

DUMPING E PREÇOS PREDATÓRIOS

Leticia Frazão Alexandre *

SUMÁRIO

1. Introdução
2. Lógica Econômica do Mercado
3. Preços Predatórios
 - 3.1 Determinação dos Preços Predatórios (*Areeda & Turner test*)
 - 3.2 Estrutura do Mercado
 - 3.2.1 Posição Dominante
 - 3.2.2 Barreiras à Entrada
 - 3.2.3 Capacidade Excedente
 - 3.2.4 Disposição de Fatores Produtivos
4. *Dumping*
 - 4.1 Razões do *Dumping*
 - 4.1.1 Discriminação de Preços
 - 4.1.2 Preços Predatórios
 - 4.1.3 Flutuações de Mercado
 - 4.2 Medidas *Antidumping*
 - 4.3 Subsídios
5. Conclusão
6. Bibliografia

1. Introdução

As legislações dos primeiros países que trataram da repressão ao *dumping* buscavam proteger suas indústrias incipientes contra a atuação ruïnosa das grandes companhias, especialmente americanas. O Canadá, buscando proteção do *dumping* praticado pela Steel Corporation dos Estados Unidos contra as empresas canadenses, já em 1904 criou a primeira legislação de repressão ao *dumping*, sendo seguido pela Nova Zelândia (1905) e pela Austrália (1906). Os Estados Unidos e o Reino Unido também criaram suas leis *antidumping* antes da Primeira Guerra mundial, visando a impedir a atuação dos cartéis alemães nos seus territórios¹.

A regulamentação do *dumping* pelo GATT (*General Agreement of Trade and Tariffs*), já em 1947, surgiu como uma forma de repressão à adoção

* Aluna de graduação do curso de Direito da Universidade de São Paulo - USP

¹ José R. Pernomian RODRIGUES. *O dumping como forma de expressão do abuso do poder econômico: caracterização e conseqüências*, p.137.

generalizada de medidas *antidumping* visando a proteger suas indústrias da concorrência dos produtos estrangeiros. Principalmente no momento de estabelecimento da indústria e na reconstrução do pós-guerra, medidas de repressão ao *dumping* e à concessão de subsídios foram instrumentos cruciais para o crescimento e o desenvolvimento interno da economia.

Nessa época, os governos buscavam legitimar a aplicação de medidas *antidumping* sob a argumentação de que o país exportador possuía intuito predatório, i. e., vendia por preços menores do que aqueles praticados em seu próprio país, pois desejava eliminar todos os concorrentes para tornar-se monopolista, e então, uma vez alcançado seu objetivo, poderia elevar seus preços, causando um grande malefício para todo o mercado interno.

O objetivo desse trabalho é demonstrar que, muito embora esse intuito predatório possa estar presente – principalmente naquele momento em que a indústria era incipiente – os bens juridicamente protegidos pela repressão ao *dumping* e à prática de preços predatórios são distintos. Enquanto a repressão à prática de preços predatórios protege a concorrência, o *dumping* é condenado independente de razões concorrenciais. O bem protegido pela imposição de medidas *antidumping* é o parque industrial do país importador e a situação de pleno emprego. Enquanto a legislação *antitruste* visa a proteger a concorrência, a imposição de medidas *antidumping* protege um ou outro concorrente, v. g., empresas nacionais².

2. Lógica econômica do mercado

A compreensão dos conceitos de preço predatório e *dumping* exige conhecimentos prévios sobre a lógica econômica do mercado. Antes de se adentrar no estudo desses dois conceitos, torna-se necessário demonstrar de modo sucinto como os agentes econômicos agem no mercado.

O sistema de mercado é regido pelo comportamento hedonista, segundo o qual cada um dos agentes econômicos sempre agirá de forma a maximizar os seus resultados. Se por um lado esse comportamento permite que as decisões sobre alocação de recursos escassos sejam tomadas de modo a gerar eficiências para todo o sistema, por outro lado, sempre que esses agentes dispõem de poder de mercado, tornam-se ávidos para exercê-lo, visando a aumentar seus ganhos. O maior grau de eficiência que pode ser alcançado por um agente econômico é a situação de monopólio. Assim, o fim último de qualquer agente econômico é obter o monopólio para que possa auferir lucros monopolistas.

² Tércio Sampaio FERRAZ JR. “Underselling” na Lei nº 8.137/90 Considerações sobre o tipo penal, p. 142

O processo de formação dos preços no mercado segue a lei da oferta e da procura segundo o binômio utilidade e escassez. Assim, o preço de um bem é diretamente proporcional à intensidade da procura (utilidade) e inversamente proporcional à quantidade ofertada (escassez)³. Deste modo, a curva da demanda do mercado é representada por uma reta decrescente pois a medida que a quantidade ofertada cresce, o preço por unidade do bem decresce.

O grau de inclinação dessa reta dependerá da elasticidade-preço da demanda. Pode-se conceituar elasticidade como a proporção relativa em que variam os preços à medida que ocorrem variações na oferta ou na procura. Em um mercado com demanda totalmente elástica, qualquer aumento de preço fará com que a quantidade demandada caia para zero. Já em um mercado com demanda totalmente inelástica, a quantidade demandada será a mesma qualquer que seja o preço do bem. Na prática, o mais comum é que a elasticidade-preço da demanda de um mercado encontre-se em algum lugar entre esses dois extremos. É fácil verificar, entretanto, que quanto mais inelástica a demanda, maior a probabilidade de abuso por parte dos agentes econômicos.

Para explicar as relações no mercado entre preços, custos e quantidades demandadas, os economistas costumam utilizar dois modelos teóricos, concorrência perfeita e monopólio.

Na concorrência perfeita, o mercado é atomizado, i. e., composto por inúmeros agentes econômicos sem capacidade de influir nos preços. O preço é um dado, não depende da quantidade que cada um dos agentes coloca individualmente no mercado, tendo em vista que essa é insignificante em relação ao volume total do mercado. A demanda é totalmente elástica. O produtor individual conseguirá vender toda a sua produção ao preço do mercado, não tendo incentivos para diminuir o preço e não podendo aumentá-lo, pois perderia toda a sua demanda.

