

## **A Venda Abaixo de Custo em Face das Leis Brasileiras de Proteção Concorrência**

*Publicado na Revista Forense 385 / Maio-Junho de 2006*

Por **Pedro Paulo Salles Cristofaro e Rafael de Moura Rangel Ney**

**EMENTA:** NO BRASIL, A VENDA ABAIXO DE CUSTO NÃO CONSTITUI ILÍCITO *PER SE* EM FACE DAS LEIS DE PROTEÇÃO À CONCORRÊNCIA, SEJA EM SEU ASPECTO ADMINISTRATIVO (LEI Nº 8.884/94) SEJA EM SEU ASPECTO PENAL (LEI Nº 8.137/90). EM QUALQUER CASO, A CARACTERIZAÇÃO DO ILÍCITO DEPENDE DA DEMONSTRAÇÃO DOS EFEITOS POTENCIAIS DO ATO EM UM MERCADO ESPECÍFICO.

### (i) A Disciplina Jurídica das Vendas Abaixo de Custo

#### (i.1) Os Ilícitos contra a Concorrência segundo a Lei Antitruste Brasileira

A Constituição Brasileira de 1988 adotou, como princípios e fundamentos de sua ordem econômica, a livre iniciativa e a livre concorrência (arts. 1º, inciso IV, e 170, inciso IV), e estabeleceu em seu artigo 173, parágrafo 4º, que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros”.

A Lei nº 8.884/94, que “transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências”, encontra respaldo em tal dispositivo constitucional e tem objeto bastante amplo, não se limitando a definir as condutas contrárias à ordem econômica e a estipular as penalidades aplicáveis.

A Lei nº 8.884/94 visa a dar efetividade aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, atuando, também, sobre as estruturas da economia brasileira, sobretudo na apreciação dos chamados “atos de concentração”, e organizando o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE.

Ao CADE, como autoridade administrativa responsável pela aplicação da Lei nº 8.884/94, compete, consoante o artigo 7º da Lei, dentre outras atribuições, “decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em Lei”<sup>1</sup>, “ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica”<sup>2</sup>; e apreciar os atos ou condutas sujeitos a aprovação nos termos do artigo 54 da Lei<sup>3</sup>. Ao examinar os atos subordinados ao seu crivo, o CADE pode, desde condicionar a autorização ao cumprimento de determinadas condições, até determinar o desfazimento de operações, através de “distrato, cisão da sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica”<sup>4</sup>. O CADE tem ainda o poder de, no curso dos processos administrativos, determinar a cessação de prática capaz de causar lesão ao mercado<sup>5</sup>. As decisões do CADE, cominando multa ou impondo obrigação de fazer ou não fazer, constituem título executivo extrajudicial<sup>6</sup>.

A SDE é responsável pela instauração e instrução dos processos administrativos versando sobre as condutas contrárias à ordem econômica ou sobre a aprovação dos atos de concentração, podendo adotar provisoriamente “medidas preventivas” destinadas à suspensão ou reversão de atos contrários à lei, enquanto à SEAE cabe opinar sobre os processos em curso, do ponto de vista econômico, fornecendo subsídios para a decisão final do CADE.

Ao destinar-se a preservar e tornar concretos determinados fundamentos e princípios constitucionais, a Lei nº 8.884/94 assume papel de especial relevância na ordem jurídica brasileira, amparando um interesse público, um interesse da sociedade, coletivamente considerada, que sobreleva a interesses individuais. Esse aspecto da lei está sublinhado no parágrafo único de seu artigo 1º, segundo o qual a titular dos bens jurídicos por ela protegidos é *a coletividade*. Trata-se, portanto, de lei destinada a “proteger a concorrência, não os concorrentes”<sup>7</sup>.

As condutas tidas como violadoras da ordem econômica – que constituem a matéria objeto deste estudo - são as descritas no artigo 20 da referida lei, que tem a seguinte redação:

---

<sup>1</sup> Inciso II.

<sup>2</sup> Inciso V.

<sup>3</sup> Inciso XII.

<sup>4</sup> Arts. 58 e 54, parágrafo 9º, da Lei.

<sup>5</sup> Art. 52 da Lei.

<sup>6</sup> Art. 60 da Lei.

<sup>7</sup> Trecho do voto do Conselheiro Mércio Felsky, do CADE, no exame do processo administrativo Labnew vs. Mer ck, *in* Revista do Ibrac, Vol. 8, nº 8, p. 236.

“Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II – dominar mercado relevante de bens e serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros;

IV – exercer de forma abusiva posição dominante”.

Além do artigo 20, o artigo 21 da mesma lei traz alguns exemplos de condutas que **poderão** ser ilícitas, se caracterizarem as hipóteses do artigo 20, como se vê de seu *caput*, assim redigido:

“Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, **na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20** e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica”.

Parece indiscutível que, em relação a essas condutas, a Lei brasileira adota a postura de não especificar atos que, independentemente de qualquer consideração sobre seus efeitos concretos em um certo mercado, seriam tidos como ilícitos. Em outras palavras, ao contrário do que se passa em países como os Estados Unidos ou o México, **não há, na Lei nº 8.884/94, a definição de qualquer ato ilícito *per se***. O artigo 21 exerce apenas uma função de guia sobre situações que, dependendo das circunstâncias, podem despertar especial suspeita de ilicitude. Mas, assim como podem ser ilícitos atos não relacionados no artigo 21, **nem todo ato que se enquadre no artigo 21 será contrário à lei**.

É esse o posicionamento tranqüilo da doutrina brasileira. A título de exemplo, veja-se a opinião dos seguintes juristas:

(i) Fábio Ulhôa Coelho:

“A interpretação do art. 21 não pode ser feita de maneira isolada. As condutas descritas nos vinte e quatro incisos do dispositivo não configuram, por si só, infração contra a ordem econômica. Para a caracterização do ilícito administrativo, é necessário que a conduta descrita tenha ou possa ter alguns efeitos precisamente delineados pela norma constitucional programadora da legislação antitruste (art. 173, § 4º) e reproduzidos no artigo anterior (art. 20, I, II e III).

Ou seja, haverá infração contra a ordem econômica apenas se a conduta descrita no art. 21 implicar de fato ou puder implicar em tese a eliminação da concorrência, o domínio de mercado ou o aumento arbitrário de lucros. Se a conduta em foco não produzir, mesmo potencialmente, qualquer um dos efeitos lesivos às estruturas do livre mercado não desejados pelo constituinte, não existirá ilegalidade”<sup>8</sup>.

(ii) João Bosco Leopoldino da Fonseca<sup>9</sup>:

“Poderá ocorrer uma conduta tipificada no art. 21, sem que se considere infração à ordem econômica, porque não se concretizou a hipótese prevista no art. 20”<sup>10</sup>.

(iii) José Marcelo Martins Proença:

“Os atos arrolados no art. 21 somente são considerados ilícitos se configurarem as hipóteses previstas no seu art. 20 e incisos.

Não há, portanto, ilícitos *per se* na legislação antitruste brasileira, devendo, caso a caso, ser verificada a conduta, com vistas à apuração de violação ao texto legislativo”<sup>11</sup>.

(iv) José Inácio Gonzaga Franceschini:

“As únicas infrações à ordem econômica são aquelas tipificadas no art. 20 da Lei nº 8.884, de 1994, sendo as condutas exemplificativas do art. 21 meros instrumentos à consecução daquelas”<sup>12</sup>.

(v) Carlos Eduardo Vieira de Carvalho<sup>13</sup>:

“A Lei nº 8.884 (...) manteve em seu sistema de repressão a regra da razão, de forma estrita, como se constata da leitura dos seus artigos 20 e 21.

