

Senado Federal
Subsecretaria de Edições Técnicas

Estudos da Integração

(2º VOLUME)



A DEFESA CONTRA AS PRÁTICAS
DESLEAIS NA EUROPA:
UM EXEMPLO A SEGUIR?

Associação Brasileira de Estudos da Integração

BRASÍLIA
1992

SENADO FEDERAL
MESA
(Biênio 1991 a 1992)

Presidente
MAURO BENEVIDES

1º Vice-Presidente
ALEXANDRE COSTA

2º Vice-Presidente
CARLOS DE CARLI

1º Secretário
DIRCEU CARNEIRO

2º Secretário
MÁRCIO LACERDA

3º Secretário
RACHID SALDANHA DERZI

4º Secretário
IRAM SARAIVA

Suplentes de Secretários
LAVOISIER MAIA
MEIRA FILHO
LUCÍDIO PORTELLA
BENI VERAS

SENADO FEDERAL
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

ESTUDOS DA INTEGRAÇÃO
(2.º VOLUME)

**A DEFESA CONTRA AS PRÁTICAS
DESLEAIS NA EUROPA,
UM EXEMPLO A SEGUIR?**

MARTHA LUCIA OLIVAR J.

FARIA CORREA CARVALHO & CIRNE LIMA
Advogados Associados

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS
DA INTEGRAÇÃO

ESTUDOS DA INTEGRAÇÃO
(2.º VOLUME)

**A DEFESA CONTRA AS PRÁTICAS
DESLEAIS NA EUROPA,
UM EXEMPLO A SEGUIR?**

FARIA CORREA CARVALHO & CIRNE LIMA
Advogados Associados

MARITHA LUCIA OLIVAR J.

Doutora em Direito Comunitário pela Uni-
versidade Robert Schuman, de Strasbourg.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA
ANEXO Nº 100 - 1988
EDITORAÇÃO: ANNA MARIA VILLELA

APRESENTAÇÃO

O interesse da Subsecretaria de Edições Técnicas pelo tema da integração latino-americana não é novo e antecedeu em muito a postura do Constituinte de 1988, que deu à matéria espaço próprio na Lei Maior.

Já em 1984, para comemorar o vigésimo aniversário da REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA, lançamos a obra "INTEGRAÇÃO NA AMÉRICA LATINA: TEXTOS BÁSICOS E DOCUMENTOS", fruto do trabalho comum de juristas brasileiros e italianos.

Agora, através deste segundo volume de uma série projetada de ESTUDOS DA INTEGRAÇÃO, renovamos o nosso interesse pelo fenômeno integracionista e estamos oferecendo à comunidade acadêmica o fruto de um trabalho de pesquisa sobre o tema "A defesa contra as práticas desleais na Europa, um exemplo a seguir?" elaborado pela Dra. Martha Lucia Olivar J., Doutora em Direito Comunitário pela Universidade Robert Schuman, de Estrasburgo e sócia fundadora da Associação Brasileira de Estudos da Integração, sediada em Porto Alegre.

ANNA MARIA VILLELA
Diretora da
Subsecretaria de Edições Técnicas

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA
ANEXO Nº 100 - 1988
EDITORAÇÃO: ANNA MARIA VILLELA

ANEXO Nº 100 - 1988
EDITORAÇÃO: ANNA MARIA VILLELA

SENADO FEDERAL

Subsecretaria de Edições Técnicas

Diretora: ANNA MARIA VILLELA

ISBN: 85-7018-100-0

Olivar Jimenez, Martha Lucia.

A defesa contra as práticas desleais na Europa, um exemplo a seguir? / Martha Lucia Olivar J. — Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas ; Porto Alegre : Associação Brasileira de Estudos da Integração, 1992.

100 p. — (Estudos da Integração ; v. 2)

1. Integração econômica — Países do Cone Sul. 2. Política comercial — Países do Cone Sul. 3. Mercado Comum dos Países do Cone Sul (MERCOSUL). I. Série. II. Título.

CDD 338.918

NOTA EXPLICATIVA

A Associação Brasileira de Estudos da Integração (ABEI) tem como finalidade realizar estudos sobre temas da integração, especialmente a do Cone Sul, e o estabelecimento do respectivo mercado comum.

Constituída em agosto de 1991, seus associados docentes e os associados pesquisadores iniciaram trabalhos individuais e organizaram equipes de estudo.

Os frutos dessas atividades sairão nesta coleção de ESTUDOS DA INTEGRAÇÃO, que acolherá prazerosamente contribuições de pesquisadores nacionais e estrangeiros, pois constitui um dos seus objetivos a divulgação de obras que contribuam para a solução dos complexos problemas acarretados pela integração, nova a promissora realidade em nosso continente.

WERTER R. FARIA
Diretor-Presidente

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
NOTA EXPLICATIVA	7
Os mecanismos comunitários diante dos comportamentos desleais das empresas estrangeiras (Regulamentação Antidumping)	16
Los mecanismos comunitarios frente a los comportamientos desleales de las empresas extranjeras (Reglamentación Antidumping) ...	19
Os mecanismos comunitários em face do comportamento dos Estados estrangeiros afetando a lealdade do comércio	64
Los mecanismos comunitarios frente al comportamiento de los Estados extranjeros afectando la lealtad del comercio	65
CONCLUSÃO	96
CONCLUSIÓN	99

A adoção de uma política comercial diante dos países terceiros constitui pressuposto essencial em qualquer processo de integração, paralelamente à realização de um mercado interno, que implica a eliminação de impostos aduaneiros, de restrições quantitativas e de todas as medidas de efeito equivalente a uns e outras, afetando o comércio intracomunitário. No sistema europeu, a Política Comercial Comum (PCC) é uma das três políticas expressamente previstas no artigo 3.º do Tratado de Roma¹, de competência exclusiva das autoridades comunitárias². Sua realização obriga as referidas instituições a dotarem-se de uma regulamentação aduaneira harmonizada, aplicada de maneira uniforme a partir de 1992. O elemento básico desta política é a tarifa externa comum³.

Os artigos 113 do tratado constitutivo da Comunidade Económica Europeia e 74 do tratado constitutivo da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço estabelecem que a PCC está fundamentada em princípios uniformes relativos, fora das modificações tarifárias, na conclusão de acordos comerciais e tarifários, na política de exportação e nas medidas de defesa comercial, sem que estes aspectos sejam limitativos.

No direito europeu, as medidas de defesa comercial inscrevem-se dentro do quadro de execução, por parte das autoridades comunitárias, do Acordo Geral sobre as Tarifas Aduaneiras e o Comércio (GATT), cujo principal objetivo é a supressão, dentro do possível, de todos os obstáculos à liberdade do comércio internacional, particularmente a eliminação das restrições às importações.

1 As outras duas políticas comuns previstas na norma são: a Política Agrícola Comum (PAC) e a Política de Transportes.

2 Desde 1971 a CJCE reconheceu que a competência exclusiva da Comunidade em matéria de Política Comercial Comum deriva das disposições do tratado. Sem embargo, enquanto a Comunidade não exerça seu poder de decisão na ordem interna, os Estados-Membros possuem competência concorrente. No momento em que as regras comuns sejam editadas pelas instituições supranacionais, essa competência cessa e a da Comunidade torna-se excludente. Sentença da CJCE AETR, Comissão v. Conselho, de 31 de março de 1971, caso n.º 22/70, Rec. n.º 1971, p. 265.

3 A tarifa externa comum foi aprovada pelo Conselho, a 13 de fevereiro de 1968, para os seis países então membros da Comunidade. A última aproximação das tarifas nacionais realizou-se a 1.º de julho de 1968 (produtos industriais). Atualmente o texto de base em matéria tarifária é o Regulamento n.º 2.658/87 CEE, do Conselho, de 23 de julho de 1987, relativo à nomenclatura tarifária e estatística, assim como à tarifa externa comum (D.O. L. n.º 256, de 7-9-87).

Dentro de todo proceso integracionista paralelamente a la realización de un mercado interno, implicando la eliminación de impuestos de aduana, de restricciones cuantitativas y de todas aquellas medidas de efecto equivalente a unos y otros afectando el comercio intracomunitario, el establecimiento de una política comercial común frente a los países terceros constituye un presupuesto esencial. En el sistema europeo la Política Comercial Común (PCC) es una de las tres políticas expresamente previstas por el artículo 3 del Tratado de Roma¹ como de competencia exclusiva de las autoridades comunitarias². Su realización obliga dichas instituciones a dotarse de una reglamentación aduanera armonizada, aplicada de manera uniforme a partir de 1992. El elemento básico de esta política es el arancel externo común³.

Los artículos 113 del tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y 74 del tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, establecen que la PCC está fundamentada sobre principios uniformes relativos, fuera de las modificaciones arancelarias, a la conclusión de acuerdos comerciales y arancelarios, a la política de exportación y a las medidas de defensa comercial, sin que estos aspectos sean limitativos.

Las medidas de defensa comercial en el derecho europeo se inscriben dentro del marco de ejecución por parte de las autoridades comunitarias del Acuerdo General sobre las Tarifas Arancelarias y el Comercio (GATT) cuyo principal objetivo es la supresión, dentro de lo posible, de todos los

1 Las otras dos políticas comunes previstas en la norma son: la Política Agrícola Común (PAC) y la Política de Transportes.

2 Desde 1971 la CJCE reconoció que la competencia exclusiva de la Comunidad en materia de Política Comercial Común deriva de las disposiciones del tratado. Sin embargo, mientras la Comunidad no ejerza su poder de decisión en el orden interno, los Estados Miembros poseen una competencia concurrente. En el momento en que las reglas comunes sean editadas por las instituciones supranacionales tal competencia cesa y aquella de la Comunidad se vuelve excluyente. Sentencia de la CJCE AETR, Comisión c. Consejo de 31 de marzo 1971, caso n.º 22/70 Rec. n.º 1.971. p. 265.

3 El arancel externo común fué aprobado por el Consejo el 13 de febrero de 1968 para los seis países entonces miembros de la Comunidad. La última a proximación de los aranceles nacionales se realizó el 1 de julio de 1968 (productos industriales). Actualmente el texto de base en materia arancelaria es el Reglamento n.º 2.658/87 CEE del Consejo del 23 de julio de 1987 relativo a la nomenclatura arancelaria y estadística, así como al arancel externo común (D.O. L. n.º 256, de 7-9-87).

Neste campo é fundamental a distinção entre comércio leal e comércio desleal, que se acha implícita nas normas existentes, quer em nível internacional quer em nível comunitário.

As chamadas medidas de “vigilância” e de “salvaguarda”⁴ incidem sobre importações “leais” causadoras de prejuízo a uma produção estabelecida dentro da Comunidade. Como o assinalara o Professor Marco C.E.J. Bronckers, embora o recurso a este tipo de medidas seja autorizado pelo GATT, em circunstâncias particulares, sua utilização é objeto de controvérsia em nível internacional, pois semelhantes “medidas levam consigo o estigma de um proteccionismo não disfarçado quando tratam de restringir o comércio leal”⁵. Não é difícil de conceber que essas restrições sejam fundamentalmente incompatíveis com a liberdade do comércio internacional.

As medidas decretadas contra as importações que são objeto de *dumping* ou de subsídios, as tomadas com base no “Novo Instrumento da Política Comercial Comum” contra as denominadas práticas comerciais ilícitas, assim como as disposições das autoridades comunitárias contra as mercadorias “contramarcadas”, incidem — diferentemente das anteriores — diante da existência de um prejuízo, causado pela realização de práticas de concorrência “desleal” imputáveis, seja a uma empresa estrangeira, seja a um terceiro Estado. Estas medidas, como tais, são autorizadas pelo GATT, e sua utilização é mais facilmente aceita no âmbito internacional, posto que, em princípio, carecem de caráter protecionista.

A liberalização do comércio impõe a instituição de uma regulamentação que permita combater eficazmente as práticas de concorrência desleal. Nesta área, a adoção de um novo instrumento para o tratamento de tais questões representa um avanço no desenvolvimento da Política Comercial Comum⁶.

4 Regulamento n.º 288/82 CEE, do Conselho, de 5-2-82, relativo ao regime comum aplicável às importações, DOCE L. n.º 35, de 9-2-82, p. 1; Regulamento n.º 1.765/83 CEE, do Conselho, de 30-6-82, relativo ao regime comum aplicável às importações provenientes de países de comércio de estado, DOCE L. n.º 195 de 5-7-82, p. 1; Regulamento n.º 1.766/82 CEE, do Conselho, de 30-6-82, relativo ao regime comum aplicável às importações da República Popular da China, DOCE L. n.º 195, de 5-7-82, p. 21; Regulamento n.º 3.420/83 CEE, do Conselho, aos regimes de importação dos produtos originários de países de comércio de estado, não liberados em nível comunitário, DOCE L. n.º 346, de 8-12-83, p. 6.

5 Marco C. E. J. BRONCKERS, “La protection contre les importations dans la Communauté Européenne: quelques recommandations pour des initiatives privées”, RMC, n.º 323, pp. 10 a 18.

6 Regulamento n.º 2.641/84 CEE, do Conselho, de 17-9-84, relativo ao reforço da Política Comercial Comum, particularmente em matéria de defesa contra as práticas comerciais ilícitas, DOCE L. n.º 252, de 20-9-84, p. 1.

7 Este instrumento foi idealizado com base na experiência adquirida com a evolução das regulamentações antidumping e anti-subsídios.

obstáculos a la libertad del comercio internacional, particularmente la eliminación de las restricciones a las importaciones.

En este campo es fundamental la distinción entre comercio leal y comercio desleal que resulta implícita en las normas existentes tanto a nivel internacional como a nivel comunitario.

Las llamadas medidas de “vigilancia” y de “salvaguardia”⁴ intervienen contra importaciones leales causantes de un perjuicio a una producción establecida dentro de la Comunidad. Como lo señalara el Profesor Marco C.E.J. Bronckers, a pesar que el recurso a este tipo de medidas es autorizado por el GATT en circunstancias particulares, su utilización es objeto de controversia a nivel internacional, pues tales “medidas llevan consigo el estigma de un proteccionismo no disfarzado al tratar de restringir el comercio leal”⁵. No es difícil de concebir que tales restricciones sean fundamentalmente incompatibles con la libertad del comercio internacional.

Las medidas decretadas contra las importaciones que son objeto de *dumping* o de subsidios, aquellas tomadas sobre la base del “Nuevo Instrumento de la Política Comercial Común” contra las denominadas prácticas comerciales ilícitas, así como las disposiciones de las autoridades comunitarias en contra de las mercancías “contramarcadas”, intervienen — a diferencia de las anteriores — frente a la existencia de un perjuicio causado por la realización de prácticas de competencia desleal imputables ya sea a una empresa extranjera, ya a un Estado tercero. Como tales, estas medidas son autorizadas por el GATT y su utilización es aceptada más fácilmente en el ámbito internacional, puesto que, en principio, carecen de carácter proteccionista.

La liberalización del comercio impone el establecimiento de una regulación que permita combatir eficazmente las prácticas de competencia desleal. En esta área la adopción de un nuevo instrumento para el tratamiento de tales cuestiones representa un avance en el desarrollo de la Política Comercial Común⁶.

4 Reglamento n.º 288/82 CEE del Consejo de 5-2-82 relativo al régimen común aplicable a las importaciones, DOCE L. n.º 35, de 9-2-82, p. 1; Reglamento n.º 1.765/83 CEE del Consejo de 30-6-82, relativo al régimen común aplicable a las importaciones provenientes de países a comercio de estado, DOCE L. n.º 195, de 5-7-82, p. 1; Reglamento n.º 1.766/82 CEE del Consejo de 30-6-82 relativo al régimen común aplicable a las importaciones de la República Popular de China, DOCE L. n.º 195, del 5-7-82, p. 21; Reglamento n.º 3.420/83 CEE del Consejo a los regímenes de importación de los productos originarios de países a comercio de Estado no liberados a nivel comunitario, DOCE L. n.º 346 de 8-12-83, p. 6.

5 Marco CEJ. BRONCKERS, “La protection contre les importations dans la Communauté Européenne: quelques recommandations pour des initiatives privées”, DOC n.º 323, pp. 10 a 18.

6 Reglamento n.º 2.641/84 CEE del Consejo de 17-9-84, relativo al refuerzo de la Política Comercial Común, particularmente en materia de defensa contra las prácticas comerciales ilícitas, DOCE L. n.º 252 de 20-9-84, p. 1.

7 Este instrumento fué ideado sobre la base de la experiencia adquirida con la evolución de las regulaciones antidumping y antisubsídios.

Fora da preservação dos interesses legítimos da Comunidade, que constitui seu objetivo imediato, os instrumentos comunitários de luta contra as práticas de concorrência desleal estão destinados essencialmente a reforçar as normas internacionais relativas ao comércio, e é precisamente nisto que residem sua importância e sua originalidade.

Estes instrumentos instauram mecanismos de carácter supranacional que, sem pertencerem à ordem jurídica internacional, propriamente dita, constituem meios de pressão privilegiados para colocar em questão os comportamentos de Estados ou de empresas estrangeiros, a fim de instigá-los a adaptar-se às disposições internacionais em vigor, mesmo no caso em que tais Estados não hajam contraído formalmente as obrigações que se intende fazer respeitar. Na realização deste objetivo cabe ressaltar o papel desempenhado pelas empresas comunitárias e pelas autoridades supranacionais.

Na maioria dos casos, as primeiras levam ao conhecimento das instituições da Comunidade a existência de práticas desleais que as afetam, permitindo assim o exercício de uma ação de carácter comunitário. Os particulares possuem a faculdade de atacar, não apenas o comportamento desleal de outras empresas, mas também aqueles comportamentos de terceiros Estados, da mesma natureza, participando ativamente do controle do cumprimento das obrigações contraídas pelos Estados e da garantia do respeito aos princípios gerais que inspiram o direito internacional, nesta matéria. O desconhecimento desses meios de ação torna-se, então, particularmente lamentável. A importância de uma boa compreensão do objetivo visado pelos instrumentos de defesa comercial já foi apontada por Michael Welsh no seu informe ao Parlamento Europeu: "... convém persuadir o mundo dos negócios de que seus interesses legítimos serão protegidos pelos diversos instrumentos internacionais; caso contrário, os governos, por pressões políticas, serão levados a tomar medidas unilaterais, que serão objeto de represalias, o que conduziria a uma guerra comercial que destruiria a estrutura do comércio mundial...". Welsh também deixou manifesto que o exame dos mecanismos de defesa comum existentes, assim como a apresentação de propostas para seu aperfeiçoamento, constituem uma garantia para a preservação do GATT⁷.

Com relação ao papel desempenhado pelos órgãos supranacionais, nesta matéria, a Comissão de Comunidades Europeias está investida de competência importantes no desenvolvimento das relações Comunidades-terceiros Estados. Corresponde-lhe a direção das investigações sobre a realização de atos de concorrência desleal e, por consequência, vem a ter a possibilidade de concluir acordos destinados a remediar os danos sofridos pelas empresas comunitárias *Engagements*. A Comissão é responsável pelo correto desenvolvimento dos procedimentos, e sua única limitação consiste

⁷ Michael WELSH, Comunicação feita em nome da Comissão de Relações Exteriores sobre as ações antidumping da Comunidade, apresentada ao Parlamento Europeu, em 19-9-81, Doc. n.º 11.422/81.

Fuera de la preservación de los intereses legítimos de la Comunidad, que constituye su objetivo inmediato, los instrumentos comunitarios de lucha contra las prácticas de competencia desleal están destinados esencialmente a reforzar las normas internacionales relativas al comercio y es precisamente ahí donde reside su importancia y su originalidad.

Estos instrumentos instauran mecanismos de carácter supranacional, que sin pertenecer al orden jurídico internacional propiamente dicho, constituyen medios de presión privilegiados para poner en tela de juicio los comportamientos de Estados o empresas extranjeras a fin de incitarlos a adaptarse a las disposiciones internacionales en vigor, aún en el caso en que tales Estados no hayan contraído formalmente las obligaciones que se entiende hacerse respetar. En la realización de éste objetivo cabe resaltar el papel desempeñado por las empresas comunitarias y por las autoridades supranacionales.

Las primeras llevan, en la mayoría de los casos, a conocimiento de las instituciones de la Comunidad la existencia de prácticas desleales que las afectan, permitiendo así el ejercicio de una acción de carácter comunitario. Los particulares poseen la facultad de atacar no solamente el comportamiento desleal de otras empresas, sino también aquellos comportamientos de Estados terceros de igual naturaleza, participando activamente en el control del cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados y en la garantía del respeto de los principios generales que inspiran el derecho internacional en esta materia. El desconocimiento de tales medios de acción resulta entonces particularmente lamentable. La importancia de una buena comprensión del objetivo buscado por los instrumentos de defensa comercial ya fue señalado por Michael Welsh en su informe al Parlamento Europeo: "... conviene persuadir el mundo de los negocios que sus intereses legítimos serán protegidos por los diferentes instrumentos internacionales, de lo contrario, los gobiernos serán llevados, por presiones políticas, a tomar medidas unilaterales que serán objeto de represalias lo que conduciría a una guerra comercial que destruiría la estructura del comercio mundial...". Welsh puso también de presente que el examen de los mecanismos de defensa común existentes, así como la presentación de propuestas para su perfeccionamiento constituyen una garantía para la preservación del GATT⁷.

En relación al papel desempeñado por los órganos supranacionales en esta materia, la Comisión de Comunidades Europeas se ve revestida de competencias importantes en el desarrollo de las relaciones Comunidades-Estados terceros, a ella le corresponde la dirección de las investigaciones sobre la realización de actos de competencia desleal y en consecuencia adquiere la posibilidad de concluir acuerdos destinados a remediar daños

⁷ Michael WELSH, Informe hecho a nombre de la Comisión de Relaciones Exteriores sobre las acciones antidumping de la Comunidad, presentado al Parlamento Europeo, el 19-9-81, Doc. n.º 1.422/81.

na competência do Conselho de Comunidades Europeias para tomar a decisão definitiva de imposição de sanções, que, na maioria dos casos, fundamenta-se numa proposição da própria Comissão. A Corte de Justiça das Comunidades Europeias (CJCE), único juiz dos limites da competência das instituições supranacionais e órgão encarregado da interpretação das disposições comunitárias, frequentemente viu sua jurisprudência na origem das principais modificações realizadas na legislação vigente no campo da defesa comercial.

Como já havíamos assinalado, as práticas desleais constituem ações imputáveis a uma ou várias empresas, ou a um ou vários terceiros Estados.

No que concerne às primeiras, a regulamentação estabelecida no âmbito da Política Comercial Comum limita-se a sancionar as importâncias para a Comunidade que são objeto de *dumping* e que causam, por esta razão, um prejuízo à produção comunitária de produtos similares. A relação entre as empresas e as instituições comunitárias é similar à existente entre a administração e os particulares, em direito interno (Primeira Parte).

Mecanismos destinados a reagir contra as práticas desleais imputáveis aos terceiros Estados foram previstos igualmente na ordem jurídica comunitária. As consequências políticas da utilização de tais instrumentos são maiores, razão pela qual seu emprego foi mais limitado que o da regulamentação antidumping. Inicialmente só estavam regulamentadas as práticas relacionadas com a outorga de subsídios a empresas nacionais para favorecer as exportações para a Comunidade. Com a promulgação do "Novo Instrumento da PCC", em 1984, o campo da legislação foi ampliado mediante a adoção de conceitos mais gerais. Estes instrumentos estão destinados a ser meios particulares de fortalecimento do Direito Internacional, graças ao poder de persuasão que representam (Segunda Parte).

Cabe esclarecer que estes instrumentos coexistem com os mecanismos previstos em outras regulamentações económicas em nível comunitário, principalmente com a regulamentação da concorrência⁸.

Os mecanismos comunitários diante dos comportamentos desleais das empresas estrangeiras (Regulamentação Antidumping)

A palavra *dumping* deriva do verbo inglês *to dump*, descarregar, tirar. No vocabulário do comércio internacional, este termo é frequentemente uti-

⁸ "La Commission estime que l'objet d'une procédure antidumping n'est pas et ne saurait être d'entériner ou d'encourager les pratiques commerciales restrictives et que l'ouverture d'une telle procédure ne prive donc pas une entreprise de son droit d'intenter une action au titre des articles 85 ou 86 du Traité CEE; une enquête antidumping ne peut pas préjuger du résultat d'une telle action". Regulamento n.º 707/89 CEE, da Comissão, de 17-3-89, instituindo um direito antidumping provisório sobre as importações de calcão-metal originárias da República Popular da China e da URSS, DOCE L. n.º 78, de 21-3-89, p. 10.

sufridos por las empresas comunitarias (*Engagements*). La Comisión es responsable por el correcto desenvolvimiento de los procedimientos y su única limitación consiste en la competencia del Consejo de Comunidades Europeas para tomar la decisión definitiva de imposición de sanciones, que en la mayoría de los casos se fundamenta en una proposición de la propia Comisión. La Corte de Justicia de Comunidades Europeas (CJCE), único juez de los límites de competencia de las instituciones supranacionales y órgano encargado de la interpretación de las disposiciones comunitarias, ha visto frecuentemente su jurisprudencia al origen de las principales modificaciones realizadas a la legislación vigente en el campo de la defensa comercial.

Como ya habíamos señalado, las prácticas desleales constituyen acciones imputables a una o varias empresas o a uno o varios Estados terceros.

En lo que respecta a las primeras, la reglamentación establecida en el ámbito de la Política Comercial Común se limita a sancionar las importancias hacia la Comunidad que son objeto de *dumping* y que causan por esta razón un perjuicio a la producción comunitaria de productos similares. La relación entre las empresas y las instituciones comunitarias es similar a aquella existente entre la administración y los particulares en derecho interno (Primera Parte).

Mecanismos destinados a responder contra las prácticas desleales imputables a los Estados terceros han sido previstos igualmente dentro del orden jurídico comunitario. Las consecuencias políticas de la utilización de tales instrumentos son mayores, razón por la cual su empleo ha sido más limitado que el de la reglamentación antidumping. Inicialmente sólo estaban reglamentadas las prácticas relacionadas con el otorgamiento de subsídios a empresas nacionales para favorecer las exportaciones hacia la Comunidad. Con la promulgación del "Nuevo Instrumento de la PCC", en 1984, el campo de la legislación fué ampliado mediante la adopción de conceptos más generales. Estos instrumentos están destinados a ser medios particulares de fortalecimiento del Derecho Internacional gracias al poder de persuasión que respresentan (Segunda Parte).

Cabe aclarar que estos instrumentos coexisten con los mecanismos previstos en otras reglamentaciones económicas a nivel comunitario, principalmente con la reglamentación de la concurrencia⁸.

⁸ "La Commission estime que l'objet d'une procédure antidumping n'est pas et ne saurait être d'entériner ou d'encourager les pratiques commerciales restrictives et que l'ouverture d'une telle procédure ne prive donc pas une entreprise de son droit d'intenter un action au titre des articles 85 ou 86 du Traité CEE; une enquête antidumping ne peut pas préjuger du résultat d'une telle action". Reglamento n.º 707/89 CEE de la Comisión de 17-3-89 instituyendo un derecho antidumping provisional sobre las importaciones de calcão-metal originarias de la República Popular de China y de URSS, DOCE L. n.º 78, de 21-3-89, p. 10.

lizado como sinónimo de concorrência desleal, e designa o conjunto de práticas e de medidas destinadas a diminuir artificialmente os preços dos bens exportados, de maneira a competir eficazmente com os bens similares oferecidos num ou mais mercados estrangeiros.

Do ponto de vista jurídico, considera-se que há *dumping* quando se exportam mercadorias a preços inferiores aos praticados no mercado interior do país de exportação para os mesmos produtos ou para os produtos similares (artigo VI, parágrafo 1.º do GATT).

Em matéria de luta contra as práticas constitutivas de *dumping*, a legislação comunitária segue os parâmetros estabelecidos pelo Acordo Geral do GATT e pelas negociações mantidas em seu seio, particularmente o Tokyo Round⁹. Em 5 de abril de 1968, o Conselho das Comunidades Europeias adotou, com base no artigo 113 do Tratado de Roma, o primeiro regulamento relativo à luta contra as práticas de *dumping*, prêmios e subsídios originários de terceiros países: o Regulamento n.º 459/68 CEE, que introduziu no ordenamento jurídico comunitário as disposições do Código Antidumping do GATT¹⁰. A legislação atualmente em vigor é constituída pelo Regulamento n.º 2.423/88 CEE e pela Decisão n.º 2.424/88 CECA, de julho de 1988, que denominaremos "regulamentação de base"¹². O artigo 1.º de cada um destes instrumentos estabelece que as disposições neles contidas são aplicáveis às importações objeto de *dumping* ou de subsídios por parte dos terceiros países. A regulamentação subordina a existência de uma ação comunitária a certas condições de fundo (A) e seu exercício a um procedimento especial (B).

A) As condições essenciais para a existência de uma ação comunitária

O objetivo primordial da legislação antidumping é o de reagir contra as importações desleais que causem prejuízo à produção de produtos

9. A primeira definição doutrinária de *dumping* foi proposta por Jacob VINER em sua obra "Dumping, A problem in International Trade", Chicago, 1923, reeditada por A. M. Kelley, New York, 1966.

10. As negociações de Tokyo Round se desenvolveram entre 1973 e 1979. Sua principal contribuição foi a adoção do Código Antidumping, em 12 de abril de 1979, em Genebra ("Acordo relativo à execução do artigo VI do Acordo Geral sobre as Tarifas Aduaneiras e o Comércio").

11. Regulamento publicado no DOCE L. n.º 93, de 12-4-68, p. 1. Este regulamento não era aplicável às práticas relativas à importação de produtos a base de ferro ou de aço, para os quais a Recomendação n.º 77/329 CECA, da Comissão, de 15-4-77, foi expedida e publicada no DOCE L. n.º 114, de 5-5-77, p. 6.

12. Regulamento n.º 2.423/88 CEE do Conselho, relativo à defesa contra as importações que são objeto de *dumping* ou de subsídios por parte de países não-membros da CEE; DOCE L. n.º 209, de 2-8-88, p. 1, e Decisão n.º 2.424/88 CECA, da Comissão, relativa à defesa contra as importações que são objeto de *dumping* ou de subsídios por parte de países não-membros da CECA, DOCE L. n.º 209, de 2-8-88, p. 18.

I — Los mecanismos comunitarios frente a los comportamientos desleales de las empresas extranjeras (Reglamentación Antidumping)

La palabra *dumping* deriva del verbo inglés *to dump*, descargar, tirar. En el vocabulario del comercio internacional éste término es frecuentemente utilizado como sinónimo de *concurrência desleal* y él designa el conjunto de prácticas y de medidas destinadas a disminuir artificialmente los precios de los bienes exportados, de manera a competir eficazmente con los bienes similares ofrecidos sobre uno o más mercados extranjeros.

Desde el punto de vista jurídico, se considera que hay *dumping* cuando se exportan mercancías a precios inferiores a aquellos practicados sobre el mercado interior del país de exportación para los mismos productos o para los productos similares (artículo VI, párrafo 1 del GATT).

En materia de lucha contra las prácticas constitutivas de *dumping*, la legislación comunitaria sigue los parámetros establecidos por el Acuerdo General del GATT y por las negociaciones sostenidas en su seno, particularmente el Tokyo Round⁹. El 5 de abril de 1968 el Consejo de las Comunidades Europeas adoptó, sobre la base del artículo 113 el Tratado de Roma, el primer reglamento relativo a la lucha contra las prácticas de *dumping*, primas e subsídios originarios de países terceros: el Reglamento 459/68 CEE, que introducía en el ordenamiento jurídico comunitario las disposiciones del Código Antidumping del GATT¹⁰. La legislación actualmente en vigor está constituída por el Reglamento 2423/88 CEE y por la Decisión 2424/88 CECA de julio de 1988, que denominaremos "reglamentación de base"¹². El artículo 1.º de cada uno de estos instrumentos establece que las disposiciones en ellos contenidas son aplicables a las importaciones objeto de *dumping* o de subsídios de la parte de los países terceros. La reglamentación subordina la existencia de una acción comunitaria a ciertas condiciones de fondo (A) y su ejercicio a un procedimiento particular (B).

9. La primera definición doctrinaria de *dumping* fué propuesta por Jacob VINER en su obra "Dumping, A problem in International Trade", Chicago, 1923, reeditada por A.M. Kelly, New York, 1966.

10. Las negociaciones de Tokyo Round se desarrollaron entre 1973 y 1979. Su principal aporte fué la adopción del Código Antidumping el 12 de abril de 1979, en Ginebra ("Acuerdo relativo a la ejecución del artículo VI del Acuerdo General sobre los Aranceles Aduaneros y el Comercio").

11. Reglamento publicado en el DOCE L. n.º 93, de 12-4-68, p. 1. Este Reglamento no era aplicable a las prácticas relativas a la importación de productos a base de hierro o de acero, para los cuales la Recomendación n.º 77/329 CECA de la Comisión de 15-4-77 fué expedida y publicada en el DOCE L. n.º 114, de 5-5-77, p. 6.

12. Reglamento n.º 2.423/88 CEE del Consejo relativo a la defensa contra las importaciones que son objeto de *dumping* o de subsídios por parte de países no miembros de la CEE; DOCE L. n.º 209, de 2-8-88, p. 1, y Decisión n.º 2.424/88 CECA de la Comisión relativa a la defensa contra las importaciones que son objeto de *dumping* o de subsídios de parte de países no miembros de la CECA; DOCE L. n.º 209, de 2-8-88, p. 18.

similares implantada no interior do território comunitário, e de fazer desaparecer este prejuízo, mediante a imposição de direitos antidumping ou da conclusão de acordos sobre os preços ou as quantidades importadas. O objetivo não é, então, fazer cessar a prática desleal propriamente dita¹³.

Partindo deste princípio, para que uma investigação em nível comunitário possa ser decretada, as normas de base dispõem como condições essenciais: o estabelecimento da existência da prática constitutiva de *dumping* (a) e da existência de um prejuízo resultante para a produção comunitárias (b). Podemos assinalar que a imposição, por parte das autoridades comunitárias, de um direito antidumping está subordinada, além disso, à determinação da existência do interesse comunitário na adoção de tal medida. O alcance desta última noção pertencente à Comissão e eventualmente ao Conselho de Comunidades Europeias, que gozam de grande poder discricionário nesta área.

a. A existência de *dumping*

A regra geral estabelecida na legislação comunitária é que a importação de um produto é objeto de *dumping* quando o preço de importação desse produto na Comunidade é menor do que o valor normal do produto similar. A noção de *dumping* repousa, então, na comparação entre dois preços: o preço de exportação do produto para o território comunitário e o preço do produto similar no mercado de origem ou de exportação, denominado valor normal; desta comparação resulta a "margem de *dumping*".

Os produtos que são objeto de comparação, são produtos similares, conceito expressamente definido na legislação comunitária.¹⁴

A Corte de Justiça das Comunidades Europeias distingue três etapas no método de determinação da existência de uma prática de *dumping*¹⁵.

Num primeiro momento, deve-se proceder ao cálculo dos preços objeto da comparação: valor normal e preço de exportação. Tanto o

¹³ Neste aspecto, a regulamentação comunitária respeita o espírito do artigo VI do GATT.

¹⁴ O § 12 do art. 2º do regulamento de base estabelece que são produtos similares os produtos idênticos, parecidos sob todos os aspectos ao produto considerado.

Na ausência de produto idêntico, deve entender-se um produto que apresente características parecidas com as do produto do que se trata.

¹⁵ Ver, entre outras sentenças, as de 7 de maio de 1987, caso n.º 240/84, NTN TOKYO BEARING Co. Ltd. v. Conselho, Rec. n.º 1.987/1.849; caso n.º 255/84, NACHI FUJIKOSHI v. Conselho, Rec. n.º 1.987/1.884; caso n.º 258/84, NIPPON SEIKO KK v. Conselho, Rec. n.º 1.987/1.958 e caso n.º 260/84, MINEBEA Co. Ltd. v. Conselho, Rec. n.º 1.987/2.000.

A. Las condiciones esenciales a la existencia de una acción comunitaria

El objetivo primordial de la legislación antidumping es el de reaccionar contra las importaciones desleales que causen un perjuicio a la producción de productos similares establecida al interior del territorio comunitario, y de hacer desaparecer tal perjuicio mediante la imposición de derechos antidumping o de la conclusión de acuerdos sobre los precios o las cantidades importadas. El objetivo no es entonces hacer cesar la práctica desleal propiamente dicha¹³.

Partiendo de ese principio, para que una investigación a nivel comunitario pueda ser decretada, las normas de base disponen como condiciones esenciales: el establecimiento de la existencia de la práctica constitutiva de *dumping* (a) y de la existencia de un perjuicio resultante para la producción comunitaria (b). Podemos señalar que la imposición, por parte de las autoridades comunitarias, de un derecho antidumping, está subordinada además a la determinación de la existencia de un interés comunitario en la adopción de tal medida. El alcance de esta última noción corresponde a la Comisión y eventualmente al Consejo de Comunidades Europeas, que gozan de un gran poder discrecional en esa área.

a. La existencia de un *dumping*

La regla general establecida en la legislación comunitaria es que la importación de un producto es objeto de *dumping* cuando el precio a la importación de ese producto hacia la Comunidad es menor al valor normal al producto similar. La noción de *dumping* reposa entonces en la comparación entre dos precios: el precio de exportación del producto hacia el territorio comunitario y el precio del producto similar en el mercado de origen o de exportación denominado "valor normal"; de esta comparación resulta la "margen de *dumping*".

Los productos que son objeto de comparación son productos similares, concepto expresamente definido en la legislación comunitaria¹⁴.

La Corte de Justicia de Comunidades Europeas distingue tres etapas en el método de determinación de la existencia de una práctica de *dumping*¹⁵.

¹³ La reglamentación comunitaria respeta en esto el espíritu del artículo VI del GATT.

¹⁴ El párrafo 12 del art. 2 del reglamento de base establece que son productos similares los productos idénticos, parecidos en todos los aspectos al producto considerado.

En ausencia de un producto idéntico debe entenderse un producto que presente características parecidas a aquellas del producto del cual se trata.

¹⁵ Ver entre otras sentencias las de 7 de mayo de 1987, caso n.º 240/84 NTN TOKYO BEARING Co. Ltd. c. Consejo, Rec. n.º 1.987/1.849; caso n.º 255/84, NACHI FUJIKOSHI c. Consejo, Rec. n.º 1.987/1.884; caso n.º 258/84, NIPPON SEIKO KK c. Consejo Rec. n.º 1987/1958 y caso n.º 260/84 MINEBEA Co. Ltd. c. Consejo Rec. n.º 1987/2000.

regulamento CEE como a decisão CECA, prevêem diversos métodos para o cálculo de um e outro valores. A legislação em vigor contém esclarecimentos surgidas da prática das instituições que procuram garantir maior segurança jurídica aos interessados¹⁶. Esta é uma matéria nitidamente técnica, em que a Comissão procede a apreciações de carácter económico, mais que jurídico, gozando de uma margem de apreciação bastante ampla.

A regra geral estabelece que o valor normal de um produto é o preço pago ou a pagar, dentro de operações comerciais normais, pelo produto similar destinado ao consumo no país de exportação ou de origem da mercadoria. Por operações comerciais normais deve entender-se aquelas transacções realizadas num mercado livre e aberto em que os preços são determinados pelo jogo da oferta e da procura¹⁷. Situações de excepção desta regra geral são previstas na regulamentação de base, nas quais o valor normal é determinado diferentemente¹⁸.

O preço de exportação de um produto é, em princípio, o preço pago ou a pagar por esse bem vendido para exportação à Comunidade, livre de qualquer taxa, abatimento ou retorno, efectivamente realizado e que tenha uma relação directa com as vendas consideradas.¹⁹ Assim como no caso do valor normal, a legislação comunitária prevê a possibilidade de recorrer a um preço "construído" de exportação quando a aplicação da regra geral é impossível, o que acontece em três casos: quando o preço aparentemente é inexistente, quando existe uma associação ou um acordo

16 Deve destacar-se aqui o trabalho realizado pela Comissão, assim como o da CJCE, através da interpretação dos textos normativos.

17 Deve assinalar-se que, na prática comunitária, leva-se em consideração que as condições de concorrência são raramente perfeitas; em consequência, embora a concorrência seja limitada, todos os preços representativos da situação predominante no mercado de origem do produto serão tomados em consideração para estabelecer o valor normal. Desse modo, podem ser considerados como preços resultantes de operações comerciais normais os preços submetidos a um controlo administrativo ou originados em situação de cartéis ou monopólios.

18 Constitui exemplo o Regulamento n.º 2.623/88 CEE da Comissão, instituindo um direito antidumping provisório às importações de uréia originárias da Áustria, da Hungria, da Malásia, da Romênia, EUA e da Venezuela, em que a Comissão utilizou como parâmetro os preços existentes num mercado em situação de monopólio. Ver DOCE L. n.º 235, de 25-8-88, p. 5.

19 Ver CJCE, sentença de 5 de outubro de 1988, casos n.ºs 277/85 e 300/85, CANON Inc. v. Conselho, Rec. n.º 1.988/5.795. Esta sentença faz parte de um conjunto relativo aos casos das "máquinas de escrever eletrónicas"; sentenças da mesma data: caso n.º 56/85 BROTHER INDUSTRIES Ltd. v. Comissão, Rec. n.º 1.988/5.679; caso n.º 250/85 BROTHER INDUSTRIES Ltd. v. Conselho, Rec. n.º 1.988/5.717; caso n.º 301/85 SHARP CORPORATION v. Conselho, Rec. n.º 1.988/5.846; casos n.ºs 26-C/85 e 106/86 TOKYO ELECTRONIC Co. Ltd. TEC e outras v. Conselho, Rec. n.º 1.988/5.911, e casos n.ºs 273/85 e 107/86 SILVER SEIKO Ltd. e outros v. Conselho, Rec. n.º 1.988/5.970.

19 Parágrafo 8º a) do art. 2º da regulamentação de base.

En un primer momento debe procederse al cálculo de los precios objeto de la comparación: valor normal y precio de exportación. Tanto el reglamento CEE como la decisión CECA prevén diversos métodos para el cálculo de uno y otro valor. La legislación en vigor contiene precisiones surgidas de la práctica de las instituciones que buscan garantizar una mayor seguridad jurídica a los interesados¹⁶. Ésta es una materia netamente técnica en que la Comisión procede a apreciaciones de carácter económico más que jurídico gozando de una margen de apreciación bastante amplia.

La regla general establece que el valor normal de un producto es el precio pago o a pagar, dentro de operaciones comerciales normales, por el producto similar destinado al consumo en el país de exportación o de origen de la mercancía. Por operaciones comerciales normales debe entenderse aquellas transacciones realizadas dentro de un mercado libre y abierto, donde los precios son determinados por el juego de la oferta y la demanda¹⁷. Situaciones de excepción a ésta regla general son previstas en la reglamentación de base en las cuales el valor normal es determinado diferentemente¹⁸.

El precio a la exportación de un producto es, en principio, el precio pago o a pagar por dicho bien vendido para la exportación hacia la Comunidad, libre de toda tasa, rebaja o devolución efectivamente realizada y que tenga una relación directa con las ventas consideradas¹⁹. Así como en el caso del valor normal la legislación comunitaria prevé la posibilidad de

16 Aquí debe destacarse el trabajo realizado por la Comisión, así como el de la CJCE a través de la interpretación de los textos normativos.

17 Debe señalarse que en la práctica comunitaria se tiene en cuenta que las condiciones de concurrencia son raramente perfectas; en consecuencia aún cuando la concurrencia sea limitada todos los precios representativos de la situación predominante sobre el mercado de origen del producto serán tomados en consideración para establecer el valor normal. De esta manera pueden ser considerados como precios surgidos de operaciones comerciales normales los precios sometidos a un control administrativo o aquellos originados en situación de carteles o monopolios.

Un ejemplo lo constituye el Reglamento n.º 2.623/88 CEE de la Comisión instituendo un derecho antidumping provisional a las importaciones de urea originarias de Austria, de Hungría, de Malasia, de Rumania, de USA y de Venezuela, en que la Comisión utilizó como parámetro los precios existentes en un mercado en situación de monopolio. Ver DOCE L. n.º 235, de 25-8-88, p. 5.

18 Ver CJCE sentença de 5 de octubre de 1988, casos n.º 277/85 y 300/85, CANON Inc. c. Consejo, Rec. n.º 1.988/5.795. Esta sentença hace parte de un conjunto relativo a los casos de las "máquinas de escribir electrónicas"; sentencias de la misma fecha: caso n.º 56/85 BROTHER INDUSTRIES Ltd. c. Comisión Rec. n.º 1.988/5.679; caso n.º 250/85 BROTHER INDUSTRIES Ltd. c. Consejo Rec. n.º 1.988/5.717; caso n.º 301/85 SHARP CORPORATION c. Consejo Rec. n.º 1.988/5.846; casos n.ºs 26C/85 y 106/86 TOKYO ELECTRONIC Co. Ltda. TEC y otras c. Consejo, Rec. n.º 1.988/5.911, y casos n.ºs 273/85 y 107/86 SILVER SEIKO Ltd. y otros c. Consejo, Rec. n.º 1.988/5.970.

19 Párrafo 8 a) de la reglamentación de base.

de compensação entre o exportador e o importador ou um terceiro e quando o preço realmente pago pela exportação para a Comunidade não pode servir de referência²⁰.

Na segunda etapa procede-se à realização de reajustes expressamente previstos para os dois preços, a fim de obter-se uma "base equitativa de comparação". Os elementos que afetam a comparação entre os dois preços devem ter relação direta com as vendas consideradas, e sua prova cabe à parte que os alega. Esses elementos estão essencialmente vinculados às características físicas do produto de que se trata, às condições de imposição de taxas e direitos de importação e às despesas vinculadas às vendas realizadas²¹.

A terceira etapa consiste na determinação da margem de *dumping*, isto é, da diferença que separa o valor normal do preço de exportação²². Esta determinação é chave para a eventual aplicação de direitos antidumping, posto que constitui o limite máximo de tais direitos. Dois métodos de cálculo da margem de *dumping* são autorizados pelas normas comunitárias: o método de transação por transação e a referência a médias ponderadas. Cada um destes métodos pode ser aplicado separada ou conjuntamente. As autoridades comunitárias sempre preferiram o primeiro deles²³. Quando a margem de *dumping* é insignificante, as autoridades comunitárias consideram que o *dumping* não constitui a causa do prejuízo sofrido pela produção comunitária, e não impõem direitos antidumping.

b. A existência de um prejuízo

Segundo o princípio fundamental da legislação comunitária, para que as autoridades supranacionais possam iniciar uma ação e posteriormente decretar a imposição de direitos antidumping, é indispensável estabelecer, fora da existência da prática de *dumping*, a prova de que tal conduta causa dano aos produtores comunitários do produto similar.

20 O preço pode ser construído com base no preço pelo qual o produto é revendido ao primeiro comprador independente, ou com qualquer base razoável, que permita grande margem de discricção à Comissão.

21 Estas regras figuram no art. 2º, parágrafos 9º e 10 da regulamentação de base.

22 Art. 2º, parágrafo 14, a) da regulamentação de base.

23 No caso dos "rodados" a Comissão assinalou que tinha recusado sistematicamente a utilização da técnica das médias ponderadas para a determinação das margens de *dumping*, salvo nos casos em que, por razões administrativas, não fosse possível aplicar o método de transação ou quando o cálculo da média de preços não tivesse nenhum efeito sobre o resultado do procedimento. A Comissão constatou que os progressos técnicos no campo da informática permitem utilizar o método de transação por transação, mesmo quando o número dessas operações seja particularmente significativo. Ver Regulamento nº 2.089/84 CEE, do Conselho, que institui direito definitivo antidumping sobre a importação de rodados originários do Japão e de Cingapura, de 19-7-84, DOCE L. nº 193, de 27-7-84, p. 1.

recurrir a un precio "construído" de exportación cuando la aplicación de la regla general es imposible, lo que sucede en tres casos: cuando tal precio aparentemente es inexistente, cuando existe una asociación o un acuerdo de compensación entre el exportador y el importador o un tercero y cuando el precio realmente pago para la exportación hacia la Comunidad no puede servir de referencia²⁰.

En la segunda etapa se procede a la realización de reajustes expresamente previstos para los dos precios a fin de obtener una "base equitativa de comparación". Los elementos que afectan la comparación entre los dos precios deben tener una relación directa con las ventas consideradas y su prueba corresponde a la parte que los alega. Tales elementos están esencialmente vinculados a las características físicas del producto del que se trata, a las condiciones de imposición de tasas y derechos a la importación y a los gastos vinculados a las ventas realizados²¹.

La tercera etapa consiste en la determinación de la margen de *dumping*, esto es, la diferencia que separa el valor nominal del precio a la exportación²². Esta determinación es clave para la eventual aplicación de derechos antidumping, puesto que constituye el límite máximo de tales derechos. Dos métodos de cálculo de la margen de *dumping* son autorizados en las normas comunitarias: el método de transacción por transacción y la referencia a medias ponderadas. Cada uno de estos métodos puede ser aplicado separada o conjuntamente. Las autoridades comunitarias han preferido siempre el primero de ellos²³. Cuando la margen de *dumping* es insignificante las autoridades comunitarias consideran que el *dumping* no constituye la causa del perjuicio sufrido por la producción comunitaria y no imponen derechos antidumping.

b. La existencia de un perjuicio

Según el principio fundamental de la legislación comunitaria, para que las autoridades supranacionales pueden iniciar una acción y posteriormente

20 El precio puede ser construído sobre la base del precio al cual el producto es revendido al primer comprador independiente, o sobre toda la base razonable, dando una gran margen de discricción a la Comisión.

21 Estas reglas figuran en el art. 2º párrafos 9 y 10 de la reglamentación de base.

22 Art. 2, párrafo 14 a) de la reglamentación de base.

23 En el caso de los "rodamientos" la Comisión señaló que ella había rechazado sistemáticamente la utilización de la técnica de las medidas ponderadas para la determinación de las márgenes de *dumping*, salvo en aquellos casos en que por razones administrativas no fuese posible aplicar el método de transacción o cuando el cálculo de la media de precios no tuviese ningún efecto sobre el resultado del procedimiento. La Comisión constató además que los progresos técnicos en el campo de la informática permiten utilizar el método de transacción por transacción aún cuando el número de tales operaciones sea particularmente importante. Ver Reglamento nº 2.089/84 CEE del Consejo instituyendo un derecho antidumping definitivo sobre la importación de rodamientos originarios del Japón y de Singapur, de 19-7-84, DOCE L. nº 193, de 27-7-84, p. 1.

Esta noção é fundamental para a determinação do montante dos eventuais direitos antidumping. O espírito das normas pretende que essas contramedidas sejam reparatórias mais que punitivas²⁴. As autoridades comunitárias estão obrigadas a impor direitos antidumping em montante suficiente para fazer desaparecer o prejuízo, mesmo quando o montante seja inferior à margem de *dumping* estabelecida durante a investigação²⁵.

A Comissão deve estabelecer, então, três elementos:

1. Conforme está prescrito no regulamento CEE e na decisão CECA, a existência de prejuízo, quer dizer, de uma ameaça de dano ou de grave atraso no estabelecimento de uma empresa comunitária. Essa determinação realiza-se mediante o exame de certos fatores, expressamente previstos na legislação²⁶. Quando a investigação recai sobre a importação de um produto originário ou proveniente de vários países, ou sobre a importação de um produto originário ou proveniente de um mesmo país, na qual estão envolvidos vários produtores-exportadores, a Comissão pode avaliar o prejuízo causado de maneira cumulativa à produção comunitária²⁷. No primeiro caso, produto exportado de vários países, a Comissão deve examinar se a globalização das importações é procedente, tomando em consideração, vários fatores²⁸. A avaliação cumulativa do prejuízo, no caso, foi criticada, em particular, pelos produtores-exportadores dos países de comércio de Estado, que consideram tal prática discriminatória, já que

²⁴ Como assinalou Michael WELSH em sua comunicação ao Parlamento: "Les droits antidumping ou autres contre-mesures ont pour objet de remédier au préjudice, et non pas de supprimer strictement parlant le dumping". Op. cit. supra nota 7.

²⁵ Nos Estados Unidos, onde a legislação continha o princípio da condenação do *dumping per se*, o critério da necessidade de um prejuízo foi introduzido recentemente. Ver Mark R. JOELSON, John C. LINSEY e Joe GRIFFIN "U.S. Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988" em *International Business Lawyer*, 1988, pp. 408 a 413.

²⁶ O parágrafo 2º do art. 4 prevê uma série de fatores. Segundo esse texto, tais fatores não constituem necessariamente uma base de juízo determinante, quer sejam examinados isolada ou conjuntamente. A determinação do prejuízo deve ser realizada caso a caso; é baseada numa análise fática da situação, e não sobre o exame da intenção do exportador. Para esse efeito, as autoridades comunitárias dispõem de poder discricionário de apreciação, que a CJCE, reconheceu expressamente em sua sentença de 5 de outubro de 1988, nos casos n.ºs 277/85 e 300/85 já citados, supra, nota 18.

²⁷ Nem o Tratado GATT, nem o Código Antidumping prevêem disposições que regulamentem tal procedimento.

²⁸ Podemos citar entre outros: o fato de que os produtos sejam concorrentes no mercado comunitário, que o volume e os preços de venda sejam comparáveis, que todas as importações de que se trata hajam aumentado de maneira similar num período recente etc.

decretar a imposição de direitos antidumping es indispensable establecer, fuera de la existencia de la práctica de dumping, la prueba de que tal conducta causa un daño a los productores comunitarios del producto similar.

Esta noción es fundamental para la determinación del monto de los eventuales derechos antidumping. El espíritu de las normas persigue que estas contra-medidas sean reparatorias más que punitivas²⁴. Las autoridades están obligadas a imponer derechos antidumping en un monto suficiente para hacer desaparecer el perjuicio, aún cuando dicho monto sea inferior a la margen de *dumping* establecida durante la investigación²⁵.

La Comisión debe entonces establecer tres elementos:

1. La existencia de un perjuicio tal como está determinado en el reglamento CEE y en la decisión CECA, es decir, de un perjuicio importante, de una amenaza de daño o de un retardo grave en el establecimiento de una empresa comunitaria. Esta determinación se realiza mediante el examen de ciertos factores expresamente previstos en la legislación²⁶. Cuando la investigación recae sobre la importación de un producto originario o proveniente de varios países, o sobre la importación de un producto originario o proveniente de un mismo país en la cual están implicados varios productores-exportadores, la Comisión puede evaluar el perjuicio causado a la producción comunitaria de manera cumulativa²⁷. En el primer caso, producto exportado de varios países, la Comisión debe examinar si la globalización de las importaciones es procedente tomando en consideración varios factores²⁸. La evaluación cumulativa del perjuicio en el segundo de los casos ha sido criticada en particular por los productores-exportadores de los países a comercio de Estado, que consideran tal práctica dis-

²⁴ Como lo señaló Michael WELSH en su informe al Parlamento: "Les droits antidumping ou autres contre-mesures ont pour objet de remédier au préjudice, et non pas de supprimer strictement parlant le dumping". Op. cit. supra nota n.º 7.

²⁵ En los Estados Unidos, donde la legislación contenía el principio de la condenación del *dumping "per se"*, el criterio de la necesidad de un perjuicio fué introducido recientemente. Ver Mark R. JOELSON, John C. LINSEY y Joe GRIFFIN "U.S. Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988" en *International Business Lawyer*, 1988, pp. 408 a 413.

²⁶ El párrafo 2 del art. 4 prevee una serie de factores. Según este texto tales factores no constituyen necesariamente una base de juicio determinante, ya sean examinados aislada o conjuntamente. La determinación del perjuicio debe ser realizada caso por caso, ella es basada en un análisis fáctico de la situación y no sobre el examen de la intención del exportador. Las autoridades comunitarias disponen a este efecto de un poder discrecional de apreciación que la CJCE ha reconocido expresamente en su sentencia de 5 de octubre de 1988, en los casos n.ºs 277/85 y 300/85 ya citados, supra nota n.º 18.

²⁷ Ni el tratado GATT ni el Código antidumping preveen disposiciones reglamentando tal procedimiento.

²⁸ Podemos citar entre otros: el hecho de que los productos sean concorrentes sobre el mercado comunitario, que el volumen y los precios de venta sean comparables, el que todas las importaciones de que se trata hayan aumentado de manera similar en un período reciente etc.

os diversos exportadores consideram-se como responsáveis, embora sendo concorrentes entre si ²⁹.

2. Que o mencionado dano tenha sido causado a uma produção, dentro do Mercado Comum. A regulamentação de base define a produção comunitária como o conjunto de produtores de bens similares aos importados, instalados no território da Comunidade, ou o conjunto de produtores cuja produção adicionada constitui uma proporção maior da produção total desses produtos. Já tínhamos assinalado que uma definição precisa de produto similar está expressamente contida na legislação ³⁰. O fato de que dois produtos, sob o ponto de vista econômico, considerem-se substitutos um do outro não é suficiente para qualificá-los como produtos similares ³¹. O conceito de produto similar deve distinguir-se do de produto concorrente ³².

Diante da eventual impossibilidade de determinar os produtores do produto similar, dentro da Comunidade, a regulamentação de base estipula que o efeito das importações objeto de *dumping* deve ser avaliado com relação à produção do grupo ou da gama de produtos mais limitada, que compreenda o produto similar sobre o qual possam ser obtidas as informações necessárias. Esta elucidação é o resultado de uma interpretação mais elástica da noção de produção comunitária. Alguns autores afirmam que

29. Constitui exemplo dessa avaliação o Regulamento n.º 707/89 CEE, da Comissão, de 17-3-89, que institui direito antidumping provisório sobre as importações de cálcio-metal originárias da República Popular da China, cit. supra, nota n.º 8. Igualmente o Regulamento n.º 2.684/88 CEE, da Comissão, que institui direito antidumping provisório sobre as importações de certos magnetoscópios originários do Japão e da República da Coreia, DOCE L. n.º 240, de 31-8-88, p. 5.

30. Constitui exemplo representativo da aplicação da definição do parágrafo 4.º do art. 4.º da regulamentação de base, o caso dos "magnetoscópios". Durante a investigação surgiu a dúvida de saber se seriam investigados os magnetoscópios-leitores e os aparelhos combinados magnetoscópios-receptores de televisão. A Comissão decidiu excluir os primeiros em razão da ausência de dispositivos de sintonização e de possibilidade de gravação, o que limitava as possíveis utilidades desses aparelhos. Esses produtos foram considerados diferentes e concorrentes dos magnetoscópios-gravadores-leitores. Contrariamente os aparelhos combinados foram considerados abrangidos pelo aviso de abertura da investigação. Regulamento n.º 2.684/88 CEE, da Comissão, de 26-8-88, que institui direito antidumping provisório sobre as importações de magnetoscópios originários do Japão e da República da Coreia, DOCE L. n.º 240, de 31-8-88, p. 5.

31. Neste sentido, ver M.F. BESELER e A.N. WILLIAMS, "Anti-dumping and Anti-subsidy Law. The European Communities", Londres, 1986.

32. Jacques BUHART assinala a respeito: "Le préjudice causé par les produits faisant l'objet d'un dumping ne doit pas être évalué par référence aux producteurs communautaires des produits concurrents qui ne présentent pas des caractéristiques ressemblant étroitement à celles du produit faisant l'objet d'un dumping. Pourtant, dans l'affaire des photocopieurs, le Conseil considéra comme produits similaires pour l'évaluation du préjudice, des produits qui n'étaient pas identiques et ne présentaient pas des caractéristiques étroitement semblables, mais qui étaient des produits concurrents". Jacques BUHART *Le régime communautaire de l'antidumping: 20 ans d'expérience*, RTDE, n.º 2, 1988, pp. 253 a 299.

criminatoria ya que los diferentes exportadores son considerados como responsables aún siendo concurrentes entre ellos ²⁹.

2. Que dicho daño ha sido causado a una producción dentro del Mercado Común. La reglamentación de base define la producción comunitaria como el conjunto de productores e bienes similares a los importados que están instalados en el territorio de la Comunidad, o el conjunto de productores cuya producción adicionada constituye una proporción mayor de la producción total de esos productos. Ya habíamos señalado que una definición precisa de producto similar está expresamente contenida en la legislación ³⁰. El hecho de que dos productos sean considerados desde el punto de vista económico como substitutos el uno del otro no es suficiente para calificarlos de productos similares ³¹. El concepto de producto similar debe distinguirse igualmente de aquel de producto concorrente ³².

Ante la eventual imposibilidad de determinar los productores del producto similar dentro de la Comunidad, la reglamentación de base estipula que el efecto de las importaciones objeto de *dumping* debe ser evaluado en relación a la producción del grupo o de la gama de productos más limitada que comprenda el producto similar para la cual las informaciones necesarias puedan ser obtenidas. Tal precisión es el resultado de una interpretación más elástica de la noción de producción comunitaria. Algunos au-

29. Un ejemplo de tal evaluación lo constituye el Reglamento n.º 707/89 CEE de la Comisión de 17-3-89 instituyendo un derecho antidumping provisional sobre las importaciones de cálcio-metal originarias de República Popular de China, cit. supra nota n.º 8. Igualmente el Reglamento n.º 2.684/88 CEE de la Comisión instituyendo un derecho antidumping provisional sobre las importaciones de ciertos magnetoscópios originarios de Japón y de la República de Corea, DOCE L. n.º 240 de 31-8-88, p. 5.

30. Un ejemplo representativo de la aplicación de la definición del párrafo 4 del art. 4 de la reglamentación de base lo constituye el caso de los "magnetoscópios". Durante la investigación se presentó la duda de saber si serían investigados los magnetoscópios-lectores y los aparatos combinados magnetoscópios-receptores de televisión. La Comisión decidió excluir los primeros en razón de la ausencia de dispositivos de sintonización y de posibilidad de gravación, lo que limitaba las posibles utilidades de tales aparatos. Esos productos fueron considerados diferentes concurrentes de los magnetoscópios-gravadores-lectores. Contrariamente los aparatos combinados fueron considerados como cubiertos por el aviso de abertura de la investigación. Reglamento n.º 2.684/88 CEE de la Comisión de 26-8-88 instituyendo un derecho antidumping provisional sobre las importaciones de magnetoscópios originarios del Japón y de la República de Corea, DOCE L. n.º 240, de 31-8-88, p. 5.

31. En este sentido ver M.F. BESELER y A.N. WILLIAMS "Anti-dumping and Anti-subsidy Law. The European Communities, Londres, 1986.

32. Jacques BUHART señala al respecto: "Le préjudice causé par les produits faisant l'objet d'un dumping ne doit pas être évalué par référence aux producteurs communautaires des produits concurrents qui ne présentent pas des caractéristiques ressemblant étroitement à celles du produit faisant l'objet d'un dumping. Pourtant, dans l'affaire des photocopieurs, le Conseil considéra comme produits similaires pour l'évaluation du préjudice, des produits qui n'étaient pas identiques et ne présentaient pas des caractéristiques étroitement semblables, mais qui étaient des produits concurrents". Jacques BUHART *Le régime communautaire de l'antidumping: 20 ans d'expérience*, RTDE, n.º 2, 1988, pp. 253 a 299.

tal interpretação permite "diluir" o impacto que os produtos importados a preço de *dumping* têm sobre a produção situada na Comunidade, tornando mais difícil a qualificação do prejuízo³³. Na prática, a Comissão nunca apoiou suas decisões nessa noção.

Não existe exatidão sobre o que deve entender-se por "proporção maior" da produção total do bem. Beseler e Williams consideram que constitui uma parte significativa da produção interna, assegurada por um número significativo de produtores, sem que estes representem necessariamente, nem a totalidade, nem a maioria dos produtores comunitários. Tal concepção parece confirmada pela prática da Comissão³⁴. A regulamentação pretende deixar ao arbítrio das autoridades comunitárias que se intente ou não uma ação comunitária diante de um prejuízo causado a uma pequena parte da produção situada dentro da Comunidade. A regra geral de determinação da produção comunitária admite exceções³⁵.

33. Neste sentido, M. F. BESELER e A. N. WILLIAMS, ob. cit. supra, nota n.º 31; Jacques BUHART, ob. cit. supra, nota n.º 32, e Joseph CUNNANE e Clive STANBROOK, *Dumping and Subsidies, The Law and procedures governing the imposition of Antidumping and Countervailing Duties in the European Communities*, 1983, p. 43.

34. Ver neste sentido BESELER e WILLIAMS, ob. cit. supra, nota n.º 31.

35. São previstas duas situações:

a) Quando alguns produtores da Comunidade tenham vínculos com os exportadores ou os importadores, ou sejam eles mesmos importadores dos produtos que supostamente são objeto de *dumping*, a expressão "produção comunitária" deve ser interpretada como referindo-se aos outros produtores da Comunidade. Sem embargo, em recentes investigações as autoridades comunitárias mantiveram como parte da produção comunitária os produtores europeus que importavam o produto para preservar sua parte de mercado (caso das fotocopiadoras, Regulamento n.º 2.640/86, da Comissão, de 21-8-86, que institui direito antidumping provisório sobre as importações de algumas fotocopiadoras de papel ordinário originárias do Japão, DOCE L. n.º 239, de 26-8-86, p. 5 e Regulamento n.º 535/87 CEE, do Conselho, de 23-2-87, que institui direitos antidumping definitivos sobre essas importações, DOCE L. n.º 54, de 24-2-87, p. 12).

b) Em circunstâncias excepcionais, a Comunidade pode ser dividida em dois ou mais mercados competitivos e, no interior de cada mercado, os produtores poderão ser considerados como representando a produção comunitária com a dupla condição:

1) Que os produtores desse mercado vendam a totalidade ou a quase totalidade de sua produção nesse mercado;

2) Que, nesse mercado, a demanda não seja satisfeita num grau substancial pelos produtores do produto em questão, estabelecidos em outro lugar da Comunidade. Dessa maneira, um tipo de proteção regional tende a ser garantida. Assim foi, por exemplo, no caso do vidro plano, Decisão n.º 86/86 CEE, da Comissão, aceitando os acordos suscritos no quadro de um procedimento contra as importações para a Grécia de certas categorias desse produto originárias da Turquia, da Iugoslávia, da Romênia, da Bulgária, da Hungria e da Tchecoslováquia e extinguindo esse procedimento; a decisão é datada de 26-2-86, e foi publicada no DOCE L. n.º 51, de 28-2-86, p. 73.

tores afirmam que dicha interpretação permite "diluir" el impacto que los productos importados a precio de *dumping* tienen sobre la producción situada en la Comunidad, haciendo más difícil la calificación del perjuicio³³. En la práctica la Comisión nunca ha apoyado sus decisiones en tal noción.

No existe precisión de lo que debe entenderse por "proporción mayor" de la producción total del bien. Beseler y Williams consideran que ella constituye una parte significativa de la producción interna asegurada por un número importante de productores, sin que estos representen necesariamente ni la totalidad ni la mayoría de los productores comunitarios. Tal concepción parece confirmada por la práctica de la Comisión³⁴. La reglamentación pretende dejar al arbitrio de las autoridades comunitarias que una acción comunitaria sea o no emprendida ante un perjuicio causado a una pequeña parte de la producción situada dentro de la Comunidad. La regla general de determinación de la producción comunitaria admite excepciones³⁵.

33. En este sentido M.F. BESELER y A.N. WILLIAMS, ob. cit. supra nota n.º 31, Jacques BUHART, ob. cit. supra nota n.º 32 y Joseph CUNNANE y Clive STANBROOK, *Dumping and Subsidies. The Law and procedures governing the imposition of Antidumping and Countervailing Duties in the European Communities*, 1983, p. 43.

34. Ver en este sentido BESELER y WILLIAMS, ob. cit. supra nota n.º 31.

35. Dos situaciones son previstas:

a) Cuando algunos productores de la Comunidad tengan vínculos con los exportadores o los importadores, o sean ellos mismos importadores de los productos que supuestamente son objeto de *dumping*, la expresión "producción comunitaria" debe ser interpretada como refiriéndose a los otros productores de la Comunidad. Sin embargo en recientes investigaciones las autoridades comunitarias mantuvieron como parte de la producción comunitaria a los productores europeos que importaban el producto para preservar así su parte de mercado (Caso de los fotocopiadores, Reglamento n.º 2.640/86 de la Comisión de 21-8-86, instituyendo un derecho antidumping provisional sobre las importaciones de algunos fotocopiadores de papel ordinario originarios de Japón, DOCE L. n.º 239, de 26-8-86, p. 5 y Reglamento n.º 535/87 CEE del Consejo de 23-2-87 instituyendo derechos antidumping definitivos sobre tales importaciones, DOCE L. n.º 54 de 24-2-87, p. 12).

b) En circunstancias excepcionales la Comunidad puede ser dividida en dos o más mercados competitivos y los productores al interior de cada mercado podrán ser considerados como representando la producción comunitaria con una doble condición:

Que los productores de tal mercado vendan la totalidad o casi totalidad de su producción sobre ese mercado.

Que la demanda sobre ese mercado no sea satisfecha a un grado substancial por los productores del producto en cuestión establecidos en otro lugar de la Comunidad. Un tipo de protección regional tiende a ser garantizada de esta manera. Así fue por ejemplo en el caso del vidrio plano, Decisión n.º 86/86 CEE de la Comisión aceptando los acuerdos suscritos en el marco de un procedimiento contra las importaciones a Grecia de ciertas categorías de este producto originarias de Turquia, de Yugoslavia, de Rumania, de Bulgaria, de Hungría y de Checoslovaquia y cerrando tal procedimiento; la decisión es de fecha de 26-2-86 y fue publicada en el DOCE L. n.º 51, de 28-2-86, p. 73.

Na determinação do prejuízo sofrido pela produção comunitária, a Comissão realiza antes de tudo um exame da situação atual dessa produção, comparando-a com a situação anterior às importações, para, desta maneira, estabelecer se a situação da indústria de que se trata é aceitável ou não. Tem-se em conta particularmente a margem de lucro realizada pelos produtores comunitários, assim como a parte de mercado que eles detêm³⁶. Uma vez comprovada a existência de um prejuízo, a Comissão procede à determinação do nível desse dano. Esta operação se reveste de particular importância, pois o montante dos direitos antidumping está diretamente vinculado à avaliação do dano: deve ser suficiente para fazer desaparecer o prejuízo. Na prática, a Comissão procede a uma comparação entre a subcotação atual do preço dos produtos objeto da investigação e um dos seguintes fatores: o preço atual do produto similar no interior da Comunidade, ou um preço "branco" (*Prix cible*) determinado pela própria Comissão, com base em dados que ela possui sobre o estado do mercado do produto. A ausência de subcotação aparente de preço pode dever-se ao fato de que os produtores comunitários se tenham visto obrigados a igualar seus preços aos dos produtos importados para não perderem sua parte de mercado. Neste caso, a prova de tal situação incumbe aos produtores da Comunidade. Para reproduzir o nível de prejuízo numa porcentagem, o valor resultante da comparação é, de novo, comparado com o preço médio ponderado da exportação³⁷.

3. A existência de uma relação de causalidade entre as importações objeto de dumping e o prejuízo sofrido pela produção comunitária em questão, sem que o dumping seja a única causa desse prejuízo, nem a mais importante. Tal condição figura implicitamente nos artigos 2.º e 4.º

36 Esta prática da Comissão contrasta com a das autoridades americanas, para as quais um prejuízo deve ser constatado desde o momento em que a indústria americana não realize lucros idênticos aos que realizara no período anterior àquele em que as importações objeto de dumping se efetuaram, mesmo quando os lucros atuais não sejam insignificantes. Assim, por exemplo, um prejuízo fica comprovado pelas autoridades se a indústria nacional realiza lucros da ordem de 30% depois das importações litigiosas se, antes destas, esses lucros eram da ordem de 40%. Essa situação não seria apreciada da mesma maneira pela Comissão, pois, apura o lucro médio obtido pelo ramo da indústria de que se trata.

37 A limitação do montante do direito antidumping ao nível de prejuízo constatado permite tomar em conta certas situações particulares dos exportadores, notadamente quando a margem de dumping determinada é muito alta devido a diferenças significativas entre os sistemas de distribuição no país de origem e na CEE. No Japão, por exemplo, o custo de distribuição de automóveis é muito mais alto que na Comunidade e, neste caso, a margem de dumping poderia ser maior que o prejuízo efetivamente causado à produção comunitária. A aplicação desse limite permite a imposição de direitos antidumping inferiores à margem de dumping correspondente. A situação inversa pode igualmente apresentar-se, como no caso dos magnetoscópios, em que o aumento de preço necessário para eliminar o prejuízo causado à produção comunitária foi estabelecido em 40%, ao passo que as margens de dumping foram inferiores. Neste caso, a Comissão instituiu direitos provisórios ao nível destas últimas.

En la determinación del perjuicio sufrido por la producción comunitaria la Comisión realiza primero que todo un examen de la situación actual de dicha producción comparándola con la situación anterior a las importaciones para de esta manera establecer si la situación de la industria de que se trata es aceptable o no. Se tiene en cuenta particularmente la margen de beneficio realizada por los productores comunitarios, así como la parte de mercado que ellos detienen³⁶. Una vez que se ha comprobado la existencia de un perjuicio, la Comisión procede a la determinación del nivel de tal daño. Esta operación reviste una importancia particular pues el monto de los derechos antidumping está directamente vinculado a la evaluación del daño: él debe ser suficiente para hacer desaparecer el perjuicio. En la práctica la Comisión procede a una comparación entre la subcotação actual de precio de los productos objeto de la investigación y uno de los siguientes factores: el precio actual del producto similar al interior de la Comunidad, o un precio "blanco" (*Prix cible*) determinado por la propia Comisión sobre la base de datos que ella posee sobre el estado del producto. La ausencia de subcotação aparente de precio puede deberse al hecho de que los productores comunitarios se hayan visto obligados a igualar sus precios a aquellos de los productos importados para no perder su parte de mercado; en este caso la prueba de tal situación le corresponde a los productores de la Comunidad. Para transcribir el nivel el perjuicio en un porcentaje, el valor resultante de la comparación es de nuevo comparado con el precio medio ponderado de la exportación³⁷.

3. La existencia de una relación de causalidad entre las importaciones objeto de dumping y el perjuicio sufrido por la producción comunitaria

36 Esta práctica de la Comisión contrasta con la de las autoridades americanas, para quienes un perjuicio debe ser constatado desde el momento en que la industria americana no realice beneficios idénticos a aquellos que realizara en el periodo anterior a aquel en que las importaciones objeto de dumping se llevaron a cabo, aún cuando los beneficios actuales no sean insignificantes. Así por ejemplo un perjuicio es constatado por las autoridades si la industria nacional realiza beneficios del orden de 30% luego de las importaciones litigiosas si antes de éstas esos beneficios eran del orden de 40%. Tal situación no sería apreciada de la misma manera por la Comisión, que examina el beneficio medio constatado por el ramo de la industria de que se trata.

37 La limitación del monto del derecho antidumping al nivel de perjuicio constatado permite tomar en cuenta ciertas situaciones particulares de los exportadores, particularmente cuando la margen de dumping determinada es muy alta debido a diferencias importantes entre los sistemas de distribución en el país de origen y en la CEE. En el Japón, por ejemplo, el costo de distribución de automóviles es mucho más alto que en la Comunidad y en este caso la margen de dumping podría así ser mayor que el perjuicio efectivamente causado a la producción comunitaria. La aplicación de este límite permite la imposición de derechos antidumping inferiores a la margen de dumping correspondiente. La situación inversa puede igualmente presentarse como en el caso de los magnetoscopios, donde el aumento de precio necesario para eliminar el perjuicio causado a la producción comunitaria fué establecido en 40%, mientras que las márgenes de dumping fueron inferiores. La Comisión en ese caso instituyó derechos provisionales al nivel de éstas últimas.

da regulamentação de base. As autoridades comunitárias puseram-no em evidência muitas vezes. Assim, por exemplo, a CJCE: "... diferentemente da regulamentação anterior, o artigo 4.º... não prevê que um prejuízo possa ser constatado unicamente se o *dumping* for a causa principal. Em consequência, pode atribuir-se a um importador a responsabilidade por um prejuízo causado pelo *dumping*, mesmo quando as perdas devidas a ele sejam apenas parte de um prejuízo mais amplo, imputado a outros fatores"³⁸. Podemos assinalar que a introdução no sistema do GATT de uma regra exigindo como condição prévia à aplicação de contra-medidas que o *dumping* seja a causa principal do prejuízo é, atualmente, objeto de discussão no seio do *Uruguay Round*. Para o estabelecimento da relação de causalidade, é preciso examinar todos os fatores econômicos que, individual ou conjuntamente, afetem a indústria comunitária, pois, como enuncia o artigo 4.º, parágrafo 1.º, "os danos causados por outros fatores, como o volume e preço das importações que não são objeto de *dumping* ou de subsídios, ou a contração da demanda, exercem igualmente uma influência desfavorável sobre a produção comunitária, sem que possam ser atribuídos às importações objeto de *dumping*"³⁹.

Os métodos de determinação da existência e avaliação do *dumping* e do prejuízo são independentes. Na prática, duas divisões da Diretoria-Geral, encarregada destas matérias na Comissão, levam a efeito as respectivas investigações.

Como vimos, a noção de prejuízo é fundamental. A margem de *dumping* é considerada tão-somente como limite superior do direito antidumping. O nível do dano permite determinar o montante de tais medidas, tendo em conta que o objetivo das mesmas é eliminar o prejuízo. Por essa razão, os exportadores, os importadores e os produtores comunitários deveriam concentrar seus esforços na determinação deste último aspecto. Deve ter-se presente que, na atualidade, a Comissão tem por missão garantir os interesses da Comunidade perante concorrentes comerciais particularmente agressivos e geralmente bem "armados" a nível institucional. A Comunidade não possui, entretanto, um conjunto de políticas verdadeiramente integradas que lhe permitam reagir em várias frentes ao mesmo tempo: a política industrial ainda é determinada, em grande parte, pelos

³⁸ CJCE, sentença de 5 outubro de 1988, casos n.ºs 277/85 e 300/85, CANON Inc. v. Conselho, citadas supra nota 18.

³⁹ No caso da "uréia" a Comissão verificou se o prejuízo sofrido pela produção comunitária tinha sido causado por outros fatores: os excedentes mundiais do produto, a capacidade de produção inutilizada, a diminuição das vendas dos produtores comunitários fora do território da CEE; ver Regulamento n.º 2.623/88 CEE, da Comissão, cit. supra nota n.º 17.

No caso relativo às importações de cálcio-metal, a Comissão examinou outros fatores, tais como, a diminuição do consumo dentro da CEE e o volume das importações provenientes de terceiros países não suspeitos de ser objeto de *dumping*. Ver supra nota n.º 8.

taria en cuestión, sin que el *dumping* sea ni la única causa de tal perjuicio ni la más importante. Tal condición figura implícitamente en los artículos 2 y 4 de la reglamentación de base. Las autoridades comunitarias lo han puesto en evidencia muchas veces. Así por ejemplo la CJCE: "... a diferencia de la reglamentación anterior, el artículo 4.º... no prevé que un perjuicio pueda ser constatado únicamente si el *dumping* es la causa principal. En consecuencia, puede atribuirse a un importador la responsabilidad de un perjuicio causado por el *dumping* aún cuando las pérdidas debidas a él sean tan solo una parte de un perjuicio más amplio imputado a otros factores"³⁸. Podemos señalar que la introducción dentro del sistema del GATT de una regla exigiendo como condición previa a la aplicación de contra-medidas que el *dumping* sea la causa principal del perjuicio es actualmente objeto de discusión en el seno del *Uruguay Round*. Para el establecimiento de la relación de causalidad, es preciso examinar todos los factores económicos que individual o conjuntamente afecten a la industria comunitaria, pues, como lo señala el artículo 4 párrafo 1, "los daños causados por otros factores como el volumen y precio de las importaciones que no son objeto de *dumping* o de subsidios, o la contracción de la demanda, ejercen igualmente una influencia desfavorable sobre la producción comunitaria sin que puedan ser atribuidos a las importaciones objeto de *dumping*"³⁹.

Los métodos de determinación de la existencia y evaluación del *dumping* y del perjuicio son independientes. En la práctica dos divisiones de la Dirección General encargada de estas materias en la Comisión llevan a cabo las respectivas investigaciones.

Como vimos la noción de perjuicio es fundamental, la margen de *dumping* tan solo es considerada como límite superior del derecho antidumping. El nivel del daño permite determinar el monto de tales medidas teniendo en cuenta que el objetivo de las mismas es eliminar el perjuicio. Por tal razón, los exportadores, los importadores y los productores comunitarios deberían concentrar sus esfuerzos en la determinación de éste último aspecto. Debe guardarse al espíritu que en la actualidad la Comisión tiene por misión garantizar los intereses de la Comunidad frente a concurrentes comerciales, particularmente agresivos y generalmente bien "armados" a nivel institucional. La Comunidad no posee todavía un conjunto de políticas verdaderamente integradas que le permitan reaccionar sobre varios frentes al

³⁸ CJCE sentença de 5 outubro de 1988, casos n.ºs 277/85 e 300/85 CANON Inc. c. Consejo, citadas supra nota n.º 18.

³⁹ En el caso de la "uréa" la Comisión verificó si el perjuicio sufrido por la producción comunitaria había sido causado por otros factores: los excedentes mundiales del producto, la capacidad de producción inutilizada, la disminución de las ventas de los productores comunitarios fuera del territorio de la CEE; ver Reglamento n.º 2.623/88 CEE de la Comisión, cit. supra nota n.º 17.

En el caso relativo a las importaciones de cálcio-metal la Comisión examinó otros factores tales como la disminución del consumo dentro de la CEE y el volumen de las importaciones provenientes de países terceros no sospechosas de ser objeto de *dumping*. Ver supra nota n.º 8.

Estados-Membros e a Política Comercial Comum é incompleta. No Japão, o MITI integra todas as instâncias públicas e privadas da indústria e do comércio japonês e, por exemplo, torna-se possível enfrentar a concorrência estrangeira, mediante a rápida evolução das normas técnicas, estabelecendo prazos ou condições que não possam ser cumpridos pelas empresas pertencentes a Estados cujas administrações são menos integradas. Paralelamente à existência de instrumentos de defesa comercial, é necessária uma política industrial harmônica, inspirada numa vontade comum, como a Política Comum Agrícola.

B. O exercício da ação comunitária

A Comissão é o órgão encarregado de exercer, se for necessário, a ação comunitária contra as importações objeto de *dumping*. Leva a efeito a investigação; o Conselho somente intervém na eventualidade de uma decisão sobre a imposição de direitos antidumping. Assim, uma divisão de competências realiza-se entre as duas instituições, outorgando à Comissão um papel fundamental no desenvolvimento da Política Comercial Comum e no manejo das relações com os terceiros Estados e as empresas estrangeiras.

A legislação comunitária prevê normas precisas para garantir a transparência do procedimento e permitir às partes em conflito defender devidamente seus interesses. A jurisprudência do Tribunal Comunitário desempenhou um papel decisivo na evolução destas normas.

O processo contra as importações objeto de práticas de *dumping* é de caráter contraditório e se divide em várias etapas. Num primeiro momento analisaremos sumariamente as regras relativas à investigação, propriamente dita, para nos ocuparmos, posteriormente, dos resultados dessa investigação, assim como do contencioso das decisões tomadas no âmbito da ação comunitária.

a. A investigação

Tem por objeto a determinação da existência do *dumping* e do prejuízo resultante para a produção comunitária. Seu caráter especial deriva da natureza das diversas informações que devem ser obtidas, informações de caráter econômico e comercial, de difícil acesso, e, no geral, relativas a matérias protegidas pelo sigilo dos negócios. O sistema instituído pela regulamentação comunitária está ligado à ausência de poder coercitivo da Comissão e da representação dos interesses das diversas partes em causa. Em grande parte, o trabalho da Comissão depende da colaboração dos interessados, aos quais se garante, em contrapartida, o tratamento confidencial de certas informações. Podem apresentar-se algumas dificuldades; porém, em virtude da coabitação do princípio da confidencialidade com o do livre acesso de qualquer interessado às informações utilizadas pela Comissão.

mismo tiempo: la Política industrial es determinada aún en gran parte por los Estados Miembros y la Política Comercial Común es incompleta. En el Japón el MITI integra todas las instancias públicas y privadas de la industria y del comercio japonés y permite, por ejemplo, hacer frente a la concurrencia extranjera mediante la rápida evolución de las normas técnicas, estableciendo plazos o condiciones que no pueden ser cumplidos por las empresas pertenecientes a Estados cuyas administraciones son menos integradas. Paralelamente a la existencia de instrumentos de defensa comercial es necesaria una política industrial armónica, inspirada en una voluntad común, como la Política Común Agrícola.

B. El ejercicio de la acción comunitaria

La Comisión es el órgano encargado de ejercer, si es considerado necesario, la acción comunitaria contra las importaciones objeto de *dumping*. Ella lleva a cabo la investigación, el Consejo sólo interviene en la eventualidad de una decisión sobre la imposición de derechos antidumping. Una división de competencias es así realizada entre las dos instituciones, otorgando a la Comisión un papel fundamental en el desenvolvimiento de la Política Comercial Común y en el manejo de las relaciones con los Estados terceros y las empresas extranjeras.

La legislación comunitaria prevee normas precisas para garantizar la transparencia del procedimiento y permitir a las partes en conflicto defender debidamente sus intereses. La jurisprudencia del Tribunal Comunitario ha desempeñado un papel decisivo en la evolución de éstas normas.

El proceso contra las importaciones objeto de prácticas de *dumping* es de carácter contradictorio y se divide en varias etapas. En un primer momento analizaremos someramente las reglas relativas a la investigación propriamente dicha, para ocuparnos posteriormente de los resultados de tal investigación, así como del contencioso de las decisiones tomadas en el ámbito de la acción comunitaria.

a. La investigación

Ella tiene por objetivo la determinación de la existencia del *dumping* y del perjuicio resultante para la producción comunitaria. Su carácter particular deriva de la naturaleza de las informaciones que deben ser obtenidas, informaciones de carácter económico y comercial, diversas, de difícil acceso y relativas por lo general a materias protegidas por el secreto de los negocios. El sistema instituído por la reglamentación comunitaria está articulado en la ausencia de poder coercitivo de la Comisión y en la representación de los intereses de las diferentes partes en causa. El trabajo de la Comisión depende en gran parte de la colaboración de los interesados a quienes se les garantiza, en contrapartida, el tratamiento confidencial de ciertas informaciones. Algunas dificultades pueden presentarse, sin embar-

Nesta etapa devem distinguir-se: uma fase preliminar e a abertura e desenvolvimento da investigação.

— *A fase preliminar.* Previamente à abertura de uma investigação antidumping, existe uma etapa na qual a produção comunitária ou um Estado-Membro peticiona à Comissão, que procede ao exame das condições de fundo, assessorada por um Comitê Consultivo. De acordo com o artigo 5.º, parágrafo 1.º, da regulamentação de base, pode formular petição escrita, toda pessoa física ou moral, assim como toda associação desprovida de personalidade jurídica, atuando em nome de produtores da Comunidade que se julguem prejudicados ou ameaçados por importações objeto de *dumping*. A petição é dirigida à Comissão ou a um Estado-Membro que a transmite à autoridade comunitária⁴⁰.

A demanda ocorre, via de regra, quando já existe prejuízo ou uma ameaça de dano e os elementos de informação relativos a esse fato são facilmente disponíveis pelos produtores que se consideram atingidos. Pelo contrário, o aporte dos primeiros elementos de prova sobre a existência da prática de concorrência desleal, que constitui *dumping*, em especial os relativos ao valor normal do produto estrangeiro, oferece dificuldade aos produtores comunitários. Em face desta constatação, alguns autores entendem que a Comissão deveria utilizar seu poder discricionário para assumir, por si mesma, a responsabilidade pela investigação, pois, por sua posição de neutralidade e o respeito às regras estritas de tratamento confidencial, que lhe permitem obter as informações mais facilmente que um particular. Assim, a instituição supranacional deveria estar disposta a instaurar a investigação quando o prejuízo é patente e existem elementos tendentes a demonstrar a existência do *dumping*⁴¹. Sem embargo, a Comissão continua a obedecer às normas estabelecidas e não inicia formalmente a investigação senão com base em elementos de prova da existência do prejuízo⁴².

40 No sistema americano duas agências federais se ocupam separadamente das investigações sobre a existência de práticas de *dumping* e de um prejuízo; por consequência, o demandante deve depositar sua queixa simultaneamente perante essas duas agências. Para uma análise detalhada ver Thomas J. SCHOENBAUM, "Antidumping and countervailing duties and the GATT: An evaluation and a proposal for a unified remedy for unfair international trade" em German Yearbook of International Law, Vol. III, 1987, pp. 177 a 204.

41 Esta opinião foi defendida principalmente por Michael WELSH, que sublinhava — "... Cette mesure éviterait les retards survenus dans des affaires telles que celle des cartes de Noël, où le plaignant a essayé vainement pendant neuf mois de déterminer la valeur construite du produit, et aurait également l'avantage de canaliser l'attention sur le préjudice des les premiers stades de la procédure, ce qui permettrait de négocier avec le pays exportateur même si l'existence d'un *dumping* n'est pas établie". Michael WELSH, ob. cit. supra, nota n.º 7.

42 O sistema americano contém implicitamente o mesmo princípio, pois se a inexistência da prática é estabelecida, a investigação sobre o prejuízo deve ser encerrada.

go, à causa de la habitación del principio de la confidencialidad con él del libre acceso de todo interesado a las informaciones utilizadas por la Comisión.

Dentro de esta etapa deben ser distinguidas: una fase preliminar y la apertura y desenvolvimiento de la investigación.

— *La fase preliminar.* Previamente a la apertura de una investigación antidumping existe una etapa en la cual la producción comunitaria o un Estado Miembro deposita una demanda ante la Comisión que procede a un examen de las condiciones de fondo para lo cual es asesorada por un Comité Consultativo. De acuerdo con el artículo 5 párrafo 1.º de la reglamentación de base, toda persona física o moral, así como toda asociación carente de personalidad jurídica actuando en nombre de productores de la Comunidad que se estimen perjudicados o amenazados por importaciones objeto de *dumping*, puede formular una demanda escrita. La demanda es dirigida a la Comisión o a un Estado Miembro que la transmita a la autoridad comunitaria⁴⁰.

La demanda interviene por lo general cuando ya existe un perjuicio o una amenaza de daño y los elementos de información relativos a tal hecho son fácilmente disponibles para los productores que se estiman afectados. Por el contrario, el aporte de los primeros elementos de prueba sobre la existencia de la práctica de competencia desleal que constituye el *dumping*, en particular aquellos relativos al valor normal del producto extranjero, ofrece dificultad a los productores comunitarios. Ante esta constatación algunos autores estiman que la Comisión debería utilizar su poder discrecional para asumir por si misma la responsabilidad de la investigación, pues su posición de neutralidad y el respeto a las reglas estrictas de tratamiento confidencial que le permiten obtener las informaciones más fácilmente que a un particular. Así, la institución supranacional debería estar dispuesta a abrir la investigación cuando el perjuicio es patente y hay elementos tendientes a demostrar la existencia del *dumping*⁴¹. Sin embargo la Comisión continúa a obedecer las normas establecidas y no abre

40 En el sistema americano dos agencias federales se ocupan separadamente de las investigaciones sobre la existencia de prácticas de *dumping* y de un perjuicio, el demandante debe, en consecuencia, depositar su queja simultáneamente ante estas dos agencias. Para un análisis detallado ver Thomas J. SCHOENBAUM, "Antidumping and countervailing duties and the GATT: An evaluation and a proposal for a unified remedy for unfair international trade" en German Yearbook of International Law, Vol. III, 1987, pp. 177 a 204.

41 Esta opinión fue sostenida principalmente por Michael WELSH quien señalaba — "... Cette mesure éviterait les retards survenus dans des affaires telles que celle des cartes de Noël, où le plaignant a essayé vainement pendant neuf mois de déterminer la valeur construite du produit, et aurait également l'avantage de canaliser l'attention sur le préjudice des les premiers stades de la procédure, ce qui permettrait de négocier avec le pays exportateur même si l'existence d'un *dumping* n'est pas établie". Michael WELSH, ob. cit. supra, nota n.º 7.

Apesar de os textos comunitários não preverem a abertura da investigação por iniciativa própria da Comissão, pode fazê-lo com base nas disposições do Código Antidumping do GATT⁴³.

Na prática, a demanda é geralmente proposta por federações industriais europeias⁴⁴. Alguns autores consideram, e assim aconteceu nos primeiros anos de vigência da regulamentação comunitária sobre esta matéria, que o número de demandas depositadas perante a Comissão constitui um indicador das tensões existentes no mercado comunitário dos produtos nela mencionados, além de demonstrar que as empresas comunitárias e, inclusive, as instituições utilizam inadequadamente os instrumentos de defesa comercial como instrumento com fins protecionistas⁴⁵.

Depois de examinada a demanda pela Comissão, e antes de decidir a abertura da investigação, a instituição comunitária deve colher a manifestação do Comité consultivo, formado por representantes de cada estado e presidido por um representante da Comissão⁴⁶. Nada está previsto sobre a força obrigatória desses pareceres; na prática a Comissão atua sempre sob sua inteira responsabilidade.

— Instauração e desenvolvimento da investigação

Encerrada a fase preliminar, e havendo a Comissão decidido a abertura da investigação, o procedimento comunitário inicia-se verdadeiramente. Nesta fase deve destacar-se o rol predominante da Comissão, os direitos das partes e o tratamento das informações:

No que respeita ao primeiro desses aspectos, a Comissão é responsável plenamente pelo desenvolvimento da investigação. Deve anunciar sua instauração no *Diário Oficial* das Comunidades Europeias, avisar oficialmente os exportadores e os importadores conhecidos, assim como os representantes dos países de exportação ou de origem do produto, e

43 O Código antidumping do GATT, art. 6º § 6º, permite às autoridades nacionais iniciar uma investigação por iniciativa própria quando estejam de posse de elementos de prova suficientes. A legislação americana dispõe que a demanda deve estar acompanhada de informações *reasonably available to the petitioner*.

44 A título de exemplos podemos citar: a Associação de Produtores de Matérias Plásticas na Europa, o Conselho Europeu da Fabricação de Eletrodomésticos, o British Clock and Watch Manufacturers Association Ltd., a Confédération des Associations de Facteurs d'Instruments de Musique de la Communauté Economique Européenne (CAFIM), a Fédération Européenne de l'Industrie de l'Optique et de la Mécanique de Précision (EUROM).

45 Ver Eugeniusz PIONTEK *Anti Dumping in the EEC — Some observations by an outsider*, JWTL, vol. 2, 1987, p. 90. Este autor se fundamenta na prática generalizada no início dos anos 80, quando numerosos procedimentos antidumping foram iniciados perante a Comissão graças a queixas de federações europeias.

46 Em sua Comunicação ao Parlamento Europeu, M. WELSH apontava o risco de a Comissão ver-se submetida a pressões políticas, nessa fase do procedimento, ou que a obrigação de consultar o Comité pudesse retardar o desenvolvimento da investigação. WELSH afirma que se deve fazer prevalecer a primazia da Comissão durante a investigação e limitar o papel do Comité, de forma a servir de órgão de comunicação para os Estados-Membros e instrumento de apoio da Comissão no cumprimento de suas tarefas.

formalmente la investigación sino sobre la base de elementos de prueba de la existencia de perjuicio⁴².

A pesar que los textos comunitarios no prevén la apertura de la investigación por propia iniciativa de la Comisión, ella puede hacerlo sobre las bases de las disposiciones del Código Antidumping del GATT⁴³.

En la práctica la demanda es depositada generalmente por federaciones industriales europeas⁴⁴. Algunos autores consideran, y fué así en los primeros años de vigência de la reglamentación comunitaria sobre esta materia, que el número de demandas depositadas ante la Comisión constituye un indicador de las tensiones existentes sobre el mercado comunitario de los productos a que se hace relación en ellas, además de demostrar que las empresas comunitarias e inclusive las instituciones hacen una utilización inadecuada de los instrumentos de defensa comercial como instrumentos con fines protecionistas⁴⁵.

Una vez que la demanda es examinada por la Comisión y antes de decidir sobre la apertura de la investigación, la institución comunitaria debe escuchar el aviso del Comité consultativo, formado por representantes de cada Estado y presidido por un representante de la Comisión⁴⁶. Nada está previsto sobre la fuerza obligatoria de estos avisos, en la práctica la Comisión actúa siempre sobre su entera responsabilidad.

42 El sistema americano contiene implícitamente el mismo principio, pues si la inexistencia de la práctica es establecida, la investigación sobre el perjuicio debe ser cerrada.

43 Código antidumping del GATT, art. 6, par. 6 permite a las autoridades nacionales abrir una investigación por propia iniciativa cuando ellas esten en posesión de elementos de prueba suficientes. La legislación americana establece que la demanda debe estar acompañada por informaciones *reasonably available to the petitioner*.

44 Podemos citar a título de ejemplos: La Asociación de productores de materias plásticas en Europa, el Consejo Europeo de la construcción de electrodomésticos, el British Clock and Watch Manufacturers Association Ltd., la Confédération des Associations de Facteurs d'Instruments de Musique de la Communauté Economique Européenne (CAFIM), la Fédération Européenne de l'Industrie de l'Optique et de la Mécanique de Précision (EUROM).

45 Ver Eugeniusz PIONTEK *Anti Dumping in the EEC — Some observations by an outsider*, JWTL, vol. 2, 1987, p. 90. Este autor se fundamenta en la práctica generalizada al inicio de los años 80 cuando numerosos procedimientos antidumping fueron iniciados gracias a quejas de Federaciones europeas ante la Comisión.

