

REFLEXÕES REFERENTES À REDUÇÃO DE CUSTOS DECORRENTE DA INFORMALIDADE NA ECONOMIA BRASILEIRA E A PRÁTICA DE PREÇOS PREDATÓRIOS

Daniela Diniz Tavares

I. Introdução

A existência de uma economia informal, no Brasil, é um fato que se tem conhecimento há muito tempo. Basta ao observador atento andar pelas ruas que lhe será possível identificar inúmeras pessoas que atuam sem constituição jurídica, principalmente no setor do comércio. O mesmo observador poderá abrir o jornal e ler reportagens que relatam as mais novas estatísticas do Ministério do Trabalho referente ao percentual de trabalhadores sem carteira assinada, ou as lamentações do Ministro da Fazenda no que tange ao alto índice de sonegação fiscal.

Todos esses fatos demonstram a existência de agentes econômicos que, de uma forma ou de outra, não cumprem com todas as obrigações legais que lhes são impostas, recaindo na informalidade em maior ou menor grau. Não é preciso muito aprofundamento para deduzir que os inadimplementos são voltados para a redução de custos. Redução esta que usualmente resulta em dois fenômenos: (i) o aumento do lucro percebido pelo agente; ou (ii) a redução dos preços praticados, visando o aumento das vendas. Não raro, é possível encontrar a combinação de ambos os fenômenos.

Apesar da extensão desse mercado informal no Brasil, que chega a ser responsável por 40% do Produto Interno Bruto, muito pouco se tem debatido acerca de seus impactos e, menos ainda, sobre os seus impactos na concorrência entre os agentes, sejam eles formais ou informais.

O presente estudo visa, destarte, avaliar quais os possíveis efeitos da prática de preços reduzidos em função da diminuição artificial dos custos, propiciada pela atuação do agente inserido na informalidade, bem como a possibilidade de caracterização de preços predatórios, nos termos da legislação e jurisprudência brasileira.

Verificada a possibilidade de infração à ordem econômica, será preciso discutir, ainda, de que forma as peculiaridades específicas da informalidade poderão ser abordadas pelas autoridades antitrustes, quando da análise das condutas.

Dessa maneira, pretende-se trazer à tona uma reflexão acerca do impacto exercido por uma economia informal consolidada sobre a concorrência entre as empresas, dentro da ótica do preço do produto ou serviço, fator decisivo para qualquer atuação empresarial.

II. Economia Informal

O dano potencial que a subsistência de uma economia informal poderá causar à concorrência somente pode ser avaliado a partir da definição desse mercado paralelo, sua extensão e causas. Assim sendo, a conceituação pretendida perpassa, em um primeiro momento, uma análise puramente sócio-econômica do tema para, posteriormente, transportar as suas implicações para uma análise jurídica. A necessidade dessa incursão teórica deriva dos diversos conceitos que poderão ser atribuídos à economia informal e, conseqüentemente, uma diferenciação de suas causas e possíveis conseqüências.

Cumprе ressaltar a dificuldade que os analistas econômicos possuem em precisar a dimensão do fenômeno, uma vez que os índices oficiais não são capazes de mensurá-los, em especial porque aqueles que se dedicam a esse setor não querem ser identificados.

Schneider e Enste, citando Morgensen, Kvist, Körmendi e Pederen, afirmam que uma definição precisa é difícil, se não impossível, uma vez que a economia submersa se desenvolve sempre de acordo com o ‘princípio da água corrente’, pelo qual ela se adapta às modificações tributárias, às sanções das autoridades fiscais e posicionamentos morais em geral¹.

Nesse sentido e conforme indicado por Cacciamali², o termo ‘*economia*

¹ Tradução livre da autora: “*In general, a precise definition seems quite difficult, if not impossible, as “the shadow economy develops all the time according to the ‘principle of running water’: it adjusts to changes in taxes, to sanctions from the tax authorities and to general moral attitudes, etc.” (Gunnar Mogensen, Hans K. Kvist, Eszter Körmendi, and Soren Pedersen 1995, p.5).” SCHNEIDER, Friedrich e ENSTE, Dominik. **Shadow Economies: Size Causes and Consequences**. Journal of Economic Literature. Vol. XXXVIII. Março 2000. pg. 79.*

² CACCIAMALI, Maria Cristina. **As Economias Informal e Submersa: conceitos e distribuição de renda**. In: Camargo, J.M. e Giambiagi, F. (orgs) *Distribuição de Renda no Brasil*, Editora Paz e Terra, SP.

informal’ pode transportar dois significados diferentes do ponto de vista teórico. O primeiro seria a conotação mais ligada à percepção usual de termo, qual seja, o “conjunto de atividades econômicas no qual não há uma clara separação entre os fatores trabalho e capital dentro de um determinado processo produtivo geralmente desenvolvido por pequenas unidades de baixa produtividade”³. Seriam, portanto, os camelôs, as produções caseiras, fábricas familiares, etc.

O segundo significado, por sua vez, implicaria em todas as atividades econômicas que são desenvolvidas fora da esfera regulatória do Estado. São empresas que escapam das exigências tributárias, trabalhistas, previdenciárias, fito-sanitárias, etc. Para a autora, o termo economia submersa ou subterrânea seria o mais apropriado para denotar as atividades econômicas informais, dentro da idéia contida nessa segunda conceituação.

Hernando de Soto⁴, por sua vez, ao proceder na análise da economia peruana no final da década de 80, conceituou a economia informal como “um conjunto de unidades econômicas que não cumprem as obrigações impostas pelo Estado, no que se refere aos tributos e à regulação”.

Conforme pôde ser verificado, muitas definições se voltam para os aspectos regulatórios do Estado, principalmente quanto à tributação, uma vez que os tributos, independentemente do país, tendem a incidir sobre todas as formas legalmente permitidas de exercício da atividade econômica⁵. Tanto é que Schneider e Enste definiram a economia submersa como toda atividade econômica que geralmente seria submetida à tributação, caso fosse declarada às autoridades fiscais⁶.

Considerando que as definições supra mencionadas se baseiam, primordialmente, na dicotomia da capacidade ou não do Estado fazer valer de suas prerrogativas regulatórias, é de se ressaltar, ainda, que essas definições

³ BUGARIN, Mirta Noemi Sataka e RIBEIRO, Roberto Name. **Fatores Determinantes e Evolução da Economia Submersa no Brasil**. Estudos Econômicos, Vol. 33, nº 2, 2003. pg. 2

⁴ DE SOTO, Hernando. **The Other Path**. 1989. In: BUGARIN e RIBEIRO. **Fatores Determinantes e Evolução da Economia Submersa no Brasil**. Op. cit. pg. 3

⁵ No Brasil, podemos citar o ISS, ICMS, IPI e, por óbvio, todas as modalidades de tributo cuja base de cálculo decorre da renda, faturamento ou lucros auferidos, tais como IR, CSLL, PIS e COFINS.

⁶ SCHNEIDER, Friedrich e ENSTE, Dominik. **Shadow Economies: Size Causes and Consequences**. Journal of Economic Literature. Vol. XXXVIII. Março 2000. pg 78-79.

excetuem a persecução de atividades ilícitas, tais como tráfico de drogas, jogos ilegais, etc.

Somente importa para o presente estudo, portanto, as atividades econômicas cujo objeto seja lícito, mas que por alguma razão não estão inseridas, por completo, na sistemática da economia formal. Trata-se de “execução de atividades lícitas de forma irregular, através do não cumprimento das regulamentações que implicam em custo significativo.”⁷

Essa definição é essencial, uma vez que permite que empresas de porte considerável se incluam dentro do espectro da economia informal, uma vez que basta a sonegação fiscal ou qualquer outra inadimplência do gênero, práticas muito correntes em nosso país, para que a produção já não mais se enquadre dentro dos parâmetros econômicos formais.

Em suma, os estudos que apreciam o fenômeno se voltam para os fatores que implicam em redução de custos para as empresas e que geralmente se manifestam na forma de perda de capital para o Estado (sonegação tributária), para os trabalhadores (descumprimento das normas trabalhistas e previdenciárias) e em possíveis danos aos consumidores em geral (inobservância de determinações fito-sanoitárias).

Muitas vezes a economia informal é vista por um viés sociológico, pelo qual valoriza-se a economia informal como um modo de sobrevivência de várias famílias em países em desenvolvimento, tal como o Brasil⁸. Há argumentações no sentido de que a economia informal levaria a uma maior competitividade e dinamismo da economia como um todo. Afirma-se, ainda, que a boa parte da renda percebida informalmente retorna ao setor oficial por meio de gastos, contribuindo para a receita de impostos indiretos⁹.

Por outro lado, existem fatores que podem prejudicar a produtividade das empresas inseridas na economia informal, tais como dificuldades de obtenção de crédito junto às instituições financeiras, menor acesso ao Judiciário para o cumprimento de contratos, contenção do crescimento por receio à

⁷ Relatório do McKinsey & Company, Inc. **Eliminando Barreiras ao Crescimento Econômico e à Economia Informal no Brasil**. São Paulo, Junho de 2004.

⁸ McKinsey & Company, Inc. Op. cit. pg 23

⁹ BUGARIN e RIBEIRO. **Fatores Determinantes e Evolução da Economia Submersa no Brasil** Op. cit. pg. 7

fiscalização e inserção em cadeias de valores inteiramente informais, dificultando a expansão¹⁰.

Em nível coletivo, a clássica questão da perda de receitas se faz presente, considerando que grande parte da informalidade se caracteriza pela sonegação de impostos. Isso resulta em dois fenômenos, um aumento da carga tributária sobre os agentes formais, visando compensar as perdas, bem como uma queda na qualidade/quantidade de serviços públicos essenciais, tais como infra-estrutura, fiscalização e segurança. Esses serviços são normalmente aqueles cujo particular não tem interesse em suportar os gastos, mas que são imprescindíveis para o desenvolvimento da economia¹¹.

A existência de economia informal normalmente resulta em perdas para o trabalhador, que não terá o devido recolhimento da contribuição para a previdência social, tampouco um terço sobre as férias, horas extras, dentre outros direitos constitucionalmente assegurados. Por fim, o próprio consumidor pode se ver em risco, ante o não cumprimento das normas fito-sanitárias na manipulação do produto, ou a prestação de serviços em situações precárias.

Todos esses fatores possuem em comum o fato de constituírem custos para as empresas, que deveriam ser suportados com o exercício da atividade econômica. Custos estes que, por decorrerem de determinação legal, constituiriam despesa necessária para todos os agentes econômicos, contribuindo para a composição do preço final do produto.

Determinado o pano de fundo do conceito de economia informal, passa-se a uma análise de suas causas, voltada para a análise do mercado paralelo existente no Brasil e suas dimensões, com o objetivo de se verificar qual a são as implicações da economia paralela para a economia formal e sua potencial influência nos custos e preços praticados pelas empresas.

(1) Economia Informal no Brasil

Em outubro de 1997, foi realizada a primeira pesquisa de Economia Informal Urbana, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas – IBGE¹², que abrangeu a primeira categoria de economia informal, qual seja, pequenas

¹⁰ McKinsey & Company, Inc. Op. cit. pg 6

¹¹ BUGARIN e RIBEIRO. **Fatores Determinantes e Evolução da Economia Submersa no Brasil**. Op. cit. pg. 6

¹² Dados disponíveis no site www.ibge.gov.br

unidades produtivas. Conforme os dados apurados, a maioria das empresas pesquisadas não possuía constituição jurídica, chegando ao montante de 87%.

Os resultados mostram que existiam 9.477.973 empresas informais, a maioria localizada na Região Sudeste, e ocupavam 12.870.421 pessoas. As pessoas envolvidas eram trabalhadores autônomos, pequenos empregadores, empregados com e sem carteira de trabalho assinada e, ainda, trabalhadores não remunerados.

