

PREÇOS PREDATÓRIOS: ENCONTROS E DESENCONTROS DE JURISPRUDÊNCIA E PENSAMENTO ECONÓMICO

João Ilhão Moreira

ABSTRACT: The present article analyses predatory pricing which has long proven to be one of the most controversial topics on Competition Law. On one side American jurisprudence, following the reasoning proposed by the influential Chicago School of economics, has held predatory pricing to be an implausible strategy and in practice refused to regulate price-cutting. On the other side, the European Court of Justice has established a stream of decisions, recently broadened by the France Telecom case, which upheld heavy fines applied by Commission to dominant undertakings that have at some point opted for deep-cut pricing strategies.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A conceptualização económica da prática de preços predatórios. 2.1. A desconstrução do fenómeno de predação através de preços: a perspectiva da Escola de Chicago. 2.2. A prática de preços predatórios num contexto de informação imperfeita: o contributo da escola pós-Chicago. 2.2.1. Modelos de imperfeições de informação no mercado de capitais. 2.2.2 Modelos de sinalização e reputação em mercados com assimetrias de informação. 3. A construção de um *standard* de definição de preços predatórios: o teste *Areeda-Turner* e consequentes críticas e desenvolvimentos. 3.1. O teste *Areeda-Turner*. 3.2. Das críticas ao teste *Areeda-Turner*: a inclusão do longo prazo. 4. A evolução da jurisprudência norte-americana. 5. A evolução da jurisprudência europeia. 5.1. O acórdão *Akzo*. 5.2. Conclusões essenciais do acórdão *Akzo*. 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A figura da grande empresa que através de preços predatórios exclui os pequenos concorrentes que com ela rivalizam no mercado desempenhou, tradicionalmente, um papel recorrente no folclore económico popular. A figura do pequeno empresário que, confrontado com a entrada de um grande operador económico, muitas vezes sem rosto, se vê forçado a abandonar a sua

actividade tradicional, rapidamente conquista a simpatia da opinião popular¹. Neste contexto, foi, desde cedo, convocado o direito da concorrência para prevenir que, através de baixas inoportáveis de preços, pudesse um operador dominante excluir empresas mais pequenas, sem capacidade para responder a tal pressão².

O fenómeno de eliminação dos concorrentes através de práticas de preços predatórios não convenceu, contudo, muitos dos estudiosos dos fenómenos de economia industrial. A ascensão e proeminência, a partir do final da década de 50, da chamada Escola de Chicago e a sua, muitas vezes inabalável, confiança nos mecanismos de auto-regulação do mercado viu surgir um conjunto numeroso de textos económicos onde a eliminação de concorrentes através de baixas de preços era apresentado como uma consequência do livre desenvolvimento do mercado, que resultava, necessariamente, em maior eficiência e económica e num maior nível de bem-estar geral.

Partindo-se desta construção, os fenómenos de preços predatórios foram proscritos como práticas irrealistas que, quando tentadas, redundariam, quase sempre, numa perda irracional de recursos por parte do operador dominante³. Esta configuração do pensamento económico foi, contudo, sucessivamente abalada pela introdução de modelos complexos e dinâmicos baseados em assimetria de informação que demonstravam que os arquétipos anteriores se descobriam demasiado simplistas ao rejeitar, de forma incondicional, a existência de tais fenómenos⁴.

1 Assim foi nos finais do Séc. XIX onde a aprovação em 1890 do Sherman Act foi contemporânea da feroz reacção da opinião popular ao desenvolvimento e ascensão dos *trusts* na vida económica norte-americana. Ver Letwin, 1956: 221-222.

2 Recorde-se a este propósito a dissolução em 1911 da *Standard Oil* e da *American Tobacco*, duas famosas empresas dominantes nos seus respectivos domínios de actividade. *Standard Oil Co. of N. J. v. United States*, 221 U. S. 1 (1911); *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U. S. 106 (1911).

3 Não se afirme, porém, mesmo quando se assuma uma posição que recuse a racionalidade destas estratégias, que uma acção de cortes de predatórios dos preços praticados nunca se desenvolverá na vida económica prática. Ainda que estas estratégias se assumissem, necessariamente, como irracionais do ponto de vista económico, donos ou gestores de empresas podem encontrar razões não pecuniárias para ainda assim utilizarem esta estratégia. Efectivamente, razões emocionais, como a inimizade pessoal ou quebra de relações profissionais podem levar, em certas ocasiões extremas, a que alguns actores económicos optem por, mesmo desviando-se do objectivo de maximizar os seus rendimentos, utilizar estas estratégias para eliminar determinado concorrente. Elzinga, 1970: 239.

Descrevendo a influência que a presunção de racionalidade dos agentes económicos teve no desenvolvimento da jurisprudência norte-americana abordando preços predatórios, ver Leslie, 2010: 269-272.

4 Ver Hay, 1982: 364.

Dependente da vasta e complexa literatura económica dedicada ao tema, a jurisprudência norte-americana e europeia demonstram uma interessante história onde se podem ler, por vezes, não só meras construções económicas, mas também opções ideológicas ligadas ao funcionamento dos mecanismos de mercado, o nível ideal de intervenção no desenrolar deste e os objectivos últimos do Direito da Concorrência.

Procuraremos, neste texto, num primeiro momento, descrever de forma evolutiva as teses fundamentais que se debateram sobre a existência, racionalidade e probabilidade destas práticas, procurando, num segundo momento, confrontar as ideias fundamentais revistas com o desenvolvimento jurisprudencial dedicado a esta matéria no contexto europeu e norte-americano. Concluiremos este texto com algumas notas sobre alguns dos temas mais controversos que se colocam à jurisprudência dos dois lados do atlântico, procurando encontrar propostas para o aperfeiçoamento do tratamento desta problemática no contexto europeu.

2. A CONCEPTUALIZAÇÃO ECONÓMICA DA PRÁTICA DE PREÇOS PREDATÓRIOS

Contrastando com a indiscutível complexidade do tema, a base esquemática das práticas de preços predatórios apresenta-se de simples compreensão. Construído como um abuso de posição dominante, a prática de preços predatórios concretiza-se, num primeiro momento, no corte dos preços de um determinado bem por parte de um operador de grande dimensão para, após a monopolização do mercado, subir esses mesmos preços, capturando lucros superiores às perdas ocorridas naquele primeiro momento⁵.

Central a esta possibilidade de eliminar os seus concorrentes através de uma substancial descida de preços, estaria a disponibilidade de maiores recursos financeiros apresentada pela empresa dominante em determinado mercado. Capaz de financiar, através de recursos próprios, um período de prejuízo que uma empresa de menor dimensão não poderia acompanhar, uma empresa dominante poderia, assim, subverter, sem apresentar nenhuma vantagem verdadeiramente competitiva, determinado mercado, reduzindo níveis de produção, riqueza e bem-estar.

5 Não se pode deixar de considerar como simplista esta apresentação do fenómeno da predação através da descida de preços. Como veremos em maior detalhe, *infra*, a estratégia de preços predatórios pode ser utilizada, não como um método de eliminação de rivais, mas sim como uma estratégia com vista a erguer uma barreira à entrada de novos competidores.

2.1. A desconstrução do fenómeno de predação através de preços: a perspectiva da Escola de Chicago

A análise mais cuidada das estratégias de preços predatórios revelou, porém, que estas se mostram bem mais custosas, difíceis de executar e bem menos possíveis de se mostrar bem sucedidas que uma reflexão menos atenta poderia indicar. Na sequência de um seminal artigo de McGee⁶, um conjunto vasto de literatura económica⁷, por norma integrado no mais amplo movimento da Escola de Chicago⁸, pôs em causa os pressupostos que sustentariam a possibilidade da predação através de preços, influenciando de forma decisiva a jurisprudência, sobretudo norte-americana, e constituindo-se como modelo dominante de análise desta problemática.

Puseram em evidência, estes autores, os enormes custos que uma estratégia de preços predatórios implica para a empresa que decidir tentar eliminar os seus concorrentes através deste estratagem. Efectivamente, se, como afirmámos, uma estratégia de preços predatórios se encontra dependente de um maior nível de recursos financeiros, será legítimo presumir que uma estratégia desta natureza apenas estará disponível a uma empresa de grande dimensão que procure eliminar competidores que não possuam os mesmos recursos. Assim sendo, facilmente se compreende que uma depressão de preços provocada por aquela empresa acarretará prejuízos consideravelmente maiores a esta do que aos seus rivais, visto ter que suportar perdas não só em todas as unidades subtraídas aos concorrentes mas, também, em todas as unidades já por si fornecidas ao mercado⁹.

6 McGee, 1958: 137-169.

7 Destaque-se Isaac & Smith, 1985: 320-345; Easterbrook, 1981: 263-337; McGee, 1980: 289-330; Bork, 1978: 149-159; Elzinga, 1970: 223-240.

8 Recorde-se que a Escola de Chicago surge nos anos 50 do século passado na sequência do trabalho de análise económica do Direito realizado por Aaron Director naquela Universidade. Ao trabalho deste juntou-se um conjunto vasto de elaborações e desenvolvimentos realizados por colegas e discípulos do referido Autor e onde se podem destacar Bowman, Bork, McGee e Telsler. O trabalho destes autores constituiu o corpo essencial do trabalho realizado por aquela Escola. Posner coloca a crítica à possibilidade de realizar preços predatórios como arma eficaz de eliminar a concorrência como uma das três ideias-chave da Escola de Chicago ao lado da demonstração da irracionalidade de contratos de *tie-in* como instrumento de obtenção de uma segunda fonte de lucros monopolistas e da análise realizada ao estabelecimento de acordos verticais entre empresas. Posner, 1979: 926-927. Ver, ainda, Crane, 2009: 1912-1913.

9 McGee, 1958: 140. Relembre-se, ainda, que uma expansão anormal de *output* implica, por norma, uma combinação menos eficiente de factores de produção, resultando em custos marginais crescentes com os correspondentes maiores prejuízos para a empresa predatória. Ver Easterbrook, 1981: 268.

Acrescente-se, ainda, que a baixa de preços provocada pela estratégia predatória resultará numa subida do número total de unidades consumidas no mercado, aumento tão maior quanto o nível de elasticidade da procura do produto em causa¹⁰. Assim, a empresa que procure realizar tal estratégia deve contabilizar um prejuízo que ocorrerá em todas as unidades por si já produzidas, todas as desviadas aos concorrentes através da baixa de preços e todas as resultantes do acréscimo de procura decorrente do mesmo decréscimo. A predação apresenta-se, então, como uma estratégia dispendiosa, de custos crescentes, necessariamente maiores à medida que a fatia que esta domina no mercado sobe.

Uma estratégia de preços predatórios estará ainda dependente de factores estruturais no mercado, concretamente, da existência de relevantes barreiras à entrada¹¹. Em todos os mercados em que a subida de preços possa ser automaticamente respondida com a entrada de novos competidores, atraídos pela possibilidade de realizar preços supra concorrenciais, a tentativa de monopolização falhará por, no momento em que a empresa predatória procurar recuperar o prejuízo realizado na eliminação dos seus rivais, novas empresas tomarem o lugar das empresas eliminadas.

Da mesma forma, deve levar-se em linha de conta que a estratégia predatória, mesmo no caso de se apresentar bem sucedida na tarefa de forçar a saída a determinado concorrente, não significa uma saída permanente do conjunto de meios físicos e humanos que constitui a empresa. A empresa forçada a sair do mercado pode conseguir, no momento de subida de preços, que o conjunto de bens que a constituem ser colocados novamente em utilização pelos antigos proprietários da mesma ou simplesmente comprados por novo investidor atraído pelos preços crescentes praticados¹²⁻¹³.

10 A inelasticidade da procura é, então, um elemento essencial de uma possível estratégia predatória, não só pela razão apontada, mas também, por no momento de, em posição monopolista, recuperar o prejuízo efectuado, uma elevada elasticidade impedir a empresa dominante de aumentar consideravelmente os preços. Joskow & Klevorick, 1979: 226-227; Bork, 1978: 149-151.

11 McGee, 1958: 142. Sobre o conceito de barreira à entrada, ver Carlton, 2004: 466-470; McAfee, Mialon & Williams, 2004: 461-465; Demsetz, 1982: 47-57.

12 Bork, 1978: 151; McGee, 1958: 140-141.

13 Acrescente-se que o raciocínio apresentado se estende a todos os outros tipos de práticas exclusórias praticadas por uma empresa dominante em mercados desprovidos de barreiras à entrada. Na ausência de custos de entrada e saída, ou seja, perante um *contestable market*, a subida do nível de preços significa uma automática entrada de novos competidores. Da mesma forma, qualquer desvio do preço para um nível inferior ao custo marginal, por parte de qualquer particular, levará todas as outras empresas no mercado a optarem por saírem temporariamente deste. Num mercado com as características referidas,

Também do lado da procura poderão surgir acções que se concretizem como obstáculos insuperáveis a uma tentativa de monopolização a partir de uma descida de preços. Efectivamente, perante uma descida acentuada de preços, especialmente quando percebida como artificial e temporária, muitos dos consumidores, distribuidores e especuladores aproveitarão essa baixa para comprar quantidades superiores do produto, que serão utilizadas em períodos futuros de consumo¹⁴.

A antecipação, do lado da procura, da estratégia de predação prejudica a empresa que tente a monopolização de dois modos. Num primeiro momento, a percepção da baixa não sustentável de preços desencadeará um aumento do número de unidades produzidas que a empresa dominante terá de fornecer, originando a esta maiores prejuízos. Num segundo momento, no improvável caso de sucesso de completa eliminação dos rivais, a armazenagem realizada por consumidores e distribuidores do produto diminuirá o número de unidades consumidas no novo período de alta de preços, tornando menos proveitoso o processo de monopolização do mercado através de uma estratégia de preços predatórios.

A dificuldade de uma estratégia de preços predatórios se apresentar como uma estratégia racional de eliminação da concorrência é, ainda, posta em causa quando se analisa o maior nível de recursos da empresa dominante como pressuposto do processo de eliminação da concorrência através de um processo de baixa de preços. Certamente que empresas que dominem uma maior fatia de mercado terão uma maior facilidade em acumular recursos internos que lhes permitam enfrentar o período de prejuízo decorrente da primeira fase de uma estratégia de preços predatórios. Contudo, a utilização de recursos internos não se realiza sem custos. Ao desviar para aquela estratégia recursos que de outro modo poderiam ter outra utilização, a empresa dominante incorre num custo de oportunidade tendencialmente semelhante ao juro praticado no mercado e a que a empresa-vítima pode encontrar financiamento no mercado de capitais¹⁵.

independentemente do número de empresas participantes, o preço praticado será igual ao preço marginal, ou seja, na ausência total de barreiras à entrada um mercado ainda que com apenas um participante reportará os mesmos níveis de eficiência económica que um mercado de concorrência perfeita. Sobre as características e funcionamento dos chamados *contestable markets*, ver Baumol, 1982: 1-15. Ver, ainda, Baumol & Willig, 1981: 425.

14 Easterbrook, 1981: 269.

15 Easterbrook, 1981: 270.

Por último, deve-se levar em conta que uma estratégia predatória, para se apresentar como um processo racional de eliminar a concorrência, não se pode apresentar apenas como um método possível de eliminação dos concorrentes, mas, ainda, como o processo com menores custos para a empresa dominante. Na realidade, métodos directos de diminuição da concorrência, como a aquisição e fusão de rivais¹⁶ ou a criação de cartéis maximizadores de lucros conjuntos¹⁷, ou métodos indirectos, como o forte investimento em publicidade e divulgação¹⁸, apresentam-se, muitas vezes, como técnicas mais baratas e racionais de eliminar a concorrência em certo mercado¹⁹.

Em conclusão, deve-se afirmar que, mais do que assumir uma absoluta impossibilidade de sucesso de estratégias predatórias, os Autores integrados no movimento da Escola de Chicago procuraram pôr em evidência a pequena probabilidade de sucesso destas práticas²⁰. Realçaram estes Autores, sobretudo, o facto de uma descida de preços, motivada por uma competição feroz no mercado, ou resultado de uma resposta natural à entrada de um novo competidor no mercado, poder ser confundida com uma estratégia predatória de uma empresa dominante. Para evitar que empresas se comportassem de forma excessivamente cautelosa, com os naturais decorrentes prejuízos para os consumidores que não beneficiariam do normal desenrolar da competição no mercado, indispensável se tornaria a não intervenção no mercado²¹.

16 McGee, 1958: 139.

17 Yamey, 1972: 129; Telser, 1965: 495-496.

18 Merkin, 1987: 187.

19 É, porém, importante destacar que, na realidade, as estratégias predatórias e as estratégias de aquisição de rivais não são métodos necessariamente alternativos podendo ser utilizados conjuntamente para a obtenção de uma estrutura monopolista em certo mercado. Demonstrando ter sido esta a estratégia da antiga *American Tobacco Company* perante os seus rivais nos finais do séc. XIX e princípios do séc. XX, ver Burns, 1986: 290-291. Ver, ainda, Saloner, 1987: 182.

20 Não se leia, porém, que dentro da Escola de Chicago de pensamento não existiram vozes que viram nas estratégias de preços predatórios, riscos suficientemente sérios para procurar um exigente teste para a sua determinação e controlo destes comportamentos. Ver Posner, 2001: 207-223. Ainda dentro do pensamento de Chicago, demonstrando um possível caso de uma estratégia de preços predatórios bem sucedida, apesar de alertar que tal sucesso deriva, apenas, da forte intervenção regulatória, ver Hazlett, 1995: 609-644.

21 Easterbrook, 1981: 267.

2.2. A prática de preços predatórios num contexto de informação imperfeita: O contributo da Escola Pós-Chicago

Tendo apresentado os Autores da Escola de Chicago um conjunto extenso e diversificado de argumentos que procuraram demonstrar as dificuldades desta prática se apresentar como uma estratégia racional de monopolização do mercado e os riscos que implica uma regulação da descida de preços por parte dos actores económicos dominantes, é importante porém referir que muitos dos argumentos apresentados têm um escopo menor do que o apresentado.

Por exemplo, quando se afirma que uma empresa que tente uma estratégia predatória encontrará prejuízos crescentes em todas as unidades já por si fornecidas e todas aquelas que passa a fornecer, tem de se levar em atenção ser possível a uma empresa predatória, em certos mercados, criar um esquema de preços discriminatórios²². Cobrando diferentes preços em diferentes unidades, a empresa conseguiria, baixando o preço unicamente para aqueles clientes fornecidos por um competidor, diminuir seriamente os custos desta estratégia, permitindo à empresa predatória manter margens de lucro assinaláveis em largo número das unidades produzidas.

Da mesma forma, deve-se salientar que, na maior parte dos mercados, a saída de um concorrente não se realiza sem um elevado número de custos não recuperáveis. Com a saída do mercado, um determinado operador económico apenas consegue recuperar, normalmente, uma fracção dos custos fixos em que incorreu para realizar a sua entrada no mercado. Como a contratação e despedimento de trabalhadores, a realização e rescisão de contratos e a construção e desconstrução das estruturas físicas necessárias à produção não se realiza, normalmente, sem custos, as empresas não podem simplesmente entrar e sair automaticamente do mercado conforme os preços praticados fltuem positiva ou negativamente.

Na mesma linha deve-se acrescentar que a capacidade de os consumidores se aperceberem e se aproveitarem de uma estratégia predatória levada a cabo por um concorrente é menor do que uma análise mais superficial indicaria. Desde logo, muitos produtos apresentam-se perecíveis, não podendo

22 Uma empresa poderá conseguir obter o propósito de exercer uma estratégia de predação sem realizar uma baixa de preços em toda a sua produção, baixando os preços somente nos mercados directamente em competição com a empresa que se pretende excluir ou recorrendo, por exemplo, a uma diversificação de marcas que permita a criação de uma *fighting brand*, idêntica àquela da empresa predada e onde se realizará a baixa de preços. Ver Posner, 2001: 210; Yamey, 1972: 136.

ser armazenados para períodos de consumo futuro, ou desactualizáveis, perdendo valor e interesse comercial com a passagem de períodos temporais. Acrescente-se, também, que em muitas situações não será possível a consumidores e distribuidores intermédios diferenciarem cortes competitivos, de carácter permanente, de cortes de preços temporários de carácter predatório que resultarão, mais tarde, em subidas de preços para níveis monopolistas.

Deve-se considerar, igualmente, que quando se expôs a existência de técnicas alternativas à utilização de preços predatórios não se evidenciou as limitações que estas estratégias demonstram. Desde logo, investimentos em publicidade e divulgação dependem da disponibilidade dos consumidores para alterarem os seus padrões de consumo e optarem pelo produto fornecido pela empresa dominante. Diferenças no produto e preferências de consumo podem tornar uma considerável parte da procura tendencialmente insensível a investimentos em publicidade.

Da mesma forma, técnicas de monopolização como a aquisição ou a cartelização de determinado mercado demonstram dificuldades que podem explicar a preferência por estratégias de preços predatórios. É que, desde logo, tentativas de cartelização do mercado não são aceites na maior parte dos modernos ordenamentos jurídicos. No mesmo sentido, deve-se citar que a maior parte dos ordenamentos jurídicos prevêem igualmente barreiras jurídicas à aquisição e fusão de concorrentes no mesmo mercado, não sendo esta estratégia, por isso, em muitas situações, possível para uma maximização monopolista dos lucros.

Diga-se, ainda em relação à possibilidade de adquirir uma empresa rival, que esta estratégia não se encontra, necessariamente, como alternativa a uma estratégia de preços predatórios. Efectivamente, uma estratégia de preços predatórios pode ser utilizada como um complemento a uma estratégia de aquisição de rivais²³. Um período ou a ameaça de um período de preços a níveis não lucrativos pode ser utilizado com vista a provocar uma reavaliação dos lucros expectáveis por parte de um rival e, conseqüentemente, uma revisão do preço de aquisição.

Assinale-se, porém, que, mesmo quando somados no seu conjunto, os contra-argumentos avançados, ainda que colocando pertinentes questões sobre a interpretação realizada pela Escola de Chicago do fenómeno de eliminação de concorrentes através de preços, não estabelecem como realista uma

²³ Yamey, 1972: 130-131.

estratégia desta natureza. Só através da introdução de modelos dinâmicos, possibilitados pela expansão da utilização da teoria dos jogos no mundo da economia industrial, hipóteses mais sustentadas da utilização racional de preços predatórios são susceptíveis de ser descritas²⁴.

A introdução de modelos dinâmicos permite reformular as concepções de partida da Escola de Chicago²⁵. Introduzindo situações em que existem imperfeições de informação no mercado de capitais ou em que se parte de uma assimetria de informação, disponível à empresa dominante e ao concorrente de menor dimensão, permitem estes novos modelos descrever condições em que a utilização de preços predatórios se apresenta como uma estratégia racional²⁶.

2.2.1. Modelos de imperfeições de informação no mercado de capitais

Como vimos nos tradicionais modelos de explicação do fenómeno de eliminação da concorrência através da descida de preços, uma empresa, em posição dominante, utilizaria o facto de possuir um maior número de recursos próprios para financiar um período de depressão nos rendimentos obtidos num certo mercado. A superior capacidade de suportar prejuízos por parte da empresa dominante permitir-lhe-ia eliminar os seus rivais de menor dimensão. Como já afirmámos, porém, tal mecanismo, nesta simples formulação, não se mostra susceptível de accionar uma saída de mercados dos elementos com menos recursos, visto poderem estes concorrentes, no caso de se demonstrarem empreendimentos rentáveis a longo prazo, encontrarem financiamento a curto prazo junto a instituições de crédito a funcionar no mercado de capitais.

Esclareça-se, contudo, que se podem encontrar deficiências no desenvolvimento da actividade dos mercados financeiros que podem explicar que

24 A perspectiva estática que informa a análise oferecida por esta escola de pensamento económico é, aliás, uma das críticas que se apontam em termos gerais a esta corrente de pensamento. Ver, por todos, Hovenkamp, 1985: 256-264.

25 E, assim, se lê igualmente uma reconceptualização do conceito de racionalidade no contexto da aplicação da teoria de jogos. Se na Escola de Chicago cada actor realiza as suas decisões a partir de um feixe de opções ordenadas em função da utilidade, sendo a incerteza da decisão incorporada na definição da utilidade expectável, já a escola de pensamento económica designada como pós-Chicago usa uma compreensão mais complexa e interdependente do mesmo conceito. Assim, a recompensa de cada participante já não é lida como uma escolha individual de um pré-determinado feixe de opções, mas sim como o resultado de um conjunto de decisões tomados não só pelo primeiro actor mas também por todos os participantes no mercado. Cada actor joga, então, não apenas com as consequências e resultados das suas acções mas também com o expectável espaço de decisão e incentivos disponíveis aos outros concorrentes.

26 Ver Bolton, Brodley & Riordan, 2000: 2247; Saloner, 1987: 182-183.

concorrentes mais eficientes e, conseqüentemente, viáveis, em teoria, a longo prazo, não consigam encontrar financiamento junto a instituições de crédito²⁷. Tal se deve à inexistência de informação perfeita por parte das instituições de crédito, que se confrontam, assim, com problemas de agência e riscos morais da parte dos seus devedores. Destaque-se, entre os riscos de conceder crédito a entidades empresariais, que os agentes decisórios destas não se encontrem tão motivados a expandir os capitais investidos como no caso de se tratar de capitais próprios. Realce-se, ainda, a possibilidade destes tomarem uma postura excessivamente arrojadada no mercado, tomando riscos excessivos com o capital fornecido por entidades externas.

Como resposta aos riscos de conceder crédito, a entidade investidora tem de criar os mecanismos que permitam minimizar as dificuldades enunciadas. Assim, para superar os riscos de fornecer a capital a um terceiro, os credores exigirão, normalmente, a presença de bens e capitais próprios que garantam o investimento por eles realizado no caso de má gestão ou má sorte do empreendimento financiado. É desta exigência que surge a possibilidade de empresas dominantes explorarem a sua maior capacidade de obter crédito perante terceiros e, conseqüentemente, puderem suportar, através do recurso a investimento externo ou capitais próprios, períodos de depressão de receitas, com maior facilidade que empresas de menor dimensão.

Some-se ao facto de uma empresa dominante possuir um maior nível de recursos próprios e capacidade de garantir endividamentos externos, a natural tendência de investidores e instituições de crédito, num ambiente de informação imperfeita, de apoiarem empresas com longas histórias de presença e sucesso no mercado. Desconhecendo, muitas vezes, a estrutura de custos de todos os participantes no mercado e reconhecendo o perigo dos agentes financiados tomarem riscos excessivos, os mercados de capitais tomarão uma acção defensiva, fornecendo crédito a custos menores a empresas incumbentes do que a novas empresas que entrem no mercado.

Em conclusão, pode-se afirmar que a existência destas discrepâncias no custo de capital justifica que não se possa negar a existência de estratégias predatórias que eliminem concorrentes tão ou mais eficientes, afirmando, simplesmente, que o financiamento externo por parte de entidades de crédito

27 Bolton & Scharfstein, 1990: 104-105. Destacando que as teorias de predação com base em imperfeição dos mercados financeiros não se confundem com as tradicionais teorias de "deep pocket", ver Bolton, Brodley & Riordan, 2000: 2285-2286.

e a existência de custos de oportunidade por parte da empresa predatória não permitem que aquelas estratégias se mostrem racionais.

Deve, contudo, esclarecer e reforçar-se que as referidas discrepâncias no custo de acesso a capital apenas demonstram uma possível racionalidade destas estratégias verificando-se, cumulativamente, uma dependência da vítima da estratégia de financiamento externo, uma incapacidade por parte de entidades financiadoras de reconhecerem o desenvolvimento de uma estratégia temporária de depressão dos preços praticados, uma maior capacidade da empresa dominante de se financiar através de recursos próprios ou acesso ao crédito e a existência de uma dependência, na empresa a eliminar, entre resultados iniciais e capacidade de obter financiamento²⁸.

2.2.2. Modelos de sinalização e reputação em mercados com assimetrias de informação

Para além dos modelos de predação baseados na demonstração de falhas no funcionamento no mercado de capitais, podem-se mostrar, ainda, estratégias predatórias credíveis em mercados onde existem relevantes assimetrias de informação entre a empresa dominante e um concorrente²⁹. Explorando um assimétrico conhecimento do mercado e respectivos custos de produção, uma empresa dominante pode procurar transmitir uma imagem da existência de um ambiente concorrencial mais duro que o real com vista a induzir a saída ou dissuadir a entrada de novos competidores³⁰.

Num mercado onde uma empresa dominante seja confrontada com a entrada de um novo concorrente, pode aquela optar por realizar uma considerável diminuição de um preço, num primeiro período, com vista a simular um maior nível de eficiência. Confrontado com essa descida de preços, a nova empresa tem, necessariamente, de recalcular a sua expectativa de retorno sobre o capital investido, considerando as probabilidades da empresa dominante ser mais eficiente do que o inicialmente previsto. A realização deste

28 Esta última condição mostra-se verdadeiramente essencial à possibilidade de uma estratégia de preços predatórios se mostrar bem-sucedida. Caso se verifique uma inexistência de ligação causal entre resultados iniciais e a possibilidade de obter financiamento, inexistente, também, a capacidade da empresa dominante afastar a nova empresa através da estratégia referida. Porém, é de assinalar que, muitas vezes, os contratos de financiamento e a possibilidade de encontrar novos financiadores dependem de demonstrações de *cash flow* que facilmente se podem ver afectadas pela prossecução de estratégias predatórias. Ver Bolton, Brodley & Riordan, 2000: 2290-2291.

29 Ver Motta, 2004: 415-418; Bolton, Brodley & Riordan, 2000: 2300-2304.

30 Ver Hemphill, 2001: 1604; Bolton, Brodley & Riordan, 2000: 2318-2320.

novo cálculo pode levar o novo concorrente a reponderar a sua decisão de entrada no mercado.

A racionalidade de tal estratégia depende, porém, como já se afirmou, da existência de falhas de informação que permitam à empresa dominante explorar a sua posição de incumbência no mercado. Deve, assim, existir, desde logo, um desconhecimento por parte dos potenciais novos concorrentes dos verdadeiros custos de produção da empresa dominante. No caso de os concorrentes conhecerem aqueles custos, a descida de preços realizada pela empresa dominante será incapaz de forçar a saída do novo concorrente, visto este compreender que aquela descida de preços não resulta de um maior nível de eficiência e agressividade, mas sim de uma estratégia de depressão de preços temporária que não pode ser mantida e que não afectará os lucros potenciais obteníveis a longo prazo³¹.

De forma idêntica a estas estratégias, conhecidas por estratégias de sinalização, processam-se as estratégias de preços predatórios através de modelos de reputação. Neste caso, porém, a descida de preços não irá pretender forçar a saída de um novo concorrente, mas sim desmotivar outros potenciais competidores de entrarem no mercado. Encontrando-se uma empresa dominante perante uma multiplicidade de potenciais concorrentes, aquela pode decidir-se por uma feroz reacção perante o primeiro concorrente com vista a desencorajar os outros potenciais competidores a entrarem naquele mercado ou em mercados paralelos em que a empresa dominante também actue³². Através desta acção, a empresa dominante procurará obter uma reputação de competidor feroz que combaterá através de todos os meios a entrada de qualquer novo concorrente no mercado.

Repita-se, porém, as considerações já avançadas acerca das estratégias de sinalização. Não existindo desconhecimento sobre os reais custos de produção da empresa dominante, o corte de preços logrará criar um verdadeiro efeito de reputação. Sendo externamente observáveis os custos de produção, a empresa dominante não irá criar um efeito de reputação de ferocidade, visto que a estratégia de preços predatórios, não se baseando em mercados com

31 Bolton, Brodley & Riordan, 2000: 2302.

32 Ver Hemphill, 2001: 1603-1604.

assimetrias de informação, encontra as dificuldades explanadas pelos Autores afectos à escola de pensamento económico de Chicago³³.

Em conclusão, demonstra-se, com a aplicação de modelos económicos dinâmicos, então, a possibilidade de preços predatórios se apresentarem como estratégias racionais e passíveis de surtir efeitos negativos na vida económica e no bem-estar geral produzido³⁴. Decidindo racionalmente sob a opção de permitir ou não entrada de um novo competidor, a empresa dominante exerce a sua escolha de radical descida de preços, ponderando se os custos e prejuízos decorrentes da extrema depressão de preço se apresentam menores aos prejuízos consequentes de nova entrada e consequente repartição de mercados e pressão consequencial. Provam os modelos da Escola Pós-Chicago que pode, efectivamente, conceptualizar-se diferentes situações em que a opção predatória se apresenta como a opção racional.

Advirta-se, porém, que o realismo dos modelos e possibilidades propostas como demonstração da frequência apresenta-se fortemente controverso, não realizando irrefutável prova da sua frequência, quando são tomadas em consideração os rigorosos pressupostos fácticos que os modelos exigem³⁵.