Os preços no mercado são fixados no ponto em que a curva de custo marginal, o custo de oferecer uma unidade a mais do bem, encontra a curva de receita marginal, receita obtida com a venda desse bem curva. Neste ponto ocorre a maximização dos lucros. Individualmente considerado, o comportamento do competidor não é economicamente diferente do monopolista. Ambos terão seu ponto ótimo de maximização dos lucros no encontro das curvas de custo marginal e de receita marginal. A diferença reside no fato de que, enquanto para o competidor o preço é o dado do mercado, para o monopolista esse varia em razão da quantidade por ele ofertada. A tabela abaixo explica a

³ Sérgio Varella BRUNA, *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício*, p. 18.

evolução das receitas e dos custos do monopolista conforme, a variação da quantidade ofertada⁴.

Tabela 1

<i>Q</i>	<i>TC</i>	<i>AC</i>	<i>MC</i>	<i>P</i>	<i>TR</i>	<i>MR</i>
1	10	10.0	10	20	20	20
2	15	7.5	5	19	38	18
3	18	6.0	3	18	54	16
4	20	5.0	2	17	68	14
5	21	4.2	1	16	80	12
6	22	3.7	1	15	90	10
7	23	3.3	1	14	98	8
8	24	3.0	1	13	104	6
9	26	2.9	2	12	108	4
10	30	3.0	4	11	110	2
11	36	3.3	6	10	110	0
12	44	3.7	8	9	108	-2
13	54	4.2	10	8	104	-4
14	66	4.7	12	7	98	-6
15	80	5.3	14	6	90	-8

Pela análise da tabela pode-se perceber que a situação ideal para o monopolista seria que ele pudesse discriminar preços de tal forma que conseguisse vender cada unidade pelo preço máximo que os consumidores estariam dispostos a pagar⁵. No entanto, na medida em que o monopolista não é capaz de praticar essa discriminação, cada unidade colocada no mercado influi no preço das demais, reduzindo-o cada vez mais.

Desse modo, como os demais agentes econômicos, o monopolista dimensionará sua produção no ponto em que o custo marginal iguala-se à receita marginal. A partir desse ponto, o monopolista não mais aumentará a quantidade ofertada, já que isso representaria uma redução de ganhos. O ponto ótimo ocorre em 10 unidades, pois ao produzir a 11^a unidade, ocorrerá um aumento de custo de 2 reais, enquanto a receita marginal também aumentará em 2 reais, não tornando rentável produzir uma unidade a mais.

⁴ Phillip AREEDA e Louis KAPLOW. *Antitrust analysis - Problems, text, cases*, p. 15.

Na tabela (Q) é a quantidade ofertada, (TC) custo total, (AC) custo médio, (MC) custo marginal, (P) preço, (TR) receita total, (MR) receita marginal.

⁵ Discriminação de preços de primeiro grau.

O gráfico abaixo representa a comparação entre o modelo de concorrência perfeita e o de monopólio. Como dito anteriormente, tanto o concorrente como o monopolista maximizam seus lucros ao fixarem o preço no encontro da curva do custo marginal (C_m) com a receita marginal (R_m). No entanto, enquanto no modelo concorrencial a curva de receita marginal coincide com a da demanda (D), no modelo monopolista, pela razões acima explicadas, essa curva sofre uma inclinação⁶, fazendo com que, para o monopolista, seja mais rentável produzir uma quantidade menor, quantidade de monopólio (Q_m), aumentando, assim, o preço ao nível de monopólio (P_m).

Figura 1

O monopólio acarreta lucros extraordinários para o monopolista, por meio de uma transferência de riquezas dos consumidores, retângulo A . Além disso, leva a uma perda para toda a sociedade, triângulo B . Este representa todos os consumidores que estariam adquirindo o bem a preço concorrencial que devido ao monopólio deixarão de consumir (é o chamado *deadweight loss of monopoly*). É uma perda para toda a sociedade. A área C corresponde ao lucro adicional que a empresa teria ganhado vendendo $Q_c - Q_m$ pelo preço P_c .

Esse dois modelos são paradigmas teóricos para que se possa compreender como se formam os preços no mercado e como os agentes econômicos atuam. A realidade das relações do mercado se distancia muito desses modelos. O conceito de custo marginal, por exemplo, é meramente teórico; as empresas não costumam fazer esse tipo de análise para saber qual a quantidade que maximiza os lucros. Esses conceitos foram aqui apresentados, pois sem eles seria bastante árduo compreender as diferentes razões que levam empresas à prática de *dumping* e de preços predatórios.

3. Preços Predatórios

Como visto, todo agente econômico colocará seus produtos no mercado pelo preço que maximize seus ganhos, ou seja, no ponto onde a curva de custo marginal encontra a de custo marginal. Essa é a lógica econômica do mercado.

A prática de preços predatórios, em uma primeira análise, parece atentar contra esta lógica. O predador vende seus produtos no mercado abaixo do seu custo marginal, preços que não maximiza os seus ganhos.

⁶ A curva de receita marginal é calculada através da bissetriz entre o preço e a demanda.

Preços menores, a princípio, não deveriam ser alvo das preocupações antitruste. Na verdade, o preço predatório não é condenado por resultar em preços menores. Ele é condenado porque, se os objetivos visados forem alcançados, haverá a formação de um monopólio, resultando em preços monopolísticos⁷.

Por trás da aparente irracionalidade dos preços predatórios há certa racionalidade. Calixto Salomão Filho⁸, expõe três explicações para a conduta. “Em primeiro lugar, o monopolista pode querer estabelecer uma reputação de comportamento agressivo em relação aos que tentam invadir seu mercado. Ele pode, ainda simplesmente querer transmitir a falsa impressão ao mercado de que seus custos são menores do que os dos concorrentes, desincentivando a sua entrada. A terceira explicação é baseada no maior potencial financeiro do monopolista, que faz crer poder forçar a empresa economicamente mais fraca a sair do mercado”. Destarte, a prática de preços predatórios só é racional, na medida em que vise ou à formação ou à manutenção de um monopólio, tornando possível ao agente econômico auferir os lucros extraordinários do monopolista.

