

## **Preço predatório: em busca de um sistema de avaliação condizente com as diretrizes do SBDC**

Thiago Alves Duarte Faerman Soares<sup>1</sup>

### **RESUMO:**

O presente trabalho busca adentrar em um fenômeno extremamente complexo e controverso: a prática de preço predatório. Boa parte da doutrina acredita que não há razões para a política antitruste se preocupar com a referida conduta, na medida em que seria o mesmo que caçar unicórnios, dada a sua raridade. Esse estudo, contudo, tentará olhar sobre o fenômeno através de outra perspectiva, a qual considera mais condizente com o SBDC, propondo, no final, um sistema de avaliação que possa atingir os objetivos buscados pelo ordenamento brasileiro. Dessa forma, também, se criticará os parâmetros, atualmente, adotados pelo Cade.

Palavras-chave: Direito Concorrencial, Controle de Condutas, Preço Predatório, Cade, SBDC.

Classificação JEL: K21 – Antitrust law

### **ABSTRACT:**

This essay aims to enter into an extremely complex and controversial phenomenon: the practice of predatory pricing. Much of the doctrine believes that there is no reason for the antitrust policy to worry about such behavior, in the measure that it would be the same as hunting unicorns, given its rarity. This study, however, attempts to look at the phenomenon through another perspective, which considers more consistent with the SBDC (Brazilian antitrust system), proposing, in the end, an evaluation system that can better achieve the goals sought by the Brazilian legal system. Thus, also, the parameters currently adopted by CADE are going to be criticized.

Key-words: Competition Law, Behavior Control, Predatory Pricing, CADE, SBDC

JEL Code: K21 – Antitrust law

---

<sup>1</sup>Formado, com láurea acadêmica, em Administração pela Escola de Administração da UFRGS. É, atualmente, aluno do programa de especialização em Direito Público pela PUCRS, além de graduando em Ciências Jurídicas e Sociais, igualmente, pela PUCRS. E-mail: [thiagoadfsoares@gmail.com](mailto:thiagoadfsoares@gmail.com)

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Entendendo a problemática; 2.1 Evolução do Entendimento da Corte Suprema Americana; 2.2 Fatores Determinantes para a Predação; 2.3 Críticas à Repressão de Pretensas Condutas Predatórias; 3. O SBDC na Questão do Preço Predatório; 4. Na Busca de um Novo Sistema de Avaliação; 4.1 Indo Além dos Requisitos Objetivos; 4.2 O Congelamento de Preços de Edlin; 4.3 A Redução Quase Permanente de Baumol; 4.4 Padrão de Melhoria ao Consumidor de Edlin; 4.5 Novo Sistema de Avaliação Possível ao SBDC; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas

## **1. Introdução**

A prática de preço predatório é um tema muito recorrente na literatura antitruste atual, porém de rara verificação na realidade, o que tem levado muitos estudiosos a duvidarem da sua existência fática. Nota-se, por exemplo, que, até hoje, o Cade não possui nenhuma condenação pela referida prática (pelo menos até onde o autor saiba; caso contrário, a partir de 2003, no mínimo, não há nenhuma condenação<sup>2</sup>).

Dessa forma, Kenneth Elzinga, em um discurso na American Bar Association, indagou se a conduta de preço predatório seria rara como um selo antigo ou rara como um “unicórnio”<sup>3</sup>. Em tal toada, Frank H. Easterbrook lança a seguinte crítica:

This explosion in the number of theories raises some fundamental questions. Do we have so many theories because predation is a common but variegated phenomenon, curable by no single antidote? Or do we have so many theories for the same reason that 600 years ago there were a thousand positions on what dragons looked like? Unlike most of the recent writers, I conclude that there is no sufficient reason for antitrust law or the courts to take predation seriously.<sup>4</sup>

Tendo em vista as desconfianças relativas ao tema, o presente trabalho tem o intuito de adentrar no fenômeno do preço predatório, a fim de desmitificar esse unicórnio perseguido pela doutrina, com uma análise especialmente atenta às particularidades do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Dessa forma, será feito um apanhado crítico dos trabalhos existentes acerca do tema e será mostrado como é possível adaptá-los à realidade brasileira.

Para isso, o artigo está dividido em mais 4 seções além desta introdução. Na seção 2, serão destacadas as principais correntes clássicas acerca do referido fenômeno, com especial

---

<sup>2</sup>Conforme estudo de SONAGLIO, C. M.; ZAMBERLAN, C. O. *Defesa da Concorrência no Brasil: Eficiência Econômica na Análise de Preço Predatório*. Análise, Porto Alegre, v. 20, n. 1, 2009.

<sup>3</sup>Ver GOMEZ, R.; GOEREE, J.; HOLT, C. A. *Predatory Pricing: Rare Like a Unicorn?*. Virginia Economics Online Papers 339, University of Virginia, Department of Economics, 1999.

<sup>4</sup>Em EASTERBROOK, F. H. *Predatory Strategies and Counterstrategies*. University of Chicago Law Review, 48, 1981, p. 264.

ênfase para o teste de preço e custo de Areeda e Turner<sup>5</sup> e o teste bifásico de Joskow e Klevoric<sup>6</sup>. Em seguida, mostrar-se-á a evolução da Suprema Corte Americana no tópico, a qual passou a adotar duas condições para configuração da conduta: precificação abaixo do custo e possibilidade objetiva de recuperar o prejuízo (*recoupment requirement*). Nesse sentido, serão estabelecidos os fatores determinantes para que a prática de preço predatório seja plausível, tais quais: alto *market share*, capacidade produtiva ociosa, alta capacidade financeira, poucas barreiras à saída, altas barreira à entrada. Por último, serão destacadas as críticas em relação à ingerência da lei antitruste no tocante a preço predatório, mormente porque, de acordo com os críticos, a referida conduta é extremamente rara na prática, e a análise em tal campo só poderia trazer mais prejuízos do que benefícios, tendo em vista, principalmente, que os julgadores deverão entrar em uma área muito complexa que é a análise de custo das empresas.

Na seção 3, serão vistos os princípios norteadores da política antitruste do Brasil, assim como os artigos da Lei n.º 12.529/11 em que a conduta de preço predatório pode ser enquadrada. Perceber-se-á que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência baseia-se na proteção do livre mercado e do consumidor, de modo que a conduta de preço predatório é vedada por diversos dispositivos da lei. Será analisada a Resolução n.º 20/99 do Cade, onde se define preço predatório como a prática de preço abaixo do custo variável médio para eliminar o concorrente e vir a cobrar preços de monopólio, perquirindo-se, na análise, os requisitos objetivos para a predação. Também, será estudada a Portaria n.º 70 do Seae, na qual está estabelecida a metodologia para averiguação do preço predatório. Mostrar-se-á, ainda, que a jurisprudência do Cade tem se apoiado, basicamente, na ausência de critérios objetivos para justificar o arquivamento dos processos de preço predatório.

Na seção 4, procurar-se-á estabelecer críticas aos padrões brasileiros, mormente porque estes não seriam os mais adequados a se atingir os fins almejados pelo SBDC. Será destacado que a comparação entre preço e custo trata-se de um *proxy* inapropriado, porquanto busca, unicamente, indagar se é possível a eliminação de um concorrente igualmente eficiente, sem, contudo, atentar aos efeitos da conduta. Será asseverado, então, que são os efeitos da prática de preço predatório a justificativa para a ingerência da lei antitruste no ponto, de modo que deve se estudar sistemas de avaliação que permitam examinar o fenômeno sobre tal prisma. Dessa forma, será mostrado como é possível haver predação de

---

<sup>5</sup>AREEDA, P.; TURNER, D. F. *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*. Harvard Law Review vol. 88, 1975.

<sup>6</sup>JOSKOW, P. L.; KLEVORICK, A. K. *A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy*. Yale Law Journal, vol. 89, 1979.

concorrentes menos eficientes (ou que viriam a ser igualmente eficientes), assim como pode-se eliminar um concorrente tão eficiente quanto sem que isso prejudique o mercado. Além do mais, demonstrar-se-á que a ausência do exame de aspectos subjetivos pode fazer com que a análise dos Tribunais seja demasiadamente superficial.

Na seção 5, far-se-á a conclusão, com a sumarização dos pontos principais e a proposição de um sistema de avaliação de condutas que, de acordo com a visão exposta no presente artigo, permite perquirir a prática do preço predatório com parâmetros mais condizentes com o SBDC.

## 2. Entendendo a problemática

Em termos teóricos, é muito fácil entender a lógica do preço predatório e porque se trata de uma conduta anticompetitiva. Nas palavras de Niels, Jenkins e Kavanagh<sup>7</sup>, preço predatório é a deliberação, por parte de uma firma dominante do mercado, em incorrer em perdas no curto prazo para que possa eliminar os concorrentes e gozar de lucros no longo prazo através da cobrança de preços de monopólio. Ou seja, a firma dominante, frente à entrada de um concorrente novo no mercado, diminui seus preços, a fim de que o negócio não seja mais viável ao entrante, e ele tenha que sair do mercado, para, em seguida, aumentar abusivamente os preços, recuperando os prejuízos incorridos durante a fase de preços baixos. Para melhor visualização, observa-se a figura abaixo:

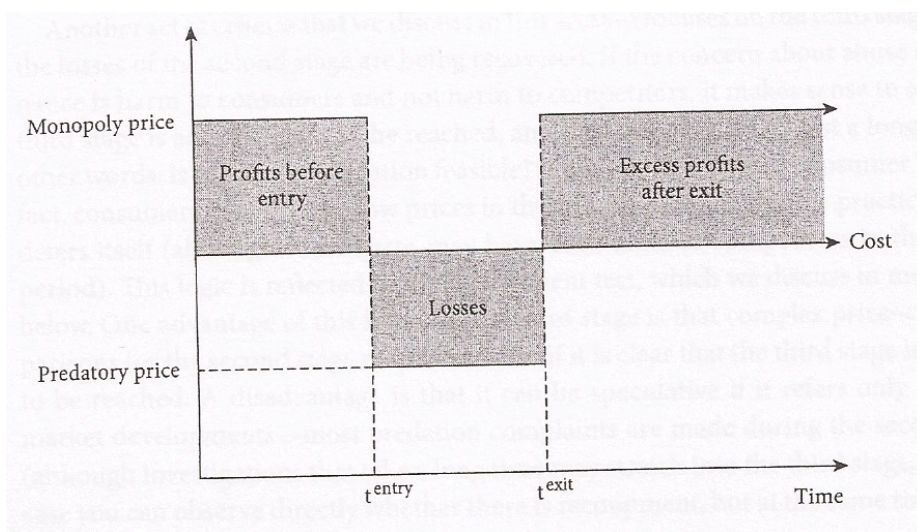


Figura 1: Os três estágios do preço predatório. Fonte: Neils, Jenkins, e Kavanagh (2011).