3. A CONSTRUÇÃO DE UM *STANDARD* DE DEFINIÇÃO DE PREÇOS PREDATÓRIOS: O TESTE *AREEDA-TURNER* E CONSEQUENTES CRÍTICAS E DESENVOLVIMENTOS

Se se demonstra contido o verdadeiro risco que as estratégias predatórias representam para o bom desenvolvimento do mercado, mostra-se necessário o desenvolvimento e escolha de critérios que permitam distinguir situações de genuína concorrência de planos ilegítimos de eliminação de rivais através de deflação de preços. Naturalmente, existe uma íntima relação entre a utilização de diferentes critérios e as diferentes concepções sobre a ameaça que constituem as estratégias predatórias.

33 Questão interessante é saber se a vantagem de informação obtida, legitimamente, pela empresa dominante e que justifica um melhor posicionamento estratégico não deverá ser considerada igualmente uma vantagem competitiva legítima. Pronunciando-se no sentido de que punir este tipo de vantagens competitivas poderá desencorajar investimentos benéficos na recolha de informação sobre a estrutura de mercado, ver Kate & Niels, 2002: 22.

34 Hay, 1982: 366.

35 Evans & Padilla, 2005: 74; Elzinga & Mills, 2001: 2477.

São claras as vantagens da utilização de um critério pré-definido e uniforme de determinação do carácter predatório de um certo preço. Desde logo, a existência de tal regra torna-se indispensável para os próprios operadores económicos, visto que uma insuficiência de segurança jurídica nesta área poderia levar a que as empresas cumprissem comportamentos excessivamente conservadores³⁶. Permite tal regra, ainda, que entidades jurisdicionais, muitas vezes sem a preparação necessária para o exercício de complexa avaliação económica, encontrem pontos de apoio na apreciação dos comportamentos concorrenciais de empresas dominantes e de controlo da acção de entidades reguladores da concorrência³⁷.

3.1. O teste *Areeda-Turner*

A busca por um critério objectivo utilizável na definição de uma situação de prática de preços predatórios começa com a proposta de Areeda e Turner³⁸. Em 1975, e na sequência de jurisprudência norte-americana onde empresas em posição dominante se viram condenadas por cortes nos preços praticados, foram estes dois Autores os primeiros a procurarem desenvolver uma proposta sistemática de avaliação de comportamentos de preços com vista a determinar a sua conformação com os preceitos concorrenciais³⁹.

Partindo dos cânones conceptuais da micro-economia Marshalliana, onde a empresa em mercado de concorrência perfeita produz até à unidade em que o seu custo de produção marginal atinge o preço de mercado e o monopolista produz até à unidade em que o seu custo marginal se equivale com as receitas marginais, argumentam os autores inexistir a possibilidade de uma empresa dominante incorrer na prática de preços predatórios enquanto praticar preços superiores aos seus custos marginais.

Como intuitivamente se compreende, se uma empresa coloca o seu preço acima do seu custo marginal, ou seja, cobra um preço mais alto do que lhe

³⁶ Kate & Niels, 2000: 787.

³⁷ Ver Hay, 1982: 366. Avisa, porém, o Autor que mais importante que a escolha de determinado critério é que a entidade jurisdicional responsável pela aplicação ou revisão da aplicação de tais critérios compreenda o espírito da regra que subjaz ao controlo do comportamento da empresa dominante.

³⁸ Areeda & Turner, 1975: 697-733.

³⁹ Citaram os Autores como principais deficiências da jurisprudência, à altura existente nos tribunais norte-americanos, a incapacidade de definir de forma correcta e clara que práticas deveriam ser consideradas preços predatórios e a existência de um receio exagerado que empresas dominantes usem, com frequência, tal estratégia. Areeda & Turner, 1975: 698.

custa criar uma unidade extra de produção e a sua empresa rival não consegue acompanhar aquele preço, tal significa um maior nível de eficiência do primeiro produtor. Por outro lado, nos casos em que a empresa necessita de baixar os seus preços a um nível inferior aos seus custos marginais com vista a eliminar os seus concorrentes, tal demonstra uma menor eficiência desta, devendo este comportamento, por isso, ser punido pelo direito da concorrência⁴⁰.

Importa, ainda, esclarecer que apesar de os Autores utilizarem o conceito de custo marginal como fronteira para determinarem se certo comportamento se apresenta como predatório, reconhecem, também, a dificuldade de definir o valor daquele custo. Efectivamente, o custo de produção de uma unidade extra, como se intui, não pode, comumente, ser inferido da contabilidade de determinada empresa, obrigando, assim, as autoridades responsáveis pela aplicação do direito da concorrência a recorrerem a outros dados de mais fácil leitura a partir da contabilidade de uma empresa. Assim, propõe os Autores que se utilize, como *proxy* de custo marginal, os custos variáveis médios.

Não se confundem, porém, como reconhecem os Autores, custos marginais e custos variáveis médios⁴¹. Contudo, quando os custos marginais são crescentes (ou seja, a situação em que o custo variável médio é critério menos exigente que o custo marginal), tal significa que a empresa está a produzir unidades de forma sucessivamente menos eficiente. Estes são os casos em que a empresa produz já ao seu nível óptimo, encontrando-se limitada a

40 Areeda e Turner recusam a legalidade de preços *infra* custos marginais mesmo quando a empresa dominante procura justificar tais opções argumentando tratarem-se de preços promocionais ou de uma resposta a um corte de preços realizados por um concorrente. Em relação a preços promocionais, afirmam, essencialmente, os Autores que uma empresa em situação monopolista, ao contrário de um novo concorrente ou de um rival de menor dimensão, não necessita de reduções extremas de preços (como são necessariamente aquelas que colocam o preço abaixo do custo marginal de produção) para estimular a procura dos seus produtos. Em relação à justificação de resposta a um corte de preços realizados por um concorrente, afirmam os Autores que, apesar de, por vezes, tais justificações pudessem ser aceitáveis, as dificuldades administrativas decorrentes de determinar se o preço do rival de menor dimensão era, ou não, ilegal somadas às dificuldades de avaliar a legalidade de tal resposta desaconselham a aceitação desta defesa. Areeda & Turner, 1975: 713-716.

41 Recorde-se que os custos marginais, como *supra* mencionado, referem-se ao custo de produção de uma unidade extra. Pelo seu lado, custos variáveis médios é o resultado da divisão dos custos da empresa que variam com o volume de produção pelo número de unidades produzidas.

Certo é que apenas existirá coincidência entre custos marginais e custos variáveis médios quando os custos marginais se apresentam constantes, ou seja, a produção de mais uma unidade apresenta sempre o mesmo custo para a empresa. Normalmente, porém, não existirá coincidência entre estes dois custos. Como se conhece, quando os custos marginais são crescentes, este valor apresenta-se superior aos custos variáveis médios. Inversamente, custos marginais decrescentes determinam que o custo marginal seja inferior ao custo variável médio.

sua capacidade de expandir o seu nível de produção. Nestas circunstâncias, a probabilidade de se realizar uma estratégia predatória assume-se como consideravelmente baixa, visto a empresa, nesse momento, dificilmente poder responder a aumentos de procura decorrentes da baixa de preço.

De forma inversa, quando os custos marginais são decrescentes, ou seja, a situação em que o custo variável médio é critério mais exigente que o custo marginal, os maiores riscos que as empresas dominantes optem por estratégia predatórias encontram-se regulados por um critério mais severo, protegendo-se, assim, o bom funcionamento do mercado de possíveis estratégias predatórias.

Pode, então, finalmente, depois de abreviadamente recolhidos os pontos essenciais do texto dos dois autores, resumir-se o teste *Areeda-Turner*. Recordando que, por questões de exequibilidade do referido teste, se substituí o critério do custo marginal pelo critério do custo variável médio, defendem os Autores que preços colocados acima do custo variável médio devem ser, definitivamente, considerados como não violando as regras concorrenciais. Por oposição, preços colocados abaixo do custo variável médio devem ser considerados como violando as regras concorrenciais e ser punidos, por isso, a título jus-concorrencial.

3.2. Das críticas ao teste *Areeda-Turner*: A inclusão do longo prazo

O carácter revolucionário da proposta dos dois autores norte-americanos originou amplo debate sobre as virtudes e falhas do referido teste. Desde logo se destacaram as críticas à utilização por Areeda e Turner da categoria de custos marginais como fronteira para determinar a conformidade de certo preço com os valores da concorrência. Efectivamente, tanto a categoria de custos marginais como a categoria de custos variáveis médios apenas incorporam o curto prazo, visto não incluírem nos seus cálculos os custos fixos de produção.

Neste sentido, aponta-se a possibilidade de o teste *Areeda-Turner* permitir que uma empresa dominante elimine um concorrente globalmente mais eficiente. Ao apenas incluir nos seus cálculos a categoria de custos variáveis médios, o teste autoriza que uma empresa dominante baixe o seu preço a um nível inferior ao seu custo total médio sem porém nunca ferir o padrão estabelecido por Areeda e Turner⁴². Assim, a empresa dominante pode forçar prejuízos globais de actividade a longo prazo, ao não permitir a si e ao

42 Ver Greer, 1979: 240-241.

seu concorrente recuperar a totalidade de custos fixos, mas concretizando uma monopolização de mercado devido à sua maior resistência ao período de prejuízos.

Pense-se, ainda, nos casos em que a empresa vítima de uma estratégia predatória possua custos variáveis mais altos que compense com uma estrutura mais leve de custos fixos. Não se duvida que tal empresa se pode apresentar tão eficiente a longo prazo como a empresa dominante. Porém, uma aplicação estrita do teste *Areeda-Turner* tornaria permissível à empresa dominante baixar os seus preços ao seu nível de custo variável médio, mais baixos que os do seu concorrente, eliminando, assim, um concorrente de igual ou superior eficiência.

O auto-reconhecimento estratégico de uma posição de dominância no mercado permite inclusivamente à empresa dominante determinar uma capacidade de produção que lhe facilite utilizar estratégias predatórias que não violarão o teste *Areeda-Turner*⁴³. Concretize-se, exemplificando com a situação de uma empresa dominante que planeia a sua capacidade produtiva num ponto consideravelmente superior ao ponto óptimo face à procura expectável.

Nesta situação, caso ocorra a entrada de um concorrente, a empresa dominante pode aumentar a sua produção e baixar o seu preço, forçando o preço praticado no mercado a um nível abaixo dos custos totais médios do novo competidor mas acima dos custos marginais do incumbente. Caso optasse o novo concorrente por uma capacidade produtiva sub-ótima, ou seja, preparasse a sua capacidade para um nível menor à escala necessária a um nível ideal de produção, a empresa dominante aumentaria a sua produção e baixaria os seus preços para um nível que levasse à saída do novo concorrente. No cenário descrito, a empresa dominante pode, assim, maximizar os seus lucros a curto prazo, desencorajando através de técnicas predatórias qualquer entrada de um novo concorrente sem realizar uma violação do teste *Areeda-Turner*.

Mantendo o desejo de uma eficiência na alocação de recursos, e reconhecendo que as estratégias predatórias podem conter um carácter estratégico de longo prazo que não é entrevisto na simples realização de uma comparação entre preços praticados e custos marginais, diversos autores propuseram

43 Williamson, 1977: 293.

regras alternativas ao teste *Areeda-Turner*⁴⁴. Não encontraram, porém, estes critérios alternativos, a influência jurisprudencial do teste *Areeda-Turner*.