---

<sup>8</sup> Direito Antitruste Brasileiro, São Paulo, ed. Saraiva, 1995, p. 64/65.

<sup>9</sup> Ex-conselheiro do CADE.

<sup>10</sup> Lei de Proteção da Concorrência, 2ª ed., Rio de Janeiro, ed. Forense, p. 160.

<sup>11</sup> Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência, São Paulo, ed. Saraiva, 2001, p. 64.

<sup>12</sup> Introdução ao Direito da Concorrência, São Paulo, Malheiros ed., 1996, p. 48.

<sup>13</sup> Ex-conselheiro do CADE.

Sendo assim, no processo investigatório se há de considerar, como ponto de partida, que as condutas indiciárias elencadas exemplificativamente no art. 21, citado, só serão reprimíveis se configurado o abuso, devendo, portanto, ser examinadas em um determinado contexto econômico, segundo princípios de razoabilidade”<sup>14</sup>.

(vi) Eros Roberto Grau e Paula Forgioni:

“O artigo 21 introduz uma série de exemplos de caracterização de infrações à ordem econômica, quando configurem hipótese prevista no artigo 20 e seus incisos. Isso significa que o artigo 21 da Lei nº 8.884/94, exemplificativamente, enuncia uma série de condutas que caracterizam infração à ordem econômica, desde que sua prática configure qualquer daquelas hipóteses”<sup>15</sup>.

Portanto, é no art. 20 da Lei 8.884/94 que se deve concentrar o exame da legalidade de alguma conduta, em face da ordem econômica.

O jurista norte-americano Richard Posner<sup>16</sup>, em passagem célebre e tantas vezes reproduzida, afirma que os termos fundamentais presentes na legislação antitruste dos Estados Unidos – “restringir o comércio”, “prejudicar substancialmente a concorrência”, “monopolizar” – seriam “opacos”, não permitiriam estabelecer com exatidão seus sentidos, demandando que as cortes e os juristas não apenas os “interpretassem”, mas muitas vezes buscassem suprir suas falhas. Com isso, apesar de erguido sobre textos legais, o direito antitruste americano tomou características típicas da *common law*, reservando aos precedentes judiciais papel central na formulação dos seus princípios norteadores.

No Brasil, por caminho diverso, o direito da concorrência também demanda importante trabalho interpretativo, sob pena de se tornar inócuo ou, mesmo, prejudicial ao próprio sistema econômico que visa a preservar. É que, ao invés de opacos, os termos utilizados no art. 20 da Lei nº 8.884/94 talvez sejam excessivamente translúcidos, permitindo que neles tudo caiba, o razoável e o irrazoável, o legítimo e o ilegítimo, o que prejudica e o que beneficia a economia como um todo.

---

<sup>14</sup> Apuração de Práticas Restritivas à Concorrência, *in* Revista do Ibrac, Vol. 1, n. 4, p. 27.

<sup>15</sup> Restrição à Concorrência, Autorização Legal e Seus Limites, *in* Revista do Ibrac, Vol. 6, n. 1, p. 13.

<sup>16</sup> *Antitrust Law, University of Chicago Press*, 2 ed., 2001, p. 1.

A doutrina, a jurisprudência do CADE, ainda que incipiente, e alguns atos administrativos baixados pelas autoridades integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, cuidam de dar forma ao direito antitruste brasileiro, em grande parte das vezes a partir da incorporação dos conceitos surgidos nas experiências norte-americana e européia.

Um primeiro passo seguro para a perfeita interpretação do art. 20 da Lei nº 8.884/94 é apontar qual a ordem econômica que ele visa a proteger, quais os princípios constitucionais que ele busca preservar, o que são a “livre iniciativa” e a “livre concorrência”, presentes nos textos da Lei e da Constituição.

Livre iniciativa e livre concorrência são duas faces de uma mesma moeda, distintas, mas indissociáveis, que consagram o estado liberal, fundado em um modo de produção capitalista e na economia de mercado.

Luís Roberto Barroso decompõe, do ponto de vista jurídico, os quatro elementos essenciais da livre iniciativa como princípio constitucional. Seriam eles a propriedade privada, a liberdade de empresa, a liberdade de lucro e a liberdade de contratar<sup>17</sup>. Já Miguel Reale aponta na livre iniciativa a transposição, para a vida econômica, dos princípios de liberdade individual assegurados pela Constituição<sup>18</sup>.

O conceito de livre concorrência tem para Miguel Reale caráter instrumental,

*“significando o ‘princípio econômico’ segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos de autoridade, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado”<sup>19</sup>.*

Em um modelo perfeito de concorrência, todos os agentes econômicos, na disputa pela clientela, estariam obrigados a aceitar o preço que o mercado determinasse. Isso, evidentemente, somente seria possível se (i) os bens oferecidos à venda fossem todos iguais; e (ii) os compradores e vendedores fossem tão numerosos que nenhum deles tivesse isoladamente o poder de influir no preço de mercado<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Temas de Direito Constitucional, Rio de Janeiro, ed. Renovar, 2001, p. 394.

<sup>18</sup> A Ordem Econômica na Constituição de 1988, in Aplicações da Constituição de 1988, ed. Forense, 1990, p. 14.

<sup>19</sup> Artigo citado, p. 14.

<sup>20</sup> Gregory Mankiw, Introdução à Economia, ed. Campus, 1999, p. 64.

Acontece que, salvo em mercados muito específicos, em regra não há essa identidade entre produtos e essa diluição entre compradores e vendedores que permitam uma concorrência perfeita. É normal – e inerente ao sistema - que alguns agentes econômicos – por vezes vendedores, por vezes compradores – sejam menos suscetíveis às pressões do mercado, tenham certo poder que lhes possibilite “atuar de forma *independente* e com *indiferença* à existência ou comportamento dos outros agentes”<sup>21</sup>. Diz-se, então, que tais agentes têm uma *posição dominante*.

O conceito de posição dominante está presente no art. 82 (antigo art. 86) do Tratado da União Européia, sendo sua definição clássica extraída de acórdão da Corte de Justiça Européia no caso *United Brands*:

*“a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately consumers”*<sup>22</sup>.

Paula Forgioni acrescenta:

“Sob o prisma jurídico, a afirmação dos economistas de que a posição dominante se identifica pelo poder de impor preços muito acima de seu custo marginal deve ser entendida no sentido de que a *independência* e *indiferença* do agente econômico podem manifestar-se pela possibilidade de imposição de preços acima daqueles derivados da competição”<sup>23</sup>.

Toda a interpretação do art. 20 da Lei 8.884/94 gira em torno do conceito de posição dominante. A lei, expressamente, reconhece a possibilidade de um agente econômico conquistar mercado e deter uma posição dominante, desde que ela seja alcançada em razão de “processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores”<sup>24</sup>. Aliás, é inerente aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, é próprio do modelo econômico eleito pelo constituinte, que os agentes econômicos “briguem” por posições no mercado, busquem conquistá-lo.

---

<sup>21</sup> Os Fundamentos do Antitruste, São Paulo, ed. RT, 1998 p. 268.

<sup>22</sup> *Case n. 27/76 – United Brands vs. Commission [1978] ECR 207 in The EC Law of Competition*, vários, organizado por Jonathan Faull e Ali Nikpay, Oxford University Press, 1999, p. 123.

<sup>23</sup> Obra citada, p. 269.

<sup>24</sup> Parágrafo 1º do art. 20 da Lei 8884/94.

