

O RECONHECIMENTO DA CHINA COMO ECONOMIA DE MERCADO: o dilema de 2016¹

Vera Thorstensen
Daniel Ramos
Carolina Müller²

INTRODUÇÃO

Durante a história do GATT/OMC, as dificuldades da participação de economias não de mercado (ENM) no Sistema Multilateral de Comércio foram levantadas tanto pela acessão de economias socialistas quanto pela transformação de economias originalmente de mercado em economias planificadas³. As partes contratantes precisaram criar uma série de adaptações nas regras de comércio, com base em considerações sobre as especificidades dessas economias, a fim de garantir o comércio justo (*fair trade*) no âmbito do Sistema Multilateral.

As adaptações feitas ao GATT para acomodar tanto ENMs quanto países em desenvolvimento e países de menor desenvolvimento relativo foram chamadas por Jackson de “princípio de interface” (*interface principle*)⁴. A idéia era criar mecanismos que poderiam mediar as diferenças entre sistemas econômicos, provendo regras para reduzir a incompatibilidade entre tais estruturas de mercado⁵. É evidente a adoção de tal abordagem nas acessões de ENMs ao GATT, com negociação de quotas de importação ao invés de tarifas e com a criação de um mecanismo de salvaguarda específico.

Uma das adaptações necessárias relacionava-se ao instrumento de antidumping. O valor normal ao qual o preço de exportação deveria ser comparado, a fim de estabelecer a margem de dumping, não poderia ser devidamente identificado na economia doméstica de uma ENM, uma vez que os preços eram fixados pelo Estado. Assim, metodologias alternativas, como, por exemplo, a utilização de preços de exportação de terceiros países, foram criadas para possibilitar a determinação do valor normal nas investigações antidumping relativas às exportações de países de ENM. Assim, um país identificado como uma ENM para efeito de antidumping terá a ele aplicada uma “metodologia ENM” para cálculo de valor normal.

Esta metodologia foi usada durante um longo período para países de economias planificadas e em transição, mas a ascensão da China como o maior exportador mundial e sua acessão à OMC lançou uma nova luz à questão. Recentemente, um amplo debate acadêmico foi instaurado acerca da base jurídica e dos prazos para aplicação da metodologia ENM em investigações de antidumping contra importações da China. É

¹ Publicado na Revista Brasileira de Comércio Exterior, ano XXVI, n. 112, jul/set 2012

² Vera Thorstensen é professora da Escola de Economia de São Paulo da FGV e coordenadora do Centro do Comércio Global e do Investimento (CCGI). Daniel Ramos e Carolina Müller são pesquisadores do CCGI.

³ Conforme ocorrido com a Tchecoslováquia e Cuba, durante a década de 1950.

⁴ JACKSON, John H., *Restructuring the GATT System*, Royal Institute of International Affairs, London, 1990, pp. 84-85

⁵ Ver também HUANG, Chien, “Non-market Economies Accessions to the WTO: An Empire is Rising?” *ISA Annual Convention*, San Francisco, CA, March 23-26, 2008, p. 6.

relevante, portanto, compreender os aspectos legais do conceito de ENM nas investigações de antidumping.

O presente artigo visa explorar a relevância do conceito de ENM para fins de investigação de antidumping, especialmente no que tange a determinação do valor normal. Assim, primeiramente, serão analisados o *sistema regular* de determinação do valor normal e a exceção criada pela Segunda Nota Interpretativa ao Parágrafo Primeiro do Artigo VI do GATT (Nota Interpretativa), referente à ENMs.

Em segundo lugar, será analisado o *sistema especial* para determinação do valor normal, concebido durante a acessão do Vietnã e da China a OMC, conforme apresentados em seus respectivos Protocolos de Acessão e Relatórios do Grupo de Trabalho. Em seguida, o artigo tratará da discussão acerca do prazo final estabelecido no Artigo 15 do Protocolo de Acessão da China, bem como de suas conseqüências jurídicas.

Finalmente, o artigo analisará o escopo e a abrangência do conceito de ENM presente na Nota Interpretativa do Artigo VI, conforme aplicado historicamente pelos membros do GATT/OMC, em contraste com as interpretações recentes promovidas pelo Órgão de Apelação da OMC.

1. O sistema regular de determinação do valor normal

Durante uma investigação de antidumping, a autoridade nacional investigadora precisa determinar a margem de dumping, ou seja, a diferença entre o preço de exportação de um produto e seu “valor normal”. O Artigo 2 do Acordo Antidumping (AAD) fornece três métodos para calcular o valor normal de um produto. O principal é baseado no preço do produto no mercado do interno do exportador (Artigo 2.1)

2.1 Para as finalidades do presente Acordo, considera-se haver prática de *dumping*, isto é, oferta de um produto no comércio de outro país a preço inferior a seu valor normal, no caso de o preço de exportação do produto ser inferior àquele praticado no curso normal das atividades comerciais, para o mesmo produto quando destinado ao consumo no país exportador.

Nesse sentido, a autoridade investigadora deve usar o preço do produto no mercado interno do país exportador como valor normal. Há dois possíveis desvios desse método. A primeira possibilidade ocorre quando as vendas do produto no mercado interno não foram feitas no “curso normal das atividades comerciais” e, assim, não podem ser uma base apropriada para a determinação do “valor normal”. A esse respeito, o Órgão de Apelação declarou que:

(...) Article 2.1 requires investigating authorities to exclude sales not made “in the ordinary course of trade”, from the calculation of normal value, precisely to ensure that normal value is, indeed, the “normal” price of the like product, in the home market of the exporter. Where a sales transaction is concluded on terms and conditions that are incompatible with “**normal**” **commercial practice** for sales of the like product, in the market in question, at the relevant time, the transaction is not an appropriate basis for calculating “normal” value⁶.
(Grifo nosso)

⁶ OMC, Relatório do Órgão de Apelação no caso *US – Hot-Rolled Steel* (DS184), para. 140, WT/DS184/AB/R

O Artigo 2.2 do AAD indica a existência de circunstâncias nas quais as vendas no mercado interno do país exportador não são feitas “no curso normal das atividades comerciais”, porém não define quais elas seriam exatamente⁷:

Caso inexistam vendas do produto similar no curso normal das ações de comércio no mercado doméstico do país exportador, ou quando, em razão de **condições específicas de mercado** ou por motivo do baixo nível de vendas no mercado doméstico do país exportador, tais vendas não permitam comparação adequada (...). (Grifo nosso).

Nesse caso, duas alternativas estão disponíveis: o preço cobrado pelo exportador num terceiro país; ou um preço construído com base na combinação dos custos de produção do exportador, outras despesas e margens de lucro normais. Este seria o *sistema regular* de determinação do valor normal e qualquer desvio na utilização do preço do mercado interno deve ser feito a partir de uma análise caso a caso, considerando a situação particular de mercado de um determinado setor econômico. Cabe ressaltar que não é incomum que vendas nos mercados internos de economias de mercado sejam consideradas como inadequadas para as considerações de valor normal, ensejando, assim, o uso de preço de exportação em um terceiro país ou o preço construído. Tal situação pode ocorrer, por exemplo, em razão do baixo volume de vendas internas em comparação ao volume exportado.

O segundo desvio possível não é baseado na especificidade do setor ou dependente de uma avaliação caso a caso, mas sim na consideração da totalidade da economia do país de exportação como não oferecendo condições de “curso normal das atividades comerciais”. Tal alternativa está estabelecida na Nota Interpretativa e refere-se aos países de ENM.

É interessante notar que não há referência *direta* no AAD a metodologias alternativas ou à utilização de preços de exportação de terceiros países na determinação do valor normal⁸. A possibilidade de usar metodologias alternativas para determinar o valor normal nas investigações antidumping está presente no Artigo VI do GATT, que estabelece as regras gerais para investigações de antidumping e de medidas compensatórias. A Nota Interpretativa a esse Artigo foi introduzida em 1955, a pedido da Tchecoslováquia, à época uma ENM, e afirma que:

2. Reconhece-se que, no caso de importações procedentes de um país **cujo comércio é objeto de um monopólio completo ou quase completo e em que todos os preços internos são fixados pelo Estado**, a determinação da comparabilidade dos preços para os fins do parágrafo primeiro pode apresentar dificuldades especiais e que, em tais casos, as Partes Contratantes importadoras podem julgar necessário levar em conta **a possibilidade que uma comparação exata com os preços internos do dito país não seja sempre apropriada**. (Grifo nosso).

⁷ O Artigo 2.2.1 estabelece apenas uma dessas situações – vendas a preços abaixo do custo unitário de produção mais custos administrativos, gerais e ligados à venda. Não se trata, no entanto, da única situação possível.

⁸ O Artigo 2.2.2 (iii) refere-se a “qualquer outro método razoável” para o cálculo do lucro quando da construção do preço para determinação do valor normal, mas deve-se levar em consideração a margem de lucro normalmente auferida por outros exportadores ou produtores no mercado doméstico do país de origem (cabe apontar que no Decreto 1.355/94, que incorporou os resultados da Rodada Uruguai, o artigo correspondente é o Artigo 2.3(c)(iii)).

A Nota Interpretativa, assim, permite afastar-se dos métodos regulares de cálculo do valor normal, uma vez que, nos países cujo comércio “é objeto de um monopólio completo ou quase completo” e no qual “todos os preços internos são fixados pelo Estado”, os três métodos regulares não oferecem uma base adequada para comparabilidade de preços, embora a nota não explicita qual deveria ser a metodologia alternativa.

É importante notar que a possibilidade de desvio dos métodos tradicionais de cálculo do valor normal foi incluída no GATT a pedido da Tchecoslováquia, que, na época, estava transformando sua economia em um sistema de economia planificada. A Tchecoslováquia alegava que as alternativas previstas no GATT não eram adequadas para calcular o valor normal em economias socialistas. O país afirmava que “*no comparison of export prices with prices in the domestic market of the exporting country is possible when such domestic prices are not established as a result of fair competition in that market, but are fixed by the State*”⁹. A principal dificuldade decorria do fato de que, uma vez que os preços internos eram fixados pelo Estado, esses poderiam, com frequência, serem superiores aos preços de exportação, mesmo que esses fossem baseados no mercado, levando à determinação, indevida, de margens de dumping por outros países e à conseqüente aplicação de direitos antidumping¹⁰.

A Tchecoslováquia propôs, assim, uma alteração do Artigo VI, pela qual as margens de dumping deveriam ser calculadas utilizando o preço comparável no mercado doméstico do país exportador ou, na ausência desse preço ou quando os preços no mercado doméstico fossem fixados pelo Estado, deveria ser usado (i) o “*average comparable price for the like product for export by third countries to the importing country in question in the ordinary course of trade*”, ou, na ausência de tal preço, (ii) o preço médio comparável para produto similar destinado à exportação pelo país exportador para terceiros países, ou (iii) o custo de produção do produto, mais a adição de custos de venda e lucros razoáveis¹¹.

As Partes Contratantes do GATT não aceitaram a proposta, mas concordaram com a inclusão da referida Nota Interpretativa ao Artigo VI¹². A Nota deu grande margem de manobra para os estados lidarem com dumping de economias centralmente planejadas. Embora a Tchecoslováquia tenha reivindicado estudos mais aprofundados sobre a questão antidumping, para definir uma regra mais específica em relação a ENMs, o problema permaneceu intocado¹³.

Na prática, no entanto, o uso do método do país substituto (*surrogate country*), como proposto pela Tchecoslováquia, tornou-se a metodologia alternativa comum, sendo posteriormente mencionada explicitamente pelo Grupo de Trabalho sobre a Acesso da Polônia:

⁹ GATT, *Article VI – Proposals by the Czechoslovakia Delegation – Revision*, Review Working Party II on Tariffs, Schedules and Customs Administration, Contracting Parties Ninth Session, 21 de dezembro de 1954, W.9/86/Rev. 1

¹⁰ GATT, *Anti-Dumping and Countervailing Duties. Memoranda received from the governments of Czechoslovakia and Sweden*, 26 November 1958, L/943, para. 8-11.

¹¹ *Ibid.*

¹² GATT, *Report of Review Working Party III on Barriers to Trade other than Restrictions or Tariffs*, Contracting Party Ninth Session, L/334, 1 Março de 1955.

¹³ GATT, *Anti-Dumping and Countervailing Duties – Memoranda received from the Governments of Czechoslovakia and Sweden*, L/943, 26 Novembro de 1958.

13. With regard to the implementation, where appropriate, of Article VI of the General Agreement with respect to imports from Poland, it was the understanding of the Working Party that the second Supplementary Provision in Annex I to paragraph 1 of Article VI of the General Agreement, relating to imports from a country which has a complete or substantially complete monopoly of its trade and where all domestic prices are fixed by the State, would apply. In this connection it was recognized that a contracting party may use as the normal value for a product imported from Poland the prices which prevail generally in its markets for the same or like products or a value for that product constructed on the basis of the price for a like product originating in another country, so long as the method used for determining normal value in any particular case is appropriate and not unreasonable¹⁴. (emphasis added)

A adequação deste método para tratar da questão foi reafirmada posteriormente nos relatórios do Grupo de Trabalho sobre a adesão de vários países de ENM que mais tarde se juntaram ao GATT¹⁵, contendo mecanismos com redação similar. O uso do método do terceiro país (*surrogate country*) para o cálculo do valor normal em investigações antidumping envolvendo ENMs também se estabeleceu como alternativa preferida e começou a ser usada pelas autoridades investigadoras das partes contratantes no GATT¹⁶.

Nesse sentido, a Nota Interpretativa foi concebida como uma exceção ao *sistema regular* para a determinação do valor normal, visando corrigir as distorções decorrentes da possibilidade de, em investigações contra exportações de ENMs, encontrar uma margem de dumping superior a que seria encontrada caso o valor normal do produto fosse estabelecido com base em preços praticados em economias de mercado. Ela foi destinada a proteger as ENM.

O mecanismo do GATT, desde então, presenciou alguns desenvolvimentos e foi incorporado pelo AAD, em seu Artigo 2.7. Nenhuma outra adaptação, entretanto, foi feita para abordar a adequação da exceção às novas regras estabelecidas pelo AAD. Além disso, como as partes contratantes com o GATT tinham autonomia para determinar quais países se encaixariam na definição da Nota Interpretativa, bem como ao método alternativo adequado, o conceito foi gradualmente expandido para incluir todas as ENMs e não somente as que tinham um monopólio completo ou quase completo de seu comércio e onde todos os preços domésticos fossem fixados pelo Estado. Vários países, dentre os quais EUA, UE e Brasil, começaram a compor listas de países que se enquadrariam na descrição de ENM e estariam sujeitos ao método do país substituto nas investigações antidumping. A maioria desses países dificilmente se encaixaria perfeitamente na descrição de 1955 de uma ENM, demonstrando a evolução do conceito em nível nacional.

O *sistema regular* de determinação do valor normal oferece, dessa forma, duas possibilidades alternativas ao preço de vendas no mercado doméstico do país

¹⁴ GATT, *Report of the Working Party on the Accession of Poland*, 23 de Junho de 1967, L/2806, p. 3, §13

¹⁵ Além da Polônia, foi o caso na adesão de Hungria e Romênia. Vide GATT, *Report of the Working Party on the Accession of Hungary to the GATT*, BISD § 20S/3-8 (Twentieth Supplement, Twenty-Ninth Session, 1971-1972), Janeiro 1974, p. 3, § 18. Vide também GATT, *Report of the Working Party on the Accession of Romania*, 5 de Agosto 1971, L/3557, p. 3, § 13.

¹⁶ Segundo Polouektov, a primeira investigação de antidumping nos EUA a considerar um país como ENM ocorreu em 1960 e referia-se à importação de bicicletas da Tchecoslováquia. Ver POLOUEKTOV, Alexander, "The Non-Market Economy" Issue in International Trade in the Context of WTO Accessions, UNCTAD/DITC/TNCD/MISC.20, Unctad Report, 9 de outubro de 2002, p. 8

exportador. A primeira pode ser aplicada quando o mercado interno não oferece “condições compatíveis com a prática comercial ‘normal’”¹⁷ (i.e. condições de mercado) para o produto específico. A segunda é uma exceção concebida para lidar com países cujas economias considera-se que, no geral, não oferecem condições de mercado normais – os países de ENM. A primeira deve ser analisada caso a caso, enquanto a segunda implica na aplicação da metodologia do país substituto para todas as investigações relativas ao país de ENM.

2. O sistema especial de determinação do valor normal

A acessão das ENMs à OMC criou, entretanto, outra possibilidade de uso de metodologias alternativas na determinação do valor normal nas investigações de antidumping. Nos documentos de acessão do Vietnã¹⁸ e da China¹⁹ é previsto um *sistema especial* para a determinação do valor normal. Como ambas são similares, usaremos as previsões constantes no protocolo de acesso da China para análise, uma vez que elas têm sido fonte de muitas discussões.