3.1 Determinação do preço predatório (Areeda & Turner test)

Na conceituação de preços predatórios, não se analisa se os preços da empresa acusada de predação são menores do que aqueles praticados pelos concorrentes, mas sim se esses preços estão fixados abaixo do seu custo marginal. Lembre-se que o direito antitruste protege a concorrência e não os concorrentes. Muitas vezes, um número elevado de pequenas empresas não garante que o mercado seja eficiente. Nesses mercados pode-se verificar a existência de uma escala mínima de eficiência. Em alguns tipos de mercados, o grau máximo de eficiência só é obtido com a presença de uma única empresa⁹. Assim, caso a empresa acusada possua legalmente custos menores irá eliminar os concorrentes porque é mais eficiente. Essa é a racionalidade econômica do mercado.

Desse modo, para caracterizar a predação torna-se necessário constatar que a empresa oferta seus produtos abaixo do seu custo marginal. Aí começam a surgir as dificuldades na constatação da prática de preços predatórios.

⁷ Herbert HOVENKAMP. *Federal Antitrust Policy – The law of competition and its practice*, p. 299.

⁸ Calixto SALOMÃO FILHO. *Direito Concorrencial, as estruturas*, p. 81.

⁹ Para uma análise mais aprofundada sobre escala mínima de eficiência e monopólio natural, consultar a Herbert HOVENKAMP, op. cit. p. 29

Ocorre que o valor do custo marginal é uma definição conceitual. É o custo incorrido ao se produzir uma unidade a mais de um bem. Na prática, as empresas, dada a extrema dificuldade, não costumam realizar esse tipo de cálculo. Portanto, para que se possa condenar uma empresa pela prática de preços predatórios é necessário ter um valor aproximado que seja possível de calcular.

Por essa razão, Areeda e Turner propuseram um critério substituto, o custo variável médio. Segundo esse teste, para verificar a existência de preços predatórios basta verificar quais são os custos variáveis, somá-los e dividir o resultado pelo número de unidades produzidas. Se o preço estiver abaixo do custo variável médio, a princípio será considerado predatório. O teste traz ainda uma tabela contendo quais custos devem sempre ser considerados como fixos; todos os demais custos serão considerados como variáveis.

Uma análise mais aprofundada deste teste mostraria que ele deixa certa margem para a prática de preços predatório, principalmente devido às diferenças entre a curva do custo marginal e a do custo variável médio¹⁰.

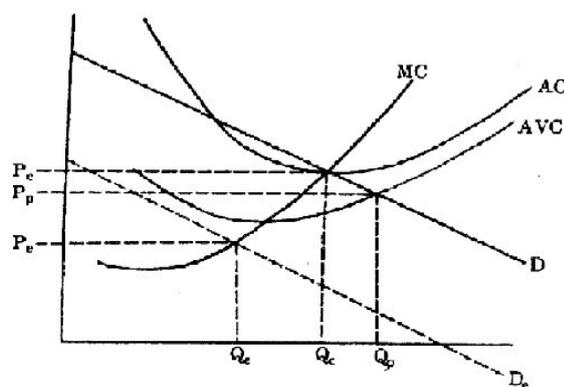
Apesar das críticas ao teste, a grande maioria dos sistemas de defesa da concorrência no mundo passou a adotá-lo, quer integralmente, quer com algumas modificações.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência parece adotá-lo. O art. 21 da Lei nº 8.884/94, em seu inciso XVIII, elenca como prática anticoncorrencial “vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo”. Já a resolução nº 20 do CADE é mais detalhada definindo preços predatórios como “prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando a eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista”.

3.2 Estrutura do mercado

10

HOVEMKAMP, idemp. 302, demonstra graficamente essa questão.



Pelo fato de que a prática de preços predatórios só é racional na medida em que através dela o predador possa auferir lucros monopolísticos em um segundo momento, só se pode conceber a predação em mercados suscetíveis a monopolização. Assim, para que o predador seja bem sucedido, deverá ser capaz de manter os preços ao nível de monopólio por tempo suficiente para cobrir os custos da predação e ainda obter um lucro que compense correr o risco.

Segundo Hovenkamp, a predação é improvável, a não ser que o mercado seja suscetível à monopolização e que o predador detenha posição dominante¹¹. Partindo-se desse pressuposto, para caracterizar a predação, antes de se examinar se ocorre venda abaixo do custo marginal, ou do custo variável médio, poupar-se-á muito tempo e recursos se a estrutura do mercado for analisada. Se, no mercado em questão, a monopolização não for possível, não se pode falar em preços predatórios, uma vez que o predador nunca seria capaz de recuperar seus prejuízos em um segundo momento. A figura a seguir procura demonstrar que o custo suportado para se manter uma estratégia de predação (*cost of predation*) só será recompensado se o predador for capaz de auferir lucros monopolísticos (*monopoly profits*) por um tempo igual ou maior; é a chamada recuperação.

Figura 2¹²

A Suprema Corte norte-americana, na análise do caso *Brook Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*¹³, foi a primeira a considerar as

¹¹ *Idem*, p. 307

¹² *Idem*, p. 308.

13 Pp. 9-17. “Accordingly, two prerequisites to recovery are also the same. A plaintiff must prove (1) that the prices complained of are below an appropriate measure of its rival's costs and (2) that the competitor had a reasonable prospect of recouping its investment in below-cost prices. Without recoupment, even if predatory pricing

estruturas do mercado para inocentar uma empresa da prática de preços predatórios. Neste caso, apesar dos preços efetivamente estarem fixados abaixo do custo variável médio, não poderia tratar de predação, uma vez que a estrutura do mercado não permitia a posterior recuperação.

