

# CAPÍTULO 12

BROOKE GROUP LTD. V. BROWN & WILLIAMSON  
TOBACCO CORP.,  
509 U.S. 209 (1993)

## **AMANDA ATHAYDE**

Professora doutora adjunta de Direito Empresarial na UnB, bem como de Concorrência, Comércio Internacional e Compliance. Consultora no Pinheiro Neto Advogados nas práticas de Concorrencial, Compliance e, a partir de 2023, Comércio Internacional. Doutora em Direito Comercial pela USP, bacharel em Direito pela UFMG e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pela UNA. Ex-aluna da Université Paris I – Panthéon Sorbonne. Autora e organizadora de livros, autora de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, Direito da Concorrência, Comércio Internacional, Compliance, Acordos de Leniência, Defesa Comercial e Interesse Público, Anticorrupção. As opiniões são pessoais e não necessariamente representam a percepção das instituições às quais esteja vinculada.

## **LUIS HENRIQUE PERRONI FERNANDES**

Bacharel em Direito pela PUC-SP, mestre em Direito pela University of Pennsylvania Carey Law School e advogado sênior de Pinheiro Neto Advogados, com atuação nas áreas de Direito da Concorrência e Defesa Comercial. As opiniões são pessoais e não necessariamente representam a percepção das instituições às quais esteja vinculada.

## **ANA BEATRIZ ANDRADE SILVA**

Graduanda em Direito pela PUC-SP, integrante de Pinheiro Neto Advogados, com atuação nas áreas de Direito da Concorrência e Comércio Internacional. As opiniões são pessoais e não necessariamente representam a percepção das instituições às quais esteja vinculada.

## INTRODUÇÃO

Há uma mística envolvendo a prática de preços predatórios em matéria concorrencial no Brasil. A razão para isso parece ser uma combinação curiosa entre, de um lado, o fato de a autoridade concorrencial brasileira não ter condenado uma única empresa pela prática de preços predatórios sob a vigência da Lei nº 12.529/2011 (apesar de existir um único caso de condenação mais antigo, de 1987, sobre o tema) e, de outro, o número substantivo de insinuações, acusações, denúncias, investigações, e até mesmo processos administrativos formalmente instaurados envolvendo supostas práticas de preços predatórios.

Esse desequilíbrio certamente não é resultado de uma política econômica estruturada com tal propósito, nem tampouco do desinteresse do Conselho Administrativo de Defesa Econômico (“Cade”). Muito pelo contrário. Tem-se hoje, no Brasil, discussões sofisticadas a respeito do que se entende por preços predatórios, padrão de prova, circunstâncias de mercado que favorecem ou desincentivam a prática, dentre outros tantos aspectos, que desafiam a sua condição de cabeça de bacalhau do antitruste.<sup>1</sup>

Vários desses avanços podem ser ligados ao caso *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp* (“*Brooke v. B&W*”).<sup>2</sup> *Brooke Group, Ltd.* (“*Brooke Group*” ou “*Ligget*”) acusou *Brown & Williamson Tobacco Corporation* (“*Brown & Williamson*” ou “*B&W*”) de ingressar no mercado de cigarros genéricos nos Estados Unidos, na década de 80, tendo como estratégia a adoção de preços excessivamente baixos com o único propósito de excluir *Brooke Group* –player relevante à época– do mercado.

Para que se possa entender o caso anunciado e seus impactos no Brasil, o presente artigo está dividido em cinco capítulos. O capítulo 1 apresenta o caso *Brooke v. B&W*. O capítulo 2 aborda as repercussões do caso nos Estados Unidos e na União Europeia, sobretudo os impactos nos casos supervenientes envolvendo preços predatórios. O capítulo 3 aborda as repercussões do caso para além dos Estados Unidos, mais especificamente no Brasil, e como o Cade tem se posicionado com relação ao tema de preços predatórios. O capítulo 4 traz o panorama atual e formas alternativas --e mais modernas-- de lidar com acusações de preços predatórios.

1. JASPER, Eric Hadmann; CAUHY, Bárbara De’ Carli. Cabeça de bacalhau do antitruste: a história de uma condenação por preços predatórios no Brasil. Jota, 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/cabeca-de-bacalhau-do-antitruste-10122022>. Acesso em: 29 ago. 2023.
2. Vide *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

## 1 PANORAMA DOS PREÇOS PREDATÓRIOS NOS ESTADOS UNIDOS E O CASO BROOKE V. B&W

A prática de preços predatórios é vedada pela legislação norte-americana. Tal proibição está prevista tanto na Seção 2 do Sherman Antitrust Act, lei antitruste americana promulgada em 1890, que busca coibir preços predatórios que levem ao estabelecimento de monopólios, quanto na Seção 2(a) do Clayton Act, que conforme alterada pelo Robinson-Patman Act de 1936 (também conhecido como Anti-Price Discrimination Act), condena a prática de discriminação de preços que tenha como intuito, em última análise, a criação e a perpetuação de oligopólios.<sup>3</sup> Nesse ponto, frisa-se que a discriminação de preços que pretende a exclusão de rivais do mercado, também conhecida como discriminação do tipo “primary line”, é justamente a hipótese legal que permite a condenação por preços predatórios na forma do Robinson-Patman Act.

*Sherman Antitrust Act e Robinson-Patman Act não são excludentes, tendo a Suprema Corte no caso Brooke v. B&W fundamentado sua análise sob ambos os ângulos ao examinar as denúncias de preços predatórios feitas por Brooke Group contra B&W.*<sup>4</sup>

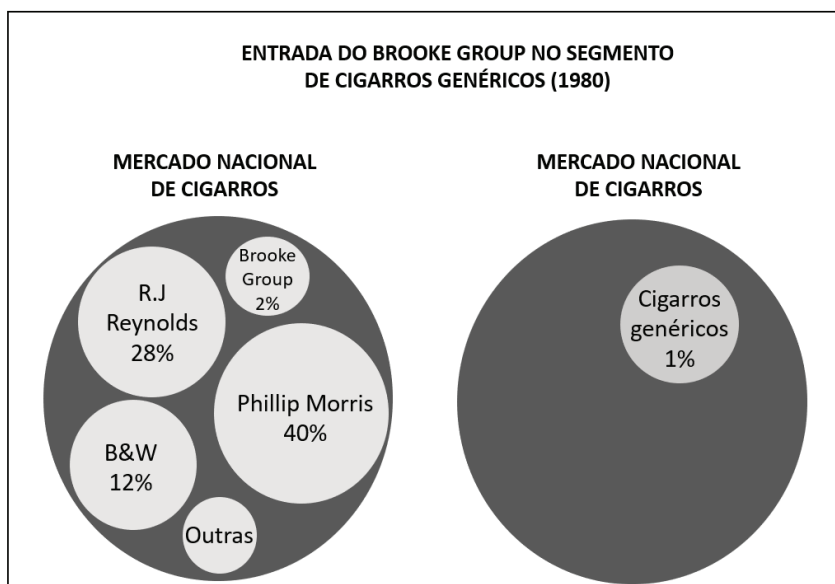
Mas antes de adentrar nas especificidades do caso, é preciso entender o contexto histórico em que tal disputa judicial se deu. Sob uma perspectiva macroeconômica, os Estados Unidos atravessavam um período de tensão econômica, em que empresas tradicionais americanas passavam a enfrentar

3. “In the United States, challenges to predatory pricing rest primarily on two federal statutes. First, Section 2 of the Sherman Act makes monopolization or attempts to monopolize any part of interstate commerce or commerce with foreign nations a felony, punishable by fines up to US\$ 1 million for corporations, or US\$ 100,000 for other persons. In addition, persons who violate the Sherman Act may be imprisoned for up to three years. Second, Section 2(a) of the Clayton Act, as amended by the Robinson-Patman Act, proscribes price discrimination that may substantially lessen competition, or tend to create a monopoly, or “injure, destroy or prevent competition” with persons (or their customers) who grant or receive discriminatory prices. In particular, primary line discrimination, that is, price discrimination that a firm employs to injure its rivals, may sometimes be considered a form of predation.” (OCDE. Predatory pricing, p. 9. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/abuse/2375661.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023).

