

Dumping, Underselling e Preço Predatório¹

Welber Barral²

Introdução. Dumping, *underselling* e preço predatório. Dumping predatório. Preço predatório. Conclusão.

Introdução

Um equívoco conceitual sempre presente, quando se menciona o termo “dumping”, é confundir esta prática comercial com outras práticas, consistentes em vendas a preço inferior ao custo (*underselling*) e em vendas a baixo preço, destinadas à eliminação de concorrentes (preço predatório).

O objetivo do presente artigo é reiterar a distinção - empírica, conceitual e normativa - entre esses três fenômenos. A insistência nesta distinção se justifica pela utilização indiscriminada desses termos, sobretudo na doutrina brasileira; esta utilização deverá agora ser esclarecida em razão da Resolução n. 20 do CADE. Ao mesmo tempo, o artigo abordará os casos que constituem dumping predatório, e apresentará uma análise da literatura atual sobre a matéria.

Dumping, *underselling* e preço predatório

Fundamentalmente, o dumping se caracteriza pela discriminação de preços entre mercados nacionais distintos. O *underselling* pode ser identificado a partir da venda de produtos abaixo de seu preço de custo. O preço predatório, a seu turno, será identificável como prática visando à

¹ Este artigo é uma versão adaptada de capítulo da tese de doutorado apresentada pelo autor à Universidade de São Paulo (USP).

² Welber Barral é Professor de Direito Internacional Econômico da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

eliminação de concorrentes, através da venda de produtos a preços impraticáveis.

Destas definições, infere-se que: a) a três práticas podem ocorrer concomitantemente, no exemplo do produtor estrangeiro que exporta a preço de dumping, e revende no mercado interno abaixo do preço de custo, visando a eliminar os concorrentes nacionais; mas b) pode também ocorrer que não exista correlação entre essas práticas, se por exemplo: (i) o produtor estrangeiro pratica dumping porque possui domínio de seu mercado nacional, praticando preços maiores ali; (ii) o produtor revende abaixo do preço de custo em razão de um excesso de estoques, inexistindo intuito, ou possibilidade, de dominação do mercado.

Conceitualmente, empresas privadas poderão protagonizar atividades anticoncorrenciais ou praticar dumping, neste último caso diferenciando o preço de venda no mercado importador do preço praticado no mercado de origem. Na primeira hipótese, de práticas anticoncorrenciais, o produtor estrangeiro tentará, v.g., impedir que o concorrente tenha acesso às fontes de insumo, ou obrigar os distribuidores à exclusividade. Tais atos, cujo custo social é visivelmente negativo, poderão ser considerados ilícitos pela legislação antitruste do país onde ocorram, que sancionará o produtor estrangeiro ou seu representante local.

Na segunda hipótese, de dumping, o produtor estrangeiro diferencia os preços praticados, vendendo a preços inferiores do que pratica em seu mercado de origem, ou seja, vende a preço de dumping. Protagonizando esta conduta, sujeita-se à imposição, pelo Estado importador, de medidas antidumping, que terão por efeito equalizar o preço praticado com o preço normal do produto.

Recorde-se, ainda, a relevância da distinção entre preço predatório e *underselling*. Como já se asseverou, a prática deste último nem sempre será punível, ao contrário do que ocorre com o preço predatório (que normalmente se subsume nas condutas puníveis pelo direito antitruste de cada país, quando este existe na ordem jurídica interna).

Além dessas distinções conceituais, observe-se também que o dumping será investigado pelas autoridades nacionais normalmente vinculadas ao comércio exterior de cada país, que, se membros da Organização Mundial do Comércio, se orientarão pelo Acordo Antidumping da

Rodada Uruguai (AARU). Quanto ao *underselling* e ao preço predatório, sua repressão dependerá da existência de normas nacionais de defesa da concorrência, a serem aplicadas pelas autoridades (judiciais ou administrativas) indicadas por estas leis nacionais.