Efectivamente, como de outro modo contra-argumentam Areeda e Turner⁴⁵, deve, certamente, ter-se em conta que critérios menos exigentes ou menos claros criam um forte incentivo para que empresas menos eficientes se procurem defender de empresas dominantes, mais eficientes, afirmando que o comportamento destas se apresenta como predatório.

Não se discute, certamente, a influência do teste *Areeda-Turner* no desenvolvimento do pensamento económico no tocante à baixa de preços por empresas dominantes. Discute-se, porém, se a simplicidade da regra proposta abarca a complexidade que estratégias predatórias podem assumir em mercados de características assumidamente distintas. É, ainda assim, fundamental a compreensão do referido teste para uma avaliação da jurisprudência presente, sobre este assunto, nos Tribunais superiores norte-americano e europeu.

4. A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA

A jurisprudência norte-americana reflecte, em grande medida, o desenvolvimento da percepção económica do fenómeno de predação através de preços,

44 Destacam-se um elevado número de propostas de diferentes e destacados Autores fruto do intenso debate sobre as propostas avançadas por Areeda e Turner. Assim, defende, por exemplo, Posner que se condene tanto a colocação de preços abaixo do custo marginal, como abaixo dos custos totais médios exigindo, porém, neste segundo caso, a existência de uma intenção de eliminar um concorrente. Ver Posner, 2001: 214-220.

Em sentido diverso a proposta de Joskow e Klevorick centra-se na criação de um duplo teste de aferição do comportamento predatório. Num primeiro momento determinar-se-ia, através de uma análise estrutural do mercado, se se encontram reunidas as condições para uma efectiva acção monopolização. Caso resultasse positiva aquela avaliação, estabelecer-se-ia uma análise dos preços praticados, estabelecendo como ilegítimos preços abaixo de custos variáveis médios e preços entre custos variáveis médios e custos totais (excepto no caso de se demonstrar a existência de capacidade produtiva excessiva não intencional). Estendem, também, os autores censura a qualquer redução de preço que seja seguida, no espaço de dois anos, por uma nova subida de preço, considerando demonstrar, tal comportamento, uma presunção de um comportamento predatório. Joskow & Klevorick, 1979: 242-259.

Nem todas as propostas de controlo das estratégias predatórias se concretizaram, porém, na comparação de preços praticados com custos internos da entidade económica. Com vista a proteger a entrada de novos concorrentes em determinado mercado, Williamson propõe, como regra complementar às análises comparativas entre custos internos de produção e preços praticados, que se proíba o aumento do nível de produção por um período de 12 a 18 meses na sequência da entrada de um novo concorrente. Ver Williamson, 1979: 295-296.

Propondo, igualmente, regra alternativa à comparação de preços com custos internos, Baumol consideraria preferível um sistema onde se estabelecesse uma obrigação de a empresa dominante, excepto se justificado por um incremento de custos, manter o corte de preços por um largo período temporal se daquele resultasse uma saída de um novo concorrente ou de uma empresa de menor dimensão operando no mercado. Baumol, 1979: 4-6.

45 Areeda & Turner, 1978: 1339.

desempenhando a influência de Chicago, neste campo, papel determinante. Efectivamente, a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Americano e restantes relevantes autoridades jurisdicionais norte-americanos revelam uma história de crescente desconfiança dos mecanismos de preços predatórios como verdadeiras ameaças ao correcto funcionamento dos mercados.

O paradigma analítico da jurisprudência norte-americana começou com uma posição largamente protectora dos concorrentes de menor dimensão, como exemplarmente ilustrado no caso *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co*⁴⁶. No citado caso uma empresa local denominada *Utah Pie Co.*, a actuar no mercado de produtos congelados na cidade de Salt Lake, confrontava-se com a concorrência de três empresas de âmbito nacional que realizavam preços consideravelmente mais baixos no mercado de Salt Lake City do que a média nacional. A evolução das quotas de mercado demonstrou uma acentuada diminuição da quota obtida pela citada empresa local, apesar de aquela ter demonstrado, também, um crescendo de volume absoluto de vendas e um contínuo rendimento lucrativo da sua operação.

Na sua análise, o Supremo Tribunal considerou que indícios da existência de uma intenção de eliminação de rivais podem ser utilizados para determinar, quando combinados com uma política de baixa de preços, como consequência, um menor nível de competição no mercado. Na prática, concluiu o Tribunal que, mesmo numa situação em que a empresa de menor dimensão nunca perdeu dinheiro e nunca parou de aumentar as suas vendas, uma empresa dominante que baixasse os seus preços abaixo dos seus custos totais médios, com vista a eliminar um concorrente de menor dimensão, poderia ser responsabilizada por esta prática ao abrigo do Clayton Act.

Esta primeira fase da jurisprudência norte-americana, marcada por posições onde se destacava uma análise subjectiva do comportamento dos actores económicos⁴⁷, no respeitante ao estabelecimento de uma linha distinguindo uma saudável competição de preços predatórios, foi em grande parte alterada com as propostas de Areeda e Turner. O teste proposto por aqueles Autores foi, a partir de 1975, em grande medida, adoptado como base, pelas instâncias jurisdicionais norte-americanas, para a resolução de disputas envolvendo acusações de uso de estratégias de carácter predatório por parte de empresas dominantes.

46 *Utah Pie Company v. Continental Baking Co* 386 US 685 (1967).

47 Neste sentido, ver Broadley & Hay, 1981: 792.

A primeira vez que o Supremo Tribunal norte-americano se voltou a debruçar sobre uma situação de preços predatórios, após a contribuição dos dois Autores norte-americanos e o subsequente debate doutrinal, ocorreu em 1986 no acórdão *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp*⁴⁸. Versou o Acórdão sobre um processo judicial movido pela empresa *Zenith*, actuante no mercado de manufactura de produtos electrónicos, contra os seus concorrentes com sede no Japão, argumentando que estes conspiravam para dominar o mercado norte-americano através de cortes de preços, financiando a sua operação de monopolização com os lucros obtidos no cartelizado mercado japonês.

Considerou, porém, o Supremo Tribunal que a tese defendida pelos demandantes se apresentava pouco plausível. Tomando por base os cânones de análise da escola de Chicago, destacou o acórdão que, mesmo que lograssem os competidores japoneses eliminar o seu concorrente norte-americano, futuras subidas de preços iriam sempre atrair novos concorrentes, impedindo as empresas nipónicas de obter lucros com a sua estratégia anti-concorrencial⁴⁹. Com base no raciocínio brevemente descrito, e referindo a existência de um consenso, entre economistas, da raridade das tentativas de monopolização através de práticas predatórias⁵⁰, determinou o Tribunal que, caso o demandante não alcançasse demonstrar racionalidade na estratégia predatória, teria o demandado a possibilidade de obter um julgamento sumário do processo.

A influência do acórdão *Matsushita* estendeu-se aos vários degraus jurisdicionais norte-americanos, sendo interpretada pelos Tribunais norte-americanos como determinando que um juiz deverá concluir que, caso um demandante descreva uma estratégia de preços predatórios não racional, deve ser o

48 *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp* 475 U.S. 574 (1986).

49 Afirmou o Supremo Tribunal Americano, de forma conclusiva, «*the success of such schemes is inherently uncertain: the short-run loss is definite, but the long-run gain depends on successfully neutralizing the competition. Moreover, it is not enough simply to achieve monopoly power, as monopoly pricing may breed quick entry by new competitors eager to share in the excess profits. The success of any predatory scheme depends on maintaining monopoly power for long enough both to recoup the predator's losses and to harvest some additional gain. Absent some assurance that the hoped-for monopoly will materialize, and that it can be sustained for a significant period of time "[t]he predator must make a substantial investment with no assurance that it will pay off.*» *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp* 475 U.S. 574 (1986), 589.

50 São conhecidas, neste ponto, as palavras do Supremo Tribunal Norte Americano, apoiadas nos textos de Bork, Areeda, Turner, Easterbrook e Koller: «*there is a consensus among commentators that predatory pricing schemes are rarely tried, and even more rarely successful.*» *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp* 475 U.S. 574 (1986), 589.

seu pedido automaticamente negado, independentemente da prova circunstancial que logre realizar⁵¹.

Se o referido acórdão já, em grande medida, avançou as teses propostas pelas Escola económica de Chicago, a desconfiança do realismo e racionalidade das práticas predatórias ficou, porém, ainda mais em claro, em 1993, data em que o Supremo Tribunal norte-americano voltou a ter a possibilidade de se pronunciar sobre um caso paradigmático de preços predatórios num mercado oligopolista.

O conhecido caso *Brooke Group Ltd v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*⁵² versou sobre o mercado norte-americano de comercialização de cigarros que era, à altura do início do processo começado pela empresa *Liggett*, dominado por 6 concorrentes, entre os quais a *supra* citada empresa. A empresa *Liggett*, confrontada com uma decrescente procura dos seus cigarros de marca, decidiu avançar com uma versão de marca branca do seu produto. Provando ser uma decisão bem sucedida, a empresa *Liggett* conseguiu aumentar a sua quota de mercado de um valor de 2% para um valor de 5%. À decisão daquela empresa, respondeu a *Brown & Williamson* com a criação da sua própria linha branca de cigarros, de mais baixo preço, desencadeando uma escalada sucessiva de preços mais baixos naquele mercado.

A empresa *Liggett* contestou a opção da *Brown & Williamson*, considerando que a mesma mais não era do que uma tentativa de punir a sua decisão de avançar com uma marca genérica e fuga ao equilíbrio oligopolista, afirmando que o verdadeiro objectivo da *Brown & Williamson* era conseguir forçar uma subida, a longo prazo, do preço no mercado genérico, e, assim, colocar menor pressão no descrito mercado oligopolista de cigarros de marca.

Na sua análise, começou o órgão jurisdicional norte-americano por deixar claro que apenas preços abaixo de custo seriam suficientes para determinar responsabilidade de um concorrente pela prática de preços predatórios, recusando uma interpretação das normas jus-concorrenciais no sentido destas impedirem preços acima de custo mas abaixo dos níveis praticados no mercado ou abaixo dos custos de produção das empresas concorrentes.

É certo que o Supremo Tribunal não se pronunciou sobre a exacta definição de custos para efeitos de definição de um preço como predatório, não deixando, porém, o racional utilizado por este naquelas conclusões de ser um

⁵¹ Leslie, 2010: 269.b.

⁵² *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

excelente ponto de partida para a compreensão da actual posição deste tribunal sobre estas práticas. Neste ponto é, também, clara a proximidade deste órgão jurisdicional com a exegese deste fenómeno fornecida pela Escola de Chicago, sendo, segundo o Tribunal, decisivo para sua análise os intoleráveis riscos de esfriamento da concorrência decorrentes de uma interpretação das normas da concorrência como limitando a descida de preços, ainda que estabelecidos acima do nível de custo.

Para o órgão máximo da magistratura norte-americana, o incremento da competição num mercado de oligopólio, como se apresentava o mercado de produção e comercialização de cigarros, é, principalmente, realizado através da competição de preços mesmo quando o objectivo de uma das diminuições de preço possa ser demonstrar a uma empresa desviante do equilíbrio oligopolista o carácter não lucrativo da sua decisão. Resumindo de forma clarificadora a sua opinião, o Tribunal considerou que simplesmente não parece ser de aceitar uma política de concorrência que prive os consumidores de baixos preços como os que decorrem de uma guerra de preços entre empresas oligopolistas.

