

**ENQUADRAMENTO E TRATAMENTO DA PRÁTICA DE PREÇO
PREDATÓRIO NO BRASIL: CONSULTA DE REVENDA DE PRODUTOS DE
INFORMÁTICA.**

LEGAL FRAMING AND TREATMENT TO PREDATORY PRICE IN BRAZIL:
LEGAL OPINION ON THE RESALE INFORMATIC PRODUCTS

JOSÉ CARLOS VAZ E DIAS

Doutor em Direito da Propriedade Intelectual e Investimento Estrangeiro pela
Universidade de Kent –Inglaterra. Professor Adjunto em Direito da Propriedade
Intelectual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Resumo

Este artigo aborda a prática empresarial de manipulação de preço de produtos e serviços sob a concepção do direito antitruste, de forma a apontar se essa prática desestimula a entrada de novos competidores e visa eliminar a concorrência. Atenção especial será concedida à infração à ordem econômica identificada pelo inciso XV do §3º. do art. 36 da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2012, também denominada “preço predatório”. O “preço predatório” será examinado sob a concepção constitucional da livre concorrência e da proteção da justiça social e dignidade humana. Assim, será necessário identificar quais são os elementos normativos do “preço predatório” e o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial neste tipo de prática empresarial. A relevância nesta abordagem decorre da necessidade de buscar e apontar critérios mais objetivos para a definição da legalidade da prática de preço de produto/serviço abaixo do custo produção e relevar a liberdade da prática de preço, em vista do ambiente de competição no mercado brasileiro, principalmente de produtos de informática.

Palavras chaves: Preço Predatório. Livre Concorrência. Justiça Social.

Abstract

This paper analyses the business practice of manipulating price of products and services under the antitrust view and aims to point out if this practice eliminates competition and discourages the entry of new competitors in a specific market. Special attention will be granted to the violation of the economic order, as identified by Item XV of art. 36 of the Federal law 12, 529 of November 30, 2012, so-called “predatory price”. The “predatory price” will be examined under the free competition, social justice and human dignity, as provided by the Federal Constitution. Therefore, it will be examined the legal elements of the “predatory price” and the development of the case law and doctrine. The importance of this paper comes from the need to search and point out more objective criteria for the legality of the price of products/services below the product costs and highlight the freedom to exercise the prices that businessmen want, in view of existing competition in the Brazilian market, mainly those informatics products.

Key words: Predatory Price. Free Competition. Social Justice.

1. Introdução

Os preços de produtos e serviços praticados em um determinado mercado são considerados elementos de competitividade empresarial, na medida em que possuem função atrativa junto aos consumidores e discriminatória quanto à decisão em atuar em segmentos peculiares do mercado.

O empresário pode manipular assim o preço de seus produtos e serviços, colocando-os em valores compatíveis com aqueles esperados pelos consumidores e mercados que desejam conquistar. O raciocínio empresarial comum é a prática de preços mais elevados e diferenciados, se existe um interesse em atuar em setores que atendem consumidores exigentes e de alto poder aquisitivo, pois o preço praticado, a qualidade de produtos e a força da marca são elementos de atração.

Neste mesmo raciocínio, a redução substancial de preços de produtos e serviços é um mecanismo compatível com o lançamento de novas marcas, o que atrai a atenção de consumidores, ou que visa atender consumidores com menor poder aquisitivo.

Neste sentido, o preço é classificado como elemento formador da “mais valia do estabelecimento empresarial”, entendido na concepção mais moderna da Teoria da Empresa, como o conjunto de bens que são explorados pelo empresário para o exercício da empresa.

Se o aumento e/ou redução de preços de produtos são instrumentos livremente exercitados pelos empresários, em uma economia de mercado, existe uma preocupação concorrencial, por outro lado, com a redução exacerbada de preços abaixo do custo

médio dos consumidores. Em vários casos, ela objetiva eliminar a concorrência presente e a potencial (desestimula a entrada de novos competidores).

Por essa razão, a prática de preços abaixo do custo é analisada ou praticada com cautela, havendo nos dias atuais uma preocupação crescente das autoridades de repressão às práticas comerciais violadoras à concorrência com a forma de exercício da liberdade de precificação de produtos e serviços.

Mais ainda, a prática de preços abaixo do custo de produção, quando realizada de maneira injustificada, vem sendo considerada possível infração à ordem econômica nos termos do inc. XV do §3º. do art. 36 da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Essa conduta é conhecida como “preço predatório”.

A conceituação de “preço predatório” e a qualificação de seus requisitos básicos estão sendo, nos últimos 20 anos, objeto de extensa discussão pela doutrina ou pela jurisprudência brasileira. Isso tudo em vista da liberalização do mercado e a redução significativa da interferência estatal na economia brasileira, em que não existe mais o controle generalizado de preços como ocorreu consistentemente durante as décadas de 70 e 80.

Não obstante, o Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em Resolução no. 20, de 9 de junho de 1999, determinou ser indispensável uma análise extensiva da estrutura de mercado, dos fatores determinantes da produção e dos efeitos da prática de preço abaixo do custo de produção. Esta análise deve ser orientada para a determinação de critérios que auxiliem o enquadramento de políticas de preço em prática restritiva horizontal¹ e que vise a reduzir ou eliminar a concorrência no mercado.

O presente artigo objetiva determinar os requisitos normativos para a prática de “preço predatório” e os desenvolvimentos doutrinários. Como este decorreu de Parecer elaborado para uma sociedade empresária na área de produção de computadores/informática, a análise jurídica do “underselling” ou preço abaixo do custo e do “preço predatório” foram realizadas visando a verificação do enquadramento da conduta do Consulente na tipificação do inc. XV do art. 36 da Lei 12.529/2011.

A estruturação proposta para este artigo segue, de alguma forma, a racionalidade dos procedimentos administrativos instaurados junto aos órgãos da concorrência, que exigem uma análise jurídica e econômica, na apreciação de qualquer conduta empresarial.

A análise econômica será realizada de forma muito breve, em que se apontam algumas peculiaridades da estrutura de mercado do setor de produção de computadores. Isso será suficiente para verificar o impacto do “underselling” na estrutura da concorrência da Consulente. A pergunta a ser realizada é: Seria a prática da redução de preço abaixo do

¹ As práticas restritivas horizontais são entendidas como acordos entre concorrentes do mesmo mercado relevante ou condutas comerciais que afetam esses concorrentes. Elas objetivam o aumento ou a conquista do poder de mercado.

mercado, em materiais de computação e/ou informática, classificada como preço predatório?

Com isso, o quadro jurídico existente para o tratamento do “underselling” será melhor vislumbrado bem como as peculiaridades da prática de precificação e seus efeitos concorrenciais.

2. Generalidades sobre a Preservação da Livre Concorrência e Repressão às Infrações da Ordem Econômica

A inclusão da liberdade econômica a partir da Carta Magna de 1934 e sua manutenção nas constituições posteriores demonstram o papel primordial atribuído à atividade privada e ao empreendedorismo produtivo para o desenvolvimento econômico brasileiro.

A atividade comercial e industrial no Brasil que era exercida pelos comerciantes, num primeiro momento de desenvolvimento brasileiro, sob um forte contexto ideológico do liberalismo político², passou a ser influenciada por normas programáticas para a organização e planejamento econômico. Assim, a atividade produtiva submete-se ao norteamento constitucional e passa a ser explicitamente um instrumento eficaz para a satisfação das necessidades básicas dos seres humanos. Consequentemente, por meio da disponibilização e troca dos bens produzidos, ela revigora o mercado, permite a extensão dos benefícios individuais à coletividade e exercita a justiça social³.

A liberdade econômica como uma forma de satisfação das liberdades individuais e da justiça social foi mantida em todas as constituições brasileiras pós-1934, mas somente com a atual Magna Carta de 1988 tornou-se um fundamento e, consequentemente, elemento central da ordem econômica constitucional.⁴

² Durante a vigência das Constituições de 1824 e 1891, acreditava-se que a força natural do mercado sem injunções estatais seria suficiente para assegurar as necessidades básicas e sociais exigidas pela sociedade brasileira. Dessa maneira, reservava-se ao Estado a prerrogativa de guarda da ordem e do funcionamento do livre mercado. Conforme ressaltado por Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins in *“Comentários à Constituição do Brasil”* (Vol. 7. 1990. Ed. Saraiva. Págs. 3-4), as limitações das funções do Estado durante o liberalismo político e econômico foram melhor apresentadas por Adam Smith, que em 1776 listou exaustivamente os deveres do Estado, quais sejam:

- A proteção da sociedade contra a violência e a invasão privada;
- A proteção dos indivíduos contra opressão de outrem; e
- A criação de infraestrutura para o desenvolvimento econômico.

³ Constituição Federal 1988 (Atual Carta Magna):

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ...”

⁴ O legislador constituinte elegeu a “livre iniciativa” e a “valorização do trabalho” como fundamentos da ordem econômica, que sustentam a pretensão de garantir aos indivíduos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Veja Costa, Maurício de Moura em *“O Princípio Constitucional de Livre Concorrência”*. Revista do IBRAC. Vol. 5. N. 1. 1998. Pág. 8.

Sob essa perspectiva, a possibilidade de organizar-se em sociedades para a exploração econômica, o direito de lançar-se em atividades produtivas de bens e serviços por sua própria conta e risco, o oferecimento de bens e serviços ao público consumidor, a participação nos jogos concorrenciais para a conquista de clientela são compreendidas como expressões da livre iniciativa econômica e práticas fundamentais da liberdade individual.

Seguindo essa orientação, o jurista Celso Ribeiro Bastos⁵ analisa a liberdade econômica sob uma perspectiva transpessoal e interpreta amplamente essa liberdade para equipará-la à livre iniciativa individual garantida pelos direitos fundamentais do homem, como segue:

“Em segundo lugar surge a liberdade de iniciativa. Na verdade esta liberdade é uma manifestação dos direitos fundamentais e no rol daqueles devia estar incluída. De fato o homem não pode realizar-se plenamente enquanto não lhe for dado o direito de projetar-se através de uma realização transpessoal.

Vale dizer, por meio da organização de outros homens com vistas à realização de um objetivo. Aqui a liberdade de iniciativa tem conotação econômica. Equivale ao direito que todos têm de lançarem-se ao mercado de produção de bens e serviços por sua conta e risco.”

