

Suplemento Eletrônico

REVISTA DO

IBRAC

Desde 1992

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,
Consumo e Comércio Internacional

Ano 2 número 4
Abril 2011

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA,
CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL – IBRAC**

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121
CEP 05013-001 – São Paulo – SP – Brasil
Tel.: (011) 3872 2609 / 3673 6748
Fax.: (011) 3872 2609 / 3673 6748

REVISTA DO IBRAC

Presidente: Marcelo Procópio Calliari
Diretora de Publicações: Leonor Cordovil
Editor assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial: Barbara Rosenberg, Bernardo Macedo, Joao Paulo Garcia Leal, Lucia A.L.de Magalhães Dias, Mauro Grinberg, Paolo Mazucatto, Pedro Dutra, Rabih Nasser, Ricardo Inglez de Souza, Vicente Bagnoli, Viviane Araujo Lima.

O Suplemento Eletrônico da Revista do IBRAC aceita colaborações relativas ao desenvolvimento das relações de concorrência, de consumo e de comércio internacional. A Redação ordenará a publicação dos textos recebidos.
Periodicidade: mensal. Fechamento dia 20 de cada mês.

Ano 2 número 4
Abril de 2011

SUMÁRIO**O BÊ-A-BÁ DO ANTIDUMPING**

João Paulo Garcia Leal 4

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A ANÁLISE ANTITRUSTE DE EFICIÊNCIAS EM CASOS DE FUSÕES: REDUÇÃO DE PREÇOS DE INSUMOS E TRANSFERÊNCIA DE MELHORES PRÁTICAS

Jorge Fagundes, Marislei Nishijima, Marcos André de Mattos Lima, Maria Margarete da Rocha..... 6

O BÊ-A-BÁ DO ANTIDUMPING

João Paulo Garcia Leal¹

O título deixa claro que as considerações que seguem destinam-se aos não iniciados e são feitas sem maiores pretensões.

Em primeiro lugar, dumping não é vender um produto com preço inferior ao seu custo, prática conhecida como predação (*underselling*), que diz respeito às relações concorrenciais internas do país e que pode ser considerada ilegal por seus prejuízos à livre concorrência. Dumping é exportar um produto com preço inferior ao preço pelo qual ele é vendido para consumo no mercado interno do país exportador, o chamado valor normal.

O período usualmente considerado na investigação da existência de dumping é de doze meses. Excepcionalmente pode ser menor, mas não inferior a seis meses.

Caso o país de exportação seja uma economia de mercado, o valor normal pode ser calculado por meio de informações sobre as vendas realizadas no mercado interno do país exportador. Essas vendas devem ser constituídas por operações mercantis normais e correspondentes a pelo menos 5% das exportações para o Brasil. Transações *intercompany*, por exemplo, podem ser consideradas anormais, por não refletirem condições propriamente de mercado.

Na ausência de transações normais ou diante da baixa representatividade delas, o valor normal pode ser baseado: (i) no preço de exportação do país investigado para um terceiro país; (ii) no valor construído a partir dos custos de produção incorridos no país exportador, acrescidos de custos de administração e de comercialização, além do lucro.

Esses são os procedimentos que devem ser adotados para fins de determinação final, uma vez concluída a investigação. Dificilmente estão disponíveis informações dessa natureza para as empresas brasileiras que pleiteiam a abertura de uma investigação antidumping. Nesse caso, vale o princípio da melhor informação disponível: o valor normal pode ser estabelecido preliminarmente com base em informações divulgadas por consultorias especializadas, por exemplo.

Se o país exportador não for considerado uma economia predominantemente de mercado (a China, por exemplo), o valor normal é tomado

¹ Economista, sócio da EDAP | Edgard Pereira & Associados.

de empréstimo, digamos, de um terceiro país de economia de mercado, a partir dos procedimentos acima descritos.

A margem de dumping absoluta é a diferença entre o valor normal e o preço de exportação e também pode ser expressa em porcentagem, calculada em relação ao preço de exportação.

A investigação antidumping refere-se a um país ou a um conjunto de países, mas a margem de dumping, sempre que possível, é calculada individualmente para cada um dos exportadores do(s) país(es) investigado(s), o que depende do provimento de informações por parte destes. Não havendo a colaboração por parte dos exportadores, vale a melhor informação disponível, que, em última instância, é aquela que foi utilizada na abertura da investigação.

A existência do dumping, todavia, é uma condição necessária, mas não suficiente para que se possa aplicar um direito antidumping. Para tanto, ao final da investigação deve ter sido demonstrado não apenas que houve dumping, mas também que as exportações analisadas, e não outros fatores quaisquer, causaram dano (ou ameaça de) à indústria doméstica.

