

Da concorrência desleal: o "dumping" e globalização

Eliane Maria Octaviano Martins*
Lauro Mens de Mello**

Introdução

O presente ensaio visa abordar o dumping dentro do contexto brasileiro, com referência ao mercado interno e externo, dando prevalência para a sua aplicação ao Mercosul. Dentro desse panorama de globalização da economia, traçar-se-á um paralelo da legislação nacional com a legislação argentina, tendo em vista o Paraguai e Uruguai não possuírem legislação própria a respeito de concorrência desleal. (1)

Verifica-se que tal tema assume alta relevância, tendo em vista que o processo integracionista acirra a concorrência em todos os seus vértices, quer seja leal como desleal. Comprova-se tal afirmativa pela simples análise dos jornais recentes, nos quais a discussão a respeito da abertura de mercado, proteção da indústria nacional, globalização da economia assume preponderância.

Dentro desta ótica, observa-se que o Brasil, como país em desenvolvimento, não pode, simplesmente, abrir seu mercado para os produtos externos, visto que poderá ocorrer uma falência do setor produtivo doméstico e de toda a economia.

Tanto que mesmo os países desenvolvidos, em que pese a maior abertura de seus mercados, em virtude das indústrias nacionais possuírem maior poder de competição, sempre resguardam fatias de mercado para sua própria proteção (2).

Nesse contexto, vislumbra-se que a proteção não só de indústrias nacionais mas do próprio mercado internacional contra práticas de concorrência desleal, tendentes ao domínio do mercado é preocupação primordial no âmbito da economia mundial.

O Mercosul, que vai de encontro com a tendência de formação de blocos para aumentar o poder de concorrência de cada um de seus membros, assume relevante papel para a economia nacional, bastando para isso verificar-se a disputa entre os Estados Unidos e a União Européia para traze-lo para sua esfera de influência.

Para o bom sucesso do Mercosul é indispensável que inexista concorrência desleal entre seus membros, fato que, a médio prazo, levaria a desagregação. Este é o ponto que denota a importância da matéria a ser discutida.

A existência e necessidade de supranacionalidade, para aplicação das normas gerais do Mercosul e em especial no tocante ao dumping, será mencionada de forma superficial. E isto porque visa o presente analisar a situação atual do instituto, bem como modificações a curto prazo, sendo certo que a supra nacionalidade só é alcançada a partir da criação de um verdadeiro mercado comum, estando hoje o Mercosul na segunda fase da integração entre Estados (3), distante da adoção da supranacionalidade.

Para análise do problema serão abordadas as leis 8.884/94, 9.019/95, o decreto 1.602/95, legislação argentina, bem como o protocolo de defesa da concorrência do Mercosul, em fase de ratificação.

2. - Do Dumping como forma de concorrência desleal

O dumping sob a ótica da concorrência desleal caracteriza-se sob dois prismas: sob a ótica interna, é definido como a venda injustificada de mercadoria abaixo do preço de custo (4); e sob a ótica internacional, é entendido como a venda de produtos ao exterior a preços abaixo do valor normal praticado no mercado interno (5), inclusive na modalidade de drawback (6), atingindo subsídios dados pelo país exportador.

Sua natureza jurídica é controvertida.

Para alguns assume a natureza tributária, porém tal postura já está superada por diversas razões, entre elas, a impossibilidade de aplicação uniforme, imposição do artigo 10 do Código Tributário Nacional; na possibilidade do autor do dumping ou subsídio elidir as medidas antidumping mediante aumento espontâneo dos preços, sendo que inexistente a possibilidade do sujeito passivo elidir a obrigação tributária, dentre outros aspectos.

Os direitos antidumping e compensatórios visam regular o comércio, impondo condições ao exportador, no caso de relações internacionais, e ao produtor ou mesmo intermediário, quanto ao mercado nacional, para que se elimine subsídios ou falta de margem de lucro, de modo a adequar estas relações com o interesse global da economia.

Desta forma a imposição dos direitos antidumping não constituem pena imposta, mas uma imposição para-tarifária de direito econômico, para reequilibrar, no mercado interno, um equilíbrio de competitividade rompido (7).

3. - Dumping na ótica internacional

O Tratado Internacional General Agreement on Tarifes and Trade (GATT) trata do dumping no artigo VI, que foi incorporado pela legislação brasileira na Lei 9.010/95 e decreto 1.602/95, aborda o dumping sob o prisma internacional.