Nessa mesma linha, o jurista português Manoel Afonso Vaz⁶ confirma ter o preceito da livre iniciativa natureza de direito fundamental:

“Todavia, e no entanto, o direito à iniciativa econômica privada é, a nosso ver, ainda um direito fundamental de natureza análoga aos direitos ‘de liberdade’, quando pretenda defender um âmbito de afirmação e realização autônoma do indivíduo enquanto tal.

Sendo assim, é-lhe aplicável, por força do artigo 17º da CRP, o regime jurídico dos ‘direitos, liberdades e garantias’ expresso no artigo 18º da Constituição.”

Daí encontra-se assegurado, constitucionalmente, a possibilidade de os agentes econômicos utilizarem livremente os meios de produção (capital, trabalho e insumos) para fins de lucro, bem como exercitarem as suas influências sobre as forças da oferta e da procura, desenvolver produtos tecnológicos por meio do direito da propriedade industrial, baixar o preço de seus produtos para ampliação de clientela e participação no mercado. Segundo o dogma do liberalismo balizado nas constituições econômicas

⁵ Op. Cit. 2. Pág. 16.

⁶ Veja Manoel Afonso Vaz. “*Direito Econômico e a Ordem Econômica Portuguesa*”. Coimbra. Ed. Almedina. 1984. Págs. 86 e 87, conforme citado por Celso Ribeiro Bastos. Op. cit. 2. Págs. 16-17.

modernas⁷, permite-se o embate de forças competitivas e a consequente imposição de empresários mais eficientes sobre aquelas menos eficientes, quando realizados em bases lícitas, leais e sob os auspícios da eficiência econômica⁸.

Esse processo competitivo é designado pela doutrina antitruste como expressão da seleção natural econômica, em analogia à teoria darwinista de sobrevivência e propagação natural de variedades animais e vegetais mais adaptáveis, pois consiste na existência de diversos empresário, que buscam alcançar um mesmo alvo e estabelecem uma rivalidade comercial. Nesse domínio, é possível entender a possibilidade de uma competição extrema capaz de produzir os efeitos de exclusão mercadológica.

Por esse motivo, as normas destinadas à disciplina e manutenção da livre concorrência não podem condenar de forma genérica a eliminação de um competidor já que pode ser resultante de um produto superior ou marca renomada ou mesmo por acidente histórico, ou eficiência produtiva⁹

Desta feita, verifica-se que o próprio legislador constituinte, em pleno favor da eficiência, entendeu ser salutar para o mercado a competição, sendo certo que ela tende

⁷ A expressão “**constituição econômica**” nasceu do momento em que as constituições modernas passaram a conter dispositivos sobre a organização econômica de ordem programática, tais como i) fundamentos e princípios gerais da atividade econômica; ii) delimitação básica entre o domínio da iniciativa privada e a intervenção estatal no mercado e iii) bases jurídicas dos fatores de produção. Veja op. cit. 2. Pág. 5 a 10 e Manoel Gonçalves Ferreira Filho in “**A Constituição Econômica**”. Revista de Direito Administrativo. n. 178 (1989). Págs. 18 a 19.

Os limites da livre iniciativa e regulamentação da atividade econômica pelo Estado já foram objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que assim ensinou:

“A Constituição Federal, no seu art. 170, preceitua que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios que indica. No seu art. 174 pontifica que, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Desses dispositivos resulta claro que o Estado pode atuar como atente regulador das atividades econômicas em geral, sobretudo nas de que cuidam as empresas que atuam em um setor absolutamente estratégico, daí ser lícito estipular os preços que devem ser por elas praticados.” (Ementário STJ, n. 9/303 – MS n. 2.887-1 DF; Rel. Mi. César Asfor Rocha, 1ª Seção, unânime, Diário da Justiça, 13 dez. 1993).

⁸ **“As used by economists, economic efficiency refers to a decision or event that increases the total value of all economically measurable assets in the society or total social wealth. Recent antitrust analysis has often ignored that business conduct can increase social wealth in several ways. We achieve a considerable gain in analytic precision if we divide the concept of economic efficiency into its basic components: production efficiency, innovation efficiency and allocative efficiency. Production efficiency is achieved when goods are produced using the most cost-effective combination of productive resources available under existing technology. Innovation efficiency is achieved through the invention, development and diffusion of new products and production processes that increase social wealth. Allocative efficiency is achieved when the existing stock of goods and productive output are allocated through the price system to those buyers who value them most, in terms of willingness to pay or willingness to forego other consumption.”** Citado por Joseph F. Brodly. “**The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress**”. New York University Law Review. November (1987). Pág. 1021.

Eficiência deve ser entendida, no âmbito do direito da concorrência, sob um conceito econômico, mas tendo como objetivo o fundamento preconizado pela lei constitucional: a dignidade humana e social.

⁹ Ver *United States v. Grinnel Corp.*, 384 U.S. 563 (1966).

a reduzir os custos produtivos e, consequentemente, os preços para os consumidores. Isso é que se extrai do §4º do art. 173 da CF que investiu o Estado dos poderes de repressão às práticas empresariais específicas caracterizadas como **“abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”**.

Nesse mesmo sentido dispõe o §1º do art. 36 da Lei 12.529/2011, como segue:

§1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.”¹⁰

Isso significa, mais uma vez, que o aumento da clientela dos empresários e o crescimento mercadológico de uma sociedade empresária não são vedados pela ordem econômica e leis concorrenciais (mesmo quando em detrimento de competidores), mas tão somente os comportamentos nocivos que impliquem alteração da estrutura concorrencial de um mercado, que levem o exercício de posição dominante de forma abusiva e o aumento arbitrário de lucros¹¹.

Cumprе salientar, aliás, que as regras incidentes à concorrência somente passaram a ser cogitadas a partir do momento que as condutas comerciais para a “conquista de clientela” foram acompanhadas de embustes, de práticas desleais com o fito de eliminar a concorrência e reduzir o livre arbítrio dos consumidores na escolha dos produtos e serviços. Ou seja, quando a concorrência ficou sem freios.

Acrescenta-se o posicionamento uníssono do CADE sobre a verificação da estruturação mercadológica e outros indicativos econômicos e legais, para a efetiva constatação de infração, nas palavras da ex-Conselheira Neide Terezinha Malard, que

“Diga-se, porém, que o princípio da livre concorrência não conduz à antijuridicidade do poder econômico. O sistema adotado pelo texto constitucional não é o da per se condemnation, mas o da regra da razão¹², o que vale dizer que o poder econômico só pode ser reprimido

¹⁰ Esse parágrafo afasta eventuais confusões decorrentes do inciso II do art. 36 da Lei 12.529/2011 que caracteriza como infração à ordem econômica os atos que visem a dominação de mercado relevante de bens e serviços. Pela leitura do referido inciso, entende-se que dominar um determinado mercado não é por si só um abuso do poder econômico, mas sim o abuso dessa dominação e os consequentes efeitos negativos na concorrência.

¹¹ **“We have seen that the basic merits of competition lie in its contribution to economic efficiency (optimum allocation of productive resources) and dispersion of power. Competition resulting in the elimination of firms because they are less efficient serves on of the functions assigned to it.”** Veja Fritz Machlup. **“The Political Economy of Monopoly, Business, Labor and Government Policies”**. Baltimore. The Johns Hopkins Press. 1952. Pág. 102.

¹² A **Regra da Razão** pode ser entendida como um padrão de incidência da lei, por meio da análise dos fatos envolvendo uma conduta comercial para detectar os seus efeitos pró-competitivos ou anti-concorrenciais. Ela aproxima o texto da lei às peculiaridades econômicas, sendo, portanto, de importância

quando orientado à dominação do mercado ou quando atua de forma lesiva à concorrência.” (Voto da Conselheira Relatora Neide Terezinha Malard, no Processo Administrativo n. 31, j. 6-10-1993 (Fiat x Transauto).

Do exame conjugado da livre iniciativa e livre concorrência à luz da Constituição Federal 1988, pode-se chegar à conclusão válida que o livre arbítrio da Consulente e de todas as sociedades empresárias em manipular o preço de seus produtos/serviços em busca da clientela e do lucro, inclusive estipular o preço abaixo do seu custo, constitui prática lícita, justificada e comumente adotada no mundo empresarial.

Antes de atender aos aspectos relacionados à manipulação de preços pelos empresários e ao chamado “preço predatório”, torna-se imperioso abordar a base constitucional do direito antitruste, em face da linha tênue situada em zona cinzenta entre o exercício normal e lícito das atividades empresariais e aquelas consideradas contrárias à competição.

3. Bases Constitucionais para a Licidade de Práticas Empresarias e Repressão às Infrações da Ordem Econômica

Sob os auspícios da liberdade econômica e da necessidade de competição para **“assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”**, o texto do §4º do art. 173 da Constituição Federal de 1988 determinou a criação de instrumentos para reprimir o abuso do poder econômico que objetiva a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. Para tanto, foi editada a Lei 8.884, em 11 de junho de 1994, e posteriormente a Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, sendo que ambas estabeleceram os mecanismos de prevenção e repressão às infrações da ordem econômica.

Tratando-se de uma lei de implementação dos objetivos do direito da concorrência, determinou-se pela Lei 12.529/2011 num primeiro passo quais seriam as práticas empresariais consideradas contrárias ao pleno exercício da livre iniciativa e, conseqüentemente, sujeitas à repressão da lei antitruste.

Seguindo o critério europeu, o art. 36 da referida Lei 12.529/2011 especificou os requisitos para a formação dos atos anti-concorrenciais em vista da caracterização do ilícito pelo objeto do ato e efeitos que produz¹³. Nessa perspectiva, todos os atos

indiscutível. Acredita-se que a Regra da Razão foi divulgada pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos, a partir da decisão *Standard Oil Co. v. United States*. (*Standard Oil Co. v. United States* 221 U.S. 1 (1911)).