4. “As the law has been explored since Utah Pie, it has become evident that primary-line competitive injury under the Robinson-Patman Act is of the same general character as the injury inflicted by predatory pricing schemes actionable under §2 of the Sherman Act. ... There are, to be sure, differences between the two statutes. For example, we interpret § 2 of the Sherman Act to condemn predatory pricing when it poses “a dangerous probability of actual monopolization,” (...), whereas the Robinson-Patman Act requires only that there be “a reasonable possibility” of substantial injury to competition before its protections are triggered. (...) But whatever additional flexibility the Robinson-Patman Act standard may imply the essence of the claim under either statute is the same: A business rival has priced its products in an unfair manner with an object to eliminate or retard competition and thereby gain and exercise control over prices in the relevant market.” (HOVENKAMP, Herbert. et al. Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems. 8th edition. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press. p. 804, 2019)

concorrentes do mundo todo, fruto da globalização econômica acelerada que atingiu inúmeros setores, incluindo o mercado de cigarros. Além disso, historicamente, o mercado de cigarros era tido como próspero e estável nos Estados Unidos, ocupando o posto de um dos mercados mais lucrativos dos Estados Unidos. Tal crescimento foi partilhado por pouquíssimos *players de destaque durante anos*.

À época da entrada de Brooke Group no segmento de cigarros genéricos, na década de 80, o setor representava cerca de 1% do mercado geral de cigarros, sendo seis as empresas principais - R.J. Reynolds, Philip Morris, American Brands, Lorillard, Brooke Group e B&W:

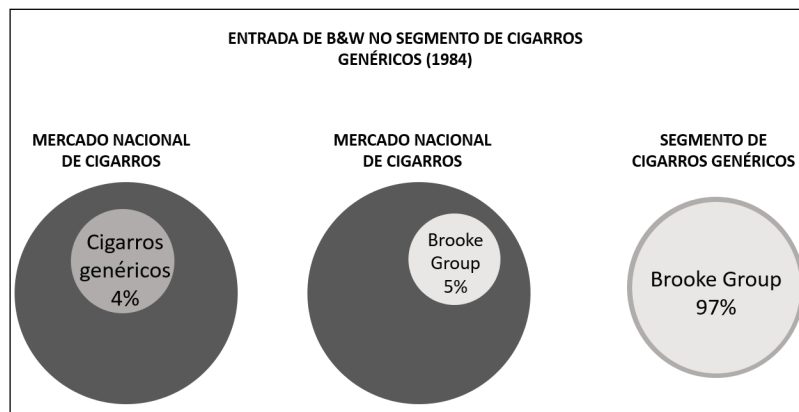


Fonte: elaboração própria

O divisor de águas para Brooke Group foi o lançamento de sua linha de cigarros genéricos denominada “*black and white*”, que contava com preços 30% inferiores aos preços médios praticados no mercado, além de descontos específicos para compras no atacado que aumentavam com base no volume adquirido. Tais políticas promocionais, acompanhadas do crescimento do segmento de cigarros genéricos e a consequente migração de parte da demanda de outros fabricantes de cigarros para Brooke Group, fizeram aumentar o interesse do concorrente B&W nesse segmento, tendo B&W rapidamente ingressado no mercado de cigarros genéricos com sua própria linha de cigarros preto e branco em 1984.

No momento em que o concorrente B&W entrou no segmento de cigarros genéricos, os cigarros “*Black and White*” de Brooke Group

representavam 97% do total de cigarros genéricos. Vale dizer que, nesse momento, os cigarros genéricos haviam aumentado a sua participação no mercado total de cigarros de 1% para 4%:



Fonte: elaboração própria

A tensão que rondava o mercado com as mudanças recentes no padrão de consumo e disputa crescente de espaço aumentou ainda mais com o fato de os produtos de Brooke Group e de B&W serem similares e, portanto, tidos como substitutos -- além de ambos os produtos serem genéricos, possuíam identidade visual supostamente semelhante (i.e., preto e branco).

Assim, a concorrência se dava majoritariamente por preços, o que alegadamente teria forçado B&W a baixar excessivamente os seus preços para patamares inferiores, inclusive, a seus custos. Essa era a base dos argumentos de Brooke Group contida na denúncia.

Mas não foi só. Brooke Group desenvolveu a tese de que B&W praticaria preços abaixo do seu custo até que rivais fossem excluídos do mercado e, então, B&W poderia usufruir livremente de sua posição dominante no mercado de cigarros genéricos. A estratégia seria financiada pelo aumento de preços em outros setores em que sua posição de monopólio já estaria assegurada. Uma espécie de compensação via exploração do poder de monopólio em uma área para alavancar um monopólio em outra.

Ao final do processo, apesar de o tribunal do júri ter decidido pela condenação de B&W pela prática de preços predatórios, o Tribunal Distrital decidiu que B&W teria direito a um novo veredito por três razões principais: (i) não foi verificado dano à concorrência de forma geral; (ii) não foi verificado dano a Brooke Group; e (iii) não foi comprovado o nexo causal entre os descontos discriminatórios alegados e o prejuízo supostamente sofrido por Brooke Group.

Finalmente, a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao examinar o caso, indicou dois requisitos mínimos –aplicados até hoje-- para a condenação de preços predatórios, seja com base no *Sherman Antitrust Act* ou no *Robinson-Patman Act*:

(i) comprovação, pelo autor, de que os preços contestados do concorrente estão abaixo dos preços de seus rivais tendo como base uma medida apropriada; e

(ii) a demonstração, também pelo autor, de que o concorrente tinha uma perspectiva razoável ou uma probabilidade perigosa de recuperar seu investimento em preços abaixo do custo.<sup>5</sup>

Ainda, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que a prática de preços predatórios pressupõe uma redução de preços por um agente do mercado que não teria racionalidade econômica em um cenário de oligopólio: “*confiar nas características de um oligopólio para garantir a recuperação das perdas de um esquema de preços predatórios depois que um oligopolista fez um movimento competitivo é ... economicamente irracional.*”<sup>6</sup>

## 2 REPERCUSSÕES DE BROOKE NOS ESTADOS UNIDOS E UNIÃO EUROPEIA

O caso teve ampla repercussão nos Estados Unidos, principalmente na consolidação de parâmetros para a análise de preços predatórios. Há quem diga que o caso substituiu teses anteriores difundidas a respeito da prática de preços predatórios<sup>7</sup>, se tornando predominante a respeito do tema. Ainda que tenham julgados esparsos que mantiveram teses pré *Brooke v. B&W*, fato é que este se consolidou como regra geral de análise na atuação estadunidense<sup>8</sup>.

