

# A EFICÁCIA JURÍDICA DA NORMA DE PREÇO ABUSIVO<sup>1</sup>

*Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo\**

*ABSTRACT: This paper wishes to identify the main academic and jurisprudential questions related to the anticompetitive practice known as abusive pricing. In order to do so, it entails a revision of the Brazilian and foreign constructions which sustain the continuous processing and judging of abusive pricing schemes. And also a description of the arguments based on Economic Analysis of the Law which advocate the vanishing of such procedures and the use of the Brazilian Antitrust Law for this matter due to the lack of an economic criterion for abusiveness, amongst other reasons.*

**SUMÁRIO:** Introdução. I. Entendimentos Jurisprudenciais sobre Preço Abusivo no CADE. 1. O Caso SINDIMIVA vs. WHITE MARTINS e AGA. 2. O Caso SINDIMIVA vs. WHITE MARTINS e AGA: O Contra-Ataque. II. A Revisão dos Argumentos Contrários ao Fim dos Preços Abusivos. 1. Da permanência do problema da ineficácia. 2. Institucionalismo Comparado: por que o CADE não é adequado para a tarefa. 3. Risco de Erro Tipo I > Risco de Erro Tipo II. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

Não há registro, no Brasil, de condenação por prática de preço excessivo<sup>2</sup>, muito embora várias denúncias (envolvendo vários setores<sup>3</sup>) tenham sido apresentadas

---

\* Professor Adjunto da FGV DIREITO RIO / CPDE. Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). LL.M. in Trade Regulation and Competition Policy pela New York University (NYU). Conselheiro do CADE.

1 Este artigo trata de uma versão revista e modificada de articulado já publicado na Revista do IBRAC n.º 19. Jan-jun. Ano 18. 2011. pp. 21-44.

2 As expressões preço abusivo e preço excessivo são tratados neste artigo como sinônimos.

3 Entre os quais, postos de combustíveis, medicamentos, planos de saúde, alimentos, bebidas, cimento, gás, serviços de transportes etc. Ministério da Justiça, 2009 <[http://www.cade.gov.br/upload/RELAT%C3%93RIO\\_DE\\_GEST%C3%83O\\_2008\\_CADE.pdf](http://www.cade.gov.br/upload/RELAT%C3%93RIO_DE_GEST%C3%83O_2008_CADE.pdf)>

ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC. O alto número de casos de preço excessivo acabou por gerar um esforço jurisprudencial que vem se tornando complexo ao longo dos anos. No entanto, até recentemente, o discurso era dominado por economistas, que se dividiam em duas posições históricas no CADE, definindo preço abusivo como: (i) aquele que decorre de alguma conduta ilícita (e o exemplo mais frequente seria cartel); e (ii) uma verdadeira conduta autônoma, desde que tenha um caráter exclusionário como efeito.

Como, então, definir uma política de atuação do SBDC para casos envolvendo acusações de preço excessivo? Quais os riscos envolvidos? E, principalmente, quais as questões jurídicas e econômicas que surgem no debate? Este artigo é uma breve tentativa para a formulação de resposta a essas perguntas, oferecendo sugestões para a atuação do SBDC, tendo em conta uma postura que privilegia uma efetividade global.

## I. ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS SOBRE PREÇO ABUSIVO NO CADE

No julgamento do caso que ficou conhecido como “CPI dos Medicamentos”<sup>4</sup>, o Ex-Conselheiro Luís Carlos Delorme Prado entendeu que o preço abusivo seria somente aquele que decorreria de uma outra conduta. Sob essa interpretação, o preço abusivo seria, na verdade, uma consequência de outra conduta. Ressalvou, no entanto, que soluções de intervenção em preços seriam possíveis, caso o setor em particular apresentasse alguma externalidade social ou qualquer falha de mercado que demandasse essa solução. E esclareceu que, nessas circunstâncias, o papel de intervenção não seria exercido pelo CADE, mas por um órgão regulador.

Em processo sobre o mesmo tema<sup>5</sup>, o Ex-Conselheiro Paulo Furquim identificou que o preço abusivo poderia, sim, consubstanciar uma conduta autônoma, independente, portanto, de outra conduta. E isso ocorreria quando houvesse uma relação vertical entre as empresas, em que o objetivo seria favorecer a empresa integrada verticalmente *downstream*; essa seria, ao ver do Ex-Conselheiro, uma situação análoga à recusa de venda<sup>6</sup>. Com essa possi-

4 Sentença do CADE, de 7 de Julho de 2008, processo 08012.000966/2000-01.

5 Sentença do CADE, de 22 de Maio de 2009, processo 08012.005181/2006-37.

6 Aqui, abre-se mais uma divisão entre os preços abusivos autônomos: (i) preço abusivo exclusionário (hipótese que é aventada pelo Ex-Conselheiro Furquim); e (ii) preço abusivo exploratório (direcionado ao consumidor de produtos e/ou serviços).

bilidade em mente, o Ex-Conselheiro propôs uma metodologia para identificar o preço abusivo exclusionário, que consistiria em três passos, por meio dos quais se deve analisar: (i) se houve aumento desproporcional<sup>7</sup>; (ii) se a empresa tinha poder de mercado; e (iii) os efeitos sobre a concorrência nesse dado mercado.