No caso do Brasil, a confusão entre os conceitos constituía prática do próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)³. Assim, o CADE já asseverou, em suas decisões que:

a) “O dumping se caracteriza pela venda abaixo do preço do mercado, isto é, abaixo do preço dos concorrentes. Configura-se o dumping na exportação de mercadoria por preço inferior ao vigente no país exportador ou por preço abaixo do custo de produção”⁴;

b) “Dumping é a temporária e artificial redução de preços para oferta de bens ou serviços por preços abaixo daqueles vigentes no mercado, provocando oscilação em detrimento de concorrente, e subsequente elevação, exercício de especulação abusiva”⁵;

c) “Dumping - Venda de produto final importado a preço abaixo do custo de fabricação com vistas à dominação do mercado nacional”⁶;

d) “Configura dumping a prática de preços irrealmente baixos, com prejuízos ou utilização de meios ilícitos, com o objetivo de eliminar a concorrência”⁷;

e) “A atividade denominada dumping se caracteriza pela venda de produtos a preço abaixo do custo real, inclusive com prejuízo, com a finalidade de eliminar a concorrência e em seguida possibilitar a fixação de preços com lucratividade exagerada”⁸.

Dessas decisões, percebia-se a ausência de distinção entre a prática de dumping e os outros conceitos. Recorde-se que, ao contrário do que asseveravam essas decisões, a ocorrência de dumping independe do intuito predatório, ou do fato de que os preços sejam inferiores aos de custos de produção. Ao mesmo tempo, a medida oponível à prática de

³ A defesa da concorrência no Brasil está regulamentada pela Lei n. 8.884/94.

⁴ Processo Administrativo n. 9, de 25.11.74. Franceschini & Franceschini, 1985, p. 152.

⁵ Processo Administrativo n. 20, de 25.9.78. Franceschini & Franceschini, 1985, p. 152.

⁶ Processo Administrativo n. 41, de 07.3.83. Franceschini & Franceschini, 1985, p. 150.

⁷ Processo Administrativo n. 65, de 07.5.87. Franceschini, 1996, p. 238.

⁸ Processo Administrativo n. 75, de 10.12.87. Franceschini, 1996, p. 238.

dumping seriam as medidas antidumping, enquanto ao preço predatório poderiam ser opostas as penalidades previstas na lei antitruste brasileira.

Na doutrina, esta distinção foi anotada, já em 1990, por Mário Villanova Nogueira. Registrava aquele autor que “a prática do dumping relaciona-se com o comércio exterior, sendo, pois, por definição, impossível a prática de tal ato dentro exclusivamente do mercado nacional”. Enquanto “a venda, no mercado nacional, de mercadoria abaixo do preço de custo ou sem razoável margem de lucro, desde que injustificadamente, consiste, na verdade, de prática de *underselling*, este sim, indiscutivelmente, dentro dos limites da competência do CADE”⁹.

A advertência doutrinária, contudo, não se refletiu imediatamente na prática da autoridade antitruste brasileira, que vinha utilizando “dumping” e “*underselling*” como sinônimos¹⁰, bem como caracterizando como “preço predatório” a importação de produtos a preço de dumping¹¹.

Neste sentido, a Resolução n. 20 do CADE foi bastante percuciente, como tentativa de eliminar a confusão conceitual. Agora, o preço predatório é descrito como “prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista”.

Uma consequência pragmática leva à insistência em se repetir as distinção entre os conceitos. E isto porque, como regra geral, a importação de produtos com dumping escapa à competência do CADE e às normas de defesa da concorrência¹². As exceções serão os casos de

⁹ Nogueira, 1990, p. 182.

¹⁰ “Constante dos autos prova documental indicativa de indícios da prática de ‘dumping’ ou ‘underselling’, impõe-se a instauração de processo administrativo”. Averiguações Preliminares n. 163, de 03.3.89. Franceschini, 1996, p. 239.

¹¹ “[s]erá irrelevante à lei brasileira a eventual aquisição de matérias-primas a preços subsidiados ou predatórios no Exterior”. Processo Administrativo n. 98, de 07.12.89. Franceschini, 1996, p. 240.

