

Medidas anticircunvenção

Caio Figueiredo Cibella de Oliveira

INTRODUÇÃO

Novidade importante no comércio exterior brasileiro, a Portaria Secex nº 21, de 18 de outubro de 2010, regulamenta de que forma será investigada a existência de práticas elisivas que frustrem a aplicação de medida antidumping vigente no Brasil. Por terregulamentação recente, são escassos no país materiais didáticos e acadêmicos que abordem o tema. Este artigo, nesse sentido, busca, primordialmente, apresentar uma compreensão geral sobre o tema e, secundariamente, ressaltar algumas questões potencialmente polêmicas da citada regulamentação.

Práticas elisivas são, em síntese, aquelas que buscam diretamente frustrar a efetividade da medida de defesa comercial, ou seja, fazer com que a indústria nacional não mais esteja protegida contra o dumping/subsídio praticado/recebido pelas empresas sujeitas ao direito. A respeito dessa definição inicial, deve-se empreender um comentário e duas diferenciações antes de se analisar a Portaria Secex nº 21.

Os membros da OMC não criaram, mesmo após extensa discussão sobre o tema, regulamentação a respeito de medidas anticircunvenção. No entanto, não há dispositivo nos acordos da OMC que

Caio Figueiredo Cibella de Oliveira é analista de Comércio Exterior. As opiniões e conclusões externadas neste artigo são de inteira responsabilidade do autor, não refletindo, necessariamente, o entendimento da Secretaria de Comércio Exterior/MDIC.

¹ A autorização da extensão do direito a terceiros países, bem como a partes, peças e componentes dos produtos objeto de medidas vigentes foi estabelecida pela Lei no 11.786, de 25 de setembro de 2008, disciplinada pela Resolução Camex no 63, de 17 de agosto de 2010, alterada pela Resolução Camex no 25, de 5 de maio de 2011. A Portaria Secex citada, portanto, apenas regulamenta o processo de investigação.

proíba o estabelecimento das citadas medidas, com base em regulamentação unilateral dos países. Dessa forma, União Europeia, EUA e outros países desenvolveram regulamentações anticircunvenção de acordo com os seus modelos de defesa comercial.

Inicialmente, ainda, é necessário diferenciar elisão de evasão fiscal. Como é de amplo conhecimento, elisão fiscal é um meio encontrado, respeitando-se o ordenamento jurídico vigente, para se evitar o pagamento de impostos, taxas e outros tributos. A evasão fiscal, de forma distinta, busca evitar o pagamento de tributos, mas em desrespeito às leis e regulamentos em vigor. A falsa declaração de origem da mercadoria e o descaminho, entre outras práticas evasivas, portanto, são fraudes que buscam evitar o pagamento do direito antidumping, mas não elisão do direito.

Uma segunda diferenciação importante, que será mais aprofundada à frente, é a que existe entre o desvio de comércio entre produtos e países e a prática elisiva que busca frustrar a efetividade do direito antidumping. O desvio de comércio entre produtos – especificamente substituição de bens sucedâneos – ocorre quando um bem se torna mais caro (por causa de um direito antidumping, por exemplo) e outro bem substituto, ceteris paribus, tem sua demanda aumentada por isso. Ainda,

o desvio de comércio ocorre quando há diminuição relativa de tarifas para um grupo de países e, por consequência, passa-se a importar mais produtos desses países do que dos demais (contra os quais, por exemplo, haveria cobrança de direito antidumping). A prática elisiva, por sua vez, embora possa parecer muitas vezes semelhante a um desvio de comércio, diferencia-se pelo fato de haver um objetivo do exportador ou importador de tornar o direito antidumping contra determinado produto ineficaz, mas não simplesmente se aproveitar de uma nova situação de mercado criada pelo estabelecimento de uma medida de defesa comercial. Para se realizar essa diferenciação de forma objetiva, como iremos observar à frente, é que as regulamentações nacionais buscam criar critérios de agregação de valor, entre outros, na análise de práticas de circunvenção.