5. “A plaintiff must prove (1) that the prices complained of are below an appropriate measure of its rival’s costs and (2) that the competitor had a reasonable prospect of recouping its investment in below-cost prices.” (Vide *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993))

6. “[t]o rely on the characteristics of an oligopoly to assure recoupment of losses from a predatory pricing scheme after one oligopolist has made a competitive move is ... economically irrational.”. (Vide *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993))

7. A título de exemplo, vide *Henry v. Chloride, Inc.*, 809 F.2d 1334 (8th Cir. 1987). No caso, foi admitida a evidência de intenção como um substituta para a evidência estrutural nas alegações de preço predatório.

8. Ainda que tenham julgados esparsos que mantiveram teses pré *Brooke v. B&W*, fato é que este se consolidou como regra geral de análise na atuação estadunidense: “Among the many reformers, none were more influential than Professors Donald Turner and Phillip Areeda, whose landmark 1975 article articulated what remains the defining statement on predatory pricing law.<sup>8</sup> Their reformation exposed the then existing predation dogmas and would become the foundation for the new order embodied by the Supreme Court in *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*,<sup>9</sup> which remains a bedrock of *Sherman* §2

É possível identificar 8 (oito) principais teses como repercussões desse precedente *Brooke v. B&W*:

(i) Preços abaixo do custo não devem estar sujeitos a responsabilidade potencial sob leis antitruste, a menos que o representante demonstre (a) que os preços reclamados estão abaixo de uma medida apropriada do custo de seus concorrentes; e (b) que o concorrente tinha uma perspectiva razoável de recuperar os prejuízos causados por esses preços abaixo do custo<sup>9</sup>.

(ii) Denúncias de preços predatórios podem ser sustentadas apenas sob condições estruturais estritamente definidas que envolvem monopólio ou oligopólio, elevadas barreiras de entrada e, ainda, a perspectiva de um período de “recuperação” sustentado após a campanha predatória.<sup>10</sup>

(iii) A exigência de preços abaixo do custo consiste em um dos elementos de responsabilidade<sup>11</sup>

---

jurisprudence.” (MURIS. Timothy J., CONIGLIO. Joseph V. What Brooke Group Joined Let None Put Asunder: The Need for the Price-Cost and Recoupment Prongs in Analyzing Digital Predation. Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy. Disponível em: <https://gaidigitalreport.com/2020/10/04/the-law-and-economics-of-predation-in-digital-markets>. Acesso em: 29 ago. 2023.)

9. “In *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, the Supreme Court found that below-cost pricing should not be subject to potential liability under the antitrust laws unless a plaintiff shows (i) “that the prices complained of are below an appropriate measure of its rival’s costs” and (ii) “that the competitor had a reasonable prospect (...) of recouping its investment in below-cost prices. This rule was designed to decrease the risk of false positives.” (AUER, Dirk; MANNE, Geoffrey. The error costs of loyalty discounts. *Law & Economics/ Concurrences* N° 1-2022; p. 1-8, 2022).
10. “The *Brooke* decision makes clear that predatory pricing claims can be sustained only under narrowly defined structural conditions that involve either monopoly or oligopoly, high entry barriers, and thus the prospect of a sustained “recoupment” period following the predatory campaign. But the offense of predatory pricing consists of the defendant’s intentional selection of a particular price for its value in excluding, disciplining, or destroying competition. Identifying that price has been the subject of considerable judicial dispute. The *Brooke* decision provided a little guidance by its dicta suggesting that the defendant’s price must be “below an appropriate measure of its rival’s costs, and then elaborating: [W]e have rejected elsewhere the notion that above-cost prices that are below general market levels or the costs of a firm’s competitors inflict injury to competition cognizable under the antitrust laws. See *Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co.*, 495 U.S. 328, 340 (1990). “Low prices benefit consumers regardless of how those prices are set, and so long as they are above predatory levels, they do not threaten competition. ... We have adhered to this principle regardless of the type of antitrust claim involved.” *Ibid.* As a general rule, the exclusionary effect of prices above a relevant measure of cost either reflects the lower cost structure of the alleged predator, and so represents competition on the merits, or is beyond the practical ability of a judicial tribunal to control without courting intolerable risks of chilling legitimate price-cutting.” (HOVENKAMP, Herbert. et al. *Antitrust Law, Policy and Procedure*. Cases, Materials, Problems. 8th edition. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press. p. 822 e 823, 2019)
11. “Despite this possibility, the *Brooke Group* Court required below-cost pricing as an element of liability because “the exclusionary effect of prices above a relevant measure of cost either reflects the lower cost structure of the alleged predator, and so represents competition on the merits, or is beyond the practical ability of a judicial tribunal to control without courting intolerable risks of chilling legitimate price cutting. (...) “To hold that the antitrust laws

(iv) A dinâmica do paralelismo consciente entre os oligopolistas não poderia produzir dano competitivo em um cenário predatório de preços, que necessariamente envolve uma redução de preço por um dos oligopolistas.<sup>12</sup>

(v) A denunciante tem o ônus de provar a realidade do preço supra competitivo ou a realidade do conluio tácito.<sup>13</sup>

(vi) A preocupação do *Sherman Act* é com preços predatórios que criam monopólio, enquanto o *Robinson-Patman Act* pode também se preocupar com a predação que cria ou perpetua o oligopólio.<sup>14</sup>

(vii) O caso *Brooke v. B&W* anula tacitamente várias decisões que permitiam a evidência de intenção como um substituto para a evidência estrutural nas alegações de preço predatório do *Robinson-Patman Act*.<sup>15</sup>

---

protect competitors from the loss of profits due to such price competition would, in effect, render illegal any decision by a firm to cut prices in order to increase market share. The antitrust laws require no such perverse result.” (AUER, Dirk; MANNE, Geoffrey. The error costs of loyalty discounts. *Law & Economics/ Concurrences* N° 1-2022; p. 1-8, 2022)

12. “The United States Court of Appeals for the Fourth Circuit affirmed. *Liggett Group, Inc. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 964 F.2d 335 (1992). The Court of Appeals held that the dynamic of conscious parallelism among oligopolists could not produce competitive injury in a predatory pricing setting, which necessarily involves a price cut by one of the oligopolists... In the Court of Appeals’ view, “Itjo rely on the characteristics of an oligopoly to assure recoupment of losses from a predatory pricing scheme after one oligopolist has made a competitive move is ... economically irrational.” (HOVENKAMP, Herbert. et al. *Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems*. 8th edition. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press. p. 803, 2019)
13. “Perhaps the Court’s most significant error is the assumption that seems to pervade much of the final sections of its opinion: that Liggett had the burden of proving either the actuality of supra competitive pricing, or the actuality of tacit collusion... In my opinion, the jury was entitled to infer from the succession of price increases after 1985 ... that B & W’s below-cost pricing actually produced supra competitive prices, with the help of tacit collusion among the players. But even if that were not so clear, the jury would surely be entitled to infer that B & W’s predatory plan, in which it invested millions of dollars for the purpose of achieving an admittedly anticompetitive result, carried a “reasonable possibility” of injuring competition. Accordingly, I respectfully dissent.” (HOVENKAMP, Herbert. et al. *Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems*. 8th edition. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press. p. 810, 2019)
14. “Some circuit decisions have opined that the standard for predatory pricing under the Sherman and Robinson-Patman Acts should be the same. See, e.g., *A.A. Poultry Farms v. Rose Acre Farms*, 881 F.2d 1396 (7th Cir. 1989). In *Brooke*, the Supreme Court did not follow that course. Rather, it held that, while the concern of the Sherman Act is with predatory pricing that creates monopoly, the Robinson-Patman Act may be additionally concerned with predation that creates or perpetuates oligopoly.” (HOVENKAMP, Herbert. et al. *Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems*. 8th edition. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press. p.811, 2019)
15. “*Brooke* implicitly overrules several circuit decisions that permit evidence of intent as a substitute for structural evidence in Robinson-Patman Act predatory pricing claims. See, e.g., *Henry v. Chloride, Inc.*, 809 F.2d 1334 (8th Cir. 1987) (requiring below cost prices but recognizing a possible violation upon a showing of pricecut plus specific intent to harm a rival). *Acord Double H Plastics v. Sonoco Prods*, 732 F.2d 351 (3d Cir. 1984).» (HOVENKAMP, Herbert. et al. *Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems*. 8th edition. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press. p. 811, 2019)



(viii) A principal preocupação no contexto dos cortes de preços é a adoção de uma regra administrável que evite falsos positivos mesmo que isso por vezes aconteça à custa de permitir falsos negativos. É dizer, frequentemente aceita-se uma margem de sobre e sub inclusão como o preço a se pagar pelos benefícios associados a um estado de direito transparente<sup>16</sup>.

O cenário é outro na União Europeia, em que é comum a aplicação de ao menos duas teses que contrariam em alguma medida *Brooke v. B&W*.

*A primeira divergência advém do fato de que a Comissão Europeia tem entendido não ser exigido como pressuposto para condenação por preço predatório a demonstração da possibilidade de recuperação dos investimentos quando os preços da representada estiverem abaixo do custo variável médio*<sup>17</sup>, sendo suficiente a comprovação da prática de preços abaixo do custo variável médio haja vista a falta de racional econômico que a torne pró-competitiva.

A segunda divergência advém do fato de que a Comissão Europeia não parece considerar a comprovação de preços abaixo do custo variável médio como requisito absoluto e indispensável para a condenação. Há casos em que a autoridade de concorrência europeia condenou empresas pela prática de preços predatórios mesmo quando os preços praticados eram superiores ao custo variável médio pelo fato de entender que preços baixos, quando propositalmente praticados para excluir concorrentes, constituem infração à ordem econômica.<sup>18</sup>

16. “Thus, the overriding concern for the Supreme Court in the context of price cuts is adopting an administrable rule that avoids false positives—which would saddle consumers with higher prices and depress competition— even if this sometimes comes at the expense of permitting false negatives.<sup>10</sup> Furthermore, as the US Court of Appeals for the 10th Circuit has noted (citing Brooke Group as an example), “most every rule proves over- or under-inclusive in some way. We often accept a degree of over- and under-inclusion as the price that must be paid for the benefits associated with a clear rule of law.” (AUER, Dirk; MANNE, Geoffrey. The error costs of loyalty discounts. *Law & Economics/ Concurrences N* °1-2022; p. 1-8, 2022)

17. “The law of the European Union does not require “recompment” when the defendant’s prices are below average variable cost or an equivalent measure. See Case C-333/94P, *Tetra Pak Int’l SA v. Comm’n*, 1996 E.C.R. 1-5951; Case T-340/03, *France I, I, com v. Commission* (Jan. 30, 2007) (First Instance). The European tribunals reason that prices below variable costs are “irrational,” except for their tendency to eliminate competition. Because the only plausible purpose for such pricing is anticompetitive, the conduct can be condemned without a showing that it would be profitable to the defendant.” (HOVENKAMP, Herbert. et al. *Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems*. 8th edition. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press. p. 815, 2019)

18. CJEC, 2.4. 2009, França Télécom v. Commission, caso C-202/07 P, ECLI:EU:C:2009:214, 109 (“Thus, the Court of Justice has held, first, that prices below average variable costs must be considered prima facie abusive inasmuch as, in applying such prices, an undertaking in a dominant position is presumed to pursue no other economic objective save that of eliminating its competitors. Secondly, prices below average total costs but above average variable costs are to be considered abusive only where they are fixed in the context of a plan having the purpose of eliminating a competitor (vide AKZO v Commission, parágrafos 70 e 71, e Tetra Pak v Commission, § 41).

### 3 REPERCUSSÕES DE BROOKE NO BRASIL

O inciso XV do artigo 36 da Lei nº 12.529, de 30.11.2011 (“*Lei Antitruste Brasileira*”) estabelece que a prática de preços predatórios consiste na venda de mercadorias ou prestação de serviços a preços injustificadamente abaixo do custo.<sup>19</sup>

Nos termos do Anexo I da Resolução nº 20/1999 do Cade<sup>20</sup>, os preços predatórios são definidos como práticas restritivas horizontais, cujo objetivo é reduzir ou eliminar a concorrência no mercado. É conceituada, em geral, como “prática deliberada de preços abaixo do custo visando eliminar concorrentes para, posteriormente, explorar o poder de mercado angariado com a prática predatória”.

Para ser capaz de praticar preços abaixo do seu custo, a empresa predadora deve também ser capaz de internalizar os custos excedentes e os prejuízos temporários decorrentes da redução injustificada, para que possa recuperá-los futuramente, com o que se consuma a prática anticoncorrencial. A ilicitude não está no comportamento em si (diminuição de preços), mas sim na estratégia anticompetitiva, tendente a eliminar o concorrente do mercado.

No Brasil, ainda que nenhuma condenação pela conduta tenha ocorrido desde a entrada em vigor da Lei 12.529/2011,<sup>21</sup> o tema está longe de ser superado. O Cade já investigou múltiplos casos, mas se viu diante de desafios inerentes à própria conduta averiguada.

Para além dos elementos citados, a condenação por preço predatório depende de um grau de convicção elevado, já que seu principal indicador – os preços baixos – são essencialmente benéficos ao consumidor e pró-competitivos, até que se prove o contrário. O risco de uma condenação equivocada, pelo menos em regra, é evitado ao máximo pelas autoridades

19. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm). Acesso em: 29 ago. 2023.

20. Apesar de a Resolução 20/1999 do CADE ter sido revogada pela Resolução 45/2007 do CADE, o Anexo I não foi expressamente revogado, de modo que se tem entendido que permanece como documento válido para auxiliar na interpretação de práticas restritivas à concorrência. Tomaremos o guia constante do Anexo I em consideração, mas não como orientação determinante, também pelas críticas que lhe foram dirigidas pelo próprio Departamento de Estudos Econômicos do próprio CADE, conforme se verá adiante. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=96756>. Acesso em: 29 ago. 2023. Nota-se que o fato de o CADE ter recentemente republicado o Guia para a Análise Econômica da prática de Preços Predatórios por meio da Portaria CADE nº 104/2022, sem ter feito alteração substantiva, é firme indicativo de que o CADE não deve, pelo menos no curto e médio prazo, alterar a forma como analisa os preços predatórios.

21. Vide Processo Administrativo n. 65/1981; “Neste artigo resolveremos o mistério e, spoiler, sim já houve (ao menos uma) condenação no Brasil” - JASPER, Eric Hadmann; CAUHY, Bárbara De’ Carli. Cabeça de bacalhau do antitruste: a história de uma condenação por preços predatórios no Brasil. Jota, 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/cabeça-de-bacalhau-do-antitruste-10122022>. Acesso em: 29 ago. 2023.

justamente pelo receio de desestimular estratégias que vão ao encontro daquilo que o direito da concorrência deve, constitucionalmente, proteger - a liberdade de iniciativa, livre concorrência, e defesa dos consumidores.

Embora compreensível o receio, é preciso enfrentar o tema e identificar caminhos que sejam seguros para se analisar a prática de preços predatórios. Em março de 2022, o Cade publicou a Portaria 104/2022, que apresenta um *Guia para a Análise Econômica da Prática de Preços Predatórios* com vistas a disciplinar a análise da autoridade antitruste brasileira.<sup>22</sup>

Além da relação entre custo médio total de produção e preço, o Guia indica que é preciso levar em consideração a estrutura do mercado afetado ao analisar se determinados preços são predatórios. Assim, condições de entrada, condições de oferta e capacidade de financiamento são elementos a serem examinados pelo Cade.

De acordo com o referido Guia, para avaliar se uma conduta de preço predatório representa um ilícito concorrencial, é necessário (i) definir um mercado relevante; (ii) no qual as entradas não são fáceis; (iii) há capacidade ociosa disponível; (iv) a empresa acusada tenha condições de financiamento; e (v) o preço seja inferior ao custo variável médio, (vi) sem que exista uma justificativa, como contração repentina da demanda ou excesso repentino de capacidade. Ao conferir maior previsibilidade à análise do Cade, o guia surge como um passo relevante em direção à implementação de métodos cada vez mais assertivos, capazes de viabilizar uma condenação incontroversa. Tanto é o caso, que apesar desse histórico de arquivamentos de preços predatórios, a Superintendência-Geral (“SG”) já sinalizou, em caso recente sobre esse tema, que o fato de não ter havido condenação de preços predatórios até o momento não significa que não poderá haver em casos futuros.<sup>23</sup>

No âmbito do Cade, o caso *Brooke Group v. B&W* já foi mencionado em diferentes oportunidades. O Departamento de Estudos Econômicos (“DEE”), por exemplo, ao publicar um estudo temático sobre a cobrança do valor referido por THC2 e congêneres, por terminais portuários no mercado de armazenagem alfandegada, fez referência ao caso em sua análise indicando os parâmetros do caso como o “teste de preço predatório do Tribunal em *Brooke v. B&W*.”<sup>24</sup> Nessa oportunidade, o DEE não só reconheceu como

22. Na prática a Portaria 104/2022 reproduziu, com adaptações dos termos da Lei nº 12.529/2011, o conteúdo do Anexo I da antiga Resolução nº 20/1999 do CADE

23. Nota Técnica nº 54/2022 proferida pela Superintendência-Geral do CADE em 7.11.2022 no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.002066/2019-77.

24. “O teste de preço predatório do Tribunal no *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, por exemplo, fornece um porto seguro para preços acima de uma medida relevante de custo, mesmo que o Tribunal reconhecesse explicitamente uma possibilidade de tal preço causar dano ao consumidor” (Cade. Nota Técnica 29/2022/DEE/CADE.

válida e pertinente a utilização de parâmetros análise estrangeiros, como apontou o critério de custo aplicado no caso do *Brooke v. B&W como diretriz a ser seguida também no Brasil*.

*Ainda, não é somente o critério do custo que a autoridade brasileira reconhece como necessário para configuração de preços predatórios. A necessidade de uma perspectiva de compensação também é apontada pelo Cade como requisito necessário para uma condenação, em linha com o caso Brooke v. B&W.*

*À título de exemplo, o critério da perspectiva de recuperação do investimento foi expressamente mencionado no Inquérito Administrativo que investigou supostas práticas de condutas anticompetitivas por parte do iFood.com Agência de Restaurantes Online S.A. contra concorrentes a jusante no mercado de vale-benefícios através de vantagens auferidas no mercado de plataformas de delivery de refeições.<sup>25</sup> Além de adotar a tese de recuperação do investimento, a SG se utiliza do parâmetro para desconsiderar a alegação de subsídios cruzados. Isto é, haja vista que a verificação da conduta de subsídios cruzados pressupõe uma prática de preços acima do custo em mercado paralelo, e que esta prática representaria uma perspectiva de recuperação (não verificada), não restaria demonstrada a lógica de compensação inerente à conduta.*

No mesmo sentido, o Departamento de Proteção e Defesa Econômica (“DPDE”) fez expressa menção ao caso *Brooke v. B&W* quando, em novembro de 2007, o Cade remeteu para análise do DPDE a decisão proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 001.2007.017178-6, que tramitou perante a 6ª Vara Cível de Recife, em face da denúncia oferecida pelo Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado de Pernambuco em desfavor dos Empreendimentos Pague Menos S/A, de Bompreço Supermercados do Nordeste S/A e de Landim Comércio Ltda pela prática de preços predatórios no mercado de comercialização de medicamentos. Na oportunidade, a autoridade sustentou que caso a Representada estivesse realmente cogitando monopolizar o mercado de estabelecimentos

---

DOCSEI 1129241)

25. “Nesse sentido é também a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Brooke*. Naquela decisão: o tribunal assumiu que (1) os preços estavam abaixo do custo variável médio e (2) a intenção anticompetitiva do réu era clara. No entanto, rejeitou a reclamação porque uma análise da estrutura de mercado a convenceu de que a “recuperação” não era provável. Ou seja, a estrutura de mercado não indicava que o réu poderia ter antecipado que seus preços atuais abaixo do custo renderiam ganhos de monopólio suficientemente grandes no futuro. Desta análise constata-se que a conduta de subsídios cruzados demanda, portanto, a existência de dois elementos: a cobrança de preços de monopólio ou excessivos em um dos mercados em que a Representada atua, o mercado de origem, e de preços predatórios no outro mercado, o mercado de destino, de forma que os lucros de monopólio em um mercado financiam a prática de preços predatórios no outro.” (Cade. Nota Técnica nº 20/2022/CGAA1/SGA1/SG/CADE. DOCSEI 1079706; No mesmo sentido: Cade. Nota Técnica DPDE no Processo nº08700.005688/2007-13; Cade. Nota Técnica DPDE no Processo nº 08012.007044/99-00; Nota Técnica DPDE no Processo nº 08012.009552/2007-31.

farmacêuticos, avaliaria a viabilidade de exercer de fato poder de mercado na eventualidade de uma estratégia de monopolização ser bem-sucedida. É justamente na averiguação dessa perspectiva de retorno que o “teste de preço predatório do Tribunal em *Brooke v. B&W*” é nominalmente invocado para sustentar a ausência de perspectiva de recuperação.<sup>26</sup>

Frisa-se, ainda, que o DPDE retomou essa metodologia em outros dois casos, consolidando com isso seu entendimento.<sup>27</sup> O caso *Brooke v. B&W* é mencionado pela autoridade também para fins de desconsiderar a tese de paralelismo consciente, já que, tal como preconizado no caso do *Brooke v. B&W*, trata-se de alegação desarrazoada do ponto de vista econômico<sup>28</sup>.

26. DPDE. Nota Técnica no Processo nº08700.005688/2007-13.

27. DPDE. Nota Técnica no Processo nº 08012.007044/99-00. (Representação formulada pelo Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos de Londrina - SINFARLON, em desfavor da Cooperativa de Usuários do Sistema Unimed do Estado do Paraná - USIMED do Paraná); DPDE. Nota Técnica no Processo nº 08012.009552/2007-31. (Denúncia do Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado de Goiás - SINCOFAGO, em face de Empreendimentos Pague Menos S/A., Drogasil S/A. e Carrefour Comércio e Indústria Ltda.).

28. “Em seqüência, aventa-se a possibilidade de paralelismo consciente entre as Representadas e a Becton Dickson. No entanto, cabe refutar tal argumento de pronto. Nesse sentido, interessante destacar o caso *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp* 509 U.S. 209 (1993) em que Liggett alega não ser intenção de Brown & Williamson retirá-la do mercado, mas apenas pressioná-la a aumentar preços através de um procedimento de tácita colusão com outros concorrentes. Há, em verdade, grande semelhança com o caso em pauta, já que Labnew afirma existir colusão entre as empresas Representadas e a BD no sentido de excluírem-na do mercado e aumentarem os preços. Segundo a melhor doutrina, trata de conduta desarrazoada do ponto de vista econômico, visto que somente o grupo MERCK terá corrido riscos e, acima de tudo, terá de compartilhar os lucros supracompetitivos com outra empresa na proporção das parcelas de mercado de cada uma delas. Além disso, é muito difícil obter essa forma de coordenação tácita.” (Parecer Técnico DPDE no Processo nº 08000.013002/95-92.)

Número do processo	Nome do processo	Trecho com menção ao caso <i>Brooke v. B&amp;W</i>
Inquérito Administrativo nº 08700.001797/2022-09 (14.3.2022)	Representante: Associação Brasileira das Empresas de Benefícios ao Trabalhador - ABBT Indiciada: iFood.com Agência de Restaurantes Online S.A.	<i>“Nesse sentido é também a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso Brooke. Naquela decisão: o tribunal assumiu que (1) os preços estavam abaixo do custo variável médio e (2) a intenção anticompetitiva do réu era clara. No entanto, rejeitou a reclamação porque uma análise da estrutura de mercado a convenceu de que a “recuperação” não era provável. Ou seja, a estrutura de mercado não indicava que o réu poderia ter antecipado que seus preços atuais abaixo do custo renderiam ganhos de monopólio suficientemente grandes no futuro.” - Cade. Nota Técnica nº 20/2022/CGAA1/SGA1/SG/ CADE. DOCSEI 1079706.</i>
Acompanhamento de Mercado N° 08700.003929/2019-23 (5.8.2019)	Estudo temático sobre a cobrança de do valor referido por THC2 e congêneres, por terminais portuários no mercado de armazenagem alfandegada.	<i>“O teste de preço predatório do Tribunal no Brooke Group Ltd. v. Brown &amp; Williamson Tobacco Corp., por exemplo, fornece um ponto seguro para preços acima de uma medida relevante de custo, mesmo que o Tribunal reconhecesse explicitamente uma possibilidade de tal preço causar dano ao consumidor” - Cade. Nota Técnica 29/2022/DEE/CADE. DOCSEI 1129241.</i>

Número do processo	Nome do processo	Trecho com menção ao caso <i>Brooke v. B&amp;W</i>
<p>Procedimento Administrativo nº08700.005688/2007-13 (27.11.2007)</p>	<p>Representante: Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado de Pernambuco - SINCOFARMA/PE</p> <p>Representados: Empreendimentos Pague Menos S/A., Bompreço Supermercados do Nordeste S/A. e N. Landim Comércio Ltda. (Farmácia dos Pobres)</p>	<p><i>“Justamente por isso é que a doutrina e jurisprudência norte-americanas atribuem tamanha importância a esta questão. Nesse sentido: “Desde 1980, a idéia de que a recuperação das perdas é central para a noção de preços predatórios ganhou bases nos Estados Unidos. Sua crescente aceitação teve seu ápice no julgamento Brooke Group, em que a Suprema Corte estatuiu que a fixação de preços predatórios é ilegal contanto que haja real probabilidade (sob a Seção 2 do Sherman Act), ou uma possibilidade razoável (sob o Clayton Act/Robinson-Patman Act) de que a recuperação seja bem sucedida. Ao arrolar a efetiva recuperação das perdas como um elemento constitutivo das denúncias de preços predatórios, a Suprema Corte acolheu a concepção da Escola de Chicago de que ‘estratégias de preços predatórios são raramente tentadas, e ainda mais raramente bem sucedidas’.</i></p> <p>70. <i>Observa-se, portanto, que a recuperação das perdas incorridas durante o período de predação desempenha um papel crucial na análise de acusações de preço predatório.”</i></p>

Número do processo	Nome do processo	Trecho com menção ao caso <i>Brooke v. B&amp;W</i>
<p data-bbox="352 1032 576 1167">Demanda Externa: Órgãos do Poder Judiciário N° 08700.006150/2013-74 (9.7.2013)</p>	<p data-bbox="624 931 839 1267">Representante: Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado de Goiás - SINCOFAGO Representados: Redes de Farmácias Pague Menos S/A., Drogasil S/A. e Carrefour Comércio e Indústria Ltda</p>	<p data-bbox="871 763 1230 1435"><i>“Justamente por isso é que a doutrina e jurisprudência norte-americanas atribuem tamanha importância a esta questão. Nesse sentido: “Desde 1980, a ideia de que a recuperação das perdas é central para a noção de preços predatórios ganhou bases nos Estados Unidos. Sua crescente aceitação teve seu ápice no julgamento Brooke Group, em que a Suprema Corte estatuiu que a fixação de preços predatórios é ilegal contanto que haja real probabilidade (sob a Seção 2 do Sherman Act), ou uma possibilidade razoável (sob o Clayton Act/Robinson-Patman Act) de que a recuperação seja bem sucedida. Ao arrolar a efetiva recuperação das perdas como um elemento constitutivo das denúncias de preços predatórios, a Suprema Corte acolheu a concepção da Escola de Chicago de que estratégias de preços predatórios são raramente tentadas, e ainda mais raramente bem sucedidas 70. Observa-se, portanto, que a recuperação das perdas incorridas durante o período de predação desempenha um papel crucial na análise de acusações de preço predatório.”</i></p>