As atividades econômicas preponderantes eram o comércio e serviços de reparação, pessoais, domiciliares e de diversão. A atividade produtiva normalmente é desenvolvida fora do domicílio em 67% dos casos, em decorrência da predominância do comércio.

Pesquisa realizada mais recentemente¹³, utilizando o modelo de múltiplas causas e múltiplos indicadores, teve como objetivo determinar os principais fatores econômicos que incentivam a economia informal no Brasil, bem como analisar o seu desenvolvimento no período de 1994 a 1999.

Dentre os principais fatores econômicos que contribuem para a existência da economia informal tem-se as altas cargas de tributação, o desemprego, a inflação e o aumento da regulação da economia, inclusive referente ao mercado de trabalho. Como fatores sociológicos despontam a corrupção, a descrença na efetividade da Justiça, a pesada burocracia e a falta de lealdade para com as instituições públicas.¹⁴

Em linhas gerais, restou demonstrado que a carga tributária, o grau de regulamentação da economia e a taxa de desemprego atuam como fatores diretamente relacionados com a informalidade no país. A pesquisa apontou, ainda, que houve um incremento da economia informal em termos reais, como também em termos de sua participação na atividade agregada da economia no período em questão¹⁵.

Significa dizer que não só a quantidade de agentes submersos aumentou no período analisado, como também aumentou a proporção com que contribuem para a produção interna. Ainda mais explicitamente, implica em

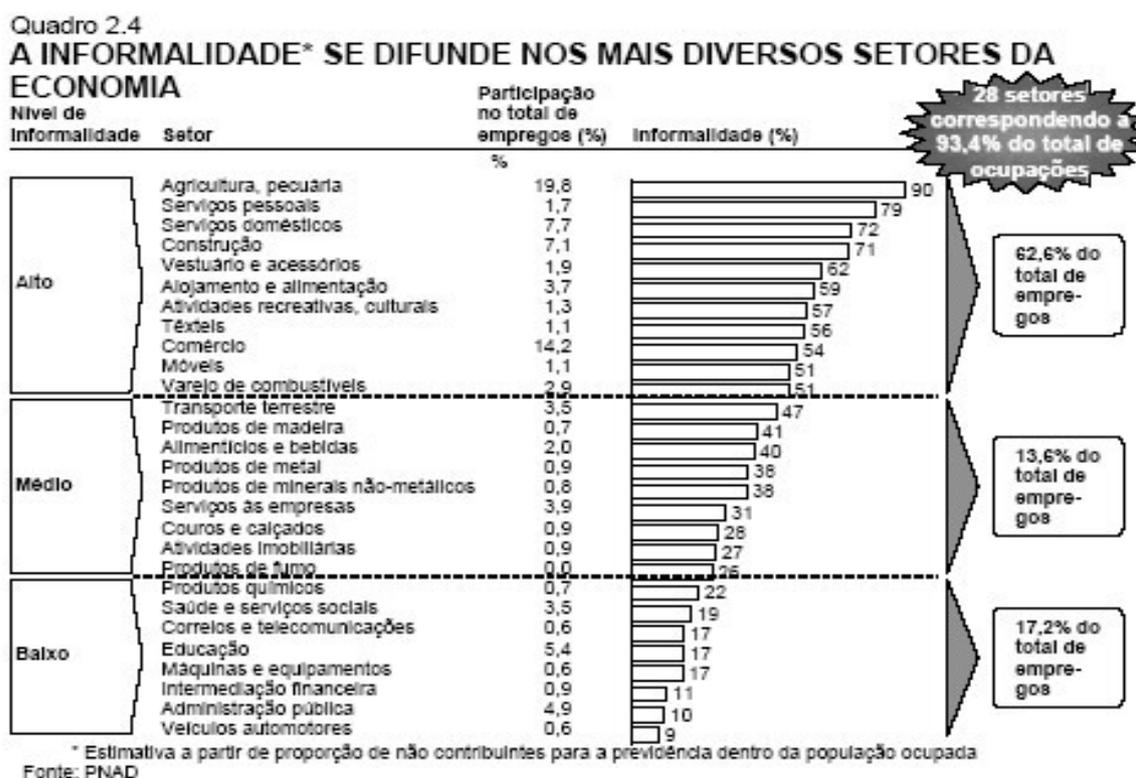
¹³ BUGARIN e RIBEIRO **Fatores Determinantes e Evolução da Economia Submersa no Brasil**. Op. cit.

¹⁴ BUGARIN e RIBEIRO **Fatores Determinantes e Evolução da Economia Submersa no Brasil**. Op. Cit. pgs. 4-5.

¹⁵ Op. Cit. pg 23

dizer que a economia informal teve um crescimento maior que os setores formais nos anos em questão. Conforme estudo realizado por Schneider¹⁶, com dados de 2000, verifica-se que a economia informal, no Brasil, é responsável por 39,8% do Produto Interno Bruto.

A título ilustrativo, segue gráfico baseado em dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD, que claramente demonstra a abrangência da informalidade econômica, sendo que em onze setores mais da metade da mão-de-obra disponível no mercado como um todo se encontra informalmente empregada.



De todo o exposto, se conclui que a informalidade no Brasil é um fenômeno abrangente, de proporções significativas e que alcança os setores mais diversos da economia. Este panorama indica a importância da consideração das consequências advindas da existência de uma economia paralela tão expressiva para as análises levadas a cabo pelas autoridades antitruste brasileiras.

¹⁶ SCHNEIDER, Friedrich. **Size and Measure of the Informal Economy in 110 Countries Around the World**. 2002. http://rru.worldbank.org/Documents/PapersLinks/informal_economy.pdf

¹⁷ Gráfico extraído de Relatório do McKinsey & Company, Inc. **Eliminando Barreiras ao Crescimento Econômico e à Economia Informal no Brasil**. São Paulo, Junho de 2004. pg 15.

Considerando a redução de custos alcançada por parte dos agentes inseridos nesse contexto de economia informal, serão analisados os aspectos peculiares da verificação de práticas predatórias dentro de uma perspectiva concorrencial. Por uma questão de melhor compreensão dos pressupostos necessários para a avaliação das especificidades envolvendo preços predatórios decorrentes da informalidade, primeiramente se faz mister discorrer acerca de suas principais características, bem como a sua forma de apreciação pelas autoridades antitrustes.

III. Preço Predatório na Perspectiva Brasileira

A configuração de infração à ordem econômica no país está diretamente ligada aos valores sociais que se pretende proteger, longe de ser um instrumento de regulação puramente econômico, mas uma tentativa se estabelecer um comportamento dos agentes que seja pautado pelos princípios delineados pela Constituição Federal.¹⁸

Na Constituição de 1988, foi designado um título específico à ordem econômica e financeira, compreendia nos artigos 170 a 192. Para a presente análise, porém, é interessante a consideração detida tão somente no que tange os artigos que compõe o Capítulo I, referente aos princípios gerais informadores da atividade econômica diretamente ligados à concorrência, quais sejam, do artigo 170 ao 174.

¹⁸ Paula Forgioni, com base em diversos autores, adota como definição do direito antitruste como sendo uma “(...) técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e tutela da livre concorrência.” Segundo a autora, prevalece uma compreensão de concorrência-instrumento, por meio da qual a concorrência não é um valor em si mesmo, mas sim um meio de obter o equilíbrio econômico. (FORGIONI, Paula. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998 pg. 81-83);

No mesmo sentido, Eros Grau, ao falar do direito econômico, afirma que “o que peculiariza como *ramo do Direito* é, portanto, a sua destinação à instrumentalização, mediante ordenação jurídica, da *política econômica do Estado*. Este, também, discrimen que aponte como marcante em sua conceituação: sistema normativo voltado à ordenação do processo econômico, mediante a regulação, sob o ponto de vista marco-jurídico, da atividade econômica, de sorte a definir uma disciplina destinada à efetivação da *política econômica estatal* (*Elementos de Direito Econômico, cit., p.31*)” (GRAU, Eros. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros Editores. 2004 pg. 138; grifos do autor).

Os princípios elencados no artigo 170, da Constituição, bem demonstram a tensão ainda persistente entre os valores liberais (propriedade privada e livre concorrência) e sociais (função social da propriedade, redução das desigualdades regionais e sociais e busca do pleno emprego) dentro da Carta vigente, juntamente com a percepção de equalização das esferas público e privado (defesa do consumidor, defesa do meio ambiente), absorvidos na concepção de Estado Democrático de Direito¹⁹.

Destarte, o primeiro artigo traz claramente a pretensão de inclusão social, ao declarar que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social e dos demais princípios que elenca²⁰.

A análise dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência interessa precipuamente, em decorrência do tema em apreço, sem olvidar, entretanto, que esses princípios esbarram nos limites cogentes dos demais princípios informadores da ordem econômica. Nesse sentido, o princípio da livre concorrência não poderá se sobrepor aos demais princípios, tais como da valorização do trabalho e da função social da propriedade, por exemplo, e o seu exercício deverá ser pautado para a obtenção de economia includente.

¹⁹ A respeito da função conformadora da constituição econômica em seu sentido estrito, Canotilho (pg. 340) afirma que “A Constituição, em estreita conexão com o princípio democrático (nas suas dimensões, política e econômica), consagrou uma ‘constituição econômica’ que, embora não reproduza uma ‘ordem econômica’ ou um ‘sistema econômico’ ‘abstrato’ e ‘puro’ é fundamentalmente caracterizada pela idéia de democratização econômica e social. Nesse contexto, o âmbito da liberdade de conformação política e legislativa aparece restringido directamente pela Constituição: a política econômica e social a concretizar pelo legislador é uma política de concretização dos princípios constitucionais e não uma política totalmente livre (...)”

²⁰ “(...) Entre os vários princípios ali previstos (alguns dos quais claramente podem entrar em contraposição com os demais) parece ser possível destacar três que se sobrepõem. São eles os mencionados no *caput*, os dois primeiros com fundamento e o terceiro como objetivo da ordem econômica: a *valorização do trabalho humano*, a *livre incitativa* e a *busca da justiça social*. São todos limites absolutos de qualquer política industrial. (...)”

Ora, se assim é, não existe no constitucionalmente no Brasil qualquer autorização para a aplicação do antitruste e da regulação econômica exclusivamente como instrumento da política econômica, sem qualquer atenção aos princípios institucionais concorrenciais.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)* São Paulo: Malheiros Editores. 2001. pg 131 e 133; grifos do autor)

A livre iniciativa está afirmada não só no caput do artigo 170, como também em seu parágrafo único, que “*assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo casos previstos em lei.*” Esse princípio está calcado em uma concepção de liberdade que tem suas origens no Estado liberal, mas que, como não poderia deixar de ser, passou pelas reconstruções inerentes aos processos de mudança paradigmática.

Assim, no atual contexto, a livre iniciativa deverá ser vista como liberdade de exercício profissional e constituição de empresa dentro dos parâmetros da ordem econômica formal, sendo vedada a obtenção de lucros por meio da degradação da pessoa humana e prejuízo social. Essa percepção se evidencia na aceitação, por parte dos agentes econômicos, de limitações quanto às atividades praticáveis, relações de trabalho, fixação de preços, dentre outras²¹.

Dentro dessa mesma ótica temos o princípio da livre concorrência, cuja complementação encontra-se no parágrafo 4º, do artigo 173, da Constituição, ao dispor que “*a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*”. Nota-se que a livre concorrência comporta em si um misto de preservação da livre iniciativa, bem como defesa do consumidor, ao impedir que um ou alguns agentes econômicos atuem de forma a mitigar esses princípios.