Embora a motivação tenha variado (e mesmo evoluído) ao longo dos anos, todos os votos resultaram na mesma conclusão: arquivamento. Esse ponto chamou a atenção do Conselho para outro possível prisma de análise desses casos: será que o dispositivo sobre preços excessivos da Lei n. 8.884/1994 é ineficaz? A resposta (tentativa) a essa pergunta consubstanciou o debate no processo descrito abaixo.

### 1. O Caso SINDIMIVA vs. WHITE MARTINS e AGA

Esse caso<sup>8</sup> representa uma denúncia típica de preço abusivo, em que a White Martins e a AGA são acusadas da prática por cobrarem preços de oxigênio líquido acima do que praticam em outras regiões do mesmo estado (Minas Gerais), supostamente sem justificativas de custo logístico ou econômico<sup>9</sup>. As defesas, por sua vez, também seguem o padrão para condutas do gênero. De um lado, o acusado sustenta haver diferenças de custo para justificar as diferenças de preço, alegando ainda a existência de concorrência no segmento. E, de outro, o denunciante alega que o produto não possui substitutos e que não há qualquer explicação para a diferença entre preços.

As acusações e defesas, no entanto, deixam de lado um ponto nodal: será que é possível formular critérios a partir dos quais uma condenação por preço abusivo torna-se viável? E por reajuste excessivo? Essas perguntas são imprescindíveis para verificar se a norma é eficaz; ou seja, se é capaz de *produzir os efeitos legais previstos*<sup>10</sup>.

7 O Ex-Conselheiro, no entanto, não explicitou o que seria um aumento desproporcional.

8 Sentença do CADE, de 18 de Agosto de 2010, processo 08012.000295/1998-92.

9 De acordo com a instrução do processo, os preços praticados na comercialização de oxigênio líquido por m<sup>3</sup>, em janeiro de 1998, em Belo Horizonte (R\$ 0,56), Governador Valadares (R\$0,30) e Vale do Aço (R\$1,90), revelariam o preço abusivo neste último. O processo continha similar acusação e evidência quanto a outros tipos de gases comercializados pelas empresas representantes.

10 Entendo dispensável definir o conceito jurídico de validade para este artigo. Portanto, apenas relembrei a definição de eficácia jurídica, que “é qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta dos efeitos” cf. Ferraz Jr., 2003:199.

Antes, no entanto, de endereçar as questões relacionadas à possível ineficácia do dispositivo de preços excessivos da Lei Antitruste, devo lembrar que há três linhas de argumentos que justificam a ausência de intervenção nessas hipóteses: (i) crença na autocorreção do preço excessivo; (ii) risco de desincentivo à inovação; e (iii) dificuldade na mensuração de um preço competitivo e, em consequência, de um preço excessivo. Os dois primeiros são argumentos de política de intervenção (ou seja, se é melhor ou pior intervir nessas hipóteses), ao passo que o terceiro realmente delimita uma impossibilidade, fática, de se concluir pela excessividade de um preço.

Deixarei de lado os dois primeiros, pois é com base no terceiro argumento que recai a análise de eficácia do dispositivo legal em análise<sup>11</sup>. A análise de eficácia de um dispositivo legal se subdivide em duas etapas: (i) a ineficácia pode ser fática, quando inexistem condições concretas exigíveis para a sua observância ou para a *satisfação dos objetivos legais*<sup>12</sup>; e (ii) a ineficácia pode ser jurídica, quando a norma original ou norma regulamentar não prevê os elementos suficientes e necessários à sua aplicação<sup>13</sup>.

Durante o julgamento do caso *SINDIMIVA vs. White Martins e Aga*<sup>14</sup>, sustentei que a norma que versa sobre preços excessivos na Lei Antitruste Brasileira estava eivada de ineficácia, ainda que parcial. O argumento estava primordialmente baseado na dificuldade de mensuração de um preço excessivo, a partir de algumas constatações práticas: (i) embora existam condenações internacionais por preço abusivo, nenhum órgão conseguiu determinar um critério de *abusividade que tenha prevalecido*<sup>15</sup>; (ii) o modelo cuja regra geral é a liberdade de preços torna esse eventual critério a ser definido verdadeira regulação direta pelo órgão de defesa da concorrência; e (iii) a precificação de uma empresa orientada para maximizar lucro é socialmente desejável, na ausência de falhas de mercado que demandem intervenção em preços.