¹² Cf. Lei n. 8.884/94, art. 91: “O disposto nesta lei não se aplica aos casos de dumping e subsídios de que tratam os Acordos Relativos à implementação do Art. VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, promulgados pelos Decretos n. 93.941 e 93.962, de 16 e 22 de janeiro de 1987, respectivamente”.

importações de bens abaixo do preço de custo no país exportador, que não seja Membro da OMC¹³.

Quanto ao *underselling*, sua prática, no Brasil, pode se subsumir na Lei Antitruste¹⁴. Entretanto, o *underselling* não será, de *per se*, um ato punível pela norma repressora. Isto somente efetivará se concomitantemente ocorrer a prática de preço predatório, isto é, se o ato tiver por efeito a limitação da concorrência, a dominação do mercado, o aumento arbitrário do lucro ou o exercício abusivo de posição dominante.

Por sua vez, o preço predatório sempre será punível pela Lei Antitruste, ainda que não advenha da prática de dumping ou de *underselling*. Esta situação poderá ocorrer se o produtor vende com baixíssimos níveis de lucro, visando somente à eliminação dos concorrentes. A subsunção normativa se efetivará a partir da hipótese na lei que caracteriza como infração da ordem econômica, os atos "sob qualquer forma manifestados", que objetivem à dominação do mercado¹⁵.

Dumping predatório

Antes de analisar os fundamentos econômicos do preço predatório, convém destacar, criticamente, os argumentos normalmente invocados para fundamentar as medidas antidumping.

A argumentação mais notória para legitimar a aplicação de medidas antidumping alude ao intuito predatório do produtor estrangeiro. Por esta visão, a venda local abaixo do preço praticado alhures constituiria estratégia mercadológica para eliminar os concorrentes nacionais. Uma vez consolidada a conquista do mercado importador, o produtor estrangeiro majoraria os preços, recuperando os prejuízos suportados e percebendo lucros monopolistas.

Esta argumentação é bastante tradicional, e invoca amplo apoio político, quando externada para justificar a imposição de medidas

¹³ Lei n. 8.884/94, art. 21, XIX. Neste último caso, será possível que, além da aplicação de medidas antidumping, o exportador sofra também a imposição de penalidades administrativas, pelo CADE.

¹⁴ Lei n. 8.884/94, art. 21, XVIII. "Vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo".

¹⁵ Lei n. 8.884/94, art. 20.

antidumping. Já em 1904, quando a primeira norma antidumping foi proposta pelo Ministro das Finanças do Canadá, ressaltava-se, como sua fundamentação, a tentativa de trustes estrangeiros em conquistar o mercado local, elevando-se em seguida os preços praticados¹⁶. Ainda hoje, os discursos oficiais invocam argumentos correlatos, afirmando que o consumidor, inicialmente beneficiado pelo baixo preço, será prejudicado futuramente, quando o produtor estrangeiro passar a praticar preço monopolista¹⁷.

Contudo, a realidade econômica do intuito predatório é bastante questionável. Embora seja teoricamente possível, sua existência real é condicionada a fatores extremamente complexos, que dependem não apenas da conformação econômica do país importador, mas também das características estruturais do mercado exportador.

No caso do mercado importador, para que uma empresa estrangeira possa praticar dumping predatório, será necessário que: a) os custos dos produtores nacionais sejam altos, a fim de a diferença de preços seja tal que enfrente custos de conquista de mercado, de distribuição e transporte; b) seja um mercado fechado, que não atrairá outros concorrentes estrangeiros, quando o preço monopolista começar a ser praticado; c) o custo de saída do mercado não seja alto para os concorrentes

¹⁶ Em seu discurso, o Ministro W. S. Fielding asseverava: "We find today that the high tariff countries have adopted that method of 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 a surplus of goods, sets out to obtain command of a neighboring market, and for the purpose of obtaining control of a 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". Citado por Sykes, 1997, p. 10.