3.2.1 Posição dominante

É necessário que o predador detenha elevada participação no mercado relevante. Caso contrário, seus esforços em eliminar os concorrentes seriam inúteis¹⁴.

causes the target painful losses, it produces lower aggregate prices in the market, and consumer welfare is enhanced. For recoupment to occur, the pricing must be capable, as a threshold matter, of producing the intended effects on the firm's rivals. This requires an understanding of the extent and duration of the alleged predation, the relative financial strength of the predator and its intended victim, and their respective incentives and will. The inquiry is whether, given the aggregate losses caused by the below-cost pricing, the intended target would likely succumb. If so, then there is the further question whether the below-cost pricing would likely injure competition in the relevant market. The plaintiff must demonstrate that there is a likelihood that the scheme alleged would cause a rise in prices above a competitive level sufficient to compensate for the amounts expended on the predation, including the time value of the money invested in it. Evidence of below-cost pricing is not alone sufficient to permit an inference of probable recoupment and injury to competition. The determination requires an estimate of the alleged predation's cost and a close analysis of both the scheme alleged and the relevant market's structure and conditions. Although not easy to establish, these prerequisites are essential components of real market injury". Pp. 20-33. "Nor does the evidence about the market and Brown & Williamson's conduct indicate that the alleged scheme was likely to have brought about tacit coordination and oligopoly pricing in that segment".

¹⁴ Voto do Conselheiro Antônio Fonseca na Averiguação Preliminar nº 08000.018467/95-06, de 16 de julho de 1997, Representante: Hot House Indústria Metalúrgica, Representada: Metalcorp Ltda.

"2. No caso a denúncia é de preço predatório. Em princípio, o preço baixo é resultado da concorrência e favorece ao consumidor. Para essa prática se tornar ilegal é preciso que tenha por efeito excluir um concorrente. Quem pratica preço predatório, i. e., vende abaixo do custo passa por um momento inicial de prejuízo que é compensado num momento futuro após a exclusão do concorrente. Somente se lança nessa aventura arriscada quem efetivamente detém poder de mercado.

3. A empresa denunciada é de pequeno porte. O mercado de lareira e churrasqueira é caracterizado pela pulverização de concorrentes. Embora mal instruídos, os autos revelam que não restou comprovado domínio de mercado. Faltando esse pressuposto, não há que se falar em prática anti-concorrencial".

Uma empresa com *market share* menor ou igual ao de seus concorrentes dificilmente conseguiria expulsá-los do mercado. Em um mercado no qual quatro empresas participam com iguais *market share*, a possibilidade de, através da predação, uma delas conseguir “quebrar” as demais, tornando-se monopolista, é muito pequena¹⁵. Já em mercados muito concentrados, em que uma empresa detém 75% de *market share*, por exemplo, a predação torna-se muito mais provável.

3.2.2 Barreiras à entrada

Tome-se o seguinte exemplo: a empresa *A* que detinha 75% de participação de mercado engajou-se na prática de preços predatório. Com isso, foi capaz de tirar do mercado a empresa *B*, que antes detinha apenas 25%. Passou, então, a empresa *A* a praticar preços monopolísticos. Isso fez com que não apenas a empresa *B* voltasse ao mercado como nele entrasse também a empresa *C*, ambas buscando auferir os lucros monopolísticos de *A*. Por óbvio, o aumento da concorrência no mercado derrubou os preços. *A*, além de não ter sido capaz de recuperar os custos da predação, ainda terá que enfrentar um novo concorrente no mercado relevante.

O mercado do exemplo acima é um “mercado contestável”. Nesse tipo de mercado, qualquer aumento de preço é “contestado” pela entrada de novos *players*. O pressuposto desse mercado é que não haja barreiras à entrada¹⁶.

Como bem coloca Areeda e Kaplow¹⁷, “barriers are not an all-or-nothing phenomena”. O que barra algumas empresas pode não impedir outras de entrarem em um mercado. As barreiras permitem que as empresas estabelecidas em um determinado mercado relevante possam perceber lucros extraordinários sem induzir a entrada de novos concorrentes.

Com caráter exemplificativo, relaciona-se alguns dos principais tipos de barreiras à entrada: economias de escala; economias de escopo; escalas mínimas de eficiência; exigências de altos investimentos de capital; tecnologia de difícil acesso, inclusive por patentes; barreiras institucionais; custo de aprendizado; acesso difícil a matérias-primas; diferenciação de produtos; leal-

¹⁵ In *Zoslaw v. MCA Distrib. Corp.*, the court dismissed a predatory pricing claim without inquiring into price, because the record demonstrated that the defendant's market share was only 10%.

¹⁶ O conceito de barreiras à entrada adotado nesse trabalho é o de Bain, pois esse é adotado tanto pelas cortes norte-americanas, como pelo sistema brasileiro de defesa da concorrência.

¹⁷ Op. cit. p. 21

dade do consumidor à marca; elevados gastos com publicidade; elevada parcela de custos irre recuperáveis (*sunk costs*).

3.2.3 Capacidade excedente

Refere-se à capacidade da planta industrial de uma empresa de produzir além da sua demanda atual¹⁸.

Para que seja possível a predação, torna-se necessário que, após ter expulsado os demais concorrentes, o predador seja capaz de absorver toda a demanda do mercado ao nível de monopólio. Destarte, caso a empresa não detenha capacidade excedente incorrerá em elevados custos para ampliar sua planta industrial, o que pode impedir a recuperação.

Na análise do já comentado caso Brook a Suprema Corte entendeu que a ausência de capacidade excedente da empresa acusada da prática de preços predatórios era um fato tão relevante que só por essa razão a predação não seria possível.

3.2.4 Disposição dos fatores produtivos

A prática de preços predatórios só será bem sucedida se a saída do concorrente do mercado significar que seus fatores produtivos não serão adquiridos por um novo entrante.

Ainda segundo Hovenkamp¹⁹, o pior “pesadelo” de um predador seria que após um longo período de predação o concorrente finalmente pedisse falência e, no entanto, a sua planta industrial fosse adquirida por um preço muito baixo por um novo entrante, que se tornaria mais competitivo que o predador devido ao seu baixo custo fixo.

A saída para o predador seria que ele mesmo adquirisse sua vítima. Porém, as autoridades antitruste dificilmente aprovariam um ato de concentração como este.

4. *Dumping*

Dumping é largamente definido com a venda de um bem por um preço menor que seu “valor normal”. Nicolaidis esclarece que existem duas acepções de “valor normal”, podendo significar tanto o preço cobrado no mercado interno quanto o custo de produção²⁰.