46 En su Informe al Parlamento Europeo M. WELSH señalaba el riesgo de ver la Comisión sometida a presiones políticas en ese nivel del procedimiento, o que la obligación de consultar al Comité pudiese retardar el desarrollo de la investigación. WELSH afirma que debe hacerse prevalecer la primacía de la Comisión durante la investigación y limitar el papel del Comité a servir de órgano de comunicación para los Estados-Membros e instrumento de apoyo de la Comisión en el cumplimiento de sus tareas.

realizar as investigações em cooperação com os Estados-Membros. A investigação cobre um período de duração mínima de seis meses, imediatamente anterior à abertura do procedimento: é o denominado "período de referência". Na prática, este período é geralmente mais amplo e fixado pela Comissão em sua decisão de abertura⁴⁷.

Na procura de informações, a Comissão pode examinar os livros dos produtores, importadores, exportadores, agentes, associações e organismos comerciais correspondentes. Do mesmo modo, pode pedir informações aos Estados ou realizar investigações em países terceiros, com a concordância das empresas e das autoridades respectivas. A Comissão carece de poderes coercitivos, mas a ausência de colaboração dos Estados ou das empresas pode acarretar a tomada de decisões preliminares e o estabelecimento de conclusões, inclusive em caráter definitivo, com base nos dados fragmentários disponíveis. Na pior hipótese, quando a Comissão constata que uma parte lhe forneceu uma informação falsa ou enganosa, pode negar-se a tomar em consideração o referido dado e rejeitar qualquer petição relativa a ele⁴⁸.

As partes abrangidas pela investigação⁴⁹ são reconhecidos certos direitos que têm por objeto assegurar a transparência do procedimento e permitir a manifestação dos diversos pontos de vista. Entre esses direitos cabe destacar: a possibilidade para o(s) demandante(s), importador(es), exportador(es) em causa de tomar conhecimento de todas as informações fornecidas à Comissão por qualquer parte interessada, salvo dos documentos internos elaborados pelas autoridades comunitárias ou dos Estados-Membros⁵⁰; as partes interessadas podem requerer igualmente à Comissão que sejam ouvidas⁵¹; é prevista a possibilidade de acareação das partes para permitir a defesa dos interesses das partes e a eventual resposta às afirmações contrárias; finalmente, os importadores e exportadores do produto podem requerer informações sobre os fatos e considerações fun-

47 Na maioria dos casos, a duração do período de referência varia entre um ano e um ano e meio. No caso dos "produtos laminados planos", a investigação abrangeu o período de um ano e meio (1º de janeiro de 1987 a 30 de junho 1988) e no caso da "uréia" o período estendeu-se de 1º de outubro 1986 a 30 de setembro de 1987.

48 Art. 7º, § 7º, b) da regulamentação de base.

49 CJCE sentença de 20 de março de 1985, caso 264/82, *TIMEX CORPORATION v. Conselho e Comissão*, Rec. nº 1.985.849.

50 A CJCE distinguiu o objetivo dessa disposição: "Assegurar que os operadores em causa possam tomar conhecimento das informações recolhidas pela Comissão durante a investigação, para fazer valer utilmente seu ponto de vista... a salvaguarda dos direitos que esta disposição garante deve, quando for o caso, conciliar-se com o princípio da proteção da confidencialidade..." CJCE, sentença de 20 de março de 1985, cit. supra, nota nº 49.

51 Este direito foi formalmente reconhecido pela CJCE num caso relativo ao direito da concorrência; o princípio estabelecido nessa ocasião pode estender-se à área que nos ocupa. Ver CJCE, sentença de 13 de fevereiro de 1979, caso nº 85/76, *HOFFMANN LA ROCHE v. Comissão*, Rec. nº 1.979.511.

— Apertura y desenvolvimiento de la investigación

Finalizada la fase preliminar, y habiendo decidido la Comisión la apertura de la investigación, el procedimiento comunitario se inicia verdaderamente. En esta fase debe destacarse el rol predominante de la Comisión, los derechos de las partes y el tratamiento de las informaciones.

En lo relativo al primero de esos aspectos, la Comisión es responsable plenamente por el desarrollo de la investigación. Ella debe anunciar su apertura en el *Diario Oficial* de Comunidades Europeas, avisar oficialmente los exportadores y los importadores conocidos, así como los representantes de los países de exportación o de origen del producto, y realizar las investigaciones en cooperación con los Estados Miembros. La investigación cubre un período de duración mínima de seis meses inmediatamente anterior a la apertura del procedimiento: es él denominado "período de referencia". En la práctica este período es generalmente más amplio y fijado por la Comisión en su decisión de apertura⁴⁷.

En la búsqueda de informaciones la Comisión puede examinar los libros de los productores, importadores, exportadores, agentes, asociaciones y organismos comerciales concernidos. Así mismo ella puede pedir informaciones a los Estados o realizar investigaciones en los países terceros con el acuerdo de las empresas y de las autoridades respectivas. La Comisión carece de poderes coercitivos, pero la ausencia de colaboración de los Estados o de las empresas puede acarrear la toma de decisiones preliminares y el establecimiento de conclusiones, inclusive de carácter definitivo, sobre la base de los datos fragmentarios disponibles. En el peor de los casos, cuando la Comisión constata que una parte le ha aportado una información falsa o engañosa, ella puede negarse a tomar cuenta de dicho dato y rechazar toda solicitud relativa a él⁴⁸.

A las partes concernidas por la investigación⁴⁹ se ven reconocer ciertos derechos que tiene por objeto asegurar la transparencia del procedimiento y permitir la manifestación de los diferentes puntos de vista. Entre tales derechos cabe destacar: la posibilidad del demandante(s) importador(es), exportador(es) concernido(s) de tomar conocimiento de todas las informaciones fornecidas a la Comisión por toda parte interesada, salvo de los documentos internos establecidos por las autoridades comunitarias o de los

47 En la mayoría de los casos la duración del período de referencia varía entre un año y año y medio. En el caso de los "productos laminados planos" la investigación cubrió un período de un año y medio (1º de enero de 1987 a 30 de junio 1988) y en el caso de la "uréa" el período fué desde el 1º de octubre 1986 a 30 de septiembre de 1987.

48 Art. 7 par. 7 b) de la reglamentación de base.

49 CJCE sentença de 20 de março de 1985, caso nº 264/82, *TIMEX CORPORATION consejo y Comisión*, Rec. nº 1.985/849.

damento da recomendação da imposição de contramedidas definitivas, da percepção definitiva do montante garantido por direitos antidumping provisórios ou de qualquer decisão relativa ao desenvolvimento do procedimento⁵². Alguns autores são da opinião de que existe um direito à não-discriminação em favor dos importadores ou exportadores acusados de *dumping*. Esse direito implicaria a possibilidade para seus titulares de exigirem que a investigação seja estendida às exportações de países não considerados na demanda, mas que aparentemente são objeto de *dumping*⁵³.

O tratamento confidencial das informações é regulamentado pelo artigo 8.º da regulamentação de base, dispositivo que demonstra o difícil compromisso obtido entre a necessidade da Comissão de ter acesso a informações de carácter financeiro e comercial, que as empresas são reticentes em fornecer fora do quadro de suas transações profissionais, e o princípio de acesso das partes à informação. A CJCE pronunciou-se, em várias oportunidades, sobre o direito das empresas ao tratamento confidencial das informações que prestam e os meios limitados de que dispõem para fazê-lo respeitar, assim como a conciliação desse tratamento com o direito de aceder à informação⁵⁴.

A investigação deve encerrar-se no prazo de um ano a partir da abertura do procedimento, de acordo com o disposto no Código Antidumping do GATT, na regulamentação de base (art. 7.º, § 9.º)⁵⁵.

52. No caso da "magnesita natural" a Corte reconheceu implicitamente esse direito. Os demandantes discutiam a validade da decisão de encerrar o procedimento antidumping, alegando a ausência de motivação das razões que teve a Comissão para não ter em conta certos dados apresentados por eles. A CJCE declarou: "Certes, la décision litigieuse ne fait pas expressément mention des données relatives aux premiers mois de 1985. Il convient cependant d'admettre qu'une telle omission ne constitue pas un vice susceptible d'avoir une incidence sur la validité de l'acte, dans la mesure où ces données figurent dans le document de travail qui a été communiqué au Comité Consultatif antidumping le 13 novembre 1985 et la Commission a indiqué aux producteurs grecs les raisons pour lesquelles elle estimait que celles-ci n'étaient pas de nature à modifier la constatation de l'absence d'un préjudice important". CJCE, sentença de 28 de novembro de 1989, caso n.º 121/86 ANONYMOS ETATREIA EPICHEIRISEON MUKN AE e outros v. Conselho, ainda não publicada.

53. Neste sentido, ver Eugeniusz PIONTEK, ob. cit., supra, nota n.º 45. Na prática, cabe citar como exemplo o caso dos pequenos aparelhos receptores de televisão em cores. Aviso de extensão do procedimento relativo às importações destes produtos originários da Coreia para incluir importações originárias de Hong Kong e da República Popular da China, DOCE C. n.º 288, de 12-11-88, p. 13.

54. CJCE, ordenação de 30 de março de 1982, caso n.º 236/1, CELANESE CHEMICAL COMPANY Inc. v. Conselho e Comissão, Rec. n.º 1.982/1.183. Ver ainda sentença de 20 de março de 1985, caso n.º 264/82 cit. supra, nota n.º 49.

55. A CJCE reconheceu esse termo como sendo simplesmente indicativo: "Il convient, toutefois, de préciser qu'il découle de cette disposition que la procédure antidumping ne doit pas être prolongée au-delà d'un délai raisonnable à apprécier en fonction des circonstances particulières de chaque espèce". CJCE, sentença de 12 de maio de 1989, caso n.º 246/87, recurso prejudicial para interpretação, formulado pelo Finanzgericht Munchen, ainda sem publicação. A Corte seguiu, assim, as conclusões apresentadas pelo Advogado-Geral Marco DARMON.

Estados Miembros⁵⁰; las partes interesadas pueden igualmente solicitar a la Comisión el ser escuchadas⁵¹; una posibilidad de confrontación de las partes es prevista para permitir la defensa de los intereses de las partes y la eventual respuesta a las afirmaciones contrarias; finalmente los importadores y exportadores del producto pueden solicitar informaciones sobre los hechos e consideraciones fundamento de la recomendación de la imposición de contra-medidas definitivas, de la percepción definitiva del monto garantizado pro derechos antidumping provisionarios o de toda la decisión relativa al desenvolvimiento del procedimiento⁵². Algunos autores son de la opinión de que existe un derecho a la no discriminación en favor de los importadores o exportadores acusados de *dumping*. Tal derecho implicaría la posibilidad para sus titulares de exigir que la investigación sea extendida a las exportaciones de países no considerados en la demanda pero que aparentemente son objeto de *dumping*⁵³.

El tratamiento confidencial de las informaciones está reglamentado por el artículo 8 de la reglamentación de base, disposición que demuestra el difícil compromiso realizado entre la necesidad de la Comisión de tener acceso a informaciones de carácter financiero y el comercial que las empresas son reticentes de otorgar fuera del marco de sus transacciones pro-

50. La CJCE precisó el objetivo de esta disposición: "Asegurar que los operadores concernidos puedan tomar conocimiento de las informaciones recogidas por la Comisión durante la investigación, para hacer valer útilmente su punto de vista... la salvaguardia de los derechos que esta disposición garantiza debe, llegado el caso, conciliarse con el principio de la protección de la confidencialidad". CJCE sentença de 20 de marzo de 1985, cit. supra, nota n.º 49.

51. Este derecho fué formalmente reconocido por la CJCE en un caso relativo al derecho de la concurrencia; el principio establecido en esa ocasión puede extenderse al área que nos ocupa. Ver CJCE sentença de 13 de febrero de 1979, caso n.º 85/76 HOFFMANN LA ROCHE c. Comisión, Rec. n.º 1.979/511.

52. En el caso de la "magnesita natural" la Corte reconoció implícitamente este derecho. Los demandantes discutían la validez de la decisión de cerrar el procedimiento antidumping alegando la ausencia de motivación de las razones que tuvo la Comisión para no tener en cuenta ciertos datos presentados por ellos. La CJCE declaró: "Certes, la décision litigieuse ne fait pas expressément mention des données relatives aux premiers mois de 1985. Il convient cependant d'admettre qu'une telle omission ne constitue pas un vice susceptible d'avoir une incidence sur la validité de l'acte, dans la mesure où ces données figurent dans le document de travail qui a été communiqué au Comité Consultatif antidumping le 13 novembre 1985 et où la Commission a indiqué aux producteurs grecs les raisons pour lesquelles elle estimait que celles-ci n'étaient pas de nature à modifier la constatation de l'absence d'un préjudice important". CJCE sentença de 28 de noviembre de 1989, caso n.º 121/86 ANONYMOS ETATREIA EPICHEIRISEON MVKN AE y otros c. Consejo, no publicada aún.

53. Ver en este sentido Eugeniusz PIONTEK, ob. cit. supra, nota n.º 45. Como ejemplo en la práctica cabe citar el caso de los pequeños aparatos receptores de televisión a color. Aviso de extensión del procedimiento relativo a las importaciones de estos productos originarios de Corea, para incluir las importaciones originarias de Hong Kong y de la República Popular de China, DOCE C. n.º 288, de 12-11-88, p. 13.

b. Resultados e fim da investigação

Chegada a termo a investigação, a Comissão decide se a ação comunitária deve ser concretizada mediante a instituição de medidas. Nesta fase a apreciação do procedimento de "interesse comunitário" é determinante. A Comissão é quem define o conteúdo dessa noção, definição que, no caso de decisão final, será aprovada ou rejeitada pelo Conselho. O interesse comunitário reveste um caráter político, cujo conteúdo não está sujeito ao controle jurisdiccional da CJCE, e introduz um elemento de incerteza em relação à sorte do procedimento⁵⁶.

As medidas tomadas nesta fase do procedimento têm por objetivo remediar o prejuízo sofrido pela produção comunitária. Estas medidas podem consistir em direitos antidumping ou acordos de revisão de preços ou de cessação das exportações, subscritos pelos exportadores interessados. Em princípio, a investigação será concluída nesses casos.

— Direitos Antidumping

O art. 13 da regulamentação de base, seguindo o estabelecido no Código Antidumping do GATT, preceitua que o montante dos direitos antidumping não pode ser superior à margem de dumping provisoriamente estimada ou definitivamente estabelecida, e deve ser menor se este montante é suficiente para fazer desaparecer o prejuízo.

A determinação do interesse comunitário ocorre previamente à decisão de impor esses direitos (arts. 11 e 12 da regulamentação de base). Nem o GATT nem o Código Antidumping prevêem tal condições. Os Estados Unidos opuseram-se à introdução de uma cláusula desta natureza no Acordo Geral, pois implicaria, na sua opinião, a impossibilidade de prever o resultado do procedimento antidumping, causando, assim, insegurança aos operadores econômicos. Em muitas ocasiões censurou-se a Comissão por identificar o interesse comunitário com o interesse dos produtores comunitários. Na prática, a instituição supranacional procede a uma análise objetiva da situação global do mercado do produto, tendo em conta os interesses dos demais atores da vida econômica, para avaliar, assim, a importância respectiva dos diferentes fatores, em cada caso especial⁵⁷. Nenhum

⁵⁶ Com referência ao art. 9º, § 1º, do Regulamento nº 2.176/84, a CJCE esclareceu que tal disposição permite à Comissão encerrar um procedimento antidumping em todos os casos em que a adoção de medidas de defesa comercial seja inoportuna: "... si la Comisión a l'obligation de constater de manière objective les faits relatifs à l'existence des pratiques de subventions et au préjudice qui peut en résulter pour les entreprises de la Communauté, elle dispose d'un large pouvoir discrétionnaire pour décider, en fonction de intérêts de la Communauté, s'il y a lieu de clôturer la procédure". CJCE, sentença de 14 de julho de 1988, caso nº 188/85, FEDIOL v. Comissão, Rec. nº 1988.4221.

⁵⁷ Neste sentido ver BESELER e WILLIAMS, assim como Jacques BUHART, obs. cit. supra, notas nos 31 e 32, respectivamente.

fesionales y el principio de acceso de las partes a la información. La CJCE se ha pronunciado en varias oportunidades sobre el derecho de las empresas al tratamiento confidencial de las informaciones que ellas otorgan y los medios limitados de que disponen para hacerlo respetar, así como la conciliación de tal tratamiento con el derecho de acceder a la información⁵⁴.

La investigación debe concluir en el plazo de un año desde la apertura del procedimiento, de acuerdo con lo establecido en el Código Antidumping del GATT y en la reglamentación de base (art. 7. par. 9)⁵⁵.

b. Resultados y fin de la investigación

Una vez que la investigación ha llegado a término, la Comisión determina si la acción comunitaria debe ser concretizada mediante la institución de medidas. La apreciación del "interés comunitario" es determinante en esta fase del procedimiento. La Comisión es quien define el contenido de esta noción, definición que será aprobada o rechazada por el Consejo en caso de una decisión final. El interés comunitario reviste un carácter político cuyo contenido no está sometido al control jurisdiccional de la CJCE e introduce un elemento de incerteza en relación a la suerte del procedimiento⁵⁶.

Las medidas tomadas en esta fase del procedimiento tienen por objetivo remediar el perjuicio sufrido por la producción comunitaria. Tales medidas pueden consistir en derechos antidumping o acuerdos de revisión de precios o de cesación de las exportaciones suscritos por los exportadores interesados. En principio la investigación será cerrada en estos dos casos.

— Derechos antidumping

El artículo 13 de la reglamentación de base, siguiendo lo establecido en el Código Antidumping de GATT, estipula que el monto de los derechos

⁵⁴ CJCE ordenanza de 30 de marzo de 1982, caso nº 236/1 CELANESE CHEMICAL COMPANY Inc. c. Consejo y Comisión, Rec. nº 1.982/1183. Ver además sentencias de 20 de marzo de 1985, caso nº 264/82 cit. supra nota nº 49.

⁵⁵ La CJCE reconoció este término como siendo simplemente indicativo: "... Il convient, toutefois, de préciser qu'il découle de cette disposition que la procédure antidumping ne doit pas être prolongée au-delà d'un délai raisonnable à apprécier en fonction des circonstances particulières de chaque espèce". CJCE sentença de 12 de mayo de 1989, caso nº 246/87, recurso perjudicial en interpretación formulado por el Finanzgericht München, aún sin publicar. La Corte siguió así las conclusiones presentadas por el Abogado General Marco DARMON.

⁵⁶ La CJCE precisó, refiriéndose al art. 9 párra. 1º del Reglamento nº 2.176/84, que tal disposición permite a la Comisión cerrar un procedimiento antidumping en todos aquellos casos en que la adopción de medidas de defensa comercial sea inoportuna: "... si la Comisión a l'obligation de constater de manière objective les faits relatifs à l'existence des pratiques de subventions et au préjudice qui peut en résulter pour les entreprises de la Communauté, elle dispose d'un large pouvoir discrétionnaire pour décider, en fonction de intérêts de la Communauté, s'il y a lieu de clôturer la procédure". CJCE sentença de 14 de julio de 1988, caso nº 188/85 FEDIOL c. Comisión, Rec. nº 1.988/4.221.

ma decisão da Comissão ou do Conselho baseou-se exclusivamente na defesa de interesses diferentes daqueles da indústria afetada pelas importações desleais.

Em geral, os direitos antidumping são instituídos por via do regulamento quando se referem a produtos relativos ao tratado CEE, e por via de decisão, ou qualquer outro meio apropriado, se os produtos são relacionados com o tratado CECA. Estes direitos são arrecadados pelas autoridades dos Estados-Membros, segundo a forma, taxa e demais elementos fixados pelas autoridades comunitárias, independentemente de qualquer outro gravame exigível pela importação dos produtos.

O Acordo Geral do GATT dispõe que nenhum produto pode ser submetido a direitos antidumping e compensatórios, juntamente, para remediar uma mesma situação de prejuízo resultante de *dumping* ou de subsídio⁵⁸. O Conselho pronunciou-se expressamente sobre a compatibilidade da imposição de direitos antidumping sobre a importação de produtos que são objeto de restrições quantitativas⁵⁹.

Os direitos antidumping podem ser provisórios ou definitivos. Os primeiros são instituídos pela Comissão, por solicitação dos Estados-Membros ou por iniciativa própria, quando ficou assentado que a prática de concorrência desleal e o prejuízo existem e que o interesse da Comunidade exige uma medida destinada a impedir que um dano maior seja causado durante o procedimento. A imposição de direitos provisórios não significa necessariamente que estes direitos serão percebidos; a percepção definitiva dos mesmos será realizada junto com a aplicação da decisão posterior do Conselho (ou da Comissão, para os produtos regulamentados pelo tratado CECA). Neste sentido a CJCE já se pronunciou⁶⁰. Os direitos provisórios são válidos por um período máximo de quatro meses, prorrogável por dois.

A legislação comunitária prevê um regime geral para a imposição de direitos antidumping definitivos⁶¹, assim como a possibilidade de extensão

58 Assim, por exemplo, no procedimento contra as importações de lâminas de ferro e de aço originárias do Brasil, a Comissão decidiu suspender a aplicação de direitos compensatórios, já que os direitos antidumping contra essas mesmas importações estavam em vigor. Recomendação n.º 375/83 CECA, da Comissão, de 14-2-83, que institui direito compensatório definitivo sobre as importações de certas lâminas de ferro ou de aço originárias do Brasil e suspendeu a aplicação desse direito, DOCE L. n.º 45, de 17-2-83, p. 11.

59 Regulamento n.º 3.946/88, do Conselho, de 16-12-88, que institui direito antidumping sobre as importações de fibras têxteis sintéticas de poliéster originárias dos EUA, do México, da Romênia, de Taiwan, da Turquia e da Iugoslávia, DOCE L. n.º 348, de 17-12-88, p. 49.

60 CJCE, sentença de 29 de março de 1979, casos n.ºs 113, 118, 119 e 120/77, NTN TOKYO BEARING Co. Ltd. e outros v. Conselho, Rec. n.º 1.979/1.185.

A Corte expressou: "... il en résulte notamment que la Commission ne peut proposer une décision de percevoir les montants garantis que si elle propose une action communautaire, c'est à dire l'institution d'un droit définitif".

61 Art. 12 do Regulamento e da decisão de base.

antidumping no puede ser superior a la margen de dumping provisoriamente estimada o definitivamente establecida y debe ser menor si tal monto es suficiente para hacer desaparecer el perjuicio.

La determinación del interés comunitario interviene previamente a la decisión de imponer tales derechos (arts. 11 y 12 de la reglamentación de base). Ni el GATT ni el Código Antidumping prevén tal condición. Los Estados Unidos se opusieron a la introducción de una cláusula de ésta naturaleza en el Acuerdo General, pues implicaría, en su opinión, la imposibilidad de prever el resultado del procedimiento antidumping causando así inseguridad a los operadores económicos. En muchas ocasiones se ha reprochado a la Comisión de identificar el interés comunitario al interés de los productores comunitarios. En la práctica la institución supranacional procede a un análisis objetivo de la situación global del mercado del producto teniendo en cuenta los intereses de los demás actores de la vida económica para así evaluar la importancia respectiva de los diferentes factores en cada caso de especie⁵⁷. Ninguna decisión de la Comisión o del Consejo se basó exclusivamente en la defensa de intereses diferentes de aquellos de la industria afectada por las importaciones desleales.

En general los derechos antidumping son instituídos por vía de reglamento cuando se refieren a productos relativos al Tratado CEE y por vía de decisión o cualquier otro medio apropiado si los productos son relacionados con el Tratado CECA. Estos derechos son percibidos por las autoridades de los Estados Miembros según la forma, tasa y demás elementos fijados por las autoridades comunitarias independentemente de toda otra carga exigible a la importación de los productos.

El Acuerdo General del GATT establece que ningún producto puede ser sometido conjuntamente a derechos antidumping y compensatorios para remediar a una misma situación de perjuicio resultante de un dumping o de un subsidio⁵⁸. El Consejo se pronunció expresamente sobre la compatibilidad de la imposición de derechos antidumping sobre la importación de productos que son objeto de restricciones cuantitativas⁵⁹.

57 Ver en este sentido BESELER y WILLIAMS, así como Jacques BUHART, obs. cits. supra notas n.ºs 31 y 32 respe.

58 Así por ejemplo en el procedimiento contra las importaciones de láminas de hierro y de acero originarias del Brasil, la Comisión decidió suspender la aplicación de derechos compensatorios ya que derechos antidumping contra esas mismas importaciones estaban en vigor. Recomendación n.º 375/83 CECA de la Comisión de 14-2-83 instituyendo un derecho compensatorio definitivo sobre las importaciones de ciertas láminas de hierro o de acero originarias del Brasil y suspendiendo la aplicación de ese derecho, DOCE L. n.º 45 de 17-2-83, p. 11.

59 Reglamento n.º 3.946/88 del Consejo de 16-12-88 instituyendo un derecho antidumping sobre las importaciones de fibras textiles sintéticas de poliéster originarias de USA, de México, de Rumania, de Taiwan, de Turquía y de Yugoslavia, DOCE L. n.º 348, de 17-12-88, p. 49.

destes direitos a certos produtos montados ou fabricados na Comunidade, para evitar a burla a um direito legitimamente constituído. Este último regime foi estabelecido pelo Regulamento 1.761/87 CEE⁶². Diante desta possibilidade, podem distinguir-se duas posições doutrinárias:

A primeira justifica a extensão do direito definitivo por considerar que a introdução de produtos finais, no mercado de importação, a um preço inferior ao seu valor normal, que, por este fato, cause um prejuízo à produção comunitária, constitui *dumping*, independentemente de que o produto seja importado, acabado ou em peças para serem acopladas dentro do território comunitário. Neste caso, a importação de peças e materiais é considerada operação interna ao grupo de empresas exportadoras. Os partidários desta posição afirmam a compatibilidade das disposições comunitárias que regulam a extensão de direitos antidumping com as normas estabelecidas no GATT.

A segunda posição, a que aderimos, considera que a extensão de direitos antidumping aos produtos montados dentro da Comunidade é contrária aos princípios do GATT, já que não se estaria em presença de fatos constitutivos de *dumping*. A imposição de direitos somente seria possível quando as peças e materiais fossem exportados a um preço menor que o seu valor normal. Numa arbitragem efetuada em 1990 por um "Panel" do GATT, por solicitação do governo japonês, foi decidido que os regulamentos comunitários, ampliando direitos antidumping definitivos, impostos a produtos japoneses sobre os produtos montados por algumas empresas nipônicas no território comunitário, eram contrários aos princípios estabelecidos pelo GATT. Devemos recordar que as decisões adotadas no seio dos Panels obrigam unicamente as partes em conflito e carecem de valor de precedente, no sentido estrito do termo. Portanto, a decisão arbitral permite que se deduza uma tendência, sem implicar o reconhecimento definitivo da segunda tese. A política da Comunidade sempre foi

62 Regulamento nº 1.761/87 CEE, do Conselho, que altera o Regulamento nº 2.176/84 CEE, que institui um regime comum relativo à defesa contra as importações objeto de *dumping* ou de subsídios de parte de países não-membros da CEE, DOCE L. nº 167, de 26-6-87, p. 9. A extensão está sujeita a três condições:

— A montagem ou a fabricação devem ser realizadas por uma empresa vinculada ou associada a um dos fabricantes dos produtos finais similares cujas exportações estão sujeitas a um direito definitivo.

— A montagem ou a fabricação no interior da CEE devem ter começado ou aumentado substancialmente desde a abertura do procedimento antidumping inicial.

— O valor das peças e materiais utilizados nas operações de montagem ou de fabricação, e originárias do país de exportação do produto final submetido a direito antidumping definitivo, deve ser superior a 50% do valor de todas as outras peças e materiais utilizados.

Los derechos antidumping pueden ser provisionales o definitivos. Los primeros son instituidos por la Comisión a solicitud de los Estados Miembros o por propia iniciativa cuando ha sido establecido que la práctica de competencia desleal y del perjuicio existen, y que el interés de la Comunidad exige una medida destinada a impedir que un daño mayor sea causado durante el procedimiento. La imposición de derechos provisionales no significa necesariamente que estos derechos serán percibidos; la percepción definitiva de los mismos será realizada junto con la aplicación de la decisión posterior del Consejo (o de la Comisión, para los productos reglamentados por el Tratado CECA). En este sentido la CJCE ya se pronunció⁶⁰. Los derechos provisionales son válidos por un período máximo de cuatro meses prorrogable por dos.

La legislación comunitaria prevee un régimen general para la imposición de derechos antidumping definitivos⁶¹, así como la posibilidad de extensión de éstos derechos a ciertos productos ensamblados o fabricados en la Comunidad para evitar la burla de un derecho legitimamente establecido. Este último régimen fué establecido por el reglamento 1761/87 CEE⁶². Ante tal posibilidad pueden distinguirse dos posiciones doctrinarias:

• La primera justifica la extensión del derecho definitivo por considerar que la introducción de productos finales sobre el mercado de importación a un precio inferior a su valor normal y causando de tal hecho un perjuicio a la producción comunitaria, constituye *dumping* independientemente de que el producto sea importado acabado o en piezas para ser ensambladas dentro del territorio comunitario. En este caso la importación de piezas y materiales es considerada una operación interna al grupo de empresas exportadoras. Los partidarios de ésta posición afirman la compatibilidad de las disposiciones comunitarias que regulan la extensión de derechos antidumping con las normas establecidas en el GATT.

• La segunda posición, a la cual adherimos, considera que la extensión de derechos antidumping a los productos ensamblados dentro de la Comunidad es contraria a los principios del GATT ya que no se estaría en presencia de hechos constitutivos de *dumping*. La imposición de derechos solamente sería posible cuando las piezas y materiales fuesen exportados a un precio menor a su valor normal. En un arbitraje rendido en 1990 por un "Panel" de GATT realizado a solicitud del gobierno japonés fué decidido que los reglamentos comunitarios extendiendo derechos antidumping definitivos impuestos a productos japoneses sobre los productos ensambla-

60 CJCE sentencia de 29 de marzo de 1979, casos n.os 113, 118, 119 y 120/77 NTN TOYO BEARING Co. Ltd. y otros c. Consejo, Rec. n.º 1979/1185.

La Corte expresó: "...il en résulte notamment que la Commission ne peut proposer une décision de percevoir les montants garantis que si elle propose une action communautaire, c'est à dire l'institution d'un droit définitif".

61 Art. 12 del reglamento y de la decisión de base.

a de respeitar as decisões ditadas pelos Panels e exigir a mesma conduta dos seus concorrentes comerciais. Em consequência, a Comunidade deveria modificar seu regulamento, pelo qual seria necessário encontrar outros meios para prevenir o desconhecimento dos direitos antidumping, mediante as operações de montagem das famosas "fábricas parafusadoras" (Usines tourne-vis) implantadas na Comunidade ⁶³.

A legislação comunitária (art. 13, par. 11, da regulamentação de base) prevê a possibilidade de impor direitos antidumping adicionais para enfrentar a situação em que o exportador assumia, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, o direito antidumping limitando de tal maneira a eficácia do mesmo (o aumento de preço). Esta foi a principal inovação da regulamentação promulgada em 1988. Não está suficientemente claro o alcance destas normas, particularmente no que se refere à relação direito antidumping-aumento do preço do produto no mercado comunitário. Na prática, a percentagem do custo suportado pelo importador, em razão da imposição do direito antidumping, pode ser inferior à taxa desse direito, caso em que é difícil determinar em que medida o aumento de preço de venda do produto é insuficiente ou não ⁶⁴.

Alguns autores perguntaram-se sobre a possibilidade de impor direitos adicionais quando os definitivos foram estendidos aos produtos montados na Comunidade ⁶⁵. Se considerarmos que a aplicação de direitos definitivos é contrária ao espírito do GATT, nesta hipótese, a possibilidade de impor direitos adicionais deve ser eliminada.

— Conclusão de acordos

Durante a investigação os exportadores podem propor à Comissão a celebração de acordos. Se esta última considera seu conteúdo aceitável, prévia consulta ao Comitê, a investigação pode ser concluída sem imposição de direito antidumping. A matéria sobre a qual acordos podem ser concluídos é expressamente delimitada pelas normas comunitárias (art. 10 da regulamentação de base). Estes podem versar sobre a revisão dos preços dos produtos importados ou sobre a cessação das exportações, na medida necessária para eliminar a margem de *dumping* ou os efeitos preju-

⁶³ Ver Philippe DE SMEDT "Survey of the Revised Basic EC Anti-Dumping Regulation" em International Business Lawyer janeiro 1989, pp. 14 e 15, assim como Christopher NORALL "The New Amendments to the EC's Basic Anti-Dumping Regulation" em CMLR, vol. 26, 1989, p. 88.