¹⁷ Segundo o Subsecretário de Comércio dos EUA, em 1994: "In the short run, the consumer may have to pay higher prices for individual goods [em razão das medidas antidumping]. Let's acknowledge the painful truth. However, without antidumping enforcement, in the long run the consumer will ultimately be the one to pay as reduced competition enables foreign producers to raise prices". Garten, 1994, p. 144.

nacionais; d) não exista legislação antitruste que reprima o futuro preço abusivo; ou e) não haja necessidade de praticar outras condutas anticoncorrenciais, no caso de existir lei antitruste efetiva.

Ao mesmo tempo, no mercado exportador, a empresa deverá contar com os seguintes requisitos: a) controle de mercado, de forma que preços monopolistas possam ser cobrados, para sustentar o déficit das exportações predatórias; b) altos custos de entrada, a fim de não atrair investimentos para aquele ramo de produção; c) mercado fechado, de forma a impedir a importação de outros produtos estrangeiros; d) inexistência ou ineficácia de lei antitruste, que puna o preço monopolista praticado.

Considerando-se este conjunto de exigências, parece irracional a tentativa de conquista integral do mercado estrangeiro através da prática de dumping predatório¹⁸. 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 monopolistas através de condutas anticoncorrenciais) a cartelização com os produtores nacionais.

Diante deste quadro, pode-se visualizar que a aplicação de medidas antidumping somente será justificável se se referir ao dumping predatório. Entretanto, a possibilidade de que tal conduta ocorra é de difícil materialização na prática, em razão das diversas condições necessárias aos mercados envolvidos, para possibilitar a arrecadação futura de preços monopolistas. Além do que, observe-se que o intuito predatório não é considerado como fator condicionante para a aplicação de medidas antidumping, quando de sua investigação pelas autoridades administrativas do Estado importador.

Para cada caso, desta forma, poderão surgir custos econômicos diferenciados, ou até mesmo positivos, a partir de uma miríade de fatores estruturais no mercado. Dentre estes fatores, a análise desta hipótese faz

¹⁸ 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. Cf. Bovard, James. *The fair trade fraud*. New York: St. Martin's Press, 1991. Apud McGee, 1995, p. 4.

avultar: a) o grau de integração econômica entre o mercado importador e o mercado exportador; b) a abertura comercial dos mercados; c) a eventual posição dominante da empresa em cada um deles; d) a elasticidade da demanda pelo produto em questão, e e) os custos de entrada para novos produtores no mercado monopolista.

Preço predatório

A materialização do intuito predatório, na prática comercial, não é corriqueira. Assim, segundo a OCDE,

“o preço predatório se refere ao corte de preços no esforço de excluir concorrentes, a fim de ganhar ou proteger seu poder de mercado. O preço predatório, contudo, é uma forma complexa de conduta anticoncorrencial. Ela exige que a empresa incorra em perdas substanciais ou ao menos que reduza seus lucros na esperança que essas perdas serão recuperadas no futuro, através do exercício de poder de mercado. Portanto, as condições de mercado desempenham um papel fundamental quanto à possibilidade de emprego dessa tática. O predador deve ter uma parcela substancial do mercado ou ao menos a possibilidade de assumir esta parcela”¹⁹.

Economicamente, a racionalidade do preço predatório - da mesma forma que do dumping predatório - é bastante discutida. Entende-se que essa prática só se justificaria se a) os demais concorrentes forem muito limitados para que se possibilite sua eliminação; b) o mercado estiver de tal forma estruturado que permita ao agente econômico prever por quanto tempo deverá praticar o preço predatório; e c) os lucros a serem obtidos compensem os prejuízos incorridos. A prática está, portanto, relacionada ao prejuízo à concorrência e ao poder de mercado detido pelo agente²⁰.

Com efeito, a prática não seria racional se o mercado em questão for contestável²¹. Isso porque se o mercado for contestável, eliminada a

¹⁹ OCDE. *Predatory pricing*. Paris: OCDE, 1989, p. 81. Apud Krishna, 1997, p. 7.

²⁰ Forgioni, 1998, p. 315.

