão visitadas; antes da visita, tais empresas devem ser informadas ainda a respeito da natureza das informações pretendidas; e, por fim, realiza-se a visita, ocasião em que o DECOM também poderá fazer pedidos de esclarecimentos suplementares em consequência da informação obtida.

As partes num processo de investigação não têm a obrigação de fornecer as informações solicitadas pelo DECOM. Os pareceres que fundamentarão a decisão serão feitos com base na melhor informação disponível. Todavia, para que essa regra seja aplicada, mister se faz necessário que quando do envio do questionário, a parte seja notificada de que o não fornecimento das informações dentro do prazo permitirá que as determinações relativas à investigação sejam tomadas com base nos fatos disponíveis, especialmente naqueles deduzidos na petição inicial.

O período de investigação se houve prática de dumping deve abranger os últimos 12 meses mais próximos possíveis anteriores à data de abertura da investigação. Aludido prazo, entretanto, não poderá, nunca, ser inferior a 06 meses.¹⁶

5.7. CÁLCULO DO VALOR NORMAL.

Quando o país investigado é economia de mercado a regra é que o valor normal será calculado com base no mercado interno do país exportador.

O DECOM pode fazer uso das exceções à regra de calcular o valor normal cm base nas vendas realizadas no mercado interno do país exportador.

A primeira dessas exceções trata-se do "método do terceiro país", de açorjaxom o qual o DECOM calcula o valor normal com base no preço praticado em exportações para um terceiro país.

Pela segunda exceção, que é bastante utilizada, o DECOM calcula o valor normal a partir de um valor construído, que é acrescido de razoável montante a título de custos administrativos e de comercialização e margem de lucro. A regra estabelecida pela legislação *antidumping* é que esse montante seja calculado a partir de dados efetivos de produção e de venda.

Nessa tarefa o DECOM utiliza, entre outros, especialmente os dados relativos aos custos.

¹⁶ Decreto nº 1.602/95, art., 25, § 1º.

Segundo a OMC, é obrigatória a utilização de dados de mais de um exportador ou produtor.

A terceira das exceções, permite-se que o DECOM chegue ao valor normal a partir de "qualquer outro método".

Não existe hierarquia entre as opções metodológicas de tal sorte que as autoridades competentes pela condução de investigações têm liberdade para escolher qual o método a ser utilizado.

Para os países de não economia de mercado, o valor normal (preço para fins de comparação) será auferido a partir:

- a) do preço praticado ou do valor construído do produto similar em um terceiro país de economia de mercado;
- b) do preço praticado por esse terceiro país de economia de mercado na exportação para outro país, que não seja o Brasil; ou
- c) de qualquer outro preço razoável, inclusive o preço que seria pago no Brasil.

A própria petição de início de investigação, que é formulada pela indústria nacional é quem indica qual a será a economia adotada pelo país que esta sendo investigado.

Os países de economia de transição estão elencados na legislação, desta forma, são considerados economias de transição: Bulgária, Eslováquia, Eslovénia, Hungria Polônia, Romênia e República Tcheca.

A regra geral é de que eles serão tratados como se fossem economias de mercado. Isso ocorrerá somente caso, no decorrer das investigações, fique constatado que, no setor em que atuam os produtores ou exportadores denunciados, não prevalecem as regras do livre mercado.

5.8. CÁLCULO DO PREÇO DE EXPORTAÇÃO.

O segundo procedimento realizado pelo DECOM para fins de avaliação do *dumping* é o cálculo do preço de exportação. Afinal, deve-se comparar o valor normal e o valor pelo qual o produto ingressa no Brasil. O preço de exportação refere-se ao preço que foi efetivamente pago ou que será pago pelo produto exportado ao Brasil, descontados os impostos.

A exceção é motivada por associação entre importador e exportador. Nestes casos, o preço de exportação será um preço construído a partir:

I) da primeira revenda a comprador independente; ou

II) de uma base razoável.

A margem de *dumping*, principal objetivo da avaliação do *dumping*, é obtida por meio da comparação entre o valor normal e o preço de exportação. A comparação será feita no mesmo nível de comércio.

A margem de *dumping* pode ser apresentada de duas formas: absoluta e relativa.

A margem de *dumping* absoluta é a diferença entre valor normal e preço de exportação. Em geral, é utilizada quando se aplica direito *antidumping* por meio de alíquota específica (preço mínimo) e não como adicional ao imposto de importação. Já a margem de *dumping* relativa é a razão entre a margem de *dumping* absoluta e o preço de exportação. Ela é a mais utilizada justamente porque é mais comum a aplicação de direito *antidumping* por meio de um percentual que se adiciona ao imposto de importação.

Assim, a margem de *dumping* é justamente a diferença entre o valor normal e o preço de exportação. Pode-se chegar a essa margem, basicamente, de duas formas:

- a) pela comparação entre o valor médio ponderado e a média ponderada de todas as exportações comparáveis; ou
- b) pela comparação entre o valor normal e os preços apurados em cada transação.

A aplicação de medida *antidumping* somente será possível se chegar a uma margem de *dumping* positiva.

Exceção quando se constata que a margem *dumping*, mesmo sendo positiva, é negligenciável (*de minimis*). Haverá margem *de minimis* quando a margem for inferior a 2%, calculado sobre o preço de exportação. A margem *de minimis* é uma das causas para encerramento da investigação sem aplicação de medida *antidumping*, conforme se verá oportunamente.

5.9. AVALIAÇÃO DO DANO.

Existe um período que serve de base para que se apure a ocorrência do dano. Esse período representativo deve ser nunca inferior a três anos, e que deve incluir o período dentro do qual deve ser determinado se houve *dumping*.

O período dos dados relativos à investigação de “dano” deve ser de, no mínimo, três anos, a não ser que a parte de quem é obtida às informações tenha existência inferior a esse período.

A legislação *antidumping* brasileira estipula que a determinação do dano deve se basear em provas materiais e incluir um exame objetivo por parte do DECOM.

Cabe às autoridades competentes estabelecer qual a metodologia a ser utilizada na verificação do aumento das importações a preço de *dumping*.

Esse volume *de minimis* de importações é um dos motivos para encerramento da investigação sem aplicação de medida *antidumping*.

O segundo fator a ser examinado pelo DECOM trata do efeito das importações sobre os preços do produto similar.

O terceiro fator que deve ser avaliado pelo DECOM diz respeito ao conseqüente impacto das importações sobre a indústria nacional que produz o produto similar.

Compara-se o preço praticado pela indústria com o preço de venda no mercado nacional do produto importado e, depois, a diferença é “compensada” com o direito *antidumping*

Repita-se que a regra geral para o montante do direito *antidumping* definitivo baseia-se na margem de *dumping*, que se obtém pela comparação entre o valor normal do produto e o preço de exportação. Nas revisões, no entanto, como já se comentou, o DECOM tem utilizado a margem de subcotação como referência, com base no princípio de que o direito *antidumping* deve ser suficiente para eliminar ou evitar o prejuízo

Evidentemente, para proceder a toda essa análise, o DECOM necessita definir a indústria nacional a ser considerada. A regra, conforme a

OMC, é de que a determinação do dano deve ser feita em relação à indústria nacional que é objeto da investigação.

A primeira observação é de que a previsibilidade e iminência do *dumping* devem ser demonstradas por fatos e motivos convincentes.

Assim, seguindo orientação do Acordo AntiDumping - AAD, o DECOM leva em consideração o seguinte:

- a) indicativo de provável aumento das importações com *dumping*;
- b) fatores (capacidade ociosa ou aumento da capacidade produtiva) que indiquem a probabilidade de aumento das exportações para o Brasil;
- c) o preço praticado nessas operações, como indicando um aumento na demanda por novas importações; e
- d) estoques do produto sob investigação.

Há que se mencionar ainda que, visto isoladamente, nenhum desses fatores fornecerá orientação decisiva; mas se as três hipóteses se configurarem, ficará constatada a ameaça.

Existe a jurisprudência da OMC no sentido de que há necessidade de se fazer uma análise do conseqüente impacto das importações a preço de *dumping* quando da determinação de ameaça de dano à indústria nacional. Isso porque as autoridades competentes devem chegar à conclusão de que um dano material ocorreria caso não fossem adotadas medidas *antidumping*.

Aqui, trata-se de verificar se o terceiro requisito para aplicação de medida *antidumping*, qual seja, o de que o dano é fruto das importações a preço de *dumping*, encontra-se cumprido.

5.10. DETERMINAÇÃO PRELIMINAR.

Trata-se de um juízo de valor provisório a respeito das condições necessárias para imposição de medida *antidumping*. Diz-se "provisório" em oposição à decisão "definitiva", que ocorre ao final do processo de investigação.

A existência ou não de uma determinação preliminar dependerá das circunstâncias de cada caso

A aplicação de medidas *antidumping* provisórias é, assim, uma das possibilidades que surgem após a determinação preliminar feita pelo DECOM.

A aplicação de medida provisória somente é possível se o DECOM, quando da análise preliminar:

- I. encontrar indícios da prática do *dumping*;
- II. verificar que tal prática causa dano ou ameaça de dano à indústria nacional; e
- III. julgar necessário impedir tais práticas.¹⁷

Em regra, conforme também prevê o Acordo AntiDumping - AAD, as medidas provisórias terão vigência de quatro meses, prorrogáveis por mais dois meses.

A aplicação de medidas provisórias não implica encerramento da investigação nem tampouco sua suspensão ao contrário do que ocorre no caso de ser celebrado compromisso de preços, conforme se passa a observar.

¹⁷ Lei nº 9.019/95, art. 2º.

Por meio de compromissos de preços, as partes que estão vendendo o produto a preço de *dumping* se comprometem a aumentar seus preços ou a reduzir suas importações, de tal modo que se possa anular os efeitos do *dumping*.

Já pela lógica, o compromisso só poderá ser proposto ou aceito após uma determinação preliminar de que ocorre *dumping* e dano. O compromisso é celebrado perante o DECOM, mas deverá ser homologado pela CAMEX.

Sobre a duração dos compromissos de preços, segue-se a mesma regra relativa aos direitos definitivos:

- I) ou seja, pelo tempo que for necessário para eliminar a prática do *dumping*;
- II) por um período de, no máximo, cinco anos.

5.11. ENCERRAMENTO DA INVESTIGAÇÃO.

Antes do encerramento da instrução probatória, a SECEX convoca uma audiência para informar as partes sobre os fatos essenciais, não há obrigatoriedade de comparecimento.

Após serem informadas, as partes disporão de prazo de 15 dias para se manifestarem a respeito. Decorrido o prazo de 15 dias, a instrução será considerada encerrada.

Caso o encerramento da investigação chegue à conclusão da existência de dumping, conseqüentemente, serão aplicadas as medidas antidumping, determinando, que a empresa investigada, deposite os valores correspondentes aos direitos *antidumpings*, igual ou inferior à margem de *dumping* apurada. Observe-se que quem decide pela aplicação definitiva de direitos *antidumpings* é a CAMEX.

A investigação pode ser encerrada se o peticionário pedir arquivamento do processo, esclarecendo-se que o simples pedido, por si só, não interrompe ou encerra a investigação, visto que cabe à SECEX a decisão de aceitar ou não o pedido, dando prosseguimento na investigação.

Além dessas, as demais são hipóteses de encerramento da investigação:

- a) se não ficar suficientemente comprovada a existência de *dumping* e de dano dele decorrente;
- b) Se a margem de *dumping* for *de minimis*, ou seja, inferior a - 2%;
- c) se o volume das importações for *de minimis*, ou seja, inferior a 3% do que é importado em relação ao produto investigado; e
- d) se o dano à indústria nacional for insignificante.

5.12. COBRANÇA DE DIREITOS *ANTIDUMPING*.

Os direitos *antidumping* são cobrados mediante cobrança de importância, em moeda corrente nacional que corresponderá à margem do *dumping*.

Os direitos *antidumping* podem ser cobrados por duas formas básicas:

I) por meio de alíquota *ad valorem*: ou seja, um valor que se acrescenta a uma alíquota-base que, no caso, é o valor aduaneiro, em base CIF¹⁸, do produto que foi investigado; ou

II) por meio de alíquota específica: ou seja, um valor específico para o produto, o qual é fixado em dólares norte-americanos e convertido em moeda nacional.

Os direitos *antidumping* serão cobrados de todos os produtores ou exportadores de um país cujas importações tenham sido consideradas a preços de *dumping* e danosas à indústria nacional.

Importante esclarecer que os direitos *antidumping* devem ser recolhidos na data do registro da declaração de importação, sob pena de multa e juros de mora. Se houver inadimplemento da obrigação, a SRF encaminha documentação para a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, para inscrição do débito em Dívida Ativa e posterior cobrança.

¹⁸ Cláusula que estabelece a obrigação do exportador de fazer o seguro mínimo contra perdas ou danos na mercadoria durante o transporte a seu cargo, bem como de desalfandegar para exportação e entregar a mercadoria, sem obrigação de descarga e acondicionamento, a bordo do navio de transporte e porto por si escolhidos, para transporte marítimo ou fluvial, determinando também a extensão da sua responsabilidade até esse momento, altura a partir da qual todos os custos e riscos de perda ou danos são da responsabilidade do comprador

A receita oriundados direitos *antidumping* vai para o MDIC, para aplicação na área de comércio exterior, sendo certo que a legislação não prevê qual será a aplicação específica dessa receita extraordinária.