<sup>7</sup>NIELS, G.; JENKINS, H.; KAVANAGH, J. *Economics for competition lawyers*. New York: Oxford University Press, 2011.

Percebe-se, portanto, que o preço predatório se justifica pela possibilidade de uma firma obter lucros no longo prazo, o que faria a valer a pena os prejuízos sofridos no presente. Como se vê, tal conduta é anticompetitiva, pois, elimina (ou disciplina) a concorrência de forma abusiva – não por maior eficiência, mas somente porque prevê a possibilidade de obter lucros monopolísticos no futuro, o que seria a única forma de explicar racionalmente a redução de preços do incumbente – e, depois, permite o uso do poder de mercado, diminuindo o bem-estar geral, principalmente dos consumidores<sup>8</sup>.

Nota-se que é difícil diferenciar, concretamente, preço predatório de uma conduta extremamente competitiva, a qual beneficia os consumidores, no mercado, através de reduções de preço, aumentando o bem-estar geral. A eliminação de um concorrente menos eficiente não seria, pois, uma prática abusiva, na medida em que refletiria uma competição no mérito, ao passo que o preço predatório permite, em tese, a anulação de um concorrente tão eficiente quanto à predadora, o que seria prejudicial ao mercado.

Assim, há uma forte corrente que afirma que, para a configuração da referida conduta, deve a firma incumbente precificar abaixo do seu custo marginal, pois preço abaixo de tal patamar não condiz com a maximização dos lucros, o que demonstra ser a atividade racional unicamente se visar à obtenção de benefícios posteriores, devido à eliminação de um concorrente tão eficiente quanto à incumbente<sup>9</sup>. Ocorre, todavia, que, de acordo com essa mesma corrente, a verificação, na prática, do custo marginal é extremamente difícil, levando tais estudiosos a adotarem o critério de custos variáveis médios, de modo que preços acima de tal padrão são considerados legais, ao passo que, quando inferiores, são ilegais.

Para a corrente acima exposta, o preço predatório diferiria da conduta competitiva, porque naquele o competidor cobra abaixo do custo que tem para fazer o produto, o que só pode ser razoável se tiver a possibilidade de obter ganhos monopolísticos no futuro que reembolsem as perdas sofridas. Logo, julga-se a conduta de acordo com os preços cobrados no período de predação, atentando-se se estes estão abaixo dos custos variáveis, o que levaria, invariavelmente, à eliminação dos concorrentes igualmente eficientes por não conseguirem arcar com os prejuízos.

Essa análise vem sofrendo críticas, na medida em que a verificação do custo variável médio é extremamente complicada na prática, tendo em vista estruturas de custo complexas

---

<sup>8</sup> BORK, R. H. *The Antitrust Paradox: A policy at War with Itself*. USA: The Free Press, 1993.

<sup>9</sup> AREEDA, P.; TURNER, D. F. *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*. Harvard Law Review vol. 88, 1975.

das empresas. Além do mais, segundo Spector<sup>10</sup>, caso competição por preço seja confundida com competição por quantidade, as *price-cost comparisons bear little relationship to any reasonable definition of predation*<sup>11</sup>, de forma que o autor defende que qualquer regra *per se*, tal qual a de Areeda e Turner<sup>12</sup>, não deve ser aplicada, porquanto reduzem a complexa realidade.

Outra corrente liderada por Joskow e Klevorick<sup>13</sup>, com uma percepção mais estruturalista, destaca que a predação, para ser possível, deve preencher, além de preços abaixo do custo, o *recoupment requirement*, ou seja, o mercado no qual atua o predador deve ter condições objetivas para que a prática de preços monopolísticos seja possível no futuro. Dessa forma, o teste proposto pelos autores inova no sentido de avaliar se o *recoupment* (ganhos no futuro) é viável de acordo com as características do mercado em discussão.

Para tanto, os autores propõe um teste dividido em duas etapas: na primeira, deve-se perquirir se há pré-condições para que o preço predatório seja uma prática possível, atentando-se para *market share*, sua estabilidade no tempo, tamanho das firmas concorrentes, histórico de lucratividade da incumbente no tempo, elasticidade da demanda e condições de entrada. Estando presente um cenário favorável ao *recoupment requirement* - logo um cenário onde a empresa pode cobrar preços monopolísticos, sem haver perigo de, assim o fazendo, surgirem novos competidores -, passa-se à segunda etapa do teste, onde, aí sim, verificar-se-ia a relação preço e custo, mas com um patamar mais elevado que Areeda e Turner<sup>14</sup>, pois os autores consideram como ilegais os preços praticados abaixo do custo total médio, que seria uma medida, segundo eles, mais adequada com o equilíbrio em um mercado competitivo no longo prazo.

## **2.1. Evolução do entendimento da Corte Suprema Americana**

No tocante a casos concretos, inicia-se pelo emblemático *Standard Oil v. United States* (1911)<sup>15</sup>, onde a empresa de John D. Rockefeller foi punida pela prática de preço predatório, devido a condutas como “*area price discrimination*” ou “*local price cutting*”, entendendo a

---

<sup>10</sup>SPECTOR, D. *Definitions and Criteria of Predatory Pricing*. MIT Department of Economics, Working Paper N.º 01-10, 2001.

<sup>11</sup>SPECTOR, D. *Definitions and Criteria of Predatory Pricing*. MIT Department of Economics, Working Paper N.º 01-10, 2001, p. 26.

<sup>12</sup>AREEDA, P.; TURNER, D. F. *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*. Harvard Law Review vol. 88, 1975.

<sup>13</sup>JOSKOW, P. L.; KLEVORICK, A. K. *A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy*. Yale Law Journal, vol. 89, 1979.

<sup>14</sup>AREEDA, P.; TURNER, D. F. *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*. Harvard Law Review vol. 88, 1975.

<sup>15</sup>ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*. U.S. Supreme Court. 221 U.S. 1 (1911).

Corte Suprema Americana que houve abuso de poder de mercado, sem, contudo, especificar a precisão das alegações de acusação<sup>16</sup>.

A respectiva decisão foi vítima de severas críticas por parte da doutrina, especialmente de John S. McGee, segundo o qual:

Standard Oil did not use predatory price discrimination to drive out competing refiners, nor did its pricing practices have that effect [...] I am convinced that Standard did not systematically, if ever, use local price cutting in retailing, or anywhere else, to reduce competition. To do so would have been foolish; and, whatever else has been said about them, the old Standard organization was seldom criticized for making less money when it could readily have made more.<sup>17</sup>

Observa-se, portanto, que a avaliação de McGee refere-se, principalmente, ao fato de a prática de preço predatório, no mercado ali analisado, não ter sentido lógico, não bastando uma análise, unicamente, voltada ao preço, de modo que outras variáveis devem entrar em cena. A Suprema Corte Americana, contudo, mantinha uma posição favorável às alegações de preço predatório, o que fez emergir, entre as décadas de 1950 e 1980, uma linha crítica aos julgamentos do referido Tribunal, liderada pela Escola de Chicago<sup>18</sup>.

Tais vozes foram ouvidas nos casos *Matsushita Elec. Indus. v. Zenith Radio Corp.* (1986)<sup>19</sup> e *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* (1993)<sup>20</sup>, onde a Suprema Corte Americana começou a ficar mais sensível com argumentos relativos à plausibilidade de preço predatório frente às características do mercado, adotando dois requisitos para configurar a conduta: precificação abaixo do custo e possibilidade de recuperar o prejuízo (*recoupment requirement*).

Percebe-se, dessa forma, que a Suprema Corte Americana, a partir dos casos paradigmáticos acima destacados, passou a adotar um teste ao estilo Joskow e Klevoric<sup>21</sup>, ou seja, para ser condenado por preço predatório, não bastava mais o agente praticar preços abaixo dos seus custos, mas, também, deveria haver a possibilidade objetiva deste conseguir recuperar os prejuízos.

No caso *Brooke Group*, a Suprema Corte Americana deixa claro que está preocupada em interferir demasiadamente no mercado, ao condenar precificações legítimas baseadas no

<sup>16</sup>POSNER, R. A.; EASTERBROOK, F. H. *Antitrust cases, economic notes and other materials*. Second edition. Chicago: West Group, 1981.

<sup>17</sup>MCGEE, J. S. *Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case*. *Journal of Law and Economics* 1, 1958, p. 168.

<sup>18</sup>EDLIN, A. S. *Stopping above-cost predatory price*. *Yale Law Journal*, vol. 111, 2002.

<sup>19</sup>ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Matsushita Elec. Indus. v. Zenith Radio Corp.* *U.S. Supreme Court*. 475 U.S. 574 (1986)

<sup>20</sup>ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* *U.S. Supreme Court*. 509 U.S. 209, 223 (1993)

<sup>21</sup>JOSKOW, P. L.; KLEVORICK, A. K. *A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy*. *Yale Law Journal*, vol. 89, 1979.

mérito (quando o incumbente possui uma estrutura de custo mais enxuta que o entrante), o que possuiria *intolerable risks of chilling legitimate price cutting*. Logo, nota-se que o Tribunal, ao começar a olhar também para as possibilidades concretas de ganhos monopolísticos no futuro, quer evitar a proibição de condutas que não seriam capazes de trazer danos aos consumidores, pois a fase prejudicial, qual seja, a de recuperação do prejuízo, nunca viria a ocorrer.

Conforme destaca Gabrielle Marceau<sup>22</sup>, eventuais erros de julgamentos em casos como preço predatório leva a efeitos exatamente contrários aos perseguidos pela lei antitruste, protegendo firmas ineficientes e gerando maiores preços aos consumidores. A grande vantagem, assim, em se adotar o *recoupment requirement* é fugir de análises de custos das empresas, as quais são complexas e muitas vezes podem levar os julgadores a erros, como explicitado acima, atentando-se, primordialmente, aos fatores determinantes para a predação.

## **2.2. Fatores determinantes para a predação**

Essa análise tornou-se de extrema importância nos julgamentos de preço predatório, pois possibilita ver se a prática é racional no mercado em voga, o que torna prescindível as comparações de preço-custo caso os requisitos objetivos para a conduta não estejam presentes. Analisa-se, portanto, os próprios perigos da conduta, na medida em que a utilização de preço predatório em mercados que não possuam pré-condições para tal não trará nenhum dano aos consumidores.

Para a conduta ser racional, deve, conforme figura 1 acima, ser rápida a fase 2 de preços baixos e a fase 3 longa, maneira pela qual Niels, Jenkins e Kavanagh<sup>23</sup> definem predação como algo *quick and dirty*. Dessa forma, para se ter sucesso, o incumbente deve possuir amplo poder de mercado, tanto antes como depois da predação, de modo que, na fase 2, aumenta a sua produção, conquistando *market share*, o que faz com que seus prejuízos sejam maiores do que o de seus concorrentes.

Ademais, sendo a demanda elástica, o incumbente deve ter capacidade produtiva para satisfazer a nova procura devido à redução de preços. Isso demonstra, igualmente, que o predador deve possuir grande capacidade financeira, o que levou doutrinadores a argumentarem que a predação seria possível com incumbentes de *deep pocket*, pois estes

---

<sup>22</sup>MARCEAU, G. *Anti-Dumping and Anti-Trust Issues in Free Trade Areas*. Clarendon Press. Oxford (NY), 1997.

<sup>23</sup>NIELS, G.; JENKINS, H.; KAVANAGH, J. *Economics for competition lawyers*. New York: Oxford University Press, 2011.



conseguem suportar maiores perdas que o concorrente, tendo em vista, inclusive, que a prática de preço predatório fará com que a operação não seja rentável ao entrante, inibindo-lhe acesso a financiamentos externos no mercado financeiro em um ambiente de assimetria de informações<sup>24</sup>. Em termos mais simples, ao sofrer perdas pela predação, o entrante não conseguirá empréstimos favoráveis em bancos, na medida em que seus balanços indicarão perdas no mercado, demonstrando ser seu negócio, *prima facie*, não lucrável (portanto de maior risco).

Percebe-se, assim, que as condições de mercado para a prática de predação na fase 2 devem indicar que a incumbente tenha capacidade produtiva ociosa a fim de suprir a nova demanda, como também possibilidade de financiamento de suas perdas, enquanto o entrante não deve possuir capacidade financeira alta.

Nesse momento, a incumbente sinaliza ao entrante que haverá uma guerra de preços e, quanto mais credibilidade tiver essa ameaça, maior será a motivação para deixar o mercado, na medida em que o concorrente não sabe quais são os custos da empresa adversária, o que lhe deixa em um cenário delicado<sup>25</sup>. Aliado a isso, as barreiras de saída ao entrante não podem ser altas, caso contrário os entrantes terão maior resistência em deixar o mercado, a fim de não incorrerem em perdas muito altas.

Apesar de não poderem ser altas as barreiras de saída, deve haver fortes barreiras à entrada, para que o predador possa aumentar seus preços na fase 3, sem que isso faça com que novos concorrentes entrem no mercado. Aqui está o *recoupment requirement* em si, ou seja, se o mercado possui barreiras suficientemente elevadas para que o predador cobre preços altos sem atrair nova concorrência.

O sistema de avaliação de Joskow e Klevoric<sup>26</sup> leva em conta, nessa análise, apenas aspectos objetivos de barreiras à entrada, o que pode ser criticado pela doutrina, na medida em que aspectos subjetivos, tais como reputação, tem um peso no momento de escolha de entrada em um mercado ou não<sup>27</sup>. Segundo Raub e Wessie (1990)<sup>28</sup>, a reputação de um agente é um atributo que lhe é dado pelos seus pares, devido a informações de suas atitudes passadas, o que, de alguma forma, guiará as escolhas de seus concorrentes no futuro. No caso de preço

---

<sup>24</sup>ORDOVER, J. A.; SALONER, G. Predation, Monopolization, and Antitrust. In: *The Handbook of Industrial Organization*. V. I, cap. 9, North Holland, Amsterdam, 1987.

<sup>25</sup>Idem

<sup>26</sup>JOSKOW, P. L.; KLEVORICK, A. K. *A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy*. Yale Law Journal, vol. 89, 1979.

<sup>27</sup>SPECTOR, D. *Definitions and Criteria of Predatory Pricing*. MIT Department of Economics, Working Paper N.º 01-10, 2001.

<sup>28</sup>RAUB, W; WESSIE, J. *Reputation and Efficiency in Social Interactions: An Example of Network Effects*. American Journal of Sociology. vol. 96. N.º 3, 1990.

predatório, a reputação tem um peso muito forte, principalmente como uma forma de contenção à entrada de novos competidores, pois, mesmo que o mercado não tenha barreiras objetivas, um entrante pensará duas vezes ao verificar que o caminho está cheio de defuntos<sup>29</sup>.

Dessa forma, Edlin (2012)<sup>30</sup> destaca que, em termos gerais, a predação precisa de três pré-requisitos: preços baixos, credibilidade e ausência de reentrada. Nesse sentido, destacam-se três hipóteses que justificam tais requisitos e foram esboçados acima: hipótese de *deep pocket*, no qual o incumbente consegue lidar com as perdas decorrentes do preço baixo; hipótese de sinalização, no qual o incumbente faz uma ameaça crível ao concorrente de que este está entrando uma guerra de preços feroz, sendo a credibilidade de tal sinal importante para a saída do competidor; hipótese de reputação, no qual, pela predação, o incumbente ganha reputação no mercado, de forma que outras firmas vão pensar duas vezes antes de entrar em competição com ele, o que acaba inibindo a reentrada de participantes no mercado.

Essas são hipóteses que explicam a prática de condutas predatórias, analisando o fenômeno por prismas diferentes, mas que, no final, pode-se considerá-las complementares. Este trabalho não irá adentrar dentro de cada uma, na medida em que aqui se tentará construir um sistema de avaliação diferenciado. Isso não significa, todavia, que tais hipóteses não tenham particularidades que demandam mais tempo e estudo. De qualquer forma, é importante destacá-las, pois elas têm influenciado a compreensão do significado de preço predatório, sendo determinantes para a escolha de fatores analisados.

### **2.3. Críticas à repressão de pretensas condutas predatórias**

Como se pode notar a partir da introdução deste trabalho, não é toda a doutrina que considera a prática de preço predatório como uma conduta verossímil, valendo lembrar o questionamento de Easterbrook (1981) se a razão de haver tantos livros sobre o assunto é a mesma pela qual havia a 600 anos atrás vários documentos sobre como dragões eram.

Também, foi destacado que, no mundo concreto, é muito difícil diferenciar condutas competitivas de preço predatório, principalmente porque questões como custos são complicadas de serem verificadas na realidade, havendo sempre a possibilidade de se proibir atitudes pró-competitivas. Atenta a tais perigos, a Suprema Corte Americana passou a adotar

---

<sup>29</sup> NIELS, JENKINS E KAVANAGH, 2011, p. 205

<sup>30</sup> EDLIN, A. S. Predatory Pricing. In: *Research Handbook on Economics of Antitrust*. Ed. Einer Elhauge. Edward Elgar, 2012.

o *recoupment requirement*, a fim de que a condenação por preço predatório tivesse que preencher diversos requisitos fáticos que demonstrassem a plausibilidade da conduta.

De qualquer forma, há diversas vozes na doutrina defensoras da abstenção da lei antitruste em relação a tais condutas, pois isso só faria mais mal do que bem. Destaca-se, nesse sentido, o trabalho de Isaac e Smith<sup>31</sup>, em que, através de experimentos, não conseguiram constatar a ocorrência da prática de preço predatório, concluindo que a imposição da lei antitruste nesse aspecto causa mais malefícios do que benefícios, conforme segue:

The antitrust regulations imposed on a market that might be thought to be susceptible to predation caused the market to perform less competitively and less efficiently than in the absence of any regulations against predation<sup>32</sup> (ISAAC E SMITH, 1981, p. 344).

Em linha similar, Richard Bork (1993)<sup>33</sup> argumenta que estratégia de cortar preços é uma hipótese raramente verificada, na medida em que se trata de atitude extremamente onerosa ao incumbente, de modo que a regulação dos Tribunais em tal área é desnecessária e só pode vir a proibir condutas pró-competitivas, devendo, pois, as Cortes se atentarem a outros tipos de prática, como abuso em processos governamentais.

Tais autores, apesar de não negarem a possibilidade da existência de preços predatórios, destacam que não deveria haver regulação nessa seara, pois tal ingerência teria potencial muito maior de prejudicar a concorrência e o bem-estar geral do que proteger os consumidores. É o que o Justice Breyer definiu como trocar um pássaro na mão (prática de preços baixos) por um pássaro no arbusto (possível exercício de poder de monopólio no futuro), o que, de acordo com a sua visão, acarretava em extrema cautela nas restrições em tal área<sup>34</sup>.

Nessa senda, segundo Easterbrook (1981), a suposta prática de preço predatório sempre traz benefícios ao consumidor através de uma redução de preços, ao passo que os custos de um litígio envolvendo a referida conduta são enormes. O respectivo autor destaca que um Tribunal, nesses casos, deverá entrar em projeções futurísticas, como ganhos monopolísticos, além de ter que calcular a elasticidade da demanda e os custos da empresa, o

---

<sup>31</sup>ISAAC, M. R.; SMITH, V. L. *In search of predatory pricing*. The Journal of Political Economy. Vol. 93. N.º 2, 1985.

<sup>32</sup>ISAAC, M. R.; SMITH, V. L. *In search of predatory pricing*. The Journal of Political Economy. Vol. 93. N.º 2, 1985, p. 344.

<sup>33</sup>BORK, R. H. *The Antitrust Paradox: A policy at War with Itself*. USA: The Free Press, 1993.

<sup>34</sup>EDLIN, A. S. *Predatory Pricing*. In: *Research Handbook on Economics of Antitrust*. Ed. Einer Elhauge. Edward Elgar, 2012

que são tarefas, praticamente, impossíveis, tendo em vista a extrema complexidade de cada uma delas, havendo um risco intolerável em se condenar condutas ferozmente competitivas.

Outrossim, há teóricos de cunho mais liberal, tal qual DiLorenzo (1992)<sup>35</sup>, que afirmam que a ingerência do governo nos preços se trata de medida desarrazoada e atentatória à liberdade de mercado existente, sendo a tentativa de eliminar preços predatório uma forma de se eliminar, em realidade, a verdadeira competição por mérito.

A ponderação em relação a tais críticas será feita na seção 4, onde se tentará construir um novo sistema de avaliação condizente com o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Por enquanto, cumpre referir, de qualquer forma, que tais críticas não são isoladas e cada vez condenações pelas referidas práticas têm sido mais raras. Pode-se argumentar que isso ocorre pela complexidade dos julgamentos e pelo medo dos Tribunais em condenarem condutas realmente competitivas.

### **3. O SBDC na questão do preço predatório**

A Constituição Federal Brasileira tem, em seu art. 170, os princípios norteadores da ordem econômica, devendo-se sublinhar para a análise deste trabalho os seguintes:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:[...]  
II - propriedade privada;[...]  
IV - livre concorrência;  
V - defesa do consumidor;

Assim, apesar de haver proteção à propriedade privada, não se trata de um princípio absoluto, necessitando estar conjugado com a livre concorrência e a defesa do consumidor, modo pelo qual se percebe que a prática de preço predatório não é aceita por atentar aos referidos princípios constitucionais. Pode-se destacar, por ora, que a crítica de DiLorenzo (1992) não tem pertinência com o ordenamento brasileiro, porquanto a propriedade privada não é, nem poderia ser, um direito absoluto.

No tópico, mais especificamente, a lei 12.529/2011, que disciplina o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, possui dispositivos, nos quais a prática de preço predatório pode ser enquadrada como conduta vedada, conforme segue:

---

<sup>35</sup>DILorenzo, T. J. *The Myth of Predatory Pricing*. Cato Institute Policy Analysis N.º 169, 1992.

Art. 36. 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:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante. [...]

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: [...]

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; [...]

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

Dependendo do estágio da conduta de preço predatório, ela pode ser enquadrada dentro de distintas hipóteses legais: por exemplo, na fase 2, onde a incumbente cobra preços baixos tentando expulsar o concorrente, a atitude enquadra-se na hipótese do art. 36, I, c/c § 3º, III, IV ou XV; caso a conduta venha ocorrer na fase 3 (*recoupment*), pode-se dizer que a empresa está enquadrada no art. 36, III e IV. Assim, pode-se ressaltar que a lei foi bastante abrangente, de modo que não limitou, exaustivamente, o que poderia ser preço predatório, fato este benéfico para a proteção dos consumidores, na medida em que qualquer conduta capaz de gerar efeitos anticoncorrenciais é vedada, como se pode perceber pela redação aberta do diploma legal.

A Resolução n.º 20/99 do Cade<sup>36</sup>, procurando dar mais concretude ao fenômeno dos preços predatórios, descreveu-o da seguinte forma:

Preços predatórios: 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.

O exame desta prática requer análise detalhada 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 da análise de comportamento estratégico, **avaliando-se as condições objetivas de ganhos potencialmente extraordinários posteriores suficientemente elevados e capazes de compensar as perdas decorrentes das vendas abaixo do custo.** (Grifos do autor)

Dessa leitura, percebe-se que a referida Resolução foi bastante influenciada pela jurisprudência da Suprema Corte Americana, mormente no tocante ao *recoupment requirement*, conforme se nota pelo trecho destacado, onde se ressalta a avaliação das possibilidades objetivas de ganhos elevados no futuro.

---

<sup>36</sup>CADE. Resolução n.º 20, de 9 de junho de 1999, publicada no Diário Oficial da União de 28.6.99. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94.

Tal posicionamento, com certeza, influenciou a Portaria N° 70, de 12 de Dezembro de 2002, do Seae<sup>37</sup>, que serve como Guia para análise econômica da prática de preços predatórios. Segundo o referido Guia, a análise econômica deve se basear nos seguintes aspectos, os quais são analisados consecutivamente:

- **Do Mercado Relevante Afetado:** analisa-se o mercado relevante através do teste do monopolista hipotético através das dimensões produto e geográfica, a fim de determinar a abrangência da conduta examinada.
- **Das Condições de Entrada do Mercado Relevante Afetado:** nessa etapa, infere-se a viabilidade de uma entrada tempestiva e provável, ou seja, se pode haver entrada nos próximos dois anos, com possibilidade de lucratividade, o que inibe a prática de preços predatórios.
- **Da Condição de Oferta da Representada:** aqui, perquire-se a capacidade ociosa da predadora e a sua possibilidade de expansão, com o intuito de determinar se ela conseguirá suprir a nova demanda decorrente dos preços baixos.
- **Da Capacidade de Financiamento:** nesse momento, indaga-se a capacidade da predadora em se financiar com terceiros e de se autofinanciar, para saber se ela terá capital para sustentar as suas atividades.
- **Comparação entre preço e custo:** aqui, há duas linhas, quais sejam, os custos totais médios e os custos variáveis médios. Preços acima daquele patamar não podem ser considerados predatórios, ao passo que quando estão abaixo deste há prática de conduta ilegal. Preços entre as duas medidas deixarão a firma sob suspeita da prática de preço predatório, impondo a análise de outras variáveis como condições de oferta e de demanda do mercado.

A análise acima é feita da seguinte maneira: caso o aspecto anterior seja favorável à prática de preço predatório, passa-se ao exame do passo seguinte; caso seja desfavorável, arquiva-se o processo. De forma didática, há o Apêndice II da Portaria n.º 70 para exemplificar:

---

<sup>37</sup>SEAE. PORTARIA N.º 70, DE 12 DE DEZEMBRO DE 2002 (Publicada no Diário Oficial da União no 241, de 13/12/2002, Seção 1, págs. 138 a 139). GUIA PARA ANÁLISE ECONÔMICA DA PRÁTICA DE PREÇOS PREDATÓRIOS.

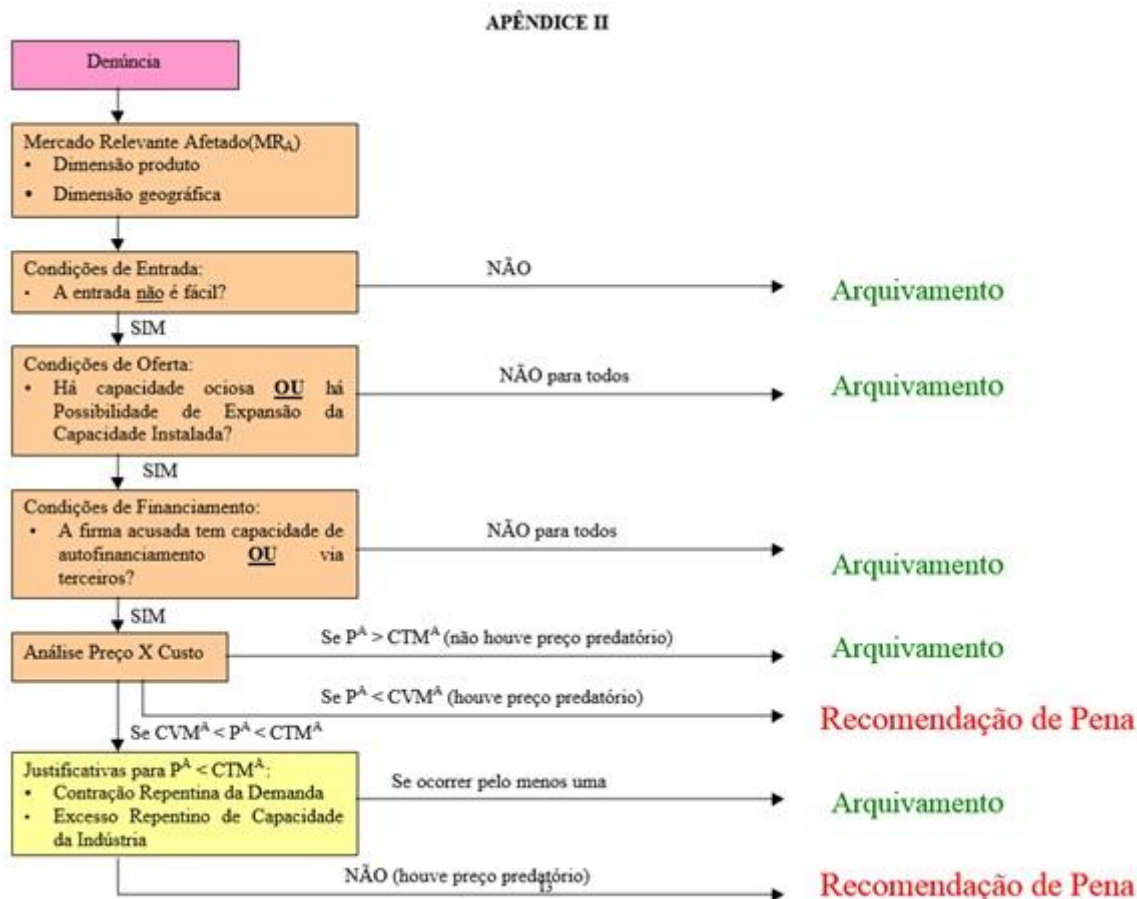


Figura 2: Apêndice 2 do Guia para análise econômica da prática de preços predatórios. Fonte: Portaria n.º 70 de 2002 do Seae.

Pode-se notar, assim, que o sistema brasileiro preocupa-se bastante com a existência de requisitos objetivos que possibilitem a prática de preços predatórios, indo ao encontro daquilo que foi mostrado na seção 2 como sendo as visões mais tradicionais acerca da questão. Está, pois, de acordo com a evolução do pensamento da Suprema Corte Americana.

Isso faz com que a maioria das decisões do Cade esbarrem exatamente na ausência de requisitos fáticos para a prática de preço predatório. Em pesquisa entre os anos de 2003 e 2007, Sonaglio e Zamberlan (2009) constataram que não houve nenhuma condenação pela referida conduta e expressões como mercado, poder de mercado, barreiras à entrada, marca, promoções e práticas sazonais têm norteado o exame realizado pelo Conselho, fazendo com que os julgamentos pelo arquivamento sejam motivados justamente pela ausência de requisitos objetivos.

Em um dos poucos casos em que o Conselho adentrou no mérito da comparação preço-custo, o PA n.º 08000.013002/95-97<sup>38</sup>, caso Labnew, de relatoria do Conselheiro Mércio

<sup>38</sup>CADE. Processo Administrativo n.º 08000.013002/1995-97. CADE. Rel. Conselheiro Mércio Felsky. Julgado em 30/05/2001. Data de publicação no DOU: 29/06/2001.

Felsky, ficaram sedimentados alguns padrões de avaliação da prática de preço predatório. Após um apanhado teórico e de julgamentos da Corte Suprema dos EUA, o Conselheiro constatou que o preço predatório possui as seguintes pré-condições: i) o mercado relevante deve ser extremamente concentrado; ii) o predador deve possuir posição dominante; iii) as barreiras à entrada devem ser altas; iv) o predador deve possuir capacidade produtiva ociosa, ao contrário dos competidores; e v) os ativos dos concorrentes expulsos devem sair do mercado. Esse precedente tem sido de muita valia aos Conselheiros para arquivarem casos, nos quais não verifiquem tais requisitos presentes.

O referido precedente, também, tem sua importância por ter examinado a comparação de preço e custo. O relator deixa claro que gostaria de evitar tal análise, pois se trata de terreno arenoso, como muito bem expõe: *essa conclusão torna indispensável e necessário aquilo que tentei, a todo tempo evitar: a verificação dos custos e preços de venda da suposta predadora para apurar se efetivamente houve a margem negativa, e em que medida isso ocorreu* (FELSKY, 2001, p. 26)<sup>39</sup>.

O Conselheiro passa à análise de custos variáveis médios, medida a qual ele considera conveniente para identificar se determinado preço foi abusivo. Já a partir dessa escolha, poderia haver vozes contrárias, como a de Joskow e Klevoric<sup>40</sup>, na medida em que, mais condizente com uma estratégia de longo prazo, é se adotar o custo médio total, que, inclusive, é um dos parâmetros da portaria n.º 70 da Seae para deixar a firma sob suspeita de preço predatório.

De qualquer forma, mesmo em se admitindo que o custo variável médio seja a medida correta, o que se percebe depois é que o relator teve um enorme trabalho para quantificar tal valor, utilizando-se da média ponderada dos custos de importação e ignorando as despesas indiretas (gastos relativos ao departamento financeiro, de vendas...). Dessa forma, o relator conclui que o preço não estava abaixo do custo variável médio, porém, mesmo assim, poderia haver indagações se o processo utilizado de quantificação foi o mais correto.

Aqui, não se pretende advogar pela exatidão do método desenvolvido, mas procura-se, unicamente, mostrar a dificuldade de tal quantificação e como ela, talvez, seja um critério que mais atrapalha do que ajuda. Por isso, tenta-se, na próxima seção, desenvolver um método mais condizente com os objetivos do SBDC, quais sejam, promover a concorrência e o bem-estar do consumidor.

---

<sup>39</sup>Ver nota 19.

<sup>40</sup>JOSKOW, P. L.; KLEVORICK, A. K. *A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy*. Yale Law Journal, vol. 89, 1979.



Destaca-se, por derradeiro, que, no precedente analisado, tratava-se de uma denúncia de preço predatório contra uma entrante no mercado, a qual já havia sido punida pela prática de *dumping* e havia perdido boa parte de seu *market share*. Dessa forma, não argumentando que esta tenha sido a razão, mas levantado como um bom motivo para o arquivamento do PA, há o fato de a prática predatória nunca ter atingido o período de ganhos (*recoupment*), devido, exatamente, à sanção imposta pelo *dumping*, o que demonstra que a conduta da representada não teve nenhum efeito, substancialmente, prejudicial à concorrência.

#### **4. Na busca de um novo sistema de avaliação**

Seria a comparação de preço e custo a forma mais correta de se avaliar a prática de preço predatório? Ou seja, só pode ocorrer preço predatório quando uma firma precifica abaixo do seu custo? A doutrina tem se utilizado de tal padrão, pois, de acordo com uma concepção clássica de microeconomia, o incumbente só conseguiria eliminar um entrante igualmente eficiente caso precificasse abaixo do seu custo marginal, incorrendo em perdas no curto prazo, para auferir lucros no longo prazo.

Entretanto, tal conceito parte de premissas clássicas de microeconomia, as mesmas que são usadas pelos críticos para refutar a plausibilidade do comportamento, conforme demonstrado na subseção 2.3. Na verdade, se a prática predatória tiver que passar por uma análise detalhada dos custos da empresa para determinar a legalidade do preço cobrado, parece, então, que razão se encontra com os críticos da sindicabilidade da lei antitruste no ponto, principalmente pelo fato de que isso só pode trazer mais danos do que benefícios.

Ora, a estrutura de custos de empresas, mormente quando se pensa nas grandes monopolizadoras de um mercado, são altamente complexas e contam com todo um departamento de contabilidade para serem feitas, de modo que o julgamento acerca da referida medida estaria sempre suscetível a erro, seja para o excesso ou para a deficiência de regulação. Ademais, como posto antes, há diversos funcionários da empresa engajados nos dados financeiros, o que impõe a questão de quando poderia haver uma condenação pela prática de preço abaixo do custo se tais funcionários poderiam muito bem mudar a classificação de um custo para fazê-lo “desaparecer” da equação. Não se pode ser ingênuo e pensar que os encarregados da contabilidade empresarial não estariam atentos ao fato de que o preço não poderia estar abaixo do custo. Assim, os próprios julgamentos pela referida prática

ficam sujeitos a dados fornecidos pelas empresas, os quais, não se pode dizer, estejam livres de um determinado viés.

Em realidade, parece ocorrer uma confusão na hora de definir preço predatório. Spector<sup>41</sup> (destaca que há três definições distintas, mas muitas vezes aplicadas como sinônimas, quais sejam, i) uma ação é predatória se ela não é a mais rentável, a não ser que se leve em conta seus efeitos sobre a possibilidade de entrada ou a saída de uma firma; ii) há predação quando a condição *i* é satisfeita e a saída ou ausência de entrada deve possibilitar ao predador o exercício do poder de mercado, cobrando preços supracompetitivos; iii) ocorre predação quando há a eliminação de um concorrente igualmente ou mais eficiente.

A comparação preço-custo, proposta por Areeda e Turner<sup>42</sup> baseia-se, exatamente, na condição *iii*, ou seja, o referido teste procura determinar se a conduta de uma empresa poderia, ou não, eliminar um concorrente tão eficiente quanto. Deve-se perguntar, então, se esse é o real escopo de proteção do SBDC?

Conforme visto na seção anterior, o SBDC possui como princípios a livre concorrência e a defesa do consumidor, os quais são protegidos pela lei 12.529/11, através da vedação de diversas condutas que poderiam contra eles atentar. Percebe-se, portanto, que a intenção do SBDC é proteger o livre mercado, para, com isso, aumentar o bem-estar geral, principalmente do consumidor. Indaga-se, assim, de novo: seria a precificação abaixo do custo a única que poderia atentar a tal fim buscado pelo ordenamento brasileiro?

Acredita-se que não. De acordo com o debatido na seção 2, os danos da prática de preço predatório ocorrem na fase 3 (figura 1), logo no momento em que o predador vai recuperar seu prejuízo através da cobrança de preços monopolísticos, o que justifica a intervenção do Estado em tal conduta. Tanto é verdade, que a Suprema Corte dos EUA adotou o *recoupment requirement*, a fim de não punir condutas que não tivessem a capacidade de chegar na fase 3.

Olhando sob esse prisma, percebe-se que a definição *iii* acima destacada trata-se de um *proxy* não muito apropriado para a avaliação da conduta. Isso, pois, um incumbente pode eliminar um concorrente igualmente eficiente e nunca vir a cobrar preços monopolísticos, mas, simplesmente, ganhar mais dinheiro pelo aumento de seu *market share*<sup>43</sup>, ou mesmo, um

---

<sup>41</sup>SPECTOR, D. *Definitions and Criteria of Predatory Pricing*. MIT Department of Economics, Working Paper N.º 01-10, 2001.

<sup>42</sup>AREEDA, P.; TURNER, D. F. *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*. Harvard Law Review vol. 88, 1975.

<sup>43</sup>SPECTOR, D. *Definitions and Criteria of Predatory Pricing*. MIT Department of Economics, Working Paper N.º 01-10, 2001.

incumbente pode eliminar um concorrente menos eficiente e, com isso, causar enormes prejuízos ao bem-estar geral, em especial ao dos consumidores<sup>44</sup>.

Essa última afirmação pode causar espanto, principalmente quando se pensa em competição pelo mérito, ou seja, estar-se-ia tentando punir o concorrente mais eficiente pelo seu sucesso no mercado? Com certeza, essa será a questão mais delicada deste trabalho, mas, contudo, pretende-se diferenciar, claramente, concorrência pelo mérito de preço predatório. Para tanto, será adotada a definição de que preço predatório é a redução de preços que visa, unicamente, à eliminação do entrante, para depois haver ganhos monopolísticos pela predadora, o que diminui o bem-estar geral.

Parece não ter grandes consequências a constatação acima, porém, na prática, ao se adotar a definição acima, o foco deixa de ser a estrutura de preço-custo, para ser, então, os efeitos, no mercado e no bem-estar geral, das condutas das empresas. A partir dessa constatação, analisar-se-ão sistemas de avaliação condizentes com tal premissa. Mas, antes, deve-se verificar porque é possível haver predação por uma firma mais eficiente, com um olhar crítico sobre algumas análises clássicas de preço predatório.

#### **4.1. Indo além dos requisitos objetivos**

Primeiramente, cumpre-se salientar que, numa análise de viabilidade da predação, não podem ser apenas tomados aspectos objetivos do mercado. Fatores subjetivos influenciam, e muito, a plausibilidade da atitude predatória.

Essa limitação do sistema de avaliação de Joskow e Klevorick<sup>45</sup> tem levado muitos céticos a afirmarem que os preços predatórios são unicórnios voando no céu. Isso é lógico quando se pensa em um cenário puramente matemático. Entretanto, respostas muito diferentes virão ao se analisar os agentes de mercado como seres dotados de racionalidade limitada em um cenário de assimetria de informações.

Muitos críticos afirmam, por exemplo, que a predação não é possível, pois gera maiores prejuízos ao incumbente do que ao entrante. Tal fato pode ser verdadeiro se ambos dispuserem da mesma capacidade financeira, o que não é a realidade atual, onde há muita assimetria de informações.

---

<sup>44</sup>EDLIN, A. S. Predatory Pricing. In: *Research Handbook on Economics of Antitrust*. Ed. Einer Elhauge. Edward Elgar, 2012

<sup>45</sup>JOSKOW, P. L.; KLEVORICK, A. K. *A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy*. Yale Law Journal, vol. 89, 1979.

Tome-se, assim, o exemplo de uma firma consolidada no mercado, que consegue empréstimos a bons números, pela sua credibilidade e solidez. Quando um concorrente vier desafiá-la, ela abaixará o preço do produto, fazendo com que ambos incorram em prejuízos. Os dela serão maiores? Depende, pois se ela tiver capital guardado ou acesso a empréstimos baratos e o entrante for obrigado a ir ao mercado conseguir financiamento, talvez este tenha maiores perdas pelas taxas de juros cobradas, as quais serão altas, tendo em vista que a sua operação não é lucrativa. Logo, a assimetria de informações na hora de contrair empréstimos é um fator que, normalmente, favorece a firma já consolidada no mercado, o que pode lhe reduzir os prejuízos, proporcionalmente, em relação ao concorrente, obrigando-o a sair do mercado antes que entre em falência<sup>46</sup>.

Outrossim, a credibilidade de uma ameaça é um fator importante na decisão de um entrante. Ora, ao entrar no mercado, não se sabe a base de custos da empresa monopolista, maneira pela qual, quando esta reduz, drasticamente, os preços, pode sinalizar ao entrante que possui uma estrutura de custos mais enxuta do que realmente é de fato. Como ele não sabe, o risco pode ser muito alto de permanecer no mercado, o que facilita a sua saída, exatamente por ter uma racionalidade limitada frente a este cenário de assimetria de informações. Nesses casos, ocorre, inclusive, o blefe por parte da predadora, que pode ser muito útil caso nunca seja revelada a sua falsidade<sup>47</sup>.

Ainda, a reputação que a incumbente ganha ao eliminar um concorrente favorece o estabelecimento de barreiras à entradas psicológicas, na medida em que todos os possíveis concorrentes sabem do que a referida empresa é capaz de fazer quando surge um entrante, inibindo à competição<sup>48</sup>. Por conseguinte, analisar barreiras à entrada pós-predação, apenas, pelo prisma objetivo é negar os efeitos que a reputação tem no mercado.

Percebe-se, assim, que todos os fatores apontados acima se tratam de questões subjetivas que facilitam a prática da predação, exatamente pela assimetria de informações que pode haver no mercado. Dessa forma, a análise proposta através apenas de aspectos objetivos, tal qual dita na resolução n.º 20/99 do Cade, pode prejudicar a real percepção do fenômeno do preço predatório. Assim, há aspectos subjetivos existentes em cenários complexos que permitem uma posição favorável à prática de preço predatório, como bem posto por Edlin:

---

<sup>46</sup>ORDOVER, J. A.; SALONER, G. Predation, Monopolization, and Antitrust. In: *The Handbook of Industrial Organization*. V. I, cap. 9, North Holland, Amsterdam, 1987.

<sup>47</sup>NIELS, G.; JENKINS, H.; KAVANAGH, J. *Economics for competition lawyers*. New York: Oxford University Press, 2011.

<sup>48</sup>Idem

Economists such as Ordover, Klevorick, and Bolton, Brodley, and Riordan commonly write that the “Chicago” view that price predation is likely to be unprofitable is correct in simple market settings, but that in more complex, realistic market situations, such as those with imperfect information about costs or about market toughness, aggressive pricing can yield significant long-run benefits to the incumbent firm. My view is that one reason that two decades of information-theoretical results in economics have not had as much influence on the courts as they should is that they are relatively complex.<sup>49</sup>

Ademais, cumpre referir que nem sempre a predação ocorrerá pela precificação abaixo do custo, conforme a definição acima adotada. Edlin<sup>50</sup>, para argumentar a favor da referida hipótese, utiliza-se do exemplo do caso da American Airlines contra Vanguard, onde esta acusava a aquela da prática de preços predatório no trecho Dallas-Kansas City.

No caso, a American cobrava o preço de U\$ 110,00 pelo trecho, vindo diminuí-lo para menos de U\$ 80,00 logo depois da entrada da Vanguard, e aumentando-o para mais de U\$ 110,00 depois da predação. Entretanto, entendeu a corte de apelação que a American Airlines não estava incorrendo em sacrifícios, nem precificando abaixo do seu custo marginal, o que levou à inocência da ré. Contudo, ao se analisar o problema pela definição de preço predatório acima adotada, pouco importa se a ré cobrou abaixo do seu custo, mas, sim, se a sua atitude, ao diminuir o preço, foi maléfica ao mercado, por eliminar um concorrente que poderia oferecer um preço mais favorável do que aquele oferecido posteriormente.

Nesse sentido, percebe-se que a atitude da American foi predatória, pois valeu-se do preço baixo, unicamente, para eliminar um concorrente, vindo, depois, a aumentá-lo, o que diminui o bem-estar geral. Mas, se não ficou o preço abaixo do custo, isso não seria concorrência pelo mérito? Percebe-se que não, pois a única razão pela qual se abaixou o preço foi para eliminar um concorrente do mercado e, depois, aumentá-lo abusivamente, o que pode ser muito bem enquadrado em diversos artigos da Lei n.º 12.529/11.

Vê-se, assim, que o efeito da atitude da American foi negativo no bem-estar geral, exatamente pelo aumento abusivo do preço pós-predação. A concorrência pelo mérito, por sua vez, baseia-se numa capacidade de cobrar menos de forma estável, ou seja, não se cobra menos, unicamente para eliminar o concorrente do mercado e depois aumentar os preços. Essa é a diferença: no preço predatório, a baixa de preços é ilusória e temporária, enquanto na competição pelo mérito a sua ocorrência é duradoura e estável. Percebe-se que a definição esboçada não pergunta se o preço é abaixo do custo, apenas se ele é temporário, unicamente por visar à eliminação do concorrente e a alta de preços no futuro<sup>51</sup>. Sem alta de preços

<sup>49</sup>EDLIN, A. S. **Stopping above-cost predatory price**. Yale Law Journal, vol. 111, 2002, p. 955.

<sup>50</sup>EDLIN, A. S. *Stopping above-cost predatory price*. Yale Law Journal, vol. 111, 2002.

<sup>51</sup>POSNER, R. A. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 1976

posterior, conclui-se que a competição foi, de fato, pelo mérito e não pela possibilidade de ganhos monopolísticos futuros.

Assim, a predação pode acontecer com um concorrente menos eficiente, mas que pudesse trazer mais benefícios ao mercado e aos consumidores especialmente, quando se atenta para a fase pós-predação<sup>52</sup>. Ou seja, determinada conduta é predatória, porque a sua consequência é uma alta de preços que não haveria caso o concorrente não tivesse sido eliminado, o que, com certeza, prejudica os consumidores.

Veja-se no exemplo da American Airlines. Imagine-se que a Vanguard tivesse uma estrutura de custos um pouco menos enxuta que a American Airlines e pudesse cobrar, tranquilamente, U\$ 90,00 pelo bilhete Kansas-Dallas. Como visto, a redução de preços da American foi motivada, unicamente, para retirar a Vanguard e, depois, exercer poder de monopólio no mercado. Caso não tivesse ocorrido a predação e os preços não tivessem subido para mais de U\$ 110,00 (chegando até U\$ 147,00), os consumidores contariam com uma passagem de, no mínimo, U\$ 90,00. Dessa forma, mesmo que a American não tenha precificado abaixo do custo, a sua atitude foi anticoncorrencial, pois diminui o bem-estar geral e a concorrência.

Um outro ponto a ser abordado, talvez até de maior importância, é a possibilidade de haver predação de firmas que podem vir a ser tão eficientes quanto a incumbente. Ora, muitas vezes para conseguir tornar-se eficiente em um mercado, a firma necessita de tempo para estabilizar-se, ganhar reputação, passar pela curva de aprendizado, ter economias de escala e escopo<sup>53</sup>. Caso a predação seja classificada por uma comparação de preço e custo, uma firma entrante, com a capacidade de se tornar tão eficiente como a predadora (e assim melhorar o bem-estar geral na economia), poderia ser predada, sem que isso representasse qualquer ilegalidade, afinal, até o momento da predação, ela não era tão eficiente.

Atente-se, mais uma vez, ao exemplo da American Airlines. A Vanguard, como nova entrante na rota Dallas-Kansas, tinha, com certeza, desvantagens se comparado com a American. Suponha-se que ambas tivessem a mesma estrutura de custos e cobrassem os mesmos preços. Agora, pergunta-se: isso levaria então a uma divisão meio a meio do mercado, correto? Não. Esse é o tipo de pressuposição feita em sistemas de avaliação clássicos que, porém, não condizem com a realidade complexa do mundo.

---

<sup>52</sup>EDLIN, A. S. Predatory Pricing. In: *Research Handbook on Economics of Antitrust*. Ed. Einer Elhauge. Edward Elgar, 2012

<sup>53</sup>NIELS, G.; JENKINS, H.; KAVANAGH, J. *Economics for competition lawyers*. New York: Oxford University Press, 2011.

Se ambas cobrassem o mesmo preço, ainda, assim, poderia haver predação por parte da American, mesmo que a estrutura de custos fosse igual. Como? Porque as escolhas do cliente não são baseadas, unicamente, pelo critério preço, e a American contava com diversas vantagens por já ser uma firma estabelecida no mercado. Ela contava com credibilidade, o que inibe a escolha de compra de um fornecedor novo e não conhecido no mercado (trata-se, pois, dos riscos inerentes à assimetria de informações: os consumidores não sabem se aquela firma é confiável, logo preferem não arriscar).

Ainda, o programa de milhagem daria uma vantagem gigantesca à American, a qual só poderia ser recuperada pela Vanguard caso ela tivesse tempo de se estabelecer no mercado. Ora, alguém que já fosse cliente da American incorreria em custos para trocar de companhia (exatamente os custos de perder as milhas acumuladas). Para um cliente neutro, a escolha da American parece ser mais sensata, pois, acumular milhas na American, é mais benéfico, mormente pelo fato de que ela conta com uma rota de trechos muito mais abrangente do que a Vanguard. Percebe-se, assim, que podem ser enumerados diversos aspectos que dão à firma consolidada no mercado diversas vantagens frente à entrante.

Conclui-se, portanto, que é possível haver a prática de preços predatórios com firmas menos eficientes, ou que teriam a possibilidade de se tornar igualmente eficientes, na medida em que tal conduta é analisada exatamente pelos efeitos negativos que produz sobre o mercado, especialmente sobre o bem-estar do consumidor, não podendo ser confundida com competição pelo mérito, a qual se baseia em reduções estáveis e duradouras do preço e não em reduções temporárias somente para a eliminação da concorrência.

Estabelecida essas premissas, deve-se estudar sistemas de avaliação adequados a tal entendimento, de modo a se evoluir na análise de condutas de preço predatório, a fim de que se possa alcançar os fins estabelecidos pelo SBDC, quais sejam, defesa da concorrência e do bem-estar do consumidor.

#### **4.2. O congelamento de preços de Edlin**

Adentra-se, aqui, em um sistema de avaliação condizente com a definição de preço predatório proposta, no qual o incumbente, quando da entrada de um concorrente, não pode abaixar injustificadamente o seu preço.

É o sistema de Edlin<sup>54</sup> que, atento aos casos em que predação pode ocorrer quando a firma não precifica abaixo do seu custo, estabelece um critério de congelamento de preços para a empresa estabelecida no mercado, a fim de que ela não possa prejudicar a entrada de um novo concorrente, o que a levaria a precificar baixo de antemão, ou seja, antes mesmo da entrada (fase 1 da figura 1).

Assim, segundo ele, o critério traz o debate para os incentivos *ex ante* ao invés de se preocupar com a fase de aumento de preços pós-predação como os sistemas de avaliação tradicionais fazem. Esse incentivo seria, exatamente, o fato de que o predador não poderia baixar o preço frente a uma nova entrada (*price freeze*), o que o incentivaria a sempre precificar não abusivamente, a fim de evitar entrada no mercado, pois tal sistema de avaliação protege a entrada de firmas que possam oferecer um pacote mais vantajoso ao consumidor. A desvantagem desse sistema de avaliação, de acordo com Edlin<sup>55</sup>, é que ele inibiria uma competição feroz por preço após a entrada, mas isso não supera os seus benefícios, tendo em vista, inclusive, que ele permite uma competição mais acirrada ao longo prazo, porquanto garante o estabelecimento do entrante e o seu processo de aprendizagem.

Pelo sistema de avaliação de Edlin<sup>56</sup>, para acionar o *price freeze*, a firma entrante deve ter, via de regra, um preço 20% mais barato, o que impede a incumbente de abaixar o preço num período entre 12 a 18 meses (tempo razoável para o estabelecimento do entrante no mercado). Caso não sejam observados esses requisitos, o incumbente pode ser processado por preço predatório, sem haver necessidade de se provar preço abaixo do custo ou mesmo possibilidade do *recoupment*. Esses critérios não seriam, contudo, rígidos, devendo ser adaptados à realidade de cada mercado.

De acordo com essa regra, Edlin<sup>57</sup> defende que, pela firma estabelecida no mercado nunca saber quando pode entrar um concorrente, há sempre incentivos para se manter os preços baixos, beneficiando os consumidores. Nesse sentido, ele conclui:

The principal substantive objection to the rule proposed here is that it protects inefficient entrants. Why would we want inefficient firms in the market, and what business is it of antitrust to protect them? The best answer is that consumers often need inefficient entrants. Recall that the entrant only receives any protection if it is a “substantial entrant,” which I suggest operationalizing as one pricing at least twenty percent below the incumbent. Only entrants who provide substantial benefits to consumers receive any protection. From the vantage point of overall wealth maximization, the advantages of this rule are ambiguous if the incumbent does not charge low enough limit prices to bar all entry, because some less efficient firms

---

<sup>54</sup>EDLIN, A. S. *Stopping above-cost predatory price*. Yale Law Journal, vol. 111, 2002.

<sup>55</sup>Idem

<sup>56</sup>Idem

<sup>57</sup>Idem



may enter. Consumer benefits are more certain, however, since limit pricing is encouraged; and at any given incumbent price level, entry is encouraged. Conditional upon entry, the entrant has a strong incentive to price twenty percent below the incumbent instead of ducking just under the monopoly price umbrella. Courts that favor total welfare maximization over maximizing consumer benefits could modify the proposed rule appropriately.<sup>58</sup>

Percebe-se, pois, que o sistema de avaliação de Edlin<sup>59</sup> visa a uma redução *ex ante* dos preços capaz de beneficiar, de forma geral, os consumidores. Nesse sistema de avaliação, entradas positivas ao mercado (empresas com preços 20% mais baixos) são protegidas de competição por determinado período, a fim de que possam se estabelecer e garantir uma competição mais duradoura no longo prazo.

### 4.3. A redução quase permanente de Baumol

Com outra ênfase, mais preocupado na terceira fase de ganhos monopolísticos, está o sistema de avaliação de Baumol<sup>60</sup> que é, certamente, um dos mais tradicionais na análise de preços predatórios. Entretanto, por questões metodológicas, acredita-se que seu estudo nesta parte do trabalho é mais adequado, na medida em que o sistema de avaliação aproxima-se mais da concepção de preço predatória definida.

Ao contrário de Edlin, Baumol<sup>61</sup> não está preocupado com a redução de preços no curto prazo, mas, sim, com sua elevação no longo prazo (fase 3 do *recoupment*). Assim, de acordo com o seu sistema de avaliação, uma firma estabelecida no mercado pode reduzir o seu preço frente a uma nova entrada, mas está impossibilitada de aumentá-lo sem nenhuma razão plausível, caso o concorrente seja eliminado, fazendo com que essa redução seja quase permanente.

Dessa forma, Baumol<sup>62</sup> ressalta que o entrante não estará protegido da competição e que a firma estabelecida no mercado deverá tomar suas escolhas com vistas ao longo prazo, de modo que uma verdadeira competição pelo mérito é posta, sendo os consumidores beneficiados com uma redução durável dos preços. Ademais, o sistema de avaliação protege, de certa forma, os entrantes, pois com a ausência de possibilidade de elevação posterior, as firmas incumbentes nunca vão estabelecer preços que não são a elas rentáveis.

---

<sup>58</sup>EDLIN, A. S. **Stopping above-cost predatory price**. Yale Law Journal, vol. 111, 2002, p. 990.

<sup>59</sup>EDLIN, A. S. *Stopping above-cost predatory price*. Yale Law Journal, vol. 111, 2002.

<sup>60</sup>BAUMOL, W. **Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing**. Yale Law Journal, vol. 89, 1979.

<sup>61</sup>BAUMOL, W. *Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing*. Yale Law Journal, vol. 89, 1979.

<sup>62</sup>Idem

De qualquer sorte, Baumol<sup>63</sup>, apesar de asseverar que o sistema de avaliação inibe, fortemente, a prática de preço abaixo do custo, não rejeita a possibilidade de uma comparação entre preço e custo, devido ao fato de que alguns preços baixos podem ser derivados de subsídios cruzados.

A redução, nesse sistema de avaliação, deve ser mantida, a não ser que haja fatores de mercado que imponham à firma que aumente, de novo, os preços. Contudo, o ônus de provar a legalidade do aumento de preços recai sobre a firma incumbente, de modo que, caso ela diminua o preço devido à entrada de um concorrente, deverá manter tal precificação de forma quase permanente.

Esse é um sistema de avaliação muito proveitoso e, ainda, muito adequado com a concepção de preço predatório adotada, principalmente porque impede os efeitos negativos da referida prática, na medida em que as reduções são quase permanentes, beneficiando os consumidores de forma duradoura. Nota-se que, em termos legais, bastaria que um representante apontasse o aumento injustificável de preço após eliminação, para ter um caso sólido. Além do mais, caso as empresas soubessem que a sua redução seria quase permanente, isso as incentivaria a fazerem políticas de preço atentas à competição ao longo prazo, impedindo certos tipos de abuso nessa seara.

#### **4.4. Padrão de melhoria ao consumidor de Edlin**

Esse sistema de avaliação está, intimamente, preocupado com a ocorrência da fase 3, ou seja, com o exercício de poder de mercado pela firma predadora, sendo muito proveitoso a este trabalho, porquanto possui clara ênfase no bem-estar do consumidor, um dos pilares no qual se baseia o SBDC.

Ele é concebido por Edlin<sup>64</sup>, ao perceber que o seu critério de congelamento de preços estava sujeito a críticas, tais quais: protege a entrada de firmas ineficientes com alto custo; inibe a competição pós entrada, o que é pior para os consumidores, principalmente nos casos em que a entrada ocorreria independente de proteções da lei antitruste.

Assim, atento às limitações de seu sistema de avaliação antigo, Edlin estabelece o *consumer betterment standard*, no qual a *challenged practice is likely in the circumstances to*

---

<sup>63</sup>Idem

<sup>64</sup>EDLIN, A. S. Predatory Pricing. In: *Research Handbook on Economics of Antitrust*. Ed. Einer Elhauge. Edward Elgar, 2012

*exclude from the defendant's market a competitor who would provide consumers a better deal than they get from the monopoly.*<sup>65</sup>

Esse novo sistema de avaliação, então, está preocupado com a eliminação de concorrentes que poderiam oferecer um produto/serviço mais vantajoso do que aquele que é obtido quando há monopólio, aproximando-se muito da concepção de preço predatório adotada por este trabalho. O foco está, portanto, no bem-estar dos consumidores, indagando se, com a exclusão da concorrência, eles conseguem um melhor negócio.

Nesse sentido, Edlin lança a seguinte crítica em relação à concepção tradicional de competição pelo mérito:

As such, focusing directly on consumer betterment for monopolization generally or predatory pricing specifically flows naturally in the river of antitrust. In fact it seems odd that the main stream of monopolization thinking interprets competition on the merits as equivalent to the triumph of the firm with the greater productive merits, regardless of whether those merits will be passed on to consumers.<sup>66</sup>

Dessa maneira, a existência de empresas menos eficientes pode ser benéfica, na medida em que podem causar um cenário de concorrência, o qual traz maior bem-estar aos consumidores do que quando há um monopólio. Esse sistema de avaliação, assim, favorece a entrada de concorrentes capazes de oferecer um melhor negócio, mas não o fazem por temer a reação da firma incumbente.

O padrão de melhoria ao consumidor, todavia, não é o mesmo que o bem-estar geral dos consumidores, porquanto é uma regra de processo usada para defender a competição, em vez de um mero cálculo sobre o bem-estar. O teste permite, então, a punição de uma firma que exclui um concorrente o qual poderia oferecer um negócio melhor do que aquele existente no período pós-predação.

#### **4.5. Novo sistema de avaliação possível ao SBDC**

Deve-se, logo, concluir que o sistema de avaliação atual do SBDC está desatualizado com o demonstrado, pois está baseado, unicamente, nos critérios objetivos para o *recoupment* e na comparação entre preço e custo.

Conforme o exposto, é necessário levar em conta os aspectos subjetivos que favorecem à prática de preço predatório, de modo que, apenas, a análise de requisitos

---

<sup>65</sup>EDLIN, A. S. Predatory Pricing. In: **Research Handbook on Economics of Antitrust**. Ed. Einer Elhauge. Edward Elgar, 2012, p. 39.