Relevante, ainda, da decisão *Brooke* foi a decisão do Tribunal sobre a adopção de um critério de recuperação de perdas. Através desta análise propõe-se que a entidade jurisdicional estabeleça a possibilidade de sucesso da estratégia predatória de forçar a saída das empresas vítimas da referida estratégia e a probabilidade de entradas de novos concorrentes. Foi o Supremo Tribunal claro ao determinar competir ao demandante demonstrar a probabilidade da empresa predatória poder obter, através da radical descida de preços efectuada no início da estratégia predatória, maiores lucros após a conclusão daquela estratégia⁵³.

Ao adoptar este critério, o Supremo Tribunal criou um duplo teste onde para demonstrar uma estratégia predatória capaz de resultar na responsabilização da empresa que a utiliza, a empresa vítima tem, em primeiro lugar, de analisar a capacidade financeira da empresa predatória e respectivas capaci-

53 Afirmou o Supremo Tribunal «*If circumstances indicate that below cost pricing could likely produce its intended effect on the target, there is still the further question whether it would likely injure competition in the relevant market. The plaintiff must demonstrate that there is a likelihood that the predatory scheme alleged would cause a rise in prices above a competitive level that would be sufficient to compensate for the amounts expended on the predation, including the time value of the money invested in it.*». *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993). Na prática impôs o Tribunal, ao demandante, na linha de raciocínio do acórdão *Matsushita*, o ónus deste demonstrar a racionalidade da acção da empresa dominante.

dades e custos de financiamento⁵⁴ para determinar a capacidade de sucesso da estratégia de eliminação e, em segundo lugar, verificar a viabilidade que a empresa predatória encontra de manter, após a saída da empresa vítima, preços elevados, tempo suficiente para recuperar os prejuízos iniciais da estratégia.

Em conclusão, o desenvolvimento histórico da jurisprudência norte-americana coloca hoje sérios obstáculos a uma empresa que procure demonstrar ter sofrido prejuízos resultantes de uma estratégia predatória. Não se apresentando assumida uma negação *tout court* da possibilidade da realização de preços predatórios, na prática o Supremo Tribunal norte-americano criou obstáculos dificilmente ultrapassáveis a quem queira procurar definir a conduta de um concorrente como predatória⁵⁵. A referida entidade jurisdicional não pode deixar de aceitar os argumentos daqueles que alertavam para os riscos de controlos apertados à decisão de uma empresa cortar preços com os consequentes incentivos contrários ao desenvolvimento do processo competitivo⁵⁶.

A construção interpretativa da *tentativa de monopolização*, conduta punível ao abrigo do Sherman e Clayton Acts, cria, então, um importante ponto de apoio contrastante e comparativo com o corpo de texto jurisprudencial do TJUE. Serão os momentos mais importantes e posições mais marcadas daquela última entidade jurisdicional, no tocante ao fenómeno dos preços predatórios, que procuraremos sumariar no ponto seguinte, para, ao mesmo tempo, destacar algumas notas essenciais de contraste entre a jurisprudência dos dois lados do Atlântico.

54 Ao admitir a importância das diferentes capacidades e custos de financiamento, reconhecendo implicitamente imperfeições nos mercados de capitais, afasta-se, neste ponto, o Supremo Tribunal da argumentação proposta pela Escola de Chicago, que, como se viu *supra*, apontava a capacidade de um concorrente para encontrar financiamento no mercado capitais, como uma das razões que não permitiria a eliminação de uma empresa mais eficiente. Ver Hawker, 1999: 217.

Apesar desta pequena divergência, o acórdão recebeu o aplauso de diversos autores ligados àquela Escola de pensamento económico. Ver Gifford, 1994: 482-483; Schwartz, 1994: 299; Elzinga & Mills, 1994: 584.

55 Hemphill, 2001: 1585.

56 Efectivamente, o Tribunal foi expresso ao demonstrar o seu receio que "*antitrust suits themselves became a tool for keeping prices high*" – Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993), 227.

5. A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

5.1 O acórdão *AKZO*

A construção da Jurisprudência Europeia no tema dos preços predatórios inicia-se com o acórdão *AKZO* do Tribunal de Justiça datado de Julho de 1991⁵⁷. Em Dezembro de 1985, numa proeminente decisão da Comissão⁵⁸, a multinacional *AKZO* foi condenada numa coima de 10 milhões de Euros pela prática de um abuso de posição dominante no mercado de produção de peróxidos orgânicos, consubstanciado numa política de cortes de preço selectivos, abaixo dos custos de produção do produto.

Recordando-se a factualidade na origem desta relevante decisão, a *AKZO Chemie*, parte do grupo multinacional de origem holandesa *AKZO NV*, era uma empresa a produzir um conjunto diverso de produtos químicos num abrangente quadro geográfico e para quem o mercado de aditivos de farinha no Reino Unido se apresentava, na prática, como um sub-mercado de relativa pouca importância e dimensão. Do outro lado, a *ECS* era uma empresa de pequena dimensão cuja actividade se centrava na produção de aditivos de farinha, incluindo a produção de peróxido de benzol. No contexto europeu, a utilização do referido químico como agente de branqueamento de farinhas era autorizado somente no Reino Unido e Irlanda, delineando-se um mercado local bem definido para este aditivo particular.

Porém, o referido produto químico é utilizado igualmente, e sobretudo, no fabrico de plásticos. Na sequência de uma decisão de expansão de produção, a *ECS* deixou de fornecer somente consumidores no mercado de aditivos de farinha, passando a actuar no mercado de plásticos. Em Setembro de 1979, a *ECS* começou a fornecer a empresa *BASF* em Ludwigshafen, ao tempo um dos principais clientes da *AKZO Chemie*, a um preço 15 a 20% menor do que aquele praticado pela multinacional holandesa.

A retaliação da *AKZO Chemie* substanciou-se num conjunto de ameaças dirigidas à *ECS*, afirmando aquela que caso a empresa inglesa não cessasse a sua produção dirigida ao mercado dos plásticos, esta assumiria uma política de baixa de preços no mercado britânico de aditivos de farinha, abaixo dos custos de produção se necessário, utilizando os lucros decorrentes do restante da sua actividade para financiar tal possível período de resultados negativos.

57 TJUE, ac. “AKZO”, de 3 de Julho de 1991, Proc. C-62/86.

58 Decisão da Comissão de 14 de Dezembro de 1985 – *ECS/AKZO*, Proc. n.º IV/30.698.

Alternativamente, a empresa *AKZO* ponderou comprar a *ECS* de forma a eliminar a concorrência ofertada por esta.

Em Junho de 1982, a *ECS* apresentou uma queixa junto da Comissão por violação do artigo 102.º do TFUE (à época artigo 86.º do Tratado da CEE), decidindo-se, esta, por aplicar uma pesada coima à *AKZO* por ter infringido o referido preceito comunitário⁵⁹. Na sua decisão, a Comissão não baseou a sua decisão num teste objectivo, preferindo destacar a intenção predatória da empresa dominante, focando o vasto conjunto de documentação que provava a intenção de eliminar o seu concorrente como elemento central da referida condenação⁶⁰.

Na sequência da decisão da Comissão, a *AKZO* rapidamente instaurou uma acção de anulação da mencionada decisão. Proporcionando-se como a primeira oportunidade oferecida ao Tribunal de Justiça para se pronunciar sobre a questão dos comportamentos de mercado predatórios, esta decisão contém, ainda hoje, o essencial da visão do Tribunal Europeu sobre as estratégias predatórias, sendo ponto de suporte da subsequente jurisprudência Europeia neste tema.

No seu acórdão, o Tribunal começou por afastar-se da decisão da Comissão, destacando o carácter objectivo do conceito de abuso de posição dominante. Repetindo a influente fórmula presente no acórdão *Hoffman-La Roche*, o Tribunal começa por afirmar que a noção de abuso é um conceito objectivo relacionado com o comportamento de uma empresa em posição dominante que influencie a estrutura de um mercado e debilite o grau de concorrência através do recurso a métodos diferentes dos que regem a concorrência normal⁶¹. Nesta sequência, o Tribunal afirma, porém, que nem toda a competição de preços poderá ser considerada legítima.

Desde logo, preços abaixo dos custos variáveis médios deverão ser considerados predatórios, pois, segundo o Tribunal, uma empresa não terá interesse em aplicar tais preços, excepto com vista a eliminar um concorrente para, em

59 Revisitando os factos na origem da Decisão da Comissão, defendem Philips e Moras ser a actuação da empresa *AKZO* não uma estratégia predatória, mas sim um desenvolvimento natural do mercado concorrencial decorrente da estrutura duopolista formada pelas empresas citadas. Ver Philips & Moras, 1993: 319-321.

60 Criticando a excessiva preponderância atribuída pela Comissão Europeia a uma análise subjectiva, na opinião do Autor, potencialmente arbitrária, ver Mastromanolis, 1998: 214-215. Ver, ainda, Ehr, 1987: 289-290.

61 TJUE, ac. “Hoffman-La Roche”, de 13 de Fevereiro de 1979, Proc. n.º 85/76, para. 91.

seguida, realizar um aumento dos preços por si praticados. Relembra o Tribunal, que nestas circunstâncias, cada unidade vendida representa um prejuízo visto não contribuir, de todo, para financiar os custos totais de produção e não cobrir sequer a totalidade dos custos marginais de produção de cada unidade.

Em segundo lugar, em relação a preços praticados entre os custos variáveis médios e custos totais médios, determinou o Tribunal deverem estes ser considerados abusivos no caso de se demonstrar a existência de um plano para eliminar a empresa rival⁶². Afirma o Tribunal que estes preços podem determinar a exclusão de um concorrente tão eficiente como a empresa dominante mas que, por possuir menos recursos financeiros, mostra-se incapaz de enfrentar o período de depressão de preços provocado pelo seu rival.

5.2. Conclusões essenciais do acórdão *AKZO*

Do acórdão *AKZO* retiram-se duas regras essenciais. A primeira, como *supra* afirmado, reconduz-se à proibição de preços abaixo de custos variáveis médios, não se afastando, neste ponto, do *standard* proposto por Areeda e Turner. Compreende-se, com facilidade, o substrato da decisão do Tribunal. A venda abaixo de custos variáveis médios torna insustentável a manutenção, a longo prazo, da empresa no mercado, não encontrando justificação tal conduta no mercado que não seja a injustificada eliminação de um rival.

Ainda que devendo limitar-se o alcance de tal afirmação, descontando, nomeadamente, situações em que uma empresa baixa os seus preços para ir de encontro a preços praticados pela concorrência ou integrados em práticas promocionais de curto prazo, a regra de que, *a priori*, preços abaixo de custos variáveis se apresentam como prejudiciais à concorrência apresenta-se como consideravelmente transversal na jurisprudência e doutrina económica que sobre o assunto se têm debruçado.