Número do processo	Nome do processo	Trecho com menção ao caso <i>Brooke v. B&amp;W</i>
<p>Processo Administrativo nº 08012.007044/1999-00 (6.8.1999)</p>	<p>Representante: Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos de Londrina - SINFARLON</p> <p>Representada: Usimed Paraná - Cooperativa de Usuários do Sistema Unimed do Estado do Paraná</p>	<p><i>“Justamente por isso é que a doutrina e jurisprudência norte-americanas atribuem tamanha importância a esta questão. Nesse sentido: “Desde 1980, a idéia de que a recuperação das perdas é central para a noção de preços predatórios ganhou bases nos Estados Unidos. Sua crescente aceitação teve seu ápice no julgamento Brooke Group, em que a Suprema Corte estatuiu que a fixação de preços predatórios é ilegal contanto que haja real probabilidade (sob a Seção 2 do Sherman Act), ou uma possibilidade razoável (sob o Clayton Act/Robinson-Patman Act) de que a recuperação seja bem sucedida. Ao arrolar a efetiva recuperação das perdas como um elemento constitutivo das denúncias de preços predatórios, a Suprema Corte acolheu a concepção da Escola de Chicago de que ‘estratégias de preços predatórios são raramente tentadas, e ainda mais raramente bem sucedidas’</i></p> <p><i>70. Observa-se, portanto, que a recuperação das perdas incorridas durante o período de predação desempenha um papel crucial na análise de acusações de preço predatório.”</i></p>
<p>Processo Administrativo Nº 08000.013002/1995-97 (9.6.1995)</p>	<p>Representante: LABNEW INDUSTRIA E COMERCIO LTDA.</p> <p>Representada: MB BIOQUÍMICA LTDA e MERCK S/A INDÚSTRIAS QUÍMICAS</p>	<p><i>“Em seqüência, aventa-se a possibilidade de paralelismo consciente entre as Representadas e a Becton Dickson. No entanto, cabe refutar tal argumento de pronto. Nesse sentido, interessante destacar o caso Brooke Group Ltd. v. Brown &amp; Williamson Tobacco Corp 509 U.S. 209 (1993) em que Liggett alega não ser intenção de Brown &amp; Williamson retirá-la do mercado, mas apenas pressioná-la a aumentar preços através de um procedimento de tácita colusão com outros concorrentes”. Há, em verdade, grande semelhança com o caso em pauta, já que Labnew afirma existir colusão entre as empresas Representadas e a BD no sentido de excluírem-na do mercado e aumentarem os preços.”</i></p>

A influência do caso *Brooke v. B&W* nos julgados do Cade a respeito de preços predatórios mostra como a autoridade brasileira está atenta ao que acontece no exterior, e mais, como o caso *Brooke v. B&W* ultrapassou fronteiras e afetou o a forma como se investiga preços predatórios no Brasil.

#### 4 NOVOS PANORAMAS SOBRE PREÇOS PREDATÓRIOS APÓS BROOKE

Parte do ceticismo em torno dos casos de preço predatório é resultado da ideia de que a precificação abaixo do custo para expulsar os concorrentes do mercado é considerada irracional (e, portanto, sequer mereceria a atenção das autoridades antitruste), basicamente por duas razões: (1) existiriam maneiras mais lucrativas (por exemplo, aquisições) de eliminar concorrentes, e (2) futuros aumentos de preços resultariam em novas entradas (mercados com lucros exorbitantes atraem novos entrantes)<sup>29</sup>.

Apesar disso, há diversas críticas à teoria de recuperação ser um elemento necessário para a configuração da predação, e uma dessas críticas advém do argumento de que a recuperação pode se fazer de diversas formas, que nada podem ter a ver com uma recuperação econômica direta dos prejuízos. A primeira forma de recuperação pode ser a criação de uma reputação de *crazy firm* (“empresa louca”), que estaria disposta a arriscar a própria sobrevivência para ganhar fatias de mercado. A segunda forma de recuperação seria não no mercado em que ocorre a predação, mas em outros mercados, na medida em que a reputação criada em um mercado faz com que os concorrentes em outros mercados pensem duas vezes antes de adotar estratégias competitivas agressivas contra o predador.

Recentemente, há pelo menos dois movimentos que podem ser mencionados, que evidenciam uma retomada da atenção ao tema do preço predatório e indicam que há também aspectos controversos na análise de preços predatórios em outros países. Em recente caso envolvendo suposta prática de preço predatório pela empresa Qualcomm na *Europa*, está sendo rediscutida a metodologia de cálculo do custo na comparação com o preço.<sup>30</sup> Nos *Estados Unidos*, preços predatórios também estão em evidência, após de o FTC ter publicado novas diretrizes relacionadas à Seção 5 do FTC Act, que dão força ao combate de práticas desleais de concorrência, dentre as quais os preços predatórios.<sup>31</sup>

29. GOMEZ, R.; GOEREE, J.; HOLT, C. Predatory Pricing Rare Like A Unicorn. Handbook of Experimental Economics Results, Vol. Volume 1, pp. 178-184.2008. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S1574-0722\(07\)00022-4](https://doi.org/10.1016/S1574-0722(07)00022-4). Acesso em: 29 ago. 2023.

30. Disponível em: [https://content.mlex.com/#/content/1456133?referrer=search\\_linkclick](https://content.mlex.com/#/content/1456133?referrer=search_linkclick). Acesso em: 29 ago. 2023.

31. Disponível em: [https://content.mlex.com/#/content/1424559?referrer=search\\_linkclick](https://content.mlex.com/#/content/1424559?referrer=search_linkclick).

Para além desses dois movimentos de âmbito local, há uma nova tese que pode trazer luz às investigações de preços predatórios. Trata-se da análise dos preços predatórios sob a perspectiva dos subsídios governamentais investigados no âmbito do comércio internacional. Em dezembro de 2022, a OCDE realizou discussão no seu Comitê de Concorrência justamente sobre esse tema “*Subsidies, Competition and Trade*”<sup>32</sup>, em que sinaliza que subsídios podem complicar a determinação dos custos para a análise de preço predatório, e que, em jurisdições nas quais recuperação é uma pré-condição para a predação, atenção deve ser dada ao fato de que subsídios de empresas estatais podem não ter como objetivo a maximização dos lucros.

Um primeiro ponto interessante do documento da OCDE diz respeito à possibilidade de os subsídios concederem força financeira de modo a criar, manter ou melhorar a posição dominante de determinados agentes econômicos.<sup>33</sup> Ou seja, em um mercado em que a concessão de crédito é restrita, a obtenção de subsídios pode se mostrar como um instrumento de fortalecimento da posição de mercado. Uma operação de concentração econômica, por exemplo, pode ser viabilizada justamente tendo como base o suporte financeiro de um subsídio, tornando nítido o efeito distorcivo do subsídio sobre a concorrência.