Para Aquiles Varanda (8) o artigo VI do GATT define o chamado dumping condenável, caracterizando a concorrência desleal. Nestas hipóteses aplica-se os direitos antidumping na forma de uma taxa ad valorem que não deverá exceder a taxa de dumping, obtida pela diferença entre o valor normal (9) e o preço de exportação (10) (11) (12).

Araminta de Azevedo Mercadante assinala que para efeitos de cálculo do dumping, desconsidera-se a diferença ocasionada pela eliminação, redução ou reembolso de impostos exigíveis para o consumo interno no país exportador (13).

Os direitos antidumping podem ser provisórios ou definitivos (14) e são calculados mediante aplicação de alíquotas ad valorem ou específicas, fixas ou variáveis, ou pela combinação de ambas.

3.1 - Solicitação e investigação do dumping

A Rodada do Uruguai do GATT, em 1994, trouxe a exigência do apoio majoritário da indústria local para iniciar o queixa de dumping, com um nível mínimo de dois por cento na caracterização do prejuízo. A medida antidumping deverá terminar em cinco anos, podendo ser prorrogados pelas autoridades governamentais.

No Brasil a investigação para determinara a existência, grau e efeitos de suposto dumping no contexto internacional será iniciada pelo departamento técnico de tarifas da Secretaria de Comércio Exterior - SECEX - mediante provas do dumping, do dano e do vínculo causal entre eles.

3.2 - Determinação do dano (material injury) e as medidas antidumping

As medidas antidumping (15) são tomadas quando da entrada de produtos importados comprometem o crescimento e mesmo a existência da produção nacional do setor, nos termos do artigo 14 do Decreto 1.602/95.

A determinação do dano será fundamentada em elementos positivos de prova, na dependência de exame objetivo do volume das importações objeto de dumping bem como seus efeitos sobre os preços de produtos similares no mercado interno e do efeito destas importações sobre os produtores domésticos daqueles produtos, conforme estabelece o artigo 3, item I, do Código Antidumping do GATT e artigo 14 e §§ do Dec. 1.602/95.

Os procedimentos para a verificação do dumping poderão ser suspensos ou encerrados sem a imposição de medidas provisórias ou direitos antidumping se o exportador apresentar garantia voluntária e satisfatória de rever seus preços ou cessar as exportações para a área em questão a preços prejudiciais.

Também são possíveis medidas antidumping provisórias, por um período não superior a quatro meses, exceto casos onde os Ministros de Estado da Indústria, do Comércio, do Turismo e da Fazenda, a pedido de exportadores que representem percentual significativo do comércio em questão, poderão estender o prazo até seis meses, também podendo alcançar o prazo de nove meses na hipótese de se decidir, no curso da investigação, que uma medida antidumping provisória inferior à margem de dumping ser suficiente para extinguir o dano (16).

4. - Dumping na ótica interna

A Lei 8.884/94, aplicável no mercado interno, não pode ser considerada uma perfeição legislativa.

Inexistia no país mecanismo legal para coibir os abusos econômicos e concorrência desleal, como impunha o artigo 173, §4º, da Constituição Federal. Neste sentido a Lei 8.884/94 foi um avanço, porém, como ocorre comumente, passou-se de uma situação sem controle a uma situação com controles exacerbados.

Neste sentido afirma João Luiz Coelho Rocha, analisando a Lei Antitruste, ao dizer que "tal é a componente cultural básica brasileira, essa maceração da latinidade ao calor dos trópicos, que as regras da conduta social, por exemplo, se pautam por alterações bruscas e radicais numa ciclotimia exacerbada que dificilmente encontra vias moderadoras" (17).

O referido autor continua seu posicionamento no sentido de que a Lei 8.884/94 prevê diversas heresias. Uma delas é o tratamento igualitário dado pelo artigo 18 para situações diversas.

O mencionado dispositivo legal que aplica corretamente, em parte, o disregard of legal entity, perde-se ao equiparar a situação da má gestão, com excesso de poderes ou contra os estatutos etc., com a hipótese de ocorrer falência ou insolvência por má administração.

Não se pode equiparar, para determinação da extensão da responsabilidade pelos atos sociais, o atos ilegais, antiestatutários, os abusos de direito, com a simples má administração. Assim um administrador que efetue escolha empresarial desastrada, levado em pelo risco inerente da atividade empresarial, ficaria no mesmo patamar do administrador que age ilicitamente.