²¹ A contestabilidade do mercado está diretamente ligada à possibilidade de entrada ou saída de novos concorrentes, sem que, para tanto, tenham que enfrentar elevados custos. Cf. Forgioni, 1998, p. 290.

concorrência atual, a concorrência potencial poderia facilmente tornar-se real.

Calixto Salomão Filho, revisando a literatura contemporânea sobre o problema, identifica algumas explicações para o preço predatório que vão além da abordagem microeconômica.

Desta forma, 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 que os dos concorrentes, desincentivando a sua entrada. A terceira explicação é baseada no maior potencial financeiro do monopolista, que o faz crer poder forçar a empresa economicamente mais fraca a sair do mercado²².

Comparado com o preço predatório, o *underselling* passa a ser de difícil caracterização. Isto porque a linha divisória entre um preço altamente competitivo e um preço predatório é bastante tênue. O intuito predatório é definido basicamente em razão de sua consequência: a eliminação do concorrente eficiente, aquele cuja existência, de certa forma, representa um benefício para os consumidores²³.

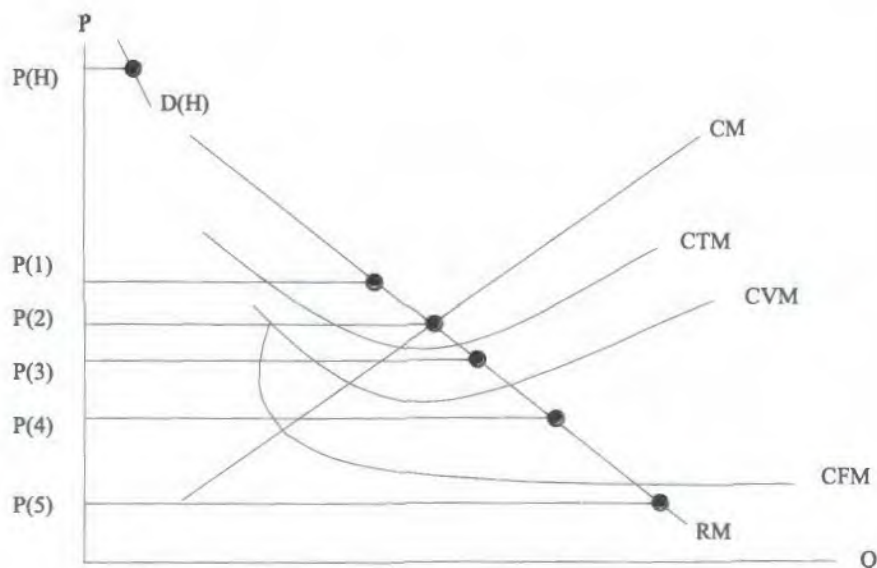
Além disso, conceitos como “abaixo do custo” ou “custo” são obscuros e não há consenso na utilização de critérios para defini-los. Em muitos casos, há dificuldades em sua própria identificação. Para demonstrar esta dificuldade - que tem reflexos jurídicos visíveis, uma vez que as normas antitruste não indicam o critério a ser adotado para determinação do curso - tomem-se os seguintes conceitos: a) custo fixo (CF): aquele que não varia e independe da quantidade de bens produzida; b) custo variável (CV): que, como o nome sugere, varia de acordo com o aumento ou diminuição da produção; c) custo total (CT): refere-se à soma entre custo fixo e custo variável; d) custos médios: aqueles apurados através da razão entre os custos e a quantidade de bens produzida. Assim, tem-se (i) custo fixo médio (CFM): custo fixo total dividido pela quantidade de bens produzida, (ii) custo variável médio (CVM): custo variável total dividido pela quantidade de bens produzida, e (iii) custo total médio (CTM): custo total dividido pela quantidade de bens produzida; e) custo marginal²⁴ (CM):

²² Salomão Filho, 1998, p. 81.

²³ Marceau, 1994, p. 19.

custo necessário para se produzir uma unidade a mais de determinado bem²⁵. Para a determinação do custo, a teoria microeconômica utiliza normalmente o custo médio e o custo marginal.

