

“UNDERSELLING” NA LEI N° 8.137/90 CONSIDERAÇÕES SOBRE O TIPO PENAL*

Tercio Sampaio Ferraz Junior

Refere-se o tema deste trabalho ao disposto no art. 4º, inciso VI, da Lei n° 8.137/90 cujo teor é o seguinte:

“Art. 4º - Constitui crime contra a ordem econômica:

...

VI – vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência;”.

As formulações legais aí contidas – “crime contra a ordem econômica” e venda de mercadorias abaixo do preço de custo para impedir a concorrência – exigem alguns esclarecimentos preliminares.

Tratando-se de norma penal, não há dúvida de que a infração nela punida se submete ao princípio da tipicidade, conquanto apresente aspectos peculiares que exigem ainda maior rigor de exame e enquadramento (cf. José Frederico Marques: “Direito Penal Econômico – Princípios sobre Interpretação de suas Normas – Do Conceito de Monopólio”, in Poder Econômico: exercício e abuso, org. Franceschini, São Paulo 1985, p. 476 ss.). Isto porque o intérprete se vê às voltas com infrações que se reportam a condutas ou atividades que, à primeira vista, constituem práticas harmônicas com o direito, com usos e costumes normais da vida econômica, como vender, comprar, barganhar, oferecer melhores condições de preço, planejar custos e lucros a curto, médio ou longo prazo, etc.

* Artigo encaminhado ao IBRAC em maio de 99

É, pois, dever do intérprete e do aplicador da lei tomar um redobrado cuidado na análise do tipo ali configurado. Na verdade, a figura típica de infração penal-econômica que o texto do art. 4º-VI prevê e descreve é anômala, posto que contém, em si, o elemento subjetivo do injusto e, implicitamente, o elemento normativo (cf. Manoel Pedro Pimentel: Direito Penal Econômico, São Paulo, 1973, p. 46). Disto se segue, antes e a toda evidência, que a prática de “vender mercadorias abaixo do preço de custo” não caracteriza, por si só, o ilícito penal-econômico. Nessa prática reside a base material ou elemento objetivo do tipo, ou seja, a conduta que pode ocasionar a infração mas que, por si, não a caracteriza. Vender abaixo do preço de custo é prática normal de mercado, faz parte das estratégias de competição num regime de livre concorrência. Para que tal conduta seja considerada típica, de modo a constituir fato indiciariamente delituoso, é preciso que seja integrada pelos elementos subjetivos e normativos do tipo: no aspecto subjetivo, que tenha como dolo específico ou causa finalis “impedir a concorrência”, e, no aspecto normativo, que a venda abaixo de custo tenha um sentido anticoncorrencial.

Obviamente, partindo-se da presunção de que, factualmente, ocorresse uma venda abaixo do preço de custo, antes de mais nada é preciso verificar o elemento normativo, o sentido anticoncorrencial da conduta. Isto porque, de longa data, a doutrina jurídico-econômica, em toda parte, vem assinalando a especificidade do “vender abaixo do custo” como uma conduta estratégica e normal do regime concorrencial. Assim, na literatura norte-americana que exaustivamente tem analisado o tema, o chamado “underselling” é visto, antes de mais nada, como um “comportamento estratégico não-cooperativo” em princípio normal. Ou seja, uma empresa que vende abaixo do preço de custo aceita perdas de curto prazo para ganhar no longo prazo.

Neste jogo, estratégico, é importante que os concorrentes não consigam perceber claramente se o baixo preço é sustentável e por quanto tempo. Esta estratégia só tem sucesso se a empresa suporta baixar os preços por mais tempo que seus competidores sobrevivam com preços normais. Pois os competidores, por exemplo, podem reduzir sua produção e, diminuindo suas perdas, resistir mais longamente, ou estabelecer contratos de fornecimento de longo prazo com preços pré-especificados. Já o preço abaixo de custo pode ter objetivos competitivos de curto prazo, como colocar o produto no mercado ou torná-lo conhecido. Enfim, de modo geral, o jogo do preço abaixo do custo é

uma estratégia comum que é usada com cautela, pois pode provocar maiores danos a quem dela faz uso, integrando a margem de risco de um mercado livre. Por essas razões, nos EUA, a Suprema Corte tem negado a presunção de preço predatório a um “underselling” por longos períodos, sendo que a experiência mostra, ao contrário, que, muitas vezes, a denúncia de preço predatório é estratégia do concorrente menos eficiente que vê ameaçada sua participação de mercado (cf. Carlton e Perloff “Modern Industrial Organization” – Harvard University Press, Boston, 1994, cap. X– Strategic Behaviour, p. 382 ss.).