Tal preceito legal é patentemente inconstitucional, sendo vedado ao legislador ferir o princípio da igualdade.

Neste sentido José Joaquim Gomes Canotilho, que afirmou existir, no início, uma redução do princípio da igualdade ao princípio da legalidade. Porém posteriormente verificou-se que o princípio da igualdade determina não só a atuação do juiz e do administrador na aplicação da lei, como ao legislador na sua elaboração (18).

Conforme explica Norberto Bobbio (19) o princípio da igualdade deve ser entendido como a impossibilidade de uma discriminação arbitrária, sem justificação.

Esta é a hipótese mencionada na qual equipara-se a pessoa que age antijuridicamente com pessoa que age juridicamente. A justificação de proteção da sociedade, muito utilizada como fundamento de regimes de exceção, não mais serve de resposta para a questão. Não se quer difundir a prática de crimes econômicos e abusos do poder econômico, ao contrário, o que não se aceita é, mais uma vez, fazer-se uma verdadeira "caça as bruxas onde as verdadeiras bruxas nunca são queimadas".

Diversos outros erros existem na Lei, como o existente no artigo 20, que prevê constituir-se a infração da ordem econômica independentemente de culpa.

A Lei 8.884/94 cria ilícitos civis objetivos, independentemente de culpa.

Ocorre que o princípio básico da lei brasileira, consubstanciado no artigo 159 do Código Civil, é a necessidade de culpa (20) o que impede a aplicação deste dispositivo.

Cita-se, novamente, João Luiz Coelho, que afirma não ter "cabimento jurídico, pois, que, em afronta aos termos da Lei complementar (como é o Código Civil, que tal força óbvia teria) a Lei 8.884 defina como ilícitos civis (comerciais na espécie) atos não culposos. Fala-se aqui de ilícito, de tipificação de uma conduta não jurídica punível e não de uma simples responsabilização patrimonial derivada do mero risco como acontece nos casos de responsabilidade objetiva" (21).

Poder-se-ia alongar a exposição mencionando erros e inconstitucionalidades da Lei 8.884/94, porém deve-se tomar uma posição mais moderada com a finalidade de não se inutilizar, ab ovo, um importante instrumento.

Menciona-se Paulo Salvador Frontini (22) que minimizando as críticas afirma apesar dos defeitos é possível concluir que "se houver vontade política, a Lei 8.884 poderá revelar-se útil ao país. Como a nação vem sinalizando reações contra uma tradição legislativa, nessa área, de marcadas decepções, e uma herança cultural de absentismo cívico, é cabível dizer que a sociedade civil está dotada, hoje, de razoável instrumento normativo para fazer valer seus superiores e inalienáveis interesses".

Como ensina Miguel Reale (23), no Estado Moderno, as funções deste devem ter "como centro de referências o primado da sociedade civil sobre as estruturas burocráticas".

Assim apesar dos defeitos, a Lei Antitruste deve ser aplicada para a melhoria da economia global e, indiretamente, da sociedade como um todo, aproveitando-se em uma interpretação que não fira, na sua aplicação, os direitos subjetivos garantidos constitucionalmente.

4.1 - Predatoriedade

No dumping, caracterizado como concorrência desleal, deve existir a finalidade predatória.

No contexto interno esta predatorialidade limita-se à venda, injustificadamente, sem margem de lucro, ou abaixo do preço de mercado. O dumping predatório não é caracterizado apenas pela prática de preço abaixo do vigente, pois a venda a preço inferior ao do concorrente é da própria natureza empresarial.

A Lei 8.884/94 define o dumping nos seus artigos 20 e 21, caracterizando-se como a redução do preço vigente no mercado ao abaixo do custo, independentemente da intenção de eliminar os concorrentes e dominar o mercado.

Entende-se que independentemente da intenção de dominar o mercado, a venda injustificada a preço de custo ou abaixo do preço de mercado define a concorrência desleal, afetando todo o mercado.

Salienta-se que a Lei Antitruste encontra respaldo constitucional, visto que seus bens jurídicos tem relevância constitucional. Neste sentido a Lei Antitruste visa proteger o abuso do poder econômico e a dominação dos mercados, bem como a eliminação da concorrência (24); a livre iniciativa e a proteção do consumidor (25).

A legislação mencionada não define o que venha a ser predatorialidade. Porém Celso Ribeiro Bastos (26) afirma que "a predatorialidade é danosa por natureza; ao consumidor, a longo prazo e ao mercado a curto prazo, porque leva o predador ao monopólio individual ou em cartéis".

