

INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA: PREÇO PREDATÓRIO

Sônia Maria Marques Döbler

1. INTRÓITO

De acordo com o texto do artigo 20 da Lei 8884, de 11 de junho de 1994, constitui infração à ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou que possam produzir os seguintes efeitos:

- lesão à livre concorrência ou à livre iniciativa;
- domínio de mercado relevante de bens ou serviços, desde que esse domínio não seja fundado na maior eficiência do agente econômico, em relação a seus competidores;
- aumento arbitrário de lucros;
- exercício abusivo de posição dominante.

Logo a seguir, o artigo 21, da já citada Lei, elenca as condutas tidas como caracterizadoras de infração à ordem econômica, desde que sejam elas praticadas com o intuito previsto no artigo 20 da referida Lei, antes citado. Dentre as condutas tidas como lesivas, destacamos a mencionada no inciso XVIII do mesmo artigo 21, ou seja, “**venda injustificada de mercadoria abaixo do preço de custo**”. E é sobre essa infração que pretendo fazer algumas breves considerações.

Antes de mais nada, deve-se dizer que para que ocorra a infração descrita na lei brasileira, a conduta tida como lesiva à ordem econômica deverá ser **injustificada** e além do mais, deverá estar sempre conjugada com o **intuito de lesar a livre concorrência e a livre iniciativa, dominar mercado relevante, aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer abusivamente posição dominante**. Se essas situações não existirem, o simples fato de se estabelecer preço inferior ao custo do produto ou do serviço não configura, por si só, infração contra a ordem econômica. Tem-se que, para que **efetivamente** ocorra a infração, deverá o preço ser **eminente e injusticadamente** predatório, lesando-se o bem jurídico protegido, ou seja, a livre concorrência ou a livre iniciativa.

Em rápidas pinceladas, passaremos a observar, a forma de abordagem, que é dada por outros países e outras legislações, à infração que passaremos a denominar **prática de preço predatório**.

2. Estados Unidos

Pode-se dizer que, nos Estados Unidos, por exemplo, a fixação de preço predatório é uma manifestação nítida do monopolista ou daquele em vias de sê-lo.

Em princípio, o poder de monopólio, nos EUA, por si só, não caracteriza uma conduta ilegal. Ocorre, entretanto, que algumas empresas, para adquirirem o monopólio de um determinado setor de produção, ou quando já o detêm, mas querem preservá-lo, utilizam-se de meios que podem, muitas vezes violar a lei antitruste norte-americana. Um desses meios seria a fixação de preços predatórios sobre seus produtos.

A fixação de preços predatórios ocorre quando uma empresa, deliberadamente, reduz os preços abaixo do custo de produção, por um determinado período de tempo, de forma a excluir as empresas rivais do mercado. Uma vez conseguida a posição de monopólio, já que as outras empresas não estarão aptas a uma concorrência nivelada, a empresa monopolista estará, então, livre para aumentar os preços bem acima do nível competitivo, recuperando as perdas anteriores, bem como ganhando lucros decorrentes desse monopólio.

Note-se bem a combinação da intenção do agente com a conduta, de fato, exercida. Estes dois elementos combinados dão ensejo ao ato lesivo à concorrência, embora, muitas vezes, o elemento “intenção” nem sempre será considerado essencial.

No entanto, a redução de preços, simplesmente, não pode ser considerada uma conduta ilegal, visto que, muitas vezes, a empresa reduz os preços dos seus produtos com fins a atingir uma posição mais favorável no mercado, sem, contudo, dele eliminar as outras empresas concorrentes, ou prejudicá-las de forma drástica. A simples redução de preços, com o intuito de incrementar os negócios, não é ilegal, já que isto é a essência da competição.