Qualquer interpretação dos textos legais que retire dos agentes econômicos a liberdade de contratar, a liberdade de empreender, a liberdade de buscar o lucro, a liberdade de lutar por posições no mercado, será visceralmente inconstitucional. Daí a afirmação de Fábio Ulhôa Coelho no sentido de que o intérprete da legislação antitruste deve acautelar-se, para não fugir às disposições constitucionais que delimitam a aplicação das normas da Lei nº 8.884/94:

“Essa cautela deve ser observada estritamente pelo intérprete e pelo aplicador, posto que a caracterização das condutas infracionais foi feita, rigorosamente falando, não pela legislação antitruste, mas sim pela própria Constituição Federal (cf. Faria, 1990:155/161). Esta, no art. 173, § 4º, delimitou com precisão quais condutas empresariais comportam repressão pela lei ordinária. Além dos limites traçados por esse dispositivo, vigora em sua plenitude o princípio constitucional da livre iniciativa (art. 170). Não pode o legislador, sob pena de inconstitucionalidade, reprimir qualquer tipo de comportamento que não afigure abuso do poder econômico praticado com o objetivo de produzir determinados efeitos comprometedores das estruturas do livre mercado (eliminação da concorrência, lucratividade arbitrária ou domínio de mercado)”<sup>25</sup>

Assim, é sob o prisma da preservação da livre iniciativa e da livre concorrência que devem ser analisados os dispositivos do art. 20 da Lei nº 8.884/94. A livre iniciativa e a livre concorrência estarão ofendidas se as estruturas do mercado forem afetadas, se algum agente econômico for capaz de conquistar uma posição dominante, ou de nela manter-se, por motivos que não sejam relacionados à sua eficiência ou à sua produtividade; ou ainda se algum agente econômico, dotado de posição dominante, utilizar-se de seu poder em detrimento do mercado.

Fábio Ulhôa Coelho assim interpreta as diversas expressões contidas no inciso I do art. 20 da Lei nº 8.884/94:

“*Limitar* a livre concorrência ou a livre iniciativa é barrar total ou parcialmente, mediante determinadas práticas empresariais, a possibilidade de acesso de outros empreendedores à atividade produtiva em questão (...).

“*Falsear* a livre concorrência ou iniciativa significa ocultar prática restritiva, através de atos ou contratos aparentemente compatíveis com as regras de estruturação do livre mercado (...).

---

<sup>25</sup> Obra citada, p. 65



*“Prejudicar a livre concorrência ou iniciativa significa, ainda incorrer em qualquer prática empresarial lesiva às estruturas do mercado, mesmo que não limitativas ou falseadoras dessas estruturas. Trata-se de conduta difícil de se configurar em nível exemplificativo (...)”*<sup>26</sup>

Quando um agente econômico “barra total ou parcialmente” o acesso de outros empreendedores ao mercado; ou “oculta prática restritiva”; ou “lesa as estruturas do mercado”, aumenta o seu grau de independência e indiferença em relação ao mercado, aumenta o seu poder de mercado, com vistas a obter uma posição dominante. Daí porque os incisos I e II do art. 20 da Lei nº 8.884/94 são praticamente redundantes, o primeiro se focando nos atos capazes de distorcer a estrutura do mercado, e o segundo chamando atenção para o resultado negativo para o mercado (a conquista da posição dominante), em decorrência de tais atos.

Já os incisos III e IV do art. 20 tratam dos atos, nocivos ao mercado, praticados por aqueles que já detêm uma posição dominante. O inciso III, na realidade, que se refere ao aumento arbitrário de lucros, é uma espécie de abuso de posição dominante, tal qual definido no inciso IV.

O conceito de “abuso de posição dominante” foi estabelecido, com muita propriedade, pela Corte de Justiça Européia, no julgamento do caso *Hoffmann-La Roche*:

*“The concept of abuse is an objective concept relating to the behavior of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition”*<sup>27</sup>.

Já no caso *United Brands*, referido anteriormente, a Corte de Justiça Européia estabeleceu que haveria “*exploitative abuse*” quando uma empresa, dotada de posição dominante:

---

<sup>26</sup> Obra citada, p. 56 e 57

<sup>27</sup> Referido por Ritter, Braun e Rawlinson, *EEC Competition Law – A Practitioner’s Guide*, Kluwer, 1991, p. 290.

*“ma[k]e use of the opportunities arising out of its dominant position in such a way as to reap trading benefits which it would not have reaped if there had been normal and sufficiently effective competition”<sup>28</sup>.*

Auferir lucros abusivos estaria exatamente nesse caso.

Analisando-se, portanto, os dispositivos do art. 20 da Lei nº 8.884/94, pode-se afirmar que serão ilícitos os atos que (i) sejam capazes de assegurar ao agente econômico um poder sobre o mercado – uma posição dominante – que ele não teria em condições normais de concorrência e que não resulta do aumento de sua eficiência<sup>29</sup>; ou (ii) representem o abuso de poder já conquistado – abuso de posição dominante –, seja através da obtenção de lucros abusivos, seja através do seu exercício em detrimento dos demais agentes econômicos (ou dos consumidores), impedindo o desenvolvimento da concorrência nesse mercado, de sorte a manter ou aumentar a dominação existente<sup>30</sup>.

O art. 20 da Lei nº 8.884/94, portanto, – observando os preceitos constitucionais aplicáveis - **torna obrigatório o exame das condições de um mercado específico**, para que então se possa afirmar a eventual ilicitude de determinada prática. Somente à vista de um dado mercado é que se pode apreciar (i) se os agentes econômicos dispõem ou não de posição dominante; (ii) se a conduta é capaz de lhes assegurar uma posição dominante; (iii) se os meios utilizados para o alcance ou manutenção de uma posição dominante são legítimos ou não; (iv) se a existência de uma posição dominante permite ao seu detentor cobrar preços excessivos. A avaliação dos impactos anticoncorrenciais de um ato – e portanto de sua ilicitude – pressupõe, como mostra o ex-conselheiro do CADE Carlos Eduardo Vieira de Carvalho,

*“uma avaliação do mercado relevante, da participação relativa, nesse mercado, do representado e seus concorrentes e, a partir daí, da verificação dos efeitos negativos que a conduta imputada teria causado a esses concorrentes e aos seus consumidores de produtos e serviços”<sup>31</sup>.*

---

<sup>28</sup> Idem .

<sup>29</sup> Incisos I e II do art. 20 c/c parágrafo 1º do mesmo artigo.

<sup>30</sup> Incisos III e IV do art. 20.

<sup>31</sup> Artigo já citado, p. 31.

A necessidade da avaliação dos impactos – efetivos ou potenciais - de uma determinada conduta sobre o mercado relevante foi consagrada pelo CADE não apenas em decisões proferidas em casos concretos mas, especialmente, através de sua Resolução nº 20, de 09 de junho de 1999, que estabelece os critérios utilizados por aquele órgão para a apuração de eventuais ilícitos contra a ordem econômica.

Segundo tal Resolução:

“A análise de condutas anticoncorrenciais exige exame criterioso dos efeitos das diferentes condutas sobre os mercados à luz dos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94. As experiências nacional e internacional revelam a necessidade de se levar em conta o contexto específico em que cada prática ocorre e sua razoabilidade econômica (...).

(...)

As práticas restritivas horizontais consistem na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante (...), seja praticando preços predatórios. Em ambos os casos, visa de imediato ou no futuro, em conjunto ou individualmente, o aumento do poder de mercado ou a criação de condições necessárias para exercê-lo com maior facilidade.

Em geral, tais práticas pressupõem a existência ou a busca de poder de mercado sobre o mercado relevante (...).

O principal pressuposto, a ser verificado preliminarmente pela análise, é que condutas prejudiciais à concorrência, e não apenas a concorrente(s) em geral, requerem a pré-existência, a alavancagem de um mercado para outro ou a busca de posição dominante no mercado relevante por parte de quem a pratica.