Por essas razões é importante distinguir entre vender a preço abaixo de custo como conduta predatória (anticoncorrencial) e pró-competitiva (concorrencial), posto que cortar preços para incrementar negócios é da essência mesma da competição (cf. Antitrust Law Developments, AABA 1997, p. 252 ss.). O teste empírico para verificar o sentido predatório da conduta, além da demonstração, por meio de análise de custo, de que o preço esteja abaixo do custo marginal razoavelmente antecipado (Areeda-Turner: predation occurs when the price charged is below the marginal cost of producing additional output) – o que, reconhece a doutrina, é algo difícil de ocorrer e de provar (Archie K. Lytle) – exige a intenção predatória e a probabilidade de recuperação futura das perdas atuais. Ou seja, para saber se o underselling é ou não predatório, é preciso examinar o mercado relevante, pois é nele que o preço abaixo de custo será visto ou como um ato competitivo – conquistar mercado, enfrentar um competidor estabelecido, promover um produto – ou predatório – eliminar concorrentes ou criar barreiras para a entrada de outros. Em termos de conduta realizada, é preciso verificar se o efeito predatório, num mercado dado, tem condições de ocorrer, isto é, propiciar uma posterior recuperação de perdas mediante aumentos arbitrários por alteração de uma estrutura competitiva anterior na direção de uma estrutura “compensadora” para o predador.

Em síntese, quanto ao elemento normativo do tipo, é preciso que se demonstre ser a conduta indiciada de vender abaixo do preço de custo uma prática anti-concorrencial, o que exige: a) alteração, efetiva ou potencial, da estrutura do mercado em favor de uma futura recuperação de preços, criando condições monopolistas ou de imposição arbitrária de preços; b) que a prática não seja fruto de uma estratégia de competição, aceitável no jogo de ações e reações para a conquista ou manutenção de hegemonias de mercado. Estas

caracterizações tem a ver com as noções de “adequação social” e “risco permitido” como cláusulas implícitas de exclusão de ilicitude, mormente no campo do Direito Penal Econômico (cf. José Faria da Costa: O Direito Penal Econômico e as Causas Implícitas de Exclusão de Ilicitude, in “Ciclo de Estudos de Direito Penal Econômico”, Coimbra 1985, p. 44 ss., esp. 56). No domínio fluído e célere das relações econômicas, observa esse autor, “onde apesar de tudo e talvez por isso mesmo, se criam e enraízam certas formas de comportamento, consideradas por todos como socialmente adequadas, quer pela utilização do meio, quer pelo fim que se deseja atingir, será um campo fértil onde a causa de exclusão da adequação social poderá proveitosamente funcionar”. Assim, baixar preços, suportar uma perda de lucro momentânea para vencer um processo licitatório sem ultrapassar os limites do preço ínfimo, são condutas socialmente adequadas num contexto de mercado livre. Trata-se de condutas possíveis dentro de uma margem de risco admissível (risco permitido) a que um empresário eficiente ou um administrador avisado se lançaria para a obtenção de efeitos competitivos.

Em termos de elemento normativo do tipo isto nos leva a uma importante consideração no que diz respeito à confusão que usualmente se faz entre dumping e underselling. Embora, nos dois casos, o sentido predatório da conduta possa ocorrer, o bem juridicamente protegido num e noutro caso é distinto. O dumping, predatório, que tem por propósito a eliminação de um ou mais concorrentes no país importador a fim de obter, ao final, uma posição de vantagem, supõe a introdução de um bem no mercado doméstico, a preço de exportação inferior ao valor normal (ver art. 4º do Decreto nº 1.602/95), sendo que valor normal é preço efetivamente praticado para o produto similar nas operações normais, destinadas ao consumo interno no país exportador (art. 5º), mais o conseqüente dano à indústria doméstica. Como se vê, em primeiro lugar, a apuração de margem de dumping requer comparação de preços (não necessariamente de preço e custo, como no underselling). Em segundo lugar, o bem protegido, neste caso, não é, propriamente, a concorrência, mas o parque industrial do país importador e a situação de pleno emprego. Por isso, a imposição de medidas anti-dumping tem, no Direito Internacional, o sentido de um regulador de mercado e não de uma punição. Já no “underselling” predatório, o bem protegido é a concorrência. No dumping há uma atitude defensiva que, no limite, pode levar o Estado a aplicar medidas que tornem o mercado desinteressante para o predador, até diminuindo, eventualmente, a concorrência interna. Na punição ao “underselling” predatório o que se estimula é, justamente, a concorrência e não o concorrente. Sua função é