---

11 Incidentalmente, no entanto, também analisarei o peso dos dois primeiros argumentos na decisão de não intervir em denúncias de preço abusivo.

12 Cf. Ferraz Jr., 2003: 203 e 199.

13 Cf. Ferraz Jr., 2003: 203 e 200.

14 O julgamento foi unânime com relação ao arquivamento do caso. Houve divergência apenas com relação à possibilidade de se declarar a parcial ineficácia do dispositivo relacionado a preços abusivos previsto na Lei de Defesa da Concorrência.

15 Irei endereçar esse ponto com maior vagar mais à frente.

Essas constatações tornam ineficaz qualquer interpretação que oriente por uma intervenção do órgão de defesa da concorrência. Simplesmente não há como mensurar abusividade a partir de uma suposta conduta autônoma de preços abusivos (i.e., na ausência de uma conduta dita “coadjuvante”). Essa impossibilidade fática torna-se ainda mais evidente diante de mais alguns fatos concretos. Assumindo-se que seja possível estimar a estrutura de custos de um segmento (item a ser discutido mais à frente), seria possível estabelecer um consenso sobre qual o percentual acima dos custos seria abusivo? E, mais ainda, se esse percentual poderia ser aplicável para todos os mercados, levando-se em conta que cada segmento possui uma taxa de retorno diferente?

Tais perguntas, em síntese, delimitam a impossibilidade fática de se criar um critério para a abusividade, o que reflete a ineficácia fática do dispositivo. No entanto, a esse argumento os favoráveis a uma intervenção do CADE nessas hipóteses poderiam opor o fato de que o artigo 21, inciso XXIV, da Lei n. 8.884/1994 possui uma série de critérios para delimitar a excessividade de um preço, critérios esses que podem ser ainda mais elásticos ao caso concreto tendo em vista a utilização, pelo legislador, de técnica legislativa mais flexível, permitindo uma maior ação do intérprete da norma. A essa situação, delimita-se o conflito sobre a eventual ineficácia jurídica da norma. É hora, portanto, de reproduzir a norma para ilustrar a discussão sobre sua eficácia jurídica:

“Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica; XXIV – impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:

I – o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade;

II – o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais;

III – o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis;

IV – a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos.”

A partir da leitura do dispositivo acima, é possível entender que há duas hipóteses de incidência para a verificação de excessividade: (i) imposição de preços excessivos; e (ii) elevação de preços sem justa causa. Percebe-se, de pronto, duas tendências para extrair abusividade: (i) a que procura parâmetros de abusividade com base em comparações diversas (incisos II e III); e (ii) a que procura parâmetros de abusividade com base no custo de produção (inciso I). O inciso IV refere-se à hipótese de preço abusivo como algo decorrente da conduta de cartel, situação em que se pode questionar não a sua eficácia, mas a sua necessidade, já que *coberto alhures na lei*<sup>16</sup>.

Assim, a partir dos critérios legais, uma primeira seleção de parâmetros de abusividade busca uma comparação entre o produto acusado com: (i) o mesmo produto em período anterior; (ii) produtos concorrentes comercializados no mesmo mercado ou em mercados diversos no mesmo país; e (iii) produtos semelhantes. A pergunta decorrente dessa definição de parâmetros é a seguinte: essas comparações possuem lastro suficiente e necessário para identificar a abusividade de um dado preço?

Acredito que não. A comparação com o mesmo produto em momento anterior deixa de lado um ponto relevante: será que, no período anterior, o preço era justo? Desconsidero, para tanto, a própria dificuldade em determinar o que é justo; tarefa, aliás, a meu ver, senão impossível, muito difícil de ser cumprida. Mas, ainda assim, o preço poderia ser, por exemplo, promocional, predatório ou mesmo não sofrer reajuste por um longo período de tempo. E o mesmo ocorre com as comparações com preços praticados por concorrentes no mesmo mercado e em mercados distintos.

Existem inúmeras explicações para as diferenças entre os preços (marca, design, qualidade, etc.), mesmo para produtos homogêneos, sendo que a própria dinâmica comercial pode ser distinta (maior ou menor número de concorrentes, diferentes graus de tributação, nível de renda, etc.). O problema, portanto, está na base de comparação, que não é confiável para daí extrair qualquer idéia de abusividade. Acho dispensável tecer maiores comentários a respeito da comparação com produtos semelhantes, já que presentes todas as considerações acima agravadas de heterogeneidade.