Os direitos *antidumping* serão cobrados apenas daqueles produtos que tenham sido despachados para consumo após a data de publicação do ato que contenha decisão sobre aplicação da medida provisória ou de direito definitivo.

Quanto ao valor a ser pago, a regra é que o direito *antidumping* não pode ser maior do que a margem de *dumping*.

Quanto à materialização do direito *antidumping*, este pode se reverter, conforme se mencionou, em alíquotas *ad valorem* ou alíquotas específicas, que serão cobradas pelas autoridades aduaneiras juntamente com os demais tributos incidentes na importação do produto investigado.

A SRF é competente para cobrar os direitos provisórios ou definitivos quando se tratar de valor em dinheiro.

Uma vez impostos os direitos *antidumping*, a preocupação dos agentes econômicos será seguramente quanto à sua duração. A regra é a seguinte: tanto em relação aos direitos *antidumping* quanto em relação aos compromissos de preços, apenas pelo tempo necessário para neutralizar o *dumping* causador de dano.

Os direitos *antidumpings* podem ser exigidos somente após entrada em vigor das Resoluções da CAMEX.

5.13. PROCESSOS DE REVISÃO DAS MEDIDAS ANTIDUMPING.

No decorrer da vigência de um direito definitivo, ele poderá ser objeto de revisão com vistas a sua modificação, para mais ou para menos, ou a sua extinção.

A SECEX, por meio do DECOM, tem competência para revisar a medida aplicada, podendo fazê-lo *ex officio ou* mediante solicitação de parte interessada. Para tanto, esta parte deve apresentar elementos de prova:

- a) de que a aplicação do direito deixou de ser necessária para neutralizar o *dumping*; ou
- b) de que seria improvável que o dano subsistisse ou se reproduzisse em caso de revogação do direito. Interessante observar, nesse aspecto, que não há obrigatoriedade de se iniciar a revisão de meio de período.

De qualquer modo, é importante notar que, além dos elementos de prova, a aceitação do pedido de revisão depende de haver decorrido prazo de, no mínimo, um ano após a imposição dos direitos definitivos. Esse prazo poderá ser reduzido em circunstâncias excepcionais ou se for de interesse nacional.

A revisão de meio de período depende de que a SECEX, por meio do DECOM, constate que os elementos de prova são suficientes para justificar a revisão.

No caso da revisão de final de período, o pedido pode ser solicitado pela indústria nacional propriamente ou por alguém em seu nome.

Essa extinção, porém, é condicional.

Observe-se que o pedido de revisão final também pode partir de órgãos ou entidades da Administração Pública Federal.

5.14. PROCEDIMENTO PARA REVISÃO DAS MEDIDAS ANTIDUMPING.

A SECEX deve se convencer de que o requerimento demonstra as condições exigidas pela norma. Da mesma forma, o ato que abre a revisão será publicado no DOU e as partes interessadas deverão ser notificadas.

Note-se que o direito *antidumping* vigente fica automaticamente prorrogado enquanto durar a revisão.

Uma terceira forma de revisão dos direitos *antidumping* aplicados é bastante particular, e somente pode ser solicitada por produtores ou exportadores de um país-alvo de medidas *antidumping*, mas que não exportaram durante a investigação que culminou na aplicação dos direitos *antidumping*.

A revisão sumária serve, em consequência, para calcular **margens individuais** para exportadores ou produtores de um país-alvo de medidas *antidumping* que não exportaram para o Brasil durante o período de investigação e seus produtos não estejam sujeitos ao direito *antidumping* enquanto durar essa revisão. No entanto, pode haver cobrança retroativa em caso de determinação positiva de *dumping*. (g.n.).

Para os exportadores estrangeiros que firmaram compromisso de preços com o Decom, é possível requerer também a revisão das condições, uma vez demonstrada à mudança nas condições econômicas ou comerciais que afetam o produto investigado.

De acordo com o AAD, deve haver tribunais arbitrais administrativos ou ligados ao judiciário, mas em qualquer caso independentes da autoridade que realizou a investigação ou a revisão, com a finalidade de rever as determinações finais sobre *dumping* e as revisões de tais determinações. Trata-se do que o Acordo define como "revisão judicial", cuja previsão em legislação nacional se analisa a seguir.

A possibilidade de se recorrer, pela via administrativa, das decisões proferidas em processos *antidumping* é amparada pela Lei nº 9.784/99. Com efeito, nos termos de seu art. 56, "das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito." Esse recurso, conforme esclarece o § 1º do mesmo art. 56, "será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior".

Segundo o art. 59, "(...) salvo disposição legal específica, é de dez dias o prazo para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida." A menção à disposição específica permitiu que, no caso das medidas *antidumping*, houvesse modificação desse prazo. No entanto, o Decreto nº 1.602 não faz menção ao assunto, pelo que permanece a regra geral de dez dias, prazo que, com base na leitura da art. 63 da citada Lei, é preclusivo.

O art. 58 esclarece que têm legitimidade para interpor recurso administrativo:

I - os titulares de direitos e interesses que forem parte no processo;

II - aqueles cujos direitos ou interesses forem indiretamente afetados pela decisão recorrida;

III - as organizações e associações representativas, no tocante aos direitos e interesses coletivos; e

IV - os cidadãos ou associações, quanto a direitos ou interesses difusos."

Em qualquer situação, conforme art. 60, o recorrente deverá, em seu requerimento, "expor os fundamentos do pedido de reexame, podendo juntar os documentos que julgar convenientes".

No caso do Brasil, não há necessidade de discussão sobre este direito, uma vez que a revisão judicial de lesão ou ameaça de lesão a direito é garantida constitucionalmente, sem exceções. Neste caso, a competência será em regra da Justiça Federal, com possibilidade de recurso aos tribunais superiores: STJ (no caso de violação de norma federal ou tratado) e STF (no caso de violação de norma constitucional).

Em princípio, pode-se recorrer inclusive contra a abertura da investigação, se a demonstração apresentada, e disponível quando do início da investigação, não for tal que "uma autoridade competente imparcial e objetiva, avaliando tal demonstração, possa chegar corretamente à existência de suficientes motivos que justifiquem a investigação" (Guatemala - Cimento II, WT/DS156/R, parágrafo 7.95).

Não se quer com isso dizer que o Judiciário tenha desempenhado, na prática, grande atuação no que se refere à aplicação de medidas de defesa comercial. Por ser uma matéria aridamente técnica, com cálculos extremamente sofisticados, o recurso ao Judiciário tem sido pouco profícuo, mesmo em casos nos quais a metodologia utilizada pelo DECOM, e mesmo regras fundamentais de procedimento, são questionáveis quando contrastadas com o AAD.

A parca jurisprudência brasileira no tema demonstra que ainda há confusão entre conceitos relativos ao que sejam as medidas *antidumping*, com

habitual mistura em relação a termos de direito da concorrência, como preço predatório. Esta confusão conceitual, inclusive nos tribunais superiores, torna improvável a revisão judicial dos atos administrativos relacionados à aplicação de medidas de defesa comercial.

E de se esperar que a prática nesta matéria, bem como a difusão da jurisprudência internacional e comparada sobre o assunto, ilumine as perplexidades que o tema ainda suscita no Brasil.

A suspensão pode ocorrer nas seguintes circunstâncias:

- I) se, ao final de uma investigação que prosseguiu após celebração de compromisso de preços, chega-se a uma determinação positiva;
- II) em relação a um direito *antidumping* que está sendo aplicado:
 - a) por razões de interesse nacional;
 - b) caso ocorram alterações temporárias nas condições de mercado.

Caso ocorram alterações temporárias nas condições de mercado; desde que o dano não se reproduza ou subsista em função da suspensão; e desde que a indústria nacional seja ouvida.

O objetivo da cláusula do interesse público é permitir que se faça uma avaliação global sobre os efeitos que a aplicação de uma medida *antidumping* pode acarretar, na esfera nacional para o país que aplica essa medida.

6. SUBSÍDIOS.

Em linhas gerais o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, constante da Ata de Marakesh, firmada após a rodada Uruguai, segue a mesma lógica do Código de Subsídios de 1979, concluído durante a rodada de Tóquio.

Contudo, em que pese seguir a mesma lógica, alguns pontos negativos do Código de Subsídios de 1979 foram corrigidos pelo atual Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias firmado na rodada Uruguai.

Destacando-se que o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias tem como principal objetivo estabelecer regras para aplicação dos subsídios, para que sua utilização não cause impacto no fluxo do comércio das relações interestaduais.

Alguns dos pontos positivos do acordo são:

- I) Definição clara do que é subsídio passível de medida compensatória;
- II) Adoção do critério de especificidade do subsídio;
- III) Classificação dos subsídios;
- IV) Critérios para provar os prejuízos experimentados pela indústria local dos Países importadores;
- V) Método para cálculo do respectivo impacto;
- VI) Adoção da regra do *minimis* – dano desprezível;

VII) Constituição de um comitê de Subsídios e Medidas Compensatórias, para consultas por parte dos membros;¹⁹

VIII) Adoção do sistema de notificações à Secretária da OMC;²⁰ e,

IX) Adoção do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC.

Além desses dados objetivos, o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias encorajou os Estados membros a utilizar o Órgão de Soluções de Controvérsias – OSC, ao invés de, simplesmente, praticarem e adotarem Medidas Compensatórias contra eventuais subsídios praticados.

O Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias da rodada uruguaia, denominado como ASRU, por Welber Barral, define, também, os requisitos e procedimentos a serem adotados à prática de Medidas Compensatórias.

Não restam dúvidas do avanço da defesa comercial internacional com a implementação do ASRU ou Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias – ASMC.

Todavia, como todas as matérias no Direito, aludido acordo não é unânime, sendo certo que a grande maioria dos operadores do direito internacional preferiu aguardar a aplicabilidade das normas nele contidas em casos concretos para emitir alguma espécie de parecer.²¹

¹⁹ As funções do comitê de subsídios são aquelas mencionadas no Acordo. A composição do comitê, igualmente encontra-se expressa no Acordo.

²⁰ O sistema de notificações à Secretária da OMC estabelece que qualquer subsídio a ser concedido por um Estado membro deverá ser previamente notificado à OMC, de forma clara e específica, para que o comitê possa fazer uma avaliação do respectivo impacto para o comércio internacional.

²¹ BARRAL, Welber. em seu “Dumping e Comércio Internacional: A regulamentação antidumping após a rodada Uruguai”, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000. p. 148, menciona que a literatura específica geralmente apresenta uma avaliação positiva do ASRU, citando, ainda, outro doutrinador em nota de rodapé.

Uma das inovações mais importantes trazidas pelo Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias – ASMC ou ASRU, podendo ser utilizada qualquer uma das abreviações mencionadas, refere-se ao princípio da especificidade.

O princípio da especificidade estabelece que um subsídio somente legitime medidas compensatórias se forem específicas para certas empresas, indústrias ou regiões.²²

Vera Thorstensen²³, estabelece algumas condições para que o subsídio seja considerado específico, quais sejam:

I) o subsídio será específico se a autoridade ou a legislação pertinente explicitamente limitar o acesso a um subsídio para certas empresas ou indústrias;

II) subsídios de apoio à exportação devem ser considerados específicos;

III) subsídios limitados para certas empresas localizadas dentro de uma região geográfica determinada sob a jurisdição de uma autoridade devem ser específicos;

IV) outros fatores podem ser utilizados e/ou considerados para caracterizar se um subsídio é ou não específico, quais sejam: uso de um programa de subsídios para um número limitado de empresas; uso predominante do subsídio por certas empresas, a concessão de grande quantia de subsídios para certas empresas; e, finalmente, a maneira como foi concedido o subsídio.

E Vera Thorstensen continua discorrendo sobre o princípio da especificidade do subsídio, mencionando que um subsídio somente não será específico se a autoridade ou a legislação estabelecer critérios objetivos ou

²² O princípio da especificidade está consagrado no art. 2º do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias.

²³ THORSTENSEN, Vera. OMC – Organização Mundial do Comércio. As regras do Comércio Internacional e a rodada do milênio. São Paulo: Ed. Aduaneiras. 1999.

condições de elegibilidade para o subsídio seja automática e claramente determinada em Lei.²⁴

Por sua vez, Welber Barral²⁵ traz em sua obra a prática adotada pelo Departamento de Comércio dos Estados Unidos. Sendo certo que, o aludido Departamento criou 03 (três) regras para determinação da especificidade, a saber:

- I) uma limitação jurídica ao acesso aos subsídios já caracteriza a especificidade;
- II) se o subsídio é acessível, mas poucas empresas o utilizam, o Departamento de Comércio julgará como uma especificidade de *facto*; e,
- III) se um governo estrangeiro exerce seu poder discricionário na concessão de subsídios de tal forma que um programa aberto de *jure* é concedido de *facto* especificamente, o Departamento julgará pela especificidade.