Desta forma possível afirmar-se que a predatorialidade caracteriza-se pela prática econômica abusiva em relação ao consumidor, mercado e à própria nação, pois cria um desequilíbrio artificial em determinado setor, em favor de uma empresa individual ou um cartel.

Embora para a população em geral tal prática pareça favorável é certo que a longo prazo, a autoria do dumping é reaver e aumentar os lucros que inicialmente deixou de ter, causando prejuízos ao consumidor.

Neste sentido Pietro Manzini (27) que ao analisar a conduta daqueles que praticam preços predatórios afirma que: "as finalidades de exclusão de uma prática de preços predatórios são evidentes. Em síntese supõe-se que uma empresa em posição dominante proceda com uma manobra em duas fases: em um primeiro momento, utilizando os recursos financeiros que derivam do aproveitamento conexos à própria posição, oferece o produto a um preço estrategicamente reduzido, constringendo a sair do mercado os concorrentes de menor dimensão (e por isso financeiramente mais débeis) ou desencorajando o ingresso de novos rivais; em um segundo momento, concluída com sucesso esta operação, a empresa predadora aumenta o preço para : a)- recuperar as perdas assumidas na primeira fase: e b)- assumir aproveitamento então maior em razão do poder de mercado acrescido" (28).

A mesma finalidade existe na venda de um produto abaixo do preço de custo, como chamariz para a venda de outros produtos existentes no estabelecimento, técnica de marketing conhecida como criar tráfego de loja, motivo pelo qual também caracteriza a concorrência desleal.

Ou seja, o dumping predatório caracteriza-se pelo abuso do poder econômico, criando domínio de mercado e eliminação da concorrência (29).

O mecanismo de aplicação, no tocante ao mercado interno, não será analisado, visto que a finalidade do trabalho é dar uma visão inicial do dumping e centrar na sua aplicação no tocante ao Mercosul.

5. - Dumping e Mercosul.

A criação do Mercosul pelo Tratado de Assunção é informado pelo princípio da livre circulação de bens e serviços e o compromisso dos membros em harmonizar suas legislações com referência à matéria.

Desta forma decorre da livre circulação a livre concorrência e por conseqüência a necessidade de combater as práticas econômicas a ela contrárias, nascendo daí a importância do tema.

O Tratado de Assunção, ao contrário do que ocorreu com o Tratado de Roma (30), que instituiu a Comunidade Econômica Européia (CEE), não contém dispositivos que regulamentam a concorrência entre empresas.

Porém, como já exposto, o princípio da livre circulação de bens e serviços previstas no artigo 1º implica na garantia da livre concorrência, impondo o combate de prática da livre circulação tanto na esfera nacional como no âmbito da comunidade econômica.

Por ora, na qualidade de Estados-Membros, apenas o Brasil e a Argentina já possuem legislações impeditivas e punitivas de atividades econômicas contrárias à livre concorrência. Como se visa com o presente análise do arcabouço legal existente e possibilidades a curto prazo, serão analisadas as legislações brasileira e argentina bem como o Protocolo de Defesa de Concorrência do Mercosul, a espera de ratificação.

5.1 - Legislação Brasileira

A regulamentação da matéria é representada no Brasil pelas Leis 8.884/94, 9.019/95 e o Decreto 1.602/95. Como a matéria já recebeu tratamento em item anterior desnecessária maior consideração.

5.2 - Legislação Argentina

No âmbito da concorrência desleal, o dumping, está regulamentado na Argentina pela Lei 22.262/80, a chamada "Ley de Defensa de la Competencia".

O artigo 1º da referida Lei prevê a proibição e a aplicação de sanções dos atos ou condutas relacionados com a produção e o intercâmbio de bens e serviços, que limitam, restrinjam ou que constituam abuso de uma posição dominante em um mercado, de modo que possa resultar prejuízo para o interesse econômico geral.

Os atos e condutas vedados, nos termos do artigo 1º, são citados de modo exemplificativo pelo seu artigo 41, tal como ocorre com o artigo 21 da nossa Lei 8.884/94.

As sanções previstas pela legislação argentina podem ser multas, privação de liberdade, inabilitação temporária para o exercício da atividade, nos termos dos artigos 32 e 42.

Entretanto para que se atinja os fins propostos, mais que uma longa análise da Lei Argentina assoma-se mais interessante um exame comparativo das legislações em face da problemática trazida pela matéria.