---

16 Lei 8.884/94 – “Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

1 – fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços.”

A verificação com base em uma comparação com os custos do produto consubstancia um desafio talvez ainda maior. Primeiro, há o problema de assimetria de informação entre o SBDC e o produtor acusado, sendo notória a dificuldade para aquele verificar os custos de produção, problema que se agrava ainda mais em mercados heterogêneos. Mas esse ponto nem de longe é o mais problemático. Na verdade, mesmo que os custos consigam ser adequadamente computados pelo SBDC, o problema na definição de abusividade permanece incólume: qual seria o percentual X, da margem ou mesmo do preço final praticado, que poderia ser considerado como abusivo?

Entendo, portanto, que a norma carece também de eficácia jurídica, pois não apresenta condições suficientes e/ou necessárias para que gere os efeitos colimados, posição que defendi no voto relator. Em tese, a técnica legislativa do inciso XXIV, do art. 21, da Lei n. 8.884/1994 poderia oferecer uma solução, ao fazer referência a outros critérios a serem definidos no caso concreto, por meio da expressão “além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes”, para a caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços. Essa construção legislativa, a exemplo de cláusulas gerais ou de conceitos indeterminados, possibilita ao intérprete maior flexibilidade na aplicação do Direito ao caso concreto. No entanto, em função da dificuldade fática de mensuração da abusividade, o problema permanece.

## **2. O Caso SINDIMIVA vs. WHITE MARTINS e AGA: O Contra-Ataque**

Embora a dificuldade para mensurar a abusividade de um preço ou de um reajuste tenha sido praticamente unânime no julgamento do processo, os Conselheiros divergiram quanto ao reconhecimento da ineficácia do dispositivo, o que, na prática, significa manter o processamento de casos por preço abusivo autônomo<sup>17</sup>. Em resumo, cinco grupos de argumentos sustentaram essa posição: (i) a existência de jurisprudência estrangeira com condenações sobre o tema; (ii) o reconhecimento de possíveis abusos de preços em casos envolvendo propriedade intelectual; (iii) a viabilidade de soluções estruturais para casos de preços abusivos; (iv) a necessidade de intervenção, pelo SBDC,

---

17 No sentido da parcial ineficácia do dispositivo da Lei Antitruste que trata sobre preços excessivos votaram, além deste autor, os Conselheiros César Mattos e Olavo Chinaglia. No sentido contrário, votaram os Conselheiros Ricardo Ruiz, Vinícius Carvalho, Fernando Furlan e o Presidente Arthur Badin.

quando houver desrespeito às regras de tarifação em setores regulados; e (v) a definição de padrões de abusividade diretos ou não em legislações esparsas no Brasil.

A descrição dos precedentes europeus encontrou, a partir do caso GM<sup>18</sup>, um possível critério para abusividade, a partir de teste baseado na relação entre preço e valor econômico de produtos e serviços fornecidos por uma empresa dominante. Segundo esse critério, considera-se excessivo o preço que não tem qualquer relação razoável com o valor econômico do produto. Esse mesmo teste chegou a ser aplicado por ocasião do julgamento do caso United Brands<sup>19</sup>, em que, sem razão aparente, a empresa dominante praticava preços diferentes em praças (na verdade, países) distintas.

O argumento relacionado à propriedade intelectual trouxe interessante desafio ao CADE, que é responsável por casos de abuso de direito a cultivares<sup>20</sup>. Nos termos da Lei n. 9.456/1997, a cultivar sob a qual recai o abuso poderá ser objeto de licença compulsória, em requerimento dirigido ao Ministério da Agricultura e decidido pelo CADE, assegurando-se a disponibilidade da cultivar no mercado, a preços razoáveis, toda a vez que o seu fornecimento regular esteja sendo injustificadamente impedido pelo titular do direito de proteção ao cultivar. Dessa forma, o CADE não poderia abrir mão de julgar casos de preços abusivos, pois, ao assim fazer, estaria deixando sem tutela possível abuso de direito de propriedade intelectual, cuja compe-

---

18 Por decisão governamental, a General Motors passou a deter o monopólio da concessão de certificados de conformidade para veículos usados na Bélgica. Assim, os carros da GM vendidos em outros Estados Membros e importados para a Bélgica teriam que obter esse certificado. A Comissão entendeu que os preços cobrados pela emissão desse certificado seriam abusivos porque os preços para aprovar carros importados da Europa e dos Estados Unidos era o mesmo, embora os custos fossem diferentes. Além disso, outras firmas cobravam por serviços semelhantes preços bem menores, a exemplo dos preços que eram cobrados antes da concessão do monopólio. A Corte Européia também reverteu a decisão por entender que a emissão do certificado era uma nova responsabilidade recentemente transferida para a GM que, logo após um período curto com as altas taxas, reduziu os valores dos certificados.