Porquanto, feita uma breve análise das inovações trazidas pelo Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, não resta outro caminho, senão partirmos para o estudo dos subsídios e das Medidas Compensatórias no âmbito do comércio internacional.

²⁴ THORSTENSEN, Vera. *Op. cit.* p. 125

²⁵ BARRAL, Welber Oliveira. Dumping e Comércio Internacional: A regulamentação antidumping após a rodada Uruguai. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000.

6.1. SUBSÍDIOS.

Para que exista subsídio, o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, estipulou alguns requisitos mínimos necessários. Esses requisitos, na interpretação de Vera Thorstensen ²⁶, são a necessidade de uma contribuição do governo e que essa contribuição signifique um benefício específico a uma indústria determinada.

Sendo certo que, esses requisitos apontados pela Vera Thorstensen, também o são pela Lígia Maura Costa, para qual “a existência de uma contribuição financeira governamental ou de um órgão público; somado a existência de um benefício ou vantagem concedida à indústria nacional, em decorrência de um ato ou ação governamental; e, a especificidade desse benefício a determinadas empresas ou indústrias nacionais.” ²⁷

Utilizando-se desses requisitos, Welber Barral define subsídio como sendo “*uma vantagem indevida, concedida pelo Estado, e que beneficia determinadas empresas ou setores.*” ²⁸

Conforme apontado acima, uma das grandes inovações do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias foi à definição de subsídio para o comércio internacional e essa definição vem expressa no artigo 1º do acordo.

Nas palavras de Adilson Rodrigues Pires pode-se dizer que subsídio é todo auxílio oficial concedido direta ou indiretamente ao industrial

²⁶ THORSTENSEN, Vera. *Op. cit.* p. 124

²⁷ COSTA, Lígia Maura. OMC e o comércio internacional. São Paulo: Ed. Aduaneiras, 2002.

²⁸ BARRAL, Welber Oliveira. Dumping e Comércio Internacional: A regulamentação antidumping após a rodada Uruguai. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000.

estabelecido em uma área geográfica com o fim de estimular a exportação de determinado produto.²⁹

Em uma observação mais objetiva e simples, Victor Luís Prado define subsídio como “sendo tudo aquilo que implica um custo para o Governo, de um lado, e que implica um benefício para quem recebe um subsídio.”³⁰

Em que pese o calibre da definição colocada, *data maxima venia*, ousamos aqui discordar da mesma, posto que a questão seja pouco mais complexa.

Além do que o subsídio nem sempre implica um custo ao governo, podendo significar a dispensa de uma única exigência normal, tanto de obrigação principal, quanto de acessória, de qualquer ato necessário para exportação ou instalação de uma indústria, podendo ser uma concessão de qualquer natureza.

Vale dizer, que os subsídios nem sempre se destinam às exportações e mesmo assim podem ser passíveis de punição por parte dos membros do comércio internacional.

Isso se dá porque os subsídios, em alguns casos, podem destinar-se a diferenciar o similar nacional do produto importado, fazendo com que o produto interno leve alguma vantagem sobre o concorrente estrangeiro, criando assim uma concorrência injusta entre os produtos similares.

Lembrando-se que, em outros casos, os subsídios outorgados e conferidos pelos governos pode não indicar a destinação do bem subsidiado, ou seja, não distingui a produção dos bens para venda no comércio interno, daqueles destinados para venda no comércio internacional.

²⁹ PIRES, Adilson Rodrigues. *Op. cit.* p. 43

³⁰ PRADO, Victor Luís. *A Organização Mundial do Comércio e a Questão dos Subsídios*. In: *O Direito do Comércio Internacional*. LAMPREIA, NORONHA, BAENA, SOARES, PRADO et al. São Paulo: Observador Legal Editora. 1997.

Não obstante, o Relatório do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior do Brasil define subsídio como sendo um benefício econômico concedido pelo governo a produtores e/ou exportadores com o objetivo de torná-los mais competitivos, podendo ser concedido direta ou indiretamente.³¹

Dentre todas as definições colacionadas, a mais completa e de maior proximidade com o espírito do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias é a de Vera Thorstensen, cuja qual passaremos a adotar no presente trabalho.

Definido o que é subsídio, estudaremos quais suas categorias e o porquê dessa divisão, se todas se referem ao mesmo fenômeno jurídico.

Os subsídios encontram-se classificados como sendo: **LEGAIS (VERDES OU PERMITIDOS - IRRECORRÍVEIS); ILEGAIS (VERMELHOS OU PROIBIDOS); E, NÃO SANCIONADOS (AMARELOS OU RECORRÍVEIS). (g.n.)**

Sendo certo que, esta classificação na interpretação de Lígia Maura Costa, reflete a distorção do comércio internacional causada por cada subsídio³².

Os subsídios legais (verdes ou permitidos - irrecorríveis) são aqueles expressos no artigo 8º do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, compreendendo os subsídios não específicos e aqueles destinados a esforço de desenvolvimento.

Aludidos subsídios não interferem na relação do comércio mundial, não produzindo qualquer dano ou evento na livre circulação de mercadorias entre os Estados, não podendo, assim, ser objeto de qualquer alvo de queixa junto ao órgão de solução de controvérsia da OMC.

³¹ Barreiras Externas às Exportações Brasileiras – 1999, Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – Secretaria de Comércio Exterior (SECEX).

³² COSTA, Lígia Maura. *Op. cit.* p. 64.

Em que pese serem permitidos, diante da adoção do sistema de notificação pelo Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, aludido subsídios, mesmo que sejam legais (verdes ou permitidos – irrecorríveis), devem ser comunicados ao órgão de controle das políticas nacionais.

Por sua vez, os subsídios ilegais (vermelhos ou proibidos) estão expressos no artigo 3º do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, referindo-se aos subsídios que são concedidos para fomentar a exportação e/ou a substituição de produtos importados por similares nacionais.

Estes subsídios distorcem o comércio internacional pela simples razão de interferirem diretamente no desempenho das exportações dos Estados membros.

Finalmente, os subsídios não sancionados (amarelos ou recoráveis), estão consagrados no artigo 5º do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias.

Caracterizam-se como subsídios não sancionados (amarelos ou recoráveis) aqueles auxílios governamentais que possam de alguma forma causar dano adverso ao interesse econômico de outro Estado membro.

Zampetti, interpreta os efeitos adversos como sendo ao comércio internacional e não aos demais Estados membro, pois o objetivo da OMC é regular e fiscalizar o mercado internacional e não a política econômica de cada Estado membro.³³

Logo, conclui que os subsídios cujos efeitos econômicos permanecem confinados nas fronteiras nacionais não se submetem ao sistema regulatório da OMC.

³³ ZAMPETTI, Américo. The Uruguay Round Agreement on Subsidies. Journal of World Trade. Vol. 29. nº 6. December 1995.

Em que pese o profundo respeito devido a Zampetti, novamente, discordaremos, diante da posição adotada anteriormente de que o subsídio pode ser utilizado para fomentar a substituição do produto estrangeiro por similar nacional, pois pode visar, inclusive, a manutenção de 02 (dois) ou mais concorrentes em produtos similares.

Se bem que, em havendo essa concorrência injusta pela prática de subsídio em favor do produto nacional em detrimento do estrangeiro, o Estado membro que se sentir lesado poderá reclamar seus direitos perante o órgão de solução de controvérsia da OMC, consoante estabelece o artigo 5º do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias.

Portanto, essa categoria de subsídio é examinada em função de seus efeitos danosos ou não ao mercado internacional, ou seja, prejudiciais ou não a livre troca e circulação de mercadorias entre os Estados.

No entanto, existem algumas exceções às regras dos subsídios, as quais não sujeitarão ou acarretarão na instauração de procedimento investigatório junto ao órgão de solução de controvérsias da OMC.

Por exemplo, o artigo 13 do Acordo sobre Agricultura exclui da regulamentação contida no Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias os subsídios agroindustriais.

Aliás, os subsídios agroindustriais estão sendo ampla e veementemente discutidos na atual rodada da OMC, qual seja, rodada de Doha, que ainda não teve seu término até a presente data.

Outras exceções são os subsídios não específicos; aqueles destinados a assistência a regiões desfavorecidas, com alto nível de desemprego e em longo prazo; ou, ainda, aqueles destinados a adaptação a nova legislação ambiental.

Sendo certo que todos esses subsídios que constituem exceção a regra de proibição encontram-se expressos no Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, notadamente nos artigos 6:7; 6:9; 8:2 e 27.

Neste diapasão, os subsídios passíveis de reclamação junto ao órgão de solução de controvérsia da OMC possuem natureza jurídica de conduta ilícita econômica.

Essa conduta econômica é praticada por um governo estrangeiro, que produzirá seus efeitos danosos no território interno do Estado importador do bem subsidiado.

Justamente por ser um ato oficial, praticado por um governo estrangeiro, a parte que será investigada em eventual painel do órgão de solução de controvérsia da OMC será justamente o governo do país exportador.

Desta sorte, aludida conduta econômica danosa deve ser reparada, cujo instrumento para efetivar essa reparação são as Medidas Compensatórias.

Logo, o instrumento de defesa comercial utilizado para coibir a prática dos subsídios passíveis de reclamação junto ao órgão de solução de controvérsia da OMC são as Medidas Compensatórias.

A motivação do comércio internacional para combater os subsídios é evitar danos às indústrias nacionais dos Estados importadores.

Assim sendo, somente será instaurado perante a Organização Mundial do Comércio, uma discussão envolvendo alguma espécie de subsídio se este causar ou tiver forma ou meio de causar algum dano à indústria local de algum Estado Membro.

Portanto, para discussão sobre subsídio é absolutamente necessário que seja anteriormente provado o dano ou a possibilidade deste à indústria nacional de algum Estado envolvido.

Assim, a necessidade de demonstração de dano é essencial e indispensável à propositura de qualquer pedido de instauração de painel perante a OMC, sendo certo que a ausência dessa demonstração implica na extinção do painel.

Vale dizer, ainda, que o próprio Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias explicita o que é dano grave no artigo 6.1.

Welber Barral, esclarece que dano grave ocorrerá quando o efeito do subsídio for impedir importações de produtos similares para o Estado que subsidia ou um crescimento desmensurado de sua parcela do mercado mundial daquele produto.³⁴

Na visão de Lígia Maura Costa considerar-se-á a presença de dano se o subsídio concedido visar cobrir repetidas perdas da indústria nacional ou qualquer forma de perdão de dívida, cujo montante do subsídio outorgado, calculado *ad valorem*, seja superior a 05% (cinco por cento) do valor do produto.³⁵

Destaca-se, ainda, que o conceito de dano admite variáveis, podendo o dano ser material e emergente à indústria local, possível e previsível, porém, ainda, não ocasionado e, finalmente, configura-se dano pelo eventual atraso para o estabelecimento da indústria local.

Assim sendo, a ilegalidade de um subsídio está estritamente relacionada à apuração e existência de um dano a indústria local do Estado importador.

³⁴ BARRAL, Welber Oliveira. *Op. cit.* p. 152.

³⁵ COSTA, Lígia Maura. *Op. cit.* p. 66

Welber Barral coloca com grande propriedade que a exigência da prova do dano, como requisito para instauração de procedimento junto ao Órgão de Solução de Controvérsias, serve para “garantir que os direitos compensatórios somente serão impostos nos casos em que houver um nexo causal entre o subsídio e o prejuízo a indústria nacional.”³⁶

Nas palavras de Trebilcock e Howse, aludida exigência consiste em uma tentativa de reduzir o uso protecionista dessas normas por indústrias domésticas não competitivas.³⁷

Todavia, além da presença do dano é necessário que esse dano cause ou tenha potencial para causar alguma espécie de dano ou ao menos retarde o desenvolvimento da indústria local.

Desta forma, não basta à identificação do subsídio, bem como a presença do dano se este não afetar diretamente a indústria nacional, sendo justamente por isso que o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, em seu artigo 16, define a expressão indústria nacional.

Logo, os requisitos para instauração de um processo de investigação sobre subsídio, assim, são: a constatação da existência do subsídio e dano emergente ou potencial ou, ainda, alternativamente, o retardamento a instalação da indústria nacional.

Sendo certo que, os requisitos retro mencionados têm que estar presentes simultaneamente ao produto investigado, sob pena de não se configurar a ilegalidade do subsídio.

Ultrapassados e presentes todos os requisitos e a requerimento de um Estado envolvido, inicia-se o procedimento de apuração da prática de

³⁶ BARRAL, Welber Oliveira. *Op. cit.* p. 153

³⁷ TREBILCOCK, Michael J. & HOWSE, Robert. The regulation of international trade. Londres: ROU. 1994.

subsídios segue processo semelhante ao utilizado para investigação da prática de *dumping*.

O processo para investigação da existência de algum subsídio, bem como a classificação deste e a eventual sanção é composto de 03 (três) etapas, quais sejam: composição; investigação; e, execução.

A primeira etapa de composição, antecede a parte investigatória, pela qual os Estados envolvidos tentarão a composição amigável, evitando a investigação.

