

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDÍRIO BULGARELLI

Redatores:

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Serviços gráficos: Editora Parma Ltda., Av. Antonio Bardella, 280
— CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Edição e distribuição da

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — Caixa Postal 678
Tel. (011) 37-2433 — Fax (011) 37-5802
CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

SUMÁRIO

DOCTRINA

- O “dumping” como forma de abuso do poder econômico — Luiz Gastão Paes de Barros Leães 5
- Variação cambial como indexador de contratos — Luciano Amaro 16
- Dos contratos de utilização de navios no Direito Brasileiro (Análise Crítica) — Ary Brandão de Oliveira 27
- Redução dos custos de captação no Mercado de Valores Mobiliários — Nelson Eizirik 37
- Riscos da atividade empresarial no âmbito penal — Joaquim Simões Barbosa 42
- Comércio exterior brasileiro: “Antidumping” Mercosul — Pedro Paulo Cristofaro 58
- A responsabilidade especial dos empreiteiros prescrita no art. 1.245 do Código Civil — João Luiz Coelho da Rocha 64

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

- Variação cambial de moeda nacional — Waldírio Bulgarelli 72

ATUALIDADES

- O crédito documentário e os usos e costumes internacionais: seu papel como fator de desenvolvimento econômico e de integração social — Luiz Felizardo Barroso 78

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- “Proteção do consumidor no contrato de compra e venda” — Alberto do Amaral Júnior — Comentário de Waldírio Bulgarelli 87

- ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO 88

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTES NÚMERO**ARY BRANDÃO DE OLIVEIRA**

Advogado

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Advogado no Rio de Janeiro.

JOAQUIM SIMÕES BARBOSA

Advogado.

LUCIANO AMARO

Advogado.

LUIZ FELIZARDO BARROSO

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

NELSON EIZIRIK

Advogado.

PEDRO PAULO CRISTOFARO

Advogado no Rio de Janeiro — Professor Contratado de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

WALDÍRIO BULGARELLI

Professor Titular de Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da USP — Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli; Instituto Paulista de Direito Agrário; do Instituto dos Advogados de São Paulo e Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Paulista de Direito.

O “DUMPING” COMO FORMA DE ABUSO DO PODER ECONÔMICO

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

1. O regime da legislação *antitruste* brasileira — 2. A concorrência e o abuso do poder econômico — 3. O *dumping* como forma de abuso do poder econômico — 4. Abuso da posição de *dominação* de mercado.

1. O REGIME DA LEGISLAÇÃO “ANTITRUSTE” BRASILEIRA

1.1 A legislação *antitruste* foi introduzida no Brasil depois que, pela Constituição de 1946, cristalizou-se no art. 148 o preceito de que “a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico”. Em 10.9.62, foi promulgada a Lei 4.137, que “regula a repressão ao abuso do poder econômico”, sendo a mesma objeto de regulamentação baixada pelo Dec. 52.025, de 20.5.63. Recentemente, essa legislação foi reformulada e complementada por uma série de diplomas: a Medida Provisória 276, de 5.12.90, convertida na Lei 8.158, de 8.1.91, e regulamentada pelo Dec. 36, de 14.2.91, e a Lei 8.137, de 27.12.90. Nesses diplomas instituíram-se “normas de defesa da concorrência” e se definiram os “crimes contra a ordem econômica”. Ora, cada uma dessas denominações — legislação *antitruste*, de repressão ao poder econômico ou de defesa da concorrência — quando encaradas no contexto do Direito Comparado, revelam enfoques diferentes, pelo que cumpre inicialmente detectar qual filosofia que foi imprimida à lei brasileira.

1.2 Como se sabe, as primeiras legislações relativas ao assunto surgiram nos Estados Unidos da América, na passa-

gem do Século XIX para o nosso Século. Começa com *Sherman Act*, de 2.7.1890, e é completada com o *Clayton Act*, de 15.10.14, e a *Federal Trade Commission Act*, de 26.9.14, esta última dando nascimento ao órgão regulamentador, o *Federal Trade Commission*, e emendada pela *Robinson-Patman Act*, de 19.6.36. Esses três ou quatro diplomas se bem que emendados e modificados por uma caudalosa legislação posterior, nos dão a tônica da legislação norte-americana a respeito do tema. Trata-se, em resumo, de uma legislação que se orientava no sentido da *proibição absoluta* de convenções destinadas a restringir a concorrência, e de toda entidade que monopolizasse ou tendesse a monopolizar qualquer segmento da economia. Paulatinamente, porém, essa regulamentação foi perdendo esse seu primitivo rigor. Isso se deve ao fato de que a idéia da concorrência perfeita, que inspirou esses diplomas, passou por sucessivas revisões. A convicção de que o preço, em regime de concorrência perfeita, entre pequenas unidades, é sempre mais baixo, e o monopolizado ou oligopolizado sempre mais alto, foi perdendo a sua força, posto que não refletia necessariamente a verdade, pois as empresas poderosas, não só continuavam a concorrer, como desfrutavam de

economias de escala que lhes possibilitavam praticar preços mais reduzidos. Por outro lado, nem sempre as empresas submetida a um regime de forte concorrência obtêm recursos suficientes para financiarem as inovações tecnológicas — que é o horizonte onde se desenvolve a economia atualmente. Quer dizer, nem a livre concorrência, sem entraves, é necessariamente um bem, nem o monopólio é necessariamente um mal. Daí o motivo por que a legislação americana introduziu a regra da razoabilidade (*rule of reason*), para moderar a severidade da legislação primitiva, levando em consideração as peculiaridades de cada caso.