¹³A influência europeia do ilícito seguir os efeitos que produz, em conjunção da Regra da Boa Razão do Direito Norte-Americano, está expressa em diversas decisões do CADE, dentre elas a seguinte:

empresariais sob qualquer forma manifestados podem ser classificados como condutas lícitas e adotadas em um mercado de competição, desde que não concorram para os seguintes fins: i) limitação, falseamento ou prejuízo, sob qualquer forma, da livre concorrência ou livre iniciativa; ii) o domínio de mercado relevante de bens ou serviços; iii) o aumento arbitrário de lucros e iv) o exercício abusivo de posição dominante. Entende-se para esse propósito que o ilícito concorrencial é constatado quando da ocorrência de um dos efeitos listados pela lei, não havendo assim concorrência de efeitos.

Além disso, foram enumeradas no §3º. do art. 36 da Lei 12.529/2011 (anteriormente especificadas no art. 21 da Lei 8.884/94) algumas condutas exemplificativas e casuísticas por serem comportamentos considerados de alto potencial efeito de causar dano à concorrência. Essa seleção de condutas foi realizada com base no processo de observação do impacto nas relações de concorrência e de consumo.

Dentre os efeitos genéricos de infração da ordem econômica, o abuso de posição dominante é o mais importante para o exame do “underselling”, em vista do fato de os “preços predatórios” serem classificados como práticas restritivas horizontais, que tem como pressuposto a existência ou busca de poder de mercado sobre mercado relevante. Cuidaremos assim da expressão “abuso de poder econômico”, para que subsequentemente sejam examinados os elementos normativos e intrínsecos da pretendida conduta do “underselling” e dos requisitos caracterizadores da prática comercial de preço predatório.

A caracterização de posição dominante decorre essencialmente da potencialidade do agente econômico em restringir a concorrência em um determinado mercado relevante, bem como do grau de independência do agente em praticar condutas que o colocam em condições de agir sem consideração aos concorrentes, fornecedores ou distribuidores¹⁴.

“A recusa de venda, por si só, não pode ser considerada uma infração, devendo-se em obediência ao princípio da razoabilidade, exercer uma análise circunstanciada caso a caso, o que demanda um exercício investigatório, assim como o conhecimento do mercado em questão. (...)”

A jurisprudência brasileira formada com o julgamento da AP n. 19/88 e ratificada mais recentemente no PA n. 42/92 admite a recusa de venda desde que não configurada a tentativa de dominação do mercado ou eliminação da concorrência, haja vista que se faz necessário considerar razoabilidade da conduta do agente econômico do ponto de vista de sua estratégia comercial.” Voto da ex-Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva. Processo Administrativo n. 36/92k, de 18 de agosto de 1999. *Murilo Régis Dantas X Cervejaria Reunidas Skol Caracu*. In DOU de 9/9/1999. Seção I, Pág. 3.

¹⁴ Posição dominante é o grau de controle *“que permite à empresa (ou empresas) nessa situação assumir um comportamento globalmente independente, definir autonomamente a estratégia, a prosseguir no mercado.”*. Pensamento doutrinário de Antonio Carlos Gonçalves *et al* in *“Direito Econômico”*. Coimbra. Almedina. 1995. 24ª ed., citado em parecer de Miguel Reale e Miguel Reale Júnior, publicado na Revista do IBRAC vol. 8. n. 7 (2001). O poder de mercado é determinado basicamente pelos tribunais americanos da seguinte forma: *“The logical interpretation of the Court’s language is that market power is a measure of a firm’s ability to raise prices above competitive levels, without incurring a loss in sales that more than outweighs the benefits of the higher price”* in Thomas E. Sullivan e Jeffrey L. Harrison. *“Understanding Antitrust and its Economic Implications”*. 2nd. ed. New York. Mathew Bender. 1994. Pág. 124

A independência observada do agente é compreendida como dependência aos participantes da competição no mercado relevante.

Essa posição privilegiada de independência e o domínio de mercado podem ser mensuradas por 2 (dois) pressupostos básicos, especificados pelo §2º. do art. 36 da Lei 12.529/2011, sendo um de caráter concreto e outro abstrato. O primeiro diz respeito à capacidade de um empresário alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado. Esse critério será verificado na prática por meio da aferição do poder do empresário em modificar os comportamentos no mercado. Isso significa que a posição dominante será averiguada pela capacidade de transformar a concorrência em um jogo previamente estabelecido, artificial e com efeitos negativos na concorrência e nos consumidores, independentemente de deter 2% ou 40% de um mercado relevante¹⁵. Não obstante, as chances de imposições de decisões aumentam na proporção da participação no mercado de um agente econômico.

Tal assertiva é confirmada pelo conceito etimológico da palavra “controle” no direito da concorrência, que é importada do francês “*Côntroler*” e influenciada pelo inglês “*to control*”. Ela tem o significado de “predominar” (sobre algo ou alguém com adoção de condutas excludentes) e de “poder de dirigir atividades sociais e/ou o funcionamento da empresa”¹⁶. Ela pode ser expressada pelas atividades de controle de preços (aumento ou diminuição), restrição da produção, eliminação da concorrente por meio de acordos verticais ou horizontais.

Daí a justa posição do CADE sobre domínio de mercado relevante:

“O domínio de mercado deve ser entendido como um poder de agir. No aspecto ativo, esse poder confere à empresa dominante a capacidade de influir sobre as outras empresas do mercado; no aspecto passivo, a empresa dominante não se deixa influenciar pelo comportamento das demais participantes do mercado. Dominar é, pois, poder adotar um comportamento independente das concorrentes, tornando-se apta para controlar o preço, a produção ou a distribuição de bens ou serviços de uma parte significativa do mercado, excluindo, assim, a concorrência.” (Voto da ex-Conselheira relatora Neide Terezinha Malard)¹⁷

O pressuposto abstrato utilizado pela inteligência do referido §2º. do art. 36 é intuitivo, pois acredita ser presumido um controle do agente econômico quando a participação de

¹⁵ No caráter concreto, inexistente presunção de poder de mercado e naturalmente a verificação *in loco* da capacidade de alteração da estrutura do mercado pelo agente econômico ou empresário será relevada. Ver Roberto Domingos Taufick. “*Nova Lei Antitruste Brasileira*”. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2012. Págs. 183 e 184.

¹⁶ “**Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia**”. Ed. Martins Fontes. São Paulo. 1999. Definição adotada pelo CADE em Resolução n. 15, de 19 de agosto de 1998.

¹⁷ Processo Administrativo n. 31 envolvendo a *Fiat x. Transauto*. Julgamento em 6 de outubro de 1993. Publicado na Revista do IBRAC. v. 2. n. 1. 1995. Pág. 84.

mercado relevante alcança a proporção de 20% ou mais, para determinar uma posição dominante do agente econômico, senão vejamos:

“§2º. Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.”

O termo “presumida”, no contexto de participação de 20% ou mais do mercado relevante, deve ser compreendido como fomentador ou potencializador e não concretizador, para buscar a alteração da estrutura concorrencial do mercado que o agente participa.

O poder de mercado ocorre, nesse sentido, por força de presunções que conduzem à existência de controle, não havendo requisitos expressos para designar essa dominação. Essas injunções somente adquirem sentido quando verificado *in concreto* esse poder de influenciar e quando constatada a probabilidade significativa de restrição da concorrência. Aliás, outro critério não poderia ser, pois a vedação observada pela lei constitucional é aquela atentatória contra a competição do mercado e seus efeitos no consumo, e não contra concorrentes específicos do agente.

Em vista da abrangência do assunto, o CADE procurou estabelecer parâmetros para análise de práticas restritivas e determinação do poder de mercado. Dentre eles estão: i) ‘market share’ que acarrete posição dominante; ii) operacional e comercial do agente e seus concorrentes; iii) facilidade de acesso a fornecedores ou clientes; iv) barreiras à entrada de novos competidores; v) aferição do grau de rivalidade (concorrência estratégica e tecnológica); vi) vantagens tecnológicas e estrutura da empresa, dentre outros¹⁸

Nessa sistemática, quaisquer atos incluindo os acordos de concentração empresarial que impliquem incidência de um ou de todos dos efeitos especificados no art. 36 da Lei 12.529/2011 (mesmo que não estejam elencados nos incisos do §3º. do referido artigo) e que fique demonstrada a posição dominante do agente, são considerados contrários à ordem econômica baseada na livre iniciativa e manutenção da concorrência.

Um comportamento anti-concorrencial não pode ainda se restringir àqueles atos em que o elemento intencional do ato – o dolo – fique demonstrado, ou seja, a comprovação na intenção de eliminar a concorrência, dominar mercado ou aumentar arbitrariamente os lucros.¹⁹ Torna-se indispensável verificar a possibilidade da conduta de um agente

¹⁸ Resolução n. 20 do CADE, de 9 de junho de 1999. Veja também Paula A Forgioni. “*Os Fundamentos do Antitruste*”. 5ª. ed. Revista dos Tribunais. 2012. Págs. 256 a 285.

¹⁹ Conforme retratado por Maurício de Moura Costa in “*O Princípio Constitucional de Livre Concorrência*”. op. cit. 6. Págs. 17 a 27, a exigência do dolo para a caracterização abusiva do poder econômico decorre de interpretação restritiva do texto constitucional previsto no §3 do art. 173 da CF.

econômico em afetar a estrutura concorrencial de um mercado relevante e dos efeitos potenciais da prática especificados pelos incisos do art. 36 da Lei 12.529/2011. Daí a necessidade de análise efetiva dos indicadores do desempenho do agente econômico e do seu mercado, incluindo (a) as peculiaridades de sua estruturação econômica, (b) os fatores determinantes da produção, (c) as práticas dos agentes observadas no curso da concorrência (ex. imposição de preços muito acima dos custos marginais, capacidade ociosa mantida por tempo significativo e irrazoável), bem como (d) a **confirmação da existência dos elementos normativos da conduta alegada como infrativa**, quando especificados em lei, ou os elementos objetivos, conforme exigência econômica.

4. **A Livre Fixação de Preços e o Art. 20 da Lei 12.529/2011**

Ponto inequívoco entre juristas e economistas é o entendimento de que em uma economia de mercado, os preços constituem elementos indispensáveis para a competitividade empresarial e maximização de lucro.