<sup>66</sup>EDLIN, A. S. Predatory Pricing. In: **Research Handbook on Economics of Antitrust**. Ed. Einer Elhauge. Edward Elgar, 2012, p. 40.

objetivos pode levar à proteção insuficiente na área. Atentar, então, para existência de um cenário de assimetria de informações, onde há racionalidade limitada dos agentes, é essencial para não haver uma análise superficial. Dessa forma, questões como reputação e credibilidade são vitais para se entender o fenômeno de maneira completa.

Ainda, pretendeu-se mostrar que a comparação entre preço e custo é extremamente complexa, o que pode levar muitas vezes os julgadores a erro, além não ser o parâmetro adequado para se compreender o instituto dos preços predatórios. Advoga-se, aqui, portanto, que tal análise perde importância em detrimento de análises voltadas aos efeitos da conduta de preço predatório, tais quais os sistemas de avaliação de redução quase permanente<sup>67</sup> ou de padrão de melhoria ao consumidor<sup>68</sup>.

Adotar sistemas de avaliação mais condizentes com os efeitos do que com os preços, trará maior proteção aos consumidores, além de ser mais apropriado com a manutenção de uma concorrência por mérito, onde as reduções de preços são estáveis e duradouras e não temporárias e irreais.

O que se busca, assim, é a utilização de um sistema de avaliação que evite os prejuízos decorrentes da prática de preço predatório, mais especificamente a ocorrência da fase de *recoupment*. Dessa maneira, reputa-se de fundamental importância que o Cade esteja atento aos aumentos injustificáveis de preço no período pós-predação, avaliando se a existência de um concorrente poderia trazer maior benefício aos consumidores, numa verdadeira mistura entre os sistemas de avaliação de redução quase permanente e de padrão de melhoria ao consumidor.

O sistema de avaliação, aqui, proposto, portanto, está preocupado com a existência da fase 3 (figura 1), de modo que a percebe como a razão pela qual a prática de preço predatório diferencia-se da competição pelo mérito e é prejudicial para o mercado.

Nesse caso, quando já houver ocorrido a predação, a análise por parte do Cade torna-se mais simples, pois basta perquirir aumentos injustificados, além de uma diminuição no bem-estar dos consumidores. Caso a análise seja concomitante com a predação, o que se prega é a utilização da regra de Baumol<sup>69</sup>, ou seja, o Cade não pode se intrometer na competição, mas deve deixar assente aos competidores que os preços não poderão ser elevados posteriormente de forma injustificada. Acredita-se que esse sistema de avaliação não

---

<sup>67</sup>BAUMOL, W. *Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing*. Yale Law Journal, vol. 89, 1979.

<sup>68</sup>EDLIN, A. S. Predatory Pricing. In: *Research Handbook on Economics of Antitrust*. Ed. Einer Elhauge. Edward Elgar, 2012

<sup>69</sup>BAUMOL, W. *Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing*. Yale Law Journal, vol. 89, 1979.

constrange de maneira abusiva o mercado e, mesmo assim, consegue punir práticas que atentem ao bem-estar geral.

Trata-se, com certeza, de uma aproximação teórica que necessita de estudos mais aprofundados sobre a sua exequibilidade no plano fático, mas, de qualquer forma, é importante o seu estabelecimento como foco, a fim de fazer com que a análise seja mais relativa aos efeitos da predação em vez de uma comparação entre preço e custo, adotando-se, pois, uma definição de preço predatório mais apta a atingir os objetivos almejados pelo SBDC.

## 5. Conclusão

O presente trabalho adentrou no fenômeno do preço predatório, com o intuito de desmistificar o instituto há muito contestado pela doutrina.

Assim, procurou-se estudar sistemas de avaliação que fossem condizentes com o buscado pelo SBDC. Para tanto, definiu-se preço predatório como a redução de preços que visa, unicamente, à eliminação do entrante, para depois haver ganhos monopolísticos pela predadora, o que diminui o bem-estar geral. Foram vistos, dessa maneira: o sistema de avaliação de congelamento de preços de Edlin<sup>70</sup>, onde um incumbente não pode abaixar seus preços frente a uma entrada significativa, o que o levaria a deixar seus preços sempre baixos; o sistema de avaliação de redução quase permanente de Baumol<sup>71</sup>, no qual a redução feita na fase de competição deve ser quase permanente, não podendo haver elevação injustificada de preços posterior; e o sistema de avaliação de padrão de melhoria ao consumidor de Edlin<sup>72</sup>, onde se pergunta se os consumidores poderiam ter um negócio melhor do que o monopólio caso houvesse um concorrente. Acredita-se que tais sistemas de avaliação analisam o fenômeno sob o ângulo correto, ou seja, a existência de efeitos negativos da predação que não podem ser captados por uma comparação preço e custo, além de fornecerem subsídios mais concretos à repressão da referida prática. Dessa maneira, esboçou-se um sistema de avaliação

---

<sup>70</sup>EDLIN, A. S. *Stopping above-cost predatory price*. Yale Law Journal, vol. 111, 2002.

<sup>71</sup>BAUMOL, W. *Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing*. Yale Law Journal, vol. 89, 1979.

<sup>72</sup>EDLIN, A. S. *Predatory Pricing*. In: *Research Handbook on Economics of Antitrust*. Ed. Einer Elhauge. Edward Elgar, 2012

concreto que misturava os conceitos de Baumol<sup>73</sup> e Edlin<sup>74</sup>, além de estar atento aos aspectos subjetivos e prescindir de comparações entre preço e custo.

Apesar do presente trabalho não ter adentrado na exequibilidade fática da análise a ser desempenha pelo Cade, tentou-se demonstrar que os pressupostos teóricos que estão embasando os julgamentos hoje estão equivocados, principalmente porque indagam a possibilidade de eliminar um concorrente igualmente eficiente ao invés de preocuparem-se com os efeitos no mercado, padrão muito mais adequado com o SBDC. Logo, objetivou-se estabelecer fundamentos teóricos para uma mudança na concepção de preço predatório adotada atualmente, o que fará, invariavelmente, que se mudem os critérios de análise. Percebe-se, pois, enorme influência da jurisprudência da Suprema Corte Americana no Cade, o que, por si só, não é suficiente para justificar os padrões utilizados, na medida em que, como se argumentou durante todo o estudo, sustenta-se que outros critérios poderiam ser levados em conta, porquanto estariam mais de acordo com os objetivos do ordenamento Pátrio, quais sejam, manutenção da livre concorrência e defesa do consumidor.

Outrossim, o presente trabalho necessitará de complementação, haja vista que foi uma primeira mirada em um fenômeno extremamente complexo e controverso. Não obstante, acredita-se que o trabalho detém sua importância, porquanto trouxe ao debate pontos novos e permitiu a reflexão acerca do instituto, preocupando-se, essencialmente, em adequá-lo à realidade brasileira.

Conclui-se, portanto, que a prática de preço predatório é possível, principalmente se analisada como aquela em que a firma reduz preços para eliminar o concorrente e vir a cobrar preços monopolísticos no futuro, dentro de um cenário de racionalidade limitada e assimetria de informações. Em uma análise de tal conduta, advogou-se pela desnecessidade de comparação entre preço e custo, como também pela importância de se levar em conta aspectos subjetivos inerentes à prática. Defende-se que, assim, os Tribunais terão mais condições de entender o fenômeno e adentrar em tal seara com mais segurança.

---

<sup>73</sup>BAUMOL, W. *Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing*. Yale Law Journal, vol. 89, 1979.

<sup>74</sup>EDLIN, A. S. Predatory Pricing. In: *Research Handbook on Economics of Antitrust*. Ed. Einer Elhauge. Edward Elgar, 2012

## 6. Referências Bibliográficas

- AREEDA, P.; TURNER, D. F. *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*. Harvard Law Review vol. 88, 1975.
- BAUMOL, W. *Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing*. Yale Law Journal, vol. 89, 1979.
- BORK, R. H. *The Antitrust Paradox: A policy at War with Itself*. USA: The Free Press, 1993.
- EASTERBROOK, F. H. *Predatory Strategies and Counterstrategies*. University of Chicago Law Review, 48, 1981.
- EDLIN, A. S. *Stopping above-cost predatory price*. Yale Law Journal, vol. 111, 2002.
- EDLIN, A. S. Predatory Pricing. In: *Research Handbook on Economics of Antitrust*. Ed. Einer Elhauge. Edward Elgar, 2012.
- DILORRENZO, T. J. *The Myth of Predatory Pricing*. Cato Institute Policy Analysis N.º 169, 1992.
- GOMEZ, R.; GOEREE, J.; HOLT, C. A. *Predatory Pricing: Rare Like a Unicorn?*. Virginia Economics Online Papers 339, University of Virginia, Department of Economics, 1999
- ISAAC, M. R.; SMITH, V. L. *In search of predatory pricing*. The Journal of Political Economy. Vol. 93. N.º 2, 1985.
- JOSKOW, P. L.; KLEVORICK, A. K. *A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy*. Yale Law Journal, vol. 89, 1979.
- MARCEAU, G. *Anti-Dumping and Anti-Trust Issues in Free Trade Areas*. Clarendon Press. Oxford (NY), 1997.
- MCGEE, J. S. *Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case*. Journal of Law and Economics 1, 1958.
- NIELS, G.; JENKINS, H.; KAVANAGH, J. *Economics for competition lawyers*. New York: Oxford University Press, 2011.
- ORDOVER, J. A.; SALONER, G. Predation, Monopolization, and Antitrust. In: *The Handbook of Industrial Organization*. V. I, cap. 9, North Holland, Amsterdam, 1987.
- POSNER, R. A. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 1976.
- POSNER, R. A.; EASTERBROOK, F. H. *Antitrust cases, economic notes and other materials*. Second edition. Chicago: West Group, 1981.
- RAUB, W; WESSIE, J. *Reputation and Efficiency in Social Interactions: An Example of Network Effects*. American Journal of Sociology. vol. 96. N.º 3, 1990.
- SONAGLIO, C. M.; ZAMBERLAN, C. O. *Defesa da Concorrência no Brasil: Eficiência Econômica na Análise de Preço Predatório*. Análise, Porto Alegre, v. 20, n. 1, 2009.
- SPECTOR, D. *Definitions and Criteria of Predatory Pricing*. MIT Department of Economics, Working Paper N.º 01-10, 2001.