

Atualidades

A LIVRE CONCORRÊNCIA E AS PRÁTICAS PREDATÓRIAS NA ECONOMIA

MIRIAN FRANCIELE OLSEN

1. Introdução. 2. A regulação da concorrência. 3. A defesa da concorrência no Brasil. 4. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica. 5. As infrações à ordem econômica. 6. O art. 20 da Lei n. 8.884/1994 – Responsabilidade subjetiva ou objetiva. 7. As práticas predatórias na economia. 8. Práticas predatórias – Aplicação. 9. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O capitalismo, ascendido pelo renascimento urbano e comercial dos séculos XIII e XIV, desde sua origem na Baixa Idade Média até o século XVIII, esteve sempre ligado ao processo de circulação de mercadorias. Foi, entretanto, a partir da segunda metade do século XVIII, com a Revolução Industrial, que teve início a fundamental mudança em sua estrutura, deslocando seu foco para a produção mercantil.

O desenvolvimento da burguesia mercante cada vez mais ia de encontro com o exagerado domínio do Estado, no antigo regime, quando o “Rei” centralizava o poder, dificultando o progresso econômico e industrial. A ideia do absolutismo monárquico se pode traduzir como entrave a diferentes práticas socioeconômicas, quicá pelo temor dos monarcas diante da possibilidade de verem enfraquecido o seu controle sobre todos os setores da sociedade.

Na contramão do regime absolutista encontramos o liberalismo econômico, surgido no movimento do Iluminismo (séculos XVII e XVIII). Tal ideologia se baseava na livre concorrência, tendo como base o “fisiocratismo”, a defesa de uma econo-

mia livre da tutela do Estado, que funcionava segundo as leis naturais. Adam Smith, considerado o pai da economia, condenava o mercantilismo, demonstrando em tal prática uma lesão à ordem econômica. Em sua obra *Riqueza das Nações*, Adam defendia a livre concorrência, dizendo que, por meio desta, a justiça social seria alcançada.

Na primeira fase, conhecida como Capitalismo Comercial, houve o surgimento das grandes navegações e expansões marítimas europeias, devido aos interesses da burguesia mercante em buscar riquezas em outras terras. O acúmulo de capitais provenientes do comércio, com destaque para a Inglaterra – que mais rapidamente enriqueceu – deu ensejo à outra fase do Capitalismo, a Industrial.

Já a partir da segunda metade do século XIX, com a segunda Revolução Industrial, novas técnicas e fontes de energia foram desenvolvidas, auxiliadas pelo surgimento dos meios de transporte e comunicação. Muitas inovações apareceram, como a intensa produção de aço, a produção mecanizada, a siderurgia e indústria química. Os derivados do petróleo passaram a ser utilizados como fonte de energia,

colaborando para o avanço dos transportes ferroviários, sendo possível impulsionar o comércio por este meio. A navegação a vapor, com a construção de grandes navios, culminou no cruzamento dos mares e na dinamização intensa do processo de circulação de mercadorias.

Tudo isso deu ensejo à concentração de capital. Indústrias novas, sofisticadas, necessitavam de investimentos maciços de dinheiro, surgindo, assim, conglomerados industriais, como as *holdings*, os cartéis e os trustes. Iniciava-se, logo, a tendência ao monopólio; uma única empresa no controle do mercado. O projeto liberal da prosperidade, idealizado por Adam Smith, entretanto, não se observava na prática.

Diante do fracasso do liberalismo, a história mundial se deparou com o surgimento do socialismo. As ideias marxistas, destinadas a explicar os mecanismos de exploração do capitalismo, propunham a construção de uma sociedade mais justa, embasando-se na chamada “mais-valia”. As tensões geradas por esta culminaram na Revolução Socialista, que marcou a destruição do capitalismo e culminou na implantação de um novo e diferente sistema social e econômico.

Nessa etapa, o Estado reassume o controle sobre os meios de produção, devendo, segundo os ideais socialistas, administrar as riquezas produzidas e as distribuir de forma mais justa. Posteriormente, todavia, pode-se dizer que houve a abolição do Estado, diante da superação das heranças burguesas, surgindo a fase em que, conforme Marx, cada um viveria de acordo com sua capacidade e segundo sua necessidade. A esta etapa final foi dada a seguinte denominação: comunismo.

O velho liberalismo econômico foi sepultado de vez no cenário norte-americano com o advento da quebra da Bolsa de Nova Iorque, em 1929 (*crack* de *Wall Street*), quando o presidente dos Estados Unidos, Franklin Delano Roosevelt, assessorado por um grupo de economistas chama-

do *Brain Trust*, adotou uma nova política, qual seja, *New Deal*, visando à superação da crise pela intervenção do Estado na economia. Mais uma vez o Estado volta ao controle.

