

MEDIDAS *ANTIDUMPING* E CARTÉIS DE EXPORTAÇÃO - UMA MISSÃO PARA O DIREITO DA CONCORRÊNCIA¹

Tânia Luísa F. e Faria²

Resumo: A crescente sofisticação e alargamento dos regimes de direito da concorrência, nos diversos Estados, não alterou o facto de os cartéis de exportação continuarem a beneficiar de um tratamento especial. Estes cartéis são frequentemente tolerados e, em alguns casos, encorajados pelos Estados de origem. Este artigo, não obstante alguma ausência de dados empíricos, debate as consequências de situações deste tipo e identifica as falhas no quadro regulatório atual. A análise incluirá a apreciação de alguns casos relacionados com economias emergentes, com sede no direito nacional, bem como no direito internacional do comércio, evidenciando ainda que, em muitos casos, os cartéis de exportação estão ligados a medidas *antidumping*, numa lógica de ataque e contra-ataque. As medidas *antidumping*, um dos mecanismos mais utilizados no comércio internacional, são também, em grande medida, um contrassenso económico e escapam à lógica do direito da concorrência. Este estudo procura demonstrar que ambas as situações, que ameacem uma escalada retaliatória em prejuízo do mercado e dos consumidores, poderiam ter uma solução de direito da concor-

¹ Artigo com base no estudo desenvolvido no âmbito do curso de Mestrado Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, concluído no ano de 2012. O meu agradecimento ao Professor Doutor Fernando Borges Araújo pelo incentivo à investigação deste tema.

² Advogada da Sociedade de Advogados Uría Menéndez - Proença de Carvalho; Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Este artigo reflete o entendimento pessoal da autora relativamente às matérias nele incluídas.

rência no plano internacional.

Palavras-Chave: Cartéis, exportações, *dumping*, medidas *anti-dumping*, direito do comércio internacional, direito da concorrência.

Abstract: The increasing sophistication and dissemination of the competition law frameworks in the several States has not changed the fact that export cartels still benefit from a special treatment. These cartels are frequently tolerated and, in some cases, encouraged by their origin States. This article, in spite of a certain absence of empirical data, debates the consequences of these situations and identifies the failures of the current regulatory framework. Our analysis will include the assessment of some cases related to emergent economies, in what concerns national law and international trade law, demonstrating that, in general, export cartels are connected to *antidumping* measures, within a logic of attack and counterattack. The *antidumping* measures, one of the mechanisms prevalingly used in the international trade, are also, to a great extent, an economic paradox and do not agree with the competition law approach. This study aims to demonstrate that both situations, that threaten a retaliation spiral, damaging the market and the consumers, may have a competition law solution at an international level.

Keywords: Cartels, exports, dumping, antidumping measures, international trade law, competition law.

INTRODUÇÃO



premissa de que parte este estudo é a de que as normas de concorrência permanecem predominantemente nacionais, sendo que, apesar de algumas tentativas nesse sentido, os acordos de comércio internacional, como os acordos no âmbito da Organização Mundial do Comércio (“OMC”), tratam de questões de concorrência de forma muito limitada, centrando-se nas restrições ao comércio internacional, de natureza pública.

Apesar de este artigo se centrar nas questões relacionadas com cartéis de exportação e medidas *antidumping*, cumpre lembrar que o regime da concorrência aplicável a situações com impacto transnacional é uma manta de retalhos, incluindo diversos enquadramentos substantivos, procedimentais e jurisdicionais nacionais (e até regionais), vários acordos de cooperação, bem como cooperação voluntária, enquanto as atividades económicas são cada vez mais globais³.

Na verdade, a globalização da atividade económica tornou as fronteiras entre a atividade nacional e a atividade transfronteiriça bastante imprecisas, senão irrelevantes⁴. Tal foi po-

³ A título de exemplo, os Estados Unidos da América (“EUA”) e a UE celebraram vários acordos de cooperação que enquadram a colaboração destas autoridades em casos com impacto transatlântico. *Agreement Between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities Regarding the Application of their Competition Laws*, de 23 de setembro de 1991, JOUE L 95/45, de 27.04.1995; *United States and European Union Antitrust Agencies Issue “Best Practices” for Coordinating Merger Reviews*, 30 de outubro de 2002, disponível em <http://www.ftc.gov/opa/2002/10/euguidelines.htm> e *US-EU Merger Working Group, Best Practices on Cooperation in Merger Investigation*, disponíveis em http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/others/eu_us.pdf. Ademais, existem ainda mecanismos de cooperação entre autoridades da concorrência no âmbito da *International Competition Network* (“ICN”) ou, no plano da UE, de forma mais aprofundada, no contexto da Rede Europeia da Concorrência (“ECN” - *European Competition Network*).

⁴ O relatório da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Eco-

tenciado pela liberalização do comércio, com a criação de zonas de comércio livre no plano regional - e até de integração económica e monetária, como a União Europeia (“UE”) -, bem como com a celebração de acordos internacionais em matéria de comércio de bens (*General Agreement on Tariffs and Trade* - GATT), de investimento (*Agreement on Trade-Related Investment Measures* - TRIMS), de serviços (*General Agreement on Trade in Services* - GATS) e de propriedade intelectual (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* - TRIPS), sob os auspícios da OMC, em 1994⁵.

A emergência de acordos multilaterais deste tipo conduziu a propostas de criação de normas de concorrência no plano internacional, até ao momento nunca concretizadas, visando a redução da discrepância das apreciações das várias autoridades nacionais, bem como a diminuição significativa dos custos públicos e privados da duplicação de apreciações jurídicas⁶. Esta questão pode colocar-se em relação a diversas matérias, uma vez que uma única transação pode estar exposta a vários sistemas de controlo de concentrações e as práticas restritivas de âmbito transnacional podem ser sancionadas, de diversas formas, por distintos ordenamentos.

De facto, nas últimas décadas, as autoridades da concorrência, em particular nos EUA e na UE, têm investigado de forma bastante enérgica cartéis internacionais, utilizando uma abordagem que se tem designado como extraterritorial. Com

nómico (“OCDE”), em 1996, descrevia a globalização como uma mudança de um mundo de economias nacionais para uma economia global, na qual a produção é internacionalizada, existindo ainda livre circulação do capital entre os países. Vide OCDE, *Globalization: What Opportunities and Challenges for Governments*, Paris, 1996.

⁵ O texto destes acordos está disponível em http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm

⁶ Veja-se, por exemplo, as apreciações divergentes dos sistemas de direito da concorrência mais desenvolvidos do mundo, o dos EUA e o da UE, por exemplo, nos casos *Microsoft* e *GE/Honeywell*.

efeito, tanto os EUA, como a UE, com algumas cambiantes, não obstante, sancionam as condutas com efeitos no seu território, independentemente do local onde se produziu a conduta restritiva⁷. A mesma abordagem foi adotada no caso de controlo de concentrações⁸. Todavia, apesar de existir já algum nível de coordenação e convergência entre os EUA e a UE, há ainda situações em que uma diferença de abordagem entre estas jurisdições é particularmente visível⁹. Além disso, o crescente desenvolvimento de economias emergentes, na generalidade já

⁷ Vide, nos EUA, o caso precursor *EUA contra Aluminium Co of America*, 148 F 2d 426 (2nd Circ 1945, e na UE, os casos C-48/69 - *ICI contra Comissão* [1972] ECR 619 e C-129/85 - *Ahlström Osakeyhtiö e outros contra Comissão* [1993] ECR I-1307.

⁸ Em Portugal, a Lei 19/2012, de 8 de maio, a lei da Concorrência determina, no artigo 2.º, n.º 2, que, “*sob reserva das obrigações internacionais do Estado português, a presente lei é aplicável à promoção e defesa da concorrência, nomeadamente às práticas restritivas e às operações de concentração de empresas que ocorram em território nacional ou que neste tenham ou possam ter efeitos*”.