APRESENTAÇÃO À LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Portaria Secex nº 21 prevê, em seu art. 4º, três formas de elisão fiscal contra as quais pode haver extensão de medida antidumping: (I) a introdução no território nacional de partes, peças ou componentes cuja industrialização resulte em produto igual sob todos os aspectos ao produto objeto da medida antidumping ou em outro produto que, embora não exatamente igual, apresente características

muito próximas às do produto objeto da aplicação da medida antidumping; (II) a introdução no território nacional de produto resultante de industrialização efetuada em terceiros países com partes, peças ou componentes originários ou procedentes do país sujeito à medida antidumping; (III) a introdução do produto no território nacional com pequenas modificações que não alterem o seu uso ou destinação final. Nos parágrafos seguintes, analisa-se cada um dos três casos, relacionando-os com as exigências estabelecidas pela Portaria Secex nº 21 e apresentando exemplos para melhor entendimento do assunto.

Inciso I do art. 4º do regulamento brasileiro

O inciso I do art. 4º da Portaria Secex nº 21 define que importar partes, peças ou componentes – originários das empresas contra as quais há direito antidumping – cuja industrialização resulte em produto igual ou com características muito próximas daquele contra o qual há direito antidumping pode ser considerado uma prática elisiva. Um exemplo claro poderia ser o de um hipotético direito antidumping nas importações de bicicletas originárias da China. Existiria uma elisão, nesse caso, se, após o início da investigação original, algumas empresas estabelecidas no Brasil passassem a importar rodas, quadros, guidões

A Portaria Secex nº 21, de outubro de 2010, regulamenta de que forma será investigada a existência de práticas elisivas que frustrem a aplicação de medida antidumping vigente no Brasil

e demais peças de uma bicicleta da China e, após industrialização sumária, vendessem as bicicletas no mercado interno por valor inferior ao valor normal.

A respeito do inciso mencionado no parágrafo anterior, o mais difícil é determinar se as importações de partes, peças e componentes aumentaram ou mesmo passaram a existir sobretudo por causa do estabelecimento da medida antidumping contra o produto a jusante na cadeia produtiva, e se a industrialização feita no país é ou não sumária.

No primeiro caso, e utilizando o exemplo das bicicletas, poder-se-ia defender que sempre houve mercado para partes e peças intraindústria, e mesmo no varejo, para reposição.

O importante nesse tópico é determinar, como sugerem os incisos VI e VII do §2º do art. 5º da Portaria Secex, se o aumento do fluxo nas importações de partes e peças está relacionado com uma diminuição nas importações do produto objeto do direito antidumping ou se há outros fatores que o expliquem.

No que se refere à industrialização sumária, poder-se-ia argumentar que, embora a importação de partes e peças tenha aumentado por causa da medida antidumping, as empresas que importam não são maquiladoras, mas sim indústria

nacional. Para determinar essa linha tênue entre indústria produtora e aquela meramente maquiladora, a Portaria Secex nº 21 estabelece objetivamente, no seu art. 17, de forma quase idêntica à regulamentação europeia,² que, se as partes e peças importadas da origem contra a qual há direito antidumping representarem mais que 60% do custo com matéria prima, e se houver menos que 25% de agregação de valor na industrialização sobre o custo de manufatura,

há prática de circunvenção. Ainda no exemplo das bicicletas, uma empresa que importasse duas rodas de bicicleta da China por US\$ 10 não estaria praticando circunvenção caso o seu custo total com partes, peças e componentes fosse de US\$ 20 ($10/20=50%<60%$) e o seu custo de manufatura, excluindo embalagem e depreciação,³ resultasse em US\$ 30 ($10/30=33%<75%$).