Destaca-se, por outro lado, que as cortes americanas estão divididas quanto a definir se a intenção do agente deve ser efetivamente demonstrada para ser caracterizado o preço predatório abusivo. Algumas têm procurado evitar inquirições sobre a relação entre preço e custo, bem como sobre a intenção do agente ao estabelecer determinado preço, procurando ater-se à análise da estrutura do mercado, para verificar se esta permite que um agente

econômico possa se utilizar, com sucesso, do preço predatório, sem ferir a concorrência.

Mas, de um modo geral, a Suprema Corte americana tem entendido que, para ser predatório, o preço deve estar realmente abaixo de uma média de custo apropriada, com o objetivo primordial de excluir, no curto prazo, as empresas concorrentes do mercado, e no longo prazo, de reduzir a concorrência.

Por fim, podemos citar como exemplo um caso em que a Suprema Corte norte-americana acatou recurso de um fabricante de cigarros que, em 1ª instância, havia sido condenado a pagar uma alta multa pela fixação de preços predatórios. O recurso foi acolhido porque, mesmo que esse fabricante vendesse abaixo do preço do custo, não pareceria razoável que o mesmo conseguisse eliminar seus concorrentes do mercado de cigarros, e obter o monopólio, já que detinha apenas 12% do mercado e enfrentava duas outras grandes empresas rivais.

3. COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPÉIA

Já quanto à Comunidade Econômica Européia, tem-se que o principal objetivo da União Européia é eliminar as barreiras entre os seus Membros, de forma a facilitar as transações de todos os tipos, bem como assegurar a livre circulação de mercadorias, pessoas, capital e serviços num Mercado Comum.

É de se ressaltar que as regras relativas à concorrência, no plano econômico da União Européia, não se aplicam somente aos acordos e práticas realizadas entre os Estados Membros, mas também às empresas não européias, caso estas interfiram nos negócios dos Estados Membros da União Européia.

Dentro desse contexto, podemos dizer que uma empresa que possui um poder relevante dentro do mercado da União Européia, corre o risco de ser considerada detentora de “posição dominante” e, conseqüentemente, estar sujeita a um regime especial de normas. Por isso, o Art. 86, do Tratado de Roma, proíbe qualquer abuso, de uma ou mais empresas, que detenham posição dominante, sobre o mercado comum ou sobre parte substancial deste, desde que possam afetar o livre comércio entre os Estados Membros. O mesmo Art. 86, do Tratado de Roma, lista as atividades consideradas como abusivas de posição dominante, a saber:

- a) impor, direta ou indiretamente, preços de compra e venda injustos (“unfair”), ou outras condições de negócio também injustas;

- b) limitar a produção, os mercados, ou o desenvolvimento tecnológico em detrimento do consumidor;
- c) aplicar condições desiguais, em transações negociais semelhantes, com diferentes partes contratantes, colocando-as em uma situação concorrencial desvantajosa;
- e
- d) impor condições contratuais que, pela sua natureza ou de acordo com os costumes comerciais, não tenham relação justificada com o objeto da negociação.

Além disso, a Comissão das Comunidades Europeias tem frequentemente elencado outras condutas como violadoras do Art. 86, tal como, apenas exemplificativamente, a fixação de preços predatórios, tendo a mesma Comissão declarado que é abuso de posição dominante entrar na competição de preços, com o objetivo de eliminar do mercado um concorrente, que não tenha recursos financeiros suficientes para manter preços baixos em seus produtos, por considerável período de tempo, da mesma forma que o faz o seu concorrente.

O primeiro caso em que a Comissão Europeia julgou uma empresa detentora de posição dominante, por ter fixado preços predatórios, violando o Art. 86, foi através da decisão de 1985, referente à uma grande empresa holandesa. A Comissão declarou que essa empresa teria usado fixação de preços predatórios no mercado, de “flour additives”, do Reino Unido, para impedir outra empresa, uma pequena concorrente proveniente do próprio Reino Unido, de entrar no mercado de peróxidos orgânicos. Depois de decidir que a empresa infratora possuía posição dominante, a Comissão declarou que esta teria agido intencionalmente na fixação de preços predatórios. A Comissão deduziu o abuso a partir dos efeitos de exclusão que aqueles preços tinham sobre a pequena empresa britânica e da evidência da intenção anticompetitiva da infratora. A Comissão decidiu, então, que preços abaixo da média do custo variável, por si só, seriam considerados uma violação ao Art. 86.