⁹ Por exemplo, no que se refere à apreciação de restrições verticais ou de situações de abuso de posição dominante. Uma vez que a aplicação das regras de concorrência da UE se afiguram mais permeáveis a questões de distribuição e de equidade social, bem como a uma especificidade europeia que corresponde à promoção da integração económica no espaço da UE, existe uma maior hostilidade perante quaisquer restrições da concorrência que tendam a compartimentar o mercado em função das fronteiras nacionais, como as restrições verticais. Neste sentido, MOURA E SILVA, Miguel, *Direito da Concorrência: Uma Introdução Jurisprudencial*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 27 e ss. No que se refere ao abuso de posição dominante, e apesar do indício de posição dominante fornecido pela quota de mercado não ser inultrapassável, o limiar de quota de mercado no direito da UE situa-se, normalmente, acima de 40%, apesar de as circunstâncias concretas poderem tornar este limiar quantitativo menos relevante. Nesse sentido, a *Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*, JOUE C 045 de 24/02/2009, pp. 7 - 20. Nos EUA, em geral, é exigido um limiar mais elevado, com base em quotas de mercado superiores a 70% nos cinco anos anteriores ao processo.

dotadas de disposições de concorrência, pode trazer problemas acrescidos de falta de convergência^{10 11}.

Deve também ter-se em consideração que a adoção de um corpo integrado de normas de concorrência internacionais enfrenta diversos problemas, entre os quais a dificuldade de chegar a um consenso, objetivos de política de concorrência pouco consistentes e a própria dificuldade em encontrar o enquadramento jurisdicional adequado¹². A OMC tem sido referenciada como podendo constituir o enquadramento mais acer-

¹⁰ As economias emergentes são países num processo de rápida industrialização e crescimento económico, geralmente identificadas com os BRIICS, Brasil, Rússia, Índia, Indonésia, China e África do Sul, não obstante outros países, como a Coreia do Sul e o México, poderem também ocasionalmente ser designados desta forma. Para mais desenvolvimentos, *vide* <http://www.oecd.org/dataoecd/22/53/42576801.pdf>

¹¹ A China e a Índia desenvolveram, recentemente, regimes de direito da concorrência, acompanhando o crescimento económico e o aumento do investimento estrangeiro. No Brasil, entrou também em vigor em 2012 um novo regime da concorrência que introduz um sistema de controlo prévio de operações de concentração.

¹² Na verdade, as propostas mais antigas relativas a normas de concorrência no plano internacional datam do fórum económico mundial, em 1927. *Vide* OUALID, W. *The Social Effects of International Industrial Agreements*, Relatório apresentado no Comité Industrial da Conferência Económico Internacional, Fórum Económico Mundial, 1927. Também a Carta de Havana, que, em última análise, constituiu a base para o GATT de 1947, continha um capítulo completo, o capítulo V, relativo ao tema das práticas restritivas, incluindo um requisito para os seus membros controlarem práticas anticoncorrenciais de natureza internacional. Apesar de algumas tentativas de incluir esta matéria no âmbito da OMC, mormente através da criação do *WTO Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy*, este grupo de trabalho tem estado bastante inativo nos anos mais recentes. Esta situação pode explicar-se pelo facto de o regime internacional do direito da concorrência não parecer ser entendido pelos operadores económicos como podendo beneficiar inequivocamente sectores privados. Na ausência de apoio de um forte grupo de interesses nacional, os governos não investiram o seu capital político na negociação de um acordo que talvez não lhes trouxesse retornos políticos.

tado para a discussão de questões deste tipo, em particular em virtude da sua cobertura quase universal, dispondo ainda, ao contrário do que sucede com outras organizações internacionais, de um mecanismo de resolução de litígios¹³. Sem nos querermos pronunciar, nesta sede, relativamente às questões institucionais, cumpre notar que, mais do que as perplexidades suscitadas pela inexistência de um enquadramento coerente e adequado para as situações transnacionais, a regulação do comércio internacional, os já referidos acordos OMC, inclui, para o que aqui nos interessa, algumas áreas de claro conflito com a fundamentação económica de direito da concorrência, como as medidas *antidumping*, a não proibição de cartéis de exportação, em particular os cartéis de natureza privada.

O contributo deste artigo passa por identificar as falhas no enquadramento regulatório atual relativas a estas matérias, assim como as questões colocadas pelos casos recentes neste contexto, procurando dar-lhes uma resposta coerente e fundamentada aos desafios. Assim, a problemática dos cartéis de exportação e das regras *antidumping* será desenvolvida de um ponto de vista de direito da concorrência, tendo em conta, naturalmente, as questões de direito internacional do comércio.

1. CARTÉIS DE EXPORTAÇÃO E DIREITO DA CONCORRÊNCIA

1.1. ENQUADRAMENTO

¹³ O mecanismo de resolução de litígios tem três fases principais: (i) consultas entre as partes; (ii) apreciação por parte de um “painel” ou, em caso de recurso por qualquer uma das partes, pelo Órgão de Recurso; (iii) relatório por parte do painel ou do Órgão de Recurso. Para mais desenvolvimentos, MOTA, P. Infante, “O Sistema de Resolução de Litígios da OMC: Os Casos de Não Violação e as Queixas de Situação”, in AA VV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, III, Coimbra Editora, 2010, pp. 681-740.

O conceito básico de cartel, de acordo com os estudos da ICN, é praticamente universal - trata-se de um acordo entre concorrentes para restringir a concorrência. Também é geralmente aceite que os cartéis reduzem o bem-estar no mercado, o excedente do consumidor e prejudicam a qualidade dos produtos e serviços oferecidos. As condutas de cartel mais frequentemente definidas como graves (*hard core*) correspondem a fixação de preços, restrição de produção, repartição de mercados e concertação em concursos (*bid rigging*)¹⁴. Um cartel de exportação é, utilizando a definição da OCDE, um acordo entre empresas para cobrar um determinado preço de exportação e/ou dividir ou mercados de exportação, sendo que, muitas vezes, existe uma associação através da qual as empresas parte do conluio operam¹⁵. Todavia, apesar de parecer existir um consenso quanto à necessidade de proibir cartéis internacionais *hard core*, esta categoria, tal como definida pela OCDE, não inclui cartéis de exportação¹⁶.

Os cartéis de exportação podem ter membros nacionais ou internacionais. No primeiro caso, poderia pensar-se que o impacto do cartel seria mais limitado, na medida em que as empresas que dele são parte não controlam o mercado mundial de um determinado bem, enfrentando a concorrência internacional de outras empresas. Todavia, deverá notar-se que os cartéis de exportação nacionais podem ter uma quota de mercado mundial limitada e uma quota elevada num determinado país ou região, pelo que o eventual argumento dos efeitos circuns-

¹⁴

Neste

sentido,

vide

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>. Não obstante este substrato comum, existem algumas áreas de inconsistência como, por exemplo, a enumeração das condutas específicas, a extensão das isenções e a prova exigível.

¹⁵ Por favor, vide <http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3213>¹⁶ *Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*, C(98)35/FINAL (Março 1998), I(A)2(b), disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/39/4/2350130.pdf>.

critos de cartéis deste tipo não terá, em nosso entender, qualquer procedência.

É importante distinguir cartéis de exportação públicos e privados. Os cartéis públicos resultam do estabelecimento de regras pelo Estado ou de permissão específica por parte deste, sendo que, por seu turno, os cartéis privados não são, em geral, conhecidos ou facilmente detetados por terceiros que dele não fazem parte.