¹⁸ Na definição de Hovenkamp “excess capacity is the capacity of firms in a market to produce more than the market demands at a competitive price”, op. cit. p. 311

¹⁹ Idem, p.313

²⁰ Phedon NICOLAIDES, *The Competition Effects of Dumping*, p. 116.

Segundo o Acordo Internacional *Antidumping* do GATT, para que esta prática seja punível, basta que sejam cumpridos três requisitos, a saber: (i) a existência de diferença (margem de *dumping*) entre o preço de exportação e o preço do produto doméstico, ou produto similar, no mercado interno do país exportador, (ii) a existência de dano ou ameaça de dano à indústria doméstica instalada ou retardamento sensível à implantação de uma indústria; e (iii) relação de causalidade entre (i) e (ii).

Uma vez constatada a prática de *dumping*, o governo nacional poderá adotar medidas *antidumping*. Em suma, essas consistem em uma sobretaxa à importação dos produtos objetos de *dumping* que não poderá exceder à margem de *dumping*.

A proteção da indústria local é considerada o fim último do *anti-dumping*. Na verdade, a regulação do *dumping* pelo GATT surgiu mais como uma maneira de impedir a imposição das medidas *antidumping* como forma de restringir o livre comércio de bens do que, propriamente, uma maneira de disciplinar o *dumping*²¹.

Como afirmado anteriormente, em um primeiro momento a argumentação para legitimar a aplicação de medidas *antidumping* era o intuito predatório da empresa estrangeira que praticava o *dumping*²². Qualquer venda abaixo do “valor normal” do bem era vista como uma tentativa de predação, o

²¹ A freqüência com que os Estados Unidos utilizavam os direitos *antidumping* na forma de barreiras não-tarifárias sempre foi motivo de inquietação de outras nações desenvolvidas, fazendo com que se desse uma disciplina para esta atividade pelo GATT. Josefina M. M. GUEDES e Silvia M PINHEIRO. *Antidumping, Subsídios e Medidas Compensatórias*, p. 37.

²² Já em 1904, quando o a primeira norma *antidumping* foi proposta pelo Ministro das Finanças do Canadá, ressaltava-se, com fundamentação, a tentativa de trustes estrangeiros em conquistar o mercado local, elevando-se em seguida os preços praticados. Sykes cita um trecho de um discurso em que o Ministro W. S. Fielding asseverava: “We find today the high tariff countries have adopted that method trade which has now come to be known as *dumping*; that is to say, that the trust or combine, having obtained command and control of its own market and finding that it will have surplus of goods, sets out to obtain command of the neighboring market, and for the purpose of obtaining control of neighboring market will put aside all reasonable considerations with regard to the cost or fair price of the goods; the only principle recognized is that the goods must be sold and the market obtained. They send the goods here with the hope and expectation that they will crush out the native Canadian industries. And with the Canadian industries crushed out, what would happen? The end of cheapness would come, and the beginning of dearness would be at hand”. *Apud* Welber Oliveira BARRAL, *A Regulação Antidumping após a Rodada Uruguai: Impacto para os processos de intergração*, p. 16

que permitira ao governo, de pronto, impor medidas *antidumping*, sem necessidade de queixar-se às autoridades antitruste.

Passa-se, agora, a analisar os possíveis fatores que levam uma empresa a praticar o *dumping*, quais os fundamentos dos governos para justificar a imposição de medidas *antidumping* e em que medida a argumentação de *dumping* predatório é sustentável frente a elevada complexidade dos fatores necessários para caracterizar a prática de preços predatórios.

4.1 Razões do *Dumping*

A teoria econômica, desde o trabalho pioneiro de Viner (1923)²³, costuma classificar o *dumping* em três categorias: esporádico, de curto prazo (*short-run*) e permanente. O *dumping* permanente decorre da prática de discriminação de preços, pode ocorrer quando o mercado exportador é protegido, enquanto o mercado importador competitivo. O *dumping* de curto prazo pode decorrer tanto da prática de preços predatórios como da tentativa de entrar no mercado ou ganhar *market share*. Já o *dumping* esporádico ocorreria em situações excepcionais, como a necessidade de vender excesso de estoque.

Nicolaides afirma que, durante as últimas décadas, a teoria econômica do *dumping* foi estendida para abranger outras causas de variação de preços entre países e também para vendas abaixo do preço de custo. Três novas categorias surgiram na literatura moderna (1982-90) sobre *dumping*. Em primeiro lugar, existem explicações para variações de preços na ausência de poder de monopólio. Em segundo lugar, a definição de *dumping* foi estendida para abranger vendas abaixo do preço de custo. Este tipo de *dumping* é considerado mais como causado pelas incertezas de preços e ajuste de custo do que pelo poder de monopólio. Finalmente, a última categoria faz menção às vantagens competitivas dos mercados oligopolizados²⁴.

4.1.1 Discriminação de Preços

Como analisado no item 2, a situação ideal para um monopolista seria que ele pudesse discriminar preços de tal forma que conseguisse vender seus produtos pelo preço máximo que cada consumidor estivesse disposto a pagar; hipótese denominada discriminação de preços de primeiro grau. Dentro de um mesmo mercado tal prática não é possível pois cada unidade a mais ofertada influirá no preço do bem, no entanto, se os mercados forem segmentados uma mesma empresa poderá ofertar em cada um dos mercados o mesmo

²³ NICOLAIDES, op. cit. p. 117.

²⁴ Idem.

bem por preços diferentes se outras condições estiverem presentes; hipótese denominada discriminação de preços de terceiro grau²⁵.

Dessa maneira, a prática de discriminação de preços será possível se (i) os mercados forem segmentados - os consumidores de um mesmo bem nos dois mercados não são capazes de comercializar entre eles e assim igualarem os preços; (ii) a empresa tiver poder de mercado em pelo menos um dos mercados - poder de mercado significa que um aumento de preços não reduzirá as vendas a zero; (iii) os mercados tiverem diferentes elasticidades da demanda; quanto mais inelástica a demanda maior é a capacidade de aumentar preços sem perder vendas²⁶. Se presentes essas condições, uma empresa que detenha alguma parcela de poder de mercado será capaz de vender para um mercado estrangeiro, mais competitivo, por um preço menor do que aquele que pratica dentro do seu próprio país, onde detém poder de mercado.