Sabendo-se, ainda, da importância de que os preços têm na competição e a conquista da clientela, um grande número de agentes utilizam estratégias pragmáticas e direcionadas de precificação, que podem elevar ou diminuir substancialmente os preços dos produtos, mesmo em níveis inferiores ao preço de custo na produção²⁰. Essas estratégias vêm em complemento à ordem natural da precificação baseada nos parâmetros do equilíbrio de forças entre a oferta e a procura (Teoria dos Preços – Lei da Oferta e da Procura), em consideração ao custo de produção (margem sobre os custos diretos unitários) e à margem desejada de lucro.

Ao tratarem da fixação de preços de sociedades empresárias, os autores norte-americanos Thompson e Formby²¹ especificaram uma série de justificativas e estratégias comumente adotadas por essas sociedades para a determinação de preços em

Conforme essa interpretação, a intenção de ou o objetivo do comportamento abusivo deve estar claramente caracterizado, independentemente de esse comportamento alcançar o resultado de eliminar a concorrência, dominar mercado ou aumentar arbitrariamente os lucros. No entanto, essa interpretação restritiva retira uma gama de práticas empresariais do escopo da lei antitruste. Por isso, a noção de abuso do poder econômico deve ser compreendida sob uma óptica maior - interpretação dinâmica - qual seja os efeitos da conduta de mercado, qual seja o falseamento da concorrência e os prejuízos incorridos pelos consumidores decorrentes da restrição. Werter Faria em **“Constituição Econômica, Liberdade de Iniciativa e Concorrência”**. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre. 1993. Pág. 105. Obra citada por Maurício de Moura Costa, op.cit. 6 pág. 21.

²⁰ A literatura sobre precificação de produtos é assunto de grande debate acadêmico e, consequentemente, imensa. Entre os estudos mais interessantes na esfera da economia estão R.L. Hall e Charles J. Hitch. **“Price Theory and Business Behaviour”**. Oxford Economic Papers. Vol. 2 (Maio de 1939) e A D.H. Kaplan et al **“Pricing in Big Business”**. Washington D.C. The Brookings Institution. 1958.

²¹ 21 As estratégias pragmáticas de fixação de preços listadas por Thompson e Formby são as seguintes i) Política de Preços para Penetrar em Novos Mercados; ii) Preços para Sondar o Mercado; iii) Preços que Embutem Margem de Lucro Negativa; iv) Fixação de Preços com o Objetivo de Obter um Retorno Rápido Sobre os Investimentos; v) Formação de Preços com Base na Média Prevalente no Mercado; vi) Formação de Preços com o Objetivo de Obter um Contrato de Fornecimento e vii) Preços Ímpares. Veja Arthur A Thompson, Jr. & John P. Formby. **“Economics of the Firm Theory and Practice”**. Traduzido por José Luis Oreiro. Prentice-Hall do Brasil. 1998. Págs. 262-263.

seus produtos. Dentre elas, e no que interessa ao presente parecer, devem-se especificar os seguintes modelos:

1) Política de Preços para Penetrar em Novos Mercados – Para a penetração em mercados não antes explorados pelos empresários, adota-se uma política de preços relativamente mais baixa devido à necessidade de chamar a atenção dos consumidores para o seu produto e construção de clientela. Outra razão para um preço menor seria a garantia de adequada penetração e o desestímulo na entrada de novos participantes ou no desenvolvimento de produtos substitutos. Nesse caso específico, os preços podem ser entendidos como vetores que orientam as decisões de investimentos, direcionando-os para áreas aonde os produtos são escassos ou com perspectiva de lucratividade.

Um preço menor é também adotado como uma estratégia competitiva ou psicológica de atacar concorrentes, para o fim de assegurar ou conquistar clientela. Uma vez alcançado o objetivo proposto, o empresário pode adotar uma política de preço compatível com o nível da produção e demanda do mercado ou mesmo acima desse nível, para o propósito de recuperação de investimentos.

Preços acima daqueles praticados pelo mercado podem ser adotados caso o empresário deseje transmitir aos consumidores que os seus produtos são de alta qualidade e atendem nichos de consumidores ou determinadas classes.

2) Preços Que Embutem Margem de Lucro Negativa – Essa é a clara política de fixação do preço de produtos ao nível de custo ou mesmo inferior a ele. Entende-se que o objetivo mediato é o aumento futuro de vendas e a atração de novos clientes ou a reação a situações esporádicas, sendo que a temporalidade e as razões dessa política influenciam a atuação da concorrência e a caracterização como prática predatória.

3) Fixação de Preços com o Objetivo de Obter um Retorno Rápido Sobre os Investimentos – Normalmente utilizado pelos empresários para obtenção de um rápido retorno de investimento incorrido na fabricação e lançamento do produto no mercado. Isso significa a adoção de um alto ou baixo preço do produto, sempre dependente de fatores mercadológicos, tais como barreiras à entrada de novos concorrentes, sensibilidade dos compradores, confirmação de o mercado ser ou não desenvolvido etc.

Os empresários podem ser forçados a adotarem estratégias de formação de preço, independentemente das forças de oferta e demanda, quando elas tiverem pouco caixa ou o mercado tenha alterado significativamente que não justifique um plantio paciente e de longo prazo para conquista de clientes.

Como pode ser observado, a possibilidade de estabelecer preços inferiores àqueles praticados por competidores para produtos semelhantes ou similares decorre normalmente da eficiência da empresa e interesse em buscar novos mercados e reagir aos movimentos da concorrência e situações esporádicas econômicas ou do mercado. Dessa forma, as estratégias retro mencionadas são consideradas comuns no meio

empresarial e tidas como lícitas pelo direito econômico, na medida em que são ações agressivas dos agentes econômicos para atração de clientela.

Nesse ponto surge o fenômeno relevante para a disciplina da concorrência. Quando o êxito de um empreendedor no mercado decorre da eficiência ou da capacidade de melhor exercer os jogos da concorrência e do consumo, incluindo a implementação de estratégias de precificação e valorização da marca, exsurge um resultado positivo para a coletividade. Com tal êxito, todos os empresários passam a receber estímulos constantes para aperfeiçoar a sua capacidade competitiva. O consumidor converte-se em destinatário final dos benefícios da regularidade desse processo.

Por outro lado, as estratégias de precificação podem entrar em conflito com as regras da concorrência, a partir do momento que os preços são utilizados para modificar a estruturação concorrencial de um mercado relevante, seja adotando preços demasiadamente elevados ou excessivamente baixos que conduza necessariamente às seguintes consequências: (i) criação de barreiras à entrada de concorrentes menores; (ii) redução da capacidade produtiva do agente em detrimento aos consumidores e (iii) atenuação da concorrência no mercado, dentre outras.

Por essa razão que o §3º. do art. 36 da Lei 12.529/2011 elenca como condutas infrativas algumas estratégias de precificação, que reflete a preocupação do ordenamento jurídico com a influência do “preço de mercadorias” sobre o grau de competição e as relações de consumo. Aliás, o Decreto-Lei 869, de 18 de novembro de 1938, já destacava a manipulação injustificada de preço como ilícitos criminais contrários à “economia popular”, quais sejam: a “venda de mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência”, a “elevação ou baixa injustificada de preços” e a “fixação de preço de revenda”.

Cumprе salientar, desde já, que a diferença básica de tratamento concedido aos “preços” pelo Decreto-Lei 869/38 e pela Lei 8.884/94 consiste que a economia popular e a livre distribuição de mercadorias ao consumo popular eram os bens jurídicos tutelados em si mesmos, enquanto nessa protege-se a ordem econômica instituída pela Carta Magna de 1988.²²

Dentre as condutas infrativas de precificação está “**vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo**”, especificada no inc. XV do §3º. do art. 36 da Lei 12.529/2011. Há de se ressaltar, desde já, a imprecisão e lacunas do texto do referido item XV, pois “vender abaixo do preço de custo” é considerada prática normal no comércio e integra o rol das estratégias empresariais para determinação da produção e competição.

²² Isso posto, entende-se ter havido uma evolução da matéria no tocante às condutas horizontais de preço (inclusive preço predatório), pois não há mais o interesse direto de se proteger o poder aquisitivo da população ou proteger a sociedade contra a exploração industrial. Existe sim o interesse em assegurar a estrutura de competição de um mercado relevante de forma a promover os estímulos necessários para o aprimoramento técnico de produtos/serviços. Nos Estados Unidos, as decisões dos tribunais, incluindo a Suprema Corte, referente ao preço predatório evoluíram de uma conceituação restrita de proteger as empresas competidoras, principalmente aquelas de pequeno porte, para uma atenção à estrutura de mercado. Veja Daniel J. Gifford. “**Predatory Pricing Analysis in the Supreme Court**”. The Antitrust Bulletin/Summer. 1994. Págs. 431 a 432.

Aliás, o problema resultante do enquadramento do “underselling” como infração decorre da existência de inúmeras circunstâncias empresariais que justificam a precificação abaixo do custo, o que, conseqüentemente, torna extremamente difícil determinar com um elevando grau de segurança os casos cuja queda de preços representaria interesses contrários à concorrência.

Essa dificuldade é também observada pelas autoridades antitruste do Federal Trade Commission (FTC) e tribunais norte-americanos. No entanto, pela larga experiência, bem como o desenvolvimento sobre a matéria, esse órgão e, principalmente, os tribunais têm conseguido traçar alguns parâmetros para o enquadramento do “underselling” como prática anti-competitiva.²³

Dentro de certos parâmetros traçados, pode-se dizer que já existem, inclusive, condutas presumidamente lícitas por serem expressão de política comercial agressiva ou de reação à competição. Dentre elas estão i) a disponibilização grátis de ‘web browser’ ou outros materiais de software para provedores de acesso à internet ou a entrega para os provedores de graciosidades por cada cliente que eles obtêm;²⁴ ii) o induzimento de consumidores com um preço baixo mas não abaixo do custo do contrato e posterior tentativa da venda de ‘upgrades’ com uma margem maior de lucro;²⁵ iii) a cobrança racional de produtos ou serviços no nível ou abaixo do custo, simplesmente porque os seus custos e, conseqüentemente, os preços, estão abaixo dos custos de uma empresa rival;²⁶ iv) a cobrança de preços baixos mas não abaixo do custo de produção e cobrança de preços abaixo de determinado competidor²⁷, dentre outros.