Importante ressaltar que a Constituição não condena a existência de poder econômico, mas o abuso do mesmo, a partir do momento que a utilização desse poder possa significar uma ameaça, em sua essência, à concretização dos objetivos de inclusão e participação social pretendidos.

Para Forgioni, a atuação estatal é compatível com princípio da livre iniciativa, bem como o da livre concorrência, na medida em que o Estado disciplina (i) “comportamentos que resultariam em prejuízos” e (ii) a “atuação dos agentes econômicos, de forma a implementar uma política pública”²². Destarte, a atuação da autoridade antitruste justamente garantiria a existência da livre iniciativa e concorrência.

²¹ Não significa dizer que há aceitação pelos agentes econômicos das políticas atualmente empregadas, mas tão-somente que há uma percepção contemporânea, até nas economias mais liberais, da necessidade de algumas regras mínimas visando limitar a liberdade empresarial individual, evitando a ocorrência de trabalho em condições sub-humanas e preços extorsivos, ao contrário do que é possível verificar ao longo da história.

²² FORGIONI, Paula. Op. cit. pg. 230

A Lei Antitruste Brasileira, Lei nº 8.884/94, em seu artigo 1º²³, é clara quanto aos objetivos que deverão ser perseguidos pelas autoridades antitrustes, bem como reforça os ditames constitucionais supra retratados. Ademais, impõe uma análise das condutas pelas autoridades voltada para os possíveis impactos a toda a sociedade e não apenas os agentes econômicos envolvidos, ao dispor em seu parágrafo primeiro, que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei”.

Sintetizados os institutos informadores da ordem econômica, necessário se faz identificar brevemente a previsão legal quanto às infrações à ordem econômica e, em específico, quanto aos preços predatórios.

O caput do artigo 21, da Lei nº 8.884/94, ao apresentar um rol não taxativo de condutas potencialmente lesivas à ordem econômica dispõe que “*as seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no artigo 20 e seus incisos, caracterizam infração à ordem econômica*”.

Da análise do dispositivo supra citado, conclui-se que é na afronta aos institutos elencados nos incisos do artigo 20²⁴, da Lei nº 8.884/94, que se

²³ Art. 1º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.

²⁴ “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 ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 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.

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.”

encontram as infrações à ordem econômica e, por conseguinte, nenhuma conduta será considerada ilícita *per se* no direito pátrio.

Diversamente das legislações norte-americanas²⁵ e europeias²⁶, no direito pátrio não há disposição legal que imponha a obrigatoriedade de deten-

²⁵ “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony (...)” USCA, Title 15, Sections 1-7.

“a) Price; selection of customers;

It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality, where either or any of the purchases involved in such discrimination are in commerce, where such commodities are sold for use, consumption, or resale within the United States or any Territory thereof or the District of Columbia or any insular possession or other place under the jurisdiction of the United States, and where the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination, or with customers of either of them: (...).” U.S.C.A. Title 15, Section 13. In: (<http://www.access.gpo.gov/uscode/index.html>)

²⁶ “Artigo 81- 1. São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação;
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência;
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.(...)”

“Artigo 82 - É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste.

ção de posição dominante pelo agente econômico acusado de prática anti-concorrencial. Tanto é que um agente que não detém a posição dominante e tenta de dominar o mercado relevante no qual atua, por meios que não a própria eficiência, já seria o suficiente para caracterizar infração à ordem econômica, nos termos do inciso II, do artigo 20, da Lei nº 8.884/94.

Importante destacar que dominar um mercado não implica em monopólio necessariamente, mas a detenção de parcela significativa do mercado, seja na ótica da oferta, seja na ótica da demanda. Nos Estados Unidos e na Europa, nos quais a posição dominante é pré-requisito para a constituição do ilícito, a infração considerada é o monopólio ou a tentativa de monopolizar um determinado segmento, por meios anticompetitivos. Bastante distinto de dominar ou tentar dominar mercado relevante, previsto na legislação pátria.

Assim, pode-se concluir que não seria imperioso que o agente acusado de práticas predatórias detenha a posição dominante no mercado em questão, exigir-se-ia apenas que a sua conduta prejudicasse a livre iniciativa e livre concorrência, para que fosse considerada ilícita. Não obstante, conforme será possível observar abaixo, as análises levadas a cabo pelas autoridades antitrustes consideram a existência de posição dominante requisito essencial na avaliação de prática de preços predatórios.

Ainda nos termos do caput do artigo 20, Lei nº 8.884/94, seria dispensada a prova da intencionalidade do agente econômico, como também não se requer que os efeitos da prática venham a se concretizar. Bastaria, pela letra da lei, a possibilidade de produzir os efeitos ali elencados. Ou seja, no caso de preço predatório, não é necessário que a empresa *queira* eliminar um concorrente ou impedir a entrada de um novo concorrente no mercado,

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas;
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência;
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos. (http://www.europa.eu.int/eur-lex/pt/treaties/dat/C_2002325PT.003301.html#anArt82)

tampouco importa se, praticando preços potencialmente predatórios, *consiga* atingir seus objetivos. Suficiente para a caracterização da infração a possibilidade da produção dos efeitos elencados no artigo 20 em apreço.

O ilícito que a legislação brasileira deseja punir no tocante ao preço predatório é a prática tendente a eliminar, diminuir ou impedir a concorrência no mercado, e não o futuro abuso de preços após a prática predatória. Isso se verifica ante a existência de ilícito próprio, o abuso de preços, contido no inciso XXIV, do artigo 21, da Lei nº 8.884/94. Até mesmo porque, como visto anteriormente, não é pressuposto necessário da racionalidade da prática de preços predatórios um posterior aumento do preço²⁷.

No caso do inciso I, do artigo 20, verifica-se uma tipologia aberta, que permite à autoridade antitruste enquadrar conduta que não havia sido expressamente enumerada no artigo 21 e seus incisos, uma vez que os demais incisos poderiam ser incluídos dentro da previsão do inciso I, qual seja, limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

Na mesma linha deverá ser interpretado o inciso II, já que não se condena a obtenção de poder de mercado por meio de eficiência e melhor administração do empreendimento. Dominar ou tentar dominar um mercado será ilícito na medida em que a posição se alcança por meios prejudiciais à ordem econômica, a livre incitativa e à livre concorrência. Nessa ótica, a utilização de preços abaixo do custo com a finalidade de dominar o mercado deverá ser condenada, uma vez que elimina a concorrência por meio de vantagem competitiva artificialmente gerada.

O inciso IV, por sua vez, é uma extensão desse entendimento, ao proibir o abuso da posição dominante. Segue, a mesma linha estabelecida quando da interpretação do parágrafo 4º, do artigo 173, da Constituição.

O inciso III, do artigo 20, da Lei nº 8.884/94, proíbe o aumento arbitrário de lucros por parte do agente. Trata-se de uma proibição mais voltada para a tutela do consumidor do que da própria concorrência em si, retomando a noção de política pública das regulações econômicas e, dentro desse escopo, a proteção ao consumidor, conforme pautado no artigo 1º, da Lei em apreço.

²⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – As condutas**. São Paulo: Malheiros Editores. 2003. pg. 171

O artigo 21, por sua vez, condena, em seu inciso XVIII, vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo²⁸. Esse dispositivo, porém, em pouco auxilia na tipificação da conduta punível, uma vez que não estabelece que parâmetros de custo deverão ser utilizados, tampouco o que se entende por “vender injustificavelmente”

Continuando a análise legislativa, em 1999, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica editou a Resolução n° 20, cujos anexos propõem definições e critérios básicos para a análise de condutas restritivas. Essa resolução definiu preços predatórios como “prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos ao nível monopolista”.²⁹

A despeito da definição adotada pela Resolução n° 20/1999 do CADE ter empregado a expressão “prática deliberada” supra citada, o elemento volitivo não pode ser considerado elemento imprescindível para a configuração da infração, ante a inexistência de avaliação de dolo ou culpa na defesa da concorrência, conforme exposto na análise do caput do artigo 20, da Lei n° 8.884/94³⁰.

Quanto à questão dos custos, o CADE deixou expressa a sua pretensão de aplicação do teste Areeda e Turner³¹ para avaliação da prática de preços tidos como predatórios. Todavia, ressaltou a necessidade de uma análise

²⁸ É possível encontrar diversas espécies e definições de custo na doutrina econômica. Visando não desviar o tema da discussão principal, segue definição sucinta dos conceitos de custo, adotada por Forgioni: “Custo fixo é o custo que não varia e independe da quantidade de bens produzida. Custo variável, como o próprio nome diz, é aquele que varia com a alteração da produção. A soma dos custos fixos e daqueles variáveis nos dá o custo total. O custo médio é o custo total dividido pela quantidade de bens produzidos. O custo marginal é a modificação do custos total advindo do aumento da produção de um determinado bem. Em palavras bastante simples, é o aumento do custo que deriva do aumento de produção. (cf. Posner, *Economic analysis of law*, cit., p. 684)” (FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. SP: Ed. Revista dos Tribunais. 1998. pg. 317)

²⁹ Anexo I, A, da Resolução CADE n° 20/1999

³⁰ Nesse sentido ver PEIXOTO, Bruno Vilhena Lana. **Preços Predatórios: Elementos Para Caracterização Como Infração Da Ordem Econômica**. Revista do IBRAC vol. 9-1

³¹ Em 1975, Philip Areeda e Donald F. Turner desenvolveram um teste para identificação dos preços predatórios, visando possibilitar a identificação do fenômeno de predação por meio de critério único objetivo. Partem os autores da constatação de que uma empresa maximiza os lucros quando o preço de venda é igual ao custo marginal, dado um contexto de concorrência perfeita. Assim, se o preço ideal se encontra com os custos marginais, a venda de produtos abaixo dessa identidade seria predatório e o agente estaria

“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.”³²

Ao longo dos anexos da resolução em comento, é possível constatar que a base para determinação da ilegalidade das condutas é a sua ausência de eficiência, isto é, a avaliação da prejudicialidade da conduta perpassa a contraposição dos efeitos anticompetitivos com os possíveis benefícios compensatórios³³. Verifica-se, pois, que a linha teórica que norteia a resolução supra citada é a da Escola de Chicago, apesar da utilização de critérios combinados de outras vertentes da análise concorrencial.

A Portaria SEAE nº 70/2002, por sua vez, traz em seu anexo um Guia para Análise Econômica da Prática de Preços Predatórios, mas específico que a Resolução CADE nº 20/1999, apesar de possuir o alcance limitado à Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda. Ao reconhecer a necessidade de que a venda injustificada de preços abaixo do custo³⁴ produza os efeitos elencados no artigo 20, da Lei nº 8.884/94, o Guia

incorrendo deliberadamente em perdas. Considerando, porém que o cálculo do custo marginal é de extrema dificuldade, Areeda e Turner propuseram um critério substituto, aproximado, o custo variável médio. Este seria compreendido como o custo total dos fatores variáveis de produção, divididos pelo número de unidades produzidas. Ou seja, a venda de produtos por valor abaixo do custo variável seria considerado predatório. (In: AREEDA, Philip. TURNER, Donald. **Predatory Pricing and related Practices Practices under Section 2 of the Sherman Act**. Harvard Law Review, 88, pg. 697. 1975)

A despeito da aplicação quase imediata do teste pelos Tribunais Norte-Americanos, surgiram diversas críticas, tanto econômicas, quanto jurídicas, que colocaram em cheque as falhas de avaliação ocasionadas pela aplicação pura do teste Areeda e Turner. Apontavam, dentre outras coisas, que a avaliação em curto prazo do custo variável médio não era capaz de apreender a essência da natureza do preço predatório, qual seja, do comportamento estratégico ao longo do tempo.