19 A empresa United Brands vendia bananas sob a marca “Chiquita” a preços diferentes para países do Norte Europeu. A Comissão Européia considerou os preços abusivos, entre outras razões, porque os preços praticados na Alemanha, Holanda e Dinamarca eram, pelo menos, 100% mais caros do que os praticados na Irlanda. A Corte Européia, no entanto, considerou que não havia prova suficiente da excessividade do preço praticado, abrindo a possibilidade de uma série de comparações para esse mister (diferença entre os custos e os preços, comparações com produtos concorrentes etc.).

20 É necessário definir o termo: cultivar é “a variedade de qualquer gênero ou espécie vegetal superior que seja claramente distinguível de outras cultivares conhecidas por margem mínima de descritores, por sua denominação própria, que seja homogênea e estável quanto aos descritores através de gerações sucessivas e seja de espécie passível de uso pelo complexo agroflorestal, descrita em publicação especializada disponível e acessível ao público, bem como a linhagem componente de híbridos” (art. 3, inc. IV, da Lei n. 9.456/97).



tência não poderia ser exercida por outro agente público (o que ocorre com os demais direitos de propriedade intelectual, cujo licenciamento seria de competência do INPI<sup>21</sup>).

E não é só. A impossibilidade de se determinar abusividade de preços em casos envolvendo propriedade intelectual também poderia provocar algo similar a um efeito Avert-Johnson, gerando um incentivo ao sobre-investimento em inovação.

Outro argumento a favor da intervenção em casos de preço abusivo está relacionado à possibilidade de imposição de sanções de caráter estrutural<sup>22</sup> (embora essa opção não seja usual, nem tenha sido utilizada pelo Conselho).

Explico o porquê desse argumento: não seria lógico impor uma multa por imposição de preço abusivo, já que as próprias características de uma conduta desse gênero tornariam inócua uma intervenção com esse perfil por dois motivos: (i) não solucionaria o problema estrutural que deu origem à possibilidade de abuso; em outros termos, não gera mais concorrência; e (ii) poderia ser mais deletéria ao consumidor, que sofreria com os repasses da multa imposta. Esses dois motivos sustentariam uma postura contra a intervenção em hipóteses de preços excessivos autônomos, já que possivelmente não haveria resultado útil para a sociedade a partir da sanção imposta (na hipótese, claro, de impossibilidade de aplicação de sanções alternativas à multa).

Entretanto, a Lei Antitruste Brasileira prevê uma vasta gama de possibilidades de sanções aplicáveis por infração à ordem econômica. Ao lado das multas (previstas no art. 23), aquele diploma legal também prevê a proibição de contratação com instituições financeiras oficiais e de participação em licitações com a Administração Pública (art. 24, inc. II), a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor (art. 24, inc. III), recomendações de licenciamento compulsório e de proibição de parcelamento de tributos federais (art. 24, inc. IV) e, por último, cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica (art. 24, inc. V). Esse último inciso permitiria, ao

21 Conforme a Seção III da Lei n. 9.279/1996, do Brasil.

22 Lei 8.884/94 – “Art. 24. Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

V – a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.”

CADE, eliminar a capacidade estrutural de gerar o problema “preço abusivo”, viabilizando uma maior competitividade no setor que provocou a condenação por aquela conduta específica.

Além disso, há situações em que é possível mensurar o abuso no preço praticado pelo agente econômico, definindo-se mais facilmente um padrão para a antijuridicidade. Isso ocorreria nas situações em que os parâmetros de preço são determinados por um órgão regulador (agência ou não). Nessas circunstâncias, toda vez que um agente despreze uma regra de preço (como, por exemplo, o preço que seria resultado de um *price cap* ou de uma taxa de retorno), os órgãos de defesa da concorrência também poderiam punir preço excessivo. Concessionários, então, estariam sujeitos não somente às sanções regulatórias, mas também às sanções por infração à ordem econômica, cominando-se ao fato dois tipos distintos de sanção (regulatória e antitruste).

Por fim, de forma a rebater a suposta impossibilidade de definir um padrão de abusividade, ressaltou-se que alguns diplomas legais tratam de preços excessivos. Em especial, a Lei de Economia Popular (Lei n. 1.521/1951) determina excessivo o “lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida”<sup>23</sup>. Aliás, esse patamar de 20% já teria sido utilizado em decisões judiciais<sup>24</sup>. Além da Lei de Economia Popular, outros diplomas legais brasileiros e estrangeiros tentariam definir padrões de abusividade, de forma a evitar a geração de vantagens indevidas em detrimento do consumidor. Entre os diplomas aqui e alhures, destacam-

---

23 “Art. 4.º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: (...)

b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros.”