5. A Tipificação do Preço Predatório – Elementos Jurídicos

Por conseguinte, não se pode proibir a venda com perda nem a venda com preços inferiores aos níveis menores que o custo total ou variável de produção, mesmo quando o agente econômico falhe em demonstrar uma racionalidade econômica da conduta. A vedação nesse caso ocorreria quando verificado o efeito de predação da concorrência.

Um método eficaz para a constatação da conduta de preço predatório, principalmente do ponto de vista legal, é o exame dos elementos normativos da conduta prevista no inc. XV do §3º. do art. 36 da Lei 12.529/2011. Para alcançar o verdadeiro escopo da proibição legal, esses elementos normativos do tipo devem ser examinados em

²³ Aliás, entende-se que os tribunais norte-americanos vêm atuando com sucesso quando utilizam esquemas pré-estabelecidos de análise de casos envolvendo aspectos antitrustes, pela complexidade das situações de operação e mercado e de políticas governamentais econômicas.

²⁴ *United States v. Microsoft Corp.* 253 F. 3d 34, 68 (D.C. Cir.).

²⁵ *Taylor Publ’g v. Jostens*, 216 F.3d. 465, 476-77 (5th Cir. 2000).

²⁶ *Tri-State Rubbish, Inc. v. Waste Mgmt., Inc.* 998 F2d 1073, 1080 (1st Cir. 1993).

²⁷ *Monahan’s Marine, Inc. v. Boston Whaler, Inc.* 866 F.2d 525, 527 (1st. Circ. 1989) e *Phototron Corp. V. Eastman Kodak Co.*, 842 F.2d 95, 99 (5th Cir.).

consonância com os incisos I a IV do referido art. 36 e com as peculiaridades do mercado relevante e da concorrência em que cada prática ocorre.

Os parâmetros econômicos especificados na Portaria no. 70, emitida pela SEAE 12 de dezembro de 2002²⁸, o desenvolvimento da matéria nos Estados Unidos já incorporado em nossa doutrina também pode contribuir para uma melhor compreensão da conduta e os seus efeitos.

Como não poderia deixar de ser, os casos decididos no CADE são relevantes para determinar os parâmetros utilizados pelas autoridades governamentais no exame das condutas de preço de venda abaixo do custo de produção bem como o desenvolvimento da matéria, já que os tribunais não vêm sendo largamente utilizados para o tratamento da matéria antitruste.

Salienta-se, desde já, que a tipificação de atos no direito antitruste, principalmente aqueles listados no § 3º. do art. 36 da Lei 12.529/2011 se diferencia daquela do direito penal, pela exigência de conjunção da característica normativa do ato aos efeitos que irradia no campo da concorrência e consumo, independentemente da intenção do agente.

Os elementos normativos intrínsecos da “venda injustificada de produto por preço abaixo do custo”, ou conhecido como “preço predatório” e as formulações legais presentes no inc. XV do §3º. do art. 36 são os seguintes:

1) Preço de Venda ou de Prestação de Serviço Abaixo do Seu Custo: Tenha-se em conta, inicialmente, que a base material da conduta é a **venda** de produto **abaixo do preço de custo**, que, por precisão no campo da economia, deve ser entendida como preço de venda abaixo do seu custo.

Mencione-se desde já que o entendimento de **venda** ou **prestação de serviço**, no contexto do inc. XV do §3º. do art. 36, inclui a “oferta” e/ou o “anúncio” do preço do produto ou do serviço oferecido.

Mesmo sendo a oferta uma fase anterior, ela integra o processo de venda que envolve a disponibilização do produto no mercado e a consequente aquisição do produto pelo consumidor. Além disso, a perturbação concorrencial pode ocorrer, no caso específico de “preço predatório”, quando constatada a potencialidade de perda de mercado pelos concorrentes com o desestímulo na continuidade de operação no mercado relevante ou

²⁸ Portaria no. 70, de 12 de Dezembro de 2002 (Publicada no Diário Oficial da União no. 241, de 13/12/2002. Seção I. Págs. 138 a 139).

“O Secretário de Acompanhamento, no uso das atribuições que lhe conferem os arts. 10, inciso II, “b” e 27 do Anexo I do Decreto n. 4.430, de 18 de outubro de 2002, e tendo em vista o disposto nos arts. 20, 21, inciso XVIII, e 38 da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, e considerando a necessidade de serem estabelecidos princípios para a sistematização e o aprofundamento da análise de condutas anti-competitivas, de forma a proporcionar maior segurança jurídica aos agentes privados, bem como transparência e celeridade às análises realizadas pela Secretaria, resolve:

Art 1º. Expedir o GUIA PARA ANÁLISE ECONÔMICA DA PRÁTICA DE PREÇOS PREDATÓRIOS, anexo a esta Portaria.”

impedimento psicológico efetivo à entrada de novos agentes mormente observada pela divulgação dos novos preços.

Em vista da peculiaridade que envolve a **venda** ou **prestação de serviço** abaixo do custo de produção ou disponibilização, torna-se necessário especificar o critério de mensuração dos custos dos produtos envolvidos. Seguindo os parâmetros do **GUIA PARA ANÁLISE ECONÔMICA DA PRÁTICA DE PREÇOS PREDATÓRIOS**, emitido pela SEAE, o custo médio total e o custo variável médio serão sempre considerados para alcançar o custo efetivo de produção que, uma vez comparado com os preços praticados, determinará se o “underselling” será um exercício de predação. Essa decisão decorre dos critérios econômicos desenvolvidos por Areeda e Turner²⁹ e largamente utilizados pelos tribunais americanos, segundo o qual preços iguais ou acima do custo marginal de produção (posteriormente alterado pelos tribunais como “média de custo variável”) não possuem a capacidade de causar dano aos rivais e, conseqüentemente, restringir a concorrência.

Por esses parâmetros acima especificados, deve-se entender por custos médios variáveis aqueles referentes à mão-de-obra, materiais, energia e gastos promocionais e outros que variam com a produção. Por exemplo, o aumento de produção necessariamente acarreta o acréscimo no consumo de insumos, energia elétrica e de mão-de-obra. Os custos fixos são aqueles associados ao investimento em capital físico, maquinário e demais ativos (custos fixos), tais como amortização de empréstimos para pagar os equipamentos. O custo médio total será a soma do custo variável médio e do custo fixo médio. Para analisar a legalidade de uma conduta de “underselling”, é recomendável uma análise comparativa entre a variação do preço, custo variável médio e custo médio total.

Como pode ser observado, o processo de comparação entre preço e custo adotado pelos órgãos da concorrência brasileira está dentro dos parâmetros razoáveis e comumente utilizados pelos tribunais norte-americanos para verificação da prática de “preços predatório”, como segue:

“If defendant’s price were above average total cost then there is no predatory pricing and thus no circumstantial evidence of predatory intent... If a defendant’s prices were below average total cost and above short run marginal cost, then there is circumstantial evidence of predatory intent. An inference of predatory intent, however, may not rest solely on prices of this nature. To withstand judgment as a matter of law, a plaintiff must have other evidence, either objective or subjective, of predatory intent. The closer a defendant’s price is to average total cost, the strongest this other

²⁹ Veja Phillip Areeda & Donald F. Turner. *“Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act”*. 88 Harvard Law Review 697 (1975).

evidence must be for the plaintiff still to avoid summary judgment.”³⁰

Nessa mesma perspectiva, não seria errado adotar a seguinte assertiva formulada pela FTC, na relação preço e custo do produto, para distinguir a prática de preços predatórios daquelas entendidas como lícitas pelo direito antitruste:³¹

**“(1) Venda de produtos pelo preço igual ou excedente à média do custo variável constitui presunção robusta e normalmente conclusiva de legalidade...
(2) Venda de produtos pelo preço abaixo da média do custo variável por um período significativo deve ser inegavelmente presumida como anti-competitiva... [e]
(3) Venda de produtos pelo preço igual ou excedente à média do custo total deve ser conclusiva e presumidamente legítima.”
(tradução livre)**

Outrossim e **mais uma vez**, nada vale as alegações de predação de preços se não ficar confirmada a posição dominante do agente, que pode se caracterizada presumidamente pelo controle de 20% do mercado relevante ou concreta, por alguns critérios indicativos, quais sejam: (i) a estrutura e grau de desenvolvimento do mercado; (ii) a constatação de ausência de concorrência potencial no mercado relevante, por meio de fortes barreiras à entrada de novos concorrentes; (iii) grau de dependência que os fornecedores, distribuidores e consumidores mantêm em relação ao produto e (iv) poderio econômico de empresa, principalmente em relação aos seus concorrentes, inclusive capacidade produtiva e (v) poderio econômico dos concorrentes; dentre outros.

Nesse contexto de capacidade produtiva do agente, é essencial para a conduta de preços predatórios que o empresário possua capacidade produtiva suficiente para atender ao incremento da demanda esperado para a redução dos preços. A verificação de capacidade ociosa ou, ou outro lado, a impossibilidade de expansão produtiva pelo

³⁰ *McGahee v. Northern Propane Gas Co.* 858 F.2d 1487 (11th Cir. 1988), cert. denied 490 US 1084 (1989). Entendimento semelhante foi adotado no caso *Barry Wright Corp. v. ITT Grinnel Corp.*, 724 F.2d 227 (1st. Circ. 1983):

“In sum, we believe that such above-cost price cuts are typically sustainable; [and] that they are normally desirable (particularly in concentrated industries)... for these reasons, we believe that a precedent allowing this type of attack on prices that exceed both incremental and average [total] costs would more likely interfere with the procompetitive aims of the antitrust laws than further them.” Mencionado no livro *Antitrust Law Developments (Fifth)* Vol. I. American Bar Association. Pág. 263.

³¹ 104 F.T.C. 280 (1984). Observe que o uso da palavra presumidamente nas três hipóteses acima mencionadas revela a prevalência do Princípio da Razoabilidade (regra da boa razão – análise concreta das condições mercadológicas) e a flexibilidade na análise das práticas comerciais.