Aplicando-se o princípio da razoabilidade, esses requisitos constituem condições necessárias, mas não suficientes, para considerar uma conduta prejudicial à concorrência. Para tanto é preciso avaliar seus efeitos anticompetitivos e ainda ponderá-los vis à vis seus possíveis benefícios (eficiências) compensatórios”.

É preciso que se verifique, portanto, à vista dos critérios estabelecidos pelo próprio CADE (ou seja, da análise dos impactos efetivos ou potenciais de um ato sobre um mercado concreto, em termos de manutenção ou criação de uma posição dominante por meios ilegítimos), as circunstâncias em que uma determinada conduta, ainda que referida no art. 21 da Lei nº 8.884/94, constitui ou não ilícito contra a ordem econômica.

(i.2) A Lei Brasileira Distingue “underselling” de Preço Predatório

“Vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo” é uma das vinte e quatro condutas listadas no art. 21 da Lei nº 8.884/94. Isso não significa, no entanto, conforme visto acima, que tal conduta seja por si só ilícita. Muito ao contrário, este é apenas mais um exemplo de conduta que poderá vir a ser tida como ilícita, desde que configuradas as hipóteses do art. 20 da Lei nº 8.884/94. É que afirma, expressamente, Paula Forgioni:

“os preços excessivos, assim como os abaixo do custo do produto, somente serão coibidos na medida em que determinarem a incidência de qualquer um dos incisos do art. 20 da Lei 8.884”<sup>32</sup>.

Fábio Ulhôa Coelho mostra que, no caso específico das vendas abaixo de custo, a própria redação do inciso XVIII do art. 21 da Lei nº 8.884/94 reforça, ainda mais, a necessidade de se perquirir as possíveis conseqüências da conduta para o mercado, em razão da presença da expressão “injustificadamente”:

“A expressão ‘**injustificadamente**’, constante do inciso XVIII do art. 21, deve ser entendida no contexto da disciplina constitucional da repressão ao abuso do poder econômico. **Apenas não é justificável a prática de preços abaixo do custo se esta tem o efeito, pretendido ou não, de eliminar a concorrência, dominar mercado ou aumentar os lucros de modo arbitrário** (art. 173, § 4º, da CF). Caso não existam tais situações, a fixação do preço inferior ao custo do produto ou serviço não configura infração contra a ordem econômica”<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Obra citada, p. 304.

<sup>33</sup> Obra citada, p. 81.

Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro distingue a simples comercialização de produtos a preços inferiores aos do seu custo (“*underselling*”), da prática de preços predatórios, cuja caracterização dependerá do exame dos seus reflexos potenciais no mercado.

Esse entendimento, na realidade, já estava consagrado pelo CADE mesmo antes da edição da atual Lei nº 8.884/94. No julgamento do Processo Administrativo nº 10/91, de 27/10/1993, a Conselheira Neide Teresinha Malard proferiu o seguinte voto vencedor:

“Há que se distinguir o preço abaixo do custo, praticado pelo agente econômico por razões circunstanciais, do preço abaixo do custo, de natureza predatória. É este último que interessa à concorrência, pois nefastos os seus efeitos para o mercado”<sup>34</sup>.

Já sob a égide da lei de 1994, o CADE voltou a prestigiar esse entendimento, por ocasião do julgamento do Processo Administrativo nº 08000.013002/95-97 (Labnew vs. Merck<sup>35</sup>), de que se tornará a falar mais adiante, como se vê do voto do Conselheiro Relator Mércio Felsky:

“Assim, ressalte-se a relevância da distinção entre preço predatório e *underselling*. Como se pode observar, 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)”<sup>36</sup>

“Quanto ao *underselling*, sua prática, no Brasil, pode se subsumir na Lei Antitruste. Entretanto, **o *underselling* não será, por si só, um ato punível pela norma repressora. Isto somente se efetivará se concomitantemente ocorrer a prática do preço predatório (...)**”<sup>37</sup>.

“De todo modo, é preciso deixar claro que a lei antitruste brasileira não inclui entre as condutas infrativas da ordem econômica a simples redução de preços, pelo contrário, a concorrência deve ser preservada justamente para se garantir, dentre outros fatos, preços mais baixos aos consumidores. O que a lei considera anticompetitivo, repita-se, é a adoção injustificada de preços abaixo do custo que tenha por objetivo ou efeito, ainda que não sejam alcançados, limitar ou prejudicar a livre concorrência, dominar mercado relevante de bens ou serviços, ou seja, todos aqueles previstos nos incisos do art. 20 da Lei 8.884/94”<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> Referido por José Inácio Gonzaga Franceschini, obra citada, p. 321.

<sup>35</sup> Revista do IBRAC, vol. 8, nº 8, p. 29 e seguintes.

<sup>36</sup> Revista citada, p. 232.

<sup>37</sup> Idem, p. 233.

<sup>38</sup> Idem, p. 237.

“A lei também não admite uma condenação *per se* da prática de preços abaixo do custo, de forma que a Resolução 20/99 orienta que o exame dessa prática requer avaliação detalhada das condições efetivas de custos e do comportamento dos preços ao longo do tempo, a fim de não permitir que práticas sazonais normais venham a ser consideradas abusivas”<sup>39</sup>.

Fundada nesses mesmos princípios, a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, ao editar recentemente sua Portaria nº 70, de 12 de dezembro de 2002<sup>40</sup>, na qual, com o objetivo de “proporcionar maior segurança jurídica aos agentes privados”, instituiu um “Guia para a Análise Econômica da Prática de Preços Predatórios”, foi peremptória na afirmativa:

“Conforme estipulado pela lei, **a venda de mercadoria abaixo do preço de custo não constitui uma infração**”.

Para a SEAE, tal venda somente poderia ser considerada ilícita após o exame de seus efeitos no mercado relevante.

Como caracterizar, então, a prática dos preços predatórios? Como verificar se determinada operação de venda de um produto abaixo do preço de custo é justificada ou, ao contrário, “limita ou prejudica a livre concorrência” e conduz à dominação do mercado?

### (i.3) Elementos para a Caracterização do Preço Predatório

Para a distinção entre “*underselling*” e “preço predatório”, a doutrina e a jurisprudência brasileiras também têm se valido das experiências norte-americana e européia.

Em suas considerações preliminares acerca da prática de preços predatórios, à luz do direito norte-americano, Areeda e Hovenkamp afirmam:

*“Although antitrust law it is not usually concerned with setting a limit on price competition, under certain conditions low prices may have anticompetitive effects. A firm that drives out, **excludes or disciplines rivals** by selling at nonremunerative prices is not competing on the merits but engaging in behavior that may properly be called predatory. Antitrust therefore includes a “predatory pricing” offense within the proscription of monopolization in §2 of the Sherman Act (...).*

---

<sup>39</sup> Idem, p.238.

<sup>40</sup> Publicada no Diário Oficial da União de 13/12/2002.