5.3 - Exame comparativo

Existem semelhanças entre as duas legislações em decorrência de partirem da mesma fonte e de possuírem em regra, os mesmos objetivos. Porém a diferença mais sensível está em que a legislação argentina busca combater o conluio entre empresas, enquanto que a brasileira também se ocupa das ações individuais.

Partindo-se de algumas das principais condutas típicas da concorrência desleal será possível um estudo mais aprofundado, verificando-se a harmonização quanto à aplicação da legislação nas relações entre os dois países.

a)- Preços predatórios - no Brasil, como já exposto, os preços predatórios são combatidos, quando a lei veda a fixação de preços e produtos abaixo dos respectivos preços de produção. Na Argentina a preocupação quanto a preços predatórios limita-se à hipótese de um conluio entre empresas para fazer variar os preços de um mercado, conforme artigo 41, alínea a, do mencionado Diploma Legal.

b)- Venda casada - a chamada venda casada é punida no artigo 21, XXIII, da Lei 8.884/94, que proíbe a vinculação da venda de um bem à aquisição de outro, por exemplo. Tal matéria encontra exceções com referência aos contratos de franchising e outros, onde inexistente a concorrência desleal. Na Argentina a matéria está regulada na letra d do artigo 1º, no sentido de subordinar a celebração de contratos à aceitação de prestações ou operações suplementares que, por sua natureza e de acordo com os usos comerciais, não guardem relação com o objeto de tais contratos.

c)- Imposição de condições discriminatórias a clientes semelhantes - prevista no artigo 21, XII, da Lei 8.884/94 veda a discriminação de preços entre compradores ou vendedores, esta conduta é combatida no Brasil em todos os aspectos, tais como concessão de prazo maior para determinado cliente em contrapartida a outro semelhante. Na Argentina a legislação não trata desta conduta. Porém como a Lei é exemplificativa possível o combate de tal conduta por interpretação da alínea f do artigo 1º, que trata, genericamente, de impedir ou criar obstáculos, mediante acordos, o acesso ao mercado de um ou mais competidores.

Outras condutas poderiam ser confrontadas, tais como a recusa de venda, extinção de produção ou distribuição, fixação de preços uniformes etc. Porém, em geral, teríamos duas hipóteses: a conduta é prevista em ambas legislações; aplica-se regra geral das legislações, no tocante ao combate da concorrência desleal, para alcançar a conduta prevista na outra legislação.

5.4 - Problemas da harmonização

Como se vê o problema da matéria não se encontra na tipificação das condutas como atentatórias à livre concorrência. O problema reside na imposição das sanções, distintas nas duas legislações, fixação da competência em face das normas internas de cada país, não só Brasil e Argentina, mas todos os membros do Mercosul etc.

No Brasil vigora a norma do artigo 9º da LICC, que traz inúmeros problemas em sua aplicação.

Desta forma assoma-se necessário a edição de normas comunitárias que regulem toda a matéria e evitem choques entre os membros, visto que cada um logicamente irá favorecer seu interesse nacional, para que o Mercosul não se desagregue a médio prazo.

Em razão disto nasceu o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, que encontra-se em fase de ratificação pelos membros da comunidade.

5.5 - Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul

O Protocolo, quanto a definição das condutas, bem como a ser tal exposição meramente exemplificativa, muito se assemelha a Lei 8.884/94.

Deste modo o inciso II do artigo 6º do Protocolo assemelha-se ao inciso II do artigo 21 da Lei 8.884/94; o inciso III do artigo 6º é praticamente igual ao inciso X do artigo 21 etc.

Em que pesem existirem algumas diferenças, tais como o inciso XIV do artigo 6º do Protocolo e o inciso XX do artigo 21 da Lei 8.884/94, onde a Lei nacional menciona justa causa comprovada, enquanto que o Protocolo só exige justa causa justificada, como já exposto, visto que as condutas são citadas exemplificativamente, não se apresenta maiores problemas para adoção, de imediato, do Protocolo no país.

Entretanto outros problemas existem para sua adoção, tal como o órgão de aplicação da matéria, que é, pelo Protocolo, um órgão do Mercosul. Tal fato choca-se com princípios constitucionais pátrios, como o de soberania, inafastabilidade de apreciação do Judiciário se, de acordo com a LICC a matéria esteja afeita à competência pátria.