A presunção de ilegalidade de preços praticados abaixo do custo médio variável, por um período significativo de tempo, pode ser afastada, conforme entendimento do FTC, quando demonstrado que as vendas envolviam produtos obsoletos, perecíveis ou outros de rápida deterioração, quando os produtos em um período introdutório foram desenhados para induzir prova ou quando objetivem evitar a perda de reputação e lealdade do consumidor, cujos custos seriam altos caso essas empresas foram fechadas e reabertas. Compilado do texto publicado pela *Antitrust Law Developments (Fifth)*.

agente são elementos de estrutura de mercado para a caracterização ou não de preço predatório.³²

No caso específico da representação da BELGO BRASILEIRA S/A contra a MARKET PRODUTOS SIDERÚRGICOS E NOVO HORIZONTE SIDERURGIA S.A, por alegações de prática de preços predatórios nos termos da revogada Lei 8.158/91,³³ os Conselheiros decidiram pelo arquivamento da representação, pela inexistência de capacidade produtiva da representada.

Conforme as explicações do Relator do Caso, o Conselheiro Paulo Dyrceu:

“Tratou-se, nos autos desta Representação, da investigação de fatos que não competia aos órgãos de defesa da concorrência apurar, não se verificando, *prima facie*, a existência de quaisquer possíveis indícios de infração prevista nos artigos 3 da Lei n. 8.158/91 ou no artigo 20 da Lei n. 8.884/94, como assinalado, aliás, no Parecer da CGTAJ de fls. 211/14 e no despacho do Inspetor Chefe da SDE, propondo o arquivamento.

A Rpte. admite deter 55% das vendas no mercado do produto relevante e se preocupava mais seriamente com a concorrência das importações a preços declinantes e com reduzida proteção tarifária, não indicando que prejuízos incorrera devido à alegada ação predatória da Rptda. Essa última, por sua vez, sem capacidade de produção própria e mera arrendatária de massa falida de outra empresa cuja participação anterior no mercado se desconhece, não apresentava os atributos mínimos de uma competidora capaz de ameaçar a posição dominante da Rpte., tendendo a retirar-se do ramo de atividade industrial em questão, uma vez esgotados os estoques que vinha colocando no mercado, a preços aviltados, como, efetivamente, a própria Rpte. informa haver incorrido.”

Em complemento, o CADE confirmou ser imprescindível o poder de mercado e a capacidade produtiva da empresa predadora, no julgamento do Ato de Concentração White Martins S.A. e Unigases Comercial Ltda., quando foi analisado a extensão do

³² Conforme o GUIA PARA ANÁLISE ECONÔMICA DA PRÁTICA DE PREÇOS PREDATÓRIOS, a averiguação da capacidade de financiamento da empresa predadora integra os elementos que demonstra o seu poder econômico. A relação existente com a capacidade de financiamento decorre da eventual necessidade de investimento para cobrir os prejuízos esperados pela manutenção de preço abaixo de custo ou mesmo para uma eventual ampliação produtiva.

³³ Representação no. 121/93. *Belgo Brasileira S.A x Market Produtos Siderúrgicos e Novo Horizonte Siderurgia S.A.* Decisão do CADE de 18 de março de 1998.

poder de monopólio da White Martins no mercado de CO₂ para o mercado de gases do ar e a eventual prática de preços predatórios:³⁴

“A existência de uma base comum de clientes não é fundamental para a prática de preços predatórios, mediante subsídios cruzados. Para que o mesmo possa ocorrer basta que a firma atue em mais de um mercado e exerça posição dominante em uma de suas áreas de atuação. A hipótese de preços predatórios é inerente à própria existência do conglomerado ou da empresa multiprodutora. O monopólio em um mercado é condição suficiente, para que se supõe n mercado onde o produtor é monopolista, a demanda da empresa é a própria demanda do mercado e, na ausência de substitutos próximos, o cliente continuará a comprar o produto da empresa ao preço de monopólio, independentemente se o mesmo é comprador de outro produto. Se não for monopolista e, tendo por hipótese que os clientes dispõem de todas as informações sobre os preços dos concorrentes, qualquer elevação de preço resultaria em imediata perda de marketshare.

2) Venda Injustificada: Importada do direito penal, a palavra “justificada” é comumente utilizada no direito como causa de exclusão de antijuridicidade (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito) e em sentido lato é motivo fundamentado em lei, convenção, costumes (fato justo) ou princípio geral do direito que pode desfazer imputação alegada a alguém ou trazer uma legitimidade para aquilo que é feito ou que vai deixar de fazer.³⁵

No direito econômico, o referido termo é compreendido como conformação de um ato jurídico às “normas da cultura”, que são aquelas práticas normais e aceitas no mundo empresarial e/ou esperadas pelos agentes que competem por clientela, valendo a pena ressaltar as seguintes hipóteses: (i) necessidade de desova imediata de produtos para evitar perecimento ou para garantia da qualidade dos produtos; (ii) adoção de preços promocionais; (iii) eliminação de estoques para lançamento de novos produtos ou (iv) precificação abaixo do custo de produção visando assegurar uma lucratividade para o empresário com sérias dificuldades financeiras.

Nessa concepção, indaga-se se seria “injustificável” a adoção do “underselling” como alternativa viável para penetração em novos mercados ou para captar fatia de mercado, ou mesmo praticar o “underselling” como uma reação do mercado e às necessidades de sobrevivência em uma ambiente concorrencial. Não seriam essas práticas consideradas aceitáveis no mundo empresarial, que fazem parte das estratégias de competição em um mercado de concorrência?

O atrelamento ao conceito de “**justificativa**”, “**justificadamente**” ou “**injustificadamente**” à moralidade comercial - termo mutável, temporário e

³⁴ Ato de Concentração no. 78/96. Requerentes: White Martins S/A e Unigases Comercial Ltda. Relator Conselheiro Mércio Felsky. Data de Julgamento: 1º setembro de 1999. Pág. 106 a 107.

³⁵ De Plácido e Silva. “Vocabulário Jurídico”. 18ª ed. Ed. Forense. 2001.

influenciável às condições políticas, concorrenciais e mercadológicas - confirma a discricionariedade das autoridades antitruste e dos juízes em analisar situações fáticas³⁶, estrutura do mercado envolvido e a possibilidade de eliminação da concorrência.

Aliás, isso é o que se infere da decisão do CADE, em Averiguação Preliminar n. 08012.006836/98-13, como segue:

“É fato inconteste que a YAMAHA reduziu o preço de seus produtos, mas não o fez injustificadamente como o demonstrou a prova colhida na instrução. Ao transformar sua organização de vendas de uma distribuidora em uma importadora direta, conseguiu reduzir o custo de seus produtos. Os quadros comparativos de preços de fls. 109-183 deixam evidente que a alteração da condição da representada trouxe redução dos custos, o que lhe possibilitou maior competição no mercado...”

Por último não se pode afirmar que teria havido qualquer infringência ao disposto no artigo 20 da Lei 8.884/94. Pelo contrário, o que os autos evidenciam é que houve maior competição. Se melhores os produtos da representada, se menor o preço de venda, maior o estímulo das demais empresas para concorrer no mercado.

A maior eficiência econômica, resultante da alteração na forma de oferta do produto pela representada, teve como consequência um incremento na competitividade no mercado, nos termos do disposto no §1º, artigo 20 da Lei 8.884/94.”

3. Temporalidade da Conduta e Recuperação de Custos: Percebe-se, ainda, que a referida decisão do CADE (Averiguação Preliminar n. 08012006836/08-13) acentuou dois elementos intrínsecos e indispensáveis para a caracterização de “preço predatório”, que não foram mencionados no inc. XVIII do art. 21 da revogada Lei 8.884/94 e no item XV do §3º. Do art. 36 da Lei 12.529/2011, quais sejam:

“Não é o caso de nos alongarmos para estudar as condições sobre as quais se verificam as hipóteses de preços predatórios, venda abaixo do custo, lapso de tempo suficientemente longo para eliminar os concorrentes, e tempo adequadamente apto para que a empresa predadora recupere os prejuízos suportados durante o período em que vendeu com preços abaixo do custo médio.”

³⁶ Todavia, consoante a lição do Prof. Paulo Magalhães da Costa Coelho, cabe notar que “ao exercer-se a faculdade discricionária, com liberdade de opção de inteligência, o ato emanado jamais poderá ofender os princípios constitucionais”. In “Controle Jurisdicional da Administração Pública”. São Paulo. Ed. Saraiva. 2002. Pág. 120

O primeiro elemento refere-se à compatibilidade entre o lapso temporal de exercício do “underselling” e a possibilidade deste afetar ou eliminar a concorrência, pois se presume que esse exercício deve ocorrer por um período suficientemente longo e capaz de expulsar os rivais e/ou impedir a entrada de novos concorrentes. O lapso de tempo insuficiente para o efeito proposto tem efeitos pró-competitivos, na medida em que preserva a estrutura de mercado e presenteia o consumidor com preços menores. Pode significar, também, hipótese de práticas sazonais normais ou reações comerciais momentâneas devido aos estímulos de concorrentes e dos efeitos de política econômica (retração ou inflação).

Em complemento, as características do mercado relevante, os competidores e a verificação da capacidade produtiva e financeira do empresário que pratica o “underselling” devem ser levadas em consideração no momento da estipulação do período de adoção do preço de venda do produto abaixo do seu custo. A eficácia do resultado proposto decorre da capacidade produtiva do empresário em suportar a redução por período maior que seus concorrentes.

Nesse jogo estratégico, presume-se que o período proposto do “underselling” não esteja claramente visualizado para os concorrentes, nem se ele é sustentável pelo agente predador.³⁷ A sua previsão levaria os concorrentes a adotarem estratégias de resistência comercial, seja por meio de uma eventual redução da produção ou por meio do encerramento temporário das atividades (férias coletivas) até o retorno do preço para níveis de lucratividade, ou mesmo a assinatura de contratos de fornecimento de longo prazo e com preços pré-determinados.

O segundo elemento intrínseco à característica de preço predatório é a probabilidade de recuperação futura das perdas incorridas durante o período de exercício do preço de venda abaixo do custo. Esse elemento é justificável na medida em que uma política de venda de preços com margem de custo negativo pode sacrificar a lucratividade, caso sejam **necessariamente** atendidos objetivos de longo prazo, tais como o crescimento nas vendas e o aumento de preços³⁸. Assim, dispõem os juízes da Suprema Corte Norte-Americana, no caso *Brooke Group Ltd. V. Brown & Williamson Tobacco Corp*)³⁹, como seguem:

“The second prerequisite to holding a competitor liable under the antitrust laws for charging low prices is a demonstration that the competitor had a reasonable prospect [in a primary line Robinson-Patman case], or, under §2 of the Sherman Act, a dangerous probability, of recouping its investment in below-cost prices...