³² Anexo I, A, da Resolução CADE nº 20/1999

³³“De acordo com o princípio da razoabilidade, deverão ser condenadas as condutas cujos efeitos anticompetitivos não sejam suficientemente contrabalançados por possíveis benefícios/eficiência compensatórios.” Anexo II, Resolução CADE nº 20/1999.

³⁴ O Guia define a prática de preços predatórios como sendo “quando uma firma reduz o preço de venda de seu produto abaixo do seu custo, incorrendo em perdas no curto

propõe um roteiro para verificação de condições pré-existentes para que a prática resulte em infração à ordem economia.

Primeiramente, deverá ser analisado o mercado relevante afetado, segundo o *teste do monopolista hipotético*³⁵. Assim, verifica-se, qual é o mercado do produto fabricado pelo agente e posteriormente qual o mercado geográfico que a sua produção tem alcance.

Em seguida, sugere-se a verificação das condições de entrada no mercado relevante afetado. Isto porque se entende que a conduta será irracional se um posterior aumento de preços tornar o mercado atrativo, gerando mais concorrência e impedido a recuperação dos prejuízos. Inexistindo, destarte, barreiras significativas à entrada, recomenda-se o arquivamento do processo. É nessa etapa que se sugere a averiguação da participação de mercado do agente predador, sem, contudo, considera-la imprescindível.

A terceira etapa é a avaliação das condições da empresa em atender o incremento da demanda gerada pela redução dos preços. Analisa-se a capacidade ociosa da empresa, bem como sua capacidade de expansão da produção. Caso a empresa não apresente envergadura para suprir esse aumento da demanda, também se recomenda o arquivamento do processo.

Persistindo as características indicadoras da possibilidade da conduta, o Guia prossegue com a análise da capacidade de financiamento. Ou seja, analisar a capacidade do agente predador em adquirir financiamento de terceiros ou se de autofinanciamento, visando cobrir os prejuízos decorrentes das práticas predatórias.

Em um primeiro momento, o Guia afirma que “é preciso considerar que o mercado de capitais está disponível aos concorrentes com perspectivas de lucro, e que esse fluxo de financiamento tornaria a predação improvável”³⁶. Logo após afirma que “mesmo que os mercados de capitais estejam funcionando normalmente, o predador pode tentar manipular o relacionamento entre

prazo, objetivando eliminar rivais do mercado, o possíveis entrantes, para, posteriormente, quando os rivais saírem do mercado, elevar os preços novamente, obtendo, assim, ganhos a longo prazo.”

³⁵ O teste do monopolista hipotético é definido no item 12, da Portaria em apreço, como sendo “o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preços”.

³⁶ Item 26, Portaria SEAE nº 70/2002

investidores e a sua concorrência. Nesse caso a estratégia predatória se viabiliza pela existência de imperfeições no mercado de capitais, derivadas da existência de assimetrias informacionais.”³⁷

Cabe observar que a primeira afirmativa traz em si um conteúdo claramente derivado da abordagem neoclássica, pela qual a possibilidade de obtenção de financiamento por todos os concorrentes eficientes tornaria improvável a prática de preços predatórios³⁸. Os concorrentes poderiam suportar as perdas incorridas pela redução da demanda decorrente prática de preços abaixo do custo pelo agente predador ou acompanhar a redução de preços concomitantemente.

A segunda afirmação, por sua vez, já traduz como pano de fundo a teoria dos comportamentos estratégicos acima esplanada, admitindo comportamentos complexos em um contexto de acesso desigual de informações.

Novamente, se não são encontradas as condições necessárias para a obtenção de financiamento, seja de terceiros ou por seus próprios meios, o Guia recomenda o arquivamento do processo. Interessante destacar que se admite expressamente que as etapas anteriores são destinadas à verificação da possibilidade de recuperação dos prejuízos incorridos pelo agente predador³⁹.

Significa dizer que, precipuamente, a portaria em referência adota a linha afirmada pela Suprema Corte Norte-Americana, definido no caso *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*⁴⁰. Assim sendo, poderão

³⁷ Item 29, Portaria SEAE nº 70/2002

³⁸No que tange ao tema sob análise, para a Escola de Chicago, não haveria racionalidade econômica na conduta predatória, uma vez que (i) não bastaria a redução do preço, mas a capacidade de expandir a produção com os preços abaixo do custo, importando em grandes prejuízos; (ii) as empresas concorrentes poderiam se proteger de tal conduta, por meio de financiamentos que permitiriam sobreviver à perda de demanda decorrente redução dos custos da empresa predatória, ou até mesmo reduzir concomitantemente os seus preços, tornando a prática inócua; e (iii) ainda que os concorrentes fechassem, somente seria possível a recuperação dos prejuízos se o mercado não fosse contestável, já que a posterior elevação dos preços tornaria o mercado atrativo para novos concorrentes. (Nesse sentido ver hovenkamp; bolton; calixto condutas)

³⁹ “Uma vez tendo se estabelecido que existem condições necessárias para a recuperação das perdas incorridas pelo acusado da suposta conduta predatória, a SEAE passará à etapa seguinte, na qual devem ser analisados os fatores referentes ao exercício da predação propriamente dita.”

⁴⁰ Apesar de deixar claro a necessidade de demonstração de preço abaixo de custo, a Suprema Corte não adentrou na análise dos custos da empresa, até mesmo porque achou desnecessária a análise detalhada dos mesmos, uma vez que estabeleceu outro

ser repetidas todas as críticas tecidas ao caso Brooke, na medida em que desconsidera todas as outras possibilidades de intenção do agente econômico, que não o posterior aumento de preços. A racionalidade da predação pode estar calcada, dentre outros, na intenção de criar (i) a impressão de “hiper eficiência”, decorrente dos preços menores; (ii) a reputação de empresa concorrencialmente agressiva, aumentando as barreiras de entrada naquele seguimento; e (iii) defender a manutenção do poder de mercado já adquirido.

Nesse contexto, a empresa predadora poderá emitir sinais equivocados a respeito da oferta e da demanda, induzindo os demais agentes a acreditarem que as condições de mercado não estão favoráveis para a manutenção/ criação de um empreendimento (*cost signaling*)⁴¹. A empresa pode também almejar criar uma reputação de empresa agressiva (*reputation effect*), que retalha os concorrentes que tentam aumentar a sua atuação em determinados mercados⁴². Essas estratégias incluem, além do *cost signaling* e do *reputation*

critério a priorístico cogente para determinação da racionalidade da conduta predatória, o *recoupment* ou recuperação.

A Suprema Corte afirmou a necessidade de apresentação de prova que demonstre a capacidade do agente aumentar o preço acima do nível de mercado após a conclusão da prática (capacidade de recuperação) de maneira a compensar o prejuízo incorrido pelo agente ao longo da predação (suficiência da recuperação).

A racionalidade da conduta, portanto, estaria adstrita ao aumento de receita do agente (ou sua probabilidade) após a predação. Para que tal condição seja satisfeita, imperiosa a existência de (i) estrutura de mercado que facilite a predação (alta concentração do mercado relevante); (ii) barreiras à entrada; e (iii) capacidade de absorver a demanda da empresa vítima de predação.

Caso esses requisitos não estejam presentes, prescindível a avaliação dos preços praticados com relação aos custos do agente, já que não haveria como o acusado de predação causar impacto na concorrência. Somente após a verificação da existência de toda essa conjuntura é que se passaria a analisar a política de preços da empresa. Ao analisar os fatos, porém, a Suprema Corte evidencia que para fazer prova da recuperação, é necessário demonstrar o posterior aumento do preço ou que este aumento seria provável ante a nova estrutura de mercado. In: Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993); <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=509&invol=209>

⁴¹ Devido a pouca utilização desses conceitos no âmbito da concorrência pátria, entende-se melhor a manutenção de suas designações originais.

⁴² O mercado predado não precisa ser necessariamente o mercado alvo. A empresa poderá assumir uma posição predatória em um mercado no qual já tenha posição dominante, mas não com o intuito de eliminar a concorrência restante, mas sim de criar uma reputação de agressiva, para um outro mercado no qual não possui posição dominante.

*effect, o test market e signal jamming*⁴³.

Por fim, resistindo o caso a todas as etapas anteriores, deverá ser feita a comparação entre preço e custo. Significa dizer que o confronto entre o preço e o custo somente se dará após a confirmação de um contexto de mercado que as autoridades entenderam como as condições necessárias para um que a conduta predatória resulte em efeitos negativos para a concorrência.

Nesse ponto, utiliza-se da metodologia firmada pelo Tribunal de Justiça Europeu no caso da AKZO Chemie BV v Comissão Européia⁴⁴. O padrão para verificação de “preço abaixo do custo”, terá o custo variável médio como limite mínimo, o preço praticado abaixo desse limite deverá considerado ilegal. Os preços acima do custo total médio, por sua vez, serão considerados como competitivos, recomendando a Portaria SEAE n° 70/2002 o arquivamento do processo. Os preços praticados entre esses dois parâmetros deverão ser cuidadosamente analisado, pois somente a análise no caso concreto é que irá determinar a legalidade da pratica, ou seja, não há presunção pré-determinada.

Sendo assim, resta evidente que, tal qual a Resolução CADE n° 20/1999, a Portaria SEAE n° 70/2002 prevalece a sistemática desenvolvida pela Suprema Corte Norte-Americana, com base na doutrina neoclássica, pela qual o custo somente deverá ser confrontado após a verificação das possibilidades de

⁴³ BOLTON, Patrick, BRODLEY, Joseph F. RIORDAN, Michael H. **Predatory Pricing: Stragic Theory and Legal Policy**. The Georgetown Law Journal, Vol. 88. N° 8 pp. 2239-2330, Agosto, 2000.

⁴⁴ “71 Prices below average variable costs (that is to say, those which vary depending on the quantities produced) by means of which a dominant undertaking seeks to eliminate a competitor must be regarded as abusive. A dominant undertaking has no interest in applying such prices except that of eliminating competitors so as to enable it subsequently to raise its prices by taking advantage of its monopolistic position, since each sales generates loss, namely the total amount of the fixed costs (that is to say, those which remain constant regardless of the quantities produced) and, at least, part of the variable costs relating to the unit produced.

72 Moreover, prices below average total costs, that is to say, fixed costs plus variable costs, but above average variable costs, must be regarded as abusive if they are determined as part of a plan for eliminating a competitor. Such prices can drive from the market undertakings which are perhaps as efficient as the dominant undertaking but which, because of their smaller financial resources are incapable of withstanding the competition waged against them.

73 These are the criteria that must be applied to the situation in the present case.” (Julgado C-62/86)

recuperação dos prejuízos pelo agente econômico. Não obstante, contém em si alguns elementos decorrentes da teoria dos comportamentos estratégicos na avaliação dos meios e objetivos adotados pela empresa acusada de predação.

Contudo e conforme pôde ser observado em todos as fontes utilizadas no presente estudo, a diferenciação de uma concorrência legítima de uma atuação econômica ilegal é um exercício extremamente complexo, sujeito a diversas falhas, ainda não superadas nem pela doutrina, nem pela jurisprudência.

À guisa de exemplo, cita-se a própria prática de preços baixos. Terá o agente logrado obter licitamente alguma vantagem competitiva sobre os seus concorrentes que o permite praticar preços mais baixos, ou estará ele utilizando meios artificiais na tentativa de se sobrepor no mercado?

O CADE, órgão máximo das decisões administrativas referentes às infrações à ordem econômica, tem decidido diversos processos abrangendo a temática de prática de preços abaixo do custo.