Tempos depois, já por volta da década de 70 do século passado, massificou-se, em contrapartida, o discurso “neoliberal”, na tentativa de acentuar o intensificado dirigismo do Estado. O liberalismo, agora, com nova denominação e ideal, aparecia, novamente, como remédio capitalista. Dentre as características neoliberais podemos citar a mínima participação estatal nos rumos da economia de um país; pouca intervenção do governo no mercado de trabalho; a política de privatização de empresas estatais; a livre circulação de capitais internacionais e ênfase na globalização; a abertura da economia para a entrada de multinacionais; novas regras econômicas mais simplificadas para facilitar o funcionamento das atividades econômicas; posição contrária aos impostos e tributos excessivos; aumento da produção visando o desenvolvimento econômico; a autossuficiência da lei da oferta e da procura para o controle de preços; empresas privadas como base da economia e a defesa dos princípios econômicos do capitalismo.

Durante a República Velha, a economia brasileira prosseguiu baseada na exportação de produtos primários (café, algodão, borracha), sendo o café o principal responsável pelo avanço da economia. Não se pode esquecer que a exploração da borracha na Amazônia gerou, também, grandes recursos para as exportações brasileiras, valendo frisar que, nessa época, vigorava o princípio da não intervenção do Estado na economia, advindo do liberalismo econômico, pregando-se que a lei da oferta e da procura manteria o equilíbrio do mercado. O fenômeno da grande depressão, todavia, modificou por completo o cenário político-econômico brasileiro. Tal modificação teve força até o fim da guerra fria.

Não é de se estranhar o fato de o tema ser, ainda, tão ignorado no Brasil. Enquan-

to em países como Estados Unidos o assunto é amplamente tratado há mais de um século, no Brasil a situação é bem diferente. Não se pode esquecer um fator importante: o controle de preços aqui por parte do governo é histórico; embora a legislação da concorrência remonte aos anos 1930, tal política somente se tornou questão importante a partir da década de 90 do século XX, principalmente com o advento da Lei n. 8.884/1994 que transformou o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), criado em 1962, pela Lei n. 4.137/1962, em autarquia.

2. A regulação da concorrência

Foi somente a partir do final do século XX que houve o pulular de avançadas legislações acerca da concorrência, sobretudo em países em desenvolvimento. Embora o comércio seja praticamente inerente às próprias civilizações, fundamental para a economia, vemos que a sua evolução é algo muito recente, com certeza motivada pela globalização e por avanços tecnológicos. Não se pode dizer que não havia necessidade de leis protetoras da concorrência antes deste período, haja vista que o “homem lobo do homem” rompe os séculos desde a mais remota antiguidade. Uma das diferenças está no fato de que até a segunda metade do século passado a informação e comunicação eram artigos raros.

Principalmente com o advento da informática, a comunicação passou a exercer poderosa influência, d’antes inimaginável. Obviamente, em toda a existência do ser humano houve as práticas abusivas no comércio, todavia, diante da difícil e demorada comunicação entre os povos, os preços predatórios, o *dumping* etc., eram menos famosos.

Conforme lição de José Tavares de Araújo Junior,¹ a estabilização, a liberali-

zação do comércio e a privatização foram metas louváveis das novas políticas implementadas na América Latina a partir do fim dos anos 1980, haja vista a dificuldade em manter uma posição coerente durante o processo de reforma econômica. Quando os governos deste continente se mostraram incapazes de deixar de lado interesses especiais, as reformas se transformaram em âncoras monetárias efêmeras, políticas comerciais errantes e monopólios privados mal administrados, resultando em desemprego, desigualdade social, decadência do desenvolvimento econômico e crise cambial.

A abordagem econômica mais aceita acerca da concorrência é oriunda da teoria proposta por Joseph Schumpeter, conhecida como “concorrência schumpeteriana”, segundo a qual se trata de um processo dinâmico em que as empresas lutam para sobreviver sob um conjunto de normas em evolução que constantemente geram ganhadores e perdedores. O instrumento básico que possibilita às empresas estarem à frente de seus concorrentes é a introdução de assimetrias de informações que, dependendo do conjunto momentâneo de normas, podem ser resultantes de três tipos de atividade empresariais: inovação tecnológica, comportamento oportunista e crime organizado.

Dentro do nosso contexto capitalista, é natural aceitar que as empresas devam saber conviver com o processo de destruição criativa que, segundo o entendimento de Joseph Schumpeter, consiste em revolucionar a estrutura econômica a partir de dentro, destruindo incessantemente a velha, criando uma nova.

Dessa forma, surgiu a necessidade de modos de regulação da concorrência. Em 1964 foi criada a UNCTAD,² Conferência

Veiga (org.), *O Brasil e os Desafios da Globalização*, pp. 149-151.

1. José Tavares de Araújo Junior, “A concorrência schumpeteriana e suas implicações normativas: o caso da América Latina”, in Pedro da Motta

2. “Established in 1964, UNCTAD promotes the development-friendly integration of developing countries into the world economy. UNCTAD has

das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento, visando, dentre outras coisas, estabelecer uma homogeneidade entre as leis de política de concorrência, cooperar tecnicamente com países que buscam capacitação, conservando um fórum anual de desenvolvimento de políticas intergovernamentais focadas em direito de concorrência.