Esta fase é composta das consultas bilaterais formuladas ao comitê, conforme previsto e aprovado pelo Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias celebrado na rodada Uruguai.

Este momento processual é conhecido e normalmente denominado como pré-painel e está previsto nos termos do artigo 13 do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias.

É evidente que a solução amigável do painel poderá ser proposta e aceita pelos Estados envolvidos a qualquer tempo e fase do painel.

Superada a fase da composição, sem que os Estados envolvidos alcancem algum acordo satisfatório, inicia-se a fase investigatória.

Na fase investigatória ou instrutória se constitui o painel, que corresponde a grupos de arbitragem, mediante a apresentação de petição formal endereçada ao Órgão de Solução de Controvérsia para tal finalidade.

O painel é composto por 03 (três) painelistas, que são indicados pelo Secretariado da OMC.

Se as partes concordarem com as nomeações, inicia-se o painel e, em caso contrário, é elaborada petição reclamando ao Diretor Geral da OMC,

que irá intervir, argumentando com os Estados envolvidos e/ou nomeando novos painelistas.

A formação do painel deve ser efetuada em 30 (trinta) dias, consoante determinação do Órgão de Solução de Controvérsias, porém não há qualquer penalidade por não cumprimento deste prazo.

Formado o painel, este apresentará relatório, contendo decisão sobre a matéria discutida, em até 60 (sessenta) dias da data de sua composição, esclarecendo-se que este prazo pode ser reduzido para 03 (três) meses em casos de urgência ou estendido para 09 (nove) meses, *ex vi* do artigo 10 do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias.

Existem algumas diferenças entre os procedimentos para investigação de subsídios, os quais variam de acordo com a classificação do subsídio.

Em processo de investigação de subsídio proibido (vermelho ou recorrível) pode ser convocado um grupo de especialistas, antes, do grupo especial, decidir se o subsídio é proibido ou não.

O Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, prevê, ainda, prazos especiais para o processo de investigação de subsídios proibidos, cujos quais se encontram expressos no artigo 4 do acordo.

Por sua vez, em caso de investigação de subsídios acionáveis, os prazos são maiores e as provas exigidas são mais detalhadas.

Finalmente, em sendo investigação de subsídio permitido (legal ou irrecorrível) os procedimentos são mais céleres, abreviados e há intervenção direta do comitê de subsídios e medidas compensatórias.

A petição inicial retro mencionada deverá conter, além, evidentemente, da explanação de motivos que levaram aludido Estado a requerer a instauração do painel:

I) nome do Estado (s) e produto (s) investigado(s);

II) data de início da investigação; e,

III) prática de subsídio investigada;

O painel decidirá de maneira clara se o subsídio é relevante ao comércio internacional e qual sua classificação, de acordo com os critérios anteriormente explicitados.

Será emitido um relatório e uma decisão, pelo painel, recomendando aquilo que entender melhor ao comércio internacional. Desta decisão emanada pelo painel, a parte que se sentir prejudicada poderá interpor competente recurso de apelação dirigido ao Órgão de Apelação da OMC.

O painel irá obedecer e respeitar os princípios e regras expressas no Acordo relativo ao Sistema de Resolução de Disputas da OMC, sendo certo que não poderá prolatar qualquer relatório ou decisão contrária aos acordos firmados, tão pouco que imponha algum obstáculo à consecução dos objetivos destes.

Desta feita, os objetivos do Órgão de Solução de Controvérsia são: a busca da solução da controvérsia mediante uma composição entre os Estados envolvidos e, caso essa não seja possível, suprimir as medidas comerciais tomadas por qualquer um dos Estados conflitantes com aquilo estabelecido nos acordos.

Salientando-se que, caso não seja possível a composição e a reversão dessas medidas comerciais adotadas, o Órgão de Solução de

Controvérsia recomendará a compensação do Estado envolvido prejudicado pela conduta comercial desleal, através da adoção de Medidas Compensatórias.

Contudo, nem todos os painéis instaurados para investigação de práticas de subsídios chegam a uma decisão final.

Isso porque, os procedimentos de investigação poderão ser encerrados, a qualquer tempo, sem a imposição de direitos compensatórios de qualquer natureza se o governo do país exportador assumir o compromisso de rever sua política de incentivos.

Esse compromisso poderá ser fiscalizado pela outra parte envolvida e aceito ou não por esta. Sendo certo que, em caso de aceitação o procedimento fica suspenso e, em caso negativo, este tem seu fluxo normal.

Destacando-se, ainda, que esse compromisso a ser firmado entre os Estados envolvidos poderá ser de redução, eliminação ou alteração nos incentivos oferecidos pelo país exportador.

6.2. SUBSÍDIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL.

O Código do GATT relativo ao Subsídio e Medidas Compensatórias foi incorporado ao nosso ordenamento jurídico, através do Decreto nº 93.963, datado de 22 de Janeiro de 1987.

Josefina Maria M. M. Guedes e Silvia M. Pinheiro³⁸ colocam a organização institucional brasileira interveniente no comércio internacional da seguinte forma:

I) Secretaria de Comércio Exterior do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo.

A SECEX foi atribuída dentre outras a competência de formular propostas de políticas e programas de comércio exterior, estabelecendo normas necessárias a sua implementação.

Essa competência foi atribuída através do Decreto nº 1.757/95, sendo certo que, com relação especificamente ao nosso estudo, a SECEX, tem competência, para, através do Departamento de Defesa Comercial, analisar tecnicamente eventuais instaurações ou encerramento de investigações.

II) Departamento de Defesa Comercial.

O DECOM promove os processos administrativos envolvendo práticas de comércio internacional, dentre as quais as de subsídios.

Em nosso ordenamento jurídico, o processo para investigação de subsídio encontra-se disciplinado pelo Decreto nº 1.751 de 19 de Dezembro de 1995.

O Decreto retro mencionado define subsídio como sendo contribuições financeiras ou de órgãos públicos que implique a transferência direta de fundos, receitas públicas devidas que sejam perdoadas ou deixem de ser recolhidas, e, finalmente, fornecimento de bens e serviços, além daqueles destinados à infra-estrutura geral.

³⁸ GUEDES, Josefina Maria M. M. e PINHEIRO, Silvia M. *Op. cit.* p. 73-78.

No mais, o Decreto nº 1.751/95 incorporou as definições e elementos mencionados no Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, celebrado na rodada Uruguai da OMC.

Aludida norma atribui competência ao DECOM, para analisar tecnicamente a existência da prática comercial desleal; do dano; e, do nexo de causalidade respectivo.

Depois de aludida análise, compete ao DECOM a elaboração de parecer técnico, recomendando ou não a imposição de Medidas Compensatórias, sejam elas provisórias ou definitivas, que será apreciado pelo GTDC – Grupo Técnico de Defesa Comercial, nos termos da Resolução nº 09, de 22 de Março de 2001.

O GTDC, por sua vez, exclusivamente quanto ao nosso estudo sobre subsídios e medidas compensatórias, possui atribuição de examinar o parecer técnico elaborado pelo DECOM, examinando, inclusive, as propostas sobre fixação de Medidas Compensatórias, sejam elas provisórias ou definitivas, bem como a homologação de compromissos em investigações de subsídios.

A aprovação do parecer técnico do DECOM pelo GTDC deve ser por consenso, sendo certo que, caso algum membro do GTDC discorde do parecer técnico apresentado pelo DECOM, este deverá apresentar sua discordância por escrito, visto que em caso de ausência dessa manifestação presume-se aprovado o parecer.

Aludido parecer, será, ainda, analisado pela Câmara de Comércio Exterior, cujo órgão, através dos Decretos nºs. 3.756/2001 e 3.891/2001, passou a deter poderes de gerência e execução sobre a política internacional econômica, posto que, unificou a administração da política internacional comercial brasileira neste órgão.

Desta sorte, passou a ser obrigatória a consulta a CAMEX, antes do estabelecimento de qualquer medida relacionada a comércio exterior.

Especificamente com relação aos subsídios e as medidas compensatórias, a CAMEX detém competência para estabelecer diretrizes e procedimentos para investigações relativas às práticas desleais do comércio exterior; fixar direitos antidumping e compensatórios provisórios ou definitivos e salvaguardas; decidir sobre a suspensão da exigibilidade dos direitos provisórios; etc.

De acordo com a legislação brasileira, o processo de investigação, considera-se instaurado a partir da notificação, enviada pela SECEX, ao governo estrangeiro que há indício de subsídio e que dano por ele causado, simultaneamente.

Logo, a investigação será instaurada através de ato oficial do governo brasileiro, na pessoa do Secretário de Comércio Exterior, que será publicado no Diário Oficial da União, contendo um resumo dos fatos e determinará a notificação de outras partes interessadas, nos termos do artigo 21, parágrafo 2º, do Decreto nº 1.602/95.

Os requisitos mínimos exigidos pela SECEX para petição inicial são:

- I) identificação do peticionário, que poderá ser pessoa física, firma ou associação que represente no mínimo 50% (cinquenta por cento) da produção do produto nacional prejudicado, nos termos do artigo 20, parágrafo 3º, do Decreto nº 1.602/95;
- II) descrição técnica detalhada da produto subsidiado, se possível com folders; e,
- III) identificação do país exportador, bem como outros produtores do produto subsidiado no país de origem.

Apresentada a petição inicial, nos termos do artigo 19 do Decreto nº 1.602/95, esta será devidamente analisada preliminarmente, dentro de um

prazo limite de 20 (vinte) dias a contar da entrega desta, a fim de que sejam corrigidas eventuais falhas ou vícios.

Caso existam vícios ou falhas a serem corrigidas, a SECEX intimará o peticionário, para que proceda as correções, dentro de um prazo razoável por ela assinalado, nos termos do artigo 19, parágrafo 3º, do Decreto nº 1.602/95

Procedidas às correções pelo peticionário, a SECEX novamente analisará a petição inicial preliminarmente, em novo prazo de 20 (vinte) dias, podendo dar andamento no feito ou extingui-lo de vez, diante da inépcia da petição inicial.

Em sendo sanados os vícios apontados pela SECEX essa encaminhará a petição inicial ao DECOM, para que este órgão emane seu parecer.

Após o parecer do DECOM e se este for positivo, a SECEX determinará a abertura da investigação, que é iniciada por meio de Circular expedida pela SECEX.

O Decreto nº 1.602/95, em seu artigo 25, delimita o prazo de duração da investigação e da apuração do respectivo dano.

Caso seja aplicado algum direito compensatório provisório este terá prazo de vigência máximo de 04 (quatro) meses e só poderá ser aplicado após 60 (sessenta) dias do início da investigação.

O Decreto nº 1.602/95, em seu artigo 33, instituiu a previsão da apresentação de memoriais, no prazo de 15 (quinze) dias a contar da audiência, por parte dos envolvidos, que tomarão conhecimento dos fatos essenciais em julgamento através de audiência a ser convocada pela SECEX.

Apresentados ou não os memoriais o procedimento será encaminhado à CAMEX, órgão competente para aplicação ou não dos direitos antidumping, visto que a CAMEX é o único órgão com poder de deliberar sobre a fixação de medidas, após consultas e pareceres do GTDC e Comitê de Gestão.

Finalmente, o artigo 58 do Decreto nº 1.602/95, impõe que toda decisão prolatada pela CAMEX que impuser qualquer espécie de direito antidumping deverá ser revista após o prazo de 01 (um) ano, desde que algum fato novo tenha ocorrido.

O artigo 57 estabelece os prazos de vigência dos direitos antidumping aplicados pela CAMEX, valendo dizer, ainda, que estes prazos poderão ser revistos pela SECEX.

7. MEDIDAS COMPENSATÓRIAS.

As medidas compensatórias surgem para coibir e evitar a prática dos subsídios nos atos de comércio internacional, assim sendo, estas possuem natureza de sanção àquelas práticas comerciais consideradas como desleais.

As medidas compensatórias, desta sorte, são aplicadas após a comprovação da procedência da acusação de concessão dos subsídios proibidos (ilegais ou vermelhos).

Desta sorte, as Medidas Compensatórias possuem natureza de sanção ao país exportador e de compensação ao país importador pelas práticas comerciais desleais perpetradas por aquele, em que pese algumas interpretações divergentes de alguns doutrinadores.

As Medidas Compensatórias possuem natureza jurídica de medida não tributária de intervenção no domínio econômico, consoante exposto no artigo 1 da Lei nº 9.019/95.

Isso porque, as Medidas Compensatórias têm por objetivo compensar a diferença entre o preço real da mercadoria no país de origem e o preço de exportação, objeto de concessão de vantagem.

Portanto, a finalidade das Medidas Compensatórias é restaurar a competitividade interna e externa dos bens produzidos no país de importação, fomentando uma concorrência saudável, justa e benéfica única e exclusivamente aos consumidores deste produto.

O Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, por sua vez, define as Medidas Compensatórias como sendo um direito especial, aplicadas em contrapartida a subsídios concedidos à manufatura, produção ou exportação de uma mercadoria, nos termos do artigo 10 do acordo.

O procedimento para apuração e aplicação das Medidas Compensatórias deverá ser efetuado através de processo administrativo, regido pela norma interna de cada Estado importador.