Deixando de lado a discussão sobre a eficiência econômica da discriminação de preços, importante é notar que é o país importador que se beneficia da discriminação de preços, ao passo que os consumidores do país exportador que são as vítimas, ou seja, suportam preços mais altos. Por essa razão, o *dumping* deveria ser proibido no país exportador, ao invés de sê-lo no importador.²⁷

4.1.2 *Dumping* Predatório

Uma das faces do *dumping* de curto prazo é o *dumping* predatório. Se, com base nos argumentos expostos anteriormente, pode-se verificar que a prática de preços predatórios exige condições demasiado complexas a ponto de alguns doutrinadores chegarem mesmo a negar a sua existência, com mais razão é possível refutar a utilização de tal prática em se tratando da eliminação dos concorrentes no mercado estrangeiro. Veja “o grau de risco envolvido e a incerteza do retorno do investimento, tornam mais factíveis outras formas de inserção mercadológica, como por exemplo (no caso de se buscar ainda lucros monopolísticos através de condutas anticoncorrenciais) a cartelização com os produtores nacionais”²⁸.

²⁵ Na discriminação de preços de segundo grau são cobrados preços diferentes para quantidades diferentes ou porções da mesma mercadoria ou do mesmo serviço.

²⁶ Richard D. BULTUCK, *An economic analysis of Dumping*. p. 47

²⁷ Gunnar NIELS e Adriaan ten KATE, *Trusting antitrust to Dump Antidumping, Abolishing Antidump in Free Trade Agreements Without Replacing it with Competition Law* p. 33. Esse artigo traz uma análise mais aprofundada sobre as eficiências econômicas da discriminação de preços.

²⁸ BARRAL, op cit., p. 17.

Segundo Bovard, “em cem anos de história, não se comprovou nenhum caso em que um produtor estrangeiro houvesse efetivado vendas com *dumping* nos EUA, e lograsse eliminar a concorrência interna e subido os preços em seguida”²⁹.

Susan Hutton e Michael Trebilcock em artigo publicado no *Journal of World Trade*³⁰, afirmam que nenhum dos 30 casos mais recentes de imposição de medidas *antidumping* pelo governo do Canadá decorrera da prática de *dumping* predatório. Nenhum dos 30 casos envolvia situações em que a empresa que praticava o *dumping* poderia esperar auferir lucros monopolísticos, quer devido ao elevado grau de competitividade do mercado internacional ou nacional, quer devido a sua reduzida participação de mercado.

Esses argumentos são confirmados por um série de estudos empíricos. O mais importante deles é um relatório do OECD (*Commitee on Competition Law and Policy*), 1995, que analisa a prática de *dumping* nos Estados Unidos, Canadá, Europa e Austrália. Na maioria dos casos em que foram impostas medidas *antidumping*, não havia possibilidade de ameaça à concorrência no mercado doméstico - lembre-se que o objetivo do direito antitruste é a defesa da concorrência e não dos concorrentes. Apenas em 28, dos 282 casos em que foram aplicadas medidas *antidumping* nos Estados Unidos entre 1979 e 1989, havia condições estruturais suficientes para a prática de preços predatórios, o que não significa dizer que a predação efetivamente ocorreu. Na União Européia, em apenas um caso, dos 297 em que foram impostas medidas *antidumping* entre 1980 e 1989, essas condições estavam presentes. Além disso, essas condições não estavam presentes em nenhum dos 155 caso canadenses, examinados entre 1980 e 1991 ou dos 20 australianos analisados, entre 1988 e 1991³¹.

4.1.3 Flutuações de Mercado

Ao analisar o mercado canadense Susan Hutton e Michael Trebilcock concluíram que, excluídos os casos de predação (o que não ocorreu em nenhum dos casos), o único outro caso em que a prática de *dumping* poderia ser prejudicial em termos econômicos é aquele em que a indústria doméstica seria forçada a suportar repetidas expansões e contrações na oferta. Essa situação aumentaria os custos das empresas no mercado relevante e, na ausência da concorrência dos produtos estrangeiros, tais custos seriam repassados para os consumidores.

²⁹ *Apud idem* p. 17

³⁰ HUTTON e TREBILCOCK, *op. cit.*, p. 141

³¹ NIELS e KATE, *op. cit.*, p.38

Dos 30 casos analisados por esses autores, foi possível verificar esse efeito nos quatro casos ligados à agricultura. Pelo fato de a agricultura possuir ciclos bem definidos, devido, principalmente, ao longo espaço de tempo compreendido entre a decisão de plantar e a colheita – o plantio se faz, em geral, quando os preços estão altos -, é comum haver fortes flutuações na quantidade ofertada. Tendo em vista que produtos agrícolas são perecíveis, qualquer país que tenha produzido mais que o seu mercado interno é capaz de absorver, tentará vender suas mercadorias no mercado externo para tentar amenizar seus prejuízos, mesmo que isso signifique vender abaixo do custo marginal de produção.

Neste caso, o *dumping* é uma resposta às flutuações do mercado. A imposição de medidas *antidumping* surtiria pouco, ou nenhum efeito, na fonte dessas flutuações, além de não serem capazes de aliviar a indústria doméstica, atingida pela mesma flutuação. Embora essas medidas pudessem aliviar um pouco a pressão sobre empresas atuantes em um mercado oligopolista, o efeito em um mercado competitivo seria bem menor³².

4.2 Medidas *antidumping*

Diversas são as razões que podem levar à prática de *dumping*. O governo do país importador considerar-se-á no direito de impor medidas *antidumping* qualquer que seja o motivo que levou o bem a ser vendido por menos que seu “valor normal”.

Muito embora, em um primeiro momento, a adoção de medidas *antidumping* tenha buscado fundamentação no teoria econômica como forma de combater preços predatórios, se os padrões utilizados pelo direito antitruste para identificar a predação fossem aplicados às queixas de *dumping*, praticamente nenhuma queixa seria procedente. Apesar de muitas estratégias parecerem desleais do ponto de vista concorrencial, elas não serão consideradas nem anticoncorreciais, nem ineficientes.³³ É até possível que os efeitos do *dumping* no mercado interno tenham caráter pró-competitivo, quer quebrando monopólios ou oligopólios, quer eliminando empresas ineficientes.