No ano de 1999, em pesquisa feita pela revista *Global Competition Review*,³ o CADE, principal agência reguladora de defesa da concorrência no Brasil, recebeu três estrelas em classificação feita de uma a cinco, perdendo para o *Bundeskartellamt* da Alemanha que ficou em primeiro lugar, e para EUA (DOJ), Finlândia, Israel, Itália, Suécia e Suíça que receberam duas estrelas. No mesmo patamar do Brasil estavam Austrália, Espanha (SDC e TDC), EUA (FTC), Holanda, Inglaterra (CC), Nova Zelândia e União Europeia. Vê-se, portanto, que no último ano do século XX, o Brasil já havia vivido uma melhora em seu sistema de regulação de mercados que tanto havia se preocupado em impor regras à economia popular, em face da forte intervenção estatal. Não se pode olvidar o fato de o nosso país ter vivido no final dos anos 1980 a terrível inflação, bem como não se pode deixar de lado a chegada do Plano Real, na década de 1990, que abriu de vez as portas do mercado brasileiro para o mundo.

O avanço tecnológico, sem sombra de dúvida, também auxiliou o comércio. O progresso do Brasil no comércio internacional é espantoso. De acordo com a tabela

progressively evolved into an authoritative knowledge-based institution whose work aims to help shape current policy debates and thinking on development, with a particular focus on ensuring that domestic policies and international action are mutually supportive in bringing about sustainable development" (<http://www.unctad.org>).

3. Nota metodológica da pesquisa na *site* da revista *Global Competition Review*, in <http://www.global-competition.com>, apud Gesner Oliveira, *Concorrência: Panorama no Brasil e no Mundo*, p. 7.

Unctad Handbook of Statistics 2009,⁴ enquanto no ano de 1980 o valor das exportações (em dólares) era de US\$ 36.54676, no ano de 2008 foi de US\$ 359.11820. Necessárias, portanto, medidas contra práticas abusivas, internacional e nacionalmente.

3. A defesa da concorrência no Brasil

A maior preocupação das leis acerca da concorrência no Brasil, no início, esteve focada em reprimir o abuso econômico. Como já foi dito, o intervencionismo estatal perdurou até o final do século XX, quando houve a privatização e abertura comercial.

Nos idos de 1940, a Lei Malaia resplandecia o controle excessivo do executivo no poder econômico do país. A Constituição Federal de 1946 foi a pioneira em expressar o princípio da repressão ao abuso do poder econômico, em seu art. 148 ("A lei reprimirá a toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais e sociais seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros").

4. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Trazido pela Lei n. 4.137/1962, inspirado no *Sherman Act* (Estados Unidos, 2 de julho de 1890), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica foi o primeiro órgão do Brasil a regulamentar a concorrência. Embora atuando tímida e anonimamente até 1994, quando foi transformado em autarquia, o CADE foi fundamental no processo evolutivo da defesa concorrencial brasileira.

4. "Current value of exports (FOB) converted to dollars and expressed as a percentage of average for the base year (2000)" (*Unctad Handbook of Statistics 2009*).

Segundo estudo da AMCHAM,⁵ as circunstâncias da época permitiram uma atuação estatal menos focada na política industrial e mais preocupada com a organização de uma nova e importante economia de mercado. A modificação do CADE em autarquia se tornou imprescindível diante do crescimento econômico do país. Assim, a Lei n. 8.884/1994, além de ampliar os poderes do antigo órgão, definiu suas funções, impondo-lhe mais respeitabilidade diante das empresas. Tal lei delimitou precisamente as práticas consideradas ofensivas à livre concorrência, além de trazer o controle obrigatório dos atos de concentração das empresas. Ainda, redefiniu a finalidade de atuação da Secretaria de Direito Econômico e da Secretaria de Acompanhamento Econômico que, a partir de então, passaram a desempenhar papéis de auxiliares do CADE.

O CADE é a última instância na via administrativa, responsável pelas decisões sobre matérias concorrenciais, desempenhando três funções, quais sejam, preventiva, repressiva e educativa.

Conforme disposto no art. 54 da Lei n. 8.884/1994, os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE. Trata-se da função preventiva, segundo a qual o CADE desempenha a tarefa de analisar operações de fusões, incorporações e associações de qualquer espécie entre agentes econômicos, que, em potencial, representem perigo à livre concorrência, que concentrem 20% ou mais do mercado de bem ou serviço analisado ou que englobem empresas cujos faturamentos anuais superem R\$ 400 milhões no Brasil.