Sendo certo que, aludido processo administrativo deverá obedecer as regras e princípios do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias celebrado na rodada Uruguai.

O processo administrativo que nos referimos é o mesmo utilizado para investigação de subsídio, visto que Medidas Compensatórias nada mais são do que os resultados deste processo administrativo.

As Medias Compensatórias não estão contempladas na Constituição Federal Brasileira entretanto, isso não é e não pode ser utilizado como obstáculo para sua cobrança ou aplicação.

Isso porque as Medidas Compensatórias encontram-se fundamentadas na legislação ordinária e em tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Confirmado o subsídio danoso, o Estado prejudicado poderá impor e recolher Medidas Compensatórias pelo tempo suficientemente necessário para contrapor os subsídios outorgados pelo Estado estrangeiro exportador.

Contudo, de acordo com as normas da OMC, as Medidas Compensatórias não deverão durar mais do que 05 (cinco) anos, salvo exceções que deverão ser analisadas caso a caso.

As Medidas Compensatórias, entretanto, devem ser calculadas e aplicadas somente, única e exclusivamente, na exata proporção do dano experimentado pelo subsídio danoso.

Ou seja, para que sejam aplicadas Medidas Compensatórias, além da comprovação da existência do subsídio, mister se faz quantificar o prejuízo causado por esta prática de comércio desleal.

Destaca-se que seja qual for o método utilizado pela para quantificação do prejuízo causado pelo subsídio danoso, esta fórmula deverá estar prevista pela legislação nacional e sua aplicação deverá ser transparente e adequadamente explicada.

Em alguns casos específicos poderão ser aplicadas Medidas Compensatórias Provisórias, as quais, para serem aplicadas, requerem, como condição o início de uma investigação e a comprovação cabal de sua necessidade.

Determina-se, ainda, que o processo de investigação seja de 60 (sessenta) dias anterior a aplicação das Medidas Compensatórias.

Aludidas Medidas Compensatórias Provisórias podem ser substituídas por depósitos, bônus ou garantias bancárias no mesmo valor das Medidas Compensatórias Provisórias que seriam aplicadas.

A aplicação de uma medida compensatória, por qualquer Membro da OMC, também pressupõe a demonstração de três elementos fundamentais:

- a) a importação de produtos subsidiados;
- b) um dano provocado à indústria nacional do produto; e
- c) um nexo de causalidade entre o subsídio e o dano.

Conforme se observou, a prática de subsídio ocorre quando "haja contribuição financeira por um governo ou órgão público no interior do território de um Membro" (...) e "com isso se configura uma vantagem" (ASMC, art. 1.1). No entanto, para que os subsídios estejam sujeitos a medidas compensatórias, eles

devem ser específicos, ou seja, de forma bastante simplificada, acessíveis apenas a uma parte da produção nacional.

Ou seja, se um Membro julga que outro Membro está concedendo subsídios que prejudicam sua produção nacional, terá dois caminhos:

- a) uma reclamação ao sistema de solução de controvérsias da OMC, pela violação das regras sobre subsídios; ou
- b) a aplicação de medidas compensatórias, se o subsídio estrangeiro atinge o mercado local de seus produtores.

Os elementos necessários para um subsídio, serão:

- a) constituir uma contribuição financeira;
- b) proveniente do governo ou de um organismo público; e
- c) que conceda um benefício ao produtor nacional. Se faltar algum desses elementos, não será um subsídio, pelo menos de acordo com o ASMC.

Outro requisito relevante para a condenação de um subsídio, de acordo com o ASMC, é que o subsídio seja específico. Em outras palavras, se uma vantagem tributária é extensiva a todo o setor produtivo, o subsídio não estará sujeito à disciplina multilateral.

Define dois tipos de subsídios: os proibidos e os recorríveis. Proibidos são os subsídios condicionados aos resultados das exportações, ou que induzam à preferência de produtos nacionais em relação aos importados. Os subsídios recorríveis serão aqueles que, mesmo não se demandando à exportação, causam efeitos adversos à produção nacional de outro Membro da OMC.

7.1. APRESENTAÇÃO DA PETIÇÃO.

Para fins de aplicação de medidas compensatórias, somente o dano a indústria nacional, é válido, salientando-se que esse "dano à indústria nacional de um membro" deve ser entendido sob três conotações:

- a) um dano importante causado a uma produção nacional;
- b) uma ameaça de dano importante a uma produção nacional;
- c) um significativo atraso no estabelecimento de tal produção.

Em qualquer situação, a petição deve ser dirigida diretamente ao DECOM.

7.2. REQUISITOS DA PETIÇÃO.

A petição deve conter os seguintes dados:

- I) qualificação do peticionário e indicação da produção nacional que lhe corresponda;
- II) estimativa do valor e do volume da produção nacional;
- III) alista daqueles produtores que não estejam representados, bem como manifestação destes quanto ao apoio à petição;

IV) descrição completa do produto que se alega ser subsidiado;

V) nome do país ou países de origem ou de exportação e descrição dos exportadores e produtores estrangeiros conhecidos e dos importadores conhecidos;

VI) descrição completa do produto fabricado pela indústria doméstica;

VII) elementos de prova da existência, do montante e da natureza do subsídio; e

VIII) elementos de prova da evolução das importações subsidiadas e dos efeitos sobre os preços nacionais e sobre os conseqüentes impactos para a indústria doméstica.

7.3. ANÁLISE DA PETIÇÃO.

A análise da petição é feita pelo DECOM. Basicamente, o Departamento verifica, a correção e a adequação das comprovações oferecidas na petição, para ver se há fundamentos suficientes para se abrir uma investigação, conforme estipula o Art. 11.3 do ASMC.

A indústria nacional que peticiona deve fazer a demonstração bem fundamentada do subsídio, do dano e do nexo causal.

Depois de ser protocolada a petição, o DECOM faz uma avaliação preliminar, num prazo de 20 dias, para saber se há necessidade de informações complementares.

O peticionário tem duas oportunidades, além da petição, para sanar qualquer irregularidade em seu pedido para imposição de medidas compensatórias.

Assim que a petição é considerada devidamente instruída, abre-se prazo de 30 dias para que a Secex dê a resposta definitiva sobre se abre ou não a investigação.

A petição pode ser indeferida nas seguintes circunstâncias:

- I) caso seja considerada inepta;
- II) caso a petição não tenha sido feita pela indústria nacional ou em seu nome;
- III) caso os produtores domésticos que apóiam expressamente a petição reúnam menos de 25% da produção nacional; ou
- IV) caso a SECEX não se convença de que existam motivos suficientes que justifiquem a abertura da investigação.

Uma vez sendo deferido o pedido de abertura de investigação, alguns procedimentos devem ser respeitados. Primeiramente, deve haver publicação no Diário Oficial da União de uma Circular da SECEX a respeito. Em seguida, deve haver o envio de cópia da petição para os produtores e exportadores estrangeiros conhecidos, bem como para o país exportador; cópia da petição também deve ser colocada à disposição das demais partes interessadas. Deve haver também comunicação à Secretaria da Receita Federal, para que ela adote as providências necessárias para uma eventual cobrança de direitos compensatórios. No entanto, mais importante é a previsão, na mesma Circular a ser publicada, de prazo de 20 dias para habilitação de novas partes que se considerem interessadas na investigação.

Após a aceitação da petição e antes da abertura da investigação haja a convocação de consultas com o governo do país exportador envolvido. O

objetivo é dar oportunidade para que ele possa esclarecer a situação alegada na petição para aplicação de medidas compensatórias.e para que se chegue a uma solução mutuamente satisfatória.

7.4. PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO – INSTRUÇÃO PROBATÓRIA.

Uma vez aceita a petição e iniciado processo de investigação, passa-se para a fase de instrução probatória. A finalidade da instrução é justamente verificar a correção das informações fornecidas por todas essas partes interessadas.

Acima de tudo, garante-se a ampla defesa e, neste sentido, as partes interessadas podem solicitar audiências e ter acesso a todos os documentos do processo, respeitadas as informações sigilosas.

Outro aspecto importante é que os setores usuários do produto e também os consumidores, quando o produto for vendido no varejo, terão oportunidade de participar do processo de investigação, inclusive fornecendo informações que possam ser úteis durante a investigação. Não é uma participação ativa.

A legislação nacional prevê que a regra observada no início da investigação é o envio de questionários para as partes interessadas, para que estas possam fornecer as informações necessárias para melhor avaliação pelo DECOM.

As audiências fazem parte das prerrogativas do processo de investigação para garantir a ampla defesa dos interesses das partes interessadas.

As audiências podem ser solicitadas durante o período de investigação, respeitado certo prazo de antecedência da sua realização, com a condição de que a parte que solicita apresente por escrito a relação dos aspectos que deseja tratar. O comparecimento às audiências não obrigatório.

Primeiro, requer-se previamente a anuência expressa da empresa envolvida no país exportador, antes da visita; em seguida, as autoridades do país exportador serão informadas a respeito dos locais exatos e das datas previstas para as visitas, assim como serão informadas as empresas que serão visitadas; antes da visita, tais empresas devem ser informadas ainda a respeito da natureza das informações pretendidas; e, por fim, realiza-se a visita, ocasião em que o DECOM também poderá fazer pedidos de esclarecimentos suplementares em consequência da informação obtida.

O recurso aos fatos disponíveis é permitido pelo ASMC. No entanto, exige-se que, quando do envio do questionário, a parte seja informada de que o não-fornecimento das informações dentro do prazo permitirá que as determinações relativas à investigação sejam tomadas com base nos fatos, disponíveis, especialmente naqueles deduzidos na petição inicial.

O DECOM considera as características do produto o seu uso, o mercado a que se destina e a intercambialidade entre os produtos.

7.5. DETERMINAÇÃO DO SUBSÍDIO.

Para fins de avaliação do subsídio, o DECOM realiza alguns procedimentos. O primeiro deles é determinar se se trata de subsídio específico.

A especificidade de direito ocorre quando o acesso ao subsídio, concedido pelo governo em que se situa a produção, é limitado a determinadas empresas. O ASMC define que serão proibidos os subsídios vinculados, "de fato" ou "de direito", ao desempenho exportador. O subsídio é vinculado "de direito" ao desempenho exportador quando essa condição pode ser demonstrada por meio do texto de qualquer instrumento jurídico (lei, regulamento) que trate da questão.

Em relação ao subsídio "de fato", deve haver, demonstração de que existe uma relação condicional ou de dependência entre a concessão ou manutenção de um subsídio e o desempenho exportador do beneficiário.

Acerca disso, a legislação sobre medidas compensatórias estabelece que, alguns fatores poderão ser levados em consideração para que se apure se existe especificidade de fato. Entre eles:

- I) o uso de um programa de subsídio por um número limitado de empresas;
- II) uso predominante de um programa de subsídios por determinadas empresas;
- III) concessão de parcela desproporcional de subsídios a determinadas empresas;
- e
- IV) a forma pela qual a autoridade exerce sua discricionariedade na concessão do subsídio.

Ressalte-se que, quando da petição inicial, não há obrigatoriedade de ser fornecido o montante de subsídio.

A regra é que o subsídio será calculado por unidade do produto subsidiado exportado para o Brasil.

A regra geral em relação ao cálculo do montante do subsídio é de que deverá ser determinado um montante para cada exportador ou produtor investigado.

Não será aplicada a medida compensatória se o subsídio apurado for mínimo.

7.6. DETERMINAÇÃO DO DANO PARA FINS DE MEDIDAS COMPENSATÓRIAS

O ASMC estabelece que um subsídio possa provocar os seguintes efeitos danosos:

- a) dano à indústria nacional de um Membro;
- b) anulação ou prejuízo de vantagens resultantes, para outros Membros, direta ou indiretamente, do GATT 1994; e
- c) grave dano aos interesses de outro Membro.

Esclareça-se, assim, que apenas o dano previsto no item (a) é que justifica a adoção de medidas compensatórias e, por essa razão, somente tal hipótese será analisada no presente livro.

A determinação do dano é a segunda tarefa a ser empreendida pelo DECOM durante o processo de investigação, em um período nunca inferior a três anos, e que deve incluir o período dentro do qual deve ser determinado se houve subsídio.

As autoridades competentes não estão obrigadas a seguir esse período.

Como foi mencionado, o DECOM deve realizar um exame objetivo de alguns fatores que, em resumo, são os seguintes: volume das importações do produto subsidiado, seus efeitos sobre os preços do produto similar nacional e seus impactos sobre a indústria nacional.

Em relação ao primeiro fator, ou seja, o volume das importações subsidiadas, busca-se aferir se esse volume é insignificante, o que motivaria o encerramento da investigação sem aplicação de medidas compensatórias, conforme se verá. No que diz respeito aos efeitos sobre os preços do produto similar nacional, o DECOM apura se houve subcotação expressiva dos produtos importados em relação aos nacionais e se os preços nacionais tiveram queda significativa ou ficaram impedidos de aumentar (o que teria ocorrido na ausência das importações). Outra questão a se observar é que, como regra, caso sejam investigados produtos de diversas procedências, os efeitos serão analisados de forma cumulativa.