Têm sido adiantados alguns argumentos a favor da promoção dos cartéis de exportação, tendo em consideração que as empresas podem organizar cartéis de exportação para entrar em novos mercados ou com o objetivo de atingirem uma escala suficiente para participarem no comércio internacional¹⁷. Um outro argumento favorável a iniciativas deste tipo é o que Becker designa *defence argument*, uma vez que os cartéis de exportação permitiriam que as empresas exportadoras pudessem ter acesso a mercados estrangeiros com um ambiente concorrencial limitado, ultrapassando eventuais barreiras à entrada¹⁸. Para que este argumento fosse pertinente teriam de existir barreiras estruturais à entrada no mercado e as empresas parte do cartel seriam necessariamente novos entrantes.

Todavia, a nossa análise alicerça-se no entendimento de que os argumentos anticartéis são válidos para todos os tipos de cartéis, incluindo cartéis de exportação, tendo em conta que estes têm capacidade de fixar preços acima dos níveis de mercado e/ou de segmentar os mercados. Os cartéis de exportação não merecem mais benevolência do que outros tipos de cartéis e até a ideia difundida de que não têm impacto no mercado nacional carece de fundamento. Na verdade, os cartéis, ainda

¹⁷ EVENETT, Simon J., “International Cartel Enforcement: Lessons from the 1990s”, 24 *The World Economy* (2001), p 1233.

¹⁸ BECKER, Florian, “The Case of Export Cartel Exemptions: Between Competition and Protectionism”, 3 *Journal of Competition Law and Economics* 97, 2007, p. 116.

que de exportação, podem influenciar os fornecimentos e os preços no mercado nacional. Se uma parte da capacidade de produção é destinada ao mercado externo, os fornecimentos e os preços no mercado nacional serão afetados. Ademais, pode existir incentivo para a expansão do cartel de exportação no plano nacional e as informações comerciais sensíveis, a que os concorrentes têm acesso neste âmbito, podem ter um impacto anticoncorrencial global.

Feito este enquadramento geral dos cartéis de exportação, vamos debruçar-nos sobre o tratamento específico que esta questão merece nos vários ordenamentos jurídicos, bem como no plano internacional.

1.2. OS EFEITOS TRANSFRONTEIRIÇOS DOS CARTÉIS DE EXPORTAÇÃO

Conforme já referimos anteriormente, existem efeitos concorrenciais transfronteiriços que, muitas vezes, não são considerados pelo país de origem. O caso dos cartéis de exportação insere-se neste âmbito.

Pese embora o entendimento crescentemente difundido no sentido da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, na qual se inserem os cartéis¹⁹, em diversos países, de forma explícita ou implícita, os cartéis de exportação estão imunes às normas de concorrência desde que afetem unicamente os mercados internacionais. Na verdade, os Estados parecem ter incentivo para proteger os cartéis de exportação de forma a obter rendas que beneficiam as empresas nacionais. Além disso, o facto de os consumidores mais afetados pelos cartéis de exportação serem os consumidores estrangeiros, que são grupos difusos e algo distantes dos centros de

¹⁹ Por exemplo, no que diz respeito ao ordenamento português, a previsão do Artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e na UE o Artigo 101.º do TFUE.

poder nacionais, faz com que a pressão para perseguir e sancionar condutas deste tipo não se verifique - apesar de, como vimos, esta questão ser algo falaciosa, uma vez que a restrição da concorrência no plano internacional, mesmo que não vise o mercado interno, terá efeitos, ainda que indiretos, neste.

De acordo com os dados disponíveis, cerca de 50 países permitem cartéis de exportação, implícita ou explicitamente, *i.e.*, cerca de metade dos países com regimes de direito da concorrência. Mais de uma dezena de países, incluindo os EUA, mantêm isenções explícitas²⁰.

A dimensão das questões relacionadas com cartéis de exportação é bastante imprecisa. Dos países com exceções explícitas, os dados disponíveis pertencem maioritariamente aos EUA. Neste país, o *Webb-Pomerene Act* contempla uma isenção para cartéis puramente de exportação²¹. Ademais, o *Export Trading Company Act* prevê uma exceção de direito da concorrência a favor das empresas norte-americanas que exportem conjuntamente bens e serviços, desde que essas empresas não prejudiquem a concorrência nos EUA²².

Um estudo de Levenstein e Suslow chegou à conclusão de que, em termos gerais, a isenção do *Export Trading Company Act* não resultou num aumento das exportações, o que não deve ser particularmente surpreendente, uma vez que, regra geral, os cartéis reduzem o *output* no mercado e não o inver-

²⁰ LEVENSTEIN, Margaret e SUSLOW, Valerie, “The Changing International Status of Export Cartels”, *American International Law Review*, 20, 2005, pp. 785-800; LEVENSTEIN, Margaret e SUSLOW, Valerie, “The Economic Impact of the U.S. Export Trading Company Act”, *Antitrust Law Journal*, 74, 2007, pp. 343-348.

²¹ 15 U.S.C. § 61.

²² 15 U.S.C. § 4011-4021, disponível em http://www.trade.gov/mas/ian/etca/tg_ian_002137.asp

²³ LEVENSTEIN, Margaret e SUSLOW, Valerie, “The Economic Impact of the U.S. Export Trading Company Act”, *Antitrust Law Journal*, 74, 2007, p.

Por seu turno, a UE autorizou, em algumas ocasiões, a constituição de consórcios de exportação constituídos por empresas europeias, como o *Europe to Caribbean Consortium*²⁴ e o *Grand Alliance/Americana Consortium*²⁵.

Também nos países em vias de desenvolvimento existem disposições que protegem cartéis de exportação. Na Índia, por exemplo, o regime de concorrência, cuja vigência é ainda relativamente recente, determina que a disciplina dos acordos anti-concorrenciais não impedirá a existência de acordos destinados à exportação. Na China, os acordos que salvagam os legítimos interesses no comércio externo e a cooperação econômica não são, aparentemente, sujeitos aos requisitos de direito da concorrência²⁶.

Tem sido argumentado que os cartéis de exportação estarão em claro recuo, sem que exista qualquer demonstração deste entendimento. O que parece estar a suceder é que existem menos associações registadas ao abrigo do *Webb-Pomerene Act* nos EUA²⁷. Este indicador não nos diz nada quanto ao estado desta questão no resto do mundo e nem sequer é um indicador muito útil quanto à dinâmica dos cartéis de exportação nos EUA, uma vez que o *Export Trading Company Act* tornou, em grande medida, o recurso ao *Webb-Pomerene Act* desnecessário. Como veremos, a notícia da morte dos cartéis de exportação é bastante exagerada.

Um caso muito relevante neste contexto diz respeito à *Natural Soda Ash Corporation* (“ANSAC”), uma associação

343.

²⁴ COMP/38.021 *Europe to Caribbean Consortium*.

²⁵ COMP/37.982 *Grand Alliance / Americana Consortium*.

²⁶ Neste sentido, JENNY, Frédéric, “Export Cartels in Primary Products: The Potash Case in Perspective”, in EVENETT, Simon e JENNY, Frédéric, *Trade, Competition, And The Pricing Of Commodities*, Londres, 2012, p. 99-133.

²⁷ Para mais informação, vide <http://www.ftc.gov/os/statutes/webbpomerene/>

no âmbito do *Webb-Pomerene Act*, *supra* referido, que suscitou questões junto das autoridades de concorrência da UE, da Índia, da África do Sul e da Venezuela. Refira-se que na Índia o caso acabou por não ter seguimento, porque o Supremo Tribunal indiano rejeitou, ao adotar uma interpretação algo literal, a aplicação extraterritorial do direito nacional da concorrência. Não obstante, a ANSAC foi reformulada, passando a ser a *American-European Soda Ash Shipping Association* (AESASA), de forma a ultrapassar uma primeira apreciação desfavorável da Comissão Europeia²⁸.