*In its classical form, predatory pricing involves an immediate sacrifice of profits through **unreasonably** low prices. These low prices **destroy rivals, or intimidate them** from selling at a lower price than the defendant charges. Then follows a “recoupment” period during which a defendant enjoys monopoly prices or profits. In order for predatory pricing of this variety **to be a rational strategy, recoupment gains, discounted to present value, must exceed the immediate losses from the predatory campaign.***

*Historically, treatment of predatory pricing in the cases and the literature suffered from two interrelated defects: (1) failure to delineate clearly and correctly what practices should constitute the offense, and (2) exaggerated fears that large firms would be inclined to engage in it. Further as the Supreme Court has observed, although competitors allege predation frequently, it is in fact quite uncommon. (...)”<sup>41</sup>.*

Lawrence Sullivan e Warren Grimes, por sua vez, destacam a necessidade da existência de um poder de mercado nas mãos do potencial predador:

*“Price predation, like other antitrust violations, is a **power offense**. Although definitions of price predation vary, all encompass a market participant’s use of low prices to **injure competition**. (...) price predation occurs when a market participant with **market power** uses low prices in a manner that creates allocation injuries or undermines the dynamic component of competition (**by discouraging entry or innovation**).*

*Price predation should be distinguished from competitive below cost pricing”<sup>42</sup>.*

No mesmo passo, ao discorrerem sobre a disciplina jurídica dos preços predatórios no âmbito da União Européia, C.E. Mosso e Stephen Ryan destacam:

*“Predatory pricing is a commercial strategy by which a **dominant firm** first lowers its price to a level which will **ultimately force its rivals out of the market**. When the latter have been successfully expelled, the company can raise the price again and reap the rewards. The logic is that the company chooses to incur short term losses in **an attempt to obtain long term profit gains**”<sup>43</sup>.*

---

<sup>41</sup> *Antitrust Law*, vol. III, Little, Brown and Company, 1996, p. 223.

<sup>42</sup> *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, West Group, 2000, p. 141/142.

<sup>43</sup> *The EC Law of Competition*, vários, organizado por Jonathan Faull e Ali Nikpay, Oxford University Press, 1999, p. 170.

Finalmente, Ritter, Braun e Rawlinson afirmam:

*“While it is normal competitive conduct for a firm to seek to win business and gain market share from its rivals by offering lower prices or better services, **a dominant firm** will abuse its position if it wages **a long-term, systematic price war** against **smaller competitors** for the express purpose of driving them from the market”<sup>44</sup>.*

Nas lições acima, realçamos, em negrito, alguns elementos fundamentais para distinção entre venda abaixo de custo e preço predatório:

- o preço predatório deve ser irrazoavelmente abaixo do custo;
- é condição para a caracterização do preço predatório a existência de poder de mercado suficiente para afastar concorrentes;
- para ser predatório, o preço deve ser praticado de forma sistemática e por um período de tempo suficiente para afastar os competidores;
- para que a prática de preço predatório seja racional, o predador deve compensar as perdas iniciais com ganhos posteriores.

Em relação ao primeiro dos elementos acima mencionados (a irrazoabilidade do preço praticado), entendemos que, como afirma Paula Forgioni, é possível traçar um paralelo entre a justificativa da prática do preço abaixo de custo, contida no referido inciso XXIII do art. 21 da Lei nº 8.884/94, e a *“rule of reason”* do direito norte-americano:

*“Como já vimos, o lidar com direito antitruste traz em si uma série de incertezas e indeterminações que podem, inclusive, servir ao próprio sistema. Assim, a justificativa da prática, prevista no inc. XVIII do art. 21 da Lei 8.884/94, pode ser comparada ao critério de razoabilidade colocado pelos tribunais norte-americanos (*rule of reason*). Mais uma vez, nossa lei vale-se da experiência estrangeira, positivando princípios já assentados alhures”<sup>45</sup>.*

---

<sup>44</sup> Obra citada, p. 312.

<sup>45</sup> Obra citada, p. 314.



Será irrazoável (e, portanto, injustificável) a prática de um preço inferior a o custo do produto que não estiver inserida no contexto “do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado” de que fala Miguel Reale na passagem mencionada no início deste parecer. Como mostram E.C. Mosso e Stephen Ryan:

*“A price below cost may moreover be consistent with a number of other competitively legitimate explanations such as, for example, the need to clear stocks **or to meet a competitor’s offer**”<sup>46</sup>.*

Os demais elementos destacados acima (existência de poder de mercado, prática sistemática e por certo tempo e possibilidade de recuperação das perdas) também são destacados pela doutrina brasileira. É o que se vê da lista de condições necessárias à caracterização dos preços predatórios, elaborada pelo Professor Jorge Luiz Fagundes, conforme citado pelo Conselheiro Mercio Felsky no caso *Labnew vs. Merck*:

- “(i) as empresas vítimas devem ser suficientemente pequenas e frágeis ou apresentarem custos suficientemente elevados, de forma a permitir que o predador possa discipliná-las ou retirá-las do mercado;
- (ii) a estrutura do mercado deve permitir que o predador possa prever um período durante o qual ele possa cobrar preços monopolísticos; e
- (iii) o valor presente dos lucros associados ao período durante o qual o preço será de monopólio deve superar os prejuízos presentes ligados à prática do preço predatório”<sup>47</sup>.

O mesmo se depreende da lição de Paula Forgioni:

“É bastante evidente que a prática de preços predatórios somente poderá ser atuada de forma eficaz por empresa capacitada a suportar custos elevados durante certo período, ou seja, **detentora de razoável poder econômico**. Por esse motivo, são colocados alguns requisitos para a prática dos preços predatórios. A uma, **os demais agentes econômicos que atuam no mercado relevante deverão ser suficientemente fracos** para que se possibilite sua aniquilação. A duas, o mercado relevante deve estar estruturado de tal forma que

---

<sup>46</sup> Obra citada, p. 172.

<sup>47</sup> Obra citada, p. 239.

permita ao agente econômico **prever quanto tempo** deverá praticar o preço predatório. A três, os lucros a serem obtidos com a prática deverão **compensar os prejuízos** incorridos pelo agente econômico ao sustentar o preço baixo”<sup>48</sup>.

“Se o preço abaixo do custo for praticado **em caráter esporádico** e não tiver por objeto ou por efeito a eliminação do concorrente do mercado, haverá de ser tomado como **lícito**”<sup>49</sup>.

Na mesma linha, a Conselheira do CADE Neide Teresinha Malard, no voto proferido no Processo Administrativo nº 10/91, de que se falou antes, afirmou:

“O preço predatório é prática levada a efeito por quem dispõe de poder econômico (...).

A conduta abusiva há de ter por objeto o domínio de mercado, pois essa é a razão por que o agente a pratica (...).

**Não se pode considerar predatório o preço praticado em algumas ocasiões (...), pois se exige para a sua configuração uma certa continuidade da prática. O tempo é elemento essencial para esse tipo de ilícito**”<sup>50</sup>.

Baseada nesses mesmos pressupostos, a já citada Resolução CADE nº 20, cujo propósito, repita-se, é estabelecer os critérios para a apuração de ilícitos contra a ordem econômica no Brasil, assim define “preços predatórios”:

**“Preços predatórios:** 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.

O exame desta prática requer análise detalhada das condições efetivas de custos e do comportamento dos preços ao longo do tempo, para **afastar a hipótese de práticas sazonais normais ou de outras políticas comerciais da empresa**, além da análise de comportamento estratégico, avaliando-se as condições objetivas de ganhos potencialmente extraordinários posteriores suficientemente elevados e capazes de compensar as perdas decorrentes das vendas abaixo do custo”.

---

<sup>48</sup> Obra citada, p. 314/315.

<sup>49</sup> Obra citada, p. 313.

<sup>50</sup> Referido por José Inácio Gonzaga Franceschini, obra citada, p. 321.

A SEAE, por sua vez, no aludido Guia para Análise Econômica da Prática de Preços Predatórios, entende que para a caracterização do ilícito contra a concorrência

“é necessário provar, além da venda abaixo do custo, que as condições necessárias para que essa estratégia seja lucrativa (ou seja, que no longo prazo a concorrência irá se reduzir e com isto a firma predadora terá poder de mercado) estejam presentes, a saber: participação de mercado significativa da firma predadora, elevadas barreiras à entrada, capacidade produtiva para atender o incremento da demanda no curto prazo e capacidade de financiamento devido às perdas incorridas nessa estratégia”.