O terceiro fator que deve ser avaliado pelo DECOM diz respeito ao conseqüente impacto das importações sobre a indústria nacional que produz o produto similar. Neste aspecto, o DECOM avalia todos os fatores e índices econômicos pertinentes relacionados com a indústria. Entre eles, obrigatoriamente:

- I) queda real ou potencial das vendas;
- II) queda dos lucros;
- III) queda da produção;
- IV) queda da participação no mercado;
- V) queda da produtividade;
- VI) queda do retorno dos investimentos;

- VII) queda da ocupação da capacidade instalada;
- VIII) fatores que afetem preços internos;
- IX) amplitude da margem de *dumping*;
- X) salários, crescimento, capacidade de captar recursos ou investimentos.

Definir a indústria nacional a ser considerada. A determinação do dano deve ser feita em relação à indústria nacional do produto objeto da investigação.

Inclui também ameaça de dano. Assim, seguindo orientação do ASMC, o DECOM leva em consideração o seguinte:

- a) a natureza do subsídio e seus prováveis efeitos;
- b) significativa taxa de crescimento das importações subsidiadas;
- c) fatores (capacidade ociosa ou aumento da capacidade produtiva) que indiquem a probabilidade de aumento das exportações para o Brasil;
- d) o preço praticado nessas operações, como indicando um aumento na demanda por novas importações; e
- e) estoques do produto sob investigação.

Há que se mencionar ainda que, visto isoladamente, nenhum desses fatores fornecerá orientação decisiva; mas se as três hipóteses se configurarem, ficará constatada a ameaça.

Ainda com relação à determinação da ameaça de dano, o DECOM deve proceder a uma análise objetiva daqueles mesmos três fatores

vistos anteriormente, já que, como se sabe, trata-se de avaliação do dano (aqui sob forma de ameaça).

A avaliação do nexo causal é a terceira tarefa a ser empreendida pelo DECOM durante o processo de investigação.

Para tanto, o DECOM leva em conta o seguinte:

- I) os elementos de prova pertinentes; e
- II) outros fatores alheios às importações do produto subsidiado.
- III) volume e preços de importações não-subsidiados;
- IV) impacto do processo de liberalização;
- V) contração na demanda ou mudança nos padrões de consumo;
- VI) práticas restritivas ao comércio pelos produtores domésticos e estrangeiros;
- VII) concorrência entre eles;
- VIII) progresso tecnológico; e,
- IX) desempenho exportador e produtividade da indústria nacional.

Trata-se de um juízo de valor provisório a respeito das condições necessárias para imposição de medida compensatória.

Dependerá das circunstâncias de cada caso.

A aplicação de medidas compensatórias provisórias é, assim, uma das possibilidades que surgem após a determinação preliminar feita pelo DECOM. A aplicação de medida provisória somente é possível se o DECOM, quando da análise preliminar:

- I - encontrar indícios da concessão de subsídios;
- II - verificar que tal prática causa dano ou ameaça de dano à indústria nacional; e
- III - julgar necessário impedir tais práticas.

A possibilidade de celebração de compromissos de preços também decorre de uma determinação preliminar positiva do DECOM. Por meio dos compromissos de preços, as partes que estão vendendo o produto subsidiado se comprometem a eliminar ou reduzir o montante de subsídio ou a aumentar seus preços de exportação, de tal maneira que se possa anular os efeitos das importações subsidiadas.

Duas são as possibilidades:

- I) compromisso para eliminação ou redução dos subsídios; ou
- II) compromisso de revisão dos preços das exportações destinadas ao Brasil.

O compromisso só poderá ser proposto ou aceito após uma determinação preliminar de que existe subsídio e o dano dele decorrente. O compromisso é celebrado perante o DECOM, mas deverá ser homologado pela CAMEX.

Em relação aos efeitos do compromisso, o principal deles é a possibilidade de suspensão da investigação, sem a imposição de direitos provisórios ou definitivos.

7.7. ENCERRAMENTO DA INVESTIGAÇÃO

Antes do encerramento da instrução probatória, a SECEX convoca uma audiência para informar as partes e os governos interessados sobre os fatos essenciais sob julgamento que formam a base para sua determinação final.

Caso haja encerramento com aplicação da medida, a empresa investigada deverá depositar os valores correspondentes aos direitos compensatórios, um valor em dinheiro igual ou inferior ao montante de subsídio apurado.

O encerramento da investigações, com a cobrança de direitos compensatórios, ocorrerá nas seguintes situações:

- I) quando o DECOM chega a uma determinação final da existência de subsídio, de dano e de nexo causal entre eles; ou
- II) se vigente compromisso de preços, no caso de seu descumprimento.

Nenhuma medida compensatória deve ser aplicada quando não existe subsídio a ser compensado; ou seja, senão há subsídio, não há como contrabalançá-lo por meio de adoção de medidas compensatórias.

O próprio peticionário conclua que a medida *antidumping* compensatória não é mais necessária, ou é insuficiente. Desta maneira, a investigação pode ser encerrada se o peticionário pedir arquivamento do processo.

Demais hipóteses de encerramento da investigação:

- a) se não ficar suficientemente comprovada à existência de subsídio acionável e de dano dele decorrente;

- b) se o montante de subsídio for *de minimis*, ou seja, inferior a 1%;
- c) se o volume das importações do produto subsidiado for *de minimis*, ou seja, inferior a 3% do que é importado referentemente ao produto investigado;
- d) se o dano for insignificante.

Se houve determinação final negativa, mas se chega à conclusão de que ela só foi negativa em virtude da aplicação de medidas provisórias, aplicam-se as mesmas regras que seriam aplicadas no caso de se chegar a uma determinação final positiva.

7.8. COBRANÇA DE DIREITOS COMPENSATÓRIOS.

Os direitos compensatórios são cobrados mediante a cobrança de importância, em moeda corrente nacional, que corresponderá ao montante de subsídio apurado.

Os direitos compensatórios podem ser cobrados por duas formas básicas:

- I) por meio de alíquota *ad valorem*: isto é, um valor que se acrescenta a uma alíquota-base que, no caso, é o valor aduaneiro, em base CIF, do produto que foi investigado;
- II) por meio de alíquota específica: ou seja, um valor específico para o produto, o qual é fixado em dólares norte-americanos e convertido em moeda nacional.

Os direitos compensatórios serão cobrados todos os produtores ou exportadores de um país cujas exportações tenham sido consideradas subsidiadas e danosas à indústria nacional.

Importante esclarecer que os direitos compensatórios devem ser recolhidos na data do registro da declaração de importação, sob pena, de multa e juros de mora. Se houver inadimplemento a SRF encaminha documentação para a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, para inscrição do débito em Dívida Ativa e posterior cobrança. A receita oriunda dos direitos compensatórios vai para o MDIC, para aplicação na área de comércio exterior.

Os direitos compensatórios serão cobrados apenas daqueles produtos que tenham sido despachados para consumo após a data de publicação do ato que contenha decisão sobre aplicação da medida provisória ou do direito definitivo. Há exceções, que dizem respeito à retroatividade, mas ainda assim, nenhum direito poderá ser cobrado em relação a produtos despachados para consumo antes da data de abertura da investigação. Quanto a essas últimas exceções, prevê-se a aplicação retroativa por um período de até 90 dias antes da data de aplicação de medidas provisórias na seguinte situação: se o dano é causado por volumosas importações subsidiadas em um período relativamente curto, o que levará a prejudicar o efeito corretivo dos direitos compensatórios aplicáveis.

Duas observações fazem-se necessárias aqui, ambas relacionadas com a questão da retroatividade. Em primeiro lugar, a legislação sobre medidas compensatórias, ao contrário da legislação *antidumping*, não prevê a possibilidade de retroatividade caso haja antecedentes de subsídio causador de dano e o importador estava ou deveria estar ciente de que o produtor ou exportador foi beneficiado por subsídios e que este causaria dano.

Em segundo lugar, novamente ao contrário da legislação *antidumping*, a legislação sobre medidas compensatórias não prevê oportunidade de manifestação aos importadores envolvidos, no caso de cobrança retroativa;

nem que se deve levar em conta o período em que foram efetuadas as importações ou volume das importações subsidiadas.

Quanto ao valor a ser pago, a regra é que o direito compensatório não pode ser maior do que o montante de subsídio apurado. Seria economicamente desejável que o direito compensatório fosse inferior ao montante, caso suficiente para eliminar o dano, mas este princípio (denominado de *lesser duty*) não é obrigatório nem no ASMC nem na legislação nacional.

Quanto à materialização do direito compensatório, este pode se reverter, conforme se mencionou, em alíquotas *ad valorem* ou alíquotas específicas, que serão cobradas pelas autoridades aduaneiras juntamente com os demais tributos incidentes na importação do produto investigado.

Quanto à durabilidade da aplicação de medidas de direito compensatório, bem como, com relação aos compromissos de preços, a regra é a seguinte: apenas pelo tempo necessário para neutralizar o subsídio causador de dano.

7.9. PROCESSOS DE REVISÃO DOS DIREITOS COMPENSATÓRIOS.

Conforme se destacou oportunamente, os direitos compensatórios e os compromissos de preços devem durar apenas pelo tempo necessário para que se neutralize o subsídio causador do dano.

A SECEX, por meio do DECOM, tem competência para revisar a medida aplicada, e pode fazê-lo *ex officio* ou mediante solicitação de parte interessada. Esta parte deve apresentar elementos de prova (a) de que a

aplicação do direito deixou de ser necessária para neutralizar o subsídio ou (b) de que seria improvável que o dano subsistisse ou se reproduzisse em caso de revogação do direito.

A revisão de meio de período depende de que a SECEX, por meio do DECOM, constate que os elementos de prova são suficientes para justificar a revisão. O direito compensatório vigente fica mantido, sem alteração, durante o tempo que durar a revisão.

No caso da revisão de final de período, o pedido pode ser solicitado pela indústria nacional propriamente ou por alguém em seu nome. Nesse caso, deve-se apresentar requerimento devidamente fundamentado, que a extinção do direito levaria muito provavelmente:

(a) à continuação:

(I) do subsídio e

(II) do dano; ou

(b) à retomada:

(I) do subsídio e

(II) do dano.

O requerimento deve ser fundamentado, conforme se mencionou. Além disso, o requerimento deve ser apresentado até, no máximo, cinco meses antes do término de vigência do direito definitivo.

O DECOM deve se convencer de que o requerimento demonstra as condições exigidas pela norma. Da mesma maneira, o ato que abre a revisão será publicado no DOU e as partes interessadas deverão ser notificadas.

O direito compensatório vigente fica automaticamente prorrogado enquanto durar a revisão.

Uma terceira forma de revisão dos direitos compensatórios aplicados é bastante particular, e somente pode ser solicitada por produtores ou exportadores de um país-alvo de direitos compensatórios, mas que não tenham sido investigados durante a investigação que culminou na aplicação dos direitos compensatórios. Mesmo assim, a teor do art. 69 do Decreto nº 1.751, apenas aqueles que não foram investigados por razões outras que não a recusa em cooperar com a investigação.

A revisão sumária serve, em consequência, para calcular margens individuais para exportadores ou produtores de um país-alvo de medidas compensatórias que não exportaram para o Brasil durante o período de investigação inicial. Ao contrário do que ocorre na legislação *antidumping*, na legislação sobre medidas compensatórias não consta que os produtos desses produtores não estarão sujeitos aos direitos compensatórios enquanto durar a revisão sumária.

As condições para a revisão sumária são:

- I) deve haver solicitação para a SECEX;
- II) os produtores ou exportadores interessados devem demonstrar que não foram investigados por razões outras que não a recusa em cooperar com a investigação;
- III) a revisão deve ser aberta de imediato e o cálculo do direito compensatório individual deve ser feito de forma acelerada.

Para os exportadores estrangeiros que firmaram compromisso de preços com o DECOM, é possível requerer também a revisão das condições, uma vez demonstrada a mudança nas condições econômicas ou comerciais que afetam o produto investigado.

Neste caso, aplicam-se as mesmas regras para a revisão de meio de período de direitos compensatórios e as mesmas regras para a revisão de final de período. Ou seja, da mesma forma como no caso de direitos compensatórios, também existe revisão de meio de período e revisão de final de período dos compromissos.

De acordo com o ASMC, deve haver tribunais arbitrais, administrativos ou ligados ao judiciário, mas em qualquer caso independentes da autoridade que realizou a investigação ou a revisão, com a finalidade de rever as determinações finais sobre subsídio e as revisões de tais determinações. Trata-se do que o Acordo define como "revisão judicial", cuja previsão em legislação nacional se analisa a seguir.

A possibilidade de se recorrer, pela via administrativa, das decisões proferidas em processos para aplicação de medidas compensatórias é amparada pela Lei nº 9.784/99. Com efeito, nos termos de seu art. 56, "das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito." Esse recurso, conforme esclarece o § 1º do mesmo art. 56, "será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior".

Segundo o art. 59, o prazo, "salvo disposição legal específica, é de dez dias para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida." A menção à disposição específica permitia que, no caso das medidas compensatórias, houvesse modificação desse prazo. No entanto, o Decreto nº 1.751 não faz menção ao assunto, pelo que permanece a regra geral de dez dias, prazo que, com base na leitura do art. 63 da citada Lei, é preclusivo.