Em segundo lugar, a OCDE aponta que a existência de empresas com “*deep pockets*” oriundos de subsídios, pode ser visualizada como uma barreira à entrada de outros concorrentes no mercado, impactando, por exemplo, análises em investigações de condutas unilaterais e em atos de concentração.

*Em terceiro lugar – e nisso que mais toca o presente artigo –, a OCDE recorda que a força financeira viabilizada pelos subsídios poderia ser também potencialmente anticompetitiva, tanto como conduta unilateral autônoma, quanto como análise de habilidade e incentivo em concentrações econômicas, na medida em que viabilize estratégias como a de preço predatório (abaixo do custo, em termos gerais) por um determinado período, compensando perdas de faturamento com preços maiores em um período futuro, ou mesmo em um mercado diferente do produto da predação.*

Ou seja, na prática de preço predatório, para ser capaz de praticar preços abaixo do seu custo, a empresa predadora deve ser capaz de internalizar os custos excedentes e os prejuízos temporários decorrentes da redução injustificada. A concessão de subsídios permite que a conduta de preços predatórios seja sustentada pela empresa sem onerá-la de forma

---

Acesso em: 29 ago. 2023.

32. OECD. Subsidies, Competition and Trade. 2022. Disponível em: [www.oecd.org/daf/competition/subsidies-competition-and-trade-2022.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/subsidies-competition-and-trade-2022.pdf). Acesso em: 29 ago. 2023.
33. Nesse ponto, recorda-se que um dos elementos considerados na análise da predação é sobre a capacidade de autofinanciamento da prática. A concessão de financiamento público, externo, mediante subsídio (por meio de crédito subsidiado ou outra forma de subsídio) reforçaria a possibilidade de adoção de comportamento predatório.

significativa no presente, o que é ainda mais efetivo quando a empresa não possui como objetivo a maximização de seus lucros, como aquelas beneficiadas por subsídios.<sup>34</sup>

Assim, no caso de subsídios governamentais, pode haver outros fatores em jogo que tornem menos relevante a segunda razão para tornar os preços predatórios irracionais (ou seja, futuros aumentos de preços). Certas empresas subsidiadas, incluindo empresas estatais, podem implementar a política industrial governamental explícita ou implícita, em vez de buscar maximizar o lucro. As empresas que não buscam maximizar seus lucros de longo prazo podem se envolver em predação sem recuperação.<sup>35</sup> Isso significa que o destinatário de tais subsídios pode não (precisar e/ou querer) aumentar os preços após o período predatório, mas isso pode, no entanto, levar a ineficiências alocativas e dinâmicas.

Há que se ter em mente, assim, que em especial para empresas estatais que se beneficiem de subsídios, o objetivo de recuperação das perdas de faturamento durante o período da predação não é uma precondição à configuração da conduta, já que não há, necessariamente, um objetivo de maximização dos lucros dessas empresas (simplesmente porque as perdas já estão sendo compensadas no presente). No caso de subsídios governamentais, pode haver outros fatores em jogo que tornem menos relevantes preços predatórios irracionais (ou seja, futuros aumentos de preços). Certas empresas subsidiadas, incluindo empresas estatais, podem implementar a política industrial governamental explícita ou implícita, em vez de buscar maximizar o lucro. Ou seja, a empresa predadora pode ser uma empresa que executa uma política industrial governamental e que, portanto, não busca maximizar seus lucros de longo prazo, de modo que podem se envolver em predação sem recuperação de perdas. Isso significa que o destinatário de tais subsídios pode não (precisar e/ou querer) aumentar os preços após o período predatório, mas isso pode, no entanto, levar a ineficiências alocativas e dinâmicas.

A tese apresentada acima, embora detenha elevado de grau complexidade, poderá ser apresentada dentro de um contexto de novos contornos e desafios da política de defesa concorrencial no Brasil, estando

34. OECD. *Subsidies, Competition and Trade*. 2022. Disponível em: [www.oecd.org/daf/competition/subsidies-competition-and-trade-2022.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/subsidies-competition-and-trade-2022.pdf). Acesso em: 29 ago. 2023. Ver também: ATHAYDE, Amanda; MARSSOLA, Júlia; MEDRADO, René Guilherme S. Subsídios, comércio internacional e concorrência: Novos ventos na União Europeia e na OCDE e possíveis impactos para o Brasil. Migalhas, 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/381032/subsidios-comercio-internacional-e-concorrancia>. Acesso em: 29 ago. 2023.

35. CAPOBIANCO, A.; CHRISTIANSEN, H. (2011), *Competitive Neutrality and State-Owned Enterprises: Challenges and Policy Options*. OECD Corporate Governance Working Papers, No. 1, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/5kg9xfjdhg6-en>.

alinhada com as preocupações que as autoridades estrangeiras de vanguarda (em especial, a Comissão Europeia) têm apresentado, à luz das complexidades atualmente presentes no âmbito do Comércio Internacional, em especial quanto à concessão de subsídios distorcivos ao processo competitivo.

## REFERÊNCIAS

- ATHAYDE, Amanda; MARSSOLA, Júlia; MEDRADO, Renê Guilherme S. Subsídios, comércio internacional e concorrência: Novos ventos na União Europeia e na OCDE e possíveis impactos para o Brasil. *Migalhas*, 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/381032/subsidios-comercio-internacional-e-concorrenca>.
- AUER, Dirk; MANNE, Geoffrey. *The error costs of loyalty discounts*. *Law & Economics/Concurrences* N° 1-2022; p. 1-8, 2022.
- CAPOBLANCO, A.; CHRISTLANSEN, H. (2011), *Competitive Neutrality and State-Owned Enterprises: Challenges and Policy Options*, *OECD Corporate Governance Working Papers*, No. 1, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/5kg9xfjgdbhg6-en>.
- GOMEZ, R.; GOEREE, J.; HOLT, C. *Predatory Pricing Rare Like A Unicorn*. *Handbook of Experimental Economics Results*, Vol. Volume 1, pp. 178-184.2008. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S1574-0722\(07\)00022-4](https://doi.org/10.1016/S1574-0722(07)00022-4). Acesso em: 29 ago. 2023.
- HOVENKAMP, Herbert. *et al. Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems*. 8th edition. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press. p. 804, 2019)
- JASPER, Eric Hadmann; CAUHY, Bárbara De' Carli. *Cabeça de bacalhau do antitruste: a história de uma condenação por preços predatórios no Brasil*. Jota, 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/cabeça-de-bacalhau-do-antitruste-10122022>.
- MURIS, Timothy J., CONIGLIO, Joseph V. *What Brooke Group Joined Let None Put Asunder: The Need for the Price-Cost and Recoupment Prongs in Analyzing Digital Predation*. *Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy*. Disponível em: <https://gaidigitalreport.com/2020/10/04/the-law-and-economics-of-predation-in-digital-markets>
- OCDE. *Predatory pricing*. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/abuse/2375661.pdf>.
- OECD. *Subsidies, Competition and Trade*. 2022. Disponível em: [www.oecd.org/daf/competition/subsidies-competition-and-trade-2022.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/subsidies-competition-and-trade-2022.pdf).