Inúmeros indícios de dano são analisados: se as exportações investigadas são significativas e se houve crescimento substancial delas, tanto em termos absolutos, quanto em relação à produção e ao consumo brasileiros; a evolução dos preços da indústria doméstica, de suas vendas, rentabilidade, ocupação da capacidade produtiva; entre outros.

O nexo de causalidade entre as exportações investigadas e o dano à indústria doméstica é averiguado mediante o cotejo de outras possíveis origens do dano, como a quantidade e o preço de outras exportações para o Brasil, mudanças no padrão de consumo interno, desempenho exportador e produtividade da indústria doméstica, entre outros.

Se constatados o dumping, o dano e o nexo causal entre eles, é aplicado o direito antidumping, que é um percentual ou um valor específico a incidir sobre o preço de exportação durante até cinco anos. O direito antidumping não pode superar a margem de dumping calculada e é recomendado, o que tem sido observado pelo governo brasileiro, que ele seja limitado ao necessário para neutralizar o dano à indústria doméstica.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A ANÁLISE ANTITRUSTE DE EFICIÊNCIAS EM CASOS DE FUSÕES: REDUÇÃO DE PREÇOS DE INSUMOS E TRANSFERÊNCIA DE MELHORES PRÁTICAS

**Jorge Fagundes, Marislei Nishijima,
Marcos André de Mattos Lima, Maria
Margarete da Rocha***

I – Introdução

Esse artigo tem como objetivo apresentar algumas reflexões sobre os critérios de aceitação de argumentos de eficiência na análise antitruste de atos de concentração. Com esse propósito, além dessa curta introdução, o artigo se divide em mais três seções. A segunda apresenta algumas observações de ordem jurídica. A terceira discute em particular eficiência na forma de redução de custos provenientes da diminuição dos preços de insumos e de transferência de melhores práticas. Segue-se uma breve conclusão.

II – Eficiências na Legislação

A legislação brasileira sobre defesa da concorrência (Lei nº 8.884/1994) refere-se explicitamente à necessidade de ausência de impactos negativos sobre os consumidores, como condição para a aprovação de atos de concentração, apesar de não haver referência explícita na Lei sobre a escolha de um padrão².

A Lei nº 8.884/1994 estabelece, no primeiro parágrafo do artigo 54, que a autoridade responsável pelas decisões finais quanto às políticas de defesa da concorrência no Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) poderá autorizar tais atos, desde que atendam às seguintes condições: “I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; II - os benefícios decorrentes (do ato) sejam distribuídos equitativamente entre seus participantes, de um lado, e os consumidores e usuários finais, de outro; III - não implique eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; e IV -

* Jorge Fagundes (Doutor pela UFRJ e sócio da Fagundes&Associados), Marislei Nishijima (Profa. Doutora da EACH-USP), Marcos André de Mattos Lima (Doutorando pela PUC/RJ e associado da Fagundes&Associados), Maria Margarete da Rocha (Doutora pela FEA/USP e associada da Fagundes&Associados)

² Excedente Total ou Excedente do Consumidor.

sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados” (art. 54, Lei 8.884/94)³.

Em outras palavras, segundo a legislação nacional sobre defesa da concorrência, uma operação que produza potenciais efeitos anticompetitivos poderá ser aprovada, a partir do atendimento das condições do parágrafo primeiro do artigo 54 da Lei 8.884/94, ou seja, da satisfação simultânea de seus incisos I, II, III e IV. Observe-se, portanto, que a lei nacional antitruste admite que atos geradores de prejuízos (desde que não substanciais) à livre concorrência ou de dominação (não substancial) de mercado relevante de bens ou serviços podem ser aprovados por meio de defesas baseadas, ainda que não exclusivamente, nas eficiências econômicas deles derivadas⁴.

De fato, o inciso I caracteriza as eficiências econômicas segundo a Lei brasileira, incorporando-as explicitamente à análise e aos critérios de decisão no campo das políticas de defesa da concorrência, conforme, inclusive, ampla jurisprudência já criada pelo CADE⁵.

Entretanto, cumpre destacar que os demais incisos são também condições necessárias à aprovação do ato, juntamente com o inciso I, não se referindo a nenhuma forma de eficiência, mas sim apresentando outros critérios a serem observados pelas autoridades responsáveis pela defesa da concorrência quando do exame e da decisão sobre a aprovação ou não dos atos previstos no caput do artigo 54.