O art. 58 esclarece que têm legitimidade para interpor recurso administrativo:

"I - os titulares de direitos e interesses que forem parte no processo;

II - aqueles cujos direitos ou interesses forem indiretamente afetados pela decisão recorrida;

III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; e

IV - os cidadãos ou associações, quanto a direitos ou interesses difusos".

Em qualquer situação, conforme art. 60, o recorrente deverá, em seu requerimento, "expor os fundamentos do pedido de reexame, podendo juntar os documentos que julgar convenientes."

No caso do Brasil, não há necessidade de discussão sobre este direito, uma vez que a revisão judicial de lesão ou ameaça de lesão a direito é garantida constitucionalmente, sem exceções. Neste caso, a competência será em regra da Justiça Federal, com possibilidade de recurso aos tribunais superiores: STJ (no caso de violação de norma federal ou tratado) e STF (no caso de violação de norma constitucional).

Os procedimentos de revisão dos direitos compensatórios são distintos da hipótese de suspensão da aplicação desses direitos. A suspensão pode ocorrer nas seguintes circunstâncias:

I. se, ao final de uma investigação que prosseguiu após celebração de compromisso de preços, chega-se a uma determinação positiva;

II. em relação a um direito compensatório que está sendo aplicado:

a) por razões de interesse nacional (conforme se explicará na seção seguinte);

b) caso ocorram alterações temporárias nas condições de mercado.

Condições para Suspensão:

- 1) caso ocorram alterações temporárias nas condições de mercado;
- 2) desde que o dano não se reproduza ou subsista em função da suspensão; e
- 3) desde que a indústria doméstica seja ouvida.

O objetivo da cláusula do interesse público (ou interesse nacional) é permitir que se faça uma avaliação global sobre os efeitos que a aplicação de uma medida compensatória pode acarretar, na esfera doméstica, para o país que aplica essa medida. Sabe-se que as medidas compensatórias atingem produtos específicos, mas os impactos normalmente alcançam outros setores e, fora do âmbito produtivo, também podem atingir a economia como um todo e os consumidores em particular. Por conta disso, a cláusula do interesse nacional serviria como uma saída para situações em que se verifica, após análise do custo-benefício de uma medida compensatória, que os efeitos setoriais de proteção para a indústria nacional podem causar sérias distorções no conjunto da economia.

Primeiro ponto a se destacar: o ASMC não traz disposição relativa à obrigatoriedade da cláusula do interesse nacional, cuja previsão fica a cargo da legislação nacional de cada Membro. Nas atuais negociações multilaterais, a inserção obrigatória da cláusula é um dos temas em debate, mas cuja implementação dependeria, em muito, das vicissitudes dos sistemas jurídicos nacionais.

No Brasil, a norma estipula que: "em circunstâncias especiais, mesmo havendo comprovação de subsídio acionável e de dano dele decorrente, as autoridades (CAMEX) poderão decidir, em face de razões de interesse nacional, pela suspensão da aplicação do direito ou pela não homologação de compromissos, ou, ainda, respeitado o disposto no parágrafo único do art. 52 "o valor do direito compensatório não poderá exceder o montante do subsídio

acionável", pela aplicação de direito em valor diferente do que o recomendado, e, nestes casos, o ato deverá conter as razões que fundamentaram tal decisão".

Observe-se que, como regra geral, a competência da CAMEX abrange a decisão, com base em parecer da SECEX, sobre:

- I. aplicação de medidas compensatórias provisórias;
- II. prorrogação de medidas;
- III. aceitação ou término de compromisso de preços;
- IV. encerramento da investigação com aplicação de direitos;
- V. suspensão do direito definitivo;
- VI. o resultado da revisão dos direitos definitivos ou compromissos de preços.

A exceção do interesse nacional, no entanto, somente pode ser invocada, de acordo com o texto lido, nos casos de:

- I. suspensão da aplicação do direito;
- II. não-homologação de compromisso de preço; e
- III. aplicação de direito diferente do recomendado. Da mesma maneira, a justificativa para a exceção do interesse nacional só é requerida na última hipótese, isto é, quando a CAMEX decide aplicar um direito compensatório diferente do que o recomendado pela SECEX.

Ressalte-se, porém, o seguinte: a legislação *antidumping* dispõe que "neste caso" (no singular), o ato deverá ser justificado, o que leva à conclusão de que o "caso" a que se faz menção é o da aplicação de direito diferente do recomendado, apenas; porém, a legislação sobre medidas compensatórias fala que "nestes casos" (no plural), o ato deverá ser justificado;

isto gera dúvidas quanto à necessidade de justificativa apenas para o "caso" em que se aplica um direito compensatório em valor diferente do que o recomendado.

De qualquer maneira, a invocação do interesse nacional é incomum, e sua aceitação uma excepcionalidade. Na prática brasileira recente, envolvendo medida compensatória, ainda não há registros de aceitação desse argumento.

8. REPARAÇÃO DO DANO EM FAVOR DA INDÚSTRIA LOCAL, POR OMISSÃO DO ESTADO EM NÃO ADOTAR MEDIDAS DE DEFESA COMERCIAL.

8.1 CONCEITO DE INDENIZAÇÃO.

O termo indenização refere-se à compensação devida a alguém de maneira a anular ou reduzir um dano, geralmente, de natureza moral ou material, originado por incumprimento total, ou cumprimento deficiente de uma obrigação, ou através da violação de um direito absoluto.

No ordenamento nacional, a indenização tem previsão no Código Civil de 2002, em seu artigo 944, que diz "A indenização mede-se pela extensão do dano."

Para que seja possível a indenização, de acordo com o ordenamento nacional, há necessariamente que se constatar a presença de 03 (três) requisitos fundamentais, quais sejam:

- a) – Dano;
- b) – Nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente; e,
- c) – ato ilícito por parte do agente.

Assim como no direito interno, para que seja possível a aplicação de medidas de defesa comercial, como vimos anteriormente, também, se faz necessária a presença dos mesmos requisitos.

Isso porque, a aplicação de medidas de defesa comercial nada mais é do que uma indenização que deve ser auferida pelo membro da OMC que teve seu comércio violado por uma empresa ou por outro membro.

Todavia, a indenização que importa ao nosso trabalho não é aquela fixada entre entes privados, mas, sim, aquela que é fixada entre entes privados e públicos, na medida em que a aplicação das medidas de defesa comercial é imposta aos membros da OMC.

Tanto que a parte que disputa a aplicação das medidas de defesa comercial é o membro que teve seu comércio afetado e não a indústria local prejudicada efetivamente, na medida em que esta não tem legitimidade para postular junto ao comércio internacional.

Logo, aludida legitimidade é transferida ao Estado, cujo qual passa a fazer a defesa de seus interesses comerciais, de acordo com sua política econômica, sendo certo que, em razão disso afirmamos anteriormente que a decisão de aplicar ou não as medidas de defesa comerciais possui um caráter político.

Ocorre que, de acordo com o ordenamento jurídico interno, especificamente, nos termos do art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, o Estado é responsável pelos atos praticados pelos seus agentes que causem dano a terceiro, garantindo, assim, que qualquer prejuízo decorrente da atividade estatal será reparado.

De acordo com a fundamentação retro mencionada, caso o Estado venha a abrir mão da aplicação das medidas de defesa comercial por questão política, deve o mesmo indenizar a indústria local prejudicada por conta de sua atuação.

José Alfredo de Oliveira Baracho afirma que a responsabilidade patrimonial e extracontratual do Estado, por comportamentos administrativos, origina-se da teoria da responsabilidade pública, com destaque para a conduta ensejadora da obrigação de reparabilidade, por danos causados por ação ou omissão do Estado.

O dever público de indenizar depende de certas condições: a correspondência da lesão a um direito da vítima, devendo o evento implicar prejuízo econômico e jurídico, material ou moral.

Neste sentido, poderia ser argüido em defesa do Estado que a indústria local não tem direito líquido e certo a ser indenizada, na medida em que a receita oriunda da aplicação das medidas de defesa comercial não são destinadas a indústria local, portanto, a mesma não seria reparada com a aplicação das medidas de defesa comercial e o dano não seria reparado de qualquer maneira.

Esse posicionamento, entretanto, não está correto, na medida em que para que se tenha início a aplicação de medidas de defesa comercial, como mencionado anteriormente, mister se faz necessário a representação da indústria nacional prejudicada, sendo claro, portanto, o interesse da mesma na aplicação das medidas de defesa comercial.

E mesmo que assim não fosse, a finalidade da aplicação das medidas de defesa comercial, como mencionado acima, é a normalização do comércio internacional, ou seja, é a paralisação de eventuais práticas comerciais abusivas e não simplesmente reparar o dano causado por essa prática comercial desleal.

Justamente por isso que a indústria nacional, caso o Estado não venha a aplicar as medidas de defesa comercial por questão política tem direito a ser indenizada por conta da responsabilidade objetiva do Estado, que, por omissão, deixou de defender seu comércio local.

Embora a Constituição Federal declare a responsabilidade objetiva, Celso Antônio Bandeira de Mello, posiciona-se no sentido de que a responsabilidade será objetiva quando os danos decorrerem de atos comissivos, ou seja, praticados mediante uma ação, o que não é o caso da não aplicação de medidas de defesa comercial.

No entanto, a responsabilidade é subjetiva quando os danos forem causados por omissão do agente, uma vez que omissão, rigorosamente falando, não é causa de dano, conquanto seja certo que condiciona e irresistivelmente sua ocorrência nos casos em que, se houvesse a ação, o dano seria evitado.

Luís Wanderley Gazoto também critica a teoria objetiva da responsabilidade estatal, ressalta o autor que a tese de que a responsabilidade estatal é sempre objetiva deve ser abandonada, sendo excepcionalmente objetiva, fundamentada no risco da atividade e no interesse estatal em sua prática, o que é o caso da não aplicação das medidas de defesa comercial.

A teoria do risco administrativo, configurando a responsabilidade objetiva do Estado, exige a ocorrência do dano, uma ação ou omissão administrativa, o nexo causal entre o dano e a ação ou omissão, e a inexistência de causa excludente da responsabilidade estatal.

8.2. NEXO DE CAUSALIDADE.

A obrigação de reparação civil só surge quando há uma relação de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o dano sofrido pela vítima.

O nexo de causalidade é, pois, o liame que une a conduta do agente ao dano, evidenciado pelo verbo "causar", contido no artigo 186 do Código Civil de 2002, sendo por meio do exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do dano, tratando-se, assim, de elemento indispensável.

Se a vítima, que sofreu um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não a como ser ressarcida. Porém, em

determinadas situações, mesmo havendo o nexo de causalidade entre o ato omissivo ou comissivo e o dano, poderá a responsabilidade ser afastada.

No casco concreto o nexo causal é justamente a omissão do Estado em promover a defesa do comércio justo, mediante a adoção de medidas de defesa comercial, permitindo que a indústria nacional tenha prejuízo, na medida em que permite que a mesma concorra deslealmente com outras.

8.3. DANO À INDÚSTRIA NACIONAL.

Por fim, constituindo, ainda, pressuposto da responsabilidade civil, é o elemento dano, cujo significado é o de lesão a qualquer direito; sendo, pois, em nosso entendimento, o fato caracterizador da responsabilização, já que somente se poderá falar em reparação, se ocorrer o prejuízo a um interesse subjetivo.

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho (apud BRITTO, 2004) afirma que:

"o dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento - risco profissional, risco proveito, risco criado etc. - o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa".

O dano pode ser classificado em patrimonial (material) ou moral (extrapatrimonial):

a - O dano patrimonial, ou material, é aquele advindo de uma lesão total ou parcial a um objeto pertencente ao patrimônio da vítima, e que se pode medir financeiramente o quantum advindo do prejuízo. É abrangido pelo lucro cessante, ou seja, a expectativa monetária que o lesado teria de ganhar, e que de acordo com Maria Helena Diniz (2003, p. 65) é "a perda da chance ou de oportunidade", baseado na média do que recebia; e o dano emergente, que é o efetivo prejuízo, que se deu no momento da conduta delituosa. Portanto, para se saber se houve ou não um prejuízo de ordem material, deve-se comparar o valor do patrimônio da vítima com aquele que teria se não tivesse ocorrido a conduta lesionadora. Se desse procedimento resultar uma diminuição no valor patrimonial, se estará diante de um dano material. Um exemplo claro seria de um vendedor de cachorro quente que, durante o seu labor, vem a ser atingido por um carro desgovernado, que invadindo a calçada, provoca graves lesões no comerciante e avarias consideráveis no utensílio que guarda seu produto. O condutor do automóvel terá que não só indenizar as despesas decorrentes do tratamento hospitalar e a perda do carrinho usado na venda do cachorro quente e do produto (dano emergente), como também deverá reparar os danos advindos da impossibilidade da vítima trabalhar durante o tempo de cuidados hospitalares e de convalescença (lucro cessante);

b - Por sua vez, o dano moral (ou extrapatrimonial) é a lesão de interesses não patrimoniais, que não são passíveis de um valor econômico, de pessoa física ou jurídica, como a ofensa à personalidade, a angústia, o sofrimento, o incômodo produzido pela conduta lesionadora do agente. Se de um mesmo fato provier dano material e moral, as indenizações serão cumuláveis (conforme determina a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça). Novamente nos valendo das lições de Sérgio Cavalieri Filho (apud DOS SANTOS, 2004) que sobre o assunto afirma que: "Enquanto o dano material importa em lesão de bem patrimonial, gerando prejuízo econômico passível de reparação, o dano moral é lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima". A indenização por dano moral será calculada conforme a mágoa tenha maior ou

menor duração, sendo o magistrado, no caso em concreto, quem concederá ou não a indenização e a graduará de acordo com a intensidade e a duração do sofrimento experimentado pela vítima.