⁶⁴ Ver Christopher NORALL, cit., supra, nota nº 63.

⁶⁵ De conformidade com o artigo 7º, § 1º, do Código Antidumping do GATT, o aumento do preço ou a suspensão das importações não podem ser maiores que o necessário para a eliminação do prejuízo.

dos por algumas empresas niponas en el territorio comunitario eran contrarios a los principios establecidos por el GATT. Debemos recordar que las decisiones rendidas en el seno de los Panels comprometen únicamente las partes en conflicto y carecen de valor de precedente en el sentido estricto del término. La decisión arbitral permite entonces deducir una tendencia sin implicar el reconocimiento definitivo de la segunda de las tesis. La política de la Comunidad ha sido siempre la de respetar las decisiones dictadas por los Panels y exigir la misma conducta a sus concurrentes comerciales. En consecuencia, la Comunidad debería modificar su reglamentación, por lo cual será necesario encontrar otros medios para prevenir el desconocimiento de los derechos antidumping mediante las operaciones de ensablage de las famosas "fabricas destornilladores" (Usines tourne-vis) implantadas en la Comunidad ⁶².

La legislación comunitaria (art. 13, par. 11 de la reglamentación de base) preve la posibilidad de imponer derechos antidumping adicionales para hacer frente a la situación en que el exportador asuma total o parcialmente, directa o indirectamente, el derecho antidumping limitando de tal manera la eficacia del mismo (el aumento de precio). Ésta fué la principal innovación de la reglamentación promulgada en 1988. El alcance de éstas normas no es suficientemente claro, particularmente lo que se refiere a la relación derecho antidumping — aumento del precio del producto en el mercado comunitario. En la práctica el porcentaje del costo soportado por el importador en razón de la imposición del derecho antidumping puede ser inferior a la tasa de ese derecho, caso en el cual es difícil determinar en que medida el aumento de precio de venta del producto es insuficiente o no ⁶³.

Algunos autores se han interrogado sobre la posibilidad de imponer derechos adicionales cuando los definitivos han sido extendidos a los pro-

⁶² Reglamento n.º 1.761/87 CEE del Consejo modificando el Reglamento n.º 2.176/84 CEE instituyendo un régimen común relativo a la defensa contra las importaciones que son objeto de dumping o de subsidios de parte de países no miembros de la CEE, DOCE L. n.º 167, de 26-6-87, p. 9. La extensión está sujeta a tres condiciones:

• El ensamble o la fabricación deben ser realizados por una empresa ligada o asociada a uno de los fabricantes de los productos finales similares cuyas exportaciones están sujetas a un derecho definitivo.

• El ensamble o la fabricación al interior de la CEE debe haber comenzado o aumentado substancialmente desde la apertura del procedimiento antidumping inicial.

• El valor de las piezas y materiales utilizados en las operaciones de ensamble o de fabricación y originarias del país de exportación del producto final sometido a un derecho antidumping definitivo, debe ser mayor al 50% del valor de todas las otras piezas y materiales utilizados.

⁶³ Ver Philippe DE SMEDT "Survey of the Revised Basic EC Anti-Dumping Regulation" en International Business Lawyer, enero 1989, pp. 14 y 15, así como Christopher NORALL "The New Amendments to the EC's Basic Anti-Dumping Regulation" en CMLR, vol. 26, 1989, p. 88.

diciais da conduta desleal⁶⁶. As autoridades comunitárias gozam de importante poder discricionário para aceitar ou não as propostas que lhes são apresentadas⁶⁷. Na prática, é freqüente que as instituições recusem o acordo quando sua boa execução é de difícil controle⁶⁸, ou quando a oferta provém de exportadores que não exportaram o produto de que se trata durante o período da investigação, mas que pretendem fazê-lo no futuro, sem se sujeitarem a direitos antidumping⁶⁹, ou quando um acordo anterior não foi respeitado⁷⁰, e, finalmente, nesta matéria, a Comissão recusa os acordos oferecidos por exportadores de países que não adotaram os mesmos princípios⁷¹.

O encerramento da investigação, mediante a celebração de um acordo, obedece às mesmas regras de procedimento que regem a imposição de medidas de defesa. Grande número de investigações foi concluído desta maneira. A aceitação de um acordo não impede que a investigação sobre o prejuízo continue, se assim o decidir a Comissão, mediante prévia consulta ao Comitê, ou a pedido dos exportadores, representando uma porcentagem significativa das transações comerciais de que se trata. A celebração de um acordo não implica, então, o reconhecimento, por parte de um exportador, da realização de atos de concorrência desleal.

66 Facultade reconhecida pela Corte em sua sentença de 5 de outubro de 1988, caso n.º 294/86 e 77/87 *TECHNOINTORG v. Comissão e Conselho*, Rec. n.º 1.989/160. O art. 7.º, do 2.º do Código Antidumping do GATT esclarece que as autoridades nacionais podem recusar a conclusão de acordos se considerarem que a aceitação dos mesmos é irrealista ou por outras razões. O princípio é o mesmo na legislação americana; as disposições prevêem que a ITA (International Trade Administration) do Departamento de Comércio, encarregada da investigação sobre o *dumping*, deve ter em conta considerações de interesse público antes de aceitar acordos e suspender o procedimento. Ver J. SCHOENBAUM, ob. cit. supra, nota n.º 40.

67 Ver Regulamento n.º 2.089/84 CEE, do Conselho, de 19-7-84, que institui direito antidumping definitivo sobre as importações de rodados originários do Japão e de Cingapura, cit. supra, nota n.º 23.

68 Exemplo é o Regulamento n.º 3.337/84 CEE, do Conselho, que institui direito antidumping definitivo sobre determinadas importações de carbonato de sódio de alta densidade originário dos EUA, DOCE L. n.º 311, de 29-11-84, p. 26.

69 Assim, por exemplo, no caso do acetato de vinil monômero originário do Canadá, Regulamento n.º 1.826/84 CEE, do Conselho, que institui direito antidumping definitivo sobre tais importações, DOCE L. n.º 170, de 19-12-84, p. 70.

70 Regulamento n.º 3.648/83 CEE, do Conselho, de 19-12-83, que institui direito antidumping definitivo sobre as importações de tabuames duros originários da Tchecoslováquia e da Polónia, e prevê a percepção definitiva das somas depositadas em razão dos direitos antidumping provisórios instituídos sobre as importações de produtos similares originários da Suécia, DOCE L. n.º 361, de 24-12-83, p. 6.

71 A imposição de direitos definitivos é incompatível com a conclusão de acordos, segundo o reconheceu expressamente a CJCE em sua sentença de 29 de março de 1979, *NIN TOKYO BEARING*, cit. supra, nota n.º 60.

ductos ensamblados en la Comunidad⁶⁴. Si consideramos que la extensión de derechos definitivos es contraria al espíritu del GATT la posibilidad de imponer derechos adicionales debe ser excluida en ésta hipótesis.

— Conclusión de acuerdos

Durante la investigación los exportadores pueden proponer la celebración de acuerdos a la Comisión. Si ésta última considera su contenido aceptable, previa consulta al Comité, la investigación puede ser cerrada sin imposición de derechos antidumping. La materia sobre la cual pueden ser concluídos los acuerdos es expresamente delimitada por las normas comunitarias (art. 10 de la reglamentación de base). Estos pueden versar sobre la revisión de los precios de los productos importados o sobre la cesación de las exportaciones en la medida necesaria a eliminar la margen de dumping o los efectos perjudiciales derivados de la conducta desleal⁶⁵. Las autoridades comunitarias gozan de un importante poder discrecional para aceptar o no las propuestas a ellas presentadas⁶⁶. En la práctica es frecuente que las instituciones rechacen el acuerdo cuando la buena ejecución del mismo es de difícil control⁶⁷, o cuando la oferta viene de parte de exportadores que no han exportado el producto de que se trata durante el período de la investigación pero que pretenden hacerlo en el futuro sin ser sometidos a derechos antidumping⁶⁸, o cuando un acuerdo anterior no ha sido respetado⁶⁹, y finalmente la Comisión rechaza los acuerdos ofrecidos

64 Ver Christopher NORALL, cit. supra nota n.º 63.

65 De conformidad al artículo 7, párr. 1.º del Código antidumping del GATT el aumento del precio o la suspensión de las importaciones no pueden ser mayores a aquello que es necesario para la eliminación del perjuicio.

66 Facultad reconocida por la Corte en su sentença del 5 de octubre de 1988, caso n.º 294/86 y 77/87 *TECHNOINTORG c. Comisión y Consejo*, Rec. n.º 1.989/160. El art. 7.º párr. 2.º del Código antidumping del GATT precisa que las autoridades nacionales pueden rechazar la conclusión de acuerdos si consideran que la aceptación de los mismos es irrealista o por otras razones. El principio es el mismo en la legislación americana; las disposiciones prevén que la ITA (International Trade Administration) del Departamento de Comercio, encargada de la investigación sobre el *dumping*, deba tener en cuenta consideraciones de interés público antes de aceptar acuerdos y suspender el procedimiento. Ver J. SCHOENBAUM, ob. cit. supra nota n.º 40.

67 Ver Reglamento n.º 2.089/84 CEE del Consejo de 19-7-84 instituyendo un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de rodamientos originarios de Japón y de Singapur, cit. supra nota n.º 23.

68 Un ejemplo lo constituye el Reglamento n.º 3.337/84 CEE del Consejo instituyendo un derecho antidumping definitivo sobre ciertas importaciones de carbonato de sodio a alta densidad originario de USA, DOCE L. n.º 311, de 29-11-84, p. 26.

69 Así por ejemplo en el caso del acetato de vinilo monômero originario del Canadá, Reglamento n.º 1.826/84 CEE del Consejo instituyendo un derecho antidumping definitivo sobre tales importaciones, DOCE L. n.º 170, de 19-12-84, p. 70.

A conclusão de acordos permite que os exportadores se beneficiem do aumento do preço do produto no mercado comunitário; por sua parte, os produtores comunitários vêem-se beneficiados pela eliminação rápida do prejuízo, e sua capacidade concorrencial fica restaurada. As autoridades comunitárias vêem diminuir a duração das investigações e, por conseguinte, do procedimento.

A imposição de direitos antidumping é incompatível com a celebração de acordos; assim o reconheceu expressamente o Tribunal comunitário⁷².

O encerramento da investigação deve ser diferenciado do procedimento antidumping. O procedimento comunitário pode ser terminado em uma de três situações:

- Pelo encerramento da investigação, sem imposição de direitos antidumping, nem celebração de acordos.
- Pela expiração ou ab-rogação dos direitos antidumping.
- Pela caducidade dos acordos.

No primeiro dos citados casos, a Comissão toma essa decisão, mediante prévia consulta ao Comitê quando se torna evidente que nenhuma medida de defesa é necessária, isto é, quando não se comprovou a existência de um dumping ou do prejuízo à produção comunitária, ou, ainda, no caso de ser insignificante a quantidade de importações ou desprezível a margem do dumping comprovada. O mesmo ocorre quando a ausência de interesse comunitário é considerada. Nos casos em que seja apresentada uma objeção de parte do Comitê, a Comissão imediatamente submete ao Conselho um relatório sobre o resultado da consulta e sua proposta de encerrar a investigação. O Conselho deve decidir, por maioria qualificada, dentro do mês seguinte a esta apresentação. No caso de silêncio, o procedimento é automaticamente encerrado.

Via de regra, os direitos antidumping caducam transcorridos cinco anos, contados da data em que entraram em vigor ou foram modificados em última instância. Diante de uma eventual caducidade, a Comissão deve realizar certas formalidades⁷³. A ab-rogação dos direitos ocorre por ocasião do reexame das medidas por petição de um Estado ou de uma das partes interessadas ou por iniciativa própria da Comissão.

A regulamentação de base prevê as situações de caducidade dos acordos celebrados com as empresas acusadas de *dumping*: ao finalizar a investigação sobre o prejuízo que, como o dissemos anteriormente⁷³, continua apesar da conclusão de um acordo. Este último caduca automa-

⁷² Publicação de um Aviso no *Diário Oficial*; informação simultânea aos produtores interessados.

⁷³ Ver supra, "conclusão de acordos".

por exportadores de países que no han adoptado los mismos principios en ésta materia⁷⁰.

El cierre de la investigación mediante la celebración de un acuerdo obedece a las mismas reglas de procedimiento que rigen la imposición de medidas de defensa. Gran número de investigaciones han concluido de ésta manera. La aceptación de un acuerdo no impide que la investigación sobre el perjuicio continúe si ésto así es decidido por la Comisión previa consulta al Comité, o sobre demanda de los exportadores representando un porcentaje significativo de las transacciones comerciales de que se trató. La celebración de un acuerdo no implica entonces el reconocimiento por parte de un exportador de la realización de actos de competencia desleal.

La conclusión de acuerdos permite a los exportadores beneficiarse del aumento del precio del producto en el mercado comunitario; los productores comunitarios se ven, por su parte, beneficiados por la eliminación rápida del perjuicio y su capacidad concorrencial se vé restaurada. Las autoridades comunitarias ven disminuir la duración de las investigaciones y, en consecuencia, del procedimiento.

La imposición de derechos antidumping es incompatible con la celebración de acuerdos; así lo reconoció expresamente el Tribunal Comunitario⁷¹.

El cierre de la investigación debe ser distinguido del fin del procedimiento antidumping. El procedimiento comunitario puede ser terminado en una de tres situaciones:

- Por el cierre de la investigación sin imposición de derechos antidumping ni la celebración de acuerdos.
- Por la expiración o abrogación de los derechos antidumping.
- Por la caducidad de los acuerdos.

En el primero de los casos citados la Comisión toma tal decisión, previa consulta al Comité cuando aparece evidente que ninguna medida de defensa es necesaria, esto es, cuando no se ha comprobado la existencia de un dumping o del perjuicio a la producción comunitaria, o aún en el caso de ser insignificante la cantidad de importaciones o negligente la margen de dumping comprobada. Igualmente ocurre cuando la ausencia de interés

⁷⁰ Reglamento n.º 3.648/83 CEE del Consejo de 19-12-83 instituyendo un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de tableros duros originarios de Checoslovaquia y de Polonia y previendo la percepción definitiva de las sumas depositadas en razón de los derechos antidumping provisionales instituidos sobre las importaciones de productos similares originarios de Suecia, *DOCE* L. n.º 361, de 24-12-83, p. 6.

⁷¹ La imposición de derechos definitivos es incompatible con la conclusión de acuerdos, según lo reconoció expresamente la CJCE en su sentencia de 29 de marzo de 1979, NTN TOYO BEARING, cit. supra, nota n.º 60.

ticamente se a Comissão conclui que há falta de prejuízo, salvo no caso em que chegou a determinar a ausência de uma ameaça de dano pela existência do acordo, situação na qual a Comissão poderá mantê-lo em vigor. Os acordos podem caducar igualmente decorrido o prazo de cinco anos, contados da sua entrada em vigor ou de sua modificação final (art. 15 da regulamentação de base). A Comissão deverá seguir certas formalidades, principalmente indicar às partes, com antecedência, o prazo no qual poderão fazer conhecer sua opinião a respeito da manutenção das medidas. Caso se verifique que a extinção do acordo causaria um prejuízo ou uma ameaça de prejuízo, a Comissão é obrigada a proceder ao reexame do acordo. Neste caso, a disposição apresenta particular importância, pois, reservando à Comissão a possibilidade de submeter os casos individuais a reexame, essa instituição vê-se de posse de um instrumento que lhe garante a supervisão de toda decisão relativa ao *dumping*, assim como a eventualidade de manter essas medidas indefinidamente.

Podemos assinalar que os produtores comunitários podem exercer uma influência significativa sobre este mecanismo, enquanto que os consumidores são praticamente excluídos. Os direitos outorgados aos primeiros (informação obrigatória, possibilidade de que a decisão seja mantida, graças à sua intervenção) testemunham um tratamento preferencial de seus interesses, o que pareceria confirmar a afirmação de que a noção de interesse comunitário refere-se essencialmente à consideração dos interesses das empresas produtoras da Comunidade.

Quando um acordo tenha sido denunciado, existem razões para acreditar-se que foi violado, e a Comissão considera que o interesse da Comunidade requer uma ação, ela pode aplicar imediatamente direitos provisórios com base nos fatos apurados anteriormente à celebração do acordo. Neste caso, a Comissão deve consultar previamente o Comitê e conceder ao exportador a oportunidade de defender-se.⁷⁴

c. *Contencioso das decisões proferidas no âmbito do procedimento antidumping.*

As decisões das autoridades comunitárias proferidas nos procedimentos dessa natureza podem ser contestadas através de recursos administrativos ou jurisdicionais.

— *Recursos administrativos.* São pelos interessados interpostos perante a Comissão. Obedecem às disposições previstas na regulamentação anti-dumping e anti-subsídio⁷⁵. O reexame das medidas e a restituição de direi-

⁷⁴ Ver Regulamento nº 3.048/83 CEE, do Conselho, cit. supra, nota nº 70, assim como o Regulamento nº 176/89 CEE, do Conselho, que institui um direito antidumping definitivo sobre as importações de sulfato de cobre originárias da Bulgária e da URSS, DOCE L, nº 23, de 27-1-89, p. 1.

⁷⁵ Regulamentação de base: Regulamento nº 2.423/85 CEE e Decisão nº 2.424/88 CEEA. As regras do contencioso são idênticas no que se refere a subsídios e *dumping*.

comunitario es considerada. En los casos en que una objeción de parte del Comité se presente, la Comisión somete inmediatamente al Consejo un relatorio sobre el resultado de la consulta y su propuesta de cerrar la investigación. El Consejo debe decidir a la mayoría calificada dentro del mes siguiente a ésta presentación. En caso de silencio el procedimiento es automáticamente cerrado.

Por regla general los derechos antidumping caducan después de transcurridos cinco años contados a partir de la fecha en que entraron en vigor o fueron modificados en última instancia. Ante una eventual caducidad la Comisión debe realizar ciertas formalidades⁷². La abrogación de los derechos interviene con ocasión de un reexamen de las medidas, por petición de un Estado o de una de las partes interesadas o por iniciativa propia de la Comisión.

La reglamentación de base prevee las situaciones de caducidad de los acuerdos celebrados con las empresas acusadas de dumping; al finalizar la investigación sobre el perjuicio que, como lo señaláramos anteriormente⁷³ continúa a pesar de la conclusión de un acuerdo, éste último caduca automáticamente si la Comisión establece que hay ausencia de perjuicio, salvo en el caso en que se ha llegado a determinar la ausencia de una amenaza de daño por la existencia del acuerdo, situación en la cual la Comisión podrá mantener vigente éste último. Los acuerdos pueden caducar igualmente después de un plazo de cinco años contados desde su entrada en vigor o de su modificación final (art. 15 de la reglamentación de base). La Comisión deberá seguir ciertas formalidades, principalmente indicar a las partes con antecedencia un plazo en el cual podrán hacer conocer su opinión al respecto de la conservación de las medidas. Si se establece que la desaparición del acuerdo causaría un perjuicio o una amenaza de perjuicio la Comisión está obligada a proceder a un reexamen del acuerdo. Ésta disposición presenta entonces una importancia particular, pues, reservando a la Comisión la posibilidad de someter los casos individuales a reexamen, ésta institución se ve en posesión de un instrumento que le garantiza la supervisión general de toda decisión relativa al *dumping*, así como la eventualidad de mantener esas medidas indefinidamente.

Podemos señalar que los productores comunitarios pueden ejercer una influencia significativa sobre este mecanismo, mientras que los consumidores son prácticamente excluídos. Los derechos otorgados a los primeros (información obligatoria, posibilidad de que la decisión sea mantenida gracias a su intervención) testimonian un tratamiento preferencial de sus intereses lo que parecería confirmar la afirmación de que la noción de interés comunitario se refiere esencialmente a la consideración de los intereses de las empresas productoras de la Comunidad.

⁷² Publicación de un Aviso en el *Diario Oficial*; información simultánea a los productores interesados.

⁷³ Ver supra "conclusión de acuerdos".

tos ocorrem posteriormente à adoção das medidas, desde que a investigação tenha sido concluída. Com relação à antiga regulamentação de base, idêntica à atual nos aspectos fundamentais, a CJCE constatou que o procedimento antidumping oferece às empresas numerosas possibilidades de fazerem valer seus interesses, durante as diversas fases do exercício da ação comunitária ⁷⁶.

A Comissão pode proceder a um reexame parcial ou integral dos regulamentos que instituem direitos antidumping, assim como dos acordos suscritos pelos exportadores, por solicitação de um Estado Membro ou por iniciativa própria, segundo o disposto no art. 14 da regulamentação de base. A CJCE reconheceu expressamente esta faculdade ⁷⁷.

O reexame realiza-se segundo o procedimento previsto no artigo 7.º e a Comissão decide discricionariamente a eventual instauração do procedimento. Tal decisão não afeta as medidas em vigor. Ao cabo do reexame, estas últimas podem ser modificadas, abrogadas ou anuladas pela instituição comunitária que as adotou. A decisão inicial pode ser mantida, caso em que, apesar do silêncio das normas sobre o assunto, uma decisão formal da autoridade deve ocorrer ⁷⁸.

Quando um importador demonstra que os direitos arrecadados excedem à margem real de *dumping*, que constitui o limite máximo estabelecido para o montante desses direitos, pode, nos três meses seguintes à imposição dos direitos, solicitar o reembolso do excedente à Comissão, por intermédio do Estado-Membro em cujo território os produtos foram colocados em livre prática ⁷⁹. A CJCE delimitou o alcance da ação de restituição, assinalando que a possibilidade de solicitar o reembolso das quantias pagas não se refere senão à situação de um importador que

⁷⁶ CJCE, sentença de 24-2-87, caso n.º 312/84 KONTINENTALE PRODUKTEN GESELLSCHAFT v. Comissão, Rec. n.º 1.987/841.

⁷⁷ CJCE, sentença de 7-5-87, caso n.º 256/84, KOYO SEIKO v. Conselho, Rec. n.º 1.987/1912.

⁷⁸ Assim, por exemplo, a Decisão n.º 82/285 CEE, da Comissão, de 6-5-82, encerrando o reexame do procedimento antidumping relativo às importações de herbicida originárias da Romênia, na qual a Comissão apurou que a margem de *dumping* não era diferente daquela determinada durante a primeira investigação e, com relação ao prejuízo, nenhum elemento de prova havia sido oferecido, DOCE L. n.º 128, de 11-5-82, p. 18.

⁷⁹ No Regulamento n.º 459/68, primeiro regulamento comunitário nestas áreas, dispunha-se que o Estado-Membro transmitia seu aviso à Comissão, na ausência de toda objeção por parte desta última ou de outro Estado-Membro; no mês seguinte, as autoridades competentes do Estado em causa podiam proferir decisão de conformidade com o aviso submetido inicialmente à Comissão. No sistema do Regulamento n.º 3.017/79, as autoridades nacionais podiam tomar decisão que não fosse conforme com o aviso da Comissão quando havia acordo entre os outros Estados com relação ao aviso da autoridade comunitária.

Quando un acuerdo ha sido denunciado, existen razones para creer que ha sido violado y la Comisión considera que el interés de la Comunidad necesita de una acción, ella puede aplicar inmediatamente derechos provisionarios sobre la base de los derechos establecidos con anterioridad a la celebración del acuerdo. La Comisión debe en tal caso consultar previamente el Comité y conceder al exportador la oportunidad de defenderse ⁷⁴.

c. *Contencioso de las decisiones intervenidas en el ámbito del procedimiento antidumping*

Las decisiones de las autoridades comunitarias tomadas dentro de procedimientos de ésta naturaleza pueden ser contestadas a través de recursos administrativos o jurisdiccionales.

— *Recursos administrativos*. Son ejercidos por los interesados ante la Comisión. Obedecen a las disposiciones previstas en la reglamentación antidumping y antisubsidio ⁷⁵. El reexamen de las medidas y la restitución de derechos intervienen con posterioridad a la adopción de las medidas, una vez que la investigación ha sido concluída. La CJCE constató, en relación a la antigua reglamentación de base idéntica a la actual en los aspectos fundamentales, que el procedimiento antidumping ofrece a las empresas numerosas posibilidades de hacer valer sus intereses durante las diferentes fases del ejercicio de la acción comunitaria ⁷⁶.

La Comisión puede proceder a un reexamen parcial o integral de los reglamentos que instituyen derechos antidumping, así como de los acuerdos suscritos por los exportadores, a solicitud de un Estado Miembro o de propia iniciativa según lo establecido en el art. 14 de la reglamentación de base. La CJCE reconoció esta facultad expresamente ⁷⁷.

El reexamen se realiza según el procedimiento previsto en el artículo 7 y la Comisión decide discrecionalmente la eventual apertura del procedimiento. Tal decisión no afecta las medidas en vigor. Al término del reexamen éstas últimas pueden ser modificadas, abrogadas o anuladas por la

⁷⁴ Ver Reglamento n.º 3.648/83 CEE del Consejo, cit. supra nota n.º 70, así como el Reglamento n.º 176/89 CEE del Consejo instituyendo un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de sulfato de cobre originarias de Bulgaria y de URSS, DOCE L. n.º 23, de 27-1-89, p. 1.

⁷⁵ Reglamentación de base: Reglamento n.º 2.423/88 CEE y Decisión n.º 2.424/88 CEEA. Las reglas del contencioso son idénticas en lo que se refiere a subsidios y dumping.

⁷⁶ CJCE sentencia de 24-2-87, caso n.º 312/84 KONTINENTALE PRODUKTEN GESELLSCHAFT c. Comisión, Rec. n.º 1.987/841.

⁷⁷ CJCE sentencia de 7-5-87, caso n.º 256/84, KOYO SEIKO c. Consejo, Rec. n.º 1.987/1.912.

pagou os direitos em virtude do regulamento que os instituiu. Esta disposição não possibilita contestar a validade do regulamento, instituindo os direitos ou solicitar um reembolso dos danos constatados durante as investigações prévias...”⁸⁰.

— *Recursos Jurisdicionais*. São exercidos perante a CJCE. Este contencioso rege-se pelas disposições gerais previstas nos tratados. O controle jurisdicional pode ocorrer em diferentes etapas da investigação.

Por ocasião da elaboração dos estatutos do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (TPI) foi estudada a possibilidade de incluir no campo de sua competência os recursos relativos ao *dumping* e aos subsídios, interpostos por pessoas físicas ou morais. Esta opção, defendida pela CJCE, não foi aceita na versão definitiva da resolução instituindo o TPI, devido à forte oposição da Comissão⁸¹.

As cinco vias de recurso oferecidas às partes interessadas são:

- O recurso de nulidade;
- A suspensão da execução do ato impugnado;
- O recurso de inadmissibilidade;
- O recurso de indenização;
- O reenvio prejudicial.

A CJCE possui uma ampla jurisprudência com relação à admissibilidade do recurso de nulidade no âmbito que nos ocupa⁸². O alto Tribunal conheceu igualmente recursos de suspensão da execução de regulamentos instituindo direitos antidumping⁸³ e, em diversas ocasiões, rejeitou pedidos de medidas provisionais com base na contradição desta demanda

⁸⁰ CJCE, sentença de 24-2-84, caso n.º 312/84 KONTINENTALE PRODUKTEN GESELLSCHAFT v. Comissão, cit. supra, nota n.º 76.

⁸¹ Sobre este problema particular, ver o interessante estudo de E. VAN GINDERACHTER, “Le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes. Un nouveau-né prodige?”, CDE, 1989, pp. 63 a 104.

⁸² Cabe ressaltar o estudo realizado por E. VAN GINDERACHTER, “Problématique de la recevabilité de dumping et des subventions: état de la question et perspectives d’avenir”, CDE, 1987, n.º 6, pp. 623 a 666; ver também Meg A. MATARASO “The independent importer’s right of review of antidumping regulation before the Court of Justice of the European Communities” em *Fordham International Law Journal*, 1989, vol. 12, pp. 682 a 726.

⁸³ Ver CJCE Ordenação de 19-7-83, caso n.º 120/83, V/O RAZNOIMPORT v. Comissão, Rec. n.º 1.933/2.573; Ordenação de 9-4-87, caso n.º 77/87, TECHOINTORG v. Conselho, Rec. n.º 1.937/1793 e Ordenação de 17-12-84, caso n.º 258/84 NIPPON SEIKO KK v. Conselho, Rec. n.º 1.984/1958.

instituição comunitaria que las adoptó. La decisión inicial puede ser mantenida, caso en el cual, a pesar del silencio de las normas sobre este asunto, una decisión formal de la autoridad debe intervenir⁷⁸.

Quando un importador demuestra que los derechos percibidos exceden el margen real de dumping, que constituye el límite máximo establecido para el monto de tales derechos, puede, en los tres meses siguientes a la imposición de los derechos, solicitar el reembolso del excedente a la Comisión por intermedio del Estado Miembro sobre el territorio del cual los productos fueron colocados en libre práctica⁷⁹. La CJCE delimitó el alcance de la acción de restitución señalando que la posibilidad de solicitar el reembolso de los montos pagos “... no se refiere sino a la situación de un importador que pagó los derechos en virtud del reglamento que los instituyó. Esta disposición no permite contestar la validez del reglamento instituyendo los derechos o solicitar un reembolso de los datos constatados durante las investigaciones previas...”⁸⁰.

— *Recursos jurisdiccionales*. Son ejercidos ante la CJCE. Ese contencioso es regido por las disposiciones generales previstas en los tratados. El control jurisdiccional puede intervenir en diferentes etapas de la investigación.

Con motivo de la elaboración de los estatutos del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (TPI) fué estudiada la posibilidad de incluir en el campo de su competencia los recursos relativos al dumping y a los subsidios presentados por personas físicas o morales. Esta opción, defendida por la CJCE, no fué aceptada en la versión definitiva de la decisión estableciendo el TPI debido a la fuerte oposición de la Comisión⁸¹.

⁷⁸ Así por ejemplo la Decisión n.º 82/285 CEE de la Comisión de 6-5-82 cerrando el reexamen del procedimiento antidumping relativo a las importaciones de un herbicida originarias de Rumania, en la cual la Comisión constató que el margen de dumping no era diferente de aquella determinada durante la primera investigación y en relación con el perjuicio ningún elemento de prueba había sido aportado, DOCE L n.º 128, de 11-5-82, p. 18.

⁷⁹ En el Reglamento n.º 459/68, primer reglamento comunitario en estas áreas, se establecía que el Estado Miembro transmitía su aviso a la Comisión, en la ausencia de toda objeción por parte de esta última o de otro Estado Miembro en el mes siguiente, las autoridades competentes del Estado concernido podían adoptar una decisión de conformidad al aviso sometido inicialmente a la Comisión. En el sistema del Reglamento n.º 3.017/79, las autoridades nacionales podían tomar una decisión que no fuese conforme al aviso de la Comisión cuando existía acuerdo de los otros Estados en relación al aviso de la autoridad comunitaria.

⁸⁰ CJCE sentença de 24-2-84, caso n.º 312/84 KONTINENTALE PRODUKTEN GESELLSCHAFT c. Comissão, cit. supra nota n.º 76.

⁸¹ Sobre este problema particular ver el interesante estudio de E. VAN GINDERACHTER, “Le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes. Un nouveau-né prodige?”, CDE, 1989, pp. 63 a 104.

com o interesse da Comunidade⁸⁴. As outras vias de recursos foram utilizadas pelos interessados no quadro da defesa comercial.

Como vemos, as disposições comunitárias sobre o *dumping* são precisas para garantir a transparência deste tipo de procedimento e permitir às partes a defesa de seus interesses, assim como uma margem razoável de segurança jurídica. A jurisprudência comunitária é essencial para a correta avaliação de tais regras.

II — Os mecanismos comunitários em face do comportamento dos Estados estrangeiros afetando a lealdade do comércio

Vimos como uma produção comunitária pode ser prejudicada ou ameaçada por práticas de concorrência desleal imputáveis a empresas estrangeiras. Uma situação similar pode apresentar-se com relação a práticas de responsabilidade, já não de operadores econômicos, mas de terceiros Estados. Respeitando os princípios e objetivos estabelecidos no GATT, o legislador comunitário previu dois instrumentos destinados a combater esse tipo de ações: a regulamentação anti-subsídios e o "Novo Instrumento da Política Comercial Comum". O objetivo desses instrumentos é o de garantir que os intercâmbios comerciais não sejam falseados pela ação dos governos estrangeiros. Como seu nome indica, a regulamentação anti-subsídios pretende proteger a produção comunitária daquelas importações objeto de subsídios outorgados por terceiros Estados que lhe causem prejuízo direto. O Novo Instrumento tem um alcance mais amplo, pois, como veremos, dirige-se contra as práticas desleais que afetam uma produção comunitária não apenas no interior do Mercado Comum, mas também em terceiros mercados. Sua aplicação é excluída naqueles casos em que os outros instrumentos de defesa comercial podem ser utilizados. Esse instrumento foi concebido precisamente como complemento da regulamentação existente, que não contemplava todas as hipóteses de práticas comerciais desleais.