Nesse sentido, empresas domésticas tentam utilizar-se das medidas *antidumping* como forma de se protegerem da competição estrangeira, uma espécie de barreira à entrada, o que tornaria possível a elas auferir lucros mais próximos ao de monopólio. Muitas das empresas que buscam a imposição de medidas *antidumping* acreditando serem alvo de competição desleal, na verdade, tratam-se de firmas ineficientes ou que buscam proteger seu poder de mercado.

³² NICOLAIDES, op. cit. p. 119

³³ HUTTON e TREBILCOCK, op. cit., p. 141

Além disso muitas queixas de *dumping* podem decorre da retração do mercado interno. A figura seguinte representa a influência dos ciclos da economia no aumento das queixas de *dumping* no Canadá entre 1970 e 1989³⁴. Pela análise da figura percebe-se que quanto mais elevadas são a taxa de retração do mercado (*inverse growth rate*) e a taxa de desemprego (*unemployment rate*), maior é o número de casos de *dumping* (*number of cases*) – com conseqüente imposição de medidas *antidumping*.

Figura 3

Embora seja possível a imposição de medidas *antidumping* por razões concorrenciais, na grande maioria dos casos, a repressão ao *dumping* decorre da política econômica adotada pelo país importador. Quando a proteção da indústria interna e da situação de pleno emprego passa a ser vista como um objetivo de política econômica, a imposição de medidas *antidumping* torna-se um dos instrumentos utilizados para a sua persecução. Em decorrência desse objetivo, a defesa da concorrência pode ser relativizada, transformando-se em uma variável de política econômica. Cria-se a noção de que a concorrência não é um valor em si mesma, podendo ser sacrificada em homenagem a outros valores³⁵.

Eros Roberto Grau afirma que a defesa da concorrência possui uma dupla instrumentalidade: “por uma lado organiza os processos que fluem segundo as regras da economia de mercado, colocando a sua disposição normas e instituições (...) e, por outro, converte-se em instrumento de que lança mão o Estado para influir em tais processos e, a um tempo só, obter a consecução de determinados objetivos de política social – instrumento destinado ao desenvolvimento de políticas públicas como se vê”.³⁶

4.3 Subsídios

Atualmente, não se pode identificar a concessão de subsídios com a prática de *dumping*. John Jackson marca nem essa distinção, ao afirmar que “*dumping* é geralmente considerado como uma atividade de uma firma ou empresa particular, embora ela possa ser suficientemente abrangente em um

³⁴ Idem, p. 121

³⁵ Paula A. FORGIONI. *Os Fundamentos do Antitruste*, p. 83

³⁶ *Apud* FORGIONI, op. cit. p. 85.

país para provocar a imposição de tributos de importação (medidas compensatórias) aplicados a todos os bens do país que pratica o *dumping*. Subsídios, de outro turno, são geralmente ações dos próprios governos.”³⁷ O subsídio é qualquer tipo de benefício (financeiro, fiscal ou comercial) concedido pelo governo do país de origem, direta ou indiretamente, à produção e à exportação de uma mercadoria. Conferem grandes vantagens às empresas afetadas, podendo vender por um preço mais baixo pois incidem artificialmente em custos menores. Além disso, causam uma “falha de sinal”, pois a lógica do mercado é que os preços devem sinalizar utilidade e a escassez de um bem. Ao se conceder um subsídio, o preço é fixado artificialmente abaixo deste nível, o que faz com que alguns custos fiquem incompensados.

Enquanto os argumentos empregados para condenar o *dumping* têm como embasamento mais consecução de objetivos de política econômica do que, propriamente, a teoria econômica, “a condenação do subsídio se fundamenta na incorreções que ele induz no mercado, impedindo uma melhor alocação de recursos, induzindo a uma concorrência ‘injusta’”³⁸.

O CADE, analisando os efeitos da “guerra fiscal”, concluiu que a concessão de subsídios ilegais acarreta em “um brutal favorecimento que desnivela o campo em que se desenrola a dinâmica econômica, gerando diversos efeitos para a concorrência e o bem estar da coletividade, entre os quais: (i) retira o estímulo ao aumento constante do nível geral de eficiência da economia, permitindo o uso menos eficiente de recursos e afetando negativamente a capacidade de geração de riquezas do país; (ii) protege as empresas incentivadas da concorrência, mascarando seu desempenho, permitindo que mantenham práticas ineficientes e desestimulando melhorias na produção ou inovação; (iii) permite que empresas incentivadas, ainda que auferindo lucros, possam “predatoriamente” eliminar do mercado suas concorrentes não favorecidas, mesmo que estas sejam mais eficientes e inovadoras, em função do enorme colchão de que dispõem; (iv) prejudica as demais empresas que, independentemente de sua capacidade, terão maiores dificuldades na luta pelo mercado, gerando com isso mais desincentivo à melhoria de eficiência e inovação; (v) gera incerteza e insegurança para o planejamento e tomada de decisão empresarial, dados que qualquer cálculo feito pode ser drasticamente alterado – e qualquer inversão realizada pode ser drasticamente inviabilizada com a concessão de um novo incentivo; (vi) desestimula, por tudo isso, a realização de investimentos, tanto novos quanto a expansão de atividade em andamento”³⁹.

³⁷ *Apud* RODRIGUES, op. cit., p. 142

³⁸ BARRAL, op. cit., p. 139.

³⁹ Voto do Conselheiro Marcelo Callari na Consulta nº 0038/99.

Partindo dessa análise dos efeitos econômicos da concessão de subsídios ilegais no mercado interno pode-se facilmente, passando para o mercado internacional, compreender o fundamento econômico das medidas compensatórias. Não obstante existam igualmente argumentos econômicos em sentido contrário⁴⁰, as razões pelas quais se combate os subsídios não são meramente de política econômica, o dano que pode ser causado ao mercado do país importador é bastante factível nos termos da teoria econômica.