No caso sob análise o dano que importa é o patrimonial, na medida em que a indústria local prejudicada está perdendo seu faturamento e sendo sucateada através de concorrência desleal de outro.

Assim, para fins de estudo delimitaremos nosso objeto somente na existência do dano patrimonial, que estará demonstrado suficientemente, visto que, preliminarmente, antes da omissão do Estado, a indústria local prejudicada, representou ao órgão competente demonstrando esse dano e solicitando a aplicação de medidas de defesa comercial por parte do Estado.

Claro está, portanto, que o dano, antes mesmo do direito de indenização por parte da indústria local, está configurado e caracterizado, na medida em que o mesmo é elemento essencial para representação formulada pela indústria nacional para abertura do processo de investigação para aplicação da medida de defesa comercial.

Ou seja, o dano pela omissão do Estado é o mesmo dano apurado na investigação para aplicação da medida de defesa comercial.

8.4. DIREITO DE AÇÃO DA INDÚSTRIA NACIONAL PREJUDICADA.

Diante da circunstância que está sendo enfocada, ou seja, a omissão do Estado em aplicar as medidas de defesa comercial, torna-se claro que a indústria local prejudicada tem legitimidade e direito de recorrer ao Poder Judiciário para que o mesmo venha a intervir.

A ação a ser promovida pela indústria local será na esfera da Justiça Federal, contra a União.

Essa demanda deverá ter cunho indenizatório e, alternativamente, condenatório, na medida em que deverá determinar a União que aplique as medidas de defesa comercial, independentemente, de sua política comercial.

A demanda poderá ser aforada por qualquer indústria nacional que tenha legitimidade para solicitar a abertura de investigação, devendo obedecer aos mesmos critérios adotados no procedimento administrativo.

CONCLUSÃO.

Podemos concluir com o presente trabalho que o comércio internacional está caminhando, gradativamente, para uma normatização, através dos acordos firmados por seus participantes.

Forçoso notar, ainda, o grande avanço alcançado nos últimos 50 (cinquenta) anos, ou seja, a passagem do GATT a OMC, inclusive, com alguma regulamentação e implementação do OSC.

O comércio internacional pode ser desestruturado, basicamente, por 02 (duas) formas: através da prática de dumping pelas empresas exportadoras ou mediante a concessão de subsídios pelos Estados exportadores.

Para coibir que isso venha a acontecer os Estados adotam políticas de defesa comercial, as quais podem ser aplicadas tanto ao dumping, quanto ao subsídio, sendo certo que a regra é a preservação do comércio através da livre concorrência.

Portanto, para aplicação das medidas de defesa comercial se faz necessário a instauração de um procedimento administrativo, salientando-se que a indústria local, prejudicada pela prática de comércio desleal, tem papel fundamental, na medida em que a investigação tem sua origem na representação formulada pela mesma.

Logo, as medidas de defesa comercial são punições que devem ser impostas àqueles que agem de forma desleal no comércio internacional.

As punições, entretanto, não têm o caráter arrecadatório, mas, sim, a finalidade de estabilizar o comércio internacional, assegurando a livre concorrência de todos os produtos importados e nacionais, de maneira que o maior interesse é manter o comércio livre de práticas desleais.

Todavia, uma vez aplicada as medidas de defesa comercial, sua arrecadação, por força de Lei é destinada a União. Uma vez incorporada na receita ordinária da União, aludido montante deve ser destinado ao Ministério do Comércio e Desenvolvimento que o aplicará da melhor maneira que lhe convier.

Mesmo que a cobrança do montante resultante da aplicação de medidas de defesa comerciais esteja totalmente desvinculada de qualquer outra obrigação tributária e que sua cobrança ou aplicação não venha recepcionada na Constituição Federal, pois deriva de tratados internacionais firmados pelo Brasil.

Desta sorte, nem sempre o valor arrecadado pela adoção de medidas de defesa comercial retorna para combater o mal causado pela prática de comércio desleal, podendo aludido valor ser utilizado para qualquer outra coisa dentro do Ministério do Comércio e Desenvolvimento.

E o que é pior, de acordo com essa sistemática, a indústria local que foi prejudicada pela prática de comércio desleal de outro não é reparada, na medida em que esse montante arrecadado não lhe é repassado.

Consequentemente, a vítima que sofreu todas as turbações da prática de comércio desleal não foi ressarcida. Aliás, tendo em vista que o montante foi arrecadado pela União sem a contraprestação de qualquer serviço ou ônus, caracteriza-se enriquecimento ilícito por parte da União.

E não venha se dizer que o repasse deste montante pela União a indústria nacional prejudicada se caracterizaria como subsídio, posto que, de fato não é.

Isso porque reparação de dano não pode ser caracterizado como subsídio, na medida em que é mera recomposição patrimonial, ou seja, é a reparação daquilo que foi perdido pela indústria local com a prática de comércio desleal por parte de outro.

O caráter de reparação de dano é manifestamente claro, na medida em que para se iniciar uma investigação e, via de consequência, a aplicação de medidas de defesa comercial, depende de representação da indústria local, que, por sua vez, tem, necessariamente, que comprovar a existência de dano.

Assim sendo, o repasse desse valor a indústria local não pode ser considerado como concessão ou benevolência do Estado, mas, sim, mera recomposição do dano causado, o que está longe de ser considerado como subsídio.

Portanto, o produto da arrecadação com a prática de medidas de defesa comercial deveria ser repassado integralmente a indústria nacional prejudicada pela prática de comércio internacional desleal.

Não nos parece razoável e justo que essa arrecadação seja incorporada a da União, mormente porque não há nenhuma contrapartida desta para justificar aludido recebimento.

Muito pelo contrário, a indústria doméstica é a única prejudicada, sofre a concorrência injusta e desleal de produtos estrangeiros e a reparação dessa prática, incorporam-se a arrecadação ordinária da União !!!

Oportuno, ainda, ressaltar que a adoção de medidas de defesa comercial depende sempre da política comercial interna, de maneira que o Estado é quem decide pela aplicação ou não das medidas de defesa comercial.

Neste diapasão, a indústria local é refém dessa política comercial, que não está ao seu alcance e que pode levar a sua quebra, dependendo de quanto durar a competição desleal entre o produto estrangeiro e o similar nacional.

Justamente por isso, a indústria local, de acordo com a representatividade exigida para instaurar o procedimento de investigação, deve socorrer-se do Poder Judiciário sempre que for vítima dessa política comercial nacional, para que a Justiça venha a intervir e sanar os prejuízos que estão sendo experimentados pela indústria nacional.

BIBLIOGRAFIA:

ALBUQUERQUE MELO, Celso Duvivier.

ALMEIDA, Paulo Roberto de; O Brasil e o multilateralismo econômico, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999.

AMARAL JUNIOR, Alberto do e outros. Direito do Comércio Internacional, Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2002.

ARNAU, Juan C. Sánchez. The Generalised system of preferences and the world trade organisation – Londres: Cameron May, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira.

BARRAL, Welber. Solução de Controvérsias: OMC, União Européia e MERCOSUL – Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004.

_____. Dumping e Comércio Internacional: a regulamentação antidumping após a rodada do Uruguai. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Manual prático de defesa comercial – São Paulo: Lex editora, 2006.

CASELLA, Paulo Borba. MERCADANTE, Araminta de Azevedo. Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio? : A OMC e o Brasil – São Paulo: Ltr, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sergio.
2004.

In: BRITTO, -----

_____. In: dos Santos, ----- 2004

CRETELLA NETO, José. Direito Processual na Organização Mundial do Comércio, OMC: casuística de interesse para o Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2003

Código Civil de 2002.

COSTA, Lígia Maura. OMC e o comércio internacional. São Paulo: Ed. Aduaneiras, 2002.

DAMIANI BROGINI, Gilvan. Medidas de Salvaguarda e Uniões Aduaneiras, São Paulo: Aduaneiras, 2000.

DINIZ, Maria Helena.

ESC. Entendimento de Soluções de Controvérsia.

FARIA, Fábio Martins. A Defesa Comercial: origens e regulamentações das medidas antidumpin, compensatórias e de salvaguarda – São Paulo: Aduaneiras, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Direitos antidumping e compensatórios: sua natureza jurídica e consequências de tal caracterização. Revista de Direito

Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 96, out/dez. 1994.

GAZOTO, Luís Wanderley.

GUEDES, Josefina Maria M. M.; PINHEIRO, Silvia M. Antidumping. Subsídios e Medidas Compensatórias. 3. ed. São Paulo: Ed. Aduaneiras, 2002.

GONÇALVES, Reinaldo & PRADO, Luiz Carlos Delorme. GATT, OMC e a Economia Política do Sistema Mundial de Comércio. In: Contexto Internacional, 1996, janeiro/junho, vol. 18, nº1, p. 45-63.

GONZÁLES, Flávio Floreal. Dumping Y Subsidios en el Comercio Internacional. Buenos Aires: AD-Hoc, 2001.

HOEKMAN, _____. KOSTECKI, _____.

[HTTP://mkaccdb.eu.int/](http://mkaccdb.eu.int/).

HUDEC, Robert E. Essays on the Nature of International Trade Law. Cameron May, London, 1999.

JOHANNPETER, Guilherme Chagas Gerdau. Antidumping – Prática desleal no comércio internacional – Porto Alegre: Editora do Advogado, 1996.

KEESEN, Hans. CAMPAGNOLO, Umberto. Direito Internacional e Estado Soberano; organizador LOSANO, Mário G.. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KRUEGER, Anne O. The WTO as an international organization – Chicago: The University of Chicago: 1998.

LAFER, Celso. A OMC e a Regulamentação do Comércio Internacional: Uma Visão Brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LUIZ SILVA, Roberto. OLIVEIRA MAAZZUOLI, Valério de. O Brasil e os Acordos Econômicos Internacionais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MASTEL, Greg. Antidumping Laws and the U.S. Economy. M. E. Sharpe, Inc., New York, 1998.

MEZIAT, Armando. A defesa comercial no Brasil. Revista Brasileira de Comércio Exterior. J.s.c.p.l., n. 58, jan/mar 1999.

Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – Secretaria de Comércio Exterior (SECEX). Barreiras Externas às Exportações Brasileiras – 1999.

MOURA E SILVA, Miguel. Direito Internacional Econômico – Jurisprudência Relativa ao Sistema GATT/OMC. Lisboa, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito Lisboa, 2002.

Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade de Londrina Normas Jurídicas do Comércio Mundial: Propriedade Intelectual. In: Scientia Iuris — UEL, vol. 4, 2000.

PASQUIER, Claude Du. Introduction à La Théorie Générale et à La Philosophie. 3. ed. Neuchâtel – Paris, ed. Delachaux & Nestlé, 1948.

PAZ FERREIRA, Eduardo. Lições de Direito da Economia. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito Lisboa, 2001.

PIRES, Adilson Rodrigues. Práticas Abusivas no Comércio Internacional. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2001.

PRADO, Victor Luís. A Organização Mundial do Comércio e a Questão dos Subsídios. In: O Direito do Comércio Internacional. LAMPREIA, NORONHA, BAENA, SOARES, PRADO et al. São Paulo: Observador Legal Editora. 1997.

RÊGO, E.C. Subsídios e Solução de Controvérsias na Organização Mundial de Comércio. Revista do BNDES, v. 5, n. 10, p. 119-134. Rio de Janeiro, dezembro de 1998.

RODRIGUES PIRES, Adilson. Práticas Abusivas no Comércio Internacional. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RUTLEY, Philippe. Due process in WTO dispute settlement – Londres: Cameron May, 2001.

SACERDOTI, Giorgio. A transformação do GATT na Organização Mundial do Comércio, in: Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? – A OMC e o Brasil (coord. Paulo Borba Casella e Araminta de Azevedo Mercadante). São Paulo: Ed. LTR, 1998.

SERENI, Angelo Piero. Diritto Internazionale. Ed. Dott. A Giuffré, Milão, 1958, Tomo II.

SCHOTT, Jeffrey J. The World Trading System: Challenges Ahead. Institute for International Economics, Washington DC, 1996.

THORTENSEN, Vera. OMC – Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a rodada do milênio. São Paulo: Edições Aduaneiras, 1999.

ZAMPETTI, Américo. The Uruguay Round Agreement on Subsidies. Journal of World Trade. Vol. 29. nº 6. December 1995.