Como exemplo de operação sob controle preventivo, pode-se citar o atual e po-

lêmico acordo de fusão assinado em 19.5.2009 pelas empresas Sadia e Perdigão, visando à criação da gigantesca indústria alimentícia Brasil Foods (BRF). A nova empresa passaria a ser a maior produtora e exportadora de carnes processadas, segundo reportagem da *Folha*.⁶

Hodiernamente, a matéria da fusão está sob análise da SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico) que pode dar às empresas a chance de renegociar um acordo com o CADE que seja mais flexível do que o chamado “Apro”, pelo qual elas se comprometeram a se manter sem adoção de medidas definitivas até a final avaliação acerca da união. Algumas alternativas já foram sugeridas à pretensa BRF pela Secretaria da Fazenda, na tentativa de aumentar a concorrência, estando dentre elas a venda de suas oito marcas (Batavo, Dorian etc.), o que mudaria o fato de as duas terem, juntas, mais de 20% de poder de mercado e poderia viabilizar um reposicionamento do CADE, conforme notícia de *O Globo*.⁷

O controle preventivo se faz imperioso nesse caso concreto, haja vista que a fusão das catarinenses ameaça a livre concorrência. Segundo o *Portal Exame*,⁸ o negócio seria “excelente para as duas empresas, péssimo para os rivais e neutro para os consumidores”. Sadia e Perdigão, juntas, teriam um gigantesco alcance geográfico, dificultando para os principais concorrentes diretos, que ficariam debilitados peran-

6. “Perdigão e Sadia assinam acordo de fusão (...). A nova empresa nasce com os apostos de décima maior empresa de alimentos das Américas, segunda maior indústria alimentícia do Brasil (atrás apenas do frigorífico JBS Friboi), maior produtora e exportadora mundial de carnes processadas e terceira maior exportadora brasileira (atrás de Petrobras e da Mineradora Vale)” (fonte: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u568000.shtml>).

7. Fonte: <http://oglobo.globo.com/economia/mat/2010/06/30/parecer-da-seae-pode-permitir-novo-acordo-entre-sadia-perdigao-cade-917027913.asp>.

8. Fonte: <http://portalexame.abril.com.br/negocios/impacto-eventual-fusao-sadia-perdigao-469667.html>.

5. Câmara Americana de Comércio (*Relatório sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – 2006*).

te a nova titã. Há estudiosos que apontam, como uma possível restrição a ser imposta pelo CADE, a venda de um dos nomes para uma concorrente.

No âmbito repressivo, o CADE visa a frear as infrações à ordem econômica, consoante disposto no art. 20 e incisos, da Lei n. 8.884/1994. É nessa esfera que a autarquia em comento cuida da coibição de práticas como cartéis, preços predatórios, *dumping*, açambarcamento, etc., sendo, portanto, o principal ponto de estudo deste trabalho.

Por fim, o CADE desempenha o papel educativo, intentando difundir a cultura da concorrência, que está presente no art. 7º, inciso XVIII, da Lei n. 8.884/1994. Isso pode ser promovido por meio de palestras, seminários, internet. O resultado do exercício deste papel pedagógico está presente na consolidação dos conceitos, na propagação das regras de livre concorrência junto à sociedade, bem como na crescente demanda pela maior qualidade técnica das decisões, sendo forçoso para o cumprimento de tal função haver a parceira com instituições de ensino, órgãos do governo e institutos de pesquisa.

5. As infrações à ordem econômica

No âmbito do controle preventivo, juntamente com o CADE atuam a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), compondo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que tem por principal objetivo garantir uma economia competitiva, protegendo o consumidor e, por conseguinte, o país que, quando tem assegurada a livre concorrência, tem mais potencial para se estabilizar economicamente, podendo se desenvolver no âmbito interno e externo.

Contudo, o controle preventivo não se faz suficiente, uma vez que, mesmo se impondo limites a incorporações, fusões, *joint ventures* etc., na busca da garantia de

igualdade de mercado, surgem problemas graves que somente podem ser combatidos quando analisados repressivamente. Passa-se, portanto, da defesa ao ataque.

O controle repressivo, conforme ensina o Guia Prático do CADE (*CADE Practical Guide*),⁹ corresponde à análise e coibição de condutas anticoncorrenciais, conforme o art. 20 da Lei n. 8.884/1994. Ainda segundo tal livro, um leque de condutas meramente exemplificativo e não exaustivo está no art. 21 da Lei Antitruste, sendo que, no exercício deste papel, o CADE tem o poder de reprimir práticas contrárias à ordem econômica, tais como: cartéis, vendas casadas, preços predatórios, acordos de exclusividade, etc.

Bom acrescentar que, conforme explanação feita no *Guia*, a existência de estruturas concentradas de mercado não é considerada ilegal do ponto de vista concorrencial; todavia, nestes casos há maior probabilidade de exercício abusivo do poder de mercado e maior ameaça potencial de condutas anticompetitivas. Muitas destas situações ocorrem em mercados regulados, em que as imperfeições econômicas ou mesmo aspectos relativos ao meio ambiente, integração regional, dentre outras, estão presentes e demandam regulação por parte do Estado. Nestes mercados regulados, a atuação do CADE também é de extrema importância, em conjunto com as respectivas agências reguladoras.