No caso da Microsoft Informática Ltda. e Paiva Piovesan Engenharia e informática Ltda., a Microsoft estava sendo acusada, em suma, das seguintes condutas:

- “1. inclusão do software de gerenciamento financeiro ‘Money 97’ no pacote de aplicativos denominado ‘Microsoft Office for Small Business 97’ (‘SBE Office’), o que poderia caracterizar venda casada (inciso XXIII do artigo 21);
2. venda de 250 mil cópias ao Banco do Brasil e 110 mil cópias à Caixa Econômica Federal do software gerenciador financeiro ‘Money 97’, o que teria restringindo a entrada de outros concorrentes no mercado (incisos IV e V do artigo 21);
3. restrição ao acesso dos produtos concorrentes aos maiores distribuidores nacionais de software, que são também distribuidores de Microsoft (incisos V e VI do artigo 21)”⁴⁵

Decidiu-se sumariamente pela inexistência de preços predatórios, em primeiro lugar, porque o preço de revenda para o consumidor não acompanhou as reduções de preço da Microsoft para os distribuidores. Segundo, porque o custo marginal de reprodução de software, uma vez já desenvolvida a tecnologia, é desprezível, tornando ineficiente a avaliação de “prática de

⁴⁵ Processo Administrativo nº 0812001182/98-31;

preços abaixo do custo”⁴⁶. Por fim, os baixos custos de adaptação e atualização do software implicariam em baixas barreiras à entrada, razão pela qual não haveria como impedir a entrada de novos agentes, impedindo a posterior elevação de preços e esvaziando a prática de racionalidade.

Quanto ao primeiro critério, considerou-se o preço praticado entre as distribuidoras e os consumidores finais e não entre os fabricantes e os distribuidores⁴⁷. Contudo, a conduta reputada como predatória estaria na compra e venda entre os fabricantes e distribuidores. Ao considerar que os fabricantes raramente vendem os seus produtos de forma direta aos consumidores finais, para estas empresas, o preço determinante para a avaliação da conduta é aquele praticado com relação às distribuidoras. Destarte, teria sido recomendável a verificação do preço dentro do mercado no qual as empresas efetivamente competem com o preço.

De fato, o cálculo de preços abaixo do custo é extremamente difícil no caso de softwares e são baixos os custos irrecuperáveis de entrada no mercado. O que não se considerou, para a verificação da existência de predação, é a venda a preços extremamente baixos permitiriam a criação dos efeitos de externalidades de rede⁴⁸. A externalidade de rede, por sua vez, gera uma barreira de entrada, dificultando a entrada de novos concorrentes. Esses elementos, apesar de descartados na avaliação de preços predatórios, foram considerados para a análise de prática de venda casada e tentativa de dominar o mercado.

Não se propõe afirmar a prática de preços predatórios no caso em questão, o que exigiria a análise de todos os documentos trazidos aos autos,

⁴⁶ Dentro desse contexto de desconsiderar a possibilidade de predação, o CADE não adentrou na qualificação do custo a ser utilizada, afirmando apenas que no caso em concreto seria “praticamente impossível a avaliação real das condições efetivas de custo. Por outro lado, o comportamento dos preços ao longo do tempo, como visto acima, não sinaliza para a necessidade de análise detalhada de custos, já que não revela indícios de que tenha ocorrido queda dos preços para o consumidores ou venda abaixo do custo.” (Processo Administrativo nº 0812001182/98-31)

⁴⁷ “(...) embora os preços do Money aos distribuidores, determinados pela Microsoft, tenham sido reduzidos seguidamente de 1995 a 1997, sendo elevados apenas no ano de 1998, os preços cobrados aos usuários finais, fixados pelas revendas, não acompanharam estas reduções.” (Processo Administrativo nº 0812001182/98-31)

⁴⁸ Externalidade de rede caracteriza-se pela vinculação do consumidor a uma ou várias redes, tornando difícil a mudança de um produto a outro, dada a necessidade de existência de uma rede de participantes, conforme definido no próprio acórdão do processo administrativo em referência.

mas tão somente alertar para os inúmeros vieses dos casos, razão pela qual se sustenta a dificuldade de determinação de preços predatórios, bem como dos critérios a serem utilizados.

Outro processo, talvez um dos julgados mais emblemáticos referentes a preços predatórios analisados pelo CADE, é o caso no qual figura como representante a Labnew Indústria e Comércio Ltda. e como representadas a Merck S.A. Indústrias Químicas e MB Bioquímica Ltda.

No caso em questão, a Labnew estava sendo acusada de vender tubos de coleta de sangue a vácuo por preços abaixo dos custos em licitações públicas. Os preços baixos seriam obtidos por meio de *dumping*, ou seja, de importações por preços mais baratos do que no próprio mercado de origem. As importações em condições ilegalmente mais vantajosas permitiria a prática dos preços predatórios. Resumo das principais características do mercado envolvido no caso pode ser dado pela transcrição parcial da ementa⁴⁹:

“Acusação de preço predatório e de criação de dificuldade a empresa concorrente, Art. 21, incs. V e XVIII, c/c art. 20, inc. I, da Lei 8.884/94. Análise das condições estruturais do mercado: 1) mercado relevante de produto: tubos para coleta de sangue a vácuo, sem distinção do tipo ou tamanho; 2) mercado relevante geográfico: território nacional; 3) estrutura do mercado: mercado concentrado; 4) barreiras à entrada: elevadas; mercado relevante relativamente contestável por exportações; ausência de concorrência potencial vigorosa; 5) inexistência de posição dominante. Necessidade de comparação custo/preço de venda. A prática não configura preço predatório.”

Na análise do caso o acórdão, desde o início, estabelece explicitamente um paralelo entre os artigos 20 e 21, da Lei n° 8.884/94 com a Seção 2 do Sherman Act, conceituando predação como “uma espécie de estratégia adotada por qualquer firma numa tentativa de monopolizar o mercado de algum produto”⁵⁰. Ressalva, ainda, que somente uma empresa com posição dominante teria condições de praticar preços infracompetitivos, expulsando os concorrentes do mercado, com a conseqüente elevação dos preços.

É de se ressaltar, porém, que a legislação brasileira, conforme supra analisada, em momento algum exige a existência de poder de mercado para a

⁴⁹ Processo Administrativo n° 08000.013002/95-97, pg. 3159

⁵⁰ Processo Administrativo n° 08000.013002/95-97, pgs. 3161-3162

prática de preços predatórios, já que os efeitos contidos nos incisos I e II, do artigo 20, da Lei nº 8.884/94, sendo esse tão-somente imprescindível para o enquadramento no inciso IV, do referido artigo, referente ao abuso de posição dominante⁵¹. Tampouco deverá ser considerada como finalidade exclusiva a tentativa de monopolizar o mercado, requisito previsto expressamente no Sherman Act, na medida em que isso compreende apenas um dos possíveis efeitos da predação, positivado no inciso II, da lei brasileira. Em suma, não é compatível com a ordem econômica nacional a equiparação da Lei nº 8.884/94, nesse quesito, com a legislação norte-americana.

O julgamento adota a linha cética da Suprema Corte Norte-Americana, aludindo textualmente à Escola de Chicago, segundo a qual, a prática de preços predatórios configura uma prática destituída de racionalidade e de difícil realização, conforme supra explicitado. Para tanto, tem-se como pressuposto um ambiente perfeitamente competitivo e de completa informação⁵².

A Resolução CADE nº 20/99 é tomada como base da análise e, conforme o voto, consiste na (i) avaliação da conduta ao longo do tempo, para que comportamentos sazonais não venham a ser considerados abusivos; e (ii) a análise de comportamentos estratégicos do agente econômico; ambos dentro de um contexto de preço abaixo do custo variável médio.

Ocorre que, no caso ora analisado, comportamento estratégico é visto tão-somente como capacidade de *recoupment*. Assim, indica-se como metodologia a verificação primeira das estruturas de mercado⁵³, para uma

⁵¹ Isto porque uma empresa que não detém poder dominante no mercado relevante, mas possui participação.

⁵² “Assumindo um ambiente perfeitamente competitivo, uma firma engajada em tal conduta, incorreria em severas perdas de curto prazo na sua tentativa de causar prejuízos aos rivais, que ela racionalmente não consideraria tal estratégia. Ainda que a firma engajassem em tal conduta e fosse bem sucedida na eliminação dos rivais, para ser lucrativo a firma predadora necessitaria recuperar as perdas por meio de elevação de preços mais tarde a níveis supracompetitivos. Num ambiente de completa informação preços em tais níveis atrairia novos competidores (na esperança de obter lucros supranormais), reduzindo as chances da firma, de recuperação de suas perdas. Percebendo isso, a firma calcularia a baixa probabilidade de recuperação de lucros perdidos e evitaria tal conduta.” (Processo Administrativo nº 08000.013002/95-97, pg. 3162)

⁵³ (1) mercado relevante concentrado; (2) posição dominante; (3) alto nível de barreiras de entrada; (4) excesso de capacidade do predador; e (5) remoção dos ativos dos concorrentes expulsos do mercado.

posterior análise do preço nos termos de Areeda e Turner e, enfim, de possibilidade de recuperação dos prejuízos incorridos.

Assim sendo, o voto conclui pela (i) existência de mercado relevante concentrado; (ii) barreiras a entrada não elevadas, mas inexistência de concorrência potencial vigorosa; e (iii) possibilidade de recuperação dos prejuízos. Aponta, ainda, para a possibilidade de suprir elevação de demanda por meio de importação.

No que tange a estrutura de mercado, somente não restou caracterizada a posição dominante, apesar de identificado o aumento contínuo de participação no mercado das empresas ao longo do tempo. Ou seja, em um primeiro momento são encontrados todos os elementos que tradicionalmente levariam à conclusão pela existência de prática predatória.

Na questão da análise dos preços, apesar de adotar o custo variável médio, o Conselheiro relator entendeu por bem seguir a metodologia de William Baumol e incluiu todos os custos que não os irrecuperáveis, dentro do cálculo de custo variável médio. Nesse contexto, não foi encontrado preço abaixo do preço de internação médio do produto⁵⁴.

Ocorre, contudo, que a conclusão foi pela inexistência de prática de preços predatórios, nos termos da Lei n° 8.884/94 e da Resolução CADE n° 20/99, uma vez que o preço praticado igual ou superior ao custo variável médio não pode forçar a saída ou impedir entrada de concorrente igualmente eficiente.

De pronto, é possível notar a possibilidade de transposição das críticas doutrinárias feitas à linha neoclássica, bem como as ponderações tecidas com relação à aplicação da Resolução CADE n° 20/1999.