Em particular, o inciso II estabelece, como condição à aprovação de um ato com potenciais (porém não substanciais) efeitos anticompetitivos, que os consumidores sejam por ele beneficiados, por meio do usufruto -, ainda que não integral, mas sim compartilhado com as firmas envolvidas no ato -, das eficiências (benefícios) dele decorrentes.

Portanto, tal inciso fornece a base normativa-jurídica para a incorporação de um critério distributivo às políticas de defesa da concorrência no Brasil, validando, do ponto de vista legal, o emprego de uma abordagem analítica como a do modelo de “price-standard” ou de excedente do consumidor, que exigem que as

³ A única exceção encontra-se prevista no segundo parágrafo do artigo 54, que estabelece que a operação poderá ser aprovada com o atendimento de pelo menos três dos incisos do parágrafo primeiro, caso ela seja de “interesse da economia nacional e do bem comum”, porém “desde que não implique prejuízo ao consumidor ou usuário final”.

⁴ Obviamente, a utilização das condições previstas no primeiro parágrafo do artigo 54 depende de as autoridades antitruste terem encontrado, *previamente*, indícios de que o ato a elas submetido possa produzir efeitos negativos sobre os consumidores.

⁵ Além do mais, esse inciso explicita que o progresso técnico, ou seja, as eficiências dinâmicas, devem ser avaliadas no processo de análise dos efeitos líquidos dos atos previsto no caput do artigo 54 da Lei 8.884/94 sobre a eficiência potencial de Pareto.

eficiências decorrentes de um ato de concentração, e apropriadas pelos produtores, sejam tais que, pelo menos, não reduzam o bem-estar dos consumidores, aferido pelo seu excedente.

III – Quais as reduções de custos a serem consideradas?

Neste contexto, pelo menos todas as reduções de custos variáveis, aceitas como eficiências antitruste, deveriam ser consideradas, uma vez que tais reduções podem ser repassadas aos preços. Já as reduções de custos fixos não impactam as decisões de preços no curto prazo, ainda que possam fazê-las no longo prazo.

Em linhas gerais, um amplo e detalhado estudo realizado pelo FTC (*Federal Trade Commission*) lista as fontes de eficiências consideradas em casos passados, analisados nos Estados Unidos. Estes dados são de suma importância uma vez que tal jurisdição possui uma tradição muito maior do que a brasileira no que se refere à análise de eficiências. O documento recente (fevereiro de 2009) do Federal Trade Commission (FTC)⁶ realiza análise exaustiva da análise de eficiências ao longo do período 1997-2007, englobando 186 casos que envolveram este tipo de análise.

Foram definidas doze categorias de eficiências, correspondentes aos pleitos realizados com maior frequência pelas partes. Cinco destas categorias são, geralmente, focadas em reduções de custos fixos:

- (i) Reduções de despesas de overhead;
- (ii) Racionalização de plantas ou de utilidades;
- (iii) Reduções nos gastos em P&D;
- (iv) Eficiências em marketing e publicidade;
- (v) Outros itens relacionados a custos fixos.

Há, ainda, cinco categorias relacionadas a reduções de custos variáveis, que são:

- (i) Reduções nos custos de produção;
- (ii) Reduções nos custos de distribuição;
- (iii) Economias com matérias-primas;
- (iv) Melhores práticas (*best practices*);
- (v) Outras reduções de custos variáveis.

As duas categorias restantes referem-se a:

⁶ Coate, M. e Heimert, A. (2009), Merger Efficiencies At The Federal Trade Commission 1997–2007, Bureau of Economics – FTC. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1338738>

- (i) Eficiências Dinâmicas;
- (ii) Pedidos genéricos, que não puderam ser classificados em custos fixos ou variáveis.

Na figura a seguir, estão reproduzidos os pedidos feitos pelas partes envolvidas nos casos analisados pelo *Bureau of Economics*. Dos casos selecionados, em 92, havia informações suficientes para se analisar as 12 categorias acima.

Figura I: Análise das Eficiências pelo Bureau of Economics (abril/1997 a março/2007)

	Pedidos	Sem Decisão	Aceitos		Rejeitados	
			Nº	%	Nº	%
Custos Fixos						
1) Despesas Overhead	52	33	12	63%	7	37%
2) Racionalização Plantas/Utilidades	42	30	8	67%	4	33%
3) P&D	17	8	4	44%	5	56%
4) Marketing	14	9	3	60%	2	40%
5) Outros	9	6	1	33%	2	67%
Custos Variáveis						
6) Custos de Produção	31	17	12	86%	2	14%
7) Custos de Distribuição	29	20	7	78%	2	22%
8) Matérias-primas	28	19	7	78%	2	22%
9) Best Practices	23	14	7	78%	2	22%
10) Outros	6	4	2	100%	0	0%
Outras Eficiências						
11) Eficiências Dinâmicas	49	22	21	78%	6	22%
12) Outros Itens	11	8	0	0%	3	100%
TOTAL	311	190	84	69%	37	31%