Deve notar-se ainda que, nos últimos anos, as questões mais relevantes neste contexto têm envolvido alegados cartéis de exportação chineses com impacto em mercados norte-americanos. Nestes casos, as autoridades chinesas estão implicadas nestas restrições de concorrência, uma vez que estão em causa empresas controladas pelo Estado.

Estes cartéis estão, em geral, relacionados com uma questão que trataremos no ponto seguinte, as medidas *anti-dumping*, de que são objeto, com frequência, as exportações chinesas. Em resposta a estas medidas, evitando preços muito baixos que possam vir a ser considerados *dumping*, a China passou a regular os preços através de associações comerciais supervisionadas pelo Estado²⁹. Em virtude desta situação, estão a ser iniciadas diversas demandas nos tribunais norte-

²⁸ Decisão da Comissão Europeia IV/33.016 - ANSAC, de 19 de dezembro de 1990, JOUE L152, pp. 54–60. A Comissão Europeia entendeu que a ANSAC não pretendia repercutir a nível dos consumidores, sob a forma de preços mais baixos, eventuais economias de escala que resultariam do facto de se transportar e armazenar carbonato de sódio em muito maiores quantidades do que os seus membros fariam a nível individual. De facto, a própria ANSAC reconheceu pretender praticar preços ligeiramente mais elevados na então CEE do que os praticados pelos produtores dos Estados Unidos a título individual.

²⁹ FOX, Eleanor M. e DAVIS, Dennis, “Industrial Policy and Competition-Developing Countries as Victims and Users”, *Fordham Corporate Law Institute*, 151, 2006, pp. 155–58.

americanos por fixação de preços nas exportações chinesas em diversos mercados³⁰.

E se os países desenvolvidos parecem estar a ser alvo de cartéis de exportações com origem em países emergentes, autores como Bhattacharjea chamam a atenção para os potenciais efeitos perniciosos dos cartéis de exportação nos países em vias de desenvolvimento, em particular, porque as autoridades nacionais da concorrência destes países não estarão, com grande probabilidade, preparadas para lidar com os efeitos desses cartéis³¹.

Um exemplo recente de um alegado cartel de exportação iniciado em países desenvolvidos é o cartel do potássio, organizado através de uma *joint venture* (empresa comum), a empresa canadiana *Canpotex Ltd.* As empresas canadianas parte da *joint venture*, bem como outras quatro empresas russas e bielorrussas, que controlam mais de 70% da produção mundial de potássio, foram demandadas nos EUA por, alegadamente, restringirem a produção e originarem uma subida dos preços destes produtos, entre 2003 e 2008, na ordem dos 600%. Este alegado cartel excluiu deliberadamente do seu âmbito de atuação a América do Norte, não obstante ser alegado na referida demanda nos EUA, com inteira lógica, que a sua conduta no remanescente do espaço mundial terá impacto nos preços praticados neste território. Esta atuação afigurar-se-ia perfeitamente lícita em termos de direito canadiano e terá até sido encorajada pelas autoridades deste país³².

³⁰ *Vitamin C Antitrust Litigation*, 584 F. Supp. 2d 546 (E.D.N.Y. 2008); *Animal Science Products contra China Nat. Metals & Minerals Import & Export Corp.*, 702 F. Supp. 2d 320 (D.N.J. 2010) e *Resco Products contra Bosai Minerals Group*, 2010-1 Trade Cases P 77,061 (W.D. Pa. 2010).

³¹ BHATTACHARJEA, Aditya, “Export Cartels: A Developing Country Perspective”, *Journal of World Trade*, 38, 2004, p. 331.

³² JENNY, Frédéric, “Export Cartels in Primary Products: The Potash Case in Perspective”, *op.cit.*, p. 111. Para mais desenvolvimentos relativos ao entendimento das autoridades canadianas, *vide* Conference Board Report,

De referir que o mercado do potássio tinha já merecido a atenção das autoridades chinesas, em 2011, quando estas analisaram a concentração de dois dos produtores de potássio russos envolvidos na demanda referida anteriormente, tendo a concentração sido aprovada com compromissos. Os compromissos em causa incluíram questões relacionadas com os preços praticados, tendo as ditas empresas acordado continuar a negociar com os clientes na China tendo em conta o histórico negocial e as condições particulares do mercado chinês³³.

Parece não ser possível, neste momento, estabelecer uma linha de preponderâncias relativa à cartelização com fins de exportação. A experiência parece demonstrar que situações deste tipo ocorrerão entre países desenvolvidos, entre países desenvolvidos e países em vias de desenvolvimento e entre países emergentes e países desenvolvidos.

1.3. CARTÉIS DE EXPORTAÇÃO E AS REGRAS DA OMC

No contexto da OMC, nos anos 90 do século XX, existiu alguma discussão relativa aos cartéis de exportação no âmbito do já referido Grupo de Trabalho sobre Comércio e Concorrência (*WTO Working Group on Trade and Competition*), mas esta questão foi abandonada em favor de outras matérias em que fosse mais fácil obter acordo.

A discussão foi particularmente dificultada pelo facto de não existir uma posição comum entre os países mais desenvolvidos. A UE considerava que os cartéis de exportação poderiam ter impactos distorcivos no comércio, bem como prejudicar

“Saskatchewan in the Spotlight: Acquisition of Potash Corporation of Saskatchewan Inc: Risks and Opportunities”, 1 Outubro de 2010, disponível em <http://www.gov.sk.ca/adx/asp/adxGetMedia.aspx?mediaId=1245&PN=Shared>

³³ JENNY, Frédéric, “Export Cartels in Primary Products: The Potash Case in Perspective”, *op.cit.*, p. 124.

o desenvolvimento³⁴. Os EUA que, como vimos anteriormente, permitem expressamente cartéis de exportação, assumiram a defesa destes com base em argumentos de eficiência, propondo a exclusão dos cartéis de exportação da aplicação das normas da concorrência de forma transparente, sugerindo a imunidade para acordos com potencial significativo para aumentar a eficiência³⁵. Realçaram ainda que os cartéis de exportação podem permitir, a empresas que não o poderiam fazer isoladamente, concorrer no plano das exportações, podendo originar inovação e preços mais competitivos.

Os países em vias de desenvolvimento, entre os quais a Tailândia, a Indonésia, a China e o Brasil, reconheceram que os cartéis de exportação podem ser utilizados pelas economias mais industrializadas para explorar os operadores económicos daqueles países. A Tailândia argumentou ainda que os países em vias de desenvolvimento deveriam beneficiar de uma exceção caso se acordasse a inclusão, nas regras da OMC, de uma proibição de cartéis e de cartéis de exportação³⁶.

No mesmo sentido, a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (*United Nations Conference on Trade and Development – UNCTAD*), instituída pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas e que desempenha as funções de grupo de pressão dos países em vias de desenvolvimento, sugeriu que os países desenvolvidos deveriam abolir, de forma não recíproca, as isenções relativas aos cartéis de exportação³⁷.

Em virtude do abandono destas questões e das demais

³⁴ Report of the Meeting of 2–3 October 2000, WT/WGTCP/M/12, de 8 de Novembro de 2000, parágrafo 67.

³⁵ *Communication from the United States*, WT/WGTCP/W/203, de 15 de Agosto de 2002, parágrafos 7-8.

³⁶ *Communication from Thailand*, WT/WGTCP/W/213/Rev.1, de 26 de Setembro de 2002, parágrafo 2.1.

³⁷ *Communication from UNCTAD*, WT/WGTCP/W/197, de 15 Agosto de 2002, parágrafos 50, 53, 72.

questões de concorrência no âmbito das negociações referidas, a OMC não tem competência para regulá-las, se bem que, no caso de cartéis de exportação com intervenção dos Estados Membros será, em princípio, possível desencadear o mecanismo de resolução de litígios da OMC em três situações que passaremos a descrever.