repressiva, não regulatória (cf. Van Bael Bellis: Antidumping and Other Trade Protections Laws, U.K., 1990, 2ª ed., p. 29 ss.; Cabanellas: El Dumping, Buenos Aires, 1983, p. 73 ss; Jacobs: Competition Law in the European Community, 1991, London, p. 99 ss.).

Quanto ao elemento normativo do tipo a distinção entre dumping e underselling deixa claro que ele se localiza no prejuízo à concorrência. O que se protege não é, pois, um ou outro concorrente (um parque industrial nacional), mas uma estrutura competitiva em termos de interesses supra-individuais da vida econômica (cf. João Marcelo de Araújo Júnior: Dos crimes contra a ordem econômica, São Paulo, 1995, p. 94). O objetivo do agente deve ser impedir a concorrência, não o ou os concorrentes. O tipo, ademais e por isso mesmo, nada tem a ver com concorrência desleal. O objetivo é uma alteração de estrutura de um mercado dado, de modo que a entrada de novos concorrentes seja dificultada ou a presença de concorrentes não impeça o agente de estabelecer arbitrariamente (fora das leis de mercado) os seus preços (donde a importância da possibilidade de recuperação de perdas provocadas pelo preço abaixo do custo). Neste sentido a infração é contra a ordem econômica. É delito perpetrado nos quadros da gestão empresarial, não dirigido a pessoa determinada, e visa a criar uma situação que dê retorno a perdas incorridas (cf. Gerson Pereira dos Santos: Direito Penal Econômico, São Paulo, 1981, p. 96).

Quanto ao elemento subjetivo do tipo, a norma em análise fala, expressamente, em impedir a concorrência. Se a conduta é ou não objetivamente anticoncorrencial, é elemento que compõe o aspecto normativo do tipo. O aspecto subjetivo está na intenção de impedir a concorrência, isto é, de provocar a estrutura anticoncorrencial.

Exige esclarecimento, inicialmente, a noção de impedir. A interpretação gramatical do verbo impedir nos dá conta que se trata de verbo que admite duas referências: transitiva e transitivo-relativa. Impede-se algo ou impede-se alguém de algo. Não só pela fórmula textual (impedir a concorrência) como pela análise do elemento normativo do tipo (protege-se a concorrência não o concorrente), entende-se que o uso é transitivo. A intenção (dolo específico) é de impedir a concorrência.

Note-se que, em termos gramaticais, os demais incisos do art. 4º da Lei nº 8.137/90, ao referirem-se à concorrência, usam o termo eliminar parcial ou totalmente (inc. I,III,IV). O inc. VI fala em impedir. A hermenêutica penal nos autoriza a dizer que se, em princípio, a lei adotou fórmula diversa, é porque objetivou hipótese distinta.

A distinção ajuda a entender a hipótese objetivada. Eliminar, total ou parcialmente, é diferente de impedir. Eliminar tem a ver com limite (limis) e significa pôr fora de um determinado âmbito (ex limitis). No caso pôr fora, impor o extravasamento de um limite; os limites em que a concorrência ocorre ou tem condições de ocorrer. E não é preciso pôr fora totalmente. Basta fazê-lo parcialmente. Mas, mesmo parcialmente, é preciso pôr fora.

Impedir é ação que ocorre, portanto, dentro, não implica pôr fora, dá-se dentro dos limites, no interior da concorrência. Mas, de algum modo, a obsta. Assim, se eliminar supõe pôr fora a concorrência que havia (estado ou situação anterior que, então, desaparece total ou parcialmente), impedir significa embaraçar, dificultar, obstruir concorrência que existe. Que existe atualmente ou potencialmente (criar barreiras de entrada). Daí a importância da prova da alteração da estrutura concorrencial em benefício do agente.