Poucos meses depois o CADE apreciou uma averiguação preliminar envolvendo outro caso de preço predatório, cujo principal argumento para a desconsideração da prática predatória foi a ausência de posição dominante, já que a participação da empresa não alcançava mais de 1% do mercado relevante. O contexto teórico para a decisão, continuou nas mesmas bases do julgamento do caso Labnew, qual seja, a teoria neoclássica de preços predatórios:

⁵⁴ “Como o custo de internação é o custo direto e variável, considero-o como o referencial apropriado para se chegar ao custo variável médio base para a aferição de existência ou não do preço predatório. Assim, considero a comparação custo de internação/preço líquido de vendas feito pelas Representadas como um teste adequado para verificar a ocorrência de preço abaixo do custo.” (Processo Administrativo n° 08000.013002/95-97, pg. 3195)

“(...) Preços predatórios contra concorrente do mesmo mercado relevante são suficientemente baixos para reduzir a demanda pelo produto do concorrente abaixo do nível que lhe proporciona equilíbrio financeiro, causando-lhe prejuízos e eventualmente levando a sua expulsão do mercado. A estratégia de tal política de preços se torna racional para uma firma que tem por objetivo maximizar o valor presente de seus lucros quando o ônus econômico incorrido pelo predador, decorrente da prática de preço abaixo do nível que lhe proporciona maior lucro no curto prazo, é compensado pelo bônus representado pela possibilidade de acréscimo de poder de mercado, e conseqüentemente maiores lucros futuros, com a eventual saída de concorrente. A viabilidade de tal estratégia depende de que o praticante possua significativo poder de mercado inicialmente, já que, do contrário, seria pequena a sua capacidade de deprimir o preço de mercado a que se submete o seu concorrente e vítima somente com o aumento de sua produção.(...)”⁵⁵

Em síntese, ponto que diferencia substancialmente a legislação brasileira das demais, no que tange preços predatórios e infrações à ordem econômica em geral, é a ausência da imposição expressa de detenção de posição dominante pelo agente econômico acusado de infração. Assim, a existência de prática predatória não deveria ser descartada ante a simples verificação da inexistência de posição dominante no mercado sob análise. Certamente deter posição dominante é um ponto de peso na análise levada a cabo pelas autoridades antitruste, mas não é uma condição legal cogente, tal qual nos Estados Unidos e na Europa.

É possível afirmar que as autoridades antitrustes brasileiras têm incorporado elementos de ambas as linhas jurisprudenciais estrangeiras. Todavia, resta patente a predominância do entendimento empossado pela Suprema Corte Norte-Americana e a análise neoclássica do fenômeno predatório, tanto nas prescrições legais editadas pelas autoridades administrativas, quanto nos julgados do CADE.

Em decorrência dessa influência norte-americana, uma questão que tem sido bastante suscitada nas avaliações levadas a cabo pelo sistema brasileiro de defesa da concorrência é a relevância da capacidade da empresa conseguir recuperar os prejuízos incorridos durante a prática de preços abaixo do custo.

Para tanto, é realizado detalhamento do mercado envolvido, para verificação de barreiras à entrada, contestabilidade, dentre outros fatores su-

⁵⁵ Averiguação Preliminar nº 08000.027491/95-73

pra discutidos, que permitiriam a manutenção da posição alcançada no mercado às custas da predação, bem como a elevação dos preços necessária para a citada recuperação do agente.

Em se tratando de empresa submersa, porém, a discussão voltada para a recuperação se torna inócua, uma vez que não há que se falar em prejuízo. A prática de preços abaixo do nível de mercado não se dá por meio da imposição de preços abaixo dos custos incorridos pela empresa. Ao contrário, o agente reduz deliberadamente os seus custos de produção por meio do não cumprimento da totalidade de suas obrigações legais.

Significa dizer que a empresa reduz *ilegalmente* os seus custos, e por isso pratica sem prejuízos preços que, para as demais concorrentes formais, seriam considerados preços abaixo do custo. Implica em dizer que não há uma redução de receitas para a empresa predadora, ao contrário, dependendo do grau de submersão, poderá ocorrer da empresa auferir lucros maiores que as suas concorrentes, a despeito do preço inferior.

Em suma, em casos de prática de preços abaixo do mercado por empresas submersas, preços estes que seriam abaixo do custo para empresas formais, não haverá utilidade em verificar as condições do mercado que possibilitariam eventual recuperação, pois não há perda financeira para o agente predador.

Nestes casos, portanto, restarão superadas as críticas feitas à necessidade de identificação da possibilidade de recuperação, uma vez que ela se mostrará irrelevante para a caracterização de infração à ordem econômica no contexto ora analisado.

Destarte, será efetivada a verificação da possibilidade de caracterização de infração à ordem econômica, em especial, a prática de preços predatórios, nos casos em que as empresas estão inseridas em alguma espécie de informalidade. Considerando a inexistência do fenômeno de recuperação em casos de empresas informais, a análise partirá da avaliação da relação entre custos e preços, ponto que melhor identifica a atuação irregular do agente.

Nesse sentido, de relevância significativa para o presente estudo é a definição dos custos adotada pelo CADE, que seguiu a linha européia. A mesma será utilizada para a avaliação da repercussão da informalidade nos custos das empresas, em conjunto com a análise do mercado, levando em consideração as peculiaridades inerentes à análise hipotética de um contexto de informalidade econômica.

IV. Informalidade e Predação

(1) Da competência do CADE para a apreciação da matéria

Em processo administrativo tendo como representantes Nereu Crispin e Nilppa Comercial de Materiais de Materiais de Construção Ltda e como representada a Sociedade dos Mineradores de Areia no Rio Jacuí Ltda. – SMARJA, o CADE foi chamado a se manifestar a respeito da acusação contra a SMARJA, de que estaria praticando sonegação fiscal por meio das pessoas jurídicas ligadas a seus sócios, como meio de viabilizar a redução do preço praticado ao consumidor final. Significa dizer que as acusações consistiam no conluio entre as empresas dos sócios, sonegação e prática de preços predatórios.

O CADE votou pela inexistência de infração à ordem tributária, com fundamentação na sua incompetência para a análise de questões regulatórias, bem como da impossibilidade de condenação de uma única empresa (SMARJA) por conluio, e determina a remessa dos autos ao Ministério Público Estadual. Paradoxalmente, afirma que o não cumprimento da legislação tributária constitui verdadeira concorrência desleal, nos seguintes termos:

“Ademais, é imperioso registrar que outra espécie de atuação concertada entre as empresas ligadas aos sócios da SMARJA foi apontada nestes autos, conquanto fuja à alçada de competência deste CADE examiná-la. Referimo-nos à alegação de que a SMARJA estaria praticando sonegação fiscal, em benefício exclusivo das empresas ligadas a seus sócios. Tal sonegação, em benefício exclusivo das empresas ligadas a seus sócios. Tal sonegação, desta forma, estaria sendo usada como instrumento para a viabilização de uma melhor oferta de preços ao consumidor final. Trata-se de conduta que, obviamente, viola o direito à concorrência por via reflexa, posto que alcança melhores preços mediante burla à legislação tributária constitui, além de crime contra a ordem tributária, verdadeira prática e concorrência desleal.”⁵⁶

De fato, a incompetência do CADE, bem como dos demais órgãos do sistema de defesa da concorrência, para a análise da documentação do agente e constatação inadimplemento quanto às obrigações tributárias, previdenciárias, trabalhistas ou fito-sanitárias, dificulta a análise da existência de infração à ordem econômica, nas hipóteses em apreço. Essa inabilitação

⁵⁶ Processo Administrativo nº 08012.000208/99-79, pgs. 1453-1454.

consiste em um complicador de difícil solução no panorama atual do funcionamento das instituições públicas.

É público e notório a mora na apreciação das demandas, sejam elas jurídicas ou administrativas. Os procedimentos administrativos podem levar anos para chegarem a uma conclusão. Após o desfecho administrativo, ainda é possível levar a questão ao judiciário, que necessitará de mais alguns anos para a resolução da lide.

Em um caso complexo de prática predatória, no qual o preço praticado pelo agente se encontra acima de seus custos, mas os custos são incompreensivelmente baixos, a suspeita deverá recair sobre a redução artificial e portanto ilegal dos custos. Para os órgãos de defesa da concorrência estabelecer a causa da redução ilegal dos custos far-se-ia imprescindível a avaliação do adimplemento das obrigações supra citadas.

Certamente o ideal seria a possibilidade de oficiar aos órgãos interessados para que se manifestassem a respeito do caso. O tempo necessário para as manifestações, porém, provavelmente iria tornar inócuo o processo visando coibir as práticas ofensivas à ordem econômica. Ademais, as empresas certamente iriam alegar que uma condenação do CADE com base na sonegação de tributos, por exemplo, precisaria aguardar o trânsito em julgado do processo administrativo correspondente, tal com a apreciação de existência de crime contra a ordem tributária⁵⁷, o que tardaria ainda mais a conclusão do procedimento perante o sistema brasileiro de defesa da concorrência.

Pra contrapor este argumento da necessidade de conclusão de processo administrativo fiscal para que sejam apreciados os efeitos decorrentes da infração pela autoridade antitruste, tem-se a hipótese de crime contra a ordem econômica, processo penal este que não depende do processo administrativo correspondente, nem tampouco o contrário é verdadeiro.

⁵⁷ HABEAS CORPUS. PENAL. TRIBUTÁRIO. CRIME DE SUPRESSÃO DE TRIBUTO (ART. 1º DA LEI 8.137/1990). NATUREZA JURÍDICA. ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Na linha do julgamento do HC 81.611 (rel. min. Sepúlveda Pertence, Plenário), os crimes definidos no art. 1º da Lei 8.137/1990 são materiais, somente se consumando com o lançamento definitivo. 2. Se está pendente recurso administrativo que discute o débito tributário perante as autoridades fazendárias, ainda não há crime, porquanto “tributo” é elemento normativo do tipo. 3. Em consequência, não há falar-se em início do lapso prescricional, que somente se iniciará com a consumação do delito, nos termos do art. 111, I, do Código Penal. (HC 83414; Relator Min. Joaquim Barbosa; DJU de 23.4.2004)

Por outro lado, sem essa avaliação específica, a condenação por preços predatórios se daria por meio da mera presunção, de que preços resultantes de custos mais baixos do que os demais existentes no mercado seriam decorrentes de práticas ilegais. Esse tipo de avaliação corre o risco de punir empresas eficientes, que realmente trazem benefícios para o mercado e os consumidores.

A bem de destacar as medidas que vem sendo tomadas para melhoria desse quadro, no que tange à matéria em comento, cumpre ressaltar que a Secretaria de Direito Econômico e a Secretaria da Receita Federal celebraram um convênio objetivando o intercâmbio de informações. O convênio estabelece formas mais práticas de comunicação entre esses órgãos, por meio de procedimentos pré-estabelecidos e acesso on-line de alguns dados. Não há, contudo, prazo para atendimento das informações solicitadas por um ou outro órgão. Ademais, o convênio não soluciona o problema em questão, já que as informações não terão caráter definitivo quanto à existência de ato ilícito ou não.

Hipótese em que o convênio poderá facilitar a análise do sistema de defesa da concorrência é em caso de já existir débito inscrito em dívida ativa referente ao mesmo período em que se alega a prática de preços predatórios. Ou seja, em caso de dado pré-existente referente ao agente econômico representado.

Significa dizer que, apesar dos altos índices de sonegação fiscal, inadimplência previdenciária e trabalhista, bem como desvios das normas de produção, a inclusão desses fatores na apreciação de condutas potencialmente lesivas à economia será de difícil operacionalização, ante a falta de preparo das autoridades públicas em atender as demandas.

Cumpre ressaltar que esses fatores de informalidade supracitados, em si, não constituem infração à ordem econômica. Eles serão infrações tributárias, inadimplência contratual trabalhista e assim por diante caso as reduções de custo não sejam repassadas para o preço ou utilizadas de outra forma a falsear a concorrência. Assim, a avaliação do não cumprimento das obrigações legais por parte das empresas somente importa na medida em que essas infrações garantem os meios para atingir um dos efeitos elencados no artigo 20, da Lei nº 8.884/94.

É a partir dessa premissa em que reside a competência do CADE para a verificação da existência de informalidade na atuação dos agentes econômicos. Até mesmo porque, a única imunidade à observação dos princípios concorrências é no caso de planejamento impositivo, previsto no artigo 174, da Constituição Federal.