1.3. As legislações européias, que vieram depois, rechaçaram a chamada *per se condemnation theorie*, que norteou a primitiva legislação norte-americana, opondo ao sistema da proibição, vigente naquela legislação, o sistema de repressão ao abuso. Segundo esse sistema, os acordos restritivos e os processos concentracionistas não são repudiados *a priori*, proibindo-se apenas as práticas abusivas do poder econômico. Assim, fala-se em *mauvaises e bonnes ententes*, em monopólios *naturais e artificiais*, como se admite também a existência de legislação atinente às macro-empresas e aos fenômenos grupais. De todos os países europeus, foi a Alemanha o país que maior atenção dedicou à livre concorrência, dada a intensa cartelização que sempre caracterizou a sua economia. Não é assim estranho que a primeira lei alemã sobre a matéria, de 2.11.23, a *Kartellverordnung*, não contivesse normas contra os cartéis ou contra os agrupamentos, senão que os sujeitava ao controle estatal, a fim de evitar os abusos do poder econômico (*Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen*).

1.4 Após a segunda conflagração mundial, a legislação alemã sofreu uma reviravolta. Inicialmente, as forças de ocupação impuseram a substituição do critério do abuso pelo princípio da proi-

bição. O motivo era por certo de caráter político e militar, pois não refletia sequer o estágio da legislação americana então vigente. Ao promover a descartelização da indústria do carvão, do aço e da química, o objetivo dessas ordenações militares era o de promover o desmembramento do poder econômico do país vencido. Recuperada mais tarde a sua independência política, a Alemanha tratou de recompor a legislação sobre a matéria. em 27.7.56, é promulgada uma lei sobre o assunto, que se revela como um compromisso entra a época anterior com a posterior à ocupação dos aliados, dando ênfase, já não mais ao critério do abuso, mas ao princípio da defesa da livre concorrência — a lei se denomina muito significativamente lei de repressão às restrições de concorrência, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB) — na medida em que visa a obstar qualquer conduta ou resultado anticompetitivo, seja ele resultante ou não de abuso do poder econômico, e que se combina com a lei de repressão à concorrência desleal, ou *Unlauteres Wettbewerbsgesetz* (UWG).

1.5 Pois bem, a cada um desses enfoques, corresponde um sistema de controle. Nos Estados Unidos, na medida em que é proibido o ato que conspire contra a livre concorrência, prevalecer o rígido conceito dos delitos *per se*, e não há nenhum registro prévio de acordos restritivos à concorrência (posto que vedados), efetuando-se o controle das práticas predatórias *ex post*. Aos agentes do mercado cabem policiarem-se, correndo o risco de virem a sofrer a oportuna atividade repressora do órgão regulamentador. Já nas legislações européias, prevalece o conceito mais flexível do abuso do poder econômico e o sistema do controle *a priori*, baseado no registro dos acordos empresariais e dos processos concentracionistas, a fim de submetê-los à autorização de um órgão *ad hoc*.¹

1.6 A discussão sobre o assunto reacendeu-se, nos últimos anos, na Europa, onde os arts. 85 e 86 do Tratado de Roma impuseram a compatibilização entre as legislações antitrustes nacionais até 1992, data da implantação da economia integrada da CEE. Todos os países da Comunidade se voltaram para o cumprimento do referido escopo, com projetos e diplomas, todos eles, polarizados no sentido de privilegiar o regime de defesa da concorrência.²

1.7 A legislação brasileira, que inicialmente, embora inspirada na legislação americana, não agasalhou o sistema americano da proibição senão no princípio europeu da repressão ao abuso, desenganadamente se filiou, a partir dos diplomas de 1990 e 1991, ao sistema de defesa à livre concorrência.³

1.8 Essa passagem do regime de repressão ao abuso para o de tutela da livre concorrência se reflete, primeiramente, nos textos constitucionais. Com efeito, na CF/46, na seção relativa à ordem econômica e social (que, de acordo com a regra fixada na Carta, “deve ser organizada conforme os princípios da justiça social”), a legislação antitruste encontra a sua consagração no já citado art. 148, que assim dispunha: “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”. Quando da discussão da Lei 4.137, indagou-se o princípio constitucional da repressão ao abuso do poder econômico constituía uma mera norma programática, um princípio, enfim, que teria tão-somente uma função interpretativa, ou, ao contrário, teria força vinculativa, que se impunha não só ao intérprete mas também ao legislador ordinário, cabendo a este dar execução prática a esse princípio. Prevaleceu a orientação de que o princípio

era cogente, sendo promulgada a lei repressiva em apreço.