A legislação americana existente neste mesmo campo, assim como sua aplicação pelas autoridades competentes, contrasta com o sistema comunitário. O espírito que inspira as disposições americanas é, particularmente, protecionista e extravasa os limites estabelecidos pelo GATT, sendo, por consequência, fortemente criticado, quer pela doutrina nacional como pela doutrina estrangeira.

84 No caso n.º 258/84 la Corte assinalou: "Le Conseil et la Comisión ont été en mesure de démontrer que l'adoption des mesures provisoires demandées causerait un préjudice appréciable à la Communauté. En effet, l'exigence d'une simple caution, telle qu'elle est souhaitée par la réquerante, a un effet protecteur nettement moindre que la perception du droit antidumping lui-même, de sorte qu'une telle mesure ne tiendrait pas suffisamment compte des intérêts de l'industrie communautaire et risquerait de réduire à néant l'effet recherché par le règlement lui-même". Ordenação de 17-12-84, cit. supra, nota n.º 83.

Las cinco vías de recurso ofrecidas a las partes interesadas son:

- El recurso de nulidad;
- La suspensión de la ejecución del acto atacado;
- El recurso de carencia;
- El recurso de indemnización;
- El envío perjudicial.

La CJCE posee una amplia jurisprudencia en relación a la admisibilidad del recurso de nulidad en el ámbito que nos ocupa⁸². El alto tribunal ha conocido igualmente recursos de suspensión de la ejecución de reglamentos instituyendo derechos antidumping,⁸³ y ha rechazado en varias ocasiones demandas de medidas provisionales sobre la base de la contradicción de tal demanda con el interés de la Comunidad⁸⁴. Las otras vías de recurso han sido utilizadas por los interesados en el marco de la defensa comercial.

Como vemos, las disposiciones comunitarias sobre el *dumping* son precisas para garantizar la transparencia de éste tipo de procedimientos y permitir a las partes la defensa de sus intereses así como una margen razonable de seguridad jurídica. La jurisprudencia comunitaria es esencial para la correcta evaluación de dichas reglas.

II — Los mecanismos comunitarios frente al comportamiento de los Estados extranjeros afectando la lealtad del comercio

Hemos visto como una producción comunitaria puede ser perjudicada o amenazada por prácticas de competencia desleal imputables a empresas extranjeras. Una situación similar puede presentarse en relación con prác-

82 Cabe resaltar el estudio realizado por E. VAN GINDERACHTER "Problématique de la recevabilité de dumping et des subventions: état de la question et perspectives d'avenir", CDE, 1987 n.º 6 pp. 623 a 666; ver también Meg A. MATARASO "The independent importer's right of review of antidumping regulation before the Court of Justice of the European Communities" en *Fordham International Law Journal*, 1989, vol. 12, pp. 682 a 726.

83 Ver CJCE Ordenanza de 19-7-83, caso n.º 120/83, V/O RAZNOIMPORT c. Comisión, Rec. n.º 1.983/2.573; Ordenanza de 9-4-87, caso n.º 77/87, TECHOINTORG c. Consejo, Rec. n.º 1.987/1.793 y Ordenanza de 17-12-84, caso n.º 258/84 NIPPON SEIKO KK c. Consejo, Rec. n.º 1.984/1.958.

84 En el caso n.º 258/84 la Corte señaló: "Le Conseil et la Comisión ont été en mesure de démontrer que l'adoption des mesures provisoires demandées causerait un préjudice appréciable à la Communauté. En effet, l'exigence d'une simple caution, telle qu'elle est souhaitée par la réquerante, a un effet protecteur nettement moindre que la perception du droit antidumping lui-même, de sorte qu'une telle mesure ne tiendrait pas suffisamment compte des intérêts de l'industrie communautaire et risquerait de réduire à néant l'effet recherché par le règlement lui-même". Ordenanza de 17-12-84, cit. supra nota n.º 83.

Esta parte de nosso trabalho será consagrada ao exame dos instrumentos comunitários: a regulamentação anti-subsídios (A) e o Novo Instrumento da PCC (B).

A. A legislação anti-subsídios, uma garantia da lealdade das importações na Comunidade

Em nível internacional, a legislação sobre os subsídios desenvolveu-se paralelamente à do *dumping*; sem embargo, o problema dos primeiros reveste maior importância política, já que se trata de práticas que comprometem diretamente o governo dos Estados e sua autonomia no desenvolvimento da economia nacional. Esta importância foi alegada durante as negociações do Tokyo Round, em que foi firmado o Acordo relativo à interpretação e aplicação dos artigos VI, XVI e XXIII do GATT, conhecido como Código sobre os subsídios e os direitos compensatórios⁸⁵.

A legislação comunitária em vigor segue os parâmetros desse Código. Ela está consagrada nos mesmos instrumentos que contêm as normas anti-dumping, sem que o recurso a essa regulamentação tenha sido tão freqüente. O país que exerce continuamente a faculdade de impor direitos compensatórios são os Estados Unidos da América⁸⁷.

A análise da regulamentação anti-subsídio implica examinar, por uma parte, a própria noção de subsídio, base de todo o sistema normativo (a) e, por outra, a convergência desse sistema com a legislação antidumping (b).

85 Durante as negociações duas teses antagônicas sobre a regulamentação dessas práticas se apresentaram: a primeira, dos EUA, sustentava que todos subsídios falseava o comércio e devia ser objeto de contramedidas; em consequência, o sistema de restituições da PAC europeia não era outra coisa que a outorga de subsídios à exportação, suscetíveis de serem penalizados com direitos compensatórios. Fora disto, o governo americano entendia reservar-se o direito de instituir tais medidas sem ter que provar a existência de um prejuízo à sua indústria nacional. A segunda tese, defendida pela CEE, considerava a necessidade de estabelecer critérios normativos precisos para distinguir os subsídios proibidos dos considerados legítimos. O sistema de restituição da PAC podia ser assemelhado a estes últimos. A Comunidade sustentava, ainda, que a prova da existência de prejuízo devia ser um requisito prévio à imposição de direitos compensatórios, de acordo com os arts. VI e XVI do GATT. O outro ponto de discordância era o sistema DISC (Domestic International Sales Corporation) que permitia a certas sociedades americanas beneficiar-se de dispensa de impostos federais pelos lucros realizados com as exportações.

86 As estatísticas demonstram que, entre 1974 e 1976, 313 investigações anti-subsídios foram realizadas nos EUA. Entre 1979 e 1986, 34 ações terminaram em imposição de direitos compensatórios. O anterior contrasta com a prática comunitária: entre 1980 e 1984, somente 5 ações foram iniciadas, e a imposição de direitos limitou-se aos casos de subsídios à exportação. Ver Thomas J. SCHOENBAUM "Antidumping and Countervailing duties and the GATT: An evaluation and a proposal for a unified remedy for unfair international trade" em *German Yearbook of International Law*, vol. III, 1987, p. 177.

ticas de responsabilidad no ya de operadores económicos sino de Estados terceros. El legislador comunitario, respetando los principios y objetivos establecidos en el GATT, ha previsto dos instrumentos destinados a combatir este tipo de acciones: la reglamentación antisubsídios y el "Nuevo Instrumento de la Política Comercial Común". El objetivo de tales instrumentos es el de garantizar que los intercambios comerciales no sean falseados por la acción de los gobiernos extranjeros. Como su nombre lo indica, la reglamentación antisubsídios pretende proteger la producción comunitaria de aquellas importaciones objeto de subsidios otorgados por Estados terceros que le causen un perjuicio directo. El Nuevo Instrumento tiene un alcance más amplio, pues, como veremos, se dirige contra las prácticas desleales que afectan una producción comunitaria no sólo al interior del Mercado Común sino también sobre mercados terceros. Su aplicación es excluida en aquellos casos en que los otros instrumentos de defensa comercial pueden ser utilizados. Este instrumento fué concebido precisamente como complemento de la reglamentación existente que no contemplaba todas las hipótesis de prácticas comerciales desleales.

La legislación americana existente en ese mismo campo, así como su aplicación por las autoridades competentes, contrasta con el sistema comunitario. El espíritu que inspira las disposiciones americanas es particularmente proteccionista y desborda los límites establecidos por el GATT, siendo en consecuencia fuertemente criticado tanto por la doctrina nacional como por la doctrina extranjera.

Esta parte de nuestro trabajo será consagrada al examen de los dos instrumentos comunitarios: la reglamentación antisubsídios (A) y el Nuevo Instrumento de la PCC (B).

A. La legislación antisubsídios, una garantía de la lealtad de las importaciones hacia la Comunidad

A nivel internacional la legislación sobre los subsidios se desarrolló paralelamente a aquella sobre el *dumping*; sin embargo el problema de los primeros reviste una mayor importancia política ya que se trata de prácticas que comprometen directamente el gobierno de los Estados y su autonomía en el desarrollo de la economía nacional. Esta importancia fué puesta de presente durante las negociaciones del Tokyo Round, donde fué firmado el Acuerdo relativo a la interpretación y aplicación de los artículos VI, XVI y XXIII del GATT, conocido como Código sobre los subsidios y los derechos compensatorios⁸⁵.

85 Durante estas negociaciones dos tesis antagónicas sobre la regulación de estas prácticas se presentaron: la primera, de los USA sostenía que todo subsidio falseaba el comercio y debía ser objeto de contra-medidas, en consecuencia el sistema de restituciones de la PAC europea no era otra cosa que el otorgamiento de subsidios a la exportación susceptibles de ser penalizados con derechos compensatorios. Fuera de esto el gobierno americano entendía reservarse el derecho

(Continúa)

a. *A existência de um subsídio, condição de uma ação comunitária*

A legislação comunitária prevê a possibilidade de reagir contra as exportações para o território do Mercado Comum que sejam objeto de subsídios, por parte do estado de origem ou de exportação da mercadoria, e que causem, por este fato, prejuízo a uma produção comunitária. O artigo 3.º do regulamento 2423/88 CEE e o mesmo da decisão 2424/88 CECA autorizam a imposição de direitos compensatórios, a fim de compensar todo subsídio concedido, direta ou indiretamente, no país de origem ou de exportação, à fabricação, à produção, à exportação ou ao transporte de qualquer produto cuja situação em livre prática dentro da Comunidade cause um prejuízo.

Uma lista enunciativa dos comportamentos considerados como subsídios "nocivos" encontra-se em anexo à regulamentação de base. Isto se deve a que os subsídios são instrumentos de política comercial e econômica dos Estados e, em consequência, muitos são autorizados.

Como no âmbito da regulamentação antidumping, duas condições são previstas para iniciar uma ação comunitária:

- Que tenha sido apresentada prova da existência do subsídio; e
- Que a prova do prejuízo sofrido pela produção comunitária seja também estabelecida.

Nem no Código GATT, nem na legislação comunitária, encontra-se uma definição precisa desta prática de concorrência desleal. Como assinala acertadamente o Prof. Robert Herzog "... l'importance des subventions semble inversement proportionnelle à la précision de la notion... L'absence de rigueur dans l'emploi du mot interdit déduire de son utilisation qu'on est en face d'une notion déterminée, et à l'inverse, le recours à d'autres noms tels que prime, aide, versement, dotation, n'exclut pas qu'on soit en présence d'une réalité unique..."⁸⁷. Com efeito, a ausência de uma definição em nível internacional, como em nível comunitário, está na base de divergências e imprecisões na interpretação e alcance dessa noção por parte das autoridades encarregadas de aplicar as normas relacionadas com ela.⁸⁸

É possível deduzir das normas existentes e da interpretação que as autoridades comunitárias fizeram delas certos elementos característicos de um subsídio:

1. O subsídio consiste em uma ajuda pública. Tal afirmação nunca foi discutida. O Código sobre subsídios e direitos compensatórios do GATT

⁸⁷ Robert HERZOG "Linéament d'une théorie des subventions", em RFFP nº 23, 1988.

⁸⁸ No que respeita aos EUA, ver principalmente Christoph LEHMANN "The definition of 'Domestic subsidy' under United States Countervailing Duty Law", em *Texas International Law Journal*, vol. 22, 1986, pp. 53 a 86.

La legislación comunitaria en vigor sigue los parámetros de dicho Código. Ella está consagrada en los mismos instrumentos que contienen las normas antidumping, sin que el recurso a tal reglamentación haya sido tan frecuente. El país que ejerce la facultad de imponer derechos compensatorios son los Estados Unidos de América⁸⁶.

El análisis de la reglamentación antisubsidio implica examinar, de una parte, la noción misma de subsidio, base de todo el sistema normativo (a) y, de otra, la convergencia de tal sistema con la legislación antidumping (b).

a. *La existencia de un subsidio, condición para una acción comunitaria*

La legislación comunitaria prevee la posibilidad de reaccionar contra las exportaciones hacia el territorio del Mercado Común que sea objeto de subsidios de parte del Estado de origen o de exportación de la mercancía y que causen de ese hecho un perjuicio a una producción comunitaria. El artículo 3 del reglamento 2.423/88 CEE y aquel de la decisión 2.424/88 CECA autorizan la imposición de derechos compensatorios a fin de compensar todo subsidio acordado, directa o indirectamente, en el país de origen o de exportación, a la fabricación, a la producción, a la exportación o al transporte de todo producto cuya situación en "libre práctica" dentro de la Comunidad cause un perjuicio.

Una lista enunciativa de los comportamientos considerados como subsidios "nocivos" se encuentra en anexo a la reglamentación de base. Esto se debe a que los subsidios son instrumentos de política comercial y económica de los Estados y en consecuencia muchos son autorizados.

Como en el ámbito de la reglamentación antidumping dos condiciones para iniciar una acción comunitaria son previstas:

- Que haya sido aportada prueba de la existencia del subsidio; y
- Que la prueba del perjuicio sufrido por la producción comunitaria sea también establecida.

(Continuação)

cho de instituir tales medidas sin tener que probar la existencia de un perjuicio a su industria nacional. La segunda tesis, defendida por la CEE, consideraba la necesidad de establecer criterios normativos precisos para distinguir los subsidios prohibidos de aquellos considerados legítimos. El sistema de restitución de la PAC podía ser asimilado a éstos últimos. La Comunidad sostenía, además que la prueba de la existencia de un perjuicio debía ser un requisito previo a la imposición de derechos compensatorios de acuerdo con los arts. VI y XVI del GATT. El otro punto de discordia era el sistema DISC (Domestic International Sales Corporation) que permitía a ciertas sociedades americanas beneficiarse de una exoneración de impuestos federales por los beneficios realizados con las exportaciones.

⁸⁶ Las estadísticas demuestran que entre 1974 y 1976, 313 investigaciones anti-subsidios fueron realizadas en los USA. Entre 1979 y 1986 34 acciones terminaron en la imposición de derechos compensatorios. La anterior contrasta con la práctica comunitaria: entre 1980 y 1984 solo 5 acciones fueron iniciadas y la imposición de derechos se limitó a los casos de subsidios a la exportación. Ver Thomas J. SCHOENBAUM "Antidumping and Countervailing duties and the GATT: An evaluation and a proposal for a unified remedy for unfair international trade" en *German Yearbook of International Law*, vol. III, 1987, p. 177.

elucida que o termo subsídio compreende todos aqueles subsídios concedidos por qualquer autoridade pública, ou qualquer organismo público do território de um Estado signatário; e na lista anexa ao Código existe uma cláusula geral: "qualquer ônus para o Tesouro Público que constitua um subsídio à exportação, no sentido estabelecido pelo artigo XVI do Acordo Geral" (art. 11).

Por consequência, fica excluída qualquer intervenção privada. Na prática, o princípio é reafirmado desde 1960, quando um grupo de peritos concluiu, no seio do GATT, pela não-aplicação das normas à intervenção de pessoas privadas, atuando independentemente de seus governos.

Todas as ajudas concedidas pelos diferentes Estados de uma confederação, ou pelas coletividades locais de um Estado, estão compreendidas na noção de subsídio. A prática das autoridades americanas pode servir de exemplo desta afirmação.⁸⁹

Para as autoridades comunitárias o caráter de ajuda pública, essencial a um subsídio, deriva do fato de a ajuda constituir um ônus para o Tesouro Público. Com efeito, o subsídio deve implicar em vantagem para o destinatário e, para o Estado, o peso do sacrifício correspondente. Assim expressamente o reconheceram a Comissão e a CJCE.⁹¹

O sacrifício para o Estado deve compreender-se no sentido amplo do termo, quer dizer, não somente em face de uma dispensa, mas igualmente em face de um não-lucro ou uma contribuição menor a favor do Estado, como, por exemplo, a renúncia, por parte das autoridades públicas, a impostos ou outros encargos devidos por um contribuinte.⁹¹

2. O subsídio deve representar um benefício líquido para o seu destinatário final. Uma ajuda governamental não implica necessariamente

⁸⁹ Ver principalmente Christoph LEHMANN, ob. cit. supra, nota n.º 88.

⁹⁰ A Comissão assinalou: "En effet, en matière de commerce international la subvention se caractérise avant tout autre élément par une contribution financière des autorités publiques. Ceci résulte notamment du point (1) de la liste exemplaire du code sur les subventions... L'assimilation à une subvention de pratiques autres que celles qui impliquent une charge pour le Trésor public serait abusive. En effet, elle conduirait à l'extrême, à qualifier de subvention toute intervention publique dans l'économie, que ce soit dans le domaine fiscal ou même dans le domaine simplement réglementaire, au moyen, par exemple, de l'institution d'un contrôle des prix ou de normes en matière de pollution". Decisão n.º 85/233 CEE, da Comissão, de 16-4-85, encerrando o procedimento anti-subsídio relativo às importações de tortas de soja originárias do Brasil, DOCE L. n.º 106, de 18-4-85, p. 19.

⁹¹ A Corte estabeleceu: "... la notion de subvention à l'exportation a été consue, par le législateur communautaire, comme impliquant nécessairement une charge financière supportée directement ou indirectement par des organismes publics... le concept de charge comprend non seulement l'hypothèse où l'Etat procède à un versement de fonds, mais aussi celle où il renonce au recouvrement des créances fiscales, introduisant ainsi une exception à une règle de taxation généralement applicable". CJCE, sentenças de 14-7-88, casos n.º 187/85 e 188/85 FEDIOL v. Comissão, Rec. n.º 1.988/4.185.

Ni en el Código GATT, ni en la legislación comunitaria se encuentra una definición precisa de esta práctica de concurrencia desleal. Como lo señalará acertadamente el Prof. Robert Herzog "... l'importance des subventions semble inversement proportionnelle à la précision de la notion... L'absence de rigueur dans l'emploi du mot interdit déduire de son utilisation qu'on est en face d'une notion déterminée, et à l'inverse, le recours à d'autres noms tels que prime, aide, versement, dotation, n'exclut pas qu'on soit en présence d'une réalité unique..."⁸⁷. En efecto, la ausencia de una definición a nivel internacional como a nivel comunitario está a la base de divergencias e imprecisiones en la interpretación y alcance de esta noción por parte de las autoridades encargadas de aplicar las normas relacionadas con ella⁸⁸.

Es posible deducir de las normas existentes y de la interpretación que las autoridades comunitarias han hecho de ellas ciertos elementos característicos de un subsidio:

1. El subsidio consiste en una ayuda pública. Tal afirmación nunca ha sido discutida. El Código sobre subsidios y derechos compensatorios del GATT precisa que el término subsidio comprende todos aquellos subsidios otorgados por toda autoridad pública o todo organismo público del territorio de un Estado signatario y en la lista anexa del Código existe una cláusula general: "toda otra carga para el Tesoro Público que constituya un subsidio a la exportación en el sentido establecido por el artículo XVI del Acuerdo General" (art. 11).

Toda intervención privada es en consecuencia excluída. En la práctica el principio es reafirmado desde 1960, cuando un grupo de expertos en el seno del GATT concluyó la no aplicación de las normas a la intervención de personas privadas actuando independentemente de sus gobiernos.

Todas aquellas ayudas acordadas por los diferentes Estados de una confederación o por las colectividades locales de un Estado quedan comprendidas en la noción de subsidio. La práctica de las autoridades americanas puede servir de ejemplo de esta afirmación⁸⁹.

Para las autoridades comunitarias el carácter de ayuda pública esencial a un subsidio deriva del hecho de constituir tal ayuda una carga para el Tesoro Público. En efecto, el subsidio debe implicar una ventaja para

⁸⁷ Robert HERZOG "Linéament d'une théorie des subventions" en RFFP n.º 23, 1988.

⁸⁸ En lo que respecta los USA, ver principalmente Christoph LEHMANN "The definition of "Domestic subsidy" under United States Countervailing Duty Law" en Texas International Law Journal, vol. 22, 1986, pp. 53 a 86.

⁸⁹ Ver principalmente Christoph LEHMANN, ob. cit. supra nota n.º 88.

um lucro líquido para o seu destinatário, particularmente se a ajuda está sujeita ao cumprimento de certas obrigações por parte da indústria ou da empresa de que se trata, em contrapartida da sua concessão. Da mesma maneira não podem ser considerados subsídios os aportes feitos pelo Estado aos investimentos realizados em regiões desfavorecidas e destinados a compensar o alto custo que implica a implantação ou a organização de indústrias nessas regiões.

O benefício deve ser, ademais, específico para o destinatário final do subsídio. Assim o reconheceu a CJCE em sua sentença FEDIOL⁹².

Para as autoridades americanas o benefício líquido implica, em princípio, uma vantagem na competitividade do destinatário no mercado internacional: sua produção é favorecida, no mercado interior, em relação aos bens importados ou em relação às outras exportações para mercados estrangeiros⁹³.

3. O subsídio deve revestir um caráter especial. Para que um auxílio governamental seja considerado como subsídio suscetível de acarretar a imposição de direitos compensatórios, é necessário que seja atribuído exclusivamente a um setor específico da indústria ou a uma ou várias empresas em particular; concedendo-lhes, assim, privilégios inacessíveis às outras indústrias ou empresas e influenciando, deste modo, sua capacidade concorrencial internacional⁹⁴.

Esta condição é evidente, partindo do pressuposto de que os governos concedem ajudas às indústrias em geral, sem as quais ela não poderia desenvolver-se. A Comissão pronunciou-se expressamente sobre este ponto na decisão pela qual encerrava o procedimento relativo à importação de tortas de soja originárias do Brasil, decisão que recebeu o apoio da CJCE⁹⁵.

92. CJCE, sentença de 14-7-88, caso nº 188/85 cit., supra, nota nº 91.

93. A Corte de Comércio Internacional (CIT) dos Estados Unidos pronunciou-se nesse sentido. Ver Ch. LEHMANN, ob. cit., supra, nota nº 88.

94. Na legislação americana este fator está previsto expressamente. O art. 92 do Tratado de Roma consagra a incompatibilidade com o Mercado Comum das ajudas que falseiam as condições da concorrência favorecendo certas empresas ou certas produções. Esta disposição restringe-se aos intercâmbios intracomunitários.

95. Decisão nº 85/233 CEE, da Comissão, cit., supra, nota nº 90.

Podemos assinalar que a Seção nº 1.677 do Trade Agreement Act de 1974, modificado pela Seção nº 1.312 do US Omnibus Trade and Competitiveness Act, de 1988, dispõe:

"B. The following domestic subsidies, if provided or required by Government action to a specific enterprise or industry or group of enterprises or industries, whether publicly or privately owned and whether paid or bestowed directly or indirectly on the manufacture production or export of any class or kind of merchandise..."

el destinatario y la carga del sacrificio correspondiente para el Estado. Así lo reconoció expresamente la Comisión y la CJCE⁹⁰.

El sacrificio para el Estado debe comprenderse en sentido amplio del término, es decir ante una despesa sino igualmente ante una no-ganancia o una contribución menor a favor del Estado, como por ejemplo la renuncia por parte de las autoridades públicas a impuestos u otras cargas debidas por un contribuyente⁹¹.

2. El subsidio debe representar un beneficio neto para su destinatario final. Una ayuda gubernamental no implica necesariamente un beneficio neto para su destinatario, particularmente si esa ayuda está sujeta al cumplimiento de ciertas obligaciones por parte de la industria o de la empresa de que se trata en contrapartida de su otorgamiento. De la misma manera no pueden ser considerados subsidios los aportes hechos por el Estado a las inversiones realizadas en regiones desfavorecidas y destinados a compensar el costo mayor que implica la implantación o la organización de industrias en tales regiones.

El beneficio debe ser además específico al destinatario final del subsidio, así lo reconoció la CJCE en su sentencia FEDIOL⁹².

Para las autoridades americanas el beneficio neto implica en principio una ventaja en la competitividad del destinatario sobre el mercado internacional: su producción es favorecida en el mercado interior en relación a los bienes importados o en relación a las otras exportaciones sobre mercados extranjeros⁹³.

90 La Comisión señaló: "En effet, en matière de commerce international la subvention se caractérise avant tout autre élément par une contribution financière des autorités publiques. Ceci résulte notamment du point(1) de la liste exemplative du code sur les subventions... L'assimilation à une subvention de pratiques autres que celles qui impliquent une charge pour le Trésor public serait abusive. En effet, elle conduirait, à l'extrême, à qualifier de subvention toute intervention publique dans l'économie, que ce soit dans le domaine fiscal ou même dans le domaine simplement réglementaire, au moyen, par exemple, de l'institution d'un contrôle des prix ou de normes en matière de pollution". Decisión nº 85/233 CEE de la Comisión de 16-4-85 cerrando el procedimiento antisubsidio relativo a las importaciones de tortas de soja originarias del Brasil, DOCE L. nº 106 18-4-85, p. 19.

91 La Corte estableció: "... la notion de subvention à l'exportation a été conçue, par le législateur communautaire, comme impliquant nécessairement une charge financière supportée directement ou indirectement par des organismes publics... le concept de charge comprend non seulement l'hypothèse où l'Etat procède à un versement de fonds, mais aussi celle où il renonce au recouvrement des créances fiscales, introduisant ainsi une exception à une règle de taxation généralement applicable". CJCE sentencias de 14-7-88, casos n.ºs 187/85 y 188/85 FEDIOL c. Comisión, Rec. n.º 1.988/4.185.

92 CJCE sentencia de 14-7-88, caso nº 188/85 cit. supra nota nº 91.

93 La Corte de Comercio Internacional (CIT) de los Estados Unidos se pronunció en este sentido. Ver Ch. LEHMANN, ob. cit. supra nota nº 88.

Um auxílio regional, isto é, uma ajuda acessível a todas as indústrias de determinada região ou exonerações fiscais, concedidas ao conjunto de um ramo da indústria, não será considerado como um subsídio nocivo na medida em que se destina a compensar o custo de estabelecimento da indústria ou da empresa de que se trata, na região desfavorecida.

4. A concessão do subsídio deve causar perturbações nas condições normais da concorrência. O artigo 11, § 2.º do Código dispõe que os subsídios diferentes dos subsídios à exportação concedidos por um Estado podem causar prejuízo a um ramo de produção nacional de outro Estado, ou um dano sério aos seus interesses, particularmente quando eles exercem uma influência desfavorável sobre as condições normais de concorrência. Em consequência, os Estados devem esforçar-se em evitar esses efeitos. Nem todo subsídio interno perturba necessariamente o equilíbrio das relações comerciais internacionais; pelo contrário, alguns contribuem para eliminar tais distorções, assim, por exemplo, as ajudas a empresas estabelecidas em regiões menos favorecidas.

Esta característica está estreitamente relacionada com a segunda; se o destinatário do subsídio não recebe uma vantagem especial, a concorrência no mercado de que se trata não será afetada e, neste caso, o subsídio será considerado como um instrumento legítimo e indispensável da política econômica e social do Estado.

5. Deve existir uma relação causal entre o produto e o subsídio de que se trata. Para que um subsídio seja suscetível de acarretar a imposição de contramedidas, deve ser concedido — de acordo com o disposto no art. 3.º da regulamentação de base —, direta ou indiretamente, à fabricação, à produção ou ao transporte dos produtos cuja situação em livre prática dentro da Comunidade cause um prejuízo. Um vínculo entre o produto objeto da investigação e o subsídio deve ser constatado pela Comissão. Não existe nenhuma dúvida sobre a existência de tal vínculo nos casos em que o subsídio tenha sido diretamente pago ao produtor. Sem embargo, essa relação pode ser difícil de estabelecer quando o beneficiário produz uma gama variada de produtos. As autoridades americanas consideram que um subsídio concedido a uma empresa beneficia toda sua produção, salvo na hipótese de ser concedido particularmente a certos produtos⁹⁶.

No sistema do GATT existe uma distinção entre os subsídios à exportação (proibidos) e os subsídios interiores (admitidos sob certas condições como instrumentos de política econômica). Apesar da ausência de consagração expressa, esta distinção na legislação comunitária, as autoridades supranacionais na prática observam-na

⁹⁶ Neste sentido Ch. LEHMANN, ob. cit., supra, nota nº 88.

⁹⁷ CJCE, sentença de 14-7-88, caso nº 188/85 cit., supra, nota nº 91.

3. El subsidio debe revestir un carácter especial. Para que un auxilio gubernamental sea considerado como subsidio susceptible de acarrear la imposición de derechos compensatorios, es necesario que sea atribuido exclusivamente a un sector específico de la industria o a una o varias empresas en particular, otorgándose así privilegios inaccesibles a las otras industrias o empresas influenciando con esto su capacidad concurrencial internacional⁹⁴.

Tal condición es evidente partiendo del presupuesto que los gobiernos otorgan ayudas a la industria en general sin las cuales ella no podría desarrollarse. La Comisión se pronunció expresamente sobre este punto en la decisión por la cual cerraba el procedimiento relativo a la importación de tortas de soja originarias del Brasil, decisión que recibió el apoyo de la CJCE⁹⁵.

Un auxilio regional, esto es una ayuda accesible a todas las industrias de determinada región o exoneraciones fiscales acordadas al conjunto de un ramo de la industria, no será considerada como un subsidio nocivo en la medida en que está destinada a compensar al costo de establecimiento de la industria o de la empresa de que se trata en la región desfavorecida.

4. El otorgamiento del subsidio debe causar perturbaciones en las condiciones normales de la concurrencia. El artículo 11 par. 2 del Código GATT establece que los subsidios diferentes a los subsidios a la exportación otorgados por un Estado pueden causar un perjuicio a un ramo de producción nacional de otro Estado, o un daño serio a sus intereses, particularmente cuando ellos ejercen una influencia desfavorable sobre las condiciones normales de concurrencia. En consecuencia los Estados deben esforzarse en evitar tales efectos. No todo subsidio interno perturba necesariamente el equilibrio de las relaciones comerciales internacionales; algunos, por el contrario, contribuyen a eliminar tales distorsiones, así por ejemplo las ayudas a empresas establecidas en regiones menos favorecidas.

Esta característica está estrechamente relacionada con la segunda, si el destinatario del subsidio no recibe una ventaja particular, la concurren-

⁹⁴ En la legislación americana este factor está previsto expresamente. El art. 92 del Tratado de Roma consagra la incompatibilidad con el Mercado Común de las ayudas que falseen las condiciones de la concurrencia favoreciendo ciertas empresas o ciertas producciones. Esta disposición está limitada a los intercambios intracomunitarios.

⁹⁵ Decisión nº 85/233 CEE de la Comisión cit. supra nota nº 90.

Podemos señalar que la Section nº 1.677 del Trade Agreement Act de 1974, modificado por la Section nº 1.312 del US Omnibus Trade and Competitiveness Act de 1988 dispone:

"B. The following domestic subsidies, if provided or required by Government action to a specific enterprise or industry or group of enterprises or industries, whether publicly or privately owned and whether paid or bestowed directly or indirectly on the manufacture production or export of any class or kind or merchandise...".

Por outra parte, os subsídios podem classificar-se de acordo com a forma como tenha sido concedidos. Diretos quando; o governo entrega a ajuda diretamente ao produtor do bem de que se trata. Indiretos, quando o subsídio é concedido a uma indústria situada dentro da cadeia de produção do produto final (*input subsidiation, upstream subsidiation*). No caso FEDIOL, por exemplo, a indústria comunitária alegava que o Governo brasileiro concedia aos financiamentos a taxas preferenciais aos trituradores de soja para a armazenagem de grãos, assim como empréstimos a taxas preferenciais destinados a financiar as importações desses produtos. Segundo a FEDIOL (Federação de Indústrias de óleos da Comunidade), essas medidas tinham como objetivo a redução de custos de produção para os trituradores, tornando mais competitivas as exportações brasileiras de tortas de soja. A Comissão constatou a existência desses subsídios.

b) *Convergências da legislação antidumping e anti-subsídios*

No direito internacional são dois os instrumentos que regulamentam os fenômenos vizinhos do dumping e dos subsídios; no direito comunitário a regulamentação destes dois tipos de práticas é objeto de um regime comum estabelecido nos mesmos instrumentos (Regulamento n.º 2.423/88 CEE e Decisão n.º 2.424/88 CECA). Em princípio, as normas que regem o procedimento, são as mesmas, com algumas particularidades, no caso de uma investigação relativa a subsídios, que obedecem à natureza própria dos mesmos.