O Artigo 15 do Protocolo de Acessão da China estabelece que:

15. Comparabilidade de preços para a determinação de subsídios e dumping
(...)
 - (a) Na determinação da comparabilidade de preços, sob o artigo VI do GATT 1994 e o Acordo Antidumping, o Membro importador da OMC utilizará, seja os preços e os custos chineses correspondentes ao segmento produtivo objeto da investigação, ou uma metodologia que não se baseie em uma comparação estrita com os preços ou os custos domésticos chineses, com base nas seguintes normas:
 - (i) se os produtores investigados puderem demonstrar claramente que, no segmento produtivo que produz o produto similar, prevalecem condições de economia de mercado no que diz respeito à manufatura, produção e à venda de tal produto, o Membro da OMC utilizará os preços ou custos prevalentes na China do segmento produtivo objeto da investigação, para determinar a comparabilidade dos preços;
 - (ii) o Membro da OMC importador poderá utilizar uma metodologia que não se baseie em uma comparação estrita com os preços internos ou custos prevalentes na China se os produtores investigados não puderem demonstrar claramente que prevalecem no segmento produtivo que produz o produto similar condições de economia de mercado no que diz respeito à manufatura, a produção e à venda de tal produto.

O *sistema especial* criado pelo Artigo 15 oferece duas alternativas para calcular o valor normal nas investigações de antidumping relacionadas às exportações da China. A autoridade investigadora pode usar os preços e custos chineses para a indústria sob investigação, ou uma metodologia alternativa. Nesse sentido, o sistema previsto no protocolo da China é similar ao *sistema regular*, à exceção do fato de que não é feita nenhuma referência ao uso de preço de exportação para terceiros países. Nesse caso,

¹⁷ OMC, Relatório do Órgão de Apelação no caso *US – Anti-Dumping Measures on Certain Hot-Rolled Steel Products from Japan (DS184)*, WT/DS184/AB/R, adotado em 24 de julho de 2001, para. 140

¹⁸ Ver OMC, *Report of the Working Party on the Accession of Viet Nam*, WT/ACC/VNM/48, 11 de janeiro de 2007, para. 255.

¹⁹ Ver OMC, *Protocol of Accession of People's Republic of China to the World Trade Organization*, WT/L/432, 23 de novembro de 2001, Artigo 15, p. 8-9

porém, *o método principal* para a determinação do valor normal não é a utilização dos preços do mercado doméstico (China), mas sim a metodologia alternativa

O Artigo 15(a)(i) e (ii) determina que para que a autoridade investigadora use os preços ou custos Chineses, os produtores da indústria sob investigação devem mostrar claramente que as condições de mercado prevalecem naquele setor. Isto significa que o ônus da prova para confirmar que determinado setor oferece condições de mercado cabe aos exportadores e que, nesse sentido, as vendas feitas no mercado doméstico podem ser consideradas como ocorridas no curso normal das atividades comerciais. Caso contrário, o Artigo 15 (a) (ii) estabelece que a metodologia alternativa poderá ser usada. Como visto acima, esta metodologia alternativa estabeleceu-se na prática dos membros da OMC como sendo a de uso dos preços dos países substitutos.

Este *sistema especial* de cálculo de preços normais nas investigações antidumping contra exportações da China vigorará até que se aplique uma das duas situações. O Artigo 15 (d) determina que:

(d) Uma vez tendo a China estabelecido, em **conformidade com a legislação nacional do Membro importador da OMC**, que **é uma economia de mercado, ficarão sem efeito as disposições do item a)**, desde que a legislação nacional do Membro importador preveja critérios para aferir a condição de economia de mercado, na data de acessão. Em quaisquer casos, as disposições do item a) ii) expirarão após transcorridos 15 anos da data de acessão. Ademais, nos casos em que a China estabelecer, em conformidade com a legislação nacional do Membro importador da OMC, que em um segmento produtivo particular ou indústria prevalecem condições de economia de mercado, deixar-se-ão de aplicar a esse segmento produtivo particular ou indústria as disposições do item a) referentes às economias que não são economias de mercado (Grifo nosso)

A primeira situação prevista na alínea d do Artigo 15 é quando a China estabelecer-se como uma economia de mercado sob uma lei nacional de membro da OMC, isto é, quando um membro da OMC considerar que a China será uma economia de mercado nos termos da sua lei. As legislações nacionais dos membros da OMC variam bastante em relação ao conceito e reconhecimento de ENMs. De qualquer maneira, quando tal evento ocorrer, todas as disposições do Artigo 15(a) deixarão de ser aplicáveis. Esta é a única lógica, pois, uma vez que um país decidiu que a China é uma economia de mercado, não haveria qualquer justificativa para a aplicação de metodologias alternativas *que se baseiem na inexistência de condições de mercado*. Este reconhecimento também provocará impactos no *sistema regular* de determinação de valor normal, como será explorado adiante.

É importante notar que, para a primeira situação ser válida, a lei nacional do Membro importador deve conter, quando de acessão da China, quais são os critérios para o reconhecimento de países como economia de mercado. Tal previsão foi incluída no Artigo, presumivelmente, para evitar pressões políticas pela China para forçar os países que anteriormente não usaram o conceito de ENM em suas respectivas investigações antidumping a adotar tais leis e reconhecer a China como uma economia de mercado.

Observa-se que, sob o *sistema regular*, os Membros da OMC não são obrigados a aplicar a exceção contida na Nota Interpretativa ou ter leis nacionais que prevejam a aplicação de metodologias alternativas nas investigações antidumping relativas às importações provenientes de países de ENM. Os Membros da OMC *poderão* fazê-lo. Nesse caso, países que não têm disposições legais referentes a ENMs poderão invocar

somente o *sistema especial* ao aplicarem metodologias alternativas nas investigações relacionadas às importações da China.

A outra possibilidade é que a China prove que as condições de mercado prevalecem num setor ou indústria específicos, mas não em toda a sua economia. Nesse caso, deixam de se aplicar as disposições do Artigo 15(a), ou seja, o *sistema especial* será encerrado, ainda que somente para estes setores.