O recente Portal da Concorrência, que CADE, SDE e SEAE, em conjunto, disponibilizaram na internet, a partir de 16 de junho de 2003, com o objetivo de tornar mais transparente a análise dos casos de fusões e aquisições, além das investigações sobre condutas anticompetitivas, também define “preço predatório”, do seguinte modo:

**“Preços Predatórios:** situação em que uma firma reduz o preço de venda de seu produto, incorrendo em perdas no curto prazo, objetivando eliminar rivais do mercado, ou possíveis entrantes, para, posteriormente, quando os rivais saírem do mercado, elevar os preços novamente, obtendo, assim, ganhos no longo prazo. Em muitas definições existentes na literatura microeconômica, a firma reduz o preço de seu produto abaixo de alguma medida de custo, como por exemplo, o custo marginal. Em mercados em que as firmas são idênticas (isto é, igualmente eficientes, com custos marginais parecidos), a prática de preços predatórios não é uma estratégia que deverá ser adotada, pois a "firma predatória" não terá certeza se as outras realmente sairão do mercado. Já em mercados em que as firmas não são idênticas, a mais eficiente poderá ter incentivo em abaixar preço, fixando-o entre (ou até) o custo marginal dela (mais baixo) e o das outras (mais altos), pois ela terá, no máximo, lucro zero no curto prazo, enquanto as outras, se a seguirem, poderão ter grandes prejuízos”<sup>51</sup>.

Finalmente, no julgamento do caso *Labnew vs. Merck*, já referido, o Conselheiro Relator Mércio Felsky aprofundou a análise dos requisitos necessários à configuração da prática de preços predatórios, identificando as condições estruturais que, no seu entender, seriam “necessárias mas não suficientes para que haja a possibilidade de conduta predatória”:

---

<sup>51</sup> [www.fazenda.gov.br/seae/portal](http://www.fazenda.gov.br/seae/portal).

- “(i) o mercado relevante deve ser extremamente concentrado. Preços predatórios são incompatíveis com mercados competitivos;
- (ii) o predador deve possuir posição dominante, isto é, elevado *market share*. Caso contrário não será capaz de elevar seu poder de mercado o suficiente para cobrar, pós-predação, preços de monopólio;
- (iii) o nível de barreiras à entrada deve ser alto. Caso contrário, o predador, mesmo que tenha sucesso, não poderá aumentar os preços pós-predação, posto que tal atitude atrairia novos concorrentes;
- (iv) O predador deve possuir excesso de capacidade instalada, ao contrário de seus competidores, para poder absorver as vendas de seus rivais no curto prazo que surgirá com a saída deles;
- (v) A prática de preço predatório é lucrativa somente se os ativos dos rivais expulsos forem removidos do mercado”<sup>52</sup>.

Um elemento freqüentemente mencionado pela doutrina brasileira, e pelas autoridades do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, em seus atos administrativos, para a caracterização do preço predatório é o chamado “*recoupment*”, ou seja, a possibilidade de o predador, em momento futuro, após a exclusão dos competidores, assumir uma posição dominante que lhe torne capaz de praticar preços típicos de monopólio, compensando os prejuízos experimentados no período em que vendeu por preço inferior ao de custo.

No voto que proferiu no caso *Labnew vs. Merck*, o Conselheiro Mércio Felsky assim se referiu ao “*recoupment requirement*”

“(…) a Resolução 20 recomenda também a análise do comportamento estratégico da representada, avaliando-se as condições objetivas do mercado, isto é, se há condições de ganhos potencialmente extraordinários posteriores suficientemente elevados e capazes de compensar as perdas decorrentes das vendas abaixo do custo. Este segundo passo é o chamado *recoupment requirement*, condição introduzida na análise pela Suprema Corte americana e definida como a capacidade de uma firma ter uma ‘perspectiva razoável’ ou

---

<sup>52</sup> Revista do IBRAC, vol. 8, nº 8, p. 240.

uma ‘perigosa probabilidade’ de recuperar seu investimento em preços abaixo do custo por meio de subseqüentes lucros de monopólio. Assim fazendo, o CADE segue a prática das cortes americanas – que desde o começo dos anos 80 adotaram, inteiramente, a teoria neoclássica liberal – teoria essa desenvolvida pela chamada Escola de Chicago.

*A rationale por trás do recoupment requirement é que se um predador falha em eliminar seus rivais, então ele não recuperará suas perdas. Nesse caso, não haveria nenhum dano à concorrência, e os consumidores beneficiar-se-iam dos preços abaixo do custo”<sup>53</sup>.*

A Suprema Corte norte-americana, ao apreciar o caso *A.A. Poultry Farms vs. Rose Acre Farms*, afirma:

*“Predatory prices are an investment in a future monopoly, a sacrifice of today’s profits for tomorrow’s. The investment must be recouped”<sup>54</sup>*

Areeda e Hovenkamp, analisando o caso *Brooke vs. Brown & Williamson*, detalham os requisitos identificados pela Suprema Corte dos Estados Unidos para a satisfação do “*recoupment requirement*”:

*“Monopoly recoupment requires first and foremost that the predator emerge from the predation period with a dominant, or monopoly, market share. To the extent this requires the destruction of rivals the latter can be expected to be tenacious. Such a scheme is unlikely to succeed where rivals are equally efficient and have resources comparable to the defendants’. The predation campaign is likely to be lengthy and expensive, so profitable recoupment must be larger in proportion. By contrast, once monopoly has been achieved, and assuming significant entry barriers, the monopolist can set a profit-maximizing price without excessive concern about the behavior of other firms in the market. Monopoly recoupment also requires extremely high entry barriers, or entry that takes so long that recoupment will pay off the predation investment before entry succeeds in driving prices to the competitive level”<sup>55</sup>*

---

<sup>53</sup> Obra citada p. 238.

<sup>54</sup> Citado por Areeda e Hovenkamp, obra citada, p. 283.

<sup>55</sup> Obra citada, p. 282.

A doutrina norte-americana apresenta algumas críticas à posição ortodoxa da Escola de Chicago, consagrada em alguns posicionamentos da Suprema Corte. Como dizem Sullivan e Grimmes, a dificuldade na demonstração da efetiva possibilidade de “*recoupment*” e da racionalidade da conduta predatória tornariam a prática de preços predatórios

*“as rare as a white tiger or as fanciful as a unicorn”<sup>56</sup>.*

Proseguem os autores:

*“This rhetoric is an outgrowth of the Chicago Theory, under which price predation is viewed as irrational and unlikely behaviour (...).*

*In recent cases, the Supreme Court has embraced much of this narrow view of price predation. For example, the Court has said that ‘predatory pricing schemes are rarely tried and even more rarely successful’ (..) Despite the acceptance that these orthodox Chicago positions have found in the Supreme Court, they are not consensus among theorists”<sup>57</sup>.*

Na doutrina brasileira, Calixto Salomão Filho aponta razões pelas quais se poderia encontrar “racionalidade” na aparente irracionalidade dos preços predatórios:

“Recentemente, aliás, sugeriu-se na literatura econômica que pode haver certa racionalidade por detrás da aparente irracionalidade dos preços predatórios. Três são as explicações sugeridas. 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 o faz crer poder forçar a empresa economicamente mais fraca a sair do mercado. O comportamento irracional ganha, portanto, três explicações bastante racionais”<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Obra citada, p. 144.

<sup>57</sup> Obra citada, p. 144/145.

<sup>58</sup> Direito Concorrencial, As Estruturas, São Paulo, ed. Malheiros, 1998, p. 81.