Detalhamentos sobre a determinação da existência de prejuízo ou de ameaça de prejuízo são previstos para o caso dos subsídios. Não sendo possível iniciar a ação comunitária com base na existência de demora na determinação de uma produção comunitária.

O exame do interesse da Comunidade na ação é realizado na eventualidade de impor direitos compensatórios. Neste caso, a avaliação do interesse limita-se aos fatos e elementos que intervêm no curso da investigação. Posto que o subsídio não é fato de um exportador, senão de um Estado, sua concessão e sua supressão obedecem a considerações diferentes daquelas que inspiram a realização de práticas de dumping, e o risco de ver reaparecer um subsídio suprimido no curso de uma investigação não é o mesmo que o da reaparição de um *dumping* interrompido durante o mesmo período.⁹⁸ Referindo-se ao artigo 9.º da regulamentação de base, a CJCE reconheceu o poder discricionário de que goza a Comissão para encerrar o procedimento anti-subsídio, com base na ausência de interesse comunitário.⁹⁹

98 Nas últimas decisões tomadas pela Comissão explicita-se a apreciação do interesse comunitário, assim, por exemplo, a Decisão n.º 85233 CEE, cit., supra, nota n.º 90.

99. CJCE, sentença de 14-7-88; caso n.º 188/85. FEDIOL v. Comissão cit., supra, nota n.º 91.

cia sobre el mercado del cual se trata no será afectada y en tal caso el subsidio será considerado como un instrumento legítimo e indispensable de la política económica y social del Estado.

5. Debe existir una relación causal entre el producto y el subsidio de que se trata. Para que un subsidio sea susceptible de acarrear la imposición de contra-medidas, debe ser otorgado — de acuerdo con lo establecido en el art. 3 de la reglamentación de base —, directa o indirectamente, a la fabricación, a la producción o al transporte de los productos cuya situación en libre práctica dentro de la Comunidad cause el perjuicio. Un vínculo entre el producto objeto de la investigación y el subsidio debe ser constatado por la Comisión. No existe ninguna duda sobre la existencia de tal vínculo en los casos en que el subsidio ha sido directamente pago al productor. Sin embargo tal relación puede ser difícil de establecer cuando el beneficiario produce una gama variada de productos. Las autoridades americanas consideran que un subsidio acordado a una empresa beneficia a toda su producción, salvo en la hipótesis de ser otorgado particularmente a ciertos productos⁹⁶.

En el sistema del GATT existe una distinción entre los subsidios a la exportación (prohibidos) y los subsidios interiores (admitidos bajo ciertas condiciones como instrumentos de política económica). A pesar de la ausencia de consagración expresa de ésta distinción en la legislación comunitaria, las autoridades supranacionales la observan en la práctica.

De otra parte los subsidios pueden clasificarse de acuerdo con la forma en que han sido otorgados. Directos cuando el gobierno entrega la ayuda directamente al productor del bien de que se trata. Indirectos cuando el subsidio es acordado a una industria situada dentro de la cadena de producción del producto final (*input subsidiation, upstream subsidiation*). En el caso FEDIOL, por ejemplo, la industria comunitaria alegaba que el gobierno brasileño acordaba a los trituradores de soja financiamentos a tasas preferenciales para el almacenamiento de habas, así como préstamos a tasas preferenciales destinados a financiar las importaciones de tales productos. Según la FEDIOL (Federación de Industrias huileras de la Comunidad) éstas medidas tenían como objetivo la reducción de costos de producción para los trituradores, haciendo más competitivas las exportaciones brasileñas de tortas de soja. La Comisión constató la existencia de tales subsidios.

b. *Convergencias de la legislación antidumping y antisubsidios*

En el derecho internacional dos son los instrumentos que reglamentan los fenómenos vecinos del dumping y de los subsidios; en el derecho comunitario la reglamentación de estos dos tipos de prácticas es objeto de un

96 En este sentido Ch. LEHMANN, ob. cit. supra nota n.º 88.

97 CJCE sentença de 14-7-88, caso n.º 188/85 cit. supra, n.º 91.

Outros aspectos particulares, no que se refere ao procedimento anti-subsídio, são: o sistema de avaliação do subsídio previsto de maneira precisa na legislação, em concordância com as normas que a esse respeito estabelece o sistema do GATT, e a conclusão de acordos relativos às práticas que nos ocupam, acordos estes celebrados entre um governo e a Comunidade, que não obedecem às regras tradicionais do direito internacional. O artigo 13 da regulamentação de base, tomando em consideração a natureza particular das práticas de subsídio, prevê a possibilidade de o Conselho impor ou aumentar retroativamente os direitos compensatórios, quando, em circunstâncias críticas, constata-se que um prejuízo dificilmente reparável é causado por importações maciças do produto objeto da investigação efetuada num período relativamente curto. Tal medida tem por fim impedir que o prejuízo se repita. Esta mesma possibilidade é prevista no caso de violação de um acordo.

B. *O Novo Instrumento da PCC, uma garantia complementar da lealdade do comércio internacional*

Com a promulgação do Regulamento n.º 2.641/84 CEE, "Novo Instrumento da PCC", em 17 de setembro de 1984, o Conselho de Comunidades Europeias deu um impulso significativo ao reforço e uniformização da Política Comercial Comum.

Este instrumento tem por objetivos essenciais a defesa dos interesses legítimos da Comunidade em um clima de concorrência comercial internacional intensa, e permitir à Comunidade, na gestão de sua política comercial, atuar com tanta rapidez e eficácia como os seus principais concorrentes comerciais. O Novo Instrumento constitui um mecanismo de defesa que busca garantir a legalidade e a lealdade no comércio, sendo ao mesmo tempo um instrumento destinado a favorecer a eliminação de obstáculos ao livre comércio internacional. O Regulamento n.º 2.641/84 CEE foi inspirado na Seção 301 do US Trade Agreement Act de 1974.

As principais particularidades desse instrumento consistem, primeiro, na possibilidade para os operadores econômicos e para os Estados Membros de levar ao conhecimento das instituições comunitárias a existência de práticas de concorrência desleal, não apenas no território da Comunidade, mas em mercados de exportação, e, segundo, de constituir um meio de pressão sobre os Estados para que adaptem suas condutas às disposições internacionais em vigor, ainda quando esses Estados não as tenham subscrito. O direito internacional vê-se, então, reforçado por mecanismos que não correspondem à sua própria ordem jurídica.

O Novo Instrumento estabeleceu um novo equilíbrio entre as suas instituições comunitárias — o Conselho e a Comissão — em relação com o papel por elas desempenhado no âmbito das relações com os terceiros Estados.

régimen común establecido en los mismos instrumentos (reglamento 2.423/88 CEE y decisión 2.424/88 CECA). Las normas que rigen el procedimiento son en principio las mismas, con algunas particularidades en el caso de una investigación relativa a subsidios que obedecen a la naturaleza propia de los mismos.

Precisiones sobre la determinación de la existencia de un perjuicio o de una amenaza de perjuicio son previstas para el caso de los subsidios. No siendo posible iniciar la acción comunitaria sobre la base de la existencia de un retardo en el establecimiento de una producción comunitaria.

El examen del interés de la Comunidad en la acción es realizado en la eventualidad de imponer derechos compensatorios. La evaluación de éste interés se limita, en éste caso, a los hechos y elementos que intervienen en el curso de la investigación. Puesto que el subsidio no es el hecho de un exportador sino de un Estado, su otorgamiento y su supresión obedecen a consideraciones diferentes de aquellas que inspiran la realización de prácticas de dumping, y el riesgo de ver reaparecer un subsidio suprimido a lo largo de una investigación no es el mismo que frente a la reaparición de un dumping interrumpido durante el mismo período⁹⁸. La CJCE, refiriéndose al artículo 9 de la reglamentación de base, reconoció el poder discrecional de que goza la Comisión para cerrar el procedimiento antisubsidio sobre la base de la ausencia de interés comunitario⁹⁹.

Otros aspectos particulares en lo que se refiere al procedimiento anti-subsidio son: el sistema de evaluación del subsidio previsto de manera precisa en la legislación en concordancia con las normas que al respecto establece el sistema del GATT y la conclusión de acuerdos relativos a las prácticas que nos ocupan, acuerdos estos celebrados entre un gobierno y la Comunidad que no obedecen a las reglas tradicionales del derecho internacional. El artículo 13 de la reglamentación de base, tomando en consideración la naturaleza particular de las prácticas de subsidio, prevé la posibilidad para el Consejo de imponer o aumentar retroactivamente los derechos compensatorios, cuando es constatado en circunstancias críticas que un perjui-

⁹⁸ En las últimas decisiones tomadas por la Comisión se establecen precisiones sobre la apreciación del interés comunitario, así por ejemplo la Decisión n.º 85/233 CEE cit. supra, nota n.º 90.

⁹⁹ CJCE sentencia de 14-7-88, caso n.º 188/85 FEDIOL c. Comisión cit. supra, nota n.º 91.

¹⁰⁰ Es particularmente el caso de las modificaciones realizadas en 1984, previendo la negociación de nuevos acuerdos relativos a los servicios en el marco de la Sección n.º 301. Ejemplos de esta función de apertura de mercados son: los acuerdos con la Corea del Sur sobre la propiedad intelectual y con el Japón sobre los semi-conductores. El NIPC podría ser utilizado en este sentido, ver M.I.B. ARNOLD y M.C.E.J. BONCKERS "The EEC New Trade Policy Instrument: some comments on its applications (Reg. n.º 2.641/84)" en JWTL vol. 22, 1983, pp. 19 a 38.

Alguns comentaristas da Seção 301 do US. Trade Act consideram que ela constitui um meio político de acesso a mercados estrangeiros. Ainda quando tal instrumento seja empregado para enfrentar as práticas desleais, pode facilitar a negociação de novos acordos destinados a garantir a estabilidade nas relações comerciais americanas.¹⁰⁰ Uma manifestação da CJCE sobre a possibilidade de utilizar o Novo Instrumento nesse sentido seria particularmente interessante com respeito ao poder de ação das autoridades comunitárias.

O artigo 13 do regulamento exclui sua aplicação nos casos em que os outros instrumentos da PCC podem ser aplicados. A CJCE pronunciou-se a respeito.¹⁰¹ Contrariamente, o instrumento americano pode ser utilizado em conjunto com a legislação antidumping ou anti-subsídio.¹⁰²

Cabe assinalar que o regulamento faz referência unicamente ao comércio de bens. A proposição inicial da Comissão previa a aplicação do Novo Instrumento ao intercâmbio de serviços, mas o Conselho exclui esta possibilidade, apesar do voto favorável do Parlamento.¹⁰³

Duas vias de ação são estabelecidas pelo Novo Instrumento, conforme o objetivo de sua utilização seja reagir contra a realização de práticas comerciais desleais (Via A), ou assegurar o pleno exercício dos direitos da Comunidade (Via B).

a) Via A do Novo Instrumento

A primeira via de ação instituída pelo Regulamento n.º 2.641/84 tem por objeto conferir às autoridades comunitárias poder para atuar contra

¹⁰⁰ É o caso, particularmente, das modificações realizadas em 1984, prevendo a negociação de novos acordos relativos aos serviços no quadro da Seção 301. Exemplos desta função de abertura de mercados são: os acordos com a Coreia do Sul sobre a propriedade intelectual e com o Japão sobre semicondutores. O NIPC poderia ser utilizado neste sentido, ver M.I.B. ARNOLD e M.C.E.J. BONCKERS "The EEC New Trade Policy Instrument: some comments on its applications (Reg. n.º 2.641/84)", em *JWTL*, vol. 22, 1988, pp. 19 a 38.

¹⁰¹ CJCE, sentença de 22-6-89, caso n.º 70/87 FEDIOL v. Comissão ainda inédito.

¹⁰² Certos autores consideram que é possível a aplicação do NIPC nos casos em que outros regulamentos poderiam ser utilizados. Em todo caso, a aplicação do NIPC seria exclusiva, e a escolha de um ou outro instrumento dependeria basicamente do objetivo visado. Assim, por exemplo, se a indústria comunitária pretende a eliminação ou a redução de subsídios, poderia utilizar-se o NIPC, mas se o objetivo é a obtenção de restrições à importação dos produtos de que se trata, a aplicação do regulamento anti-subsídios seria a mais adequada. Assim o assinalam ARNOLD e BRONCKERS, ob. cit. supra, nota n.º 100.

¹⁰³ Ver proposta de regulamento CEE, do Conselho, relativo ao reforço da PCC, particularmente em matéria de defesa contra as práticas comerciais ilícitas, apresentada pela Comissão ao Conselho, a 1.º de março de 1983; *DOCE C.* n.º 83, de 26-3-83, p. 6. Aviso do Parlamento Europeu, sessão de 29 e 30 de junho de 1983, *DOCE C.* n.º 205, de 1.º-8-83, p. 1.

cio dificilmente reparable es causado por importaciones masivas del producto concernido por la investigación efectuada en un período relativamente corto. Tal medida tiene por objeto impedir que el perjuicio se reproduzca. Esta misma posibilidad es prevista en caso de violación de un acuerdo.

B. El Nuevo Instrumento de la PCC, una garantía complementaria de la lealtad del comercio internacional

Con la promulgación, el 17 de septiembre de 1984, del reglamento 2.641/84 CEE "Nuevo Instrumento de la PCC", el Consejo de Comunidades Europeas dió un impulso significativo al refuerzo y uniformización de la Política Comercial Común.

Este instrumento tiene por objetivos esenciales la defensa de los intereses legítimos de la Comunidad en un clima de competencia comercial internacional intensa, y permitir a la Comunidad, en la gestión de su política comercial, actuar con tanta rapidez e eficacia como sus principales concurrentes comerciales. El Nuevo Instrumento constituye un mecanismo de defensa que busca garantizar la legalidad y la lealtad en el comercio, siendo al mismo tiempo un instrumento destinado a favorecer la eliminación de obstáculos al libre comercio internacional. El reglamento 2.641/84 CEE fué inspirado en la Sección 301 del U. S. Trade Agreement Act de 1974.

Las principales particularidades de éste instrumento consisten, primero, en la posibilidad para los operadores económicos y para los Estados Miembros de llevar a conocimiento de las instituciones comunitarias la existencia de prácticas de competencia desleal no sólo sobre el territorio de la Comunidad sino sobre mercados de exportación y, segundo, de constituir un medio de presión sobre los Estados para que adapten sus conductas a las disposiciones internacionales en vigor; aún cuando estos Estados no las hayan suscrito. El derecho internacional se vé entonces reforzado por mecanismos que no corresponden a su propia orden jurídica.

El Nuevo Instrumento ha establecido igualmente un nuevo equilibrio entre las dos instituciones comunitarias — el Consejo y la Comisión — en relación al papel por ellas desempeñado en el ámbito de las relaciones con los Estados terceros.

Algunos comentaristas de la Sección 301 del U.S. Trade Act consideran que ella constituye un medio político de acceso a mercados extranjeros. Aún cuando tal instrumento sea empleado para hacer frente a las prácticas desleales, él puede facilitar la negociación de nuevos acuerdos destinados a garantizar la estabilidad en las relaciones comerciales americanas¹⁰⁰. Un pronunciamiento de la CJCE sobre la posibilidad de utilizar

¹⁰¹ CJCE sentencia de 22-6-89, caso n.º 70/87 FEDIOL c. Comisión aus sin publicar.

as práticas comerciais ilícitas, imputáveis a terceiros países, a fim de eliminar o prejuízo ocasionado a uma produção comunitária, quando tal ação seja necessária ao interesse da Comunidade. Mesmo quando em muitos aspectos a via A se assemelhe aos procedimentos existentes nas áreas vizinhas do *dumping* e dos subsídios, diferenças substanciais separam-na deles.

O alcance dessa via de ação é muito mais amplo que o de todos os instrumentos de defesa comercial existentes em nível comunitário, e reveste, por isso, uma grande importância política. O Novo Instrumento possibilita atuar contra qualquer prática ilícita de caráter comercial que afete as exportações comunitárias para outros mercados. Até o momento nenhum instrumento da PCC se tinha ocupado de dito aspecto; a proteção da produção comunitária no interior do Mercado Comum era a única preocupação.

As condições de fundo para uma intervenção em nível comunitário são três: que exista uma prática comercial ilícita imputável a um terceiro país; que exista, como consequência, um prejuízo para a produção comunitária e, ainda, que haja interesse comunitário em agir contra essa prática. Os elementos de prova suficientes para a determinação dos dois primeiros requisitos devem figurar na demanda que origina a intervenção das autoridades supranacionais; a Comissão determinará por si mesma a existência de um interesse da Comunidade.

1. *A existência de uma prática comercial ilícita imputável a um terceiro país.* O artigo 2.º do Novo Instrumento dá uma definição de "prática comercial ilícita": "são consideradas como práticas comerciais ilícitas no sentido do presente regulamento todas aquelas práticas imputáveis a um terceiro país incompatíveis, em matéria de comércio internacional, com o direito internacional ou com as regras geralmente aceitas". Dois elementos podem ser identificados nesta definição:

- *A prática deve ser imputável a um terceiro país;*
- *A prática deve ser ilícita;*

O alcance da via A está limitado às práticas comerciais imputáveis a um terceiro país; fica excluída a possibilidade de intervenção contra as práticas de empresas estrangeiras. Sem embargo, devemos assinalar que a redação da norma permite incluir não apenas as práticas ilícitas de autoridades e organismos estatais, mas também as práticas de empresas privadas direta ou essencialmente devidas ao comportamento do Estado, particularmente no quadro da regulamentação que ele institui, dos contratos de mercados públicos etc.¹⁰⁴ Esta afirmação pode ser ilustrada com o caso *Scotch Whisky*. Durante o outono de 1984, os produtores comunitários de whisky escocês deram a conhecer sua intenção de exercer uma ação contra o

¹⁰⁴ Neste sentido ver Jacques STEENBERGEN "The new Commercial Policy Instrument", em *CMLR* vol. 22, 1985, pp. 421 a 439.

el Nuevo Instrumento en ese sentido sería particularmente interesante respecto del poder de acción de las autoridades comunitarias.

El artículo 13 del reglamento excluye su aplicación en los casos en que los otros instrumentos de la PCC pueden ser aplicados. La CJCE se pronunció al respecto¹⁰¹. Contrariamente el instrumento americano puede ser utilizado conjuntamente con la legislación antidumping o antisubsidio¹⁰².

Cabe señalar que el reglamento hace referencia únicamente al comercio de bienes. La proposición inicial de la Comisión preveía la aplicación del Nuevo Instrumento al intercambio de servicios, pero el Consejo excluyó esta posibilidad a pesar del voto favorable del Parlamento¹⁰³.

Las vías de acción son establecidas por el Nuevo Instrumento según que el objetivo de su utilización sea reaccionar contra la realización de prácticas comerciales desleales (vía A), o asegurar el pleno ejercicio de los derechos de la Comunidad (vía B).

a. *Vía A del Nuevo Instrumento*

La primera vía de acción instituida por el reglamento 2.641/84 tiene por objeto conferir a las autoridades comunitarias poder para actuar contra las prácticas comerciales ilícitas imputables a países terceros a fin de eliminar el perjuicio resultante para una producción comunitaria, cuando tal acción sea necesaria en interés de la Comunidad. Aún cuando en muchos aspectos la vía A se asemeja a los procedimientos existentes en las áreas vecinas del *dumping* y de los subsidios, diferencias substanciales la separan de ellos.

El alcance de esta vía de acción es mucho más amplio que el de todos los instrumentos de defensa comercial existentes a nivel comunitario y reviste por ello una gran importancia política. El Nuevo Instrumento da la posibilidad de actuar contra toda práctica ilícita de carácter comercial que afecte las exportaciones comunitarias sobre otros mercados. Hasta el momento ningún instrumento de la PCC se había ocupado de dicho aspecto,

¹⁰² Ciertos autores consideran que la aplicación del NIPC es posible en aquellos casos en que otros reglamentos podrían ser utilizados. La aplicación del NIPC sería en todo caso exclusiva y el escoger uno u otro instrumento dependería básicamente del objetivo buscado. Así, por ejemplo, si la industria comunitaria pretende la eliminación o la reducción de subsidios el NIPC podría utilizarse, pero si el objetivo es la obtención de restricciones a la importación de los productos de que se trata, la aplicación del reglamento antisubsidios sería la más adecuada. Así lo señalan ARNOLD y BRONCKERS, ob. cit. supra nota nº 100.

¹⁰³ Ver Proposición de reglamento CEE del Consejo relativo al refuerzo de la PCC, particularmente en materia de defensa contra las prácticas comerciales ilícitas, presentado por la Comisión al Consejo el 1.º de marzo de 1983; DOCE C, nº 83 de 26-3-83, p. 6. Aviso del Parlamento Europeo, sección de 29 y 30 de junio de 1983, DOCE C, 205 de 1-8-83, p. 1.

governo búlgaro, que tolerava a venda e exportação de um licor local sob a denominação de *Scotch Whisky*. Nunca foi exercida a ação, em virtude da subsequente intervenção das autoridades búlgaras pondo fim à utilização da denominação discutida.

Nenhuma exposição do Regulamento n.º 2.641/84 CEE contém indicações sobre as categorias de práticas comerciais suscetíveis de dar lugar a contramedidas por parte das autoridades comunitárias. Sem embargo, podemos considerar como práticas comerciais os estados de fato resultantes do comportamento das administrações de terceiros Estados, assim como as medidas tomadas por estes Estados independentemente de sua forma. No *memorandum* explicativo vinculado ao projeto de regulamento que a Comissão submeteu ao Conselho, assinalavam-se certos comportamentos: as práticas administrativas restritivas em condição com as regras internacionais, as restrições às importações de matérias-primas contrárias ao GATT e outras restrições às importações.¹⁰⁵ No primeiro procedimento aberto com base no Novo Instrumento; o caso Akzo, os produtores comunitários consideraram como práticas comerciais ilícitas a aplicação do art. 337 do Tariff Act de 1930, por parte das autoridades americanas, na disputa que os opunha ao seu concorrente americano Dupont de Nemours & Co. e, como consequência, o procedimento seguido perante a US International Trade Commission assim como a decisão deste último organismo, excluindo do mercado americano as importações realizadas pela Akzo ou suas filiais¹⁰⁶. Em junho de 1988, a Comissão recebeu uma demanda contra o governo jordaniano, que tinha modificado uma lei nacional sobre patentes e, em consequência disso, privado uma sociedade inglesa (Smith Kline & French Laboratories Ltd.) da proteção que a lei outorgara à patente de que era titular¹⁰⁷.

Conforme o art. 2.º do Novo Instrumento, determina-se a ilicitude de uma prática comercial por sua incompatibilidade, quer seja com o direito internacional, quer com as regras geralmente aceitas. No primeiro caso, consideram-se ilícitas todas aquelas práticas não conformes com o estabe-

105 Memorando explicativo da Comissão, COM(83) 87 Final, p. 2, nota nº 1.

106 Aviso de abertura DOCE C, nº 25, de 5-2-85, p. 2. Para uma análise deste caso ver o artigo de Michael BUXTON DEVINE "The application of EEC Regulation nº 2.641/84 on Illicit Commercial Practices with special reference to the U.S.A." em *The International Lawyer*, vol. 22, nº 4, 1988, pp. 1091 a 1135. Igualmente Ross DENTON "The New Commercial Policy Instrument an AKZO v. Dupont", *ELR* vol. 13, 1988, pp. 3 a 27.

107 Constitui violação dessas normas o fato que uma parte contratante não impeça a comercialização de um produto contramarcado que atenta contra o direito de marcas devidamente registradas na CEE. A violação dessas mesmas disposições, por parte do governo jordaniano, foi alegada pela sociedade Smith Kline & French Laboratories Ltd. Ver Decisão nº 89/74 CEE, da Comissão, de 23-12-88, rejeitando a demanda apresentada pela referida sociedade contra a Jordânia, com fundamento no Regulamento nº 2.641/84 CEE, do Conselho, DOCE L, nº 30, de 1º-2-89, p. 67.

la proteção de la producción comunitaria al interior del Mercado Común era la única preocupación.

Las condiciones de fondo para una intervención a nivel comunitario son tres: que exista una práctica comercial ilícita imputable a un país tercero, que exista como consecuencia un perjuicio para la producción comunitaria y además que haya un interés comunitario en actuar contra dicha práctica. Los elementos de prueba suficientes para la determinación de los dos primeros requisitos deben figurar en la demanda que origina la intervención de las autoridades supranacionales; la Comisión determinará por sí misma la existencia de un interés de la Comunidad.

1. *La existencia de una práctica comercial ilícita imputable a un país tercero.* El artículo 2 del Nuevo Instrumento contempla una definición de "práctica comercial ilícita": "son consideradas como prácticas comerciales ilícitas en el sentido del presente reglamento todas aquellas prácticas, imputables a un país tercero, incompatibles, en materia de comercio internacional, con el derecho internacional o con las reglas generalmente aceptadas". Dos elementos pueden ser identificados en esta definición:

- *La práctica debe ser imputable a un país tercero;*
- *La práctica debe ser ilícita.*

El alcance de la vía A está limitado a las prácticas comerciales imputables a un país tercero; la posibilidad de intervención contra las prácticas de empresas extranjeras es excluida. Sin embargo, debemos señalar que la redacción de la norma permite incluir no sólo las prácticas ilícitas de autoridades y organismos estatales, sino además las prácticas de empresas privadas directa o esencialmente debidas al comportamiento del Estado, particularmente en el marco de la reglamentación que él instituye, de los contratos de mercados públicos etc.¹⁰⁴. Esta afirmación puede ser ilustrada con el caso *Scotch Whisky*. Durante el año de 1984 los productores comunitarios de whisky escocés dieron a conocer su intención de ejercer una acción contra el gobierno búlgaro que toleraba la venta y exportación de un licor local sobre la designación de *Scotch Whisky*. La acción nunca fue ejercida en razón de la subsequente intervención de las autoridades búlgaras dando fin a la utilización de la designación discutida.

Ninguna disposición del reglamento 2.641/84 CEE contiene indicaciones sobre las categorías de prácticas comerciales susceptibles de dar lugar a contra-medidas por parte de las autoridades comunitarias. Sin embargo podemos considerar como prácticas comerciales los estados de hecho resultantes del comportamiento de las administraciones de Estados terceros, así como las medidas tomadas por estos Estados independentemente de su forma. En el *memorandum* explicativo vinculado al proyecto de reglamento

104 En este sentido ver Jacques STEENBERGEN "The new Commercial Policy Instrument", en *CMLR* vol. 22, 1985, pp. 421 a 439.

lecido pelos tratados multilaterais ou bilaterais que o Estado em causa tenha subscrito. O Novo Instrumento está destinado a ser um meio essencial de denúncia, por parte dos particulares ou dos Estados-Membros, do descumprimento de terceiros Estados das suas obrigações internacionais perante uma instituição não internacional (a Comissão). O direito internacional encontra-se reforçado mediante um mecanismo de direito interno.¹⁰⁸ Um dos aspectos que suscitou grande número de interrogações é o da possibilidade aberta pelo Novo Instrumento às empresas privadas de interpor demandas fundamentadas no desconhecimento de normas que carecem de efeito direto, isto é, que não podem servir de base a demandas das mesmas empresas perante os Tribunais nacionais. A CJCE não se pronunciou sobre o efeito das disposições dos Códigos do GATT, nem de todas as normas do Acordo Geral. Dos considerandos da sentença proferida no caso FEDIOL, pode deduzir-se que o tribunal comunitário não discute a faculdade que têm as empresas de formular demandas sobre o desconhecimento dessas normas, já que o objeto dessas demandas é simplesmente revelar a existência de um comportamento desleal imputável a um Estado e do prejuízo que tal conduta causa à produção comunitária. A invocação de normas de direito internacional, em particular do GATT, serve para estabelecer o carácter ilícito da prática.¹⁰⁹ Na prática, as normas do GATT figuram na base de três demandas formuladas no âmbito do Novo Instrumento¹¹⁰.

No segundo caso de incompatibilidade com as regras geralmente aceitas, a prática deve ser contrária a aquelas disposições geralmente aceitas pelos principais aliados comerciais da Comunidade. Isto implica que, mesmo quando um Estado não tenha subscrito um acordo multilateral em matéria comercial, pode ser obrigado a adaptar seu comportamento a esse acordo se ele foi subscrito por um número considerável de Estados. O direito internacional, mais uma vez, fica reforçado. O objetivo essencial dessa disposição é o de evitar que certos concorrentes comerciais da Comunidade possam ignorar as regras internacionais, cuja importância e influência é indiscutível; ameaçando, assim, o sistema comercial internacional em seu conjunto. A Comissão já aceitou queixas fundamentadas na incompatibilidade de um comportamento com regras de um tratado que o país acusado não havia subscrito.¹¹¹ Em teoria, a incompatibilidade com as regras internacionais não obrigatórias — *soft-law* — e inclusive com as

¹⁰⁸ Ver Elizabeth ZOLLER, "Remedies for unfair trade: European and United States Views" em Cornell International Law Journal, vol. 18, pp. 227 a 245.

¹⁰⁹ CJCE, sentença de 22-6-89, caso nº 70/87 FEDIOL v. Comissão, cit. nota supra nº 101.

¹¹⁰ Casos AKZO v. Dupont, Decisão da Comissão nº 87/251 CEE relativa à abertura de um procedimento internacional de consulta e de solução de controvérsias relativo a uma medida americana excluindo dos mercados dos EUA as importações de certas fibras "Aramid" DOCE L nº 117, de 5-5-87, p. 18; Decisão nº 86/2-506 CEE, da Comissão, de 22-12-86, ainda sem publicar; Decisão nº 89/74 CEE, da Comissão, cit. supra, nota nº 107.

que la Comisión sometió al Consejo, se señalaban ciertos comportamientos: las prácticas administrativas restrictivas en contradicción con las reglas internacionales, las restricciones a las importaciones de materias primas contrarias al GATT y otras restricciones a las importaciones¹⁰⁵. En el primer procedimiento abierto sobre la base del Nuevo Instrumento, el caso Akzo, los productores comunitarios consideraron como prácticas comerciales ilícitas la aplicación del art. 337 del Tariff Act de 1930, por parte de las autoridades americanas, en la disputa que les oponía a su concurrente americano Dupont de Nemours & Co. y como consecuencia el procedimiento seguido ante el U.S. International Trade Comision así como la decisión de éste último organismo excluyendo del mercado americano las importaciones realizadas por Akzo o sus filiales¹⁰⁶. En Junio de 1988 la Comisión recibió una demanda contra el gobierno jordano que había modificado una ley nacional sobre patentes y privado como consecuencia de ello una sociedad inglesa (Smith Kline & French Laboratories Ltda.) de la protección que la ley otorgara a la patente de la cual era titular¹⁰⁷.

La ilicitud de una práctica comercial se determina, según el art. 2 del Nuevo Instrumento, por su incompatibilidad ya sea con el derecho internacional, ya sea con las reglas generalmente aceptadas. En primer caso son consideradas como ilícitas todas aquellas prácticas no conformes con lo establecido por los tratados multilaterales o bilaterales a los cuales el Estado en causa ha suscrito. El Nuevo Instrumento está destinado a ser un medio esencial de denuncia, por parte de los particulares o de los Estados Miembros, del incumplimiento de Estados terceros de sus obligaciones internacionales ante una institución no internacional (la Comisión). El derecho internacional se encuentra reforzado mediante un mecanismo de derecho interno¹⁰⁸. Uno de los aspectos que ha suscitado gran número de interrogaciones es la posibilidad abierta por el Nuevo Instrumento a las empresas privadas de formular demandas fundamentadas en el desconoci-

¹⁰⁵ Memorandum explicativo de la Comisión, COM (83) 87 Final p. 2 nota 1.

¹⁰⁶ Aviso de abertura DOCE C. nº 25 de 5-2-85, p. 2. Para un análisis de este caso ver el artículo de Michael BUXTON DEVINE "The application of EEC Regulation nº 2.641/84 en illicit Commercial Practices with special reference to the U.S.A." en The International Lawyer, vol. 22, nº 4, 1988, pp. 1.091 a 1.135. Igualmente Ross DENTON "The New Commercial Policy Instrument an AKZO v. Dupont", ELR vol. 13, 1988, pp. 3 a 27.