Chegamos, assim, às infrações à ordem econômica, dispostas nos arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/1994, valendo frisar que o objetivo principal desta pesquisa é abordar as situações decorrentes de práticas predatórias (inciso XVIII do art. 21: vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo), conhecidas como condutas restritivas horizontais.

9. *Guia Prático do CADE: a Defesa da Concorrência no Brasil* 3ª ed., revista, ampliada, São Paulo, CIEE, 2007 (ed. bilingue, *CADE Practical Guide: the Defense of Competition in Brazil/CADE*, 3rd. ed. revised and expanded).

6. O art. 20 da Lei n. 8.884/1994 – Responsabilidade subjetiva ou objetiva

Indaga-se: o que é necessário para a caracterização de uma infração à ordem econômica? Assim como em situações de ilícitos cometidos por pessoa física, por pessoa jurídica pública ou privada, há que se ponderar se a responsabilidade é objetiva ou subjetiva, ou seja, se há necessidade de culpa ou não.

De uma análise superficial do art. 20 da Lei n. 8.884/1994 (“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”), pode-se vislumbrar que ali se consagra a responsabilidade objetiva, restando inócua qualquer tentativa de se apurar se houve o elemento “vontade”, com o escopo de beneficiar os agentes econômicos de responsabilidade diante de potencial ou efetiva produção de ilícitos. Assim, não haveria que se falar em apuração da intenção dos agentes econômicos quando se tratasse de infrações “anticoncorrenciais”.

Vale esclarecer a discussão levantada por muitos acerca do possível confronto, nesse sentido, entre a Lei Antitruste e a Constituição Federal, em seu art. 173, § 4º (“A lei reprimirá o abuso de poder econômico *que vise* à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”).

Passando a uma análise secundária do 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...”), podemos concluir que a intenção do legislador pode ter sido a de deixar expressa a necessidade do elemento volitivo para a responsabilização dos infratores econômicos. Isso, se aceito, nos levaria a crer que são dolosos os delitos classi-

ficados como infrações à ordem econômica, portanto, seria a responsabilidade subjetiva. A expressão “independentemente de culpa”, portanto, segundo este raciocínio, foi mal utilizada, ofendendo o texto constitucional.

Vale lembrar que a Constituição de 1988, na mesma direção de constituições atuais de outros países, apoia a livre iniciativa, mas expõe qualquer forma de abuso do poder econômico. Entretanto, não se pode olvidar que o poder de mercado, por si só, não é considerado ilegal; porém quando uma empresa abusa desse poder, por meio de adoção de condutas que ferem a livre concorrência, tal prática passa a configurar abuso econômico. Este descomedimento não está limitado a um conjunto restrito de práticas específicas, pois a análise sobre a possibilidade de uma conduta causar dano à concorrência é muito complexa e são vários os fatores analisados para que se possa caracterizar uma prática como abuso. Por isso, a legislação é ampla, e em certos pontos dúbia, permitindo a atuação do CADE para reprimir as condutas que, após investigação, possam ser caracterizadas como danosas à concorrência.

Em medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade,¹⁰ proposta perante o Supremo Tribunal Federal, a Confederação Nacional da Indústria objetivou obter previamente a declaração de inconstitucionalidade de parte de alguns artigos da Lei n. 8.884/1994, tais como art. 20, art. 21 inciso XXIV, art. 23, argumentando, em suma, que o Poder Público, admitindo a redação de tais dispositivos, estaria impedindo o livre exercício da atividade empresarial, embaraçando a necessidade de competição da indústria nacional que, naturalmente, mesmo obedecendo às imposições do CADE, poderia culminar em atos de

10. STF, Tribunal Pleno, ADI 1.094-MC-DF (Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade), Rel. Ministro Carlos Velloso, j. 21.9.1995.

concentração empresarial, sem qualquer intenção prejudicial à ordem econômica.

Diante da fundamentação da Confederação Nacional da Indústria, podemos visualizar a pretensão de angariar o esclarecimento acerca da responsabilidade subjetiva, ou seja, somente configurariam abuso do poder econômico, passíveis de repressão, os atos que visassem à dominação de mercado, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Posicionando-se *a contrario sensu*, o então Advogado-Geral da União, Doutor Geraldo Magela da Cruz Quintão, afirmou, em parecer dado em tal ação, que a Lei n. 8.884/1994 está embasada nos melhores princípios constitucionais, alinhada com a legislação dos países mais desenvolvidos onde impera o regime da livre concorrência, além de constituir poderoso instrumento colocado nas mãos do Estado para reprimir os abusos do poder econômico e defender o consumidor.