A segunda situação, quando o *sistema especial* deixa de existir, é após 15 anos da data da acessão da China à OMC. Neste caso, entretanto, o Artigo 15(d) afirma que somente as disposições do Artigo 15(a)(ii) irão expirar, ao invés de todas as disposições do Artigo 15(a), conforme previsto na primeira situação. Isto significa que mesmo após 15 anos da acessão da China à OMC, o Artigo 15(a)(i) continuará sendo aplicável até a China ser considerada pelo país investigador como uma economia de mercado.

O significado preciso desta passagem legal tem sido objeto de debates e escrutínio crescente. Uma análise jurídica concreta é necessária para que se possa compreender plenamente o significado de 2016

3. 2016 –Fim da China enquanto ENM?

Conforme apresentado, há dois sistemas diferentes para determinar o valor normal nas investigações antidumping referentes às exportações de países de ENM. No *sistema regular*, um país pode aplicar uma das três metodologias previstas no AAD, ou considerar o país de origem dos produtos exportados como ENM, para aplicar a exceção da Nota Interpretativa e utilizar uma metodologia alternativa, por exemplo, o país substituto.

O sistema especial, previsto no Artigo 15 do Protocolo de Acessão da China, por outro lado, não exige, necessariamente, que um país considere a China como uma ENM no contexto da Nota Interpretativa. Ao contrário, o sistema inverte o ônus da prova e estabelece a metodologia alternativa como a única a ser aplicável às importações da China, enquanto os produtores Chineses não provam que prevalecem as condições de mercado em seu setor ou enquanto a China não é reconhecida pelo país importador como uma economia de mercado. Finalmente, 2016 é estabelecido como o *prazo final* para a aplicação do *sistema especial*.

Muito debate tem ocorrido sobre o prazo de 2016. As posições variam desde o entendimento de que nenhuma mudança deverá ser feita pelas autoridades investigadoras²⁰, a um reconhecimento amplo e objetivo pelas regras da OMC da condição de mercado da economia chinesa²¹. Embora o Protocolo de Acessão tenha sido amplamente criticado por sua falta de acuidade, as regras de interpretação presentes na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados podem ser de ajuda para resolver este dilema.

²⁰ Ver O'CONNOR, Bernard, *Market-economy status for China is not automatic*, VoxEu, 27 de novembro de 2011. Disponível em <http://www.voxeu.org/index.php?q=node/7345>. Último acesso em 01.03.2012.

²¹ Ver GAO, Henry, *If you don't believe in the 2012 myth, do you believe in the 2016 myth?*, WTO and China, 20 de novembro de 2011. Disponível em <http://wtoandchina.blogspot.com/2011/11/if-you-dont-believe-in-2012-myth-do-you.html>. Último acesso em 01.03.2012

De acordo com o Artigo 31 da Convenção de Viena, “[U]m tratado deve ser interpretado de boa fé em consonância com o sentido usual dado aos seus termos, no seu contexto e à luz de seu objeto e finalidade”. Desse Artigo deriva o princípio de *abordagem textual* na interpretação e de que deve ser dado um sentido ordinário a cada termo presente num tratado. Em outras palavras, não pode haver, num tratado, um termo que seja desprovido de sentido²².

O Protocolo de Acesso faz uma clara diferenciação entre duas situações onde o *sistema especial* deixa de ser aplicado integralmente. O Artigo 15(d) determina que, na primeira situação, ou seja, quando um país reconhece a China como uma economia de mercado, todas as disposições do Artigo 15(a) deixam de ser aplicáveis, enquanto na segunda situação, isto é, em 2016, somente o Artigo 15(a)(ii) cessará de ser aplicado.

Assim, para dar pleno sentido ao Artigo 15(d), em 2016, o *sistema especial* deixará de existir parcialmente e países que se baseavam apenas nesse dispositivo para aplicar metodologias alternativas para a determinação do valor normal nas investigações antidumping contra as exportações da China, terão que deixar de fazê-lo. Isto não significa, porém, que o *sistema regular* também deixará de existir. Os países Membros da OMC continuarão aptos a usar a exceção da Nota Interpretativa para lidar a questão da determinação do valor normal dos produtos provenientes de países de ENM, enquanto for considerado que tais economias se enquadram na definição da Nota Interpretativa.

O Artigo 15(d), porém, cria uma situação especial referente à China, uma vez que estabelece que, após 2016, o Artigo 15(a)(i) continuará a ser aplicável. O Artigo 15(a)(i) abre a possibilidade dos exportadores Chineses e fabricantes provarem que, nos seus respectivos setores, existem condições de mercado. Esta reminiscência do *sistema especial* criará a possibilidade para exportadores Chineses, não aplicável aos exportadores de outros países de ENM submissos ao *sistema regular* da Nota Interpretativa.

Esta interpretação faz sentido se olharmos para a primeira situação, isto é, quando um país reconhece a China como uma economia de mercado. Neste caso, todas as disposições do Artigo 15(a) deixam de existir. Não faria sentido manter a aplicação do Artigo 15(a)(i), uma vez que o mencionado reconhecimento impedirá o país de usar a exceção ao *sistema regular* previsto na Nota Interpretativa. Se o país reconhece a China nos termos de sua legislação nacional como uma economia de mercado, ele não poderá aplicar a metodologia alternativa prevista na Nota Interpretativa. Este raciocínio vincula as duas situações à prática existente quando das negociações para a acesso da China. Além disso, a referência direta no Artigo 15(d) à legislação nacional dos membros da OMC, relativa aos reconhecimentos de economia de mercado, suporta esta interpretação.