24 Como exemplo, vide: Ação Civil Pública Em Defesa De Interesses Difusos E Coletivos De Consumidores – Abusividade Na Definição Do Preço De Venda De Álcool Combustível – Percentual De Lucro Excessivo – Indeferimento Da Limitação Liminar Do Lucro Em Patamar Razoável De 20% Até Julgamento Final Da Ação – Requisitos Da Aparência Do Bom Direito E Do Perigo Da Demora Presentes – Recurso Provido. “Tratando-se de interesse coletivo sobreleva considerar os prejuízos decorrentes de eventual prática abusiva de preço” (José Francisco Pellegrini, TJRS) Não é indevida a intervenção do Poder Judiciário, dès que provocado, na defesa dos interesses difusos e coletivos, quando há fundada suspeita de fixação abusiva de lucros. Verificada a prática de preço abusivo, mantém-se liminar que coíbe margem de lucro bruto acima de 20% na venda de combustíveis ao consumidor, tomando-se como base o preço de aquisição junto à distribuidora.” (Sentença de Tribunal de Justiça do Mato Grosso, de 24 de Outubro de 2007, processo 41587/2007).

-se o CDC (mais especificamente, os arts. 39, V<sup>25</sup>, e 51, IV<sup>26</sup>) e os Anti-Price Gouging Acts, proibindo preços excessivos em casos de desastres naturais<sup>27</sup>.

## II. A REVISÃO DOS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO FIM DOS PREÇOS ABUSIVOS

O voto relator, por ocasião do julgamento do AP nº 08012.000295/1998-92, preconizava um reconhecimento parcial da ineficácia do artigo 21, inc. XXIV, da Lei n. 8.884/1994. Parcial porque a possibilidade de aplicação (e de, portanto, geração de efeitos) subsistiria nas hipóteses em que o preço abusivo fosse um efeito de cartel (inc. IV do p. ú. do art. 21, inc. XXIV) ou mesmo em circunstâncias que o seu efeito seja exclusionário, equivalendo a uma hipótese de recusa de venda. Entendi, no entanto, que ambas as hipóteses se encontrariam em outros dispositivos da Lei Antitruste Brasileira, razão por que não haveria maior necessidade de encontrar uma solução interpretativa para o dispositivo sobre preços excessivos. Isso porque a lógica da Lei Antitruste Brasileira, calcada em efeitos e prevendo hipóteses de incidência exemplificativas, prescindiria de maiores esforços interpretativos para manter a efetividade da lei. Lembro ainda que o objetivo original do voto relator era o de gerar rotinas que tornassem o SBDC mais eficiente e efetivo, permitindo uma priorização das suas ações.

Essa linha de argumentação foi relativizada pela premência de se manter uma atuação do SBDC no combate aos preços excessivos. E o resultado do julgamento não provocou maiores indicações sobre como deveria ser a política de repressão à prática de preços abusivos. Na verdade, diversos Conselheiros tentaram formular mecanismos de triagem<sup>28</sup>, todos cientes da quantidade de casos de preços excessivos julgados e arquivados. Como todo julgamento chega a um fim, não foi possível delinear todos os argumentos levantados nos votos dos Conselheiros, o que passo a fazer agora, com o necessário vagar

25 “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: V – exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva.”

26 “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.”

27 Conforme citado no voto vista do Conselheiro Vinícius no processo ora *in commento*.

28 Os Conselheiros Ricardo Ruiz e Fernando Furlan, além do Presidente Arthur Badin, sugeriram mecanismos de triagem, ou regras de ação, para a recepção de denúncias de preços abusivos pelo SBDC.

acadêmico. Antes, porém, preciso dizer que somente após a validação (ou não) dos argumentos acima reproduzidos é que será possível dizer o quanto a decisão poderá representar um precedente que oriente os órgãos de instrução.

### 1. Da permanência do problema da ineficácia.

Diversos precedentes estrangeiros foram citados nos votos como evidência de que os órgãos antitruste estrangeiros não abandonaram o processamento de casos de preço excessivo autônomo. Na verdade, grande parte dos precedentes citados não foram processos que envolveram acusações de preço excessivo autônomo, mas sim de discriminação de preços, descontos (fidelização), além de outras condutas. E outra parte não resistiu à revisão pelo Poder Judiciário, que, em síntese, não encontrou parâmetros de comparação que pudessem identificar um padrão de abusividade. Abaixo, citarei apenas os casos que foram processados e condenados como preços abusivos.