Já o CADE, no outras vezes referido caso Labnew vs. Merck, manifesta, através do voto do Conselheiro Mércio Felsky, dúvidas quanto a ser o “*recoupment*” uma condição essencial para a configuração do preço predatório:

“Deve ser mencionado que a lógica da Escola de Chicago tem recebido ataques, com conseqüências diretas no pensamento antitruste. Como procurei deixar claro, os procedimentos atuais de verificação do preço predatório contam primordialmente com as suposições comportamentais da teoria neoclássica de preços. Esse corpo de idéias constrói um modelo de comportamento empresarial em que é assumido que as partes são motivadas exclusivamente pela maximização de lucro, possuem informação perfeita, e agem calculadamente de forma racional em suas decisões. No entanto, a pesquisa moderna parece mostrar que isto pode não ser toda a verdade sobre o comportamento humano.

Afora a observação acima, é preciso ver que a recuperação das perdas nem sempre é um objetivo imediato ou de curto prazo das empresas. Além disso, parece patente que o receituário acima proposto tem como quadro de referência firmas cujas receitas dependem da linha de produção de um só produto. **Tenho minhas dúvidas se o *recoupment* seria uma condição *sine qua non* para a prática predatória** no caso de firmas multiproduto, como é, em geral, o que acontece no mundo real”<sup>59</sup>.

A nosso ver, em que pese a aparente adoção pela SEAE e pela própria Resolução nº 20 do CADE de uma visão ortodoxa do “preço predatório”, próxima à da Escola de Chicago, em que se salienta a racionalidade da conduta predatória que visa a recuperação futura das perdas sofridas, o direito brasileiro não chega a exigir, para a caracterização do ilícito, essa racionalidade.

Ao contrário, o art. 20 da Lei nº 8.884/94 é claro ao afirmar que a infração à ordem econômica pode se dar “**independentemente de culpa**”, e ainda que os efeitos adversos à concorrência não sejam alcançados.

Fábio Ulhôa Coelho comenta:

“Para se caracterizar a infração contra a ordem econômica, é irrelevante se os agentes ativos agiram ou não com culpa. A responsabilidade administrativa, segundo o previsto na lei, decorre de avaliação objetiva dos efeitos da conduta empresarial. Se a prática em consideração implica ou mesmo pode implicar certos resultados – os reputados comprometedores das estruturas do livre mercado pelo art. 173, § 4º da Constituição Federal, reproduzidos nos incisos do art. 20 – então não interessa indagar se o empresário os pretendeu ou, não os pretendendo, agiu com imprudência, negligência ou imperícia”<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> Revista citada, p. 241/242.

<sup>60</sup> Obra citada, p. 54.

Ora, se a intenção do agente é irrelevante para a configuração do ilícito, não se pode erigir a racionalidade da conduta à condição de requisito essencial para a ocorrência da infração da ordem econômica.

De todo modo, o fato de a racionalidade da conduta não ser, consoante nosso entendimento, requisito essencial para a caracterização do preço predatório, segundo a lei brasileira, não afasta a absoluta necessidade de que cada conduta específica seja analisada em seus reflexos potenciais no mercado.

Vale dizer, para que a venda abaixo do preço de custo seja predatória, e portanto ilícita, não é necessário que o agente econômico racionalmente antecipe a possibilidade de recuperação futura de suas perdas (“*recoupment*”) mas tem que ser **capaz de “comprometer as estruturas do livre mercado”**, para usar a feliz expressão de Fábio Ulhôa Coelho, assegurando a determinado agente econômico, em momento posterior, uma posição dominante que não deriva de suas eficiências, e que pode vir a lhe permitir cobrar preços mais elevados, potencialmente capazes de recompor as perdas auferidas.

Assim, entendemos ser lícita a venda abaixo do custo quando inexistirem elementos de fato, à vista do exame de aspectos concretos do mercado e da conduta, que indiquem a possibilidade de o agente econômico, independentemente de sua vontade, (i) conquistar uma posição dominante que ele não teria em condições normais de concorrência e que não resulta do aumento de sua eficiência; ou (ii) abusar de posição dominante pré-existente, seja através da obtenção de lucros abusivos, seja criando obstáculos ao desenvolvimento da concorrência nesse mercado, de sorte a manter ou aumentar a dominação existente<sup>61</sup>.

#### (i.4) Penalidades segundo a Lei nº 8.884/94

Nos termos do art. 23 da Lei nº 8.884/94, a prática de infração à ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

“I - no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;

---

<sup>61</sup> Art. 20 da Lei nº 8.884/94.



II - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador”.

Tais penalidades podem vir a ser aplicadas em dobro, em caso de reincidência.

Além disso, as seguintes penalidades podem vir a ser igualmente aplicadas, segundo o art. 24 da mesma lei:

“I - a publicação, em meia página e às expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas;

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos;

III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

- a) seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator;
- b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.”

Por fim, segundo o art. 27 da Lei nº 8.884/94, o CADE deve levar em consideração os seguintes elementos na aplicação das penas:

“I - a gravidade da infração;

II - a boa-fé do infrator;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a consumação ou não da infração;

V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;

VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

VII - a situação econômica do infrator;

VIII - a reincidência”.

É de se notar que a atuação do CADE ao aplicar tais sanções não é discricionária. Como salienta Tércio Sampaio Ferraz Jr, as decisões do CADE são *fundamentadas tecnicamente*, não expressando “um juízo de conveniência e oportunidade, mas uma vinculação a ditames legais referentes à proteção da livre iniciativa e da livre concorrência”<sup>62</sup>.

#### (i.5) Aspectos Penais do Preço Predatório

Paralelamente à Lei nº 8.884/94, que constitui o diploma fundamental do Direito Antitruste no Brasil, a Lei nº 8.137/90 define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, atribuindo conseqüências penais a certos atos nela tipificados, contrários à livre concorrência.

Dentre as condutas típicas elencadas no art. 4º da referida lei penal está a seguinte:

“Inciso VI – Vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência”.

---

<sup>62</sup> “Discricionariedade nas Decisões do CADE sobre Atos de Concentração”, in Revista do IBRAC, Vol. 4, nº. 6, p. 88.

Da redação do dispositivo legal, logo se depreende que:

- nem toda venda de mercadorias abaixo do preço de custo será um ilícito penal;
- nem mesmo toda conduta que seja considerada prática de preço predatório, conforme a Lei nº 8.884/94, será ilícita do ponto de vista penal;
- enquanto, para os fins da Lei nº 8.884/94, para que a conduta seja ilícita basta demonstrar seus possíveis e deletérios efeitos sobre o mercado, independentemente da intenção do agente, a lei criminal exige a demonstração de que o ato foi praticado com o objetivo de impedir a concorrência.

Portanto, a grande diferença – que torna a lei penal de aplicação mais restrita, se comparada à Lei nº 8.884/94 – é a exigência, na Lei nº 8.137/90, da presença de um elemento subjetivo para caracterizar o ilícito: a intenção de alterar as estruturas do mercado, em proveito próprio. A propósito, Tércio Sampaio Ferraz Jr afirma que:

“O elemento subjetivo é a vontade consciente. No suposto de que o ato ou fato de (eventual) underselling ocorra, é preciso que a concorrência seja impedida (ainda que potencialmente: criação de barreiras de entrada). (...)

(...) Nesse sentido, impedir a concorrência, enquanto ação dolosa específica, não se revela apenas no embaraçar ou estorvar seu concorrente, mas no visar àquilo que a doutrina chama de condições monopolísticas”<sup>63</sup>.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. vai além, ao indicar que o tipo penal exige que o agente tenha efetivas condições de impedir a concorrência, vale dizer, tenha poder econômico:

“A doutrina e a jurisprudência têm entendido que, para comprovar-se que houve intenção de impedir, é preciso que o agente tenha condições de fazê-lo (tenha poder econômico) e que a plausibilidade da ação se verifique pelo menos porque um concorrente deixou de concorrer (...).

---

<sup>63</sup> “*Underselling* na Lei nº 8.137/90. Considerações sobre o Tipo Penal”. Revista do Ibrac, vol. 8, nº 3, p. 145.

Ou seja, mesmo ocorrendo a pressuposta prática (*underselling*), se o agente não tem o poder econômico necessário e (condição somativa) não ocorre a retirada de ao menos um concorrente, o impedimento não se terá comprovado. E a intenção de impedir exige a possibilidade (subjéitiva e objetiva) de fazê-lo. Esta possibilidade, no sentido subjéitivo e objetivo, tem de ser demonstrada ao longo do tempo, nunca restrita a um momento e a um episódio”<sup>64</sup>.

Portanto, a nosso ver, o tipo penal exige a presença de todos os requisitos necessários à caracterização do preço predatório, segundo a Lei nº 8.884/94 e, mais, depende da demonstração da intenção do agente de impedir a concorrência em proveito próprio.

Quando típica, a conduta enseja a aplicação da pena de reclusão ao agente, de 2 a 5 anos, ou multa.

#### (ii) Análise do Caso Concreto

Foi visto no capítulo anterior que “vender mercadorias abaixo do preço de custo” não constitui, por si só, ilícito contra a ordem econômica, de qualquer espécie, administrativa ou penal.

A caracterização do ilícito dependerá, sempre, do exame dos efeitos possíveis da conduta sobre o mercado, sendo que, na esfera penal, acrescenta-se a necessidade de demonstração da intenção do agente de dominar mercado.

Do que se pode depreender da doutrina brasileira, da jurisprudência do CADE e dos atos baixados pelas autoridades do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (todos, em grande parte, influenciados pelas experiências antitruste norte-americana e européia), algumas características estruturais do mercado são consideradas essenciais para que o *underselling* seja visto como predatório:

- (1) o mercado deve ser muito concentrado;
- (2) o predador deve ter uma posição dominante;
- (3) os demais participantes do mercado devem ser frágeis o suficiente para serem atingidos pela prática predatória;
- (4) o nível de barreiras à entrada no mercado deve ser alto.

---

<sup>64</sup> Artigo citado, p. 144/145.

Além dessas características estruturais, considera-se que para ser predatório, o preço abaixo do custo deve ser praticado de forma sistemática e por um período de tempo suficiente para alterar as estruturas do mercado, afastando ou disciplinando concorrentes. Vendas eventuais abaixo do preço de custo, ainda que destinadas a alcançar os preços praticados por competidores, não seriam predatórias em si mesmas.

Levando-se em conta tais elementos (necessários mas não suficientes para a caracterização do ilícito<sup>65</sup>), não nos parece compatível com a posição da doutrina brasileira, da jurisprudência do CADE e dos atos baixados pelo próprio CADE e pela SEAE considerar ilícita a venda eventual de produtos pela IBM Brasil a preço inferior ao custo de importação.

De fato, além de, conforme nos foi exposto, a venda abaixo do custo de importação ser esporádica, e não contínua, realizada em situações específicas para atender a clientes, os elementos de fato que nos foram fornecidos indicam que:

- os diversos mercados em que inseridos os produtos IBM (com exceção apenas do mercado relativo a servidores da linha “zSeries”) seriam pouco concentrados e extremamente competitivos;
- a IBM Brasil não teria posição dominante nos mercados relevantes, observada a mesma exceção indicada acima, eis que, de modo geral, em cada linha de produtos, a IBM Brasil teria algum de seus concorrentes com *market share* equivalente ou superior ao seu;
- os principais concorrentes da IBM Brasil nos mercados relevantes seriam empresas de grande porte e, portanto, não estariam sujeitas a ser afastadas ou disciplinadas pela prática eventual de preço abaixo do custo;
- não há indicação da existência de especiais barreiras à entrada de novos competidores nos mercados relevantes.

Quanto aos produtos da linha “zSeries”, cujo mercado seria integralmente abastecido pela IBM Brasil, a questão necessitaria de um exame complementar.

---

<sup>65</sup> Expressão utilizada tanto pela Resolução CADE nº 20, quanto pelo Conselheiro Mércio Felsky no voto que proferiu no caso Labnew vs. Merck.

Naturalmente, o preço predatório, em tal caso, seria aquele que tivesse por efeito impedir a entrada de novos concorrentes no mercado ou, mesmo, disciplinar concorrentes potenciais, para que estes sequer se interessassem em explorá-lo.

Em princípio, a circunstância de o preço abaixo do custo ser praticado ocasionalmente, para atender a necessidades específicas de clientes, torna difícil a caracterização do preço predatório. Todavia, não a afasta em definitivo, pois, nesse caso, a prática eventual pode vir a ser interpretada como forma de alertar os potenciais concorrentes quanto à possibilidade de redução do preço, desestimulando investimentos neste mercado.

A caracterização do preço predatório, nesse último caso, dependerá diretamente das razões que justificam a existência de uma tal posição dominante em favor da IBM Brasil. A nosso ver, quanto maior for a influência do fator “preço” para que a IBM Brasil tenha tal força no mercado, mais facilmente se caracterizará a predação, pela venda de produtos abaixo do custo de importação. De modo reverso, se tal posição se dever essencialmente a questões outras, de natureza tecnológica, por exemplo, mais dificilmente se poderá falar em prática de preço predatório.

## CONCLUSÃO

Embora já há muitos anos o Brasil disponha de leis de proteção à concorrência, por diversos fatores que fogem ao escopo deste trabalho pode-se afirmar que a cultura antitruste ainda se encontra em formação no País.

Ainda são poucas as decisões do CADE, órgão governamental encarregado de dar efetividade à Lei nº 8.884/94, que permitam falar em uma jurisprudência consistente sobre os diversos temas que decorrem da legislação antitruste. Também são escassas as decisões judiciais sobre o assunto.

Não obstante, alguns consensos já vêm sendo estabelecidos pelo CADE e pela doutrina brasileira, a respeito dos critérios de interpretação das normas antitruste, os quais se baseiam, normalmente, nas experiências norte-americana e européia.

Dentre esses pontos de consenso, desde logo podemos destacar a inexistência, no Brasil, de ilícitos *per se*. Todo e qualquer ato, para ser contrário à livre iniciativa e à livre concorrência, para ser ilícito em face do art. 20 da Lei nº 8.884/94, deve ser avaliado dentro de seu contexto de mercado, à vista de seus reflexos potenciais sobre a estrutura do mercado em que inserido.

A venda de produtos abaixo do preço de custo não é, conseqüentemente, por si só ilícita. Não será da mera comparação entre o valor de compra e o valor de venda de um bem que se chegará à caracterização da ilicitude. Segundo os atos até o momento exarados pelo CADE e pela SEAE, administrativamente ou no curso de processos específicos, e ainda segundo a doutrina brasileira, distingue-se, no Brasil, *underselling de predatory pricing*, utilizando-se, basicamente, dos mesmos critérios consagrados pela jurisprudência internacional.

À vista dos elementos de fato que nos foram fornecidos, parece-nos que a venda eventual, pela IBM Brasil, de produtos em mercados nos quais a IBM Brasil não tem e não exerce uma posição dominante, por preço inferior ao custo de importação, não caracteriza, por si só, ilícito contra a ordem econômica, seja na esfera da Lei nº 8.884/94, seja, ainda mais, na esfera da Lei nº 8.137/90, em que se exige o ânimo de dominar mercado.

Também no mercado em que a IBM Brasil tem uma posição dominante, a simples venda eventual de produto por preço inferior ao custo de importação não caracteriza por si só ilícito contra a ordem econômica, na esfera administrativa ou na penal, salvo se, à vista das circunstâncias específicas do mercado, for possível constatar que o ato praticado pela IBM Brasil tem por efeito possível impedir ou disciplinar a concorrência naquele mercado.