Para que se impeça é preciso que a prática tenha, efetivamente, condições de produzir o efeito. Como numa coação irresistível é preciso que, com probabilidade ou de fato, o resultado possa ocorrer. No caso, é preciso que, com probabilidade ou de fato, a concorrência seja obstada, obstruída, estorvada, em síntese, tenha problemas, dificuldades de ocorrer e, de algum modo, acabe por não ocorrer.

A doutrina e a jurisprudência têm entendido que, para comprovar-se que houve intenção de impedir, é preciso que o agente tenha condições de fazê-lo (tenha poder econômico) e que a plausibilidade da ação se verifique pelo menos porque um concorrente deixou de concorrer (cf. Averiguação Preliminar nº 08000.018467/95-06, decisão do Plenário do CADE de 16/07/97, voto do Conselheiro-relator Dr. Antônio Fonseca).

Ou seja, mesmo ocorrendo a pressuposta prática (underselling), se o agente não tem o poder econômico necessário e (condição somativa) não ocorre a retirada de ao menos um concorrente, o impedimento não se terá comprovado. E a intenção de impedir exige a possibilidade (subjéctiva e objectiva) de fazê-lo. Esta possibilidade, no sentido subjéctivo e objectivo, tem de ser demonstrada ao longo do tempo, nunca restrita a um momento e a um episódio (cf. Bechtold: GBW, München, 1993, § 26, n° 42).

O elemento subjéctivo é a vontade consciente. No suposto de que o ato ou fato de (eventual) underselling ocorra, é preciso que a concorrência seja impedida (ainda que potencialmente: criação de barreiras de entrada). Se o resultado não for possível, a mera probabilidade não caracteriza o delito, que não é meramente formal. É crime de resultado, que torna imprescindível a relação de causalidade, devendo ficar provado que os resultados alcançados decorreram de determinadas ações descritas na norma. No caso, que a concorrência tenha sua estrutura alterada, criando-se uma situação de anticoncorrência, por força de certo ato impeditivo: vender abaixo de custo.

O dolo, como dizia Hungria (Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro, 1958, v. 1, t. 2, p. 150), tem de ser presumido, já que não se pode devassar o foro interno. Esta presunção se indica por meio de circunstâncias externas que mostram que o agente não poderia ter deixado de querer o resultado. O resultado querido, com o impedimento da concorrência, é criar uma situação, após o underselling, que permita a recuperação dos danos incorridos. Nesse sentido, impedir a concorrência, enquanto ação dolosa específica, não se revela apenas no embaraçar ou estorvar seu concorrente, mas no visar àquilo que a doutrina chama de condições monopolísticas e que, na antiga Lei n° 4.137/62, vinham definidas em seu art. 5° como “aquelas em que uma empresa ou grupo de empresas controla em tal grau a produção, a distribuição, prestação ou venda de determinado bem ou serviço, que passe a exercer influência preponderante sobre os respectivos preços”.

Em relação ao underselling (Lei n° 8.137/90), havia um dispositivo semelhante, que constava da Lei n° 1.521/51, art. 3° - V, que a doutrina chegou a entender tratar-se de crime formal, de perigo de dano (cf. Elias de Oliveira, Crimes contra a Economia Popular e o Júri Tradicional, Rio de Janeiro, 1952, p. 142 s.). Contudo, embora os textos sejam semelhantes, há

importantes diferenças entre a Lei nº 1.521/51 e a Lei nº 8.137/90. Aquela protegia diretamente a economia popular. Esta, protege a Ordem Econômica. Naquela, o resultado visado era a probabilidade de lesão danosa à bolsa do povo. Nesta, é a alteração na estrutura concorrencial: criação de condições monopolísticas. Lá havia perigo de dano. Aqui há dano efetivo: impede-se a concorrência! Ou, como já dizia von Liszt (Tratado de Derecho Penal, t. 2º, Madrid, 1927, p. 288 s.), o perigo é também um resultado, mas um resultado que só tem importância por sua relação com um outro, que não aconteceu, que, porém, é conhecido e indesejável (uma infração). Ora, no caso, o resultado (impedir a concorrência) não se reporta a uma outra situação (atingir a bolsa do povo, como na Lei nº 1.521/51), mas tem uma efetividade em si próprio (criação de uma estrutura – anti-concorrencial – que beneficia indevidamente o agente). Por isso o querer (doloso) do agente não se resume em pôr em perigo a concorrência, mas em alterar-lhe a estrutura em benefício próprio. O crime é de resultado, não formal (de perigo de dano).