QUADRO I

<b>Caso</b>	<b>Jurisdição</b>	<b>Resultado</b>
General Motors <sup>29</sup>	União Européia	Comissão: condena Judiciário: reverte condenação
United Brands <sup>30</sup>	União Européia	Comissão: condena Judiciário: reverte condenação
British Leylands <sup>31</sup>	União Européia	Comissão: condena Judiciário: mantém a condenação
Deutsh Post II <sup>32</sup>	União Européia	Comissão: condena Judiciário: não houve recurso
NAPP <sup>33</sup>	Reino Unido	OFT: condena UK Commission: mantém a condenação
Harmony Gold Mining vs. Mittal Steel <sup>34</sup>	África do Sul	Competition Commission: arquiva Competition Tribunal: Condena

Nenhum dos casos acima representa um precedente válido para uma hipótese de preços abusivos a demonstrar a eficácia de norma que preveja infração do gênero. General Motors e United Brands não foram mantidos no Judiciário, que efetivamente considerou ausentes critérios para demonstrar a excessividade suficiente a gerar condenação. British Leylands, na verdade, importa em discriminação com o objetivo de evitar o fenômeno da importação paralela<sup>35</sup>, objetivo esse a ser rechaçado por conta da proposta de um

---

29 O caso foi descrito na nota de rodapé n. 18 deste artigo.

30 O caso foi descrito na nota de rodapé n. 19 deste artigo.

31 A exemplo do caso da GM, a British Leyland também possuía o monopólio legal para emissão de certificados de conformidade para carros, inicialmente cobrando preços similares para carros com volantes no lado direito e no lado esquerdo. Após um período determinado, aumentou os preços apenas para carros com volantes no lado esquerdo. A Comissão Européia entendeu que esses preços não refletiam os custos e que se destinavam, na verdade, a impedir importações. A Corte Européia manteve a decisão da Comissão por entender que não haveria diferenças significativas de custo, daí porque não deveria haver diferença nos respectivos preços. Na verdade, a lógica era tornar a re-importação de carros com volantes no lado esquerdo menos atrativas.

32 Aqui, a questão me parece mais regulatória do que propriamente concorrencial. Em 2001, a empresa DPAG, que mantinha um monopólio legal para o correio interno, tinha uma política no sentido de considerar como interna toda correspondência que chegava de outros países, mas contendo uma referência à Alemanha (em geral, um endereço de retorno na Alemanha). Ao considerá-las, portanto, como correspondência doméstica, aplicava a tarifa doméstica. A Comissão Européia identificou o emissor dessas correspondências, verificando que não havia emissores alemães, e sim que as cartas vinham do Reino Unido. Embora a questão envolvesse uma análise de custos e preços cobrados, o principal ponto da decisão era a identidade (nacionalidade) dos emissores das correspondências *sub-judice*. Tanto é assim que, após ter sido determinado ao longo da instrução que essas correspondências não se configuravam domésticas, a própria DPAG não questionou a decisão da Comissão Européia.

33 A Napp Pharmaceutical Holdings foi a primeira empresa a lançar o produto morfina de liberação prolongada no Reino Unido, mantendo a patente até 1990. Esse produto é comercializado para hospitais e para a comunidade em geral. A OFT alegou que a empresa estaria praticando preço predatório no fornecimento aos hospitais e excessivo na venda à comunidade. Como critério de abusividade, a OFT elaborou comparações do preço praticado em ambos os segmentos com os custos de produção da empresa e com o preço dos concorrentes. A UK Competition Commission reduziu a multa imposta, mantendo, no entanto, a condenação.

34 O Tribunal de Concorrência Sul-Africano (The Competition Tribunal Of South Africa), processou e condenou a empresa Mittal Steel por preço excessivo no mercado interno de placas de aço, empresa essa que detinha 80% de market share. Para tanto, entendeu que havia as características estruturais para um possível abuso, não sendo o mercado sujeito a inovações ou alvo de regulação. A abusividade foi comprovada a partir da discriminação de descontos concedidos pela Mittal Steel (que eram concedidos apenas às empresas que tinham como substituir o aço por plástico) e também a partir de uma comparação entre os preços praticados no mercado interno e externo. Assim, o Tribunal sul-africano evitou a tarefa de definir um preço justo ou mesmo o valor econômico do produto (25 de setembro de 2009, *Mittal Steel South Africa Limited, Macsteel International BV, Macsteel Holdings (Pty) Limited vs Harmony Gold Mining Company Limited, Durban Roodepoort Deep Limited*, processo 70/CAC/Apr07).