“Salvo essa hipótese específica, inexistente imunidade concorrencial. A Lei nº 8.884, em seu art. 15, expressamente submete ao regime antitruste

todas as pessoas físicas ou jurídicas, de regime de direito público ou privado, mesmo que exerçam atividades sob regime de monopólio legal. Essa disposição corresponde ao desejo de submeter ao controle do CADE todos os atos e ajustes entre as empresas, mesmo aqueles sujeitos ao controle estatal. Isso faz com que a desaplicação do direito antitruste só possa ser cogitada em hipóteses excepcionais, não bastando para isso uma situação jurídico-formal.”⁵⁸

Não só o referido artigo 15, da Lei nº 8.884/94⁵⁹, atribui ampla extensão à aplicação da legislação antitruste, como também prevê expressamente aplicação a quaisquer agentes econômicos, ainda que não estejam juridicamente constituídas. Ou seja, abre a possibilidade de aplicação da lei para os agentes paralelos.

Dentro desse contexto amplo anteriormente delineado, tem-se que, a despeito da impossibilidade de afirmar a existência de infrações outras que não à ordem econômica, nos termos previstos pela Lei nº 8.884/94, é prerrogativa do CADE apreciar e julgar todas as hipóteses de condutas anticoncorrenciais.

Como na determinação da existência de algumas condutas, bem como na apreciação de fusões e aquisições, dentre outros procedimentos, na forma regulamentada pelo artigo 54, da Lei nº 8.884/94, as decisões do CADE são baseadas em projeções acerca do mercado, ou as possíveis condutas do agente econômico.

O mesmo poderá ser feito nos casos de possibilidade de atuação informal do agente econômico analisado. Haverá circunstâncias em que será plausível atribuir como causa dos efeitos anticompetitivos o não cumprimento de alguma determinação legal, independente de procedimento específico, conforme poderá ser depreendido abaixo.

Ante competência do CADE para condenar infrações à ordem econômica independentemente das demais cominações legais cabíveis, não se fará imperioso a comprovação cabal da existência dos ilícitos em outras esferas. O importante é a existência dos efeitos prejudiciais à concorrência.

Deste modo serão analisados os aspectos peculiares da verificação de práticas predatórias por parte dos agentes inseridos nesse contexto de economia informal. Por uma questão de melhor compreensão, doravante serão utilizadas as

⁵⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica...* op. cit. pg. 140.

⁵⁹ “Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.”

denominações “paralelo” e “submerso” para diferenciar os agentes mais ou menos tendentes à excluídos da economia formal, segundo as categorias de Camicciali.

Importante ressaltar que existem outras categorias de informalidade, que dependerão da definição adotada ou do mercado específico no qual estiver inserido. Caberá, portanto, à autoridade estabelecer os parâmetros a serem utilizados, quando da análise do caso concreto. Para o presente estudo porém, serão enfocadas as duas categorias mais usuais de informalidade.

(2) Agentes paralelos e a prática de preços predatórios

Retomando o conceito de economia paralela que será ora utilizado, temos “conjunto de atividades econômicas no qual não há uma clara separação entre os fatores trabalho e capital dentro de um determinado processo produtivo geralmente desenvolvido por pequenas unidades de baixa produtividade”⁶⁰.

O agente paralelo, por conseguinte, dificilmente terá participação significativa no mercado relevante do produto. Em verdade, sua existência é raramente levada em consideração pelas autoridades antitruste quando da apreciação dos procedimentos, sejam concentrações, averiguações ou processos administrativos. Ou então são considerados mercados relevantes distintos, sendo considerada inexistente a interação entre as empresas formais e os agentes informais.

Nesse sentido, o voto proferido no ato de concentração da Nestlé Brasil Ltda com Chocolates Garoto S/A é bastante ilustrativo quanto ao tratamento usualmente dado aos agentes da economia paralela:

“Quanto à inclusão das vendas de chocolate artesanais no mercado relevante de chocolate sob todas as formas, acompanho o entendimento da SDE no sentido de que os chocolantes artesanais não exercem pressão competitiva sobre os produtores de chocolates industrializados. Apesar dos esforços das Requerentes em produzir argumentos favoráveis à inclusão destes produtores como ofertantes no mesmo mercado dos produtores de chocolates industrializados, expressos, principalmente através do parecer do ilustre ex-conselheiro do CADE Prof. Arthur Barrionuevo e do estudo da LCA Consultores (ambos juntados em apartados confidencial), entendo que os chocolates artesanais e industrializados concorrem em mercados relativamente distintos, tendo em vista que:

⁶⁰BUGARIN e RIBEIRO. **Fatores Determinantes e Evolução da Economia Submersa no Brasil**. Op. cit. pg.2

1. Os fabricantes de chocolates artesanais, incluindo as duas categorias sugeridas no estudo da LCA (fabricantes de produtos diferenciados com pontos de vendas próprios e preços, em geral, elevados e “fabricantes informais de chocolates e produtos à base de chocolate”), não dispõem de capacidade produtiva suficiente para responder tempestivamente a um aumento da demanda por seus produtos diante de uma elevação de preço pelas grandes empresas;
2. Mesmo que, por hipótese, fosse possível esta elevação na oferta dos fabricantes de chocolates artesanais, as empresas fornecedoras do insumo básico, cobertura de chocolate (Nestlé/Garoto e Arcor), poderiam impor uma elevação no preço deste insumo, inviabilizando a ocupação de parcelas do mercado pelas fabricantes de chocolates artesanais;
3. Os ofertantes de chocolates artesanais não possuem estrutura de distribuição capilarizada. Em razão da pequena escala de produção, não podem recorrer a redes atacadistas e tampouco realizam vendas em supermercados ou hipermercados. Sua presença se faz basicamente ao nível local em pontos de venda dispersos, incapazes de atender parcelas do mercado suficientes para dissuadir elevações de preços das ofertantes de chocolates industrializados;
4. Mesmo supondo a existência de capacidade produtiva, disponibilidade de insumo a preço competitivo e rede de distribuição capilarizada, ainda assim é improvável que consumidor substitua o chocolate industrializado pelo chocolate artesanal em razão da fidelidade à marca presente neste mercado. Os fabricantes artesanais não dispõem de recursos nem escala suficiente para custear os elevados gastos em fixação de marca e propaganda, sendo improvável o deslocamento da demanda sem a realização destes gastos.

Em vista dos argumentos acima, entendo que é inadequado o cômputo das vendas de chocolates artesanais na estrutura de oferta do mercado de chocolates sob todas as formas, o qual deve incluir somente vendas de chocolates industrializados.”⁶¹

- A diferença essencial entre o agente informal e o agente submerso é a capacidade econômica do agente. A empresa informal não tem condições financeiras para suportar as obrigações que lhe são impostas pelo Estado. O agente submerso, do contrário, opta pela não observância das regulações estatais apesar de ter condições de adimplemento, visando a obtenção de vantagens comparativas artificiais

⁶¹ Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89

- Esse panorama permite considerar que a empresa informal, individualmente considerada, não haverá condições econômicas com o condão de causar os efeitos elencados no artigo 20, da Lei nº 8.884/94, já que a sua atuação não será capaz de limitar ou falsear à livre iniciativa e concorrência, muito menos dominar mercado relevante ou abusar de posição dominante.

Em um caso de cooperativas⁶², que possuem tratamento tributário especial, o CADE, foi incitado a manifestar-se a respeito da utilização indevida de benefícios fiscais para a prática de preços abaixo do mercado. A cooperativa estaria vendendo a pessoas não associadas sem a devida escrituração, ou seja, não estaria recolhendo o imposto devido por atos não cooperados.

A questão foi resolvida de modo sucinto, uma vez que se detectou que as barreiras de entrada eram baixas e que os preços não tiveram efeito anticompetitivo, ao contrário, o número de agentes dentro do mercado relevante aumentou. Sendo o mercado pulverizado, não haveria participação relevante da empresa. Conseqüentemente, decidiu-se inexistência da possibilidade da conduta redundar nos efeitos previstos no artigo 20, da Lei nº 8.884/94. Nesse processo o CADE declarou a sua incompetência para analisar se a cooperativa estava seguindo ou não a legislação específica aplicável, principalmente ante a inexistência de efeito anticoncorrencial.

Diante dessas considerações, improvável a concretização dos efeitos considerados prejudiciais para a ordem econômica, em decorrência da prática de preços abaixo do custo por um agente informal que não cumpre suas obrigações legais.

(3) Agentes submersos e a prática de preços predatórios

Contextualizando, portanto, o agente econômico submerso será aquele que, aparentemente está dentro dos padrões da formalidade. Possui registro no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, os respectivos cadastros fiscais, documentos societários devidamente registrados em cartório, dentre outros. Ocorre que, apesar de aparentar formalidade, o agente não cumpre com todas as suas obrigações legais que importam em custo. Significa dizer que em um primeiro momento, não será possível detectar a sua condição de submersa, sem uma análise detida da documentação contábil da empresa.

⁶² Processo Administrativo nº 08012.007818/98-77

Sendo assim, esses agentes serão contabilizados quando da verificação da participação no mercado relevante em caso de procedimentos administrativos na ceara da defesa da concorrência. Implica em dizer que esses agentes submersos constituem efetiva concorrência para os demais agentes formais, bem como poderão ter participações significativas de mercado.

A apreciação de uma matéria por um órgão judicante impõe a análise do caso em concreto, avaliando as suas peculiaridades à luz da legislação vigente. Dessa forma, não é possível estabelecer uma previsão normativa para os efeitos econômicos decorrentes da operação de uma empresa na informalidade, uma vez que as conseqüências dependerão das características do mercado relevante considerado, bem como da participação empresa dentro daquele mercado. Questiona-se quais poderão ser os parâmetros mais adequados para a avaliação, quanto aos efeitos concorrenciais, principalmente quanto à pratica de preço predatório, em se tratando de empresas inseridas em um contexto de informalidade.

Dentro desse panorama, em casos de acusação de preços predatórios, poderemos verificar as seguintes conseqüências decorrentes da situação econômica bem como do modelo de análise de preços predatórios.

Primeiramente, será determinado o mercado relevante geográfico e do produto, no qual a participação do agente submersa será incluída. Essa informação é importante na medida em que, conforme dito, tradicionalmente não se incluem empresas “*informais*” nas análises levadas a cabo pelas autoridades antitruste. Isto porque ainda prevalece a concepção entre as autoridades antitruste de economia *não* formal somente em seu primeiro sentido, ora definido como economia paralela.

Conforme anteriormente ressaltado, todavia, no caso das empresas submersas não será possível a sua identificação de imediato, em decorrência de sua aparente formalidade, razão pela qual será levada em consideração para a determinação das características do mercado relevante.

Na hipótese do próprio agente submerso ser representado por prática de preços predatórios, ele poderá até mesmo ocupar posição dominante no mercado relevante em questão. Isto porque a dominação de um mercado não implica na regularidade e legalidade da atuação do agente.

Apesar de não da posição dominante não ser exigido pela legislação, mas por consistir em um requisito jurisprudencialmente construído, a tese acima exposta é importante na medida em que reconhece a possibilidade de empresas submersas possuírem participação relevante e até mesmo posição dominante nos mercados em que atuam.

A dificuldade da análise, em verdade, reside na identificação da qualidade de empresa submersa do agente acusado de predação. Ademais, empresa que sonega impostos ou deixa de recolher os encargos trabalhistas e, por essa razão, pratica preços baixos, estes jamais estarão abaixo de seu custo de produção, justamente porque custos efetivamente arcados são reduzidos ilegalmente. Configura-se, portanto, ainda mais um desafio para a teoria econômica tradicionalmente aplicada.

Adotando a metodologia contida na Portaria SEAE nº 70/2002, a mesma adotada pela jurisprudência predominante do CADE, no que tange ao quesito preço, serão consideradas “as variáveis preço, custo variável médio e custo total médio”.

