

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 10/91

Representante: Fogarex - Artefatos de Camping Ltda.

Representada: Lumix Química Ltda.

Relator: Conselheiro MARCELO MONTEIRO SOARES

VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TERESINHA MALARD

Eu também acompanho o voto do ilustre Relator.

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

O preço predatório é prática levada a efeito por quem dispõe de poder econômico. Não há se falar em prática abusiva quando o agente é empresa de pequeno porte e que não dispõe de condições financeiras para suportar o prejuízo do preço abaixo dos custos de produção, durante o período em que adota essa prática.

A conduta abusiva há de ter por objeto o domínio de mercado, pois essa é a razão por que o agente a pratica. O preço baixo por ele fixado não é um preço competitivo, mas predatório de seus concorrentes. O efeito inexorável é o afastamento do concorrente e a conseqüente recuperação das perdas sofridas, mediante a fixação do preço de monopólio.

Não se pode considerar predatório o preço praticado em algumas ocasiões, como é o caso das licitações referidas nos autos, pois se exige para a sua configuração uma certa continuidade da prática. O tempo é elemento essencial para esse tipo de ilícito.

Esse mesmo entendimento já foi manifestado pelo Poder Judiciário, tendo o ilustre Relator do caso assim justificado o seu voto, pela inexistência de delito econômico:

... "o impedimento da concorrência comercial, pela venda de mercadorias por preço inferior ao do custo só pode ser praticado por firmas economicamente poderosas, que estejam em condições de sustentar, durante largo tempo, com prejuízo constante, uma base de preço abaixo dos de custo real, visando, com isso, a eliminação da concorrência, por parte de firmas de capital menor de

modo a se assenhorearem do mercado, para, afinal, imporem o preço extorsivo que lhes convenha, refazendo-se dos prejuízos propositadamente sofridos, com lucros sobremaneira compensadores.

"... vender mercadorias abaixo do preço do custo com o fim de impedir a concorrência" não consiste no mal que momentaneamente se causa aos concorrentes, mas no mal, muito maior, que à economia popular poderá advir da eliminação da concorrência" (Ac. de 24.11.42, Ap. nº1.146, in José Inácio Franceschini e outros, Poder Econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro. Ed Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985, p.404)

Conforme bem salientado pela ilustre Procuradora do CADE Dra. Carla Barroso, "a Representada não detinha à época da conduta poder econômico para se sustentar cobrando preços abaixo do custo. Ao contrário, achava-se em difícil situação econômica em razão das adversidades do mercado internacional onde vendia seus produtos". Ora, se a representada estava evitando prejuízos, com a desova de seus estoques, por óbvio não poderia estar sacrificando lucros, elemento essencial à configuração do ato predatório.

Afigura-se também a mim que o caso dos autos é pertinente ao direito de propriedade industrial, de natureza privada, que já se encontra, inclusive, sob a apreciação do Poder Judiciário.

Concluo, assim, como o ilustre Relator, pelo arquivamento do processo.

Neide Teresinha Malard

VOTO DO CONSELHEIRO CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO

Acompanho o ilustre relator, Conselheiro Marcelo Monteiro Soares, em seu bem fundamentado voto.

Assim o faço, pelas razões que se seguem.

Trata o processo de representação formulada por FOGAREX ARTEFATOS DE CAMPING LTDA., contra a LUMIX QUÍMICA LTDA., sob a alegação de prática de preços predatórios e concorrência desleal, incursa

a Representada, pelo Departamento de Proteção a Defesa Econômica - DPDE, no artigo 3º, inciso XIII, da Lei nº 8.158/91.

Destaco, na manifestação de voto do ilustre Conselheiro-Relator, três aspectos que entendo fundamentais ao deslinde da questão.

O primeiro deles diz respeito à não aplicabilidade, ao caso, do dispositivo invocado pelo DPDE, eis que ocorridos os fatos relevantes em período compreendido entre os anos de 1988 e 1990. Assim sendo, as normas substantivas da Lei nº 8.158/91 efetivamente não incidem na espécie.

Outro aspecto da questão diz respeito à possibilidade de enquadramento da conduta da Representada, no artigo 2º, inciso I, alínea g, da Lei nº 4.137/62, que contempla, como uma das formas de abuso do poder econômico, a "criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento e ao desenvolvimento de empresa", como meio de domínio do mercado ou eliminação total ou parcial da concorrência.

A tal propósito, ressalta o Conselheiro-Relator que a prática de preços predatórios é adotada por empresas detentoras de poder econômico, capazes de suportar prejuízos constantes, por determinado tempo, mas recuperando-se, após, uma vez afastados os seus concorrentes.

Não é esse, todavia, o caso dos autos, em que se revela ser a Representada uma empresa de pequeno porte, que atravessava, à época dos fatos investigados, em decorrência de frustração de exportações, uma situação econômica adversa, com elevado estoque ocioso, precisando gerar receitas, ainda que fixando preços abaixo dos custos de produção.

Por isso mesmo, e fundamentado na prova colhida no processo, bem conclui o Relator no sentido de não se caracterizar conduta ilícita da Representada, à luz dos dispositivos da legislação antitruste. De fato, não ficou demonstrado que a Representada objetivava criar dificuldades ao funcionamento da Representante, visando, com tal proceder, à eliminação da concorrência ou ao domínio do mercado.

Resta, por fim, como terceiro aspecto a destacar, uma questão que diz respeito à própria delimitação da competência do CADE.

Com efeito: os conflitos de natureza privada, sem repercussão negativa no mercado, que não produzam efeitos anticoncorrenciais, não se incluem na competência judicante do CADE. Restará, sempre, a apreciação do Poder Judiciário, inafastável, nos termos constitucionais, para todo aquele que se sentir lesado ou ameaçado em seu direito (artigo 5º, XXXV).

Para tais razões, e concordando plenamente com os fundamentos e conclusões do bem elaborado parecer de autoria da ilustre Procuradora do

CADE, Dra. Carla Barroso, acompanho o Relator, pela improcedência da representação, e conseqüente arquivamento do processo.

É o meu voto.

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho