

Conceito de “underselling” (“dumping”) dentro do Anteprojeto da nova Lei Antitruste

MÁRIO ROBERTO VILLANOVA NOGUEIRA

Advogado militante em São Paulo. Pós-Graduado com especialização em Economia pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas

SUMÁRIO

- I. “Dumping” e “underselling”.
- II. Tipificação legal.
 - 1) Concorrência perfeita. 2) Oligopólio. 3) Monopólio. 4) Venda abaixo do custo ou sem razoável margem de lucro. 5) Venda por preço injustificado. 6) Dominação do mercado relevante prejudicando a livre concorrência ou aumentando arbitrariamente os lucros e/ou abuso da posição dominante que resulte ou possa resultar em prejuízo para o interesse coletivo ou para determinar a empresa. 7) Impedir o fomento da eficiência e do desenvolvimento e não beneficiar o consumidor ou usuário final. 8) Elemento subjetivo.
- III. “Underselling” na doutrina estrangeira.
- IV. Conclusão.

I. “Dumping” e “underselling”

Antes de iniciarmos o presente estudo, convém que se estabeleçam convenientemente os conceitos de *dumping* e de *underselling*. Por força do uso, vem-se utilizando indistintamente o termo *dumping* para exprimir qualquer venda abaixo do preço de custo, seja no âmbito restrito do mercado nacional, seja referente ao comércio internacional. No entanto, estes conceitos são bastante distintos, tomando vulto tal diferenciação quando se sabe que são eles regulados por diplomas legais diversos, como distintos são os órgãos encarregados de sua apuração e repressão.

Consoante o art. 2.º, 1, do “Acordo Relativo à Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio” (promulgado pelo Decreto n.º 93.941, de 16 de janeiro de 1987), “um produto é objeto de *dumping*, isto é, introduzido no mercado de outro país a preço

inferior ao seu valor normal, se o preço de exportação do produto, quando exportado de um país para outro, for inferior ao preço comparável, praticado no curso de operações comerciais normais, de um produto similar destinado ao consumo no país exportador". Como se vê, a prática de *dumping* relaciona-se com o comércio exterior, sendo, pois, por definição, impossível a prática de tal ato dentro exclusivamente do mercado nacional. Em assim sendo, a apreciação e a repressão a tal comportamento, enquanto adstrito exclusivamente à esfera da política de proteção à indústria nacional, não se encontra dentro da competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE, mas sim, cabendo à Comissão de Política Aduaneira. Somente nos importa a prática do *dumping* quando realizada em importações e, a partir do momento em que repercutir como prática anticoncorrencial, onde começará a competência concorrente do CADE.

Desta forma, a venda, no mercado nacional, de mercadoria abaixo do preço de custo ou sem razoável margem de lucro, desde que injustificadamente, consiste, na verdade, de prática de *underselling*, este sim, indiscutivelmente, dentro dos limites da competência do CADE.

Uma vez feita tal distinção, o que pretendemos no presente trabalho é trazer alguns módicos subsídios que auxiliam a todos aqueles que lidam com o Direito Antitruste, visando à apuração da prática do *underselling*, procurando, dentro do espírito do anteprojeto da nova Lei Antitruste, estabelecer os limites entre a prática predatória do *underselling* e a liberdade da empresa na cobrança do preço e seu uso como legítimo instrumento concorrencial.

II. Tipificação legal

Contrariamente à atual Lei Antitruste (Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962), que não arrola entre os tipos puníveis elencados no art. 2.º a prática do *underselling*, o projeto o prevê no item *p* do art. 23, *in verbis*:

"Art. 23 — As seguintes condutas, práticas, atos e contratos, entre outros, configuram formas de abuso do poder econômico de que tratam os arts. 21 e 22, ainda que não tenham sido alcançados os fins visados:

.....

p) vender, injustificadamente, mercadoria abaixo do preço de custo ou sem razoável margem de lucro inerente à atividade comercial;"

Não é nosso intuito nos aprofundarmos na discussão de se a prática de *underselling* estaria ou não tipificada na lei atualmente em vigor, no entanto, permite-se fazer algumas considerações neste ponto, ainda que *à vol d'oiseau*.

Como se sabe, o Projeto n.º 122, de 1948, de autoria do Deputado AGAMENON MAGALHÃES, previa, expressamente entre as formas de abuso do poder econômico, a prática de *dumping* (sic). O fato é, porém,

que na fase de discussão do mencionado projeto, o Congresso Nacional, sensível às ponderações apresentadas pelo Prof. ALEXANDRE KAFKA, em pronunciamento perante a Câmara Especial da Câmara dos Deputados, em 22 de fevereiro de 1956, houve por bem retirar do texto que veio a ser aprovado, o tipo *dumping* (aqui usado em substituição a *underselling*).

Filiamo-nos à corrente dos que entendem o Direito Antitruste como sendo um ramo do Direito Penal Econômico, sujeitando-se aquele, pois, aos mesmos princípios informadores deste, entre os quais o da tipicidade da conduta. Em vista disto, em face da presente lei, não haveria que se falar em *underselling* como prática anticoncorrencial, haja vista o fato da não-tipificação da conduta no diploma legal cabível.

Conduta típica ou não, o fato é que a comissão elaboradora do anteprojeto entendeu que a prática do *underselling* pode, eventualmente, ser anticoncorrencial, pelo que a tipificou como acima mencionamos.

Não se pode, porém, dizer que qualquer venda abaixo do preço de custo constitui-se, por si só, *underselling* e que tal fato deva ser punido na forma da lei.

Pelo contrário, a prática tem demonstrado que a ocorrência de *underselling* como conduta anticoncorrencial acontece em termos bastante diminutos, muito inferiores ao número de denúncias ou queixas de tal atitude que são trazidas à luz. Tal fato se explica, basicamente, pela lógica econômica do mercado.

Uma determinada empresa somente pratica o *underselling* com vistas à eliminação de seus concorrentes se tiver, pelo menos, grandes chances de que com esta atitude levá-los-á todos, ou boa parte deles, a fecharem seus negócios num prazo relativamente curto (um período alongado em demasia de redução de lucros, poderia levar à insolvência a própria empresa), sendo que após tal período ela poderá valer-se de sua condição de monopolista e os lucros então auferidos compensarão plenamente as perdas passadas. Ou seja, enquanto os prejuízos são presentes e ocorrem a cada venda, os lucros são futuros e hipotéticos. Não é por outra razão que a jurisprudência e a doutrina estrangeiras, que analisaremos mais adiante, têm sido tão reticentes em processar e punir as alegadas práticas de *underselling*.

Como primeira medida para se avaliar se a ocorrência de *underselling* configura-se em atitude anticoncorrencial, seria verificar-se o tipo de mercado em que operam os produtores.

Tradicionalmente os mercados são divididos em três espécies:

- a. concorrência perfeita;
- b. oligopólio; e
- c. monopólio.

Passemos, então, a analisar a lógica do *underselling* dentro de cada um destes mercados.

a. *Concorrência perfeita*

Conforme define ERNEST GELLHORN (*Antitrust Law and Economics*, pp. 51/52, West Publishing Company, 1981), um mercado será de concorrência perfeita se:

- i. houver um grande número de compradores e vendedores;
- ii. a quantidade de produtos comprada por qualquer comprador ou vendida por qualquer vendedor for tão pequena em face das vendas totais que alterações nestas quantidades não alterem o preço de mercado;
- iii. o produto é homogêneo; não há razão para que um comprador prefira um vendedor em especial ou vice-versa;
- iv. todos os compradores e vendedores têm perfeitas informações sobre os preços do mercado e a natureza dos bens vendidos; e
- v. há liberdade de entrada no mercado.

Antes de seguirmos adiante, façamos apenas um reparo na conceituação apresentada por GELLHORN: baseados em EDUARDO AUGUSTO GUIMARAES (*Acumulação e Crescimento da Firma — Um Estudo de Organização Industrial*, Editora Guanabara, 1987), diremos que pode não haver a venda de um produto homogêneo, mas também de diferenciados. Veremos abaixo as implicações desta segunda hipótese.

Este mercado, seja de produtos homogêneos, seja de diferenciados, é, em nossa opinião, impermeável ao *underselling* como prática anticoncorrencial. Se não, vejamos: por definição todas as empresas terão um porte semelhante, nenhuma delas dispondendo de capacidade financeira que a permita por um período maior de tempo (pelo menos não maior que suas concorrentes) absorver prejuízos causados por uma venda abaixo do custo. Deste modo, a redução dos preços por parte de qualquer empresa levará as outras a fazerem o mesmo, não alterando a participação proporcional de qualquer delas no mercado. No momento em que os prejuízos se tornassem insuportáveis, o que deverá ocorrer simultaneamente com todas as empresas, os preços simplesmente voltariam aos níveis anteriores. O aumento da margem de lucro com vistas à recuperação financeira, por sua repercussão nos preços, levará os consumidores a optar por outros vendedores com preços menores, impedindo uma compensação dos prejuízos. A tentativa foi *ab ovo* ineficaz. Por certo a empresa tem consciência da inutilidade da prática de *underselling* e não o praticará com fins predatórios.

Caso os produtos sejam diferenciados, a peculiaridade estará na elasticidade-preço da demanda, ou seja, quão menor deverá ser o preço de um produto para que o consumidor abandone o seu substituto e passe a adquiri-lo. O mesmo se aplica em sentido inverso, ou seja, tendo em vista a facilidade de entrada no mercado, quando a empresa que praticou o

underselling pretender valer-se de sua condição monopolista, aumentando seus lucros, sua margem de lucratividade superior à do mercado atrairá de imediato novos concorrentes que poderão se valer da mesma elasticidade-preço da demanda.

Pelo que se vê, a prática do *underselling* com fins predatórios somente será economicamente possível no caso de oligopólios ou quase monopólios onde, embora havendo um razoável número de fornecedores, um deles possua uma participação bastante superior à dos demais.

b. *Oligopólio*

Por seu turno, este tipo de mercado caracteriza-se por:

- i. um pequeno número de vendedores, geralmente de grande porte;
- ii. a quantidade de produtos comprada por qualquer comprador ou vendida por qualquer vendedor é substancial em face das vendas totais, e alterações nestes volumes podem alterar os preços de mercado;
- iii. o produto pode ser homogêneo ou diferenciado;
- iv. todos os compradores e vendedores têm razoável informação sobre os preços do mercado e a natureza dos bens vendidos; e
- v. há barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado.

As empresas oligopolistas são, via de regra, empresas de porte, dispendo de grande capacidade financeira e podendo, por via de consequência, suportar prejuízos em suas operações por um razoável período de tempo. Embora cada uma delas, individualmente, seja capaz de praticar o *underselling* com vistas à eliminação da concorrência, pois pode conviver com os prejuízos, devemos lembrar que também as concorrentes, igualmente grandes empresas, poderão reduzir ou zerar sua margem de lucro com vistas a contrabalançar o comportamento agressivo de qualquer delas. Mais uma vez verifica-se que a prática do *underselling* para a dominação do mercado não será tão simples como alguns a crêem.

Poderemos imaginar que uma das oligopolistas tenha uma capacidade financeira muito superior à de suas concorrentes e pretenda eliminá-las. Ainda assim, esta vitória poderá ser de Pirro, visto o elevadíssimo montante dos prejuízos que será obrigada a arcar, que podem chegar a tal ponto que comprometam a própria saúde da empresa. Para compensar tais prejuízos, a elevação da margem de lucros no futuro deverá ser substancial, o que fatalmente atrairá novos concorrentes, mesmo em face de eventuais barreiras à entrada. Muitas vezes será mais barato investir-se em pesquisa e desenvolvimento e ganhar o mercado pela diferenciação do produto.

Tipicamente as barreiras à entrada em mercados oligopolistas são os elevados investimentos e o conhecimento tecnológico apurado. No caso de oligopólios homogêneos a tecnologia é, via de regra, de conhecimento público, pelo que a barreira será o capital. Em face da elevada taxa de lucrati-

vidade obtida pelo novo “monopolista”, outras grandes organizações sentir-se-ão atraídas pelo mercado, dispondo elas do capital suficiente para fazer frente aos investimentos necessários. Neste passo, a nova monopolista, abalada, em maior ou menor grau, financeiramente, terá como concorrentes novas e grandes empresas.

Se, por outro lado, a barreira à entrada for a tecnologia, muito provavelmente o oligopólio será diferenciado, e somente será frutífera uma política de redução de preços em face de uma maior elasticidade-preço da demanda.

Outro ponto que a empresa que pretenda praticar *underselling* com fins anticoncorrenciais deve ter em mente é que os seus concorrentes podem não atuar somente em um mercado, pelo que sua capacidade de absorção de prejuízos será ainda muito superior, pois auferirá lucros com outros produtos.

Efetivamente a condição mais propícia à prática do *underselling* é a existência de um oligopólio onde uma das empresas seja bastante maior que suas concorrentes, seja individualmente, seja porque compõe um conglomerado. Seria, de fato, um quase monopólio. Nesta situação uma baixa de preços pode realmente conduzir, com relativa facilidade, a uma concentração e à eliminação da concorrência. Mesmo assim deve-se estar atento, porque tal redução nos preços pode ser plenamente justificada economicamente, não sendo, pois, o tipo descrito no anteprojeto.

c. Monopólio

Neste tipo de mercado, por definição, não existe concorrência, logo, será impossível a prática de *underselling* com fim a eliminá-la. Aliás, o propósito da própria Lei Antitruste é evitar tal configuração.

Mas a estrutura monopolista merece alguns comentários. Prevê o art. 1.º do anteprojeto que “esta lei objetiva prevenir e reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados (...) sempre com o propósito de, direta ou indiretamente, fomentar a eficiência e o desenvolvimento e beneficiar o consumidor ou usuário final”. Neste passo, é nosso entendimento que somente se justifica a proteção à concorrência se esta for mais benéfica à eficiência e ao consumidor que o monopólio.

Podemos dizer que há, basicamente, três tipos de monopólios: o legal, que é estabelecido em lei ou garantido por ela; o natural, que se impõe por razões naturais, e o que chamaremos de “desejável”, que se justifica por condições econômicas.

Quanto ao monopólio legal, não há o que se discutir, visto que se justifica nos interesses maiores do País, sendo consagrado em sua legislação, e garantindo o uso exclusivo de patentes e direitos autorais, como estímulo à criação. O monopólio natural é originário de um capricho da natureza, quando se é, por exemplo, o explorador de uma mina única no País; por mais desejável que seja a concorrência, ela será impossível, já

que ninguém mais produz a mesma mercadoria. Já o monopólio desejável é fruto exclusivamente da economia.

Há certos casos em que a concorrência será extremamente prejudicial, indo contra a eficiência e o desenvolvimento e prejudicando o usuário final. Este é o caso de vários serviços públicos, como os de telefone, água, eletricidade etc. Apenas à guisa de exemplo, imagine-se quanto custaria um litro de água se diante de nossas residências houvesse dez diversas tubulações para que pudéssemos escolher de qual distribuidora gostaríamos de comprá-la, e quanto custaria ao consumidor a obra necessária a cada vez que pretendesse mudar de fornecedor.

No entanto, não apenas nos serviços públicos ocorre o monopólio "desejável". Certas mercadorias, por questões industriais, somente são rentáveis a partir de um certo volume de fabricação, seja porque seu desenvolvimento tecnológico absorveu grandes somas, seja porque o maquinário somente é econômico se houver produção e massa, seja porque o tipo de produto não permite um ganho de margem unitário, mas de volume. Por outro lado, o mercado destas mercadorias pode ser pequeno, ou seja, se houver concorrência, todas as empresas serão necessariamente deficitárias. A fim de evitar tais perdas, as margens de lucro terão que ser aumentadas, obrigando o consumidor a pagar muito mais pelo produto do que se houvesse um monopólio, sendo igualmente prejudicada a eficiência na alocação dos recursos.

É bem verdade que a verificação da ocorrência de um monopólio "desejável" é difícil. Não deverá, todavia, o CADE deixar de atentar também para esta hipótese, sob pena de dar seu beneplácito à ineficiência e causar um mal ao consumidor.

Se o tipo de mercado não for suficiente para a verificação da ocorrência ou não de prática anticoncorrencial por meio de *underselling*, será, sem dúvida, um eficiente termômetro.

Muito embora no mais das vezes a prática do *underselling* seja absolutamente ilógica do ponto de vista empresarial, ela pode ocorrer. Passemos, então, à análise do tipo como proposto pelo anteprojeto.

Para que seja punível deverão, assim, ocorrer cumulativamente as seguintes circunstâncias:

- a. venda abaixo do custo ou sem razoável margem de lucro
- b. tal venda seja injustificada;
- c. que se pretenda a dominação do mercado relevante, impedindo, limitando, falseando, restringindo ou de qualquer forma prejudicando a livre concorrência ou aumentando arbitrariamente os lucros (art. 21 do anteprojeto); e/ou

que haja práticas individuais ou coletivas que representem abuso da posição dominante, desde que resultem ou possam resultar prejuízo para o interesse coletivo ou para determinada empresa (art. 22 do anteprojeto);

d. que impeça o fomento da eficiência e o desenvolvimento e não benefício ao consumidor ou usuário final (art. 1.º do anteprojeto); e

e. elemento subjetivo.

Vejamos, agora, individualmente, cada um de tais elementos:

a. *Venda abaixo do custo ou sem razoável margem de lucro*

O preço de uma dada mercadoria nada mais é do que a soma dos seus custos de produção e da margem de lucro que o capitalista pretende obter em sua comercialização. Daí tem-se que a margem de lucro é um percentual que será livremente estabelecido pela empresa, sendo razoável quando dentro de certos parâmetros.

Os custos, por seu turno, dividem-se entre fixos e variáveis, sendo fixos aqueles em que se incorre independentemente do volume produzido e variáveis os que somente surgem a cada unidade produzida. Tanto os custos fixos quanto os variáveis modificarão de empresa para empresa conforme seja a eficiência de cada uma na alocação dos recursos. Quanto mais eficiente for uma empresa, menores serão os seus custos. Tal eficiência não está necessariamente apenas na produtividade do trabalhador, mas também na racionalização do espaço utilizado, no melhor aproveitamento da matéria-prima etc., muito embora as empresas eficientes o sejam, normalmente, em todos estes campos.

Dado o custo, como já se disse, a margem de lucro é arbitrariamente decidida pela empresa. Caso uma determinada empresa tenha custo inferior ao de suas concorrentes, ela poderá optar em manter seus preços no mesmo nível daquelas, operando com uma maior margem de lucro, ou reduzir o preço final, trabalhando com uma mesma margem que suas concorrentes. Para o consumidor a hipótese última é, sem dúvida, mais interessante, como também para toda a economia. Neste caso, a empresa eficiente manterá os seus lucros globais pelo aumento de suas vendas e não pelo lucro obtido unitariamente. Há um ponto de equilíbrio entre a redução da lucratividade por unidade e o ganho pelo aumento de venda: é este ponto de equilíbrio que deve ser buscado pelo mercado, quando se terá maior produção pelo menor preço. A lucratividade unitária neste ponto poderá ser muito inferior à lucratividade média do mercado ou mesmo da economia, não se diga, entretanto, que esta não seja razoável. Será razoável a lucratividade que permitir à empresa novos investimentos e remunerere convenientemente o capitalista, neste passo, comparada à remuneração paga pelo mercado ao mesmo capital.

Aqui merece o nosso elogio o anteprojeto, que prescreve que a venda deverá ser abaixo do custo e não do preço de mercado, como entendem alguns. Como dissemos acima, uma empresa poderá vender muito abaixo do preço de mercado, ainda assim auferindo bons lucros com seu negócio, simplesmente por ser muito mais eficiente que suas concorrentes. O preço artificial é aquele abaixo do custo ou com uma lucratividade que impeça

a reprodução dos fatores produtivos e não o do mercado, que pode ser excessivamente alto.

Neste ponto, ressalte-se o fato de existirem certos preços que são controlados pelo governo. Desde que a crise de 1929 deixou patente a falácia do princípio *laissez-faire, laissez-passer*, que o Estado passou a intervir cada vez mais fortemente no campo econômico. Se este é um fenômeno mundial, no Brasil ele tem sido levado às últimas conseqüências. Criou-se, então, o Conselho Interministerial de Preços — CIP, cuja função é estabelecer preços máximos de certos produtos, geralmente daqueles produzidos por oligopólios. Para se chegar a tais preços, periodicamente são apresentadas ao CIP planilhas de custo das empresas e a margem de lucro pretendida. O CIP, dentro dos interesses da política econômica do governo, fundado em tais planilhas, que são apresentadas pelas entidades setoriais ou pelas próprias empresas, fixa preços máximos que poderão ser cobrados pelos ditos produtos. De qualquer modo, seja uma planilha preparada pelas associações de empresas, seja preparada pela empresa, esta, via de regra, apresentará os custos máximos, de vez que, uma vez autorizados preços calculados sobre tais valores, todas as vendas estarão em nível igual ou inferior ao mencionado preço máximo. Há casos, porém, em que as planilhas são elaboradas segundo critérios discricionários ou arbitrários, entretanto sempre artificiais, estabelecidos pelo próprio CIP, os quais não consideram eventuais aumentos ou reduções nos custos. O resultado é que os preços assim estabelecidos ou não garantem uma margem razoável de lucros ou estipulam uma margem excessiva. Em assim sendo, nestes casos o CADE não poderá valer-se de tais planilhas para a constatação do elemento objetivo (“vender abaixo do custo”), podendo somente ser reconhecido o *underselling* quando os preços praticados forem efetivamente inferiores ao custo real, desconsiderando-se os dados constantes de ditas planilhas.

Em assim sendo, é comum que os preços do CIP sejam superiores aos de algumas empresas ou, mesmo no caso de planilhas apresentadas pela própria empresa, sejam superiores à grande maioria das operações que realiza. Ora, como dissemos acima, o preço-CIP é máximo, não mínimo ou obrigatório, muito pelo contrário; tanto melhor que os preços efetivamente praticados sejam inferiores ao do CIP. Não pratica o *underselling* quem vende abaixo do preço-CIP, resguardada sua margem de lucro, sendo, aí sim, condenável um aumento desmesurado da margem pela obrigatoriedade de cobrança de um preço máximo. Neste sentido a manifestação de EMIL PAULIS ao analisar a política de fixação de preços na Bélgica (“Vertical Price Fixing in Belgium”, in *International Anti Trust Law*, vol I, p. 32, Julian Maitland-Walker):

“It is possible that in respect of a particular manufacturer and a particular product the maximum price fixed by ministerial decree exceeds the normal price. In that case, the parties may apply only the normal price, not the maximum price. If the normal price is below the maximum price, the normal price has priority over the maximum.”

Aliás, nem poderia ser de outro modo. O controle oficial de preços somente é justificável no desejo de manter-se um certo controle no nível dos preços, evitando-se aumentos abusivos; ilógico e repreensível seria obrigar a quem quer vender mais barato a vender mais caro.

Acrescente-se que tampouco configura o *underselling* uma única venda isolada, de início porque este fato único não terá qualquer possibilidade de eliminar a concorrência. O *underselling* há que ser uma prática reiterada, no tempo e no espaço, com o *animus* anticoncorrencial.

b. *Venda por preço injustificado*

O preço abaixo do custo ou sem razoável margem de lucro deverá ser artificial, ou seja, não justificável economicamente.

As justificativas podem ser de vários matizes. Uma nova empresa no mercado pode cobrar preços notoriamente baixos, de modo a lograr obter uma fatia de mercado, fixar a clientela, atrair a atenção dos consumidores em geral. Tal política, todavia, deverá ser temporária, apenas tempo suficiente para alcançar seus objetivos plenamente aceitáveis. A justificativa poderá ser também mercadológica, visando a manter ou a criar uma boa imagem perante o público, ou social, que terá reflexos na hipótese anterior. Ou ainda, um grande consumidor pode exigir um preço mais favorável, sendo de bom senso gerencial atendê-lo de modo a manter o comprador entre o rol de seus clientes pelo volume, tipo, qualidade ou posição estratégica que representa.

Esta última hipótese é o caso do chamado *meting price competition*, qual seja, para fazer face ao comportamento agressivo de uma das concorrentes, que reduz seus preços, seja para conquistar mercado, seja por ser mais eficiente, a empresa também faça uma redução nos seus, a fim de conseguir manter sua clientela, ou ainda para forçar o concorrente a voltar ao nível anterior. Neste sentido decidiu a Suprema Corte dos Estados Unidos, em voto prolatado pelo Ministro BURTON (*Standard Oil Co. v. Federal Trade Commission*, 340 U.S. 231, 71 S. Ct. 240, 95 L. Ed. 239, *apud* "Price and Service Discrimination under the Robinson — Patman Act" — OPPENHEIM and WESTON, p. 103, West Publishing Co., 1974):

"For example, if a large customer requests his seller to meet a temptingly lower price offered to him by one of his seller's competitors, the seller may find it essential, as a matter of business survival, to meet that price rather than to lose the customer. It might be that this customer is the seller's only available market for the major portion of the seller's product, and that the loss of this customer would result in forcing a much higher unit cost and higher sales price upon the seller's other customers. There is nothing to show a congressional purpose, in such a situation, to compel the seller to choose only between ruinously cutting its price to all its customers to match the price offered to one, or refusing to meet the competition and then

ruinously raising its prices to its remaining customers to cover the increased unit costs.”

E prossegue o julgador:

“There is, on the other hand, plain language and established practice which permits a seller, through paragraph 2 (b), to retain a customer by realistically meeting in good faith the price offered to that customer, without necessarily changing the seller’s price to its other customers.”

Como se depreende, ao invés de nociva, a redução de preços a um determinado cliente permitiu que todos os demais continuassem pagando preços razoáveis, o que não ocorreria se o preço tivesse que se manter absolutamente estático, indiferente a quaisquer circunstâncias específicas do mercado.

c. *Dominação do Mercado Relevante prejudicando a livre concorrência ou aumentando arbitrariamente os lucros*

Neste momento devemos analisar não mais o fato em si, mas as suas conseqüências no mercado. Por livre concorrência devemos entender a possibilidade de entrada ou saída do mercado dos produtores e consumidores, a liberdade dos produtores de buscar a maximização de seus lucros e a busca dos consumidores pelos menores preços. Portanto, o preço, como um elemento fundamental da concorrência, não deve ser tido como um elemento estático, sujeito tão apenas a elevações, muito pelo contrário, o que deseja o consumidor é que os preços sejam os mais baixos possíveis e o que interessa à economia como um todo é que, resguardada a saúde financeira das empresas, os preços sejam igualmente baixos. Daí por que as nações mais desenvolvidas têm aberto seus mercados aos produtos importados, de molde a ativar a competição com as empresas nacionais. A redução de preços deve ser olhada primeiramente como um benefício, partindo-se do pressuposto de que tal ocorreu dentro do livre jogo da concorrência, não ao contrário, assumindo-se de início que tal redução é prejudicial. Cabe antes ao representante demonstrar cabalmente os prejuízos causados ao mercado (e não a uma sociedade em particular) e não à empresa que reduziu seus preços demonstrar que tal não ocorreu e nem ocorrerá.

Quanto mais livre a concorrência, tanto maiores serão as variações de preços, cada empresa na busca incessante de manter-se no mercado.

E/ou abuso da posição dominante que resulte ou possa resultar em prejuízo para o interesse coletivo ou para determinada empresa

Como dissemos anteriormente, a existência de um mercado em que determinada empresa possua uma posição privilegiada com relação às demais é o que favorece a utilização do *underselling* com vistas à eliminação da concorrência. A posição dominante, em si própria, não é uma prática anti-

concorrencial. O que deve ser coibido, isto sim, é o abuso de tal situação de privilégio. Constituirá abuso o uso da posição dominante para a prática de atos que, não fora tal posição dominante, não poderiam ser ou não seriam praticados. Mas não basta que tal abuso seja praticado, é preciso que ele cause, ou tenha o condão de causar, um desregulamento nos mecanismos da livre concorrência ou impeça qualquer empresa de agir livremente no mercado, seja na escolha de seus fornecedores ou clientes, seja por restrições em sua capacidade de autogestão, seja por qualquer outra restrição.

A posição dominante não está necessariamente ligada ao poder econômico, podendo uma determinada empresa possuí-la por ser detentora de um conhecimento tecnológico ou, simplesmente, por uma disposição contratual. Todavia, qualquer que seja a origem de tal situação de superioridade com relação às demais, o abuso poderá ocorrer sempre que for utilizada em detrimento da coletividade ou de determinada outra empresa, desde que presentes características anticoncorrenciais.

d. *Impedir o fomento da eficiência e do desenvolvimento e não beneficiar o consumidor ou usuário final*

No fim de tudo, aquilo que se busca proteger através da legislação antitruste é a eficiência e o desenvolvimento econômico, visando ao benefício do consumidor. Uma saudável luta de preços tende a aumentar a eficiência na alocação de recursos e o desenvolvimento técnico, com vistas ao barateamento do processo produtivo, tudo o que redundará num aumento de poder aquisitivo do consumidor. Quanto mais competitiva a economia, mais estável tende a ser o nível de preços, com o conseqüente beneficiamento da população, permitindo, inclusive uma maior e mais justa distribuição da renda. O *underselling* não é, em si, prejudicial e sua análise deve ser bastante criteriosa, a fim de não se prejudicar o desenvolvimento, premiando-se a empresa ineficiente.

e. *Elemento subjetivo*

Não poderíamos nos olvidar de fazer menção ao aspecto subjetivo do *underselling*. A Constituição Federal, no § 4.º do art. 173, determina 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" (grifamos). A exigência do elemento subjetivo vem consagrada desde o texto constitucional de 1946 (art. 148) e sendo pacífica na doutrina (cf. BENJAMIN M. SHIEBER, *Abusos do Poder Econômico*, pp. 28 e ss., Ed. Revista dos Tribunais, 1966).

Quando o legislador constituinte utilizou-se do verbo "visar", devemos entender que deverá haver uma intenção específica do agente econômico com vistas à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência ou ao aumento arbitrário dos lucros. Não será, deste modo, considerado abuso do poder econômico o crescimento de uma empresa em um determinado mercado se este desenvolvimento for fruto de uma competição honesta (*Jair*

competition), fundado em sua eficiência produtiva e gerencial, em sua tradição ou ainda na qualidade de seus produtos.

A atual Lei Antitruste prevê que apenas sejam puníveis os delitos penais-econômicos dolosos, descriminalizados os culposos. O anteprojeto vai mais além, ao apresentar no inciso *b* do § 6.º do art. 26 a forma culposa.

A busca de uma posição privilegiada no mercado é absolutamente lícita e louvável, pois é nela que se funda todo o sistema capitalista e por ela é que as empresas justificam os gastos de grandes somas na pesquisa e desenvolvimento de novos produtos e meios mais eficientes de produção. Se pretendemos qualificar o delito penal-econômico apenas por seu aspecto objetivo, estaremos consagrando uma odiosa responsabilidade objetiva, inadmitida no Direito brasileiro.

Para que se condene o infrator há que restar plenamente comprovado o seu *animus* anticoncorrencial. Como vimos acima, muitos são os casos em que se pratica o *underselling* não para tais fins condenáveis, mas sim no desejo de manter-se no mercado ou para forçar o concorrente a praticar preços compatíveis com este.

O *underselling* configurar-se-á, então, pela existência da prática de preços abaixo de seu valor de custo real ou sem razoável margem de lucro, repercutindo na eliminação da concorrência, com prejuízo para o consumidor ou usuário final, tendo o agente econômico agido expressamente para tal fim, desejoso da sua ocorrência (dolo) ou consciente dela (dolo eventual), ou ainda, nos termos do anteprojeto, de forma culposa.

III. “Underselling” na doutrina estrangeira

Conquanto a Lei Antitruste norte-americana contemple o *underselling*, os tribunais encarregados de julgar tais ocorrências têm se mostrado prudentes. Como lembra o Professor HERBERT HOVENKAMP (*Economic and Federal Antitrust Law*, Parágrafo 6.7, pág. 6), “os tribunais antes acreditavam que a prática de preços predatórios era simples para uma empresa em boas condições financeiras e que era um meio comum através do qual os monopólios surgiam. Na última geração, entretanto, muitos economistas e analistas especializados concluíram diversamente: a prática de preços predatórios é, na verdade, muito dispendiosa, freqüentemente fadada ao insucesso e não plausível na vasta maioria dos mercados onde se alega tenha ocorrido. Atualmente, alguns doutrinadores de escol acreditam que a prática de preços predatórios, em qualquer mercado, é irracional e não ocorre virtualmente nunca” (tradução livre).

Já a legislação do Mercado Comum Europeu sequer contempla a figura como possível de repressão. Consoante esclarecem ALFRED GLEISS e MARTIN HIRSCH (*Common Market Cartel Law*, 3.ª edição em idioma inglês, item 54, pág. 69), comentando o artigo 85 do Tratado de Roma, conforme interpretado pela Comissão das Comunidades Européias, “vender abaixo do custo, na opinião da Comissão, não é desleal mesmo quando o objetivo seja criar uma posição dominante pelo emprego de grande poder

financeiro (IFTRA, 'loc. cit.', 9) (...). Vender a preços de *dumping* não é desleal. Portanto, os concorrentes não podem se obrigar a desistir de vender nessa base ou a não vender abaixo dos preços do mercado nacional (IFTRA, 'loc. cit.', 9)" (tradução livre).

O que se nota, por conseguinte, é que nestes países a prática tem demonstrado que o *underselling*, antes de prejudicial ao mercado, é, na maioria das vezes, benéfico a este, excitando a concorrência e a eficiência na alocação de recursos e o progresso técnico, revertendo no bem comum.

IV. Conclusão

À vista de tudo o quanto foi acima apresentado, somos levados a concluir que a prática de *underselling* como figura típica é fato muitíssimo raro. Não obstante discordemos da posição da Comunidade Econômica Européia, que simplesmente desconsidera o tema, aproximamo-nos da visão apresentada por HOVENKAMP.

O *underselling* não pode ser visto apenas do ponto de vista jurídico-formal, mas, sobretudo, do ponto de vista econômico. Uma singela alegação de venda abaixo do preço de custo feita perante o CADE, antes de ser tomada como um forte indício para a abertura do processo administrativo, deve ser vista com cautela. Como vimos, certos mercados são, simplesmente, impermeáveis à prática do *underselling* e, conforme o caso, uma simples vista d'olhos já permitirá ao julgador aperceber-se de tal.

A mobilidade dos preços é um instrumento legítimo da empresa na sua busca de afirmação e aumento de sua participação no mercado e leva à incessante busca da eficiência e da otimização no uso dos recursos disponíveis. A obrigatoriedade de manutenção de preços ineficientemente altos virá, ao contrário, em prejuízo do mercado e dos consumidores, o que, ao final, é aquilo que se pretende proteger.

Devemos ainda lembrar que um determinado preço pode ser reduzido também através do fornecimento de serviços ou outros bens a título gracioso. Este fato poderá consubstanciar-se numa prática indireta de *underselling*. Daí por que acreditamos devesse o texto do anteprojeto também prever esta possibilidade, tipificando o *underselling* como a venda injustificada de mercadoria abaixo do custo ou sem razoável margem de lucro inerente à atividade comercial, qualquer que seja o meio utilizado para tal redução no preço.

Concluiremos ressaltando que, em consonância com o desenvolvimento das doutrina e jurisprudência comparadas, devemos eliminar de nossos espíritos a idéia de que o *underselling* é uma prática em si lesiva e deve ser sempre combatida. Os julgadores devem estar atentos às condições econômicas e ao mercado no qual se inseriu tal prática, devendo exigir do representante mais do que meras alegações de uma atitude que, como pretendemos demonstrar, é, na maioria dos casos, um catalisador que permite a melhoria da eficiência e redundante em benefício para o consumidor.