Primeiramente, a consideração da qualidade de agente submerso somente terá relevância significativa para a análise econômica dos preços predatórios a partir do momento que as obrigações legais não cumpridas serão incluídas nos custos variáveis.

Uma vasta gama de tributos, tais como IPI, ICMS e ISS, serão considerados custos variáveis, uma vez que o aumento da produção, em regra, aumentará a tributação. Isto porque a base de incidência será a quantidade de produtos fabricados ou postos em circulação, ou o número de serviços prestados, dentre outros. Os tributos que incidem sobre o faturamento, lucro ou renda, também tendem a aumentar com o aumento da produção. Estes tributos aumentarão com o incremento da produção, desde que a empresa não tenha, efetivamente, prejuízo. Em poucos casos os tributos serão usualmente custos fixos, tais como o IPTU ou o ITBI.

No entanto, mesmo nos casos de predação tradicional nos quais o agente incorre em prejuízo para a prática de preços abaixo do custo, é pertinente a sua inclusão desses tributos nos custos variáveis, uma vez que seriam custos variáveis usualmente suportados pelo empreendimento formal. No caso da economia submersa não haverá prejuízo, razão pela qual inclusão dos tributos em apreço se fará sem a necessidade de questionamento quanto à existência de sua base de cálculo.

Quanto às contribuições que incidem sobre a folha de salários, bem como as verbas trabalhistas, será preciso averiguar no caso em concreto se o aumento da produção gera um aumento da mão-de-obra, para efeitos de sua inclusão nos custos variáveis.

As regras fito-sanitárias, por sua vez, também exigirão apreciação no caso concreto em decorrência da diversidade de regulamentação na área sanitária.

A imposição pode consistir em mero registro junto ao órgão competente, que será um custo fixo, ou poderá ser a utilização de certo procedimento específico cujos custos aumentarão com a produção e será, portanto um custo variável.

Definidos quais os custos que serão considerados variáveis, far-se-á mister a análise dos dados apresentados pelas partes interessadas quanto ao custo. Se dessa verificação concluir-se desde já pela prática de preços abaixo do custo variável médio, não será necessária perquirição mas aprofundada quanto ao cumprimento das obrigações legais. Isto porque a condição quanto aos custos, no que tange à prática de preços predatórios, já estará patente.

Porém, se uma empresa estiver praticando preços visivelmente abaixo do preço de mercado⁶³, mas estes se mostrarem acima do custo variável médio ou, principalmente, acima do custo total médio do agente, interessante que se faça ponderação do porquê os custos estão tão baixos.

É possível que a empresa demonstre concretamente que possui condições especiais de aquisição de matéria prima, uma eficiência tecnológica diferenciada, ou algum outro fator de produção que justifique a existência de custos tão abaixo dos demais concorrentes. Do contrário, a probabilidade será de que a redução de custos está sendo obtida por meios ilegais, de forma a caracterizar a natureza de empresa submersa do agente predador.

Mais concretamente, aumentam as chances dos preços abaixo dos custos acarretarem em um dos efeitos elencados no artigo 20, da Lei nº 8.884/94, já que poderá (i) ser praticado por um período indefinido no tempo, aumentando a capacidade eliminar a concorrência existente; (ii) criar barreiras artificiais à entrada, dificultado o acesso ao mercado e mantendo-o concentrado; (iii) impedir a expansão dos demais concorrentes, inclusive para outros mercados; dentre outros possíveis efeitos, a serem analisados de acordo com caso em concreto.

Dentro deste contexto, conforme visto, não será necessário a comprovação da possibilidade de recuperação, ante a ausência de prejuízo. O agente submerso, ademais, terá receita positiva, permitindo a aplicação do excedente na ampliação da produção para atendimento do aumento da demanda, se assim o desejar. O ponto crucial, portanto, é uma maior facilidade da execução de uma conduta lesiva à ordem econômica do que a prática predatória em situações de estrita formalidade das empresas.

⁶³ Pelas razões anteriormente explicitadas, práticas de preços sazonais não serão consideradas preço predatório. Assim, a prática deverá se manter durante um período razoável de tempo.

V. Conclusões

De todo o exposto, verifica-se que as políticas governamentais, ao impor grandes custos às empresas, aliados a um baixo grau de fiscalização, proporcionam condições ideais para o alto grau de informalidade existente no Brasil. Assim, os agentes econômicos deixam de atender a todos os requisitos exigidos por lei, visando a redução de custos.

Com essa redução ilegal dos custos de produção é possibilitado aos agentes uma prática de preços baixos, que de outra forma não lhes seria possível. Os preços praticados são inferiores aos custos usuais que o agente normalmente teria caso atendesse todas as normas. Dessa forma os agentes informais conseguem praticar preços abaixo daqueles praticado pelas empresas formais.

Destarte, é possível que agentes informais, principalmente os submersos, pratiquem preços predatórios, uma vez que as empresas que operam dentro da estrita legalidade não terão condições de competir com os preços dos agentes informais.

Considerando os valores constitucionalmente estabelecidos para a ordem econômica no Brasil e reforçados pela Lei nº 8.884/94, não há como compatibilizar esse tipo de atuação com os ditames de uma economia pautada pela concorrência leal.

Porém, considerando que as condutas praticadas pelos agentes somente poderão ser caracterizadas como infração à ordem econômica na medida em que resultem nos efeitos do artigo 20, da Lei nº 8.884/94, dificilmente os agentes aqui definidos como paralelos tenham impacto suficiente na configuração do mercado para ensejar uma condenação. O mesmo não ocorre, contudo, no caso dos agentes submersos, uma vez que podem possuir parcelas significativas do mercado, ou até mesmo posição dominante dentro dos mesmos.

Ainda que não possuem posição de destaque onde atuam, normalmente constituem empresas com uma estrutura capaz de suportar o aumento da demanda e, como não há prejuízos financeiros em casos de redução ilegal de custos, essas empresas terão capital para investir no aumento da produção, durante um período indefinido, razão pela qual podem provocar graves entraves à concorrência saudável dentro de um mercado, aumentando o grau de concentração do mesmo.

Por conseguinte e em observância ao elevado percentual de informalidade existente no país, seria interessante a avaliação do preço em

relação ao custo, antes mesmo da avaliação das demais condições de mercado que facilitam a prática de preços predatórios, pois pode ser que eles sejam prescindíveis para o sucesso da conduta do agente. Como exemplo podemos citar a verificação da necessidade de recuperação dos prejuízos, bem a necessidade de haver capital ou financiamentos, já que o agente informal, apesar dos preços baixos, estará tendo uma receita positiva, não deficitária.

Sendo assim, em casos de produtos ou serviços que estão sendo oferecido no mercado por um preço menor que dos demais concorrentes, mas permanecem acima dos custos efetivos da empresa, é interessante que as autoridades antitrustes verifiquem se existe fundamentação razoável, tal como condições especiais na compra da matéria prima dentre outros. Caso contrário, alta será a probabilidade de descumprimento dos preceitos legais que importam em custo.

Interessante ponderar que, apesar da ausência de efeitos anti-concorrenciais da atuação de um agente informal específico, a existência de um mercado informal consolidado é capaz de acarretar em graves entraves à livre iniciativa e livre concorrência.

Diversas empresas operando dentro da informalidade, com preços mais baixos, poderão levar às empresas formais a fecharem as suas portas ou conduzi-las também à informalidade. Os agentes formais, percebendo suas graduais perdas de mercado, muitas vezes reconhecem que o único modo de evitar a saída do mercado seria adotar as mesmas condutas que seus concorrentes informais.

A Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro realizou pesquisa acerca de concorrência desleal com 192 empresas de 24 setores diferentes⁶⁴. Dentre essas empresas, 91% se afirmaram financeiramente prejudicadas por agentes sonegadores, pirataria, contrabando, produtos fora de normas técnicas dentre outros.

Dentre desse contexto, é necessário que as autoridades antitrustes passem a observar com mais atenção os fatores que possibilitam às empresas a prática de preços abaixo daquele usualmente praticado no mercado. Faz-se mister, ademais, que as autoridades responsáveis pela elaboração das políticas, sejam fiscais, trabalhistas, previdenciárias ou em qualquer outro setor que traga reflexo nos custos das empresas, tenham uma visão mais abrangente dos impactos que isso trará à economia e ao bem estar da população em geral.

⁶⁴ Nota Técnica n° 9/2003, disponível no site www.firjan.org.br

Caso contrário, os agentes informais terão todos os meios para predação as empresas que pautam pela legalidade de sua atuação, bem como o mercado informal acabará por englobar o mercado formal, ante as desigualdades de condições competitivas. Situação que acarretaria na redução de arrecadação fiscal, mais trabalhadores desprovidos de suas garantias mínimas, bem como produtos de menor qualidade aos consumidores. Ou seja, fatos esses que seriam extremamente prejudiciais ao desenvolvimento econômico e tornariam impossível a construção de uma ordem econômica justa.

VI. Bibliografia

- BAUMOL, William J. Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test. *Journal of Law & Economics*. Vol 39. pg 49-72. 1996.
- BOLTON, Patrick, BRODLEY, Joseph F. RIORDAN, Michael H. Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy. *The Georgetown Law Journal*, Vol. 88. Nº 8 pp. 2239-2330, Agosto, 2000.
- BUGARIN, Mirta Noemi Sataka e RIBEIRO, Roberto Name. Fatores Determinantes e Evolução da Economia Submersa no Brasil. *Estudos Econômicos*. Vol. 33, nº 2, 2003. pg. 2
- CACCIAMALI, Maria Cristina. As Economias Informal e Submersa: conceitos e distribuição de renda. In: Camargo, J.M. e Giambiagi, F. (orgs) *Distribuição de Renda no Brasil*, Editora Paz e Terra, SP. 1991.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocando a ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício da Teoria da Constituição. *Rev. Fórum Administrativo*. Ano I. nº 1. Março/2001. pg 11-20.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almeida. 4ª Edição. 2000.
- DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores. 23ª edição. 2004. pg 113.
- DE SOTO, Hernando. *The Other Path*. Traduzido por June Abbott. New York: Harper and Row. 1989.
- FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.

-
- GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 9ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.
 - MARINHO, Josaphat. A Ordem Econômica nas Constituições Brasileiras. Revista de Direito Público - RDP, , 19, 51.
 - MELLO, Celso Antonio de. O Estado e a Ordem Econômica. Revista de Direito Administrativo - RDA, , 143, 37.
 - Relatório do McKinsey & Company, Inc. Eliminando Barreiras ao Crescimento Econômico e à Economia Informal no Brasil. São Paulo, Junho de 2004.
 - PEIXOTO, Bruno Vilhena Lana. Preços Predatórios: Elementos Para Caracterização Como Infração Da Ordem Econômica. Revista do IBRAC vol. 9-1
 - SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – As estruturas. São Paulo: Malheiros Editores. 1998.
 - _____. Direito Concorrencial – As condutas. São Paulo: Malheiros Editores. 2003.
 - _____. Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos) São Paulo: Malheiros Editores. 2001
 - SCHNEIDER, Friedrich. Size and Measure of the Informal Economy in 110 Countries Around the World. 2002. http://rru.worldbank.org/Documents/PapersLinks/informal_economy.pdf
 - SULLIVAN E. Thomas e HOVENKAMP, Herbert. Antitrust Law, Policy and Procedure. Editora Michie 3ª ed. 1994
 - _____ e ENSTE, Dominik. Shadow Economies: Size Causes and Consequences. Journal of Economic Literature. Vol. XXXVIII. Março 2000. pg. 79.
 - www.ibge.gov.br
 - www.access.gpo.gov/uscode/index.html
 - <http://caselaw.lp.findlaw.com>