Com base no gráfico apresentado a seguir, proposto por Schoenbaum²⁶, pode-se visualizar as diferentes situações decorrentes da prática de preços diferenciados, por uma empresa exportadora:



²⁴ O termo “marginal” designa sempre o acréscimo – de custo ou de receita – decorrente da produção ou venda de uma unidade adicional do produto, segundo Salomão Filho (1998, p. 77).

²⁵ Se o CM consiste no custo de produzir uma unidade a mais daquele determinado produto, para sua mensuração devem ser levados em conta aqueles custos que variam com a produção, os chamados custos variáveis (CV). Na maioria dos casos, porém, a distinção entre custo fixo (CF) e CV é meramente temporal. Todos os custos fixos, no longo prazo, transformam-se em custos variáveis. Salomão Filho, 1998, p. 83.

²⁶ Schoenbaum, 1996, p. 87.

No gráfico estão representadas cinco variações de preços num dado mercado: P(1) representa um preço superior ao CTM e superior ao ponto de equilíbrio entre a receita marginal (RM) e o custo marginal (CM); P(2) é um preço que coincide com o ponto de equilíbrio entre RM e CM; P(3) é um preço abaixo do CTM, mas acima do custo variável médio (CVM); P(4) representa um preço inferior ao CVM, mas superior ao custo fixo médio (CFM); e P(5) representa um preço inferior ao CFM.

Para a análise desta situação, uma primeira abordagem²⁷, proposta por Areeda e Turner (*the Areeda-Turner test*), centraliza a análise do custo em um curto período de tempo. Para essa abordagem, qualquer preço inferior a seu custo marginal, num curto prazo, seria predatório. O custo marginal, aqui, é aproximadamente igual ao custo variável. Nesta abordagem, as práticas P(3), P(4) e P(5) - indicadas no gráfico precedente - seriam consideradas predatórias.

Outra abordagem, proposta por Posner, refuta o teste de Areeda e Turner. Baseia-se no mesmo critério, mas analisa o custo num período mais longo. Assim, o preço deve ser analisado em relação a seu custo marginal (que também, por razões práticas, é substituído pelo custo variável) no longo prazo. Isso porque as indústrias concorrentes mais eficientes podem perfeitamente suportar perdas no curto prazo. Assim, persistindo a venda abaixo do custo marginal num período mais dilatado, verificar-se-ia a intenção predatória. Neste caso, as hipóteses P(3), P(4) e P(5) do gráfico também seriam consideradas predatórias.

Em contraste às abordagens baseadas no custo marginal, Williamson propõe um modelo baseado nas regras de expansão da produção. Qualquer regra baseada no custo marginal seria condenável, pois ignoraria as possibilidades: a) de uma indústria prevenir-se da necessidade de, futuramente, ter que reduzir os custos variáveis da produção em expansão; b) de que ela possa produzir com potência máxima, com vistas a impedir a entrada de um concorrente potencial em seu mercado.

Assim, se necessário, a indústria poderia desacelerar a produção e manter seu limite de preços. Quando o novo concorrente entrasse no mercado, a indústria, já pré-estabelecida, lançaria mão de seus estoques

²⁷ As diversas abordagens que buscaram explicar a caracterização econômica do preço predatório foram expostas por Marceau (1994, p. 19-24).

acumulados e usaria sua estrutura produtiva em plena capacidade. Desta forma, praticaria preço predatório, apesar de passar incólume pelos testes baseados nos custos marginais. Destarte, para Williamson, a regra deveria portanto ser: proibir que uma empresa com posição dominante expanda sua produção; usar, para medir a intenção predatória, o custo total médio (CTM) no longo prazo. Casos em que P(3), P(4) e P(5), em princípio, continuariam a ser práticas predatórias.

Para Beaumol, a determinação do preço predatório deve considerar apenas o aumento posterior de preços. Após um concorrente ter saído (ou sido eliminado) do mercado, o concorrente vencedor deve manter seu preço praticado por, pelo menos, mais cinco anos. Não se proíbe, entretanto, a diminuição do preço se novo concorrente vier a entrar naquele mercado.