Em primeiro lugar, o artigo XI do GATT proíbe a criação ou a manutenção, por parte dos Membros da OMC, de restrições às importações e às exportações, pelo que um cartel de exportação apoiado pelo Estado e em que as partes acordem preços pode recair nesta proibição³⁸. Também o artigo 11.º, n.º 1, alínea b) do Acordo sobre Medidas de Salvaguarda proíbe que se determine ou encoraje restrições voluntárias à exportação, pelo que os cartéis de exportação com envolvimento do Estado podem recair igualmente nesta proibição³⁹. Poder-se-á ainda, por último, alegar que as normas introduzidas por um Membro da OMC, neste caso promovendo cartéis de exportação, anulam ou prejudicam os benefícios da participação na OMC⁴⁰.

Consequentemente, ainda que se pudesse utilizar as ditas disposições em caso de envolvimento do Estado nos referidos cartéis de exportação, para os cartéis de exportação privados não haverá qualquer solução neste plano.

O caso mais debatido neste contexto será, provavelmente, o conhecido cartel da *Organization of the Petroleum Exporting*

³⁸ Esta conclusão é sustentada por casos como *Japan – Trade in Semi-Conductors*, L/6309, de 4 de Maio de 1988, BISD 35S/116; *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, de 5 de Julho de 2011.

³⁹ Texto disponível em http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/25-safeg_e.htm

⁴⁰ Para uma perspetiva mais cétrica quanto à aplicação de um princípio de não violação, *non-violation*, neste caso, vide NOONAN, Chris, *The Emerging Principles of International Competition Law*, Oxford, 2008, pp. 430-32.

Countries (“OPEC”) caracterizado por alguns autores como um cartel de exportação de petróleo, não obstante o seu enquadramento neste contexto não ser pacífico⁴¹.

A OPEC foi criada em 1960, primordialmente como uma reação de vários países exportadores de petróleo ao poder das empresas multinacionais neste setor. A OPEC assume-se como uma organização intergovernamental que visa o controlo da produção e não considera as suas atividades como ilegais, embora tenham existido alegações de restrições à concorrência por parte de outros Estados. Todavia, há que ter presente que, num dado momento, muitos dos Membros da OMC participaram em acordos internacionais semelhantes à OPEC, como o cartel internacional do urânio, na década de 70 do século XX⁴². Como vimos, a OMC parece não pôr em causa situações deste tipo entre operadores privados, nem excluir completamente situações paralelas à OPEC, em que há intervenção pública. Com efeito, como notaram alguns autores, muitos dos membros da OPEC não são membros da OMC, o acordo parece dizer respeito à extração de petróleo e não à comercialização deste produto e o texto dos acordos OMC parece não contemplar a proibição de quotas de produção⁴³.

Na verdade, na sequência do que dissemos anteriormente, ainda que não existam dados precisos relativamente ao impacto concreto dos cartéis de exportação, a lógica de *rent seeking* dos operadores económicos faz prever que, se se mantiver a ausência de regulação no plano internacional, estes cartéis não irão desaparecer.

⁴¹ MARTYNISZYN, Marek, “Export Cartels: Is It Legal To Target Your Neighbour? Analysis In Light Of Recent Case Law”, *Journal of International Economic Law* 15(1), p. 187.

⁴² TAYLOR, June H. e YOKELL, Michael D., *Yellowcake The International uranium cartel*, Pergamon, Oxford, 1979.

⁴³ BROOME, Stephen A., “Conflicting Obligations for Oil Exporting Nations? Satisfying Membership Requirements of both OPEC and the WTO”, *The George Washington International Law Review* 38, 2006, p. 414.

O tratamento único que os cartéis de exportação merecem neste momento não se coaduna com a lógica jurídico-económica que preside à perseguição e sanção de cartéis, com intensidade crescente nos últimos anos, em particular por parte das entidades norte-americanas e da UE⁴⁴. Não se compreende que uma atuação sancionada com pesadas coimas e, em alguns casos, com penas de prisão, face aos prejuízos causados ao mercado e aos consumidores, possa ser defendida como gerando eficiências nos mercados de exportação.

A inexistência de um mecanismo internacional para regular os cartéis de exportação faz com que os Estados afetados tenham de lograr a aplicação extraterritorial das suas normas de concorrência. Em geral, esta perspetiva unilateral requer experiência e recursos que escasseiam em muitos países. Os limites do unilateralismo podem abrir espaço para uma solução internacional que poderá ter na OMC o seu fórum mais indicado, até pela sua participação quase universal.

1.4. CARTEIS DE EXPORTAÇÃO - UMA MISSÃO PARA O DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Como vimos, nem os EUA, nem a UE, afastam os cartéis de exportação, sendo o foco do direito da concorrência limitado a cartéis com efeitos nacionais ou regionais. A nova dimensão do comércio internacional nas últimas décadas, que inclui cada vez mais países em vias de desenvolvimento e, em particular, os países emergentes, parece poder voltar a colocar os cartéis de exportação no centro da agenda internacional.

A ausência de enquadramento internacional para estas questões faz com que os Estados recorram a uma abordagem

⁴⁴ Por exemplo, nos últimos quatro anos, a Comissão Europeia publicou decisões relativas a 29 cartéis, impondo sanções superiores a EUR 9.000 milhões. Para mais desenvolvimentos, vide as estatísticas disponíveis em <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>

meramente unilateral que exige, de um ponto de vista mais pragmático, conhecimento e recursos que podem não existir atualmente num número significativo de ordenamentos. O caso ANSAC, referido anteriormente, em que estava em causa um cartel registado e do conhecimento público, demonstra que a ausência de enquadramento legal específico e que a falta de sensibilidade dos aplicadores do direito para estas questões, como no caso da Índia, inviabilizam esta abordagem. Demonstra ainda que, na ausência de mecanismos internacionais de direito da concorrência, as questões desta índole tendem a ser tratadas pelos países em causa no âmbito do comércio internacional, muitas vezes relacionados com disputas de *dumping*.

Os casos de cartéis de exportação chineses a que já nos referimos, nos quais há um envolvimento direto do Estado, são ilustrativos da emergência de contextos novos para a discussão da questão dos cartéis de exportação. O caso do cartel do potássio, atualmente alvo de escrutínio dos tribunais norte-americanos, procura desfazer a falácia de que os mercados que não são visados pelo cartel não são prejudicados por este.

Alguns autores sugeriram que a proibição de cartéis de exportação por parte dos países desenvolvidos deveria estar associada, em termos de *trade off*, a melhores condições de acesso ao mercado dos países em vias de desenvolvimento⁴⁵. Todavia, à medida que os cartéis de exportação se tornam mais frequentes nestes países, esta proposta deixa de ter pertinência.

É improvável que se possa chegar a um compromisso no sentido da proibição de cartéis de exportação públicos relacionados com recursos naturais, como o pretróleo⁴⁶. No entanto, tal não deve desencorajar a adoção de medidas internacionais

⁴⁵ HOEKMAN, Bernard e SAGGI, Kamal, “Tariff Bindings and Bilateral Cooperation on Export Cartels”, in *Journal of Development Economics* 83, 2007, p. 142.

⁴⁶ HOEKMAN, Bernard e MARTIN, Will, *Reducing Distortions in International Commodity markets: An Agenda for Multilateral Cooperation*, World Bank Policy Research Working Paper No. 5928, 2012, pp. 24–25.

relativas a esta matéria, até porque a questão dos cartéis de exportação está intimamente relacionada com as questões do comércio internacional, em particular, como vimos, em termos fácticos, com medidas *antidumping*.