Quanto a questão do intuito predatório dos subsídios, embora a predação fique claramente facilitada, ainda será necessário que o mercado do país importador seja suscetível à monopolização pois, se a empresa subsidiada não for capaz de aumentar seus preços em um segundo momento, far-se-á, necessário que a concessão de subsídios continue eternamente.

5. Conclusão

Partindo-se do pressuposto de que os agentes econômicos agem de modo racional, a prática de preços predatórios só será tentada em situações nas quais a monopolização do mercado é provável. Isto porque os custos incorridos para se manter os preços abaixo do custo marginal só serão recompensados se, após eliminar todos os concorrentes, o predador for capaz de auferir lucros maiores do que aqueles obtidos ao nível concorrencial, ou seja, lucros mais próximos do nível de monopólio.

Os requisitos estruturais necessários para que a prática de preços predatórios seja bem sucedida podem ser, cumulativamente, elencados: (i) o predador deve possuir posição dominante no mercado relevante; (ii) as barreiras à entrada devem ser elevadas; (iii) o predador deve possuir capacidade excedente de modo a poder suprir toda a demanda (monopolística) do mercado; (iv) os fatores produtivos das empresas que foram expulsas do mercado não poderão ser adquiridos por um novo entrante. Esse complexo conjunto de requisitos diminui bastante a probabilidade de sucesso em estratégias de predação. Na verdade, os requisitos estruturais bem como o risco envolvido na prática de preços predatórios são tão elevados que alguns doutrinadores che-

⁴⁰ Schwartz e Harper apontam, como fundamentos desta indeterminação, o controle de alguma externalidades pela concessão de subsídios, sua vinculação a interesse nacionais não mensuráveis e a compensação de determinados ônus a algumas categorias de empresas. Mais especificamente em comércio internacional, argumenta-se que a aplicação de medidas compensatórias contra subsídios, com o objetivo de defender indústrias locais, na realidade provoca a redução da riqueza nacional, prejudicando consumidores (pelo preço mais alto) e o Estado (pela redução, a médio prazo, do recolhimento de tributos). *Apud* BARRAL, op. cit., p. 141

garam a afirmar que a predação, excluídas situações muito especiais, não ocorria.

Da análise dos fundamentos econômicos da imposição das medidas *antidumping*, verifica-se que, apesar de o intuito predatório do *dumping* ter sido a argumentação invocada pelos governos para a sua repressão, de fato, pelo menos na conjuntura atual, esse argumento não procede. Uma vez constatado que a prática de preços predatórios só é bem sucedida se presentes condições muito peculiares, sua adoção a nível mundial torna-se ainda mais improvável.

Como o único argumento de natureza concorrencial que poderia ser invocado para fundamentar a imposição de medidas antidumping seria o seu intuito predatório, tais medidas têm fulcro em motivos outros que não a defesa da concorrência. Nesta breve análise desses motivos, foi possível verificar que a prática de *dumping* é reprimida por razões de política econômica. Desse modo, enquanto a repressão à prática de preços predatórios visa a proteger a concorrência, a imposição de medidas *antidumping* procura assegurar que os objetivos de política econômica elevados à categoria de bens juridicamente relevantes pelo Estado, sejam alcançados.

6. Bibliografia

AREEDA, Phillip e KAPLOW, Louis. *Antitrust analysis: problems, text, cases*, 4º ed., Boston: Little Brown, 1988.

BARRAL, Welber Oliveira. *A Regulamentação antidumping após a rodada Uruguai: impacto para os processos de integração*, tese apresentada como requisito à Conclusão de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1999.

BIERWAGEN, Rainer M. e HAILBRONNER, Kay. Input, Downstream, Upstream, Secondary, Diversionary and Components or Subassembly *Dumping*, *Journal of World Trade*, vol. 22, nº 3, p. 27

BOLTUCK, Richard D., An Economic Analysis of *Dumping*, *Journal of World Trade Law*, vol. 21, nº 5, p. 45

BRUNA, Sérgio Varella. *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício*. 1º ed., 2º tir., São Paulo: RT, 2001.

CUNHA, Ricardo Thomazinho da. Aplicação do Acordo *Antidumping* no Brasil, *Revista do IBRAC*

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. “Underselling” na Lei nº 8.137/90 Considerações sobre o tipo penal, *Revista do IBRAC*, vol. 8, nº 3, p. 139, 2001.

- FORGIONI, Paula A., *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 1998.
- FOX, Eleanor M. e SULLIVAN, Lawrence A., *Cases and materials on anti-trust*, St. Paul: West, 1989.
- GUEDES, Josefina Maria M. M. e PINHEIRO, Silvia M. *Antidumping, Subsídios e Medidas Compensatórias*, São Paulo: Aduaneiras, 1993.
- HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*, St. Paul: West, 1994.
- HUTTON, Susan e TREBILCOCK, Michael. Na Empirical Study of the application of Canadian Anti-Dumping Laws: A Search for Normative Rationales, *Journal of World Trade*, vol. 24, nº 3, p.123
- NICOLAIDES, Phedon. The Competition Effects of Dumping. *Journal of World Trade*, vol. 24, nº 5, p. 115.
- NIELS, Gunnar e KATE, Adriaan tem. Trusting antitrust to Dump Antidumping, Abolishing Antidump in Free Trade Agreements Without Replacing it with Competition Law, *Journal of World Trade*, vol. 31, nº 6, p. 29
- NUSDEU, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. 2º ed. rev., São Paulo: RT, 2000.
- PINDYCK, Robert S. e RUBINFELD, Daniel L., *Microeconomia*. 4º ed., São Paulo: Markron Books, 1999.
- RODRIGUES, José R. Pernomian. *O dumping como forma de expressão do abuso do poder econômico :caracterização e consequências*, tese apresentada como requisito à Conclusão de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1999.
-
- Dumping em serviços. Revista do IBRAC*, vol. 5, nº 3, p. 7, 1998.
- ROWBOTHAM, Elizabeth J., *Dumping and Subsidies. Their Potential Effectiveness for Achiving Sustainable Development in North America*. *Journal of World Trade*, vol. 27, nº 6, p. 145.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial, as estruturas*.1º ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