Ainda que a competência não seja nacional, como a decisão seria executada? Pelo artigo 28, §2º, do Protocolo seria o órgão nacional, que no caso brasileiro poderia ser o CADE. Entretanto o órgão não tem poderes para executar a medida, tendo de recorrer ao judiciário.

Este, por sua vez, entenderia a medida como sanção administrativa? Sentença estrangeira? Em suma, qual a natureza jurídica deste "título"?

Nada disso foi tratado ou abordado pelo Protocolo e estaria a exigir uma regulamentação interna que possibilitasse a aplicabilidade do Protocolo.

Outro problema reside no artigo 27, §1º, do Protocolo, que afirma incumbir ao Comitê de Defesa da Concorrência, ad referendum da Comissão de Comércio do Mercosul, definir o valor da multa diária a ser aplicada na hipótese de descumprimento de ordem de cessação.

Entretanto pelo nosso sistema impossível aplicação de sanção que não seja anteriormente definida. Desta forma, uma solução possível, seria interpretar-se o mencionado dispositivo como "norma penal em branco". Porém ainda assim seria necessário um novo Tratado para aceitar-se a regulamentação da multa em documento vinculado. Não existindo esta ratificação o valor de multa não poderia ser aplicado no Brasil.

Ainda que ratificado, para vigorar no Brasil, o Protocolo, necessita da edição de um decreto legislativo.

A partir daí nascem novas questões. Encontra-se assentado o entendimento junto ao Supremo Tribunal Federal acerca da adoção do sistema paritário, onde o tratado equiivale à lei, aplicando-se o princípio *lex posterior derogat priori*, com exceção da repristinação, que neste caso ocorre.

Neste sentido Francisco de Paula Souza Brasil (31) que afirma: "não há, portanto, no ordenamento jurídico em geral, sobreposição de normas internacionais que integram o Direito positivo brasileiro, as normas internas, que lhes sejam supervenientes e contrárias. Tratado e Lei são equivalentes. Embora em planos distintos convivem dentro de igual hierarquia. Em suma, a edição de Lei posterior que se oponha o texto de norma internacional suspende a vigência da referida norma. Com a eficácia plena do princípio *lex posterior derogat priori* torna-se desnecessária, para tanto, a prévia denúncia do Tratado, no caso de modificação por legislação interna do conteúdo de normas dele integrantes. Mas, revogada a Lei que dispuser em conflito com o Tratado, este se repristina, não se aplicando aí a regra do art. 2º, §3º, da LICC...".

Assim com a entrada em vigor do Protocolo, por meio de Decreto Legislativo teríamos duas situações. Como Protocolo afirma em seu artigo 1º que visa a proteção da concorrência no âmbito do Mercosul, teríamos a aplicação de uma legislação apenas para o Mercosul e continuaríamos a ter, pelo princípio da especialidade, as mesmas normas para outros países e para o mercado interno.

Tal questão apresenta diversos problemas, tais como já expostos, visto que o protocolo fere normas ordinárias e constitucionais. Como o Tratado tem valor de Lei, para sua aplicação, necessitaríamos de emendas constitucionais, criando-se mais um óbice a sua concreta aplicação.

Estes exemplos demonstram que a mera ratificação do Protocolo não servirá para dirimir os problemas de combate à concorrência desleal dentro do Mercosul.

6. - Conclusões

Assoma-se a importância da matéria, sendo o dumping prejudicial para a economia em geral, quando configura concorrência desleal, mas há que se fixar critérios para que não se incorra em política protecionista sob a égide do princípio da livre concorrência, tanto no âmbito interno como externo.

O dumping não tem natureza tributária mas sim de uma imposição para-tarifária de direito econômico, com a finalidade de reequilibrar a competitividade dentro do mercado.

O fundamento da matéria encontra-se no texto constitucional, no princípio da livre concorrência. A concorrência, em si, é benéfica e necessária para a saúde da economia, exigindo cautela e discernimento na aplicação das normas que regulamentam a concorrência.

É imprescindível que se identifique com precisão "a existência ou não de concorrência passível de ser defendida deve ser comprovada pelas autoridades competentes mediante um criterioso exame dos resultados tangíveis e socialmente generalizáveis atribuíveis à performance do agente econômico, mensuráveis a partir dos dados concretos do mercado relevante em questão e de critérios valorativos a este adequados", conforme afirma Luiz Fernando Schuartz (32).