³⁷ Veja Tércio Sampaio Ferraz Junior. “*Underselling*” na Lei no. 8.137/90. *Considerações Sobre o Tipo Penal*.” Revista do IBRAC. Vol. 8. N. 3. (2001). Pág. 140.

³⁸ Mesmo a recuperação sendo fator importante para a tomada de decisão do empresário para a prática do preço predatório, pois ocorre a perda de curto prazo para buscar uma recuperação da perda e lucratividade futura, a União Europeia não parece reconhecer a necessidade de futura recuperação do investimento. O argumento da União Europeia reside no fato do impacto da prática, que muitas vezes desorganiza o mercado de forma a substituir empresários por outros com idoneidade questionável. Taufick, op. Cit. 15. Pág. 232.

³⁹ 38 509 U.S. 209 (1993).

Recoupment is the ultimate object of an unlawful predatory pricing scheme; it is the means by which a predator profits from predation. Without it, predatory pricing produces lower aggregate prices in the market, and consumer welfare is enhanced. Although unsuccessful predatory pricing encourage some inefficient substitution toward the product being sold at less than its cost, unsuccessful predation is in general a boon to consumers."

Ponto relevante na determinação da recuperação dos custos é a verificação de obstáculos à entrada de novos concorrentes no mercado relevante, pois a recuperação fica comprometida quando a elevação dos preços estimula a entrada de novas sociedades empresárias competidoras no mercado, o que subtrairia as maiores vendas no futuro e comprometeria a lucratividade em um montante desejado.

Outra condição relevante para viabilizar a recuperação de custos durante o período de redução dos preços é a constatação de produtos que possam substituir aquele vendido pelo preço abaixo do custo de produção. A importância desse item decorre da expectativa de crescimento das vendas e lucratividade a curto e médio prazo, quando da recuperação dos prejuízos incorridos pela prática de preços reduzidos.

A substituição de produtos pode ocorrer por meio da comercialização de produtos com a mesma funcionalidade ou mesmo aqueles produtos que, mediante pequenas modificações de outros fabricantes, cumprem os requisitos técnicos exigidos para os produtos e concorram com os produtos predados.

O entendimento geral é no sentido de inexistir predação de preços quando confirmada uma alta probabilidade de substituição desses produtos, que venham a afetar significativamente a recuperação dos custos incorridos durante a depressão dos preços.

Assim, a racionalidade da conduta em aumentar os lucros, seja por maiores vendas do produto ou o aumento significativo dos preços, exige a presença de fortes barreiras de entradas de concorrentes no mercado relevante. Para tanto, será necessário verificar a estrutura de competição do mercado bem como as seguintes condições: (i) economia de escala; (ii) requerimento de capital mínimo para a entrada (produção e distribuição); (iii) tarifas e quotas existentes para os produtos; (iv) acesso tecnológico (patentes); (v) acesso a matéria-prima; (vi) lealdade do consumidor à marca, dentre outros.⁴⁰

Conforme o GUIA PARA ANÁLISE ECONÔMICA DA PRÁTICA DE PREÇOS PREDATÓRIOS⁴¹, uma entrada de novos rivais é considerada fácil em um mercado quando for tempestiva e provável. A tempestividade acontece quando ocorrer dentro de um prazo aproximado de 2 (dois) anos. A probabilidade de entrada, por seu lado, é constatada quando for lucrativa e viável, sendo que nesse caso específico os possíveis

⁴⁰ Resolução no. 20, emitida pelo CADE em 9 de junho de 1999.

⁴¹ **PORTARIA Nº 70, DE 12 DE DEZEMBRO DE 2002** (Publicada no Diário Oficial da União no 241, de 13/12/2002, Seção 1, págs. 138 a 139)

competidores avaliarão os seus custos e os preços que prevalecerão no mercado quando de suas participações, em vista da grande possibilidade dessa entrada deprimir os preços em relação aos níveis anteriores à entrada. Essa assertiva tem como premissa básica o nível esperado de lucratividade por parte dos novos participantes, que se presume superior aos investimentos a serem incorridos com a produção e a comercialização nesse novo mercado.

A recuperação dos custos vem sendo colocada como elemento primordial e inicial para a constatação da prática de preço predatório, nos tribunais americanos, principalmente para evitar as análises complexas sobre preços abaixo de custo e a intenção de eliminar a competição.⁴²

“It is much easier to determine from the structure of the market that recoupment is improbable than it is to find the cost a particular producer experiences in the short, middle, or long run (whichever proves pertinent). Market structure offers a way to cut the inquiry off at the pass, to avoid the imponderable questions that have made antitrust cases among the most drawn-out and expensive types of litigation. Only if market structure makes recoupment feasible need a court inquire into the relation between price and cost.”

6. Da Subsunção dos Elementos Jurídicos do Preço Predatório à Questão da Consulente Sub Examinem e Pontos Conclusivos

Ao cabo do exposto, podemos extrair as seguintes proposições acerca do conceito de preços predatórios à luz do direito antitruste a serem transportadas para a questão sob exame:

1. O preço predatório é uma das condutas mais difíceis e complexas de verificação, em vista da linha tênue que separa **“a venda de produto abaixo do preço de custo de produção”** (“underselling”) e a **“venda de produto abaixo do preço de custo de produção visando eliminar a concorrência”** (preços predatórios). Ressalta-se que a promoção de preços reduzidos, principalmente abaixo da lucratividade ou dos custos de produção, é considerada estratégia de precificação pragmática comumente adotada no mundo empresarial, sendo assim salutar consequência da eficiência econômica de uma empresa. A complexidade da matéria decorre da relação ambígua e da calculabilidade questionável entre preços e custos.⁴³

⁴² 41 A.A. *Poultry Farms v. Rose Acre Farms* 881 f.2d 1396 (7th Cir. 1989), cert. denied, 494 US. 1019 (1990). Mencionado no livro **“Antitrust Law Developments (Fifth)”**. Vol. I. Pág. 268.

⁴³ Processo Administrativo no. 08000.013002/95-97 entre *Labnew Indústria e Comércio Ltda. e Merck S.A. Indústrias Químicas e MB Bioquímica Ltda.*. Data de Julgamento: 30 de maio de 2001.

Nesse caso específico, o CADE concluiu pelo arquivamento do processo administrativo, em vista dos preços de venda do produto fornecido pela Merck estarem acima dos preços de internação dos produtos (considerados como os custos variáveis dos produtos).

Por ser intrínseca à atividade empresarial e indispensável à própria competitividade, a livre fixação de preço de produtos é entendida como expressão da livre iniciativa e norteadas pela “livre concorrência”, nos termos da doutrina que entende ser a liberdade econômica um direito transpessoal.

2. Destarte, para não cercear um direito intrínseco à natureza humana de “aventurar-se economicamente”, o que violaria conceitos constitucionais, torna-se necessário analisar as condições concretas de condutas empresariais em vista da estrutura de concorrência e do mercado relevante, de seus efeitos e dos elementos jurídicos da tipificação.

3. As regras gerais para identificar as práticas predatórias daquelas baseada em mérito empresarial podem ser basicamente compiladas da seguinte forma:⁴⁴

a) Posição Dominante do Agente Econômico – Engloba a verificação do mercado relevante, capacidade instalada e poder operacional do agente e de seus concorrentes;

b) Análise das Condições Estruturais do Mercado – Engloba a verificação do mercado relevante, estrutura da oferta, barreiras à entrada e dependência dos consumidores e/ou fornecedores, substitutibilidade do produto predado;

c) Elementos Normativos – Engloba a comparação preço/custo de venda e a temporariedade da conduta, a existência de justificativa para a conduta, possibilidade de recuperação dos investimentos e os possíveis efeitos no mercado e na concorrência;

4. Dito isso, pode-se inferir que a estratégia comercial de prática de preços de revenda de produtos de informática com valores inferiores ao custo de importação, a ser adotada por 1 ou mais empresários do ramo, não se enquadra na sua totalidade aos elementos normativos, intrínsecos e aos efeitos anti-concorrenciais vislumbrados pelo Item XV do §3º. Do art. 36 da Lei 12.529/2011, senão vejamos:

• Posição Dominante da Consulente – Observa-se que mesmo a Consulente tendo mais de 20%, existe uma equivalência de forças entre os concorrentes, sendo que em alguns casos a variação de participação não ultrapassa a porcentagem de 10% entre os principais rivais.

⁴⁴ Mesmo nos Estados Unidos, aonde os preços predatórios vêm sendo examinados desde o início do século XX, os tribunais ainda são vacilantes em aplicar uma regra única. Esse foi o caso *Memorex Corp. v. IBM* aonde os tribunais rejeitaram os argumentos da IBM que preços somente poderiam ser predatórios quando estivessem abaixo da média do custo variável ou custo marginal. O elemento determinante da prática de preços predatórios, nesse caso específico, foi a possibilidade de ganhos futuros pelo empresário dominante, por meio da eliminação da concorrência. *Memorex Corp. v. IBM*, 458 F. Supp. 423 (N.D. Cal. 1978) mencionado no artigo “**A Confused Lawyer’s Guide to the Predatory Pricing Literature**”. George A. Hay. Págs. 175 a 179. Esse artigo é parte do livro de Stephen C. Salop in “**Strategy, Predation and antitrust Analysis**”. Págs. 155-202 (Washington D.C. Federal Trade Commission, 1981).

A equivalência de forças seguida das constantes mudanças de participação nos diferentes mercados relevantes, visto que produtos de computação possuem diferenciações técnicas e públicos peculiares, demonstra a inexistência de posição dominante por parte da Consulente, por serem reduzidas as chances de essa atentar contra a estrutura concorrencial existente, excluir concorrentes, impor preços excessivos ao consumidor ou mesmo reduzir a oferta, por meio da redução dos preços de seus produtos em nível inferior ao custo de importação.