A segunda regra decorrente do acórdão *AKZO* apresenta-se, porém, mais controversa, afastando-se do teste previsto por Areeda e Turner. Considera o Tribunal que preços colocados entre custos variáveis médios e custos totais médios, quando acompanhados da intenção de eliminar um concorrente⁶³,

62 Aproxima-se, assim, o TJUE da proposta avançada por Posner. Ver, *supra*, nota 44. Igualmente, em sentido, próximo, ver Greer, 1979: 240-241.

63 Intenção essa que deverá, porém, ser aferida por referência a "*indícios sérios e concordantes*". TG, ac. "France Télécom", de 30 de Janeiro de 2007, para. 197.

implicam uma subversão dos valores da concorrência concretizada numa violação do art. 102.º do TFUE.

A polémica decorrente da fórmula proposta pelo TJUE compreende-se por não só representar um significativo alargamento do escopo do teste *Areeda-Turner*, como também por determinar uma complexa tarefa de determinação da intenção do concorrente dominante. Naturalmente, que, por um lado, o desejo de eliminação de rivais, no desenvolvimento saudável do processo concorrencial, não parece, à primeira vista, dever ser de censurar. Por outro lado, estabelecendo-se o critério da intenção de eliminação de um rival como requisito de punição levará a que, simplesmente, as empresas se protejam evitando o uso de comunicações internas e externas que demonstrem a aparência de tal intenção, ainda que realizando a mesma actuação no mercado⁶⁴.

5.3. A Jurisprudência subsequente ao acórdão *AKZO*: um critério de recuperação de prejuízos iniciais?

A estrutura de análise de custos proposta no acórdão *AKZO* influenciou directamente a decisão do Tribunal no acórdão *Tetra Pak II*⁶⁵. Neste relevante texto jurisprudencial, analisou o Tribunal a interposição de recurso da decisão do Tribunal de Primeira Instância que considerou correcta a coima aplicada pela Comissão Europeia a um conjunto de práticas da empresa *Tetra Pak* no mercado de cartões assépticos e não assépticos.

Destaca-se o referido acórdão por ser a primeira vez que o Tribunal analisou a exigência da observância de um critério de possibilidade de recuperação dos prejuízos iniciais para se considerar determinado corte de preços predatório. Recorde-se a lógica que justifica a estratégia predatória. Uma empresa dominante diminui, num primeiro momento, os preços praticados com vista a impedir a entrada de um novo concorrente ou forçar a saída de uma empresa existente para, em seguida, aumentar os preços por si praticados. Tal estratégia, naturalmente, compreende-se, apenas, caso a empresa dominante recupere mais recursos no período de expansão de preços em relação ao período de recessão daqueles.

64 Buttigieg, 2005: 1211. Neste sentido, pronuncia-se, também, Posner. Porém, acabando por propor um critério de definição de preços predatórios baseado na de preços abaixo de custos totais médios somados da existência de uma intenção de eliminação de concorrentes, vê este Autor a determinação de intenção como um critério que, apesar das suas graves limitações, se encontra insubstituível na distinção de legítimas descidas de preço de condenáveis estratégias predatórias. Posner, 2001: 214-216.

65 TJUE, ac. “Tetra Pak”, de 14 de Novembro de 1996, Proc. n.º C-333/94-P.

O acórdão do Tribunal foi, porém, em sentido divergente da jurisprudência norte-americana vertida no acórdão *Brooke*. Foi o Tribunal Europeu da opinião que “nas circunstâncias do presente caso, não seria oportuno exigir também, a título de prova adicional, que se demonstrasse que a *Tetra Pak* tinha uma possibilidade real de recuperar as suas perdas”⁶⁶. Não ousou, então, o Tribunal retirar da jurisprudência afirmada no acórdão *AKZO* mais do que uma mera regra comparativa de preços praticados e de custos internos, não se detendo na exigência de uma demonstração da racionalidade do comportamento da empresa dominante, ainda que justificadamente se pudesse argumentar esta já existir incorporada na fórmula utilizada naquele acórdão.

Tendo afirmado no acórdão *AKZO* que teleologicamente a empresa dominante entra numa estratégia predatória “para poder, a seguir, aumentar os preços utilizando a situação de monopólio”, pareceria ter o Tribunal margem para reinterpretar o teste explanado neste acórdão, como excluindo situações em que a empresa dominante não pudesse recuperar os custos investidos na estratégia predatória⁶⁷. Porém, foi mecânica a exegese do Tribunal Europeu, satisfazendo-se, como vimos, pela realização comparativa dos custos internos da empresa *Tetra Pak* com os preços aplicados no mercado.

A sucinta expressão de inexistência de um requisito de recuperação de perdas foi abordado em maior detalhe no acórdão *France Télécom*⁶⁸. O presente acórdão encontra a sua origem no recurso da decisão do Tribunal Geral que manteve a aplicação da coima aplicada pela Comissão Europeia à empresa *France Télécom*. Considerou a Comissão que a empresa *France Télécom* tinha realizado um abuso de posição dominante, no mercado de prestação de serviços de ADSL, ao oferecer aos seus clientes preços inferiores aos seus custos variáveis como parte de uma estratégia de dominar o mercado de internet de alta velocidade, durante uma fase decisiva do seu desenvolvimento.

Afirmou o Tribunal, neste acórdão, confirmando a decisão da Primeira Instância, que “a inexistência de qualquer possibilidade de recuperação dos prejuízos não pode bastar para excluir que a empresa em posição dominante consiga reforçar a sua posição dominante, designadamente na sequência da saída do mercado de um ou mais dos seus concorrentes, de modo a que o grau de concorrência existente no mercado já enfraquecido, precisamente em razão da presença da empresa em

66 TJUE, Ac. “*Tetra Pak*”, de 14 de Novembro de 1996, Proc. n.º C-333/94 P, para. 44.

67 Ver Buttigieg, 2005: 1213.

68 TJUE, Ac. “*France Télécom*”, de 2 de Abril de 2009, Proc. n.º C-202/07 P.

questão, seja mais reduzido e que os consumidores sofram um dano em resultado da limitação das suas possibilidades de escolha."⁶⁹ É claro, então, o Tribunal ao afirmar a inexistência de um requisito autónomo de recuperação de perdas.

A expressão do Tribunal não parece, a nosso ver, porém, ser de aceitar. Justificando-se apenas como a representação de um ordoliberalismo, inatamente desconfiado das possíveis consequências nefastas do poder de mercado de determinados actores económico, parece o Tribunal estar disposto a ceder na necessidade da demonstração lógica das possibilidades de realização de uma estratégia predatória, com vista a um exercício de maior controlo sobre actividades potencialmente predatórias de empresas dominantes⁷⁰. Diga-se, contudo, que sem uma firme construção teórica e uma concreta demonstração prática da exequibilidade da estratégia predatória, o controlo de uma baixa de preços por uma autoridade jurisdicional ou concorrencial derivará numa tarefa nefasta ao desenvolvimento do processo concorrencial.

Não se deve deixar de salientar o carácter de raridade de um fenómeno de exclusão de concorrentes através de baixas de preços e os prejudiciais efeitos de um excessivo controlo sobre cortes de preços. A percepção por parte de agentes económicos dominantes que a reacção à entrada de um novo concorrente ou uma atitude mais agressiva no mercado perante concorrentes presentes poderia resultar numa sanção impeliria aqueles mesmos agentes a uma atitude defensiva. Recorde-se que constrangimentos à acção de baixa de preços representam sempre, ainda que apenas a curto prazo, um prejuízo para os consumidores.

Não se pretende assumir uma posição em que se advogue, com base numa negação mais ou menos peremptória da própria possibilidade de realizar estratégias predatórias racionais e bem sucedidas, a desnecessidade de qualquer regra nesta área ou qualquer escrutínio a cortes de preços por parte de empresas dominantes. Mas não se nega que, sem um estabelecimento de critérios seguros que controlem verdadeiras situações predatórias, os efeitos de regras sobre descidas de preços terão superiores consequências negativas

69 TJUE, Ac. "France Télécom", de 2 de Abril de 2009, Proc. n.º C-202/07 P, para. 104.

70 Perspectiva ordo-liberal que associada, ainda, à influência do paradigma Structure-Conduct-Performance, proposto pela Escola de Harvard de pensamento económico define, também, em grande medida a política da Comissão Europeia relativa aos preços predatórios. Monti, 2007: 87. Em detalhe sobre o paradigma Structure-Conduct-Performance, ver Kovacic & Shapiro, 2000: 49-52; Weiss, 1979: 1104-1140.

às suas potenciais vantagens⁷¹, permitindo que empresas menos eficientes encontrem refúgio, nestas regras, das naturais consequências do desenvolvimento do processo concorrencial⁷².

Na prática, é certo que o estabelecimento de um critério que exija uma demonstração da possibilidade de recuperação de perdas é um sério obstáculo à condenação de empresas por ofensas concorrenciais predatórias. Porém, é, este elemento, indiscutivelmente necessário a um controlo eficaz dos preços predatórios. Reitere-se, sem a demonstração da possibilidade de recuperação dos prejuízos decorrente da fase de baixa de preços, falha a demonstração da racionalidade económica do agente dominante e, conseqüentemente, cria-se o risco de punição de comportamentos competitivos e pró-concorrenciais.

6. CONCLUSÃO

A construção do conceito e tratamento jurisprudencial do fenómeno conhecido como preços predatórios apresenta-se com uma história complexa derivada de evoluções do pensamento económico, pressões de carácter político e social e da definição dos objectivos que presidem à lei da concorrência.

De um lado Autores como McGee, Easterbrook ou Bork mantiveram firmemente a impossibilidade, ou pelo menos a falta de seriedade dos riscos, de uma estratégia predatória⁷³. Por outro lado, no espectro oposto, Autores igualmente consagrados, como Williamson, com a sua proposta de limites quantitativos para uma empresa dominante, Scherer, argumentando por uma aplicação caso a caso de uma *rule of reason* de carácter jurisprudencial, ou Baumol, que propôs a obrigação de manutenção de cortes de preços por empresas dominantes, leram neste mesmo fenómeno um risco suficientemente sério ao funcionamento do mercado para exigir uma série e complexa intervenção nesta área.

O actual quadro do pensamento económico apresenta, portanto, uma complexa literatura que urge compreender com vista a perceber-se que resposta

71 Perante a dificuldade de distinguir situações de predação de estruturas de mercado ferozmente competitivas, considerou o Advogado-Geral Ján Mazák que “[a] menos que exista uma possibilidade de recuperação dos prejuízos, é provável que a empresa dominante esteja numa situação de concorrência normal”. Conclusões do Advogado-Geral Ján Mazák, de 25 de Setembro de 2008, in Ac. “France Télécom”, de 2 de Abril de 2009, Proc. n.º C-202/07 P, para. 73.

72 Ver Melícias, 2010: 589-591.

73 Neste sentido, é conhecida a comparação, certamente hiperbólica, de Easterbrook com outro dos mitos folclóricos ocidentais. Ver Easterbrook, 1981: 264.

dar a cortes de preços por parte de actores económicos dominantes. E se neste ponto a Escola de Chicago de pensamento económico avançou fortes argumentos, descrevendo os imensos obstáculos ao sucesso de uma estratégia predatória, a verdade é que não se encontra excluída a possibilidade de, em determinadas estruturas concorrenciais, a realização de estratégias predatórias poder ter, a longo prazo, efeitos contrários aos interesses de consumidores e prejudiciais à concretização de objectivos de eficiência económica global.