Fonte: FTC – Bureau of Economics

Note-se, portanto, que não há tipos de eficiências, dentre os 12 listados acima, que sejam sempre rejeitadas pelo FTC. É importante notar que o percentual total de aceitação (69%) é mais de duas vezes maior que o de rejeição (31%). Nota-se, ainda, que a diferença entre os percentuais de aceitação e rejeição dos pleitos são ainda maiores quando se analisa os itens relacionados apenas a *custos variáveis*

(aceitação chega a 86% e rejeição a 14%, dependendo do item⁷), como era de se esperar.

Cumpra observar que, entre os motivos para a redução dos custos variáveis pós-operação, há as sinergias obtidas com *diminuição nos preços pagos nas compras de insumos e matérias-primas*. Essas sinergias podem ser obtidas pelo aumento da escala oferecida ao um fornecedor em particular, pela transferência de tecnologia de negociação entre as Requerentes ou pela descoberta, pós-operação, do fornecedor mais eficiente. Tais ganhos pecuniários são tratados no Guia H da seguinte forma:

“73. Exclusão. Não serão considerados eficiências os ganhos pecuniários decorrentes de aumento de parcela de mercado ou de qualquer ato que represente apenas uma transferência de receitas entre agentes econômicos”

Segundo tal Guia, portanto, tais ganhos, que representam transferências entre agentes econômicos dentro de uma mesma cadeia produtiva, não deveriam ser considerados caso a abordagem fosse de excedente total. Neste sentido, apenas se estaria analisando a divisão dos lucros ao longo da cadeia. No entanto, essa conclusão é correta somente se o critério para a análise das eficiências for o do excedente total, como adotado pelo Guia H.

Ao se considerar apenas o excedente do consumidor, critério esse adotado pela jurisprudência do CADE, no entanto, este fator deve ser considerado, na medida em que a diminuição dos preços dos insumos implica reduções de preços e, portanto, ganhos para os consumidores finais.

Assim, ainda que esse tipo de eficiência implique reduções nos lucros de outras firmas, como o critério de decisão não é o excedente total e sim o dos consumidores, importa somente observar que esses agentes – cujo excedente é o único a ser considerado na decisão final - serão beneficiados pela operação de concentração.

Obviamente, a exceção a esse argumento encontra-se nos casos em que a redução dos preços dos insumos decorre do aumento do poder de monopsonio. Note-se que, mesmo nesses casos, seria necessário um balanço entre os malefícios provenientes de tal aumento e os benefícios para os consumidores finais.

Um outro aspecto fundamental diz respeito à condição de que as *eficiências sejam específicas à operação*. De fato, o Guia H estabelece:

“71. Eficiências Econômicas do ato. São consideradas eficiências econômicas das concentrações os incrementos do bem-estar econômico gerados pelo ato e que não podem ser gerados de outra forma (eficiências específicas da concentração). Não

⁷ Isso sem considerar o item “Outros”, com 100% dos pleitos analisados tendo sido aceitos.

serão consideradas eficiências específicas da concentração aquelas que podem ser alcançadas, em um período inferior a 2 (dois) anos, por meio de alternativas factíveis, que envolvem menores riscos para a concorrência.

72. Verificação. Os incrementos de eficiência são difíceis de se verificar e quantificar, em parte porque as informações necessárias se referem a eventos futuros. Em particular, incrementos de eficiência projetados, ainda que com razoável boa fé, podem não se concretizar. Por isso, serão consideradas como eficiências específicas da concentração aquelas cuja magnitude e possibilidade de ocorrência possam ser verificadas por meios razoáveis, e para as quais as causas (como) e o momento em que serão obtidas (quando) estejam razoavelmente especificados. As eficiências alegadas não serão consideradas quando forem estabelecidas vagamente, quando forem especulativas ou quando não puderem ser verificadas por meios razoáveis.”

Em particular, entendemos que a transferência de melhores práticas, na maior parte dos casos, nada mais é do que transferência de tecnologia tácita e informal, e, portanto, não comercializável no mercado. Em outras palavras, as empresas detêm uma série de conhecimentos que não são públicos e, como tal, não estão disponíveis, por exemplo, em firmas de consultoria. Tais conhecimentos, resultados de anos de experiência, podem estar na etapa de produção, distribuição, marketing e mesmo compras. Somente por meio de uma fusão seria possível sua transferência entre firmas distintas.