Essa assertiva pode ser confirmada pelo poder operacional e comercial dos empresários participantes dos mercados envolvidos. Todos os concorrentes integram conglomerados econômicos nacionais e internacionais poderosos e que, independentemente de capacidade produtiva local, possuem grande mobilidade comercial e poder financeiro para responder suficientemente rápido às práticas competitivas da Consulente, seja adotando uma política de preço abaixo do custo por um tempo significativo em resposta à conduta adotada pela Consulente, seja aumentando a produção ou eventualmente importando os produtos durante o período de tentativa de recuperação dos lucros.

• Condições Gerais da Estrutura do Mercado – Pelo fato de os competidores diretos da Consulente serem, em sua maioria, potências econômicas derivadas do domínio de tecnologia de ponta, poderia inferir em um primeiro momento que os diversos mercados relevantes na área de software têm uma estrutura bastante concentrada com barreiras efetivas à entrada de novos concorrentes.

Ainda, pode-se afirmar que o mercado está, de alguma forma, aberto à participação de outros empresários do mercado de computação, que não concorrem diretamente nos mercados dos produtos listados pela Consulente.

Essa compreensão é reforçada se verificar a inexistência de barreiras significativa à importação de produtos de computação no território brasileiro. No entanto, parece que o investimento maciço em P & D (Pesquisa e Desenvolvimento) de alguns concorrentes tem permitido uma aproximação tecnológica daqueles obtidos pelos concorrentes.

Esse elemento estrutural leva à compreensão que as chances de a Consulente recuperar as perdas incorridas durante o período de depressão dos preços, sem perder fatia do mercado, ficam reduzidas pois uma consequente substancial alta dos preços poderia ser um fator de desincentivo à competitividade e um incentivo para a participação de outras empresas no mercado.

Dessa maneira, o elemento normativo da possibilidade de recuperação dos investimentos com a ameaça ou eliminação da concorrência ficaria prejudicado, afastando assim a prática dos preços predatórios.

Tal como ponderado pelos tribunais norte-americanos, principalmente no Caso *A.A Poultry Farms v. Rose Acre Farms*, torna-se mais adequado verificar a ilicitude da redução de preços abaixo do custo (preço predatório) pela probabilidade de recuperação dos custos com a diminuição de preço, em vista da complexidade da relação preço/custo do produto. Nessa perspectiva e mais uma vez, a prática do “underselling” a ser implementada pela Consulente não me parece ser caracterizada como predatório, em vista da estruturação de mercado que impossibilita a Consulente recuperar as perdas

incorridas sem a perda de parte de mercado, ou mesmo a possibilidade da mesma eliminar concorrentes e alterar a estrutura concorrencial.

Ressalta-se a justificativa e razoabilidade do “underselling” pela Consulente, visto que praticada de maneira eventual e por um período curto de tempo, para adequar os preços ao mercado a situações específicas, tais como custos de importação, flutuações bruscas do Real frente ao Dólar Americano e necessidade de manutenção de posição mercadológica.

Como pode ser observado, a confirmação predatória de uma prática de preço abaixo do custo de produto/serviço ocorrerá levando-se em considerações a estrutura de mercado.

Mais importante ainda é o atendimento aos requisitos e elementos das normas jurídicas incidentes à venda de produtos por preço abaixo do custo e da venda injustificada de produto ou preço abaixo do custo”, sendo essa última conhecida como “preço predatório”.

Em vista do exposto, forçoso é reconhecer a legalidade da Consulente em manipular livremente os preços de seus produtos em valores inferiores ao custo de importação e a consonância com o fundamento da “livre iniciativa empresarial” que rege a ordem econômica

BIBLIOGRAFIA GERAL

ARAGÃO, Alexandre Santos de. ***“O Poder Normativo das Agências Reguladoras Independentes e o Estado Democrático de Direito”***. Revista de Informação Legislativa n. 148 (2000).

AREEDA, Phillip and TURNE, Donald F. Turner. ***“Predatory Pricing and Related practices Under Section 2 of the Sherman Act”***. 88 Harvard Law Review 697 (1975).

BASTOS, Celso Ribeiro Bastos e MARTINS, Ives Gandra. ***“Comentários à Constituição do Brasil”***. Ed. Saraiva. Rio de Janeiro. Vol. 7. 1990.

BRODLY, Joseph F. ***“The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress”***. New York University Law Review. November. (1987).

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. ***“O Perfil do CADE na Legislação Antitruste”***. Revista Direto Econômico. Brasília. Julho/Dezembro 1996.

Coelho, Paulo Magalhães da Costa. ***“Controle Jurisdicional da Administração Pública”***. São Paulo. Ed. Saraiva. 2002.

Constituição Federal Brasileira de 1988.

COSTA, Maurício de Moura. “*O Princípio Constitucional de Livre Concorrência*”. Revista do IBRAC. Vol. 5. N. 1. 1998.

DE PLÁCIDO e Silva. “*Vocabulário Jurídico*”. 18ª ed. Ed. Forense. 2001.

Ementário STJ, n. 9/303 – MS n. 2.887-1 DF; Rel. Mi. César Asfor Rocha, 1ª Seção, unânime, Diário da Justiça, 13 dez. 1993).

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. “*A Constituição Econômica*”. Revista de Direito Administrativo. n. 178 (1989).

FORGIONI, Paula A. “*Os Fundamentos do Antitruste*”. 5ª. ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2012.

FOX, Eleanor M. and SULLIVAN, Lawrence A. “*1995 Supplement to Cases and Materials on Antitrust*”. West Publishing Co. Minnesota. 1995.

FRANSCSCHINI, José Inácio Gonzaga. “*Direito da Concorrência – Case Law*”. Ed. Singular. São Paulo. 2000.

GIFFORD, Daniel J. “*Predatory Pricing Analysis in the Supreme Court*”. The Antitrust Bulletin/Summer. 1994.

GRAU, Eros Roberto e FANGIONI, Paula. “*Parecer Professores*”. Revista do IBRAC. Vol. 9. N. 3 (2002).

Hall, R.L. e HITCH, Charles J.. “*Price Theory and Business Behaviour*”. Oxford Economic Papers. Vol. 2. Maio. 1939.

JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. “*Underselling” na Lei no. 8.137/90. Considerações Sobre o Tipo Penal.*” Revista do IBRAC. Vol. 8. N. 3. (2001). Pág. 140.

KAPLAN, A D.H. et al “*Pricing in Big Business*”. Washington D.C. The Brookings Institution. 1958.

KAPLOW, Areeda. “*Antitrust Analysis. Problems, Text and Cases*”. Forth Edition. Aspen Law & Business. New York. 1997

KELLY, David M. and PAINE-POWELL, Linda S. “*Development in American Unfair Competition Law: Implications for the Computer Industry*”. 4 EIPR [1995).

Lei Federal 8.884, de 11 de junho de 1994.

MACHLUP, Fritz. *“The Political Economy of Monopoly, Business, Labor and Government Policies”*. Baltimore. The Johns Hopkins Press. 1952.

Portaria SEAE no. 70, de 12 de dezembro de 2002 (Publicada no Diário Oficial da União 241, de 12/12/2002. Seção I. Págs. 138-139).

Resolução no. 20, emitida pelo CADE em 9 de junho de 1999

SALOP, Stephen C. *“Strategy, Predation and Antitrust Analysis”*. Washington Dc. Federal Trade Commission. 1981.

SULLIVAN, Thomas E. Sullivan e Harrison, Jeffrey L.. *“Understanding Antitrust and its Economic Implications”*. 2 ed. New York. Mathew Bender. 1994

TAUFICK, Roberto Domingos. *“Nova Lei Antitruste Brasileira”*; ed. Forense. Rio de Janeiro. 2012.

THOMPSON, Artur A. Jr. & FORMBY, John P. *“Economics of the Firm Theory and Practice”*. Traduzido por José Luis Oreiro. Prentice-Hall do Brasil. 1998.

VAZ, Manoel Afonso. *“Direito Econômico e a Ordem Econômica Portuguesa”*. Coimbra. Ed. Almedina. 1984.

Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia. Ed. Martins Fontes. São Paulo. 1999

PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

Ato de Concentração no. 78/96. Requerentes: White Martins S/A e Unigases Comercial Ltda. Relator Conselheiro Mércio Felsky. Data de Julgamento: 1º setembro de 1999

Processo Administrativo n. 31. Representante: Transauto Transportes Especializados de Automóveis S/A. Representada: Fia Automóveis S/A. Plenário do CADE. Decisão de 6 de outubro de 1993

Processo Administrativo n. 31 envolvendo a *Fiat x. Transauto*. Julgamento em 6 de outubro de 1993. Publicado na Revista do IBRAC. v. 2. n. 1. 1995. Pág. 84

Processo Administrativo n. 36/92k, de 18 de agosto de 1999. *Murilo Régis Dantas X Cervejaria Reunidas Skol Caracu*. In DOU de 9/9/1999. Seção I, Pág. 3.

Representação no. 121/93. *Belgo Brasileira S.A x Market Produtos Siderúrgicos e Novo Horizonte Siderurgia S.A*. Decisão do CADE de 18 de março de 1998

DECISÕES JUDICIAIS

Monahan's Marine, Inc. v. Boston Whaler, Inc. 866 F.2d 525, 527 (1st. Circ. 1989) e Phototron Corp. V. Eastman Kodak Co., 842 F.2d 95, 99 (5th Cir.).

31 *McGahee v. Northern Propane Gas Co.* 858 F.2d 1487 (11th Cir. 1988)

Standard Oil Co. v. United States. (*Standard Oil Co. v. United States* 221 U.S. 1 (1911).

Taylor Publ'g v. Jostens, 216 F.3d. 465, 476-77 (5th Cir. 2000).

Tri-State Rubbish, Inc. v. Waste Mgmt., Inc. 998 F2d 1073, 1080 (1st Cir. 1993).

United States v. Grinnel Corp., 384 U.S. 563 (1966).

United States v. Microsoft Corp. 253 F. 3d 34, 68 (D.C. Cir.).

38 509 U.S. 209 (1993).

Publicado no dia 24/10/2014

Recebido no dia 08/10/2014

Aprovado no dia 09/10/2014