Scherer, por sua vez, propôs uma análise mais genérica das consequências da prática predatória sobre a concorrência. Através do teste baseado na regra da razão (*rule of reason test*), para este autor, o bem-estar pode às vezes ser maximizado com os preços (acima ou abaixo do custo marginal) de uma indústria com posição dominante. Propõe-se uma espécie de questionário baseado em: preços, capacidade produtiva, investimentos, R&D, inovações produtivas e publicidade.

Sharpe, um autor europeu, centraliza sua análise na praticabilidade da conduta. Para ele, se é praticável para a indústria manter o preço naquele patamar (abaixo do custo), não há conduta predatória. Dessa forma, P(3), P(4) e P(5) poderiam perfeitamente ser práticas lícitas.

Joskow e Klevorick, a seu turno, basearam sua análise em dois pontos fundamentais: a estrutura do mercado e a motivação da prática predatória. Para eles, a estrutura de mercado é que determina se a intenção predatória é uma estratégia possível, segundo três variantes: a) poder de monopólio no curto prazo: pode ser calculado através da parcela de mercado do predador e da elasticidade da demanda para seus produtos; b) condições de entrada: com que rapidez um concorrente potencial pode se tornar um concorrente efetivo (ou seja, o mercado é contestável?); c) dinâmica do mercado: se a prática predatória não causa a saída de um concorrente nem impede a entrada de outro, qualquer redução nos preços passa a ser tolerada.

A partir daí, busca-se também descobrir a razão daquele preço e (i) entende-se predatório: o preço abaixo do custo variável médio (CVM); (ii) presume-se predatório: o preço acima do CVM, mas abaixo do custo total médio (CTM); (iii) não se presumem predatórios: preços acima do CTM, a não ser que sofram mudanças durante um período de dois anos.

Por fim, para Bierwagen²⁸, preços acima do CTM são legais de *per se* e preços abaixo do CM (ou do CVM, se o primeiro foi de difícil estabelecimento) são presumivelmente predatórios.

Outras observações devem ainda ser feitas em relação ao gráfico. Em geral, P(1) e P(2) podem ser considerados como preços normais, pois qualquer preço acima do CTM é praticável. Além disso, P(2) representa o ponto de maximização dos lucros, onde receita marginal (RM) e CM se igualam²⁹. P(3) e P(4), que estão abaixo do CTM, ocasionam perdas à indústria, mas podem ser justificados economicamente³⁰. P(5), abaixo do CTM, pode ser justificado quando ocorre em curtos intervalos de tempo³¹.

Com relação à distinção entre preço predatório e dumping, visto como discriminação internacional de preços, note-se que o preço predatório é bem mais visível em transações entre mercados do que em transações no interior de um mesmo mercado, porque a economia global é menos integrada (em razão do grande número de barreiras) do que a economia doméstica³². Assim, se já é difícil identificar o intuito predatório num mercado doméstico, será ainda mais difícil no mercado internacional, onde há enormes disparidades entre as muitas economias locais envolvidas³³.

Susan Liebler, comissária da ITC dos EUA, chegou a propor um teste para a identificação da prática predatória nos casos envolvendo

²⁸ Bierwagen, 1990, p. 136.

²⁹ Segundo Salomão Filho, o comportamento racional do agente é sempre igualar custo marginal e receita marginal. 1998, p. 77.

³⁰ Como, *v.g.*, necessidade de manter determinado volume de vendas, devido a flutuações de mercado, estratégia de preços promocionais, ou de indústrias com alto custo fixo.

³¹ Schoenbaum, 1996, p. 86-87. Este é o caso de produtos perecíveis, vendidos a baixo custo para evitar perda total do investimento.