Sweeney propôs, neste contexto, um regime que previsse a obrigação, para as partes, de ter em consideração, nas investigações de *antitrust*, não só os prejuízos concorrenciais causados no plano nacional, mas também os prejuízos no plano internacional, reforçando um compromisso de investigar um determinado caso a pedido de autoridades estrangeiras⁴⁷.

Tendo em consideração que a China, conforme ilustrado, está, em grande medida, “encurralada” entre medidas *antidumping* e condutas anticoncorrenciais, este país poderia ver com bons olhos uma negociação multilateral desta matéria. Também os EUA, que enfrentam cada vez mais cartéis de exportação com origem em países emergentes, em particular na China, podem agora estar interessados numa solução multilateral que evite outros problemas deste tipo no futuro. Acresce que a UE já manifestou anteriormente disponibilidade para discutir esta matéria no âmbito da OMC. Apesar de os países em vias de desenvolvimento serem tradicionalmente céticos quanto à regulação internacional do direito da concorrência no plano internacional, experiências como a da Índia no caso do *cartel soda ash* norte-americano, a que já nos referimos anteriormente, podem servir para demonstrar a impotência destes países relativamente a estas questões, encorajando-os a tentar alcançar uma tutela internacional⁴⁸.

Existem várias propostas no sentido de ultrapassar eventuais reservas neste âmbito, como centrar a proibição nos car-

⁴⁷ SWEENEY, Brendan J., *The Internationalisation of Competition Rules*, Londres, 2010.

⁴⁸ MARTYNISZYN, Marek, “Export cartels: is it legal to target your neighbour? Analysis in light of recent case law”, in *Journal of International Economic Law* 15(1), pp. 181–222.

téis privados, conferir uma isenção da proibição a alguns setores da economia, introduzir uma regra de *rule of reason* na apreciação destas práticas, permitir a vigência temporária de cartéis deste tipo, sendo que Jenny sugere a implementação de obrigações de monitorização e transparência que permitiriam às autoridades dos países de exportação, quando existissem solicitações nesse sentido por parte dos países de importação, investigar os referidos cartéis e disponibilizar informação a este respeito⁴⁹.

Esta situação teria o seu enquadramento de resolução ideal na OMC, tendo em conta, como referimos, a participação quase universal nesta organização e a existência de um mecanismo de resolução de litígios. A imposição de restrições a cartéis de exportação por parte da OMC permitiria, não só intervir onde o efeito do cartel tem lugar, mas também no país de origem dos operadores em causa, em que as soluções para pôr termo e sancionar estas práticas podem, na maior parte das vezes, ser desenvolvidas de forma mais eficaz.

2. MEDIDAS *ANTIDUMPING* E DIREITO DA CONCORRÊNCIA

2.1. ENQUADRAMENTO

O Acordo sobre a aplicação do artigo VI do GATT de 1994 estabelece as regras relativas à imposição de medidas *antidumping* por parte dos Membros da OMC e cujas empresas são prejudicadas pela prática de *dumping*^{50 51}. A criação de

⁴⁹ JENNY, Frédéric, “Export Cartels in Primary Products: The Potash Case in Perspective”, *op. cit.*, p. 33.

⁵⁰ Disponível em http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/19-adp.pdf

⁵¹ Transposto para a União Europeia pelo *Regulamento (CE) n.º 1225/2009 do Conselho, relativo à defesa contra as importações objecto de “dumping” por parte de países não membros da Comunidade Europeia*, de 30 de Novembro de 2009, JOUE L 343, 22.12.2009.

qualquer direito *antidumping* pressupõe a presença de um prejuízo relevante para uma indústria do país de importação.

Nos termos do referido acordo, um produto é considerado como sendo objeto de *dumping* se o seu preço de exportação para o país de importação for inferior ao preço comparável de um produto semelhante, no decurso de operações comerciais normais, estabelecido para o país de exportação. O valor normal a tomar em consideração a fim de constatar o *dumping* é baseado, normalmente, nos preços pagos ou a pagar, no decurso de operações comerciais normais, por compradores independentes no país de exportação.

No âmbito da UE, após um período de inquérito, desenvolvido pelo país em causa ou pela Comissão Europeia, podem ser instituídos direitos *antidumping* correspondentes à margem de *dumping* verificada na situação concreta (os processos podem ser suspensos ou encerrados sem a imposição de direitos se se chegar a um compromisso de preços que permita eliminar o *dumping*).

A maior parte dos Membros da OMC adota medidas *antidumping* de forma a defender as suas indústrias nacionais. As regras da OMC focam-se apenas na forma como os Estados podem reagir ao *dumping*, demonstrando a existência de uma conduta deste tipo, calculando a medida do *dumping* e evidenciando a existência de um prejuízo ou a suscetibilidade deste para a indústria nacional.

Os Membros da OMC podem, neste contexto, reagir de uma forma que seria proibida nos termos gerais no âmbito do GATT, sendo que estas medidas correspondem tipicamente à cobrança de um direito aduaneiro de forma a fazer com que o produto em causa regresse ao seu valor normal, removendo o prejuízo para a indústria do país de importação.

O acordo dispõe que os membros devem informar o Comité de *AntiDumping* relativamente a todas as atuações relacionadas com medidas *antidumping*. Devem também comunicar

todas as investigações duas vezes por ano. Quando existem divergências, os membros são encorajados a consultarem-se mutuamente. Podem ainda utilizar o procedimento de resolução de litígios da OMC.

Ademais, um Membro da OMC pode restringir temporariamente as importações caso uma indústria nacional seja gravemente prejudicada ou exista uma ameaça de prejuízo grave em virtude destas, nos termos do Artigo XIX do GATT, através de medidas de salvaguarda. As empresas de um determinado setor podem suscitar a tomada de uma medida de salvaguarda pelas autoridades competentes do Estado, sendo que o Acordo relativo a Medidas de Salvaguarda prevê as condições em que podem ser iniciados inquéritos neste âmbito.

Em princípio, as medidas de salvaguarda são adotadas em relação a um produto, não podem visar importações de um determinado país e não devem durar mais de quatro anos, apesar de poderem ser estendidas até oito anos, na medida em que se consiga determinar que a medida é necessária e existe prova de que a indústria se está a adaptar. As medidas impostas por um período superior a um ano devem ser progressivamente liberalizadas.

Os Membros da OMC têm de notificar imediatamente ao Comité das Medidas de Salvaguarda o início de processos de inquérito relativos à existência de prejuízos graves ou de ameaças de prejuízos graves e os motivos da sua realização, a verificação da existência de prejuízos graves ou de ameaças de prejuízos graves causadas por um aumento das importações e a decisão de aplicar ou de prorrogar medidas de salvaguarda

2.2. A PROBLEMÁTICA DAS MEDIDAS *ANTIDUMPING*

Do ponto de vista jurídico, as disposições *antidumping* permitem restrições quantitativas do comércio e intervenções nos preços, que são, à partida, proibidas pelo direito da concor-

rência. Diferenças nos preços, que seriam justificáveis pelo direito da concorrência, são anuladas pelas medidas *antidumping*.

Do ponto de vista económico, estes enquadramentos jurídicos prosseguem diferentes objectivos. Por um lado, as regras *antidumping* são uma solução para as indústrias nacionais prejudicadas pela concorrência da importação e, por outro, as normas de concorrência visam a eficiência económica que será facilitada pela contestabilidade no mercado, que é potenciada pela concorrência da importação.

Os processos de aplicação de disposições *antidumping* parecem partir, em grande medida, da assunção de que um setor competitivo da economia nacional está a enfrentar um monopolista estrangeiro ou um cartel internacional. Os dados recolhidos neste contexto limitam-se a dados relativos às importações, a comparações de preços e a indicadores do desempenho da indústria nacional. Não se averiguam as características do mercado em causa, barreiras à entrada, poder de mercado ou outras condições de concorrência, internas ou externas, como se faria numa apreciação de direito da concorrência, sem que a nacionalidade das empresas tenha qualquer relevância específica, ao contrário do que sucede no âmbito do comércio internacional.