Como última preocupação, a Portaria Secex nº 21 define, no inciso VIII do §2º de seu art. 5º, que, mesmo se existirem todos os indícios de prática elisiva, não poderá haver extensão do direito antidumping se o produto similar ao sujeito ao direito for vendido no mercado brasileiro por preço superior ao valor normal da investigação original/revisão que estabeleceu o direito antidumping. Nesse caso, não há extensão do direito, porque se presume que

² Artigo 13 da Regulação do Conselho nº 1.225, de 30 de novembro de 2009.

³ A regulamentação brasileira se distingue apenas neste ponto em relação à europeia, sendo mais restritiva à importação de partes e peças, porque exclui do custo de produção tanto a embalagem quanto a depreciação.

a maquiagem realizada com as partes e peças importadas não resulta na manutenção do dano que se buscou contrarrestar com o estabelecimento da medida originalmente imposta.

Inciso II do art. 4º do regulamento brasileiro

O inciso II do art. 4º da Portaria Secex nº 21 define que importar produto resultante de industrialização efetuada em terceiros países com partes, peças ou componentes originários ou procedentes do país sujeito à medida antidumping pode ser considerado uma prática elisiva. No exemplo utilizado das bicicletas, existiria uma elisão, nesse caso, se, depois do início da investigação original, algumas empresas estabelecidas no Brasil passassem a importar bicicletas produzidas no Vietnã, após elementar processo de industrialização, com rodas, quadros, guidões e demais peças procedentes⁴ ou originários da China.

A análise da elisão prevista pelo inciso II do art. 4º é muito semelhante àquela para se determinar se há prática elisiva pelo inciso I do mesmo artigo. Os critérios para se determinar se a industrialização é sumária e para se saber se o preço é inferior ao valor normal da investigação original são os mesmos. De diferença relevante,

deve-se observar principalmente a dificuldade em se concluir a respeito dos fluxos de comércio internacionais.

Com base nos incisos VI e VII do §2º do art.5º da Portaria Secex nº 21, deve-se analisar obrigatoriamente o que segue: se as exportações do terceiro país aumentaram posteriormente ao início da investigação original; se também as importações de partes e peças do terceiro país, originárias ou procedentes do país contra o qual há direito antidumping aplicado, aumentou de forma proporcional; sempre que possível, demonstrar se a capacidade produtiva do terceiro país é incompatível com as suas exportações.

O estudo relacional desses fluxos é complexo, porque, primeiro, as estatísticas de comércio internacional são em regra excessivamente agregadas em relação ao que seria necessário para se identificar o produto similar, e, segundo, porque se deve arbitrar o que é proporcional e compatível, em termos de fluxo de comércio e capacidade produtiva.

Voltando ao exemplo das bicicletas, as análises supramencionadas podem ser mais facilmente compreendidas. Primeiro, dever-se-ia analisar as estatísticas brasileiras para se saber se as importações de bicicletas do Vietnã aumentaram após a abertura da investigação original que se encerrou com a aplicação

do direito antidumping.

Segundo, pesquisar-se-ia se as estatísticas internacionais indicam aumento nas importações de partes e peças de bicicletas originárias ou procedentes da China pelo Vietnã de forma proporcional ao aumento nas vendas desse país para o seu mercado doméstico e para o resto do mundo. Esse ponto da análise seria fundamental para se determinar se as exportações do Vietnã para o Brasil foram de produtos com conteúdo local, com partes e peças importadas da China ou de outros países. O problema fundamental é que, sem a participação dos exportadores na investigação, parte importante dos dados para a análise não estão disponíveis: compra de partes e peças produzidas localmente ou importadas de países que não a China; similaridade entre o produto exportado para o Brasil e aquele objeto do direito. Dessa forma, no extremo, pode-se defender tanto que toda a bicicleta exportada para o Brasil foi produzida com partes e peças chinesas, mesmo se estas foram importadas em pequenos volumes pelo Vietnã, quanto o inverso. Por isso, para fins de abertura, e caso não haja participação dos exportadores do terceiro país, busca-se nessa etapa da análise apenas observar se o terceiro país importa partes e peças em quantidades suficientes para se exportar para o Brasil o produto

⁴ Esse inciso é contrário ao que seria esperado ao estabelecer que peças, partes e componentes procedentes, e não apenas originários, também devem ser incluídos na análise. Não obstante, pode-se entender que é um posicionamento razoável para se evitar conflitos futuros, por um problema muitas vezes irrelevante, a respeito da fidedignidade das origens declaradas nas estatísticas internacionais.

A regulamentação brasileira acerca de circunvenção de medidas de defesa comercial é significativamente mais completa e objetiva do que a da União Europeia e a dos EUA

similar ou com pequenas modificações. Por fim, a autoridade investigadora deve verificar, sempre que possível, se há capacidade produtiva, em toda a cadeia produtiva, que justifique a quantidade vendida pelos produtores do terceiro país.

Inciso III do art. 4º do regulamento brasileiro

O inciso III do art. 4º da Portaria Secex nº 21 define que importar produto com pequenas modificações que não alterem o seu uso ou destinação final em relação àquele sujeito à medida antidumping pode ser considerado uma prática elisiva. No exemplo utilizado das bicicletas, existiria uma elisão, nesse caso, se, após a determinação de se aplicar o direito na importação de bicicletas com aro 24, empresas brasileiras passassem a importar bicicletas da China com aro 25.

As análises requeridas no caso da elisão supracitada são aquelas descritas nos incisos III, VII e VIII do §2º do art. 5º da Portaria Secex nº 21. Em resumo, buscam definir, primeiro, se o produto possui apenas pequenas modificações em relação ao objeto da medida, e, segundo, se não se trata apenas de uma substituição de bens sucedâneos.

Definir se uma modificação no produto é pequena ou não pode parecer uma tarefa muito subjetiva, e talvez realmente

o seja. No entanto, pode-se estabelecer três critérios gerais, os quais emanam direta e indiretamente do regulamento e parecem os mais lógicos possíveis:

(I) conhecer as características físicas do produto objeto do direito e aquele que supostamente elide o direito, incluindo as matérias-primas utilizadas e o método produtivo; (II) comparar os usos e destinações finais dos dois produtos; e (III) observar se antes de iniciada a investigação original/revisão já existia mercado no país para o produto modificado, o que pode ser verificado pelas próprias estatísticas de importação e pelo parecer final da investigação original/revisão que determinou a aplicação do direito. Esses três critérios devem ser analisados conjuntamente e, em cada caso, peso maior pode ser concedido a cada um. De qualquer forma, o principal objetivo é o de buscar indícios para se saber se as importações objetivam apenas elidir o direito em vigor ou se são resultado de uma substituição natural de bens sucedâneos.

Para melhor compreensão, pode-se observar o caso hipotético das bicicletas. Primeiro, observar-se-ia se o maior tamanho das rodas implica uma diferença relevante em termos físicos. Em conclusão, poder-se-ia determinar que não, porque as matérias-primas e o método de produção são idênticos, com o

custo para a mudança do aro 24 para o 25 sendo irrelevante. Segundo, demonstrar-se-ia que os usos e as destinações finais são idênticos, sendo irrelevante para o consumidor a escolha entre os dois produtos. Por fim, e para confirmar os indícios apresentados pelos critérios anteriores, buscar-se-ia identificar se o produto com pequena modificação passou a ser importado a partir do início da investigação original. Essa etapa é de fundamental importância, porque, se houver mercado anterior ao início da investigação original, haverá fortes indícios de que a modificação não foi criada para elidir o direito em vigor, mas sempre foi demandada pelos consumidores nacionais. O produto semelhante, na hipótese de haver mercado consolidado anterior à investigação original, seria apenas um substituto beneficiado pela aplicação de direito em relação ao seu sucedâneo. Nesse caso, não seria possível a extensão do direito, mas apenas petição por uma investigação original.

CONTROVÉRSIAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A regulamentação brasileira acerca de circunvenção de medidas de defesa comercial é significativamente mais completa e objetiva do que as da União Europeia e do EUA.⁵ De qualquer forma, restam na regulamentação brasileira algumas incertezas, principalmente a respeito

de como serão aplicadas as medidas antidumping estendidas. As três principais dúvidas acerca da aplicação são se as medidas podem ser estendidas retroativamente, se a extensão pode ser seletiva em relação a algumas empresas e se há possibilidade de revisão da extensão do direito.

A respeito da retroatividade da extensão da medida antidumping, não há nenhuma referência na Portaria Secex nº 21, de 2010. A Resolução Camex nº 63, que disciplina a extensão de medidas antidumping e compensatórias, por sua vez, determina no art. 6º que a legislação de defesa comercial deve ser aplicada subsidiariamente às normas complementares expedidas pela Secex/MDIC. Dessa forma, acerca da retroatividade da extensão da medida, pode-se aplicar o art. 8º da Lei nº 9.019, de 1995: “Os direitos antidumping ou compensatórios, provisórios ou definitivos, somente serão aplicados sobre bens despachados para consumo a partir da data da publicação do ato que os estabelecer, excetuando-se os casos de retroatividade previstos nos Acordos Antidumping e nos Acordos de Subsídios e Direitos Compensatórios, mencionados no art. 1º”. O Decreto nº 1.602, de 1995, prevê no art. 54, no que repete o Acordo Antidumping, o que segue: Direitos antidumping definitivos poderão ser cobrados sobre

produtos importados, objeto de dumping, que tenham sido despachados para consumo, até noventa dias antes da data de aplicação das medidas antidumping provisórias, sempre que se determine, com relação ao produto em questão, que:

I - há antecedentes de dumping causador de dano, ou que o importador estava ou deveria estar ciente, de que o produtor ou exportador pratica dumping e de que este causaria dano;

II - o dano é causado por volumosas importações de um produto a preços de dumping em período relativamente curto, o que, levando em conta o período em que foram efetuadas e o volume das importações objeto de dumping e também o rápido crescimento dos estoques do produto importado, levará provavelmente a prejudicar seriamente o efeito corretivo dos direitos antidumping definitivos aplicáveis, desde que tenha sido dada aos importadores envolvidos a oportunidade de se manifestar sobre a medida. Parágrafo único. Não serão cobrados sobre produtos que tenham sido despachados para consumo antes da data de abertura da investigação.

Por esse caminho, pode-se concluir que, tal como o direito antidumping definitivo, a extensão da medida pode retroagir em 90 dias desde a determinação de que há elisão, tendo-se em vista que não há extensão provisória do direito.

⁵ Subtítulo IV – Medida Compensatória e Direito Antidumping; Capítulo 4 – Ato Tarifário..

Com o aumento verificado nos últimos anos no número de direitos antidumping aplicados, prevê-se que a Portaria Secex nº 21, como instrumento anticircunvenção, terá cada vez mais relevância

Na verdade, essa retroação não é só uma possibilidade, como deveria ser identificada como obrigatoriedade, porque a circunvenção é, tipicamente, uma prática pela qual as empresas buscam elidir o direito e, portanto, sabem do dumping e dos efeitos danosos que acarretam. Por fim, deve-se observar o parágrafo único do artigo apresentado acima e não retroagir a extensão para data antes da abertura da investigação de circunvenção.

No que diz respeito à seletividade das empresas para as quais haverá extensão do direito, o tema é ainda mais controverso do que o da retroatividade. A regulamentação europeia, no parágrafo 4º do art. 13 da Regulação do Conselho nº 1.225, de 2009,⁶ adota uma solução simples: empresas nos terceiros países que comprovem não serem relacionadas às exportadoras para as quais há direito antidumping e não praticarem circunvenção, dentro dos critérios de agregação de valor, não serão afetadas pela extensão do direito; empresas estabelecidas na União Europeia que comprovem não serem relacionadas às exportadoras para as quais há direito antidumping também não deverão pagar o direito antidumping. Essa regulamentação europeia tem como grande vantagem a

simplicidade, mas é falha por permitir ampla elisão do direito antidumping por empresas domésticas, apenas porque não são relacionadas com as exportadoras.