1.9 Na Constituição de 1967, com a redação dada pela EC 1/69, houve um remanejamento da matéria. No art. 160, dizia-se que a ordem econômica e justiça social, com base, entre outros *princípios*, na “repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros” (inc. V). Dentro de uma ordem lógica, esse princípio era o último da série, como a salientar que era em função dos valores éticos-políticos *positivos*, anteriormente arrolados — liberdade de iniciativa; valorização do trabalho; função social da propriedade; solidariedade entre as categorias sociais — que deveriam ser caracterizados os valores *negativos* que informam o conceito de abuso do poder econômico. Ademais, a Carta de 1967 abandonou a exposição genérico-exemplificativa do art. 148 da Constituição de 1948.

1.10 Na Constituição de 1988, após elevar à condição de princípio constitucional, norteador também da ordem econômica, ao lado do princípio da *livre iniciativa* (art. 170, *caput* e parágrafo único, c/c art. 5.º, XIII), o princípio da *livre concorrência* (art. 170, IV), desloca equivocadamente a matéria da repressão ao abuso do poder econômico para o contexto que trata da exploração direta da atividade econômica do Estado (art. 173, § 4.º). Ora, se bem que a lei repressora represente uma consequência da intervenção reguladora do Estado na atividade econômica, não é por certo expressão da exploração *direta* da atividade econômica pelo Estado. Mas já na inserção do princípio da livre concorrência, a par do princípio da livre iniciativa, a Carta agiu bem.

1.11 Com efeito, a livre iniciativa e a livre concorrência são conceitos distintos, se bem que complementares. O primeiro não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circu-

lação e distribuição das riquezas, significando a livre escolha e o livre acesso às atividades econômicas. Já o conceito da livre concorrência é um conceito instrumental daquele, significando o princípio econômico segundo o qual a fixação dos preços dos bens e serviços não devem resultar de atos da autoridade, mas sim do livre jogo das forças em disputa no mercado. Essa liberdade não é, porém, ilimitada, e só se justifica quando revela eficiência na alocação dos recursos (desenvolvimento econômico) e dela resultem benefícios à comunidade (defesa do consumidor, outro novo princípio constitucional). Daí que a repressão ao abuso do poder econômico deve ubicar-se entre os princípios norteadores da ordem econômica, tal como estava na Carta revogada. O novo Texto Constitucional é, porém, revelador, pois põe em destaque que “o objeto jurídico tutelado pela lei antitruste é a livre concorrência, de que é titular a coletividade brasileira”. E é por essa razão que o artigo inaugural da MP 276/90 e o da Lei 8.158/91 viram as suas baterias para “promover a apuração e correção de ato individual, ou coletivo, ou atividade econômica que atente contra a ordem econômica e os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência”.

2. A CONCORRÊNCIA E O ABUSO DO PODER ECONÔMICO

2.1 E o que vem a ser essa “livre concorrência”, objeto jurídico tutelado pela legislação antitruste? A concorrência empresarial (*cum + currere*, correr com), conforme imagem freqüentemente lembrada, é comparável a uma corrida esportiva, na qual a ninguém se assegura o direito de ganhar, mas apenas o direito de não ser lesado em suas forças pelos adversários. O que se protege é a *concorrência livre*, ou seja, a concorrência onde se assegura competição honesta, liberta de fraudes e abusos.

2.2 Para que se compreenda o regime jurídico da defesa da concorrência, mister é aplicar a distinção entre as obrigações de meios e as obrigações de resultado.⁴ Em certas relações de obrigação, quer delituais, quer contratuais, o inadimplemento, e, por conseguinte, o dever de indenizar, surge com a não-produção de um resultado devido. Ou com a produção de um resultado proibido antes mesmo que se indague da culpabilidade do devedor. Por exemplo, no contrato de transporte, o transportador é obrigado a transportar coisas ou pessoas, em condições de incolumidade, até o ponto de destino. Se isto não ocorrer, ou seja, se a coisa transportada se extraviar ou destruir, ou se a pessoa transportada for ferida ou falecer em acidente de transporte, responde o transportador por perdas e danos, a não ser que consiga provar que o acidente ocorreu por caso fortuito ou força maior, ou por culpa exclusiva da vítima. Da mesma forma, num crime de morte, o agente assume *ipso facto* a responsabilidade de indenizar os herdeiros ou sucessores da vítima (a par da responsabilidade penal), a menos que prove a ocorrência de uma causa justificativa ou dirimente. Assim, em se tratando de uma obrigação de resultado, o lesado faz jus à indenização sem precisar provar a culpa do réu, que é portanto presumida. Em outros tipos de obrigação, ao contrário, não se exige do devedor a produção de um resultado determinado, mas apenas que ele aja com uma normal diligência em busca desse resultado. A um médico não se exige a cura do doente, mas que preste os seus serviços com a perícia e diligência normais. Assim, em se tratando de uma obrigação de meios, aquele que se entende lesado por ato do devedor deve provar a culpa deste na não-produção do resultado esperado. Ora, em matéria de concorrência, o que existe é apenas obrigações de meios, e não de resultado. Não basta ao comerciante que

se entende lesado pela concorrência de outrem provar que essa competição lhe vem causando danos econômicos, uma vez que todo o ato de concorrência é, em princípio, suscetível de provocar prejuízo. Aliás, essa possibilidade de provocar ou sofrer prejuízo econômico faz parte das regras do jogo. Como já dizia Montaigne, no jogo comercial, o lucro de um é o dano de outro. Na defesa da concorrência livre, a tônica não é posta, pois, no fato da produção de um dano, mas na *maneira* como esse dano foi produzido. Não se reprime o ato de concorrência, mas sim a *deslealdade na concorrência*.⁵

2.3 Essa deslealdade na concorrência pode ou não ser definida de forma precisa pelo legislador, mas, de qualquer modo, ela corresponde a uma incorreção na conduta do empresário, ou seja, à prática de atos contrários “aos usos honestos em matéria comercial ou industrial”, como são definidos os atos de concorrência desleal na Convenção da União de Paris (art. 10-*bis*), convolada em lei interna no Brasil pelo Dec. 5.685, de 30.7.29, e está sempre presente em toda essa legislação repressiva. O direito positivo brasileiro consagra a repressão da concorrência desleal, não somente no interesse dos próprios concorrentes, como também no interesse objetivo do consumidor nacional. Assim, é que ao lado das normas visando a atos individuais de concorrência desleal, no sentido da proteção do interesse dos próprios concorrentes (cujas *sedes materiae* é o art. 178 e seus parágrafos do Código da Propriedade Industrial), encontramos a legislação antitruste, visando a coibir a prática de atos coletivos de concorrência desleal, ou seja, cartéis, consórcios e coligações societárias, e outras formas de abuso do poder econômico. Nessa subordinação de todos esses atos à categoria omnicompreensiva da concorrência desleal, o Direito Brasileiro acompanha tanto a legislação antitruste norte-

americana (que fala em *unfair methods of competition*, na seção 5.ª da FTCA de 26.6.14) quanto a alemã (que fala em *unlauterer Wettbewerb*, no § 1.º do UWG).⁶

2.4 Assim, a má-fé e a culpa estão sempre presentes nessa “deslealdade” empresarial. Como já advertia Ferrara Jr.,⁷ “la concorrenza sleale se distingue dalla lecita appunto in quanto nella prima vi è una malizia od una colpevolezza che manca nella seconda e dunque non può darsi concorrenza sleale senza colpa o a prescindere dalla colpa”. Daí que em todas as legislações a culpa é considerada um elemento normal, senão essencial, da concorrência desleal. A culpabilidade abrange o dolo e a culpa, em sentido estrito, e na configuração do abuso do poder econômico, como ato de concorrência desleal, é o dolo que é o elemento essencial. A própria designação dos ilícitos nessa área — formas de abuso — já encerra, visível, esse elemento, pois não pode haver abuso involuntário. A responsabilidade, portanto, na concorrência, não se descola do plano subjetivo, ligando a pessoa do agente ao crime pelos laços da vontade ilícita, manifestada contra a vontade da lei. Aliás, os delitos econômicos, em sua maioria, são de caráter doloso; raramente o legislador faz referência à culpa. É possível que o legislador, em algumas figuras, tivesse pretendido punir a forma culposa, especialmente a negligência. No entanto, à míngua de dispositivo expresso, não se pode reconhecer como válida essa intenção, na medida em que, no caso, por se tratar de matéria penal, prevalece o princípio da excepcionalidade do crime culposos, agasalhado pelo Código Penal de 1940, em seu art. 15, e pelo Código Penal de 1969, no seu art. 17, parágrafo único. As infrações punidas a título de dolo não precisam ser especificadas, pois sempre que a lei não fizer ressalvas, o elemento subjetivo será o dolo. Algu-

mas vezes, dolo *genérico*; outras, *específico*. Comumente, requisitarão a presença do dolo específico os tipos que contiverem em sua descrição um elemento subjetivo do injusto. E esse dolo específico deve ser provado. O regime da concorrência desleal (onde prevalecem obrigações de meio), difere daquele que preside a disciplina dos privilégios de invenção ou dos signos distintivos (para exemplificar com interesses afins), onde qualquer privilégio representa um ato ilícito, sem que se indague da culpabilidade do violador, pois a culpa aí existe *in re ipsa*. Na concorrência desleal, prevalece o contrário.⁸

2.5 É o que ocorre na tipificação dos ilícitos contra a concorrência desenvolvida pela legislação antitruste. Com efeito, em atenção à determinação constante no art. 148 da CF/46 — “a lei reprimirá *toda e qualquer forma de abuso* do poder econômico... que *tenham por fim* dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros” — a Lei 4.137/62 criou *figuras anormais* de concorrência abusiva, tendo em sua descrição o elemento subjetivo do tipo, requerendo assim a presença de dolo específico. Como se sabe, chama-se, em Direito Penal, tipo anormal aquele que contém na sua descrição elementos normativos subjetivos.⁹ Na expressão tipicidade, há o significado que Ernest Beling conferiu à palavra *Tatbestand* constante do § 59 do Código Penal Alemão, como sendo a “figura material do fato”, pois desde Farinácio era conhecido o aforisma *Nullum crime, nulla poena sine lege*, expressando o princípio fundamental do Direito Penal comum da reserva legal, que ingressou inclusive na esfera das garantias individuais (CF, art. 5.º, XXXIX). Essa tipicidade fática é, sem dúvida, um dos elementos essenciais à estrutura do delito, mas não é pensável sem correlação com a antijuridicidade e a culpabilidade que inte-

gram o modelo normativo. O legislador não se comporta aí como sociólogo, estabelecendo apenas conexões entre fatos. Sua atitude, ao legislar, mais do que mero observador da realidade, deve ir além, determinando o *dever ser* para tornar efetiva a tutela dos bens e interesses considerados relevantes ao desenhá-la a figura delitual. Assim sendo, na descrição de um tipo, deve-se levar em conta elementos normativos, que, ao lado de elementos subjetivos próprios, converte a tipicidade em *ratio cognoscendi* da antijuridicidade. Em muitos casos, nessa conversão, a lei cria o que se convencionou chamar o *elemento subjetivo do injusto*, ou seja, o elemento subjetivo do tipo.