Na verdade, a questão do *dumping*, se analisada do ponto de vista do direito da concorrência, seria apenas considerada relevante se estivessem em causa situações de *dumping* predatório; contudo, o *dumping* predatório é raro, em virtude da incerteza da predação que tem lugar num mercado externo. Fora deste enquadramento, em geral, as medidas *antidumping* terão um carácter protecionista e restritivo suscetível de conflitar com as regras da concorrência.

A estas críticas do ponto de vista da concorrência respondem países particularmente ativos neste âmbito, como os EUA, chamando a atenção para o facto de as medidas *anti-*

dumping não se relacionarem com questões de preços predatórios ou outras questões de direito da concorrência, tratando-se antes de um compromisso para solucionar disputas de comércio internacional. Sem um acordo relativo a questões deste tipo, muito prevalentes nas relações entre países, não estariam, com grande probabilidade, reunidas as condições para a liberalização do comércio internacional. Por outras palavras, as disposições *antidumping* são o preço a ser pago pela liberalização do comércio internacional, em que alguns setores não estão preparados para a pressão das importações. São, no fim de contas, uma válvula de escape que assegura o apoio político a esta liberalização.

Poderíamos, no entanto, contra-argumentar que, para este propósito, existem as medidas de salvaguarda, que são mais transparentes, menos beligerantes e mais focadas, e que, em vez de elegerem um “inimigo externo” de uma determinada economia, dirigem a atenção dos governos para os fatores que podem limitar a competitividade das empresas locais. Todavia, os Estados tendem a preferir as medidas *antidumping*, que não exigem a negociação de compensações nem a implementação de reformas⁵².

Nas últimas décadas, foram feitas diversas propostas para melhorar as normas de *antidumping* e até propostas defendendo a total eliminação destas. Atualmente, as regras da OMC nesta matéria são particularmente flexíveis, em grande parte devido à ausência de enquadramento multilateral das questões de concorrência, a que já aludimos. Deve, todavia, notar-se que as normas de *antidumping* eram particularmente utilizadas pelas economias mais desenvolvidas, com destaque para os EUA, sendo que, crescentemente, os países emergentes passaram a recorrer com mais frequência a medidas deste tipo, o que pode-

⁵² Vide Acordo sobre as Medidas de Salvaguarda previstas no Artigo XIX do GATT.

rá agudizar a questão dos efeitos anticoncorrenciais destas^{53 54}.

Nos EUA, vigora a doutrina *Noerr-Pennington*, que, em determinadas condições, protege particulares de serem responsabilizados em termos de direito da concorrência por tentarem influenciar o Estado a tomar medidas restritivas da concorrência ou do comércio, como as medidas *antidumping*. Esta imunidade não é ilimitada, podendo ser sancionadas práticas anticoncorrenciais desnecessárias para este objetivo específico⁵⁵.

Existem situações, tanto na UE, como nos EUA, que demonstram que, em caso de conflito entre medidas *antidumping* e direito da concorrência, este último parece ter tido ascendente⁵⁶. No entanto, existiram ainda resultados muito controversos.

⁵³ Para mais desenvolvimentos, consultar http://www.wto.org/english/news_e/pres09_e/pr556_e.htm

⁵⁴ Veja-se, por exemplo, o recente caso da imposição, por parte da Comissão Europeia, de medidas *antidumping* relativas a painéis solares com origem na China. De acordo com a investigação da UE, o preço dos painéis chineses vendidos na Europa deveria ser 88% mais alto do que o preço a que são, efetivamente, vendidos. As medidas foram aplicadas em duas fases, começando em 11,8% durante os dois primeiros meses e passando para 47,6% durante os quatro meses seguintes, com o intuito de mitigar os prejuízos que o alegado dumping provocou na indústria europeia. Até 5 de dezembro, a UE terá de decidir se vai impor as tarifas aduaneiras durante um período de cinco anos. Em reação à divulgação desta medida provisória, as autoridades chinesas anunciaram de imediato ter dado início a uma investigação, por alegado dumping, às importações de vinho europeu, num valor estimado de 1,7 mil milhões de dólares norte-americanos.

⁵⁵ Para mais desenvolvimentos, consultar <http://www.ftc.gov/reports/P013518enfperspectNoerr-Penningtondoctrine.pdf>

⁵⁶ Em dezembro de 1990, a Comissão Europeia sancionou vários produtores de carbonato de sódio em virtude da participação destas empresas em práticas concertadas que restringiam o fornecimento deste produto no mercado europeu, sendo que, na base destas práticas, estava uma medida *antidumping* que obstaculizava a concorrência de importadores dos EUA e do leste da Europa, que, posteriormente, veio a ser suspensa. O caso do ferrosilício nos EUA é comparável, sendo que, em 1996, os três maiores produtores norte-americanos destes produtos foram sancionados por fixação dos pre-

Por exemplo, no caso *Extramet*, a Comissão Europeia aplicou medidas *antidumping* às importações de cálcio-metal da China e da Rússia, protegendo o único produtor deste produto na UE; não obstante, a Comissão considerou que a concorrência continuaria a existir, uma vez que as importações de produtos norte-americanos e do Canadá não tinham sido afetadas pela medida⁵⁷.

Refira-se, ainda assim, que apesar de não ser reconhecida qualquer primazia das regras de *antidumping* sobre as disposições de concorrência, parecendo, ao invés, que as autoridades procuraram enquadrar as primeiras num contexto concorrencial, existirão outras situações, não investigadas, baseadas em suposições errôneas quanto ao nível de concorrência no mercado nacional⁵⁸.

Esta área do comércio internacional, a das medidas *antidumping*, que, ademais, parece ter florescido sob os auspícios da OMC, é uma candidata natural a uma revisão de direito da concorrência no quadro da criação, ainda que limitada, de normas internacionais neste ramo do direito.

2.3. A RETIRADA DAS NORMAS *ANTIDUMPING* – UMA MISSÃO PARA O DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Conforme vimos anteriormente, a origem das medidas *antidumping* remonta ao período que antecedeu a I Guerra

gos. Estas empresas beneficiavam de medidas *antidumping* em vigor contra exportadores do Brasil, da China, do Cazaquistão, da Rússia, da Ucrânia e da Venezuela. Em 1999, estas medidas foram retiradas, reconhecendo a *International Trade Commission* norte-americana que aquelas se tinham baseado na convicção errônea de que o mercado dos EUA era concorrencial, o que se provou não corresponder à realidade.

⁵⁷ Esta medida foi anulada pelo TJUE no caso C-358/89 - *Extramet Industrie SA contra Conselho das Comunidades Europeias*, [1992] ECR I-03813.

⁵⁸ Para mais desenvolvimentos, vide **VERMULST, Edwin**, *The WTO Anti-Dumping Agreement: A Commentary*, Nova Iorque, 2006.

Mundial, apesar de terem registado um claro aumento durante os anos 80 do século XX.

As medidas *antidumping* tendem a ser particularmente pertinentes nos casos em que as empresas nacionais têm um nível elevado de custos fixos, estando em causa, regra geral, indústrias pesadas. Nestes casos, os preços de exportação dos produtores estrangeiros transformam-se quase automaticamente em preços de *dumping*, em virtude dos custos acrescidos das indústrias nacionais que, perante o acréscimo de concorrência no mercado, passarão a produzir abaixo da sua capacidade. São estes setores altamente concentrados, com pouca capacidade para concorrer pelo preço, que mais beneficiam das medidas *antidumping*.