Como não há nada previsto na Portaria Secex nº 21, de 2010, acerca da aplicação do direito estendido, pode-se apenas supor algumas situações. Pode-se concluir que as empresas, seja em um terceiro país ou no Brasil, que comprovarem não praticar elisão, com base nos critérios de agregação de valor e de venda por preço superior ao valor normal, não serão afetadas pela extensão do direito. No entanto, há a hipótese, em muitos casos deveras relevante, de empresas que importam partes e peças para revenda. Como o direito antidumping é devido na data da internação do produto, pode-se determinar que empresas que não sejam maquiladoras, mas apenas revendedoras, não deverão pagar o direito estendido sobre partes e peças, mesmo se futuramente vierem a revender esses insumos para empresas que pratiquem a elisão.

Uma última lacuna a respeito da aplicação da medida anticircunvenção é aquela afeita à revisão da medida. Nesse ponto, poder-se-ia utilizar, subsidiariamente,

⁶ “[...]. Requests for exemptions duly supported by evidence shall be submitted within the time-limits established in the Commission regulation initiating the investigation. Where the circumventing practice, process or work takes place outside the Community, exemptions may be granted to producers of the product concerned that can show that they are not related to any producer subject to the measures and that are found not to be engaged in circumvention practices as defined in paragraphs 1 and 2 of this Article. Where the circumventing practice, process or work takes place inside the Community, exemptions may be granted to importers that can show that they are not related to producers subject to the measures. [...]”

como permite a Resolução Camex nº 63, de 2010, os artigos 58 e 59 do Decreto nº 1.602, de 1995. Com base nesses artigos, definir-se-ia que qualquer parte interessada ou órgão da Administração Pública Federal pode requerer revisão da extensão da medida antidumping, depois de decorrido um ano da investigação/revisão anterior, desde que apresente elementos de prova de que uma ou mais empresas deixaram ou começaram a praticar a elisão investigada do direito antidumping. Ainda, note-se que exportadores de terceiros países e importadores teriam a possibilidade de pedir revisão sumária caso não tivessem exportado para o Brasil ou importado, respectivamente, durante o período investigado no processo de análise de circunvenção. Por fim, deve-se observar que a revisão ocorreria a respeito das mesmas práticas elisivas investigadas. Assim, se, por exemplo, o terceiro país para o qual se pede análise for um ainda não investigado, seria o caso de uma nova investigação, mas não de revisão.

CONCLUSÃO

A Portaria Secex nº 21, de 2010, preencheu uma lacuna importante no sistema

brasileiro de defesa comercial e, inclusive, inovou em relação aos modelos existentes em outros países. Com o aumento verificado nos últimos anos no número de direitos antidumping aplicados, prevê-se que cada vez mais esse instrumento anticircunvenção ganhará relevância no país. Este artigo, nesse sentido, é um dos primeiros a iniciar uma discussão que, com certeza, amadurecerá nos próximos anos.

Conclui-se, com base na discussão apresentada, que circunvenção, primeiro, não é evasão fiscal, e tampouco desvio de comércio. Essa prática é uma forma de elidir a efetividade da medida de defesa comercial, e só pode ser contrarrestada nos termos da legislação apresentada. Segundo, demonstrou-se que a Portaria Secex nº 21, de 2010, apresenta critérios objetivos para cada uma das três práticas previstas, principalmente no sentido de evitar que desvio de comércio seja confundido com elisão do direito. Por fim, apresentaram-se três temas controversos a respeito da aplicação do direito antidumping posterior à determinação positiva da prática elisiva, os quais preferencialmente devem ser solucionados por reedição da regulamentação citada. ■

A Portaria Secex nº 21 preencheu uma lacuna importante no sistema brasileiro de defesa comercial e, inclusive, inovou em relação aos modelos existentes em outros países