Cumprido esclarecer que tal ação ainda tramita pelo STF que, por unanimidade de votos, em 19 de maio de 1995, indeferiu o pedido de medida liminar de suspensão dos arts. 20, 21 inciso XXIV e parágrafo único, inciso I do art. 23 e dos arts. 55, 65 e 66, todos da Lei n. 8.884/1994, afastando a alegação de que o art. 20 seria inconstitucional por consagrar a responsabilidade objetiva. Importante consignar que, em 29.10.2008 o CADE foi admitido, na condição de *amicus curiae*, neste processo.

Ousamos entender, diante da controvérsia estabelecida, que o art. 20 não erra quando traz a expressão “independentemente de culpa”, muito embora respeitáveis entendimentos contrários se apeguem à ideia de que a Lei Antitruste se lança em um mar de erros ao deixar, ainda que implícito, o estabelecimento da responsabilidade objetiva.

Ainda que por analogia, conveniente citar o Código Civil brasileiro que, em seu art. 927, parágrafo único, estabelece o seguinte: “haverá obrigação de reparar o

dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”, ou seja, adota critérios de responsabilidade objetiva no âmbito do direito privado.

Eis aqui a “Teoria da Responsabilidade Objetiva”, atualmente adotada em certos casos, em que não mais se baseia em culpa, mas meramente na demonstração da existência de nexo causal entre o dano e o agente que praticou a conduta lesiva. Nosso direito evoluiu para a adoção da responsabilidade objetiva incorporando a teoria do risco, pois o fundamento desta teoria é mais humano que o da culpa, haja vista que as “vítimas” desses eventos são sempre mais vulneráveis em relação aos agentes que os ensejam. Por exemplo: imagine-mos situação hipotética em que determinada empresa com grande poder de mercado passa a praticar condutas predatórias, se seguissemos a teoria subjetiva, o ônus de provar a culpa, elemento muitas vezes implícito, caberia às empresas menores prejudicadas por tais condutas. Seria o equivalente a desconsiderar a inversão do ônus probatório em uma relação fornecedor-consumidor.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves,¹¹ é ideal considerar cinco estágios evolutivos que podem ser resumidos em: (a) facilitação à prova da culpa por parte da vítima, por meio do abrandamento jurisprudencial; (b) utilização da teoria do abuso de direito como forma de responsabilizar aqueles que, por seu agir, causavam lesão a terceiros em detrimento da finalidade social do direito; (c) utilização da presunção de culpa que representa, na prática, uma inversão do ônus da prova em favor da vítima, de tal forma que a esta bastaria provar a ocorrência do dano e o nexo de causalidade, cabendo à parte contrária demonstrar a existência de excludentes; (d) am-

11. Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade Civil*, 2003.

pliação dos casos de responsabilidade contratual, o que implica vantagem às vítimas e (e) adoção da teoria do risco, que dispensa totalmente a verificação da culpa, bastando apenas a demonstração da existência de nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Ainda segundo lição brilhante de Carlos Roberto Gonçalves, esse dispositivo do Código Civil representa elogiável avanço em matéria de responsabilidade civil, pois aproxima o nosso *Codex* aos de outros países que já alcançaram, nesse ponto, estágio superior, como o Código Civil italiano e o Código Civil português.

Importante assinalar que há muitas críticas em relação a esse entendimento. Como bem explanado por Sérgio Cavalieri Filho,¹² os adeptos de correntes subjetivistas argumentam que a demasiada atenção à vítima acaba por negar o princípio da justiça social, impondo cegamente o dever de reparar, além de que o risco configura mera probabilidade de dano (“ninguém viola dever jurídico simplesmente porque exerce uma atividade perigosa, muitas vezes até socialmente necessária”).

A despeito de formidáveis entendimentos nesse sentido, mantemos nossa visão de que a teoria objetiva deve ser aplicada, sobretudo analisando o caso concreto. Nessa direção, Fernando Noronha¹³ enfatiza que cada pessoa tem uma esfera jurídica que, precisamente porque é jurídica, deve ser tutelada, sendo que todos nós temos o direito de não ser afetados por atuações de outrem. Arremata dizendo que os riscos de cada atividade devem ficar com a pessoa que a realiza.

Ora, se na esfera civil admitimos como mais acertada a teoria objetiva, não há justificativa plausível para não aplicá-la aos casos empresariais que, na maior parte das

vezes, envolve empresas ou grupos econômicos muito abastados.

Para arrematar, ressalte-se que a Lei n. 8.884/1994 veio para disciplinar uma situação específica e não deixou lacuna no sentido de aplicação da responsabilidade, tampouco contrariou o dispositivo constitucional. Aquele que se arrisca no ramo empresarial tem o dever de observar os riscos e ser cauteloso para não abusar de seu poder de mercado.