Consequentemente, estas medidas não se enquadram nos desafios dos padrões de concorrência criados pelo progresso tecnológico das últimas três décadas. Empresas ligadas ao setor das tecnologias de informação, por exemplo, não reclamariam medidas deste tipo para fazer face à colocação no mercado de *software* inovador por parte de um concorrente estrangeiro, mas tentariam desenvolver uma alternativa competitiva, o que podia indiciar que, com a emergência de outro tipo de setores de atividade, com base tecnológica, a relevância de medidas deste tipo estaria, necessariamente, em declínio.

Todavia, para além da relevância de indústrias tradicionais sem grande base de expansão tecnológica, como o aço, a indústria química e têxtil, há que considerar que, crescentemente, uma percentagem relevante da utilização das medidas *anti-dumping* tem sido desencadeada por “novos utilizadores”, economias emergentes, países em vias de desenvolvimento, tais como a Argentina, o Brasil, a Colômbia, a Índia, a Indonésia, o México, o Peru, a Turquia e a Venezuela. Na verdade, durante os primeiros dez anos de vigência da OMC, os países referidos foram responsáveis por mais de 40% das investigações de *anti-dumping* e 45% de todas as medidas impostas. É uma mudança

significativa em relação ao período anterior, em que cerca de 75% de todas as investigações de *antidumping* foram desencadeadas por economias desenvolvidas⁵⁹.

Como vimos, a separação da análise de questões de concorrência e de questões de *antidumping* pode ser inadequada. O caso *Soda Ash*⁶⁰, anteriormente referido, é particularmente elucidativo, uma vez que a UE protegia esta indústria através de medidas *antidumping*, ao mesmo tempo que tinham lugar investigações de direito da concorrência relativamente a este mercado. Na verdade, nos anos 80 do século XX, a maioria das investigações de casos de cartel e uma parte significativa dos processos de abuso de posição dominante por parte da Comissão Europeia estavam relacionados com mercados em que tinham sido iniciados procedimentos de *antidumping* contra produtores estrangeiros, o que atesta, de sobremaneira, o impacto pernicioso em termos de direito da concorrência de medidas deste tipo⁶¹.

Conforme constatámos, o *dumping*, no âmbito da generalidade dos países parte da OMC só é proibido nos casos em que uma empresa procura tirar partido de forma abusiva de uma posição dominante no mercado, através da prática de preços predatórios. Se os efeitos negativos do *dumping* internacional fossem resolvidos no país de exportação, através do desmantelamento de cartéis e do combate aos monopólios, seriam atacadas as causas do problema e não apenas as suas consequências. As justificações relacionadas com os diferentes objetivos das normas de direito da concorrência e de *antidumping* não devem merecer, por isso, acolhimento, uma vez que estas últimas, não têm, no fim de contas, particular cabimento em termos econó-

⁵⁹ BROWN, Chad, *The WTO and Antidumping in Developing Countries*, cit., p. 27

⁶⁰ Por favor, vide nota de rodapé 105, *supra*.

⁶¹ CONRAD, Christian, “Dumping and Anti-dumping Measures from a Competition Allocation Perspective”, in *Journal of World Trade*, 36(3), 2002, p. 573.

micos e parecem, inclusivamente, prejudicar os objetivos de direito da concorrência.

Existem exemplos de acordos regionais de comércio em que as regras *antidumping* foram substituídas por uma política de concorrência comum. O melhor exemplo é a UE, mas tal também se verificou, designadamente, nos acordos entre a Austrália e a Nova Zelândia e o Chile e o Canadá. Ainda que fosse necessária uma válvula de escape para a liberalização do comércio internacional, poderiam utilizar-se medidas de salvaguarda, que são, como vimos, mais transparentes, menos beligerantes e mais focadas, dirigindo a atenção dos governos para os fatores que podem limitar a competitividade das empresas nacionais.

CONCLUSÃO

Conforme referimos anteriormente, as empresas, em busca de rendas económicas, não deixarão de aproveitar o facto de o enquadramento jurídico internacional não vedar a existência de cartéis de exportação, com os prejuízos daí resultantes para os mercados e para os consumidores, não apenas os externos. A ausência de dados empíricos cabais não pode levar à conclusão de que esta questão não existe. O tratamento único conferido aos cartéis de exportação, se comparado com a atuação dominante em termos de restrições de concorrência, em virtude da sua tolerância ou encorajamento por parte das leis nacionais, não é benéfico no longo prazo.

Os casos recentes ilustram as deficiências do quadro regulatório presente. A falta de um mecanismo internacional destinado aos cartéis de exportação força os Estados alvo à aplicação extraterritorial das regras de concorrência nacionais quando tais situações têm efeitos no seu território. Esta perspetiva unilateral, de um ponto de vista prático, exige conhecimento e recursos, que são escassos em muitas jurisdições.

O casos dos cartéis de exportação chineses a que nos referimos podem indiciar que os cartéis de exportação protegidos pelo Estado em certas economias podem tornar-se prevaletentes, pondo em causa as regras de concorrência, bem como as normas relativas ao comércio internacional. Esta perspetiva pode, de facto, incentivar a comunidade internacional a procurar uma solução coerente com os princípios fundamentais da concorrência para os cartéis de exportação públicos e privados, não obstante ser muito difícil considerar um compromisso global que incluía a proibição de cartéis de exportação relacionados com recursos naturais.

Outro mecanismo, no plano internacional, que desafia a lógica das normas de concorrência é a possibilidade de imposição de medidas *antidumping*. Estas medidas poderiam ser substituídas, com vantagem para os agentes económicos em termos globais, por princípios de direito da concorrência relacionados com a proibição de condutas predatórias. Essa vantagem baseia-se no facto de o direito da concorrência, fundado na teoria microeconómica neoclássica e disciplinado por considerações de racionalidade económica, poder ser mais resistente a pressões políticas, reduzir a discricionariedade e, sobretudo, visar conservar a preservação da concorrência e não os concorrentes. Ademais, no contexto específico do comércio internacional, os operadores económicos continuam a poder recorrer a medidas de salvaguarda que são mais objetivas e transparentes, regendo-se pelo princípio da nação mais favorecida, ao contrário do que sucede com as medidas *antidumping*.

A consagração dos referidos princípios comuns em matéria de direito da concorrência parece poder beneficiar do substrato comum atualmente existente nos vários ordenamentos e nos diversos espaços de integração regional, que parece ser bastante claro quanto aos efeitos perniciosos dos cartéis e aos limites de condutas predatórias relacionadas com preços. Esta abordagem, mais moderada, privilegia a convergência seletiva

em lugar de almejar uma excessivamente ambiciosa harmonização, podendo ainda aproveitar os progressos das iniciativas de cooperação já existentes, no plano bilateral e regional, e a experiência da ICN.

Conforme referimos, Membros da OMC tradicionalmente contrários a uma aproximação deste tipo, como os EUA, podem ter mudado de opinião em virtude da crescente importância de economias em crescimento, como a China, a Índia, o Brasil e os demais países emergentes, que adotaram, recentemente, regimes de concorrência, em alguns casos algo opacos, que podem constituir um obstáculo para as empresas multinacionais, e que a consagração de princípios internacionais nesta área do direito poderia ajudar a “domar”. As demandas atualmente em curso, relativas a prejuízos gerados por cartéis de exportação, e a intervenção de países como a China na promoção de situações deste tipo, podem contribuir para a conclusão de que os cartéis de exportação não são uma realidade totalmente separada do mercado nacional, e que são falaciosos os alegados contributos destes para qualquer tipo de eficiência. A emergência de economias em vias de desenvolvimento, que, como vimos, alterou totalmente o equilíbrio das medidas *anti-dumping*, pode incrementar a desejabilidade de alterações neste âmbito, que poderá passar pela regulação dos preços predatórios e pelo potencial das medidas de salvaguarda.