Preços acima da média dos custos totais, mas abaixo da média dos custos variáveis, também seriam considerados abusivos, se fizessem parte de um plano para eliminação de um concorrente.

4. JAPÃO

Já no Japão, fixar preços muito baixos, **injustificadamente**, tendendo a excluir os concorrentes do mercado relevante, também, é geralmente considerado prática abusiva. A lei japonesa proíbe esse tipo de prática, definindo-a como **“vendas que estão excessivamente abaixo do custo do produto ou do serviço que está sendo vendido”**.

A *Japanese Fair Trade Commission* (“Japanese Enforcement Agency”), efetuou a publicação de Guias para a Aplicação da Lei Antitruste para Vendas Abaixo do Preço, em novembro de 1984. De acordo com esses guias, o termo **“excessivamente abaixo do custo”** geralmente significa, na indústria de varejo, um preço menor do que o preço de aquisição do produto. Por outro lado, para um fabricante, o mesmo termo diz respeito a um preço menor, do que o custo de produção de uma unidade, individualmente considerada. Além disso, a determinação de preço de aquisição e custo de produção leva em consideração os descontos, e os abatimentos concedidos, bem como outros elementos que possam influenciá-lo.

Ademais, para serem consideradas abusivas, as transações de preços muito baixos, sem motivo justificado, devem ter tamanha **continuidade e substancialidade**, que possam efetivamente conseguir afetar a concorrência. Se as vendas ou compras nessas condições tiverem outro objetivo ou se dirigirem apenas a uma limitada quantidade, ou tenham apenas curta duração, **elas não serão consideradas ilegais**.

Por fim, a fixação de preços baixos, injustificadamente, segundo os Guias da *Japanese Fair Trade Commission*, será considerada prática ilegal na medida em que tendam a impedir as atividades comerciais de outras empresas. O termo “outras empresas”, aqui, abrange não somente as empresas concorrentes, mas também todos aqueles que sejam afetados pelas transações em questão, inclusive os consumidores e os fornecedores.

Preços injustificadamente baixos são presumidamente ilegais e o possível infrator deverá, em sua defesa, justificar a razão dos mesmos, a qual deverá ser feita considerando as circunstâncias de cada caso. Justificativas geralmente aceitas incluem a busca do preço mais competitivo e vendas em promoção para produtos perecíveis ou mercadorias danificadas.

5. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que, entre todas as legislações apontadas, há uma convergência para 3 elementos, quando da análise dos casos de fixação de preços predatórios:

- a) intenção do agente em causar o dano, ainda que nos Estados Unidos haja controvérsia entre as diversas Cortes, ao se definir se esta deverá ou não ser considerada na hora do julgamento;
- b) posição dominante do agente econômico;
- c) conduta injustificada do agente econômico;
- d) efeito lesivo da conduta à concorrência e ao mercado;
- e) certa continuidade da prática tida como lesiva.

De qualquer maneira, entendo que não é fácil aos Julgadores decidirem com clareza sobre se determinada prática de preço reduzido é ou não abusiva, sem que todos os elementos acima citados estejam perfeitamente conjugados, inclusive analisando-se com acuidade se a estrutura de mercado admite ou não tal prática, sem que se fira a ordem econômica.

A título ilustrativo, disponho em mãos de algumas decisões do CADE sobre a matéria abordada, uma delas, inclusive, tendo tido como Relator, o ilustre companheiro de mesa, Dr. Mauro Grinberg, à época, Conselheiro daquele órgão.

As decisões encontram-se com o secretário do IBRAC, caso seja do interesse de algum dos presentes obter cópias.

Isso é o que eu tinha a lhes apresentar, agradecendo a atenção de todos.