³² Marceau, 1994, p. 24.

dumping³⁴. O teste dos cinco fatores (*five factor test*), como ficou conhecido, é baseado nos seguintes questionamentos: a) qual é a parcela de mercado ocupada pelo produto importado? b) qual é a margem de dumping praticada? c) qual é o grau de substitutibilidade do produto importado em relação a outros produtos domésticos? d) há alguma evidência de que os preços estão declinando devido à prática do dumping? e) há barreiras à entrada de novos concorrentes (*i.e.*, qual é a elasticidade estimada da oferta para produtos importados de um terceiro país)? A Court of International Trade dos Estados Unidos refutou este teste, argumentando que a ênfase na concorrência “presume que o objetivo da regulamentação antidumping é prevenir um ‘dano à concorrência’ ao invés de meramente ‘dano material’ à indústria” como permitido pela norma antidumping³⁵.

No gráfico analisado anteriormente, se se admitir um preço normal de um produto em seu mercado local - $P(H)$, superior aos demais preços ali definidos (tomados, agora, como preços praticados num mercado importador), a conclusão a que se chega é que os cinco preços tipificam o dumping (entendido como venda abaixo do valor normal do produto no mercado de origem), muito embora, como visto, $P(1)$ e $P(2)$ sejam condutas no curso normal dos negócios e $P(3)$, $P(4)$ e $P(5)$ possam ser justificadas.

Por essas razões, para Schoenbaum³⁶, a) o dumping deve ser definido como “vendas abaixo do custo variável médio (CVM), realizadas durante um período de tempo considerável”; b) o dano deve ter sido causado por distorções no comércio, decorrentes da discriminação de preços ou do abuso de posição dominante.

Conclusão

A Resolução n. 20 do CADE constitui louvável tentativa de eliminar a confusão conceitual, até então recorrente, entre dumping, preço predatório e *underselling*.

³³ Marceau, 1994, p. 26.

³⁴ Cf. Sykes, 1997, p. 18.

³⁵ *Idem*, p. 18.

³⁶ Schoenbaum, 1996, p. 97.

Neste sentido, a caracterização adotada pela norma do CADE segue a orientação mais recente, no sentido de presumir o preço predatório: a) quando os preços praticados estiverem abaixo do custo variável médio; b) com o intuito de eliminar os concorrentes.

Esta parece ser a análise mais correta, se se considera, para caracterização do preço predatório, a racionalidade da conduta da empresa na tentativa de dominação do mercado relevante.

Referências Bibliográficas

- BARRAL, Welber, BROGINI, Gilvan. Antidumping in Mercosur. *Latin America Law and Business Report*, v. 7, n. 3, p. 29-30, March 1999.
- BIERWAGEN, Rainer M. *GATT Article VI and the Protectionist Bias in Anti-dumping Laws*. Deventer: Kluwer, 1990.
- FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 1998.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. *Poder econômico: exercício e abuso*. São Paulo: RT, 1985.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao Direito da Concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- GARTEN, Jeffrey E. New challenges in the world economy: The anti-dumping law and U.S. trade policy. *World Competition: Law and Economics Review*, v. 17, n. 04, p. 129-157, June 1994.
- KRISHNA, Raj. *Some aspects of antidumping in Law and Practice*. Washington: The World Bank (Working Paper n. 1823), September 1997.
- MARCEAU, Gabrielle. *Anti-dumping and Antitrust Issues in Free-Trade Areas*. New York: Oxford University Press, 1994.
- McGEE, Robert W. *Antidumping laws in the Twenty-First century*. The Freedom Server, 1995. www.freedom-server.co.uk.
- NOGUEIRA, Mário Roberto Villanova. Conceito de *underselling* (*dumping*) dentro do Anteprojeto da nova Lei antitruste brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, ano 27, nº 107, p. 181-194, jul/setembro 1990.

OLIVEIRA, Gesner. Combater as condutas anticoncorrenciais. *Gazeta Mercantil*, p. 2, 30.6.99.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SCHOENBAUM, Thomas J. Market contestability and reform of the antidumping laws. *German Yearbook of International Law*, v. 39, p. 82-99, 1996.

SYKES, Alan O. *Antidumping and antitrust: what problems does each other address*. Chicago: University of Chicago, 1997 (mimeo.).