A interpretação alternativa de que, em 2016, haveria um reconhecimento objetivo da condição de economia de mercado da China, implicaria em duas inconsistências jurídicas. Primeiramente, não seria dado ao Artigo 15(d) um sentido ordinário, uma vez que ele prevê duas situações distintas, com duas consequências jurídicas distintas. Ao argumentar que, em 2016, o *sistema especial* deixaria de existir, esta interpretação

²² Para uma análise mais profunda sobre as regras de interpretação dos tratados, ver BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, Fifth Edition, Oxford University Press, 2002, pp. 631 to 638.

deixaria desprovido de sentido o fato de que o Artigo 15 (a)(i) continuaria a existir, enquanto que se o reconhecimento for feito sob a legislação do Membro da OMC, todo o Artigo 15(a) seria terminado. As conseqüências legais seriam as mesmas para ambas as situações, contrariamente ao que estabelece a abordagem textual à interpretação do Tratado.

Além disso, o remanescente Artigo 15(a)(i) seria desprovido de utilidade, uma vez que, se todos os Membros da OMC tivessem que considerar, a partir de 2016, a China como uma economia de mercado, qual seria a lógica de os exportadores Chineses provarem que existem condições de mercado em seu setor?

A segunda inconsistência é que, se os Membros da OMC forem obrigados a reconhecer a China como uma economia de mercado *ipsis litteris* e *ad infinitum*, no âmbito das investigação antidumping, a China seria o único país a ser protegido da aplicação da Nota Interpretativa. Outros países de ENM, que não têm o mesmo prazo estabelecido nos seus documentos de acesso (ou não estão sujeitos à acesso, ou seja, membros originais) seriam tratados de maneira menos favorável.

Por outro lado, a interpretação de que nada mudaria depois de 2016, isto é, que não haveria conseqüência para as legislações nacionais dos Membros da OMC, também não daria pleno sentido ao Artigo 15 (d).

2016 será o fim do *sistema especial* de determinação do valor normal, mas não afetará o *sistema regular* e o mecanismo da Nota Interpretativa. Países que já utilizavam métodos alternativos previstos na Nota Interpretativa para calcular o valor normal em investigações antidumping relativas a países de ENM, como Brasil, EUA e EU, continuarão habilitados a fazê-lo.

Christian Tietje and Karsten Nowrot²³, embora expondo uma interpretação similar à presente, julgam que seria improvável que os membros da OMC continuassem considerando a China como ENM e aplicassem o mecanismo da Nota Interpretativa para ela, uma vez que sua definição dificilmente seria aplicável a qualquer dos Membros atuais da OMC. Neste sentido, eles afirmam que:

For lawyers and governmental officials dealing with anti-dumping law and practice, the 11 December 2016 is certainly not a myth – it is reality. From that date onwards, it will be almost impossible – at least from the perspective of WTO law – to make a determination of the normal value of products targeted by an antidumping proceeding on the bases of analogous third country methodology. The only possibility to do so would be to make a positive, explicit determination of China’s NME-status based on the second *Ad Note* to Art. VI:1 GATT 1994. However, taking into account the high threshold stipulated in the second *Ad Note* to Art. VI:1 GATT 1994, chances to convincingly and thus successfully do so are almost non-existing²⁴.

Embora contestemos que, em 2016, uma renovação da afirmação da condição de ENM da China teria que ser feita pelos membros da OMC que pretendessem continuar a

²³ TIETJE, Christian and NOWROT, Karsten, “Myth or Reality? China’s Market Economy Status under WTO Anti-Dumping Law after 2016”, *Policy Papers on Transnational Economic Law*, No. 34, Transnational Economic Law Research Center, dezembro de 2011.

²⁴ *Ibid*, p.11

aplicar a metodologia alternativa²⁵, há uma percepção geral de que tal afirmativa seria difícil de ser sustentada pelas regras da OMC. Vamos analisar mais detalhadamente o conceito de ENM na Nota Interpretativa e seu escopo.

4. É impossível alcançar o conceito de ENM na Ad Note?

Como visto acima, a Ad Note foi concebida há 57 anos para resolver o caso particular da Tchecoslováquia. O conceito incluído na Nota Interpretativa evoluiu desde então e foi reafirmado como uma alternativa plausível para a determinação do valor normal nas investigações antidumping contra países de ENM em vários documentos de acesso. As leis nacionais também têm sido adaptadas, explorando diferentes aspectos da ENM e o uso da metodologia do país substituto.

A Nota Interpretativa, no entanto, não viu qualquer adaptação e foi integrada como estava no AAD. Até recentemente, não havia qualquer interpretação do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC (DSB) que oferecesse esclarecimentos sobre se a prática desenvolvida pelos Membros da OMC na aplicação do mecanismo da Nota Interpretativa estava em desacordo com as condições previstas no texto. O caso EC – Fasteners, no entanto, ofereceu essa oportunidade. Numa nota de rodapé em sua decisão sobre o caso, o Órgão de Apelação afirmou que:

We observe that the second Ad Note to Article VI:1 refers to a “country which has a complete or substantially complete monopoly of its trade” and “where all domestic prices are fixed by the State”. This appears to describe a **certain type of NME**, where the State monopolizes trade and sets all domestic prices. The second Ad Note to Article VI:1 would thus **not on its face be applicable to lesser forms of NMEs** that do not **fulfill both conditions**, that is, the complete or substantially complete monopoly of trade and the fixing of all prices by the State²⁶. (Grifo nosso).

Neste sentido, o Órgão de Apelação defende a existência de diferentes *níveis* ou *formas* de ENM. Aquelas que implicam na aplicação do mecanismo da Nota Interpretativa, ou seja, na utilização de metodologias alternativas, seriam somente aquelas que cumprissem inteiramente duas condições: a existência de um monopólio completo ou quase completo do comércio e a fixação de todos os preços pelo Estado. De acordo com esta afirmação pelo Órgão de Apelação, de fato seria altamente improvável que qualquer Membro da OMC preenchesse, atualmente, os dois critérios.

A aplicação direta do conceito de 1955 para a realidade atual não parece, entretanto considerar integralmente a abordagem de interpretação prevista na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que foi indicada mais de uma vez pelo Órgão de Apelação como a regra relevante²⁷. O Artigo 31, parágrafo 2, da Convenção de Viena determina que:

²⁵ Não existe uma obrigação nesse sentido no Protocolo de Acesso e caberia à parte interessada buscar recurso ao sistema de solução de controvérsias caso acredite que as previsões da Nota Interpretativa estão sendo aplicadas indevidamente.

²⁶ OMC, Relatório do Órgão de Apelação no caso *EC – Definitive Anti-Dumping Measures on Certain Iron or Steel Fasteners from China* (DS397), adotado em 15 de julho de 2011, para. 285, nota de rodapé 460, WT/DS397/AB/R.

²⁷ Ver OMC, Relatório do Órgão de Apelação no caso *US-Standards of Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, adotado em 29 de abril de 1996, p. 23; ver também OMC, Relatório do Órgão de Apelação no caso *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, adotado em 4 de outubro de 1996, p. 12.

2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos:

a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado;

b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.

Neste sentido, a Nota Interpretativa deve ser lida no contexto de outros “acordo(s) relativo(s) ao tratado”. Os Protocolos de Acesso e os Relatórios do Grupo de Trabalho (WPR) dos países de ENM que acederam ao GATT após a criação da Nota Interpretativa, em 1955, referiam-se ao conceito da Nota Interpretativa como sendo adequado para lidar com as economias de países acedentes. A Nota Interpretativa geralmente era referida nos WPRs das ENMs acedentes como um mecanismo adequado para solucionar as dificuldades na comparação de preços nas investigações antidumping referentes a importações desses países. A referência à Nota Interpretativa foi reproduzida no Protocolo de Acesso da Polônia²⁸, Romênia²⁹ e Hungria³⁰. Em outras palavras, as PARTES CONTRATANTES consideraram que a definição constante na Nota Interpretativa adequava-se às economias desses membros acedentes.

O WPR da Hungria fez uma referência direta à Nota Interpretativa, especialmente ao que diz respeito à utilização da metodologia do país substituto³¹. O caso da Hungria, entretanto, foi distinto das adesões de ENM precedentes da Polônia e da Romênia. Diferentemente daqueles dois países, as exigências feitas pelo pelas partes contratantes do GATT no Protocolo de Acesso da Hungria era mais brandas que aquelas presentes na acessão da Polônia e Romênia. A Hungria aderiu em 1973, mas já havia dado início a importantes reformas econômicas através de seu Mecanismo Econômico Novo (MEN).

O MEN compreendia uma série de reformas destinadas a descentralizar a economia húngara e a permitir que condições de economia de mercado determinassem parte de seus preços internos. Além disso, houve uma flexibilização do monopólio estatal de comércio externo, bem como o estabelecimento de tarifas de importação. Ele foi considerado como “a mais radical mudança pós guerra” de qualquer país Comecon³² e essas reformas foram reconhecidas em um relatório de comércio do GATT três anos antes da acessão da Hungria ao acordo³³.

Não obstante as diferenças entre a economia húngara e as economias da Polônia e da Romênia no momento de suas respectivas acessões, as PARTES CONTRATANTES concluíram que as disposições especiais da Nota Interpretativa abrangeriam situações econômicas similares. Assim, é difícil manter uma interpretação restritiva e cristalizada do conceito de ENM presente na Nota Interpretativa.

²⁸ GATT, *Accession of Poland*, 19 de setembro de 1967, L/2851, para. 8; e GATT, *Accession of Poland - Report of the Working Party*, L/2806, 23 de junho de 1967, para. 13

²⁹ GATT, *Accession of Romania to the GATT - Report of the Working Party*, 5 de agosto de 1971, L/3557, p. 3

³⁰ GATT, *Accession of Hungary to the GATT - Report of the Working Party*, BISD § 20S/34-38 (Twentieth Supplement, Twenty-Ninth Session, 1971-1972), janeiro de 1974, p. 3

³¹ *Ibid*, para. 18

³² GRANICK, David, “The Hungarian Economic Reform”. *World Politics*, Vol. 25, No. 3., April, 1973, pp. 414-429.

³³ GATT, *Accession of Hungary – memorandum on Foreign Trade Regime*, L/3301, 26 January 1970

Se este conceito for aplicado às linhas de decisão do Órgão de Apelação, a Hungria, que no momento de acesso já não fixava todos os preços no mercado interno, conforme reconhecido pelas próprias PARTES CONTRATANTES, não se enquadraria na definição e não seria um país sujeito à aplicação da metodologia do país substituto. No entanto, as PARTES CONTRATANTES decidiram de modo diferente, claramente considerando que o conceito da Nota Interpretativa tinha evoluído.

Mesmo a Polônia, que seguiu o modelo econômico soviético mais estritamente, não se enquadrava perfeitamente na definição estrita da Nota Interpretativa. Nesse sentido, Horlick and Shuman afirmaram que:

The GATT Working Party, considering Poland's accession to the GATT, explicitly declared its understanding that the nonmarket exception to the antidumping normal value test would apply to Poland. This is interesting in two respects. It suggests that in the eyes of the GATT one need not take at face value the apparently strict GATT requirement for application of the NME exception that a country have "a complete or substantially complete monopoly of its trade" and that "all domestic prices [be] fixed by the State." Even in 1967, Poland probably did not fit this test if it were rigorously applied.³⁴

Isto mostra que desde o início, as PARTES CONTRATANTES adotaram uma abordagem flexível na aplicação da Nota Interpretativa, permitindo sua utilização para várias ENMs diferentes, ao contrário do que foi interpretado pelo Órgão de Apelação.