Em que pese a importância da matéria o direito positivo, tanto com referência ao mercado interno como ao externo apresentam diversos problemas e ilegalidades, sendo necessária grande empenho do intérprete para possibilitar sua aplicação.

Com referência ao Mercosul o problema mantém-se. Os países com legislação aplicável à matéria, Argentina e Brasil, em que pese a semelhança decorrente da mesma fonte, o GATT, não possibilitam uma eficaz proteção à livre concorrência, coibindo e sancionando o dumping.

A maioria dos autores prega a adoção da supranacionalidade, porém não encontramos na fase do verdadeiro mercado comum, fora do qual ela não é viável.

O Protocolo em estudos não atinge esta fase e nele apresentam-se problemas insolúveis, visto que só funcionará à partir da criação de órgão internacional com poderes jurisdicionais. Sua mera ratificação, como encontra-se, ainda que passe a fazer parte do direito positivo brasileiro não trará segurança ao combate, no âmbito do Mercosul, da concorrência desleal.

Por adotar o Brasil o sistema paritário eventuais tratados acerca da matéria poderia ser revogados por lei interna posterior, causando problemas na aplicação e na própria sobrevivência comunitária, a exigir reformulação constitucional, entre outras.

Afastando-se, por ora, a supranacionalidade emerge a necessidade de harmonização das legislações de todos os países membros, que esbarra na natural dificuldade da atividade legislativa.

Conclui-se, infelizmente, não existir, em qualquer nível ou âmbito, instrumento legal hábil para resguardar a livre concorrência, restringir e sancionar práticas desleais, porém dentro de um sistema de mercado, sem exageros que inviabilizem sua aplicação.

NOTAS

1Cumpre ressaltar que esse ensaio não abrangerá a legislação do Chile, que ainda não é um Estado-Membro, possuindo o status de Estado-Associado ao Mercosul. Porém, adianta-se que o enfoque da legislação chilena, a exemplo da legislação argentina, é essencialmente de Direito Penal Econômico.

2Conforme relata Miguel Jorge Jornalista e Vice-Presidente de Recurso Humanos e Corporativos da Volkswagen do Brasil, in artigo Proteção? Contra quem?, publicado na Gazeta Mercantil 07/09 de março de 1997.

3Existem cinco fases da cooperação econômica entre Estados: a)- livre comércio - eliminação ou redução de tarifas aduaneira e restrições ao intercâmbio: por exemplo o NAFTA (North America Free Trade Area); b)- união aduaneira - implica o livre comércio já em funcionamento, além do estabelecimento de uma tarifa externa comum (TEC), servindo o Mercosul de exemplo; c)- mercado comum - implica a união aduaneira, mais livre e circulação dos bens, serviços, pessoas e capitais, além de regras comuns de concorrência, citando-se como exemplo as Comunidades Européias antes de 1993; d)- união econômica e política - pressupõe o mercado comum, e acrescenta um sistema monetário comum, uma política externa e de defesa comum, por exemplo, a União Européia depois de 1993, a partir do Tratado de Maastricht; e)- confederação - etapa que pode, hipoteticamente, se seguir à união econômica e política, e que implicará, além dessa, a unificação dos direitos civil, comercial, etc. Neste sentido ver: BASSO, Maristela. O Mercosul e a União Européia. Internet - Informativo do Mestrado em Direito UFRGS, março/97.

4 Vide artigo 21, XVIII, Lei 8.884/94.

5 Neste sentido RATTI, Bruno. Comércio Internacional e Câmbio. São Paulo: Aduaneiras, 1994.

6 É um regime aduaneiro especial que consiste na restituição, suspensão ou isenção de tributos incidentes nas importações destinadas à fabricação, complementação, beneficiamento ou acondicionamento de produtos destinados à exportação. Neste sentido vide Exportar e Importar da Empresa Júnior da FGV, publicado pelo SEBRAE/SP. São Paulo: Maltese, 1992.

7 Neste sentido : FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio et al. Direitos Anti-"Dumping" e compensatórios: sua natureza jurídica e conseqüências de tal caracterização. Revista de Direito Mercantil. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, n.º 96, p. 95, out./dez. 1994.

8 VARANDA, Aquiles. A disciplina do dumping do Acordo Geral de Tarifas Aduaneiras e Comércio: tipificação de um delito num tratado internacional. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1987, citado por Araminta de Azevedo Mercadante em Mercosul: das negociações à implantação. São Paulo, LTR, 1993.