¹⁰⁷ Constituye una violación de estas normas el hecho que una parte contratante no impida la comercialización de un producto contramarcado que atenta contra el derecho de marcas debidamente registradas en la CEE. La violación de estas mismas disposiciones de parte del gobierno jordano fué alegada por la sociedad Smith Kline & French Laboratories Ltd. Ver Decisión nº 89/74 CEE de la Comisión de 23-12-88 rechazando la demanda introducida por la dicha sociedad contra Jordania a título del Reglamento nº 2.641/84 CEE del Consejo, DOCE L. nº 30 de 1-2-89, p. 67.

¹⁰⁸ Ver Elizabeth ZOLLER "Remedies for unfair trade: European and United States Views" en Cornell International Law Journal, vol. 18, pp. 227 a 245.

regras de boa conduta, na área do comércio internacional, poderia servir de fundamento a uma demanda no quadro da via A do Novo Instrumento.

2. A segunda condição para a intervenção comunitária consiste na necessidade de estabelecer a existência de um prejuízo a uma produção comunitária estabelecida dentro ou fora do território do Mercado Comum, e a relação de causalidade entre esse dano e a prática respectiva.

As normas relativas à determinação do prejuízo são similares às estabelecidas na legislação antidumping e anti-subsídios; sem embargo, cabe destacar certas particularidades: o Novo Instrumento não contempla a hipótese de demora no estabelecimento de uma empresa comunitária. Somente a prova de um prejuízo ou de uma ameaça de prejuízo é admitida para iniciar o procedimento da via A. Conforme já assinalamos, a principal inovação do sistema do Novo Instrumento reside no fato de que a produção comunitária pode estar situada tanto no interior como no exterior do território comunitário.

A produção comunitária é identificada com um dos três grupos seguintes:

- O conjunto dos produtores comunitários de produtos idênticos ou similares ao produto de que se trata, ou dos produtores diretamente concorrentes com ele.
- O conjunto dos produtores comunitários consumidores ou transformadores do produto objeto de uma prática ilícita.
- O conjunto de produtores cujas produções somadas constituem uma proporção maior da produção comunitária total dos produtos correspondentes.

Dois situações de exceção estão previstas em que a produção comunitária pode ser determinada de outra maneira (art. 2.º do regulamento).

3. A determinação do interesse comunitário constitui a última condição de fundo para o exercício de uma ação em nível comunitário. A diferença do que ocorre nas áreas do dumping e dos subsídios, o Novo Instrumento estabelece que uma investigação somente pode ser realizada se a Comissão verifica que a intervenção é necessária no interesse da Comunidade. Este fator será examinado novamente na eventualidade de decretar contramedidas.

111 Na caso IPPI, a existência de legislação discriminatória na área da proteção da propriedade artística foi considerada contrária ao art. 5.º da Convenção de Berna sobre a proteção de obras literárias e artísticas, bem como ao art. 1.º, II, da Convenção universal de Paris sobre direitos de autor, a Indonésia, país acusado, não era parte em nenhuma das duas convenções.

112 CJCE, sentença de 22-6-89, caso nº 70/87 FEDIOL v. Comissão cit. supra, nota nº 101.

miento de normas que carecen de efecto directo, esto es que no pueden servir de base a demandas de las mismas empresas frente a los Tribunales nacionales. La CJCE no se ha pronunciado sobre el efecto de las disposiciones de los Códigos del GATT, ni de todo las normas del Acuerdo General. De los considerandos de la sentencia rendida en el caso FEDIOL, puede deducirse que el Tribunal Comunitario no discute la facultad de las empresas de formular demandas sobre el desconocimiento de éstas normas ya que el objeto de tales demandas es simplemente dar a conocer la existencia de un comportamiento desleal imputable a un Estado y del perjuicio que tal conducta causa a la producción comunitaria. La invocación de normas de derecho internacional, en particular del GATT, sirve a establecer el carácter ilícito de la práctica¹⁰⁹. En la práctica las normas del GATT figuran a la base de tres demandas formuladas en el ámbito del Nuevo Instrumento¹¹⁰.

En el segundo caso, de incompatibilidad con las reglas generalmente aceptadas, la práctica debe ser contraria a aquellas disposiciones generalmente aceptadas por los principales aliados comerciales de la Comunidad. Esto implica que aún cuando un Estado no haya suscrito un acuerdo multilateral en materia comercial, puede ser obligado a adaptar su comportamiento a dicho acuerdo si este último ha sido suscrito por un número considerable de Estados. El derecho internacional está una vez más reforzado. El objetivo esencial de ésta disposición es el de evitar que ciertos concurrentes comerciales de la Comunidad puedan ignorar las reglas internacionales cuya importancia e influencia es indiscutible amenazando así el sistema comercial internacional en su conjunto. La Comisión ya ha aceptado quejas fundamentadas en la incompatibilidad de una práctica con las reglas internacionales no obligatorias — *soft law* — e inclusive con las reglas de buena conducta en el área del comercio internacional podría servir de fundamento a una demanda en el marco de la vía A del Nuevo Instrumento.

2. La segunda condición para la intervención comunitaria consiste en la necesidad de establecer la existencia de un perjuicio a una producción comunitaria establecida dentro o fuera del territorio del Mercado Común y la relación de causalidad entre ese daño y la práctica respectiva.

Las normas relativas a la determinación del perjuicio son similares a aquellas establecidas en la legislación antidumping y antisubsídios; sin embargo cabe destacar ciertas particularidades: el Nuevo Instrumento no con-

109 CJCE sentencia de 22-6-89, caso nº 70/87 FEDIOL c. Comisión cit. nota supra nº 101.

110 Casos AKZO c. Dupont, Decisión de la Comisión nº 87/251 CEE relativo a la apertura de un procedimiento internacional de consulta y de solución de controversias relativo a una medida americana excluyendo de los mercados de USA las importaciones de ciertas fibras "Aramid// DOCE L. nº 117 de 5-5-87, p. 18; Decisión nº 86/2:506 CEE de la Comisión de 22-12-86, aun sin publicar; Decisión nº 89/74 CEE de la Comisión cit. supra, nota nº 107.

Nenhuma definição do "interese comunitário" é formulada no Novo Instrumento; em conseqüência, a apreciação da noção é deixada à Comissão, que tem um papel essencial na utilização desse instrumento de defesa comercial. É ela quem deve empregá-lo com discernimento, enquanto meio para garantir a lealdade do comércio, e não como instrumento protecionista.

O primeiro caso levado ao conhecimento da CJCE foi a oportunidade para que as instituições comunitárias tornassem preciso seu ponto de vista a esse respeito. A Comissão sustentou, naquela ocasião, que a competência outorgada pelo Novo Instrumento para determinar o interesse comunitário comporta não apenas o exercício de um poder discricionário amplo, mas, igualmente, o exame de considerações políticas que escapan ao controle jurisdiccional. A Corte não se pronunciou expressamente sobre este ponto, mas o Advogado Geral, M. Walter Van Gerven, confirmou as afirmações da Comissão¹¹³.

O procedimento previsto pela vía A do Novo Instrumento é similar ao establecido pelos outros regulamentos vizinhos, no campo da defesa comercial, apresentando a modalidade da necessidade de esgotar una instancia internacional de consultas, no GATT, antes de instituir una contra-medida. Há, portanto, três etapas:

1. Uma etapa prévia, em que a Comissão é chamada a intervir, através de uma demanda por parte dos particulares ou dos países-membros. Em principio, o desenvolvimento desta primeira fase é idéntico àquela prevista na regulamentação antidumping; o Novo Instrumento é utilizado para chamar a atenção da Comissão, sobre os problemas que uma produção comunitária enfrenta, colocando tal problema em primeiro plano¹¹⁴.

A demanda deve conter provas suficientes da existência da prática comercial ilícita, do prejuizo causado a produção comunitária e do interesse numa ação por parte das autoridades supranacionais.

O Novo Instrumento estabelece consultas no seio de um Comitê constituído por representantes de cada Estado e presidido por um representante da Comissão. Estas consultas são formuladas a qualquer momento por petição de um Estado-Membro ou por iniciativa própria da Comissão. Esta possibilidade de consulta opera como um filtro de carácter político, eliminando do procedimento comunitário certos debates politicamente sensíveis para os Estados-Membros individualmente considerados ou para a Comunidade em seu conjunto.

113 Conclusões do Advogado Walter VAN GERVEN no caso nº 70/87, cit. supra, nota nº 101.

114 Segundo o nota BRONCKERS, o NIPC é útil para chamar a atenção da Comissão sobre un problema da indústria comunitária e para ajudá-la a colocar seu caso no primeiro plano político. Marco C.E.J. BRONCKERS ob. cit., supra, nota nº 5.

templa la hipótesis de retardo en el establecimiento de una empresa comunitaria. Solamente la prueba de un perjuicio o de una amenaza de perjuicio es admitida para iniciar el procedimiento de la vía A. Como ya señalamos la principal innovación del sistema del Nuevo Instrumento reside en el hecho que la producción comunitaria puede estar situada tanto al interior como al exterior del territorio comunitario.

La producción comunitaria es identificada con uno de los tres grupos siguientes:

- El conjunto de los productores comunitarios de productos idénticos o similares del producto de que se trata o de aquellos productores directamente concurrentes con él.
- El conjunto de los productores comunitarios consumidores o transformadores del producto objeto de una práctica ilícita.
- El conjunto de productores cuyas producciones adicionales constituyen una proporción mayor de la producción comunitaria total de los productos correspondientes.

Dos situaciones de excepción son previstas para las cuales la producción comunitaria puede ser determinada de otra manera (art. 2 del reglamento).

3. La determinación del interés comunitario constituye la última condición de fondo para el ejercicio de una acción a nivel comunitario. A diferencia de lo que ocurre en las áreas del dumping y de los subsidios, el Nuevo Instrumento establece que una investigación sólo puede ser realizada si la Comisión determina que la intervención es necesaria en interés de la Comunidad. Este factor será examinado nuevamente en la eventualidad de decretar contra-medidas.

Ninguna definición del "interés comunitario" es consagrada en el Nuevo Instrumento, la apreciación de tal noción es en consecuencia dejada a la Comisión, que tiene un papel esencial en la utilización de éste instrumento de defensa comercial. Es ella quien debe emplearlo con discernimiento en tanto que medio para garantizar la lealtad del comercio y no como instrumento protecionista.

El primer caso llevado a conocimiento de la CJCE fué la ocasión para las instituciones comunitarias de precisar su punto de vista a este respecto. La Comisión sostuvo en aquella ocasión que la competencia otorgada por

111 En el caso IFPI la existencia de una legislación discriminatoria en el área de la protección de la propiedad artística fué considerada contraria al art. 5 de la Convención de Berna sobre protección de obras literarias y artísticas, así como al art. 1, II de la Convención universal de París sobre derechos de autor, la Indonesia, país acusado, no era parte a ninguna de las dos convenciones.

112 CJCE sentencia de 22-6-89, caso nº 70/87 FEDIOL c. Comisión cit. supra, nota nº 101.

2. Um procedimento para o exame da existência da prática ilícita e do prejuízo sofrido pela produção comunitária. A investigação realizada pela Comissão dentro do quadro do Novo Instrumento segue regras idênticas àquelas estabelecidas nas normas anti-subsídios e antidumping.

3. Resultados do procedimento de exame. Já tínhamos feito referência à divisão de competências que o Regulamento n.º 2.641/84 CEE instituiu entre a Comissão e o Conselho em relação à direção da Política Comercial Comum. O mecanismo decisório duplo reflete este novo equilíbrio. De acordo com os artigos 11 e 12 do regulamento as decisões são tomadas segundo um dos dois mecanismos ligados ao organismo comum incumbido da decisão.

Quando é a Comissão quem decide, ela o faz segundo um mecanismo de "rede" ou de "salvaguarda".¹¹⁵ A Comissão deve submeter o projeto de decisão ao Conselho Consultivo que deliberará em um prazo fixado pelo presidente, segundo a urgência do negócio. Mesmo quando a norma não esclarece se o aviso é obrigatório para a Comissão, isto parece implícito. A Comissão toma uma decisão que deverá comunicar aos Estados-membros e que é aplicável ao término de um prazo de 10 dias, a menos que, durante esse termo, um Estado-membro requeira ao Conselho decidir contrariamente. Este tipo de impugnação justifica a denominação do mecanismo. O Conselho pode reformar o julgado decidindo, por maioria qualificada. Se o Conselho não decide nos trinta dias seguintes à petição do Estado, a decisão da Comissão é aplicável.

Quando o poder de decisão correspondente ao Conselho, o mecanismo é o estabelecido pelo artigo 113 do Tratado CEE. O órgão comunitário deve decidir, então, por maioria qualificada.

Se não há provas suficientes da existência de prática ilícita ou do prejuízo sofrido pela produção comunitária, ou quando a ação não se justifica no interesse da Comunidade, o procedimento é extinto; do contrário uma das duas vias pode ser tomada: a de terminar amigavelmente o conflito, mediante a conclusão de um acordo entre o terceiro Estado e a Comissão, ou a de sugerir medidas à instituição, caso em que a consulta prévia ao Comitê do GATT é obrigatória. Nesta hipótese, é ao Conselho que corresponde decretar as medidas contra o Estado recalcitrante, no caso de aceitação multilateral.

Como o assinalaram Laurent e Bourgois, a obrigação que o Novo Instrumento impõe de esgotar previamente as instâncias internacionais comporta um duplo significado político: "... D'une part, l'expression de la volonté de la CEE de contribuer au renforcement de la norme de droit inter-

¹¹⁵ Esta terminologia é empregada pelos autores, por exemplo, J.H.J. BOURGEOIS e P. LAURENT "Le Nouvel Instrument de Politique Commerciale. Un pas en avant vers l'élimination des obstacles aux échanges internationaux" em *RTDE*, vol. 21, 1985, p. 42.

el Nuevo Instrumento para determinar el interés comunitario comporta no solamente el ejercicio de un poder discrecional amplio, sino igualmente la apreciación de consideraciones políticas que escapan al control jurisdiccional. La Corte no se pronunció expresamente sobre este punto pero el Abogado General M. Walter Van Gerven confirmó las afirmaciones de la Comisión ¹¹³.

El procedimiento previsto por la vía A del Nuevo Instrumento es similar al establecido por los otros reglamentos vecinos en el campo de la defensa comercial, presentando la modalidad de la necesidad de agotar una instancia internacional de consultaciones en el GATT antes de instituir una contra-medida. Hay entonces tres etapas:

1. Una etapa previa, en la que la Comisión es llamada a intervenir a través de una demanda por parte de los particulares o de los países miembros. El desarrollo de ésta primera fase es en principio idéntico a aquella prevista en la reglamentación antidumping; el Nuevo Instrumento es utilizado para llamar la atención de la Comisión sobre los problemas, que una producción comunitaria enfrenta, colocando tal problema en primer plano ¹¹⁴.

La demanda debe contener pruebas suficientes de la existencia de la práctica comercial ilícita, del perjuicio causado a la producción comunitaria y del interés en una acción por parte de las autoridades supranacionales.

El Nuevo Instrumento establece consultaciones en el seno de un Comité constituido por representantes de cada Estado y presidido por un representante de la Comisión. Estas consultas son abiertas a todo momento por petición de un Estado Miembro o por iniciativa propia de la Comisión. Ésta posibilidad de consultación opera como un filtro de carácter político eliminando del procedimiento comunitario ciertos debates políticamente sensibles para los Estados Miembros individualmente considerados o para la Comunidad en su conjunto.

2. Un procedimiento de examen sobre la existencia de la práctica ilícita y del perjuicio sufrido por la producción comunitaria. La investigación realizada por la Comisión dentro del marco del Nuevo Instrumento sigue reglas idénticas a aquellas establecidas en las normas antisubsidio y antidumping.

3. Resultados del procedimiento de examen. Ya habíamos hecho referencia a la repartición de competencias que el reglamento 2.641/84 CEE instituyó entre la Comisión y el Consejo en relación a la dirección de la

¹¹³ Conclusiones del Abogado Walter VAN GERVEN en el caso n.º 70/87 cit. supra nota n.º 101.

¹¹⁴ Como lo señala BRONCKERS, el NIPC es útil para llamar la atención de la Comisión sobre un problema de la industria comunitaria y para ayudar ésta a colocar su caso en primer plano político, Marco C.E.J. BRONCKERS ob. cit. supra nota n.º 5.

national, d'autre part l'assurance que la CEE ne réagira pas de manière unilatérale à des pratiques illicites". . . ¹¹⁶.

O art. 10, § 2.º, contempla a única situação em que a Comunidade é autorizada a tomar unilateralmente contramedidas: quando o terceiro país não é signatário do GATT e o instrumento cuja violação é invocada não prevê outro sistema de solução de conflitos.

Devemos assinalar que a prática dos Estados no seio do GATT é substancialmente diferente da teoria. Embora as normas estabeleçam que nenhuma medida pode ser tomada sem autorização das outras partes contratantes ou do Comitê (Panel), muitos Estados parecem entender que podem tomar toda classe de medidas, a menos que o Estado afetado por elas solicite a intervenção do Comitê para que este decida contrariamente.

O art. 10, § 3.º, do Regulamento n.º 2641/84 CEE estabelece que podem ser tomadas todas as medidas de política comercial compatíveis com as obrigações e procedimentos internacionais, principalmente:

- a) a suspensão ou retirada de qualquer concessão resultante de negociações de política comercial;
- b) o aumento de direitos aduaneiros existentes ou a instituição de outra imposição às importações;
- c) a instauração de restrições quantitativas ou de qualquer outra medida, modificando as condições de importação ou de exportação ou afetando o comércio com os terceiros países culpados de práticas comerciais ilícitas.

Esta lista de medidas não é limitativa; as autoridades comunitárias gozam de grande liberdade na determinação das contramedidas a impor.

Como os demais instrumentos da Política Comercial Comum, o Regulamento 2641/84 CEE não contém nenhuma previsão relativa à contestação, por parte dos interessados, das decisões tomadas no âmbito do procedimento concernente às práticas comerciais ilícitas imputáveis a terceiros países. Em consequência esta matéria é regida pelas normas gerais do tratado, que atribuem à CJCE competência para julgar os atos das autoridades comunitárias, assim como o respeito de suas obrigações.

Até junho de 1990, a CJCE tinha conhecido uma ação, apenas de nulidade, contra uma decisão da Comissão, no quadro da via A do Novo Instrumento: FEDIOL (Fédération de l'Industrie d'Huilerie de la CEE) postulava a anulação da decisão da Comissão, rejeitando a abertura de um procedimento relativo a uma prática comercial ilícita do governo argentino, em matéria de exportação de grãos de soja para a CEE. Nessa ocasião, o Tribu-

¹¹⁶ BOURGEOIS e LAURENT, ob. cit., supra, nota n.º 115.

Política Comercial Comum. El mecanismo decisório duplo refleja este nuevo equilibrio. De acuerdo a los artículos 11 y 12 del reglamento las decisiones son tomadas según uno de los mecanismos ligados al organismo común encargado de la decisión.

Quando es la Comisión quien decide, ella lo hace según el mecanismo de "la red" o de "salvaguardia" ¹¹⁵. La Comisión debe someter el proyecto de decisión al Comité Consultativo que deliberará en un plazo fijado por el presidente según la urgencia del negocio. Aún cuando la norma no precisa si el aviso es obligatorio para la Comisión, esto parece implícito. La Comisión toma una decisión que deberá comunicar a los Estados Miembros y que es aplicable a la expiración de un plazo de 10 días, a menos que durante ese término un Estado Miembro solicite al Consejo decidir contrariamente. Este tipo de veto justifica la denominación del mecanismo. El Consejo puede reformar la decisión votando a la mayoría calificada. Si el Consejo no decide en los treinta días siguientes a la demanda del Estado, la decisión de la Comisión es aplicable.

Quando el poder de decisión corresponde al Consejo el mecanismo es aquel establecido por el artículo 113 del Tratado CEE, el órgano comunitario debe decidir entonces a la mayoría calificada.

Si no hay pruebas suficientes de la existencia de una práctica ilícita o del perjuicio sufrido por la producción comunitaria, o cuando la acción no se justifica en interés de la Comunidad, el procedimiento es cerrado, de lo contrario una de dos vías puede ser tomada: la de terminar amigablemente el conflicto mediante la conclusión de un acuerdo entre el Estado tercero y la Comisión, o la de aconsejar la institución de medidas, caso en el cual la consulta previa al Panel del GATT es obligatoria. Es al Consejo en esta situación a quien corresponde decretar, en caso de aceptación multilateral, las medidas contra el Estado recalitrante.

Como lo señalaran Laurent y Bourgeois, la obligación que el Nuevo Instrumento impone de agotar previamente las instancias internacionales comporta un doble significado político: "... D'une part, l'expression de la volonté de la CEE de contribuer au renforcement de la norme de droit international, d'autre part l'assurance que la CEE ne réagira pas de manière unilatérale à des pratiques illicites". . . ¹¹⁶.

El artículo 10, párrafo 2.º, contempla la única situación en la cual la Comunidad es autorizada a tomar unilateralmente contra-medidas: cuando el país tercero no es signatario del GATT y que el instrumento cuya violación es invocada no prevé otro sistema de solución de conflictos.

¹¹⁵ Esta terminología es empleada por los autores, por ejemplo J.H.J. BOURGEOIS y P. LAURENT "Le Nouvel Instrument de Politique Commerciale. Un pas en avant vers l'élimination des obstacles aux échanges internationaux" en RTDE vol. 21, obstacles aux échanges internationaux" en RTDE vol. 21, 1985, p. 42.

¹¹⁶ BOURGEOIS y LAURENT, ob. cit. supra nota n.º 115.

nal comunitário realizou certas elucidaciones sobre a admissibilidade de uma demanda deste tipo, reconhecendo o direito dos demandantes¹¹⁷.

No caso em que a decisão discutida seja um regulamento do Conselho, instituindo medidas de política comercial contra um terceiro Estado, surgem algumas perguntas: se as medidas são diretamente dirigidas contra o Estado, as autoridades nacionais competentes poderão recorrer à CJCE, pleiteando a anulação dessa medida? Se, ao contrário, tais medidas são dirigidas às empresas, estas poderão solicitar a anulação das decisões? Neste último caso, é provável que a Corte siga os princípios consagrados em sua jurisprudência relativa ao *dumping* e aos subsídios.

b. Via B do Novo Instrumento

A segunda via de ação instituída pelo Novo Instrumento tem por objetivo assegurar o pleno exercício dos direitos da Comunidade em face de práticas comerciais de terceiros países. Para que uma ação comunitária seja exercida nesta base, é necessário que a Comunidade possa fazer prevalecer, em virtude do direito internacional ou das regras geralmente aceitas, os direitos de que é titular, que tenham sido ou possam ser desconhecidos por práticas de terceiros Estados. Também é necessário que exista um interesse da Comunidade em exercer essa ação. Não é necessário provar a existência de um prejuízo, posto que se ataca a prática de um Estado, sem que seja necessariamente ilícita.

A possibilidade de requerer a intervenção da Comissão é limitada unicamente aos Estados-Membros e a prolação de decisões corresponde ao Conselho, com base em proposta da Comissão, decidindo por maioria qualificada.

CONCLUSÃO

Vale a pena indagar sobre a necessidade e a possibilidade de instaurar um sistema similar na região latino-americana, particularmente no Mercosul, tomando em conta que os principais concorrentes comerciais dos países da sub-região armaram-se de tais instrumentos, alguns deles com fins nitidamente protecionistas.

O problema da defesa comercial é um problema prático, real, do "dia-a-dia". Quantas empresas nacionais não sofreram prejuízos enormes ao serem eliminadas em licitações públicas, por exemplo, por empresas estrangeiras, oferecendo serviços ou bens a preços de *dumping*, na falta de mecanismos efetivos que se ocupem de tais problemas? Quantas jovens empresas não se viram condenadas a desaparecer diante da impossibilidade

¹¹⁷ CJCE, sentença de 22-6-89 caso nº 70/87 FEDIOL v. Comissão, cit., supra, nota nº 101.

Debemos señalar que la práctica de los Estados en el seno del GATT es substancialmente diferente a la teoría, a pesar que las normas establecen que ninguna medida puede ser tomada sin la autorización de las otras partes contratantes del comité (Panel), muchos Estados Partes parecen considerar que pueden tomar toda clase de medidas a menos que el Estado afectado por ellas solicite la intervención del Comité para que este decida contrariamente.

El artículo 10, párrafo 3.º del reglamento 2.641/84 CEE establece que pueden ser tomadas todas aquellas medidas de política comercial compatibles con las obligaciones y procedimientos internacionales, principalmente:

a) la suspensión o retiro de toda concesión resultante de negociaciones de política comercial;

b) el aumento de derechos de aduana existentes o la institución de otra imposición a la importación;

c) la instauración de restricciones cuantitativas o de toda otra medida modificando las condiciones de importación o de exportación o afectando el comercio con los países terceros culpables de prácticas comerciales ilícitas.

Esta lista de medidas no es limitativa, las autoridades comunitarias gozan de gran libertad en la determinación de las contra-medidas a imponer.

Como los demás instrumentos de la Política Comercial Común, el reglamento 2.641/84 CEE no contiene ninguna previsión relativa a la contestación, por parte de los interesados, de las decisiones tomadas en el ámbito del procedimiento concerniente a las prácticas comerciales ilícitas imputables a países terceros. En consecuencia esta materia es regida por las normas generales del tratado que atribuyen a la CJCE la competencia para juzgar los actos de las autoridades comunitarias así como el respeto de sus obligaciones.

Hasta Junio de 1990 la CJCE había conocido una sola demanda de nulidad contra una decisión de la Comisión en el marco de la vía A del Nuevo Instrumento: FEDIOL (Fédération de l'Industrie d'Huilerie de la CEE) solicitaba la anulación de la decisión de la Comisión rechazando la apertura de un procedimiento relativo a una práctica comercial ilícita del gobierno argentino en materia de exportación de granos de soja hacia la CEE. En esa ocasión el Tribunal Comunitario realizó ciertas precisiones sobre la admisibilidad de una demanda de ese tipo reconociendo el derecho de los demandantes¹¹⁷.

En caso de que la decisión discutida sea un reglamento del Consejo instituyendo medidas de política comercial contra un Estado tercero sur-

¹¹⁷ CJCE sentença de 22-6-89 caso nº 70/87 FEDIOL c. Comisión cit. supra, nota nº 101.

de fazer face à concorrência desleal de produtos estrangeiros? Em nenhum momento somos partidários do protecionismo, mas a lealdade no comércio deve ser garantida se se desejar que os objetivos de liberalização do comércio internacional promulgados pelo GATT sejam efetivamente alcançados.

Não se deve esquecer que a Comunidade Européia atingiu a um alto grau de integração, o desenvolvimento da Política Comercial Comum parte do pressuposto da aceitação de noções básicas, como a supranacionalidade e a competência exclusiva das autoridades comunitárias, nessas áreas, questões que, por exemplo, ainda continuam sendo discutidas no Pacto Andino.

A simples instauração de normas não é suficiente por si só para a eficácia de um tal sistema. Na prática, seria necessária uma mudança de idiosincrasia, a educação dos agentes encarregados da aplicação das disposições, não somente aqueles pertencentes às instituições supranacionais, senão, e antes de tudo, do pessoal das alfândegas nacionais encarregados de supervisionar o cumprimento quotidiano das disposições supranacionais, a entrada das mercadorias e a arrecadação dos impostos antidumping e das outras contramedidas.

Um dos pressupostos fundamentais para a realização dos objetivos que devem buscar estes instrumentos é a ausência de espírito protecionista na execução de suas normas. Uma conduta protecionista restringe as possibilidades de eleição dos consumidores, penaliza os industriais que importam elementos essenciais para suas produções. No caso de represálias é provável que a região saia perdedora. As medidas de proteção somente têm interesse se estiverem a serviço de uma estratégia industrial. A questão de fundo para um sistema integracionista não é a de saber se a região será aberta ou fechada diante de terceiros países, mas de definir relações exteriores coerentes com perspectivas de desenvolvimento¹¹⁸.

El problema de la defensa comercial es un problema práctico, real, del "día a día", cuantas empresas nacionales no han sufrido perjuicios enormes al ser eliminadas en licitaciones públicas, por ejemplo, por empresas extranjeras ofreciendo servicios o bienes a precios de dumping ante la ausencia de mecanismos efectivos que se ocupen de tales problemas? Cuantas jóvenes empresas nacionales no se han visto condenadas a desaparecer ante la imposibilidad de hacer frente a la concurrencia desleal de productos extranjeros? En ningún momento somos partidarios del proteccionismo, pero la lealtad en el comercio debe ser garantizada si los objetivos de liberalización del comercio internacional promulgados por el GATT quieren ser efectivamente alcanzados.

No debe olvidarse que la Comunidad Europea ha llegado a un alto grado de integración, el desarrollo de la Política Comercial Común parte del

¹¹⁸ Neste sentido pronunciam-se Dominique BOCQUET e Philippe DELLEUR "Génération Europe", Paris, 1989.

gen algunos interrogantes: si las medidas son dirigidas directamente contra el Estado, las autoridades nacionales competentes podrán recurrir ante la CJE solicitando la anulación de tal medida? Si por el contrario tales medidas son dirigidas a las empresas, estas podrán solicitar la anulación de las decisiones? En este último caso es probable que la Corte siga los principios consagrados en su jurisprudencia relativa al dumping y a los subsidios.

b. Vía B del Nuevo Instrumento

La segunda vía de acción instituida por el Nuevo Instrumento tiene por objetivo asegurar el pleno ejercicio de los derechos de la Comunidad frente a prácticas comerciales de países terceros. Para que una acción comunitaria sea ejercida sobre esta base es necesario que la Comunidad pueda hacer prevalecer, en virtud del derecho internacional o de las reglas generalmente aceptadas, los derechos de que es titular y que hayan sido o puedan ser desconocidos por prácticas de Estados terceros. También es necesario que exista un interés de la Comunidad en ejercer tal acción. No es necesario probar la existencia de un perjuicio, puesto que se ataca la práctica de un Estado sin que sea necesariamente ilícita.

La posibilidad de solicitar la intervención de la Comisión es limitada únicamente a los Estados Miembros y la toma de decisiones corresponde al Consejo, sobre la base de una propuesta de la Comisión y votando a la mayoría calificada.

CONCLUSIÓN

Vale la pena interrogarse sobre la necesidad y la posibilidad de instaurar un sistema similar en la región latinoamericana, particularmente en MERCASUR, tomando en cuenta que los principales concurrentes comerciales de los países de la subregión se han armado de tales instrumentos, algunos de ellos con fines netamente proteccionistas.

El problema de la defensa comercial es un problema práctico, real, del "día a día", cuantas empresas nacionales no han sufrido perjuicios enormes al ser eliminadas en licitaciones públicas, por ejemplo, por empresas extranjeras ofreciendo servicios o bienes a precios de dumping ante la ausencia de mecanismos efectivos que se ocupen de tales problemas? Cuantas jóvenes empresas nacionales no se han visto condenadas a desaparecer ante la imposibilidad de hacer frente a la concurrencia desleal de productos extranjeros? En ningún momento somos partidarios del proteccionismo, pero la lealtad en el comercio debe ser garantizada si los objetivos de liberalización del comercio internacional promulgados por el GATT quieren ser efectivamente alcanzados.

No debe olvidarse que la Comunidad Europea ha llegado a un alto grado de integración, el desarrollo de la Política Comercial Común parte del

presupuesto de la aceptación de nociones básicas como la supranacionalidad y la competencia exclusiva de las autoridades comunitarias en éstas áreas, cuestiones que en el Pacto Andino por ejemplo aún se siguen discutiendo.

La simple instauración de normas no es suficiente por si sola para la eficacia de un tal sistema. En la práctica sería necesario un cambio de idiosincracia, la educación de los agentes encargados de la aplicación de las disposiciones, no sólo de aquellos pertenecientes a las instituciones supranacionales, sino y ante todo del personal de las aduanas nacionales encargados de supervisar el cumplimiento cotidiano de las disposiciones supranacionales, la entrada de las mercancías y el recaudo de los impuestos antidumping y de las otras contra-medidas.

Uno de los presupuestos fundamentales para la realización de los objetivos que deben buscar estos instrumentos es la ausencia de espíritu proteccionista en la ejecución de sus normas. Una conducta proteccionista restringe las posibilidades de elección de los consumidores, penaliza los industriales que importan elementos esenciales para sus producciones, en caso de represalias es probable que la región salga perdedora. Las medidas de protección sólo tienen interés si están al servicio de una estrategia industrial. La cuestión de fondo para un sistema integracionista no es la de saber si la región será abierta o cerrada frente a los países terceros sino la de definir relaciones exteriores coherentes con perspectivas de desarrollo ¹¹⁸.

¹¹⁸ En este sentido se pronuncian Dominique BOCQUET y Philippe DELLEUR "Génération Europe", Paris, 1989.