Nesse sentido, o conceito de ENM presente na Nota Interpretativa não pode ser considerado o mesmo de quando foi criado em 1955. Deve-se permitir uma abordagem evolutiva que leve em consideração as maneiras que a nota foi aplicada pelas partes contratantes do GATT, durante os anos subseqüentes, especialmente no que tange à acesso de países de ENM. A devida flexibilidade deve ser atribuída à interpretação do conceito.

5. Conclusões

A sutil distinção entre a primeira e a segunda frase do Artigo 15(d) do Protocolo de Acesso da China oculta uma diferença importante na aplicação da metodologia alternativa para a determinação do valor normal nas investigações antidumping contra as exportações da China depois de 2016.

Em 2016, o *sistema especial* deixará parcialmente de existir. Isso significa que países que se baseavam unicamente nas disposições do Artigo 15 do Protocolo de Acesso da China para aplicar a metodologia alternativa deverão deixar de fazê-lo. No entanto, o *sistema regular* continuará aplicável: as exceções contidas na Nota Interpretativa do Artigo VI do GATT poderão, ainda, ser usadas pelos membros da OMC nas investigações contra países de ENM, conquanto sejam atendidos os requisitos da Nota Interpretativa. Somente se um país reconhecer a China como uma economia de mercado, sob sua legislação nacional, ele será impedido de usar a exceção do *sistema regular*.

³⁴ HORLICK, Gary; Shuman, Shannon, *Nonmarket economy trade and U.S. Antidumping/Countervailing Duty Laws*, The International Lawyer, v. 18, n. 4, 1984, p.834

Aqui é importante lembrar a necessidade de empreender uma interpretação evolutiva da Nota Interpretativa, conforme promovida pelas Partes Contratantes durante a história do GATT, permitindo uma abordagem mais flexível ao conceito de ENM.

Uma interpretação cuidadosa do Artigo 15(d) do Protocolo de Acesso da China mostra que o prazo de 2016 não implica no fim do uso da metodologia alternativa para a determinação do valor normal nas investigações antidumping contra a China. A Nota Interpretativa permanecerá aplicável, independentemente das disposições do Protocolo de Acesso e o prazo ali previsto somente afetará o *sistema especial* criado sob o Protocolo.

Bibliografia

- BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, Fifth Edition, Oxford University Press, 2002
- GAO, Henry, *If you don't believe in the 2012 myth, do you believe in the 2016 myth?*, WTO and China, 20 de novembro de 2011. Disponível em <http://wtoandchina.blogspot.com/2011/11/if-you-dont-believe-in-2012-myth-do-you.html>. Último acesso em 01.03.2012
- GRANICK, David, "The Hungarian Economic Reform". *World Politics*, Vol. 25, No. 3., April, 1973
- HORLICK, Gary; Shuman, Shannon, *Nonmarket economy trade and U.S. Antidumping/Countervailing Duty Laws*, *The International Lawyer*, v. 18, n. 4, 1984
- HUANG, Chien, "Non-market Economies Accessions to the WTO: An Empire is Rising?" *ISA Annual Convention*, San Francisco, CA, March 23-26, 2008
- JACKSON, John H., *Restructuring the GATT System*, Royal Institute of International Affairs, London, 1990
- O'CONNOR, Bernard, *Market-economy status for China is not automatic*, *VoxEu*, 27 de novembro de 2011. Disponível em <http://www.voxeu.org/index.php?q=node/7345>. Último acesso em 01.03.2012
- POLOUEKTOV, Alexander, "The Non-Market Economy" Issue in International Trade in the Context of WTO Accessions, UNCTAD/DITC/TNCD/MISC.20, Unctad Report, 9 de outubro de 2002
- TIETJE, Christian and NOWROT, Karsten, "Myth or Reality? China's Market Economy Status under WTO Anti-Dumping Law after 2016", *Policy Papers on Transnational Economic Law*, No. 34, Transnational Economic Law Research Center, dezembro de 2011

Documentos Oficiais

- GATT, *Article VI – Proposals by the Czechoslovakia Delegation – Revision*, W.9/86/Rev.1, Review Working Party II on Tariffs, Schedules and Customs Administration, Contracting Parties Ninth Session, 21 de dezembro de 1954, W.9/86/Rev. 1
- GATT, *Anti-Dumping and Countervailing Duties. Memoranda received from the governments of Czechoslovakia and Sweden*, 26 November 1958, L/943
- GATT, *Accession of Poland*, 19 de setembro de 1967, L/2851; e
- GATT, *Accession of Poland - Report of the Working Party*, L/2806, 23 de junho de 1967
- GATT, *Accession of Romania to the GATT - Report of the Working Party*, 5 de agosto de 1971, L/3557
- GATT, *Accession of Hungary – memorandum on Foreign Trade Regime*, L/3301, 26 January 1970
- GATT, *Accession of Hungary to the GATT - Report of the Working Party*, BISD § 20S/34-38 (Twentieth Supplement, Twenty-Ninth Session, 1971-1972), janeiro de 1974
- OMC, Relatório do Órgão de Apelação no caso *US-Standards of Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, adotado em 29 de abril de 1996

OMC, Relatório do Órgão de Apelação no caso *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, adotado em 4 de outubro de 1996

OMC, Relatório do Órgão de Apelação no caso *US – Anti-Dumping Measures on Certain Hot-Rolled Steel Products from Japan (DS184)*, WT/DS184/AB/R, adotado em 24 de julho de 2001

OMC, *Protocol of Accession of People's Republic of China to the World Trade Organization*, WT/L/432, 23 de novembro de 2001

OMC, *Report of the Working Party on the Accession of Viet Nam*, WT/ACC/VNM/48, 11 de janeiro de 2007

OMC, Relatório do Órgão de Apelação no caso *EC – Definitive Anti-Dumping Measures on Certain Iron or Steel Fasteners from China (DS397)*, WT/DS397/AB/R, adotado em 15 de julho de 2011