7. As práticas predatórias na economia

A prática de preços predatórios configura situação em que uma empresa reduz intencionalmente o preço de venda de seu produto, submetendo-se a perdas em curto prazo, com o objetivo de eliminar rivais que já estejam estabelecidas no mercado ou aquelas que têm potencial para entrar no mesmo ramo. Após lograr o êxito almejado, qual seja, retirar do mercado as demais empresas que não tiveram condições de concorrer com os preços ínfimos (abaixo do custo de média de determinado produto), tais empresas praticantes de preço predatório elevam os preços novamente, galgando lucros a longo prazo.

Como bem ensina Ricardo Thomazinho da Cunha,¹⁴ a expressão “preço predatório” se associa à cobrança de preços excessivamente baixos por parte de empresa que está em situação dominante, com a finalidade de eliminar ou enfraquecer o competidor.

Nesse sentido, a Resolução 20/1999, do CADE, sobre preço predatório diz se tratar de prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista.

Assim, a prática de preços predatórios no curto prazo aumenta o bem-estar do

12. Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de Responsabilidade Civil*, 2002.

13. Fernando Noronha, “Responsabilidade Civil: uma tentativa de ressystematização”, *Revista de Direito Civil*.

14. Ricardo Thomazinho da Cunha, ob. cit., p. 98.

consumidor, porque este se beneficia dos preços mais baixos. Todavia, a longo prazo, como a predação reduz o número de firmas no mercado e, conseqüentemente, a concorrência, o bem-estar do consumidor se reduz. A presença da concorrência no contexto de uma economia de mercado é essencial, uma vez que possibilita um aumento na variedade e na qualidade de produtos e ainda colabora para a diminuição dos preços, caracterizando a verdadeira benesse ao consumidor.

A sociedade tende a “descriminalizar” a prática de preços predatórios, entendendo ser extremamente benéfica a baixa no valor do preço de um determinado produto. Esquece-se, entretanto, de ir a fundo e buscar a causa de tal baixa repentina. A intenção do “predador” não é favorecer o consumidor, nem alavancar a economia, mas sim dominar o mercado, eliminando deste as empresas que não tenham condição de com ele competir em tais situações.

8. Práticas predatórias – Aplicação

Surge uma dúvida: como saber se estamos diante de uma prática comercial predatória? Vender produtos abruptamente abaixo do preço, simplesmente, torna condenável a conduta de uma empresa, caracterizando o preço predatório?

Para que cometa a infração decorrente da venda de produtos abaixo do preço de custo, a empresa tem que produzir efeito ou ter como escopo prejudicar a livre concorrência. A constatação de uma estratégia de preço predatório exige, além da venda abaixo do preço de custo, as condições necessárias para que essa estratégia seja lucrativa.

Como bem explica Aurélio Virgílio Vargas Rios, nos autos do procedimento administrativo¹⁵ em que analisa a conduta de prática de preço predatório, é necessário

que se analise os detalhes 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 de a análise de comportamento estratégico para avaliar as condições objetivas de ganhos potencialmente extraordinários, posteriores, suficientemente elevados e capazes de compensar as perdas em razão das vendas abaixo do custo.

Ainda, há que se considerar que o sucesso da prática de preços predatórios está ligado, dentre outros fatores, à existência de duas condições, quais sejam, domínio de mercado por parte da empresa infratora e barreiras à entrada no mercado em análise.

O *Guia para Análise Econômica da Prática de Preços Predatórios*¹⁶ exige que estejam presentes, no mercado que está sendo analisado, as seguintes condições: (a) significativa participação de mercado da firma predadora; (b) elevadas quatro barreiras à entrada; (c) capacidade produtiva para atender o incremento da demanda em curto prazo; (d) capacidade de financiamento devido às perdas incorridas nesta estratégia.

No voto à Averiguação Preliminar n. 08012.007897/2005-98,¹⁷ o então Conselheiro do CADE Luiz Carlos Delorme Prado apresentou etapas com o objetivo de verificar se o preço é predatório ou não:

(a) o infrator deve ter poder de mercado (verificar se ele consegue alterar o comportamento do mercado, gerando dano coletivo ou difuso, tutelado pelo direito concorrencial). É por isso que um agente que está entrando no mercado (estratégia de

16. SEAE n. 70/2002, de 12.12.2002.

17. Averiguação Preliminar (CADE). Representantes: Refinaria de Petróleo de Manguinhos S/A e Refinaria de Petróleo Ipiranga S/A. Representado: Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras. Imputação à Petrobras das práticas de preços predatórios de derivados de petróleo, criação de dificuldades artificiais à entrada de rivais no âmbito do refino e discriminação do preço de petróleo por meio de preço de transferência. Brasília/DF.