É, neste ponto, essencial recordar que risco de punição regulatória é elemento necessariamente incorporado no processo decisório de uma empresa. Excesso de zelo regulatório, criando excessivos incentivos a uma empresa para uma postura defensiva, privaria consumidores de preços mais competitivos. Ao mesmo tempo, cria uma possível defesa para operadores menos eficientes, permitindo que empresas, incapazes de competir com concorrentes mais eficientes, recorram a alegações de estratégias predatórias para, assim, forçarem a uma subida generalizada de preços naquele mercado.

Sendo certo que a construção de modelos teóricos permite encontrar situações abstractas onde imperfeições no mercado poderiam favorecer uma intervenção no normal desenvolvimento das relações entre os agentes do mercado, impedindo que cortes excessivos de preços permitam, a longo prazo, subverter a estrutura de mercado, a realidade é que as dificuldades em detectar tais raras situações sugere, pelas razões *supra* aduzidas, especial precaução na realização de proibições de baixas de preços por empresas dominantes.

É, neste contexto, clara a divergência de abordagem entre a jurisprudência norte-americana e os testes aplicados no contexto europeu. Enquadrada numa maior confiança nos mecanismos de mercado, a exigência de demonstração da racionalidade de uma estratégia predatória criou enormes obstáculos ao sucesso de qualquer procedimento iniciado por uma empresa que se considere vítima de uma estratégia predatória é, hoje, jurisprudência firmemente estabelecida pelos Tribunais Superiores norte-americanos.

Em contraste se apresenta, contudo, a acção regulatória da Comissão Europeia, suportada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. Com vista a procurar manter competitivos diversos mercados em que uma empresa dominante pode ter um papel central e retaliatório contra empresas de menor dimensão, a Comissão aplica, na prática, uma intervenção regulatória estrutural que, porém, se deverá reputar insuficientemente fundada numa análise de ganhos de longo prazo para consumidores, baseando-se, excessivamente, numa interpretação de intenções dos operadores económicos.

É certamente de aceitar que caso um agente económico tenha ponderado uma determinada estratégia de cortes de preços como modo racional de eliminar um concorrente mais eficiente do mercado, aquele juízo não tenha de ser reponderado pela entidade regulatória. Porém, o mero desejo de eliminar um concorrente não é, nem pode ser, *proxy* de um comportamento com efeitos económicos nefastos em níveis gerais de bem-estar. A necessidade de alicerçar futuras decisões e intervenções no mercado em análises objectivas de efeitos económicos aparece, portanto, evidente, sobretudo quando se recorda que o efeito essencial, a curto prazo, da intervenção regulatória se eleva na privação de preços mais baixos para os consumidores.

BIBLIOGRAFIA

AREEDA, Phillip & TURNER, Donald

1975 “Predatory pricing and related under Section 2 of the Sherman Act”, in *Harvard Law Review*, 88, n.º 4, pp. 697-733.

1978 “Williamson on Predatory Pricing”, in *The Yale Law Journal*, 87, n.º 7, pp. 1337-1352.

BAUMOL, William

1979 “A quasi-permanence of price reductions: A policy for prevention of predatory pricing”, in *The Yale Law Journal*, 89, n.º 1, pp. 1-26.

1982 “Contestable markets: An uprising in the theory of industry structure”, in *The American Economic Review*, 72, n.º 1, pp. 1-15.

BAUMOL, William & WILLIG, Robert

1981 “Fixed costs, sunk costs, entry barriers, and sustainability of monopoly”, in *The Quarterly Journal of Economics*, 96, n.º 3, pp. 405-431.

BOLTON, Patrick, BRODLEY, Joseph & RIORDAN, Michael

2000 “Predatory pricing: Strategic theory and legal policy”, in *Georgetown Law Journal*, 88, August, pp. 2239-2330.

BOLTON, Patrick & SCHARFSTEIN, David

1990 “A theory of predation based on agency problems in financial contracting”, in *American Economic Review*, 80, n.º 1, pp. 93-106.

BORK, Robert

1978 *The Antitrust Paradox: A policy at war with itself*, New York: The Free Press.

BROADLEY, Joseph & HAY, George

1981 “Predatory pricing: Competing economic theories and the evolution of legal standards”, in *Cornell Law Review*, 66, n.º 4, pp. 738-803.

BURNS, Malcolm

1986 “Predatory pricing and the acquisition cost of competitors”, in *The Journal of Political Economy*, 94, n.º 2, pp. 266-296.

BUTTIGIEG, Eugene

2005 “Consumer interests and the antitrust approach to abusive practices by dominant firms”, in *The European Business Law Review*, 16, n.º 5, pp. 1191-1285.

CARLTON, Dennis

2004 “Why barriers to entry are barriers to understanding”, in *The American Economic Review*, 94, n.º 2, pp. 466-470.

CRANE, Daniel

2009 “Chicago, Post-Chicago, and Neo-Chicago”, in *The University of Chicago Law Review*, 76, pp. 1911-1933.

DEMSETZ, Harold

1982 “Barriers to entry”, in *The American Economic Review*, 72, n.º 1, 1982, pp. 47-57.

EASTERBROOK, Frank

1981 “Predatory strategies and counterstrategies”, in *The University of Chicago Law Review*, 48, n.º 2, pp. 263-337.

EHR, Thomas

1987 “The European Commission’s ECS/AKZO standard for predatory pricing in the E.E.C.: Deterrence or disorder?”, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 17, n.º 2, pp. 271-302.

ELZINGA, Kenneth

1970 “Predatory pricing: The case of the Gunpowder Trust”, in *Journal of Law and Economics*, 13, n.º 1, pp. 223-240.

ELZINGA, Kenneth & MILLS, David

1994 “Trumping the Areeda-Turner test: The recoupment standard in Brooke Group”, in *Antitrust Law Journal*, 62, n.º 3, p. 559-584.

2001 “Predatory pricing and strategic theory”, in *Georgetown Law Journal*, 89, n.º 8, pp. 2475-2494.

EVANS, David & PADILLA, Jorge

2005 “Designing antitrust rules for assessing unilateral practices: A Neo-Chicago approach”, in *The University of Chicago Law Review*, 72, n.º 1, p. 73-98.

GIFFORD, Daniel

1994 “Predatory pricing analysis in the Supreme Court”, in *The Antitrust Bulletin*, 39, n.º 2, pp. 431-483.

GREER, Douglas

1979 “A critique of Areeda and Turner’s standard for predatory practices”, in *The Antitrust Bulletin*, 24, pp. 234-261.

HAWKER, Norman

1999 “Predatory pricing law in the United States and Canada”, in *University of Miami Business Law Review*, 7, n.º 2, p. 201-242.

HAY, George

1982 “Economics of predatory pricing”, in *Antitrust Law Journal*, 51, n.º 4, p. 361-374.

HAZLETT, Thomas

1995 “Predation in local cable TV markets”, in *Antitrust Bulletin*, 40, n.º 3, pp. 609-644.

HEMPHILL, Scott

2001 “The role of recoupment in predatory pricing analyses”, in *Stanford Law Review*, 53, n.º 6, pp. 1581-1612.

HOVENKAMP, Herbert

1985 “Antitrust policy after Chicago”, in *Michigan Law Review*, 84, n.º 2, pp. 213-284.

ISAAC, Mark & SMITH, Vernon

1985 “In search of predatory pricing”, in *The Journal of Political Economy*, 93, n.º 2, pp. 320-345.

JOSKOW, Paul & KLEVORICK, Alvin

1979 “A framework for analyzing predatory pricing policy”, in *The Yale Law Journal*, 89, n.º 2, pp. 213-270.

KATE, Adriaan & NIELS, Gunnar

2000 “Predatory pricing standards: is there a growing international consensus?”, in *Antitrust Bulletin*, 45, p. 787-809.

2002 “On the rationality of predatory pricing: The debate between Chicago and Post-Chicago”, in *Antitrust Bulletin*, 47, pp. 1-24.

KOVACIC, William & SHAPIRO, Carl

2000 “Antitrust policy: A century of economic and legal thinking”, in *Journal of Economic Perspectives*, 14, n.º 1, pp. 43-60.

LESLIE, Christopher

2010 “Rationality analysis in antitrust”, in *University of Pennsylvania Law Review*, 158, n.º 2, pp. 261-353.

LETWIN, William

1956 “Congress and the Sherman Antitrust Law: 1887-1890”, in *The University of Chicago Law Review*, 23, n.º 2, pp. 221-258.

McAFEE, Preston, MIALON, Hugo & WILLIAMS, Michael

2004 “What is a barrier to entry?”, in *The American Economic Review*, 94, n.º 2, pp. 461-465.

McGEE, John

1958 “Predatory price cutting: The Standard Oil (N.J.) case”, in *Journal of Law and Economics*, 1, pp. 137-169.

1980 “Predatory pricing revisited”, in *Journal of Law and Economics*, 23 n.º 2, pp. 289-330.

MASTROMANOLIS, Emmanuel

1998 “Predatory pricing strategies in the European Union: A case for legal reform”, in *European Competition Law Review*, 19, n.º 4, pp. 211-224.

MELÍCIAS, Maria João

2010 “The use and abuse of intent evidence in antitrust analysis”, in *World Competition*, 33, n.º 4, 569-594.

MERKIN, Robert

1987 “Predatory pricing or competitive pricing: Establishing the truth in English and EEC law”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 7, n.º 2, pp. 182-214.

MONTI, Giorgio

2007 *EC Competition Law*, Cambridge: Cambridge University Press.

MOTTA, Massimo

2004 *Competition Policy: Theory and practice*, Cambridge: Cambridge University Press.

PHLIPS, Louis & MIGUEL MORAS, Ireneo

1993 “The *AKZO* decision: A case of predatory pricing?”, in *The Journal of Industrial Economics*, 41, n.º 3, pp. 315-321.

POSNER, Richard

1979 “The Chicago School of antitrust analysis”, in *The University of Pennsylvania Law Review*, 127, n.º 4, pp. 925-948.

2001 *Antitrust Law*, 2.^a ed., Chicago: The University of Chicago Press.

SALONER, Garth

1987 “Predation, mergers and incomplete information”, in *The RAND Journal of Economics*, 18, n.º 2, pp. 165-186.

SCHWARTZ, Mark

1994 “The Brooke decision: The Supreme Court revisits predatory pricing”, in *Commercial Law Journal*, 99, n.º 1, pp. 276-299.

TELSER, Lester

1965 “Abusive trade practices: An economic analysis”, in *Law and Contemporary Problems*, 30, n.º 3, pp. 488-505.

WEISS, Leonard

1979 “The Structure-Conduct-Performance paradigm and antitrust”, in *University of Pennsylvania Law Review*, 127(4), April, pp. 1104-1140.

WILLIAMSON, Oliver

1977 “Predatory pricing: A strategic and welfare analysis”, in *The Yale Law Journal*, 87, n.º 2, pp. 284-340.

YAMEY, Basil

1972 “Predatory price cutting: notes and comments”, in *Journal of Law and Economics*, 15, n.º 1, pp. 129-142.