9Tendo-se como valor normal, conforme Aquiles Varanda, "o preço praticado para um produto similar destinado a consumo no país exportador no curso de operações normais". Ob. cit.

10 Vide artigo 2, Código Antidumping.

11 Vide artigo 11, Decreto 1.602/95.

12 No que tange ao preço de exportação, conforme o decreto 1.602/95, artigo 8º, "será o preço efetivamente pago ou a pagar pelo produto exportado ao Brasil, livre de impostos, descontos e reduções efetivamente concedidos e diretamente relacionados com as vendas que se trate".

13 MERCADANTE, Araminta de Azevedo, Op. cit.

14 Os direitos definitivos só permanecerão em vigor durante o tempo e na medida necessária para eliminar ou neutralizar as práticas de dumping (art. 7º, item 1, Código Antidumpig).

15A determinação da ocorrência de dano será fundamentada em provas e dependerá do exame objetivo do volume das importações objeto de dumping e seus efeitos sobre os preços de produtos similares no mercado interno e dos efeitos destas importações sobre as empresas nacionais.

16 Vide artigo 34 do Decreto 1.602/95.

17 ROCHA, João Luiz Coelho. Alguns Aspectos Heréticos da Lei Antitruste. São Paulo: Revista de Direito Mercantil n.º 97, 1995.

18 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1994, p. 380/387.

- 19 BOBBIO, Norberto. Igualdade e liberdade. Rio de Janeiro: Ediouro, 2ª ed., 1997, p. 28.
- 20 Neste sentido Serpa Lopes, Curso de Direito Civil, 7ª ed., I/36 e Clóvis Bevilacqua, Código Civil, ed. Histórica, I/426).
- 21 Ob. cit., p. 110.
- 22 FRONTINI, Paulo Salvador. Caracterização de condutas contrárias à ordem econômica. Revista de Direito Mercantil. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.
- 23 REALE, Miguel. Nova fase do Direito Moderno. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 118.
- 24 Vide artigo 173, §4º, CF/88.
- 25 Vide artigo 170, IV e V, CF/88.
- 26 BASTOS, Celso Ribeiro. O princípio da livre concorrência na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas, ano 3, n.º 10, jan/mar 1995.
- 27 In L'Esclusio della concorrenza nel diritto antitrust comunitario. Milano: Dott. A. Giuffré, 1994, p. 147.
- 28 Tradução livre do autor, no original: "le finalità di esclusione di una pratica di prezzi predatori sono palesi. In sintesi si suppone che un'impresa in posizione dominante proceda com una manovra a due fasi: in um primo tempo, utillizando le risorse finanziarie che le derivano dagli extraproffiti conessi alla propria posizione, offre il prodotto ad un prezzo strategicamente ribassato, constringendo ad uscire dal mercado i concorrenti di più piccole dimensione (e perciò finanziariamente più deboli), ovvero scoraggiando l'ingresso di nuovi rivaly; in um secondo tempo, conclusa com sucesso questa operazione, l'impresa predatrice rialza il prezzo per a)- recuperare le perdite subite nella prima fase, e b)- incamerare profitti ancora maggiori in ragione dell'acresciute potere di mercato".
- 29 Neste sentido Miguel Reale, ob. cit., p. 520/521.
- 30 Vide artigos 85 e 86.
- 31 SOUZA BRASIL, Francisco de Paula, Legislação tributária e tratados internacionais. RF, 1989, 308/35 e ss.
- 32 SCHUARTZ, Luiz Fernando. Art. cit.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. Mercosul e União Européia - Estrutura Jurídico Institucional. Curitiba : Juruá Editora, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. O Princípio da Livre Concorrência na Constituição Federal. Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, São Paulo, n. 10, jan./ mar. 1995.

BATISTA, Luiz Olavo, MERCADANTE, Araminta de Azevedo. MERCOSUL : Salvaguardas, dumping e subsídios in MERCOSUL, Das negociações à implantação. São Paulo : LTR, 1993.

BELLUZZO, Luiz Gonzaga. A Lei da selva nas relações externas. Folha de São Paulo, domingo, 06 de outubro de 1996.

* Vice-presidente do Instituto Paulista de Direito Comercial e da Integração.

** Juiz de Direito em Franca (SP), Diretor do Instituto Paulista de Direito Comercial e da Integração, Professor de Direito Penal da Universidade de Franca - UNIFRAN e da UNESP - Universidade Estadual Paulista.

Disponível em:< <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5003>> Acesso em.: 11 out. 2007.