15. CADE – Processo Administrativo n. 123.000.000567/2005-49.

entrada) pode praticar preços abaixo dos seus custos; a prática de preços não pode ser sustentada por um período muito longo (longo prazo ou cerca de um ano): nenhum agente conseguiria sobreviver um ano praticando preços abaixo dos seus próprios custos. Se conseguir sustentar esses preços baixos, certamente não estão abaixo do seu custo;

(b) o objetivo é excluir o concorrente: ou seja, não há outra explicação econômica para o comportamento do agente (as denominadas justificativas);

(c) a prática é lucrativa, no longo prazo: ou seja, uma vez excluídos os concorrentes, o agente conseguirá impor preços altos o suficiente para recuperar os prejuízos logrados durante a prática da predação (o denominado *recoupment*): é a denominada racionalidade econômica da conduta;

(d) por último, toda essa prática deve gerar perda de bem-estar pelo consumidor. Ou seja, se o agente prova, milagrosamente, que a sua prática gerará benefícios que não seriam alcançados em um mercado competitivo, a prática pode vir a ser considerada legal.

9. Conclusão

Muito embora a economia brasileira tenha passado por períodos de aclave, políticas de defesa comercial começaram a ser criadas somente nos anos 1930, quando se percebeu que se fazia imperioso o combate às infrações à ordem econômica que, em sua maioria, sempre foram motivadas pela ganância intrínseca do ser humano que, não sem exceção, quando se vê detentor do poder, tende a não considerar o seu igual.

Muito embora parte da jurisprudência não aceite a culpabilidade da pessoa jurídica, ainda que sigamos este entendimento, há a possibilidade de se recorrer à teoria da despersonalização, para que os dirigentes possam ser responsabilizados criminalmente pelas infrações previstas na Lei n. 8.884/1994.

Indaga-se: será que não é o momento de se rever a postura frente às infrações acima citadas? Não seria a hora de tratá-las com mais inflexibilidade do que atualmente se trata no que tange à função repressiva do CADE? Será que imposições meramente administrativas são suficientes para coibir a desenfreada ambição que, tal qual um veículo desgovernado, passa por cima de quem está em seu caminho, visando ganhar lucros cada vez maiores?

Ante todo o exposto, é possível enxergar a insuficiência das políticas atuais de combate às práticas predatórias. A economia saudável é extremamente importante para o desenvolvimento e solidificação de um país e o que vemos é o aumento de condutas que infringem a livre concorrência cada vez mais preponderando sobre corretos posicionamentos.

O potencial do nosso Brasil é eminente. Mais rigor se faz necessário na repressão dos comportamentos que, visando o enriquecimento isolado, próprio, prejudica o abrandamento de empresas que, mesmo ainda não detendo poder de mercado, caso encontrem solo fértil para uma concorrência leal, poderão se desenvolver, e o retorno, ainda que demorado, será benéfico ao país.

Referências bibliográficas

- BAUMANN, Renato (org.). *O Brasil e a Economia Global*. Rio de Janeiro, Campus, 1996.
- CADE. *A Defesa da Concorrência no Brasil*. 3ª ed., revista, ampliada. São Paulo, CIEE, 2007 (edição bilingue. *CADE Practical Guide: the Defense of Competition in Brazil/CADE*. 3rd. ed. revised and expanded).
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.
- COELHO, Fabio Ulhoa. *Direito Antitruste Brasileiro*. Saraiva, 1995.

- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. *Guia Prático do CADE: a Defesa da Concorrência no Brasil*. 3ª ed., revista, ampliada. São Paulo, CIEE, 2007 (edição bilingue. *CADE Practical Guide: the Defense of Competition in Brazil/CADE*. 3rd. ed. revised and expanded).
- CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de Defesa da Concorrência: Mercosul e União Europeia*. São Paulo, Manole, 2003.
- DRUCKER, Peter Ferdinand (1909). *A Sociedade Pós-Capitalista*. Trad. Nivaldo Montgelli. 6ª ed. São Paulo, Pioneira, 1997.
- DUTRA, Pedro. *Livre Concorrência e Regulação de Mercados: Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo, Ed. RT, 1998.
- GIAMBIAGI, Fabio, e VILLELA, André (orgs.). *Economia Brasileira Contemporânea*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo, Saraiva, 2003.
- NORONHA, Fernando. “Responsabilidade Civil: uma tentativa de ressystematização”. *Revista de Direito Civil*.
- OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: Panorama no Brasil e no Mundo*. São Paulo, Saraiva, 2001.
- SANTIAGO, Luciano Sotero. *Direito da Concorrencial: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo, Editora JusPodvim, 2008.
- SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1978.
- SOROS, George (1930). *A Crise do Capitalismo*. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro, Campus, 1978.
- SOUZA, Simone Leticia Severo e. *Regime Jurídico da Concorrência: as Diferenças entre Concorrência Desleal e Infração à Ordem Econômica*. 2ª ed. Curitiba, Juruá, 2009.
- TADDEI, Marcelo Gazzzi. “O CADE e o controle preventivo dos atos de concentração empresarial”. *Revista de Direito Mercantil* 121, jan.-mar./2001.
- VEIGA, Pedro da Motta (org.). *O Brasil e os Desafios da Globalização*. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 2000.