2.6 Dizia Manoel Pedro Pimentel (ob. e loc. cit.): “Sempre que um tipo penal inclui a indicação de uma especial subjetividade do agente, com o emprego de expressões tais como *a fim de, para o fim de, com o fim de, sem justa causa, indevidamente*, etc., esse tipo é chamado anormal, por conter um elemento subjetivo próprio, que normalmente não está presente na tipicidade penal”. Ora, é justamente o que ocorre na tipificação ensaiada pela legislação antitruste. Em atenção ao art. 148 da CF/46, que determinava que a lei reprimiria “*toda e qualquer forma de abuso do poder econômico*” que *tenham por fim* dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”, a Lei 4.137/62, estabeleceu várias formas abusivas, descrevendo atos de concorrência que se subsumiriam aos tipos delituosos, quando tivessem por objetivo a tríplice antijuridicidade determinada em nível constitucional, que integra o modelo normativo de abuso ao poder econômico.

2.7 A propósito desse trinômio — domínio dos mercados, eliminação da concorrência, aumento arbitrário dos lucros — pergunta-se se a antijuridicidade, ou seja, o abuso do poder econômico,

ocorre com a reunião dessas três características, ou com qualquer delas isoladamente. Pontes de Miranda propende para essa última interpretação. Parece, contudo, que a característica fundamental do abuso do poder econômico reside na dominação dos mercados, sem a qual as duas outras se tornam impossíveis de se realizarem. E em que consiste a dominação do mercado? O conceito vem definido, sob a locução “condições monopolíticas”, no art. 5.º da Lei 4.137/62, ou seja, a dominação dos mercados se evidencia quando uma empresa ou um grupo de empresas “controla em tal grau a produção, distribuição, ou venda de determinado bem ou serviço, que passa a exercer influência preponderante sobre os respectivos preços”. Quando uma empresa ou um grupo de empresas pode ditar preços no mercado, é sinal de que houve efetiva eliminação da concorrência, e de que a empresa — monopolista — está em condições de aumentar arbitrariamente seus lucros.

2.8 A relevância desse elemento subjetivo normativo é particularmente enfatizada na legislação antitruste comparada a propósito do “objetivo de aniquilação” (*scopo di annientamento, but d'anéantissement, Vernichtungszweck*), implícito em toda concorrência. O escopo da proteção legal da livre concorrência consiste em instaurar no mercado uma competição entre os empresários a fim de permitir, em benefício da coletividade, o sucesso dos melhores, na convicção de que, desse certame, ocorrerá o aperfeiçoamento dos produtos e a redução dos preços. Essa disputa provoca às vezes prejuízos nos concorrentes e pode inclusive determinar a eliminação de alguns deles — consequência não só natural como benéfica na medida em que libera o mercado de agentes incapazes ou improdutivos para a sociedade. Quando essa consequência, ao invés de ser um consectário mediato, for o escopo *primário* da atividade empresarial, haverá um

atentado contra a consciência social. Como diz Tetzner, “a concorrência consiste numa luta em torno dos consumidores e junto aos concorrentes, não numa luta contra esses últimos” (...) “Mesmo a concorrência que elimina ou paralisa o adversário é lícita. É contrário aos bons costumes apenas quando objetiva lesar ou eliminar o concorrente”.¹⁰ Para usar da dicção da lei brasileira, ocorre a concorrência desleal quando a dominação do mercado, mediante a eliminação do concorrente e a possibilidade de determinar o preço no mercado, é o objetivo precípua da atividade econômica desenvolvida pelo empresário.

2.9 Ora, segundo Baumbach-Hefermehl, típico exemplo de *Vernichtungszweck*, ou seja, de “aniquilação de concorrentes” é o *dumping*, que é universalmente elencado como ato de concorrência desleal. Na verdade, “se a redução do preço configura ou não um meio de luta lícita depende do exame de cada caso. Normalmente, essa redução é lícita como expressão da capacidade individual do produtor. Pode, porém, adquirir o caráter de ilicitude quando serve apenas para vencer o concorrente, para excluí-lo do mercado, e assim dominar o mercado monopolisticamente e ditar os preços”.¹¹

3. O “DUMPING” COMO FORMA DE ABUSO DO PODER ECONÔMICO

3.1 No império da Lei 4.137/62, várias oportunidades, o CADE — Conselho Administrativo de Defesa Econômica inscreveu o *dumping* como um ato de concorrência desleal, definindo-o como “a temporária e artificial redução de preços para oferta de bens e serviços por preços abaixo daqueles vigentes no mercado (eventualmente abaixo do custo), provocando oscilação em detrimento de concorrente, e subsequente elevação no exercício de especulação abusiva”, objetivando “provocar condições mono-

polísticas”. Sendo uma figura de infração penal-econômica, que o texto prevê e descreve, reveste caráter anormal, uma vez que contém, em si, elemento subjetivo do injusto e elemento normativo. A baixa do preço, eventualmente a menos que o custo, é a base material ou o elemento objetivo do tipo, isto é, nela se consubstancia a conduta que pode (ou não) ocasionar a infração econômico-penal. Todavia, para que tal conduta seja tida como típica, de modo a formar ou constituir fato indiciariamente delituoso, faz-se imprescindível que seja integrada pelos elementos subjetivos e normativos do tipo. Assim sendo, torna-se necessário: a) no campo normativo, que à redução se siga a elevação, no exercício de uma especulação abusiva; b) no campo subjetivo, que tenha como dolo específico ou *causa finalis*, a provocação de condições monopolísticas.

3.2 O *dumping* não era uma forma específica de abuso, nominalmente citada na lei repressiva então em vigor, mas ensejava o ilícito previsto na letra “d”, inc. III, do art. 2.º da Lei 4.137/62.¹² Na nova legislação o *dumping* já entra como forma específica de abuso, inicialmente com aplicação restrita a relações comerciais transnacionais (como no art. 2.º, § 3.º, da MP 276/90), e ao depois como política de preços predatórios, como venda abaixo do preço de custo, “com o fim de impedir a concorrência” (Lei 8.137/90, art. 4.º, VI; Lei 8.158/91, art. 2.º, “a”).

3.3 À semelhança do que ocorre no Direito Comparado, o *dumping* se caracteriza como a redução do preço vigente no mercado ou abaixo do custo *qualificada* pela intenção de eliminar os concorrentes e dominar o mercado. Esse elemento intencional é indispensável à caracterização do ilícito em apreço. Em princípio, essa redução dos preços está em conformidade com as leis da concorrência, que se orientam no sentido de

oferecer aos consumidores produtos a preços inferiores aos de seus concorrentes, só passando a configurar concorrência desleal quando tem por escopo a eliminação da concorrência e o domínio do mercado. Em suma, a redução do preço, mesmo abaixo do custo de produção, mas não motivada pela intenção dolosa citada, pode ser uma atitude perfeitamente lícita por um sem-número de razões econômicas.

3.4. Essa é aliás a atitude em várias outras legislações. No Direito norte-americano e no Direito Alemão, onde aliás se limita o uso do vocábulo *dumping* ao fenômeno na área das transações internacionais, o *predatory price cutting* ou o *Preisunterbieten* — isto é, a redução predatória do preço ou a venda a preço abaixo do custo — não é em si ilegal. No Direito norte-americano, a repressão ao preço predatório (também caracterizado como *sales below cost*) é contemplada em vários diplomas legais. Pode importar em convenção violadora da seção 1 do *Sherman Act*, constituir um elemento de monopolização, com violação da seção 2 daquela lei, configurar um “método desleal de concorrência”, nos termos da seção 5 da *FTC Act*, ou constituir um elemento de discriminação ilegal de preços, com violação do *Robinson-Patman Act*. Mas o elemento “intenção” é indispensável, e se admite a prática de preços abaixo do custo médio de produção se a empresa estiver “liquidando estoques excessivos, perecíveis ou obsoletos”. E mais: “Os preços abaixo do custo médio podem ser admitidos se a queda da demanda força a empresa a minimizar perdas vendendo ao melhor preço possível... O mesmo se pode se dizer quanto a preços promocionais, alinhamento com os preços dos concorrentes, ou mesmo em ocasionais guerras de preço, dentro de certas circunstâncias” — como está dito no *leading case* *Transamerica Computer Co. vs International Business Machines*

Corp., de 1979, julgado pela Corte Distrital da Califórnia.¹³

3.5 No Direito alemão, não é outra a posição da doutrina e da jurisprudência, que parte do princípio de que o empresário é o único juiz do preço que pratica, não consubstanciando a venda a preço inferior aos custos de produção, ou aos custos de compra na revenda, uma infração ao § 1.º, da UWG. Resumindo a jurisprudência alemã, *Dietrich Reimer* (ob. cit., p. 731) assim escreve: “Um número quase ilimitado de razões permite a venda abaixo do preço de custo ou de aquisição. Citemos, entre outras, a necessidade de vender rapidamente produtos facilmente deterioráveis, ou de livrar-se de estoques sujeitos à moda, ou de artigos tornados obsoletos. Ou de se adaptar a uma baixa de preços operados pelos concorrentes... É possível também que um empresário admita absorver perdas passageiras a fim de fazer frente a dificuldades de liquidez. A jurisprudência mesmo tem reconhecido a possibilidade de um comerciante avisado vender com perda para evitar que o volume de seus negócios se reduza. Os tribunais têm igualmente reconhecido a necessidade de se assegurar a sobrevivência de uma empresa num período de depressão econômica, vendendo produtos por preços abaixo do preço praticados pelos concorrentes... O § 1.º da IWG não tem outro escopo senão o de proteger a lisura na concorrência, mas não a de se intrometer na economia interna das empresas. (...) Devemos, assim, concluir que mesmo praticado abaixo de custo ou de aquisição, o preço reduzido é lícito, se seu objetivo é o de reforçar a posição econômica da empresa que a pratica... sendo certo que somente com a ocorrência de circunstâncias especiais (escopo de eliminar a concorrência) é que a venda a preço reduzido tornar-se-á desleal”. (...) “Depende pois do aspecto subjetivo do fim perseguido a linha que

delimita a concorrência lícita de preços da venda praticada com a finalidade de eliminar o concorrente”, a fim de “ocupar uma posição análoga àquela ocupada pela empresa que se acha em posição de dominação de mercado”

4. ABUSO DA POSIÇÃO DE “DOMINAÇÃO” DE MERCADO

4.1 Nesta altura, convém observar que a legislação antitruste brasileira não reprime a conquista de uma posição de dominação dos mercados; ou seja, a posição monopolística não é ilícita *per se*; a legislação se preocupa com o “comportamento” de quem haja adquirido essa posição dominante, é a partir daí que desenvolve o seu aparato repressivo.

4.2 Com efeito, nos seus arts. 2.º, 3.º e 5.º, parágrafo único, a Lei 4.137/62, exige, para a caracterização do abuso do poder econômico, a prática de certos atos típicos pela empresa *já em situação de dominação dos mercados*, como o “ajuste ou acordo entre empresas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de suas atividades”, a “aquisição de acervos de empresas ou quotas, ações, títulos ou direitos”, a “cessação parcial ou total das atividades de empresas promovida por ato parcial ou total das atividade de empresa promovida por ato próprio ou de terceiros”, “o açambarcamento de mercadorias ou de matérias-primas”, etc. Ou seja, embora o conceito fundamental seja o de dominação dos mercados, para que haja abuso do poder econômico no sentido da legislação antitruste, é mister que concorra pelo menos um dos dois outros fatos assinalados pelo dispositivo constitucional citado: a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário dos lucros.

4.3 Tanto isso é verdade que a Lei 4.137 reconhece a existência de situações de “monopólio natural ou de fato”, ao lado de situações que poderíamos

chamar de monopólio artificial ou provocado. No primeiro caso, não haverá abuso do poder econômico se a empresa monopolista não elevar arbitrariamente os preços, nem procurar eliminar novos concorrentes. É o que se depreende das seguintes disposições legais:

“Art. 2.º — Consideram-se formas de abuso do poder econômico:

(.....)

II — Elevar sem justa causa os preços, nos casos de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção.

Art. 3.º — Quando em relação a uma empresa exista um restrito número de empresas que não tenham condições de lhe fazer concorrência num determinado ramo de negócio ou de prestação de serviços, ficará aquela obrigada à compensação do custo de sua produção, se houver indícios de que impõe preços excessivos.”

4.4 Assim sendo, para se falar em “dumping” força é que o fato indiciariamente delituoso venha integrado, *no campo normativo*, pela *redução* do preço, seguida de elevação, com vista ao exercício de uma especulação *abusiva*, e, *no campo subjetivo*, pelo intuito de eliminar a concorrência e provocar condições monopolísticas (Lei 4.137, art. 2.º, III, “d”). A simples redução do preço, e até a venda *abaixo* do custo, não basta para o reconhecimento de *dumping*, sendo apenas o seu elemento objetivo. Indispensável à configuração do ilícito é o requisito da utilização de meios vedados, para alcançar uma posição dominante no mercado e excluir do mesmo os competidores. É o elemento subjetivo do tipo.

A redução do preço, inclusive abaixo do custo, pode ser ditada por princípios de política empresarial plenamente justificáveis. A redução dos preços para os consumidores é até um dos objetivos da concorrência empresarial. Assim, não é todo ato, que tem a possibilidade de

ensejar a eliminação da concorrência, que constitui um abuso do poder econômico. A eliminação da concorrência pode *decorrer* de atos lícitos, como assinalamos linhas atrás, provocada, por exemplo, *pela* superioridade do produto, por uma adequada promoção de vendas, ou *até* pelos custos mais baixos, desenvolvidos por um dos agentes do mercado.

4.5. A distinção entre o lícito e ilícito na concorrência reside, antes de tudo, na motivação do ato: é desleal quando o *agente tem* por escopo precípua a eliminação dos concorrentes, a fim de substituí-lo em condições de monopólio.¹⁴

4.6 Dir-se-á ainda que os elementos configuradores do *dumping se alteraram* com os novos diplomas relativos à matéria? No império da Lei 4.137/62, o *dumping* não era uma forma específica de abuso nominalmente citada *na lei*, mais poderia ser entendida contemplada na forma de abuso prevista no art. 2.º, III, “d”, da lei citada, consubstanciando na utilização de meios artificiosos para provocar condições monopolísticas, mediante a oscilação de preços em detrimento de empresas concorrentes. Nesse caso, a baixa do preço, para *posterior* elevação do mesmo, seria o elemento objetivo do *dumping*, e o subjetivo, o *intuito* de alcançar uma posição dominante, prejudicando a livre concorrência.

4.7 Nos novos diplomas, o *dumping* passa a ser uma forma específica de abuso e a dispor de um desenho típico. A Lei 8.137/90, define como crime contra a ordem econômica “vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência” (art. 4.º, VI), e a Lei 8.158/91, após dispor que o SNDE órgão do Ministério da Justiça, “atuará de forma a evitar que (certas) distorções possam ocorrer no mercado”, como “a fixação de preços dos bens e serviços abaixo dos respectivos custos de produção” (art. 2.º, “a”), estabelece que “constitui infração à ordem econômica” “vender mercadoria ou pres-

tar serviços sem margem de lucro, visando à dominação do mercado” (art. 3.º, XIII). Em verdade, esses diplomas tratam da mesma espécie delituosa, isto é, do *dumping*, limitando, porém, o seu raio de aplicação à venda sem margem de lucro, abaixo dos respectivos custos, e não no seu sentido lato de redução de preços inferiores àqueles vigentes no mercado. Nesses novos diplomas, o elemento objetivo já não seria mais a redução do preço, e, sim, a venda por preço abaixo dos custos de produção, sem margem de lucro. Mas, o elemento subjetivo da figura delituosa continua o mesmo: de acordo com os dispositivos citados, para que tal conduta seja tida como típica, força é que tenha, como dolo específico, a “dominação do mercado”, “com o fim de impedir a concorrência”.

NOTAS

1. Cf., Joaquin Garrigues, *La Defensa de la Competencia Mercantil*, Madri, 1964, p. 19 e ss.

2. Cf., A. Gleiss e M. Hirsch, *Diritto Comunitario della Concorrenza*, Milão, 1968.

3. “A *Lei Antitruste* brasileira, ainda que valendo-se do *Direito antitruste* norte-americano, é diferente” (Benjamin M. Shieber, *Abuso do Poder Econômico*, S. Paulo, 1966, p. 19).

4. Cf., F. K. Comparato, “Obrigações de meios, de resultados e de garantia”, in *Estudos e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, 1978, p. 521 e ss. Se bem que se fale dessa distinção via de regra quando se trata das obrigações contratuais, nada impede que se estenda o discrimine ao campo delitual, tanto mais que foi justamente ao procurar realizar uma maior aproximação entre as obrigações contratuais e as extracontratuais que R. Demogue formulou a referida distinção (Cf., nosso *A Responsabilidade do Fabricante pelo Fato do Produto*, S. Paulo, 1987, p. 149 ss).

5. Cf., Carlo Pasteris, *La Correttezza nella Disciplina della Concorrenza Sleale*, Milão, 1962, p. 48: “L’esercizio dell’attività di impresa da parte di più soggetti li pone necessariamente in posizione di conflitto; la concorrenza, pur se esercitata in modo del tutto corretto, arreca

sempre ed inevitabilmente un danno ai concorrenti.”

6. Cf., Giovanni Lancellotti, *La Repressione della Concorrenza Sleale negli Stati Uniti*, Pádua, 1961, Cap. III e IV, p. 78 ss, sobre a proposta unitária americana da concorrência desleal; Dietrich Reimer, *La Répression de la Concorrence Déloyale en Allemagne*, Paris, 1978.

7. Cf., *La Teoria Giuridica dell’Azienda*, Florença, 1949, p. 288.

8. Cf., Maurizio Pinnarò, *Profili Soggettivi della Concorrenza Sleale*, Milão, 1976.

9. Cf., Manoel Pedro Pimentel, *Direito Penal Econômico*, S. Paulo, 1973, p. 46 e ss.; José Frederico Marques, Parecer datado de 10.2.65, *apud RF* 215/48 e ss.

10. “Der lautere Wettbewerb besteht im Kampf um den Kunden neben den Mitbewerbern, nicht in seinem Kampfe gegen diese: die nachteilige Einwirkung auf den Absatz des Mitbewerbers ist beim lauterem Wettbewerb stets nur die unvermeidliche Folge der Steigerung des eigenen Absatzes, aber nicht Selbstzweck. (...) Auch der Wettbewerb der den Gegner im Geschäftsleben völlig unterdrückt und lahmlagt, ist erlaubt. Sittenwidrig ist nur, wenn beim Wettbewerb Schädigung oder Existenzvernichtung der Mitbewerber bezweckt wird” (Heinrich Tetzner, *Gesetz Gegen den Unlauteren Wettbewerb*, Colônia, 1957, p. 100).

11. Cf., Baumbach-Hefermehl, *Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht*, 8.ª ed., Munique, 1960, p. 95.

12. Sobre a posição da Jurisprudência do CADE a respeito do *dumping*, v. José Inácio e José Luiz Franceschini, ementas 138-A a 143, e também ementas 388, 392, 395, 400, 403, 406, 409, 418, 465 a 469, in *Poder Econômico: exercício e abuso*, S. Paulo, 1985, p. 153 e ss.

13. Milton Handler *et alii*, *Trade Regulations*, 2.ª ed., Mincola, 1983, p. 636 e ss.

14. M. Pinnarò, na ob. cit. (pp. 35-36), resume a posição da doutrina italiana a respeito, que cabe aqui como uma luva: “Il ribasso dei prezzi, anche nella ipotesi di vendita sotto costo, non è in sé sleale, dato il generale principio della libertà di iniziativa economica, ma, giustamente, è stimato illecito allorché l’intenzione dell’agente, quale si manifesta nei suoi comportamenti, sia quella di eliminare dal mercato un concorrente”.