Assim, se existem melhorias comprovadas provocadas por transferências das melhores práticas entre as fusionadas – na verdade, transferência de tecnologia na suas diversas formas -, então não nos parece adequado simplesmente postular, sem maiores evidências, que as mesmas poderiam ser obtidas, por exemplo, por meio da contratação de empresas de consultoria especializadas. De fato, fica a questão: se fosse realmente factível, porque as fusionadas, maximizadoras de lucros, não o teriam feito antes da operação?

O exemplo também é útil para apontar para outro aspecto da avaliação das eficiências, a saber, a demonstração de que a mesma não poderia ser obtida de outra forma. Assim, nos parece que a eventual não aceitação de determinadas eficiências a partir da afirmação de que as mesmas poderiam ser alcançadas de outras formas menos danosas à concorrência em certos mercados relevantes deve ser acompanhada de criteriosa demonstração, pelo SBDC, de que tais formas são factíveis e de fato ocorreriam na ausência do ato de concentração.

IV – Conclusões

Conforme já mencionado, a análise antitruste preocupa-se, basicamente, com a eficiência. Neste sentido, o exame dos condicionantes no Brasil por meio do

Guia H para a aprovação de atos de concentração horizontal com os potenciais efeitos anticompetitivos parece apontar para a necessidade de que os mesmos:

- (i) gerem eficiências econômicas na forma de menores custos de produção e distribuição, maior qualidade dos produtos e/ou serviços; aumento dos níveis de produção e de maior grau de inovação por parte das firmas;
- (ii) que tais eficiências se traduzam em maior bem estar para os consumidores. Isto implica que o preço de equilíbrio pós-operação (devidamente ajustado às mudanças na qualidade dos produtos e serviços) não podem ser maiores do que aqueles prevalecentes antes da operação, sob pena de a mesma gerar redução do bem estar social. Este requisito legal implica que somente as eficiências associadas às reduções de custos marginais (variáveis) podem ser aceitas pelos órgãos de defesa da concorrência; e
- (iii) que as eficiências econômicas alegadas pelas requerentes: (iii.1) não possam ser alcançadas de outras formas socialmente mais desejáveis; (iii.2) não sejam apresentadas de modo vago e especulativo; e (iii.3) possam ser obtidas em um curto intervalo de tempo, posto que, caso contrário, enquanto as mesmas não são alcançadas, haveria perda de bem estar social; e (iii.4) não representem ganhos pecuniários, posto que, nestes casos, somente implicam transferências de renda ao longo da cadeia produtiva.

Em que pesem essas considerações acima apresentadas, gostaríamos de fazer algumas observações qualificadoras:

- (i) embora em nossa opinião o critério do excedente do consumidor ou *price standard* seja o mais apropriado como regra geral, acreditamos que existam exceções capazes de justificar o emprego do excedente total como critério de análise, ainda que parcialmente. As exceções possivelmente estariam ligadas aos atos de concentração: (i) ocorridos em indústrias fortemente exportadoras; e (ii) cujas empresas tenham capital aberto e pulverizado entre milhares de consumidores nacionais⁸;

⁸ Por exemplo, imagine-se um caso limite de uma fusão entre as duas únicas empresas, de capital nacional, fornecedoras de um determinado produto exclusivamente para exportação. Ora, tal fusão, embora criasse um monopólio, não somente não reduziria o excedente agregado dos consumidores nacionais (inexistente, por definição), como ainda aumentaria a renda real do País. Nesse caso, os consumidores nacionais não perderiam (somente os consumidores do resto do mundo experimentaríamos uma redução de renda real) e muitos

- (ii) a condição de que as eficiências somente podem ser aceitas caso não sejam decorrentes de transferência de renda no interior da cadeia de produção é, em alguns casos e como já mencionado, incorreta do ponto de vista econômico, em particular sob o critério do excedente do consumidor;
- (iii) transferências de tecnologia de natureza tácita e informal – *best practice* – são específicas às operações e devem ser aceitas pelo SBDC; e
- (iv) a correta preocupação do SBDC com o eventual caráter especulativo das eficiências (isto é, a exigência de que as Requerentes demonstrem como e quando as eficiências serão obtidas) deve ser estendida para o campo das formas pelas quais as mesmas eficiências poderiam ser obtidas sem o ato de concentração: o SBDC não deve usar hipóteses igualmente especulativas quanto aos meios pelos quais as eficiências poderiam ser alternativamente obtidas caso não houvesse o ato de concentração.

indivíduos teriam sua renda real elevada, sobretudo se as empresas fossem de capital aberto, com ações pulverizadas entre milhares de acionistas.