35 Segundo o Directorate General Enterprise and Industry da Comissão Européia, o comércio paralelo “envolve produtos que são (amplamente) idênticos a produtos comercializados por meio de redes de

mercado comum europeu integrado, que é sustentado por vários pilares, entre os quais a política de concorrência (exemplo não aplicável ao Brasil). NAPP, por envolver um caso de preço excessivo em mercado de inovação, possui inúmeras ressalvas<sup>36</sup>. E, por fim, Mittal Steel apresenta limitações práticas, já que, ao não determinar o preço justo, não foi possível desenhar uma sanção ou calcular o dano causado em termos monetários ou ainda o patamar de redução de preços<sup>37</sup>.

A exemplo dos precedentes estrangeiros, acredito que a legislação de cultivos fortalece a hipótese de ineficácia sustentada para o dispositivo de preços excessivos previsto na Lei Antitruste Brasileira. O art. 28 da Lei n. 9.456/1997 prevê que a licença compulsória de um cultivar assegurará a disponibilidade de um cultivar no mercado a preços razoáveis, sendo que o requerimento de licença é dirigido ao Ministério da Agricultura e do Abastecimento e dirigido ao CADE. Esse dispositivo implica que o CADE deverá, em certa medida, identificar quando a manutenção do fornecimento regular do cultivar esteja sendo injustificadamente impedida pelo titular do direito de proteção sobre o cultivar, para então determinar o seu licenciamento.

Para apurar a restrição injustificada à concorrência, o art. 28, p. ú., da Lei n. 9.456/1997 faz referência a dispositivo da Lei n. 8.884/1994, mais especificamente ao seu art. 21, em que lista de forma exemplificativa uma série de condutas anticompetitivas, entre as quais a de preço excessivo. Assim, a hipótese de um preço excessivo para cultivos importados imporia uma solução consubstanciada no seu licenciamento compulsório pelo CADE, por determinação legal. Aqui, mais uma vez, o CADE deveria encontrar um critério de abusivi-

---

distribuição dos fabricantes ou fornecedores originais, mas que são comercializados fora dessas redes. O comércio paralelo é lucrativo no caso de diferenças de preços entre Estados-Membros." ([http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/glossary/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/glossary/index_en.htm)). Ou ainda, "Importações paralelas são produtos importados em um Estado-Membro a partir de outro e colocados no mercado do Estado-Membro de destino, fora dos canais formais do fabricante ou de seu distribuidor licenciado." ([http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/free-movement-non-harmonised-sectors/parallel-imports-medicine/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/free-movement-non-harmonised-sectors/parallel-imports-medicine/index_en.htm)).

36 Basicamente, a dificuldade de individualizar os custos de pesquisa, já que a dinâmica do mercado exige uma série de investimentos que precisam ser amortizados pelos produtos que conseguem chegar a ser comercializados, pois inúmeros não são viáveis. Além disso, o CCAT indicou que o retorno decorrente de premium pela marca não poderia ser maior do que 40%. Mas não há qualquer justificativa para a fixação desse patamar máximo. (Padilla & Evans, 2004).

37 O Tribunal condenou a Mittal e impôs multa equivalente a 5,5% da receita da Mittal S/A no ano anterior ao do recurso ao Tribunal (2003). Além disso, foram impostas medidas comportamentais à empresa no que se refere (i) à proibição da mesma impor condições aos seus clientes quanto à revenda ou uso dos seus produtos e (ii) tornar público os preços, descontos ou outras medidas na venda do aço plano.

dade para, então, quando do licenciamento compulsório delimitar um preço razoável que irá remunerar o titular do direito de proteção sobre a cultivar.

Antes, uma ressalva. Obviamente o fornecimento regular do cultivar pode estar sendo injustificadamente impedida pelo respectivo titular do direito por uma série de motivos, não estando necessariamente relacionado à cobrança de preços excessivos. No entanto, por ora irei concentrar o esforço teórico apenas nessa hipótese. E, a meu ver, o problema da ineficácia permanece, em função dos mesmos argumentos aqui desenvolvidos para qualquer circunstância que envolva uma acusação de preço abusivo: em síntese, a dificuldade de mensurar o que seria um preço competitivo (no caso, seguindo os moldes da legislação, um preço razoável), para daí obter abusividade. Aliás, esse papel parece-me tão complicado que não há registro de qualquer pedido de licenciamento compulsório de direito de proteção a cultivar direcionado ao CADE.

## **2. Institucionalismo Comparado<sup>38</sup>: por que o CADE não é adequado para a tarefa**

Ainda sobre cultivares, é provável que a intenção do legislador seja, na verdade, a criação de um critério para determinar se o fornecimento do cultivar está ou não regular. Acredito que esse seja o ponto fundamental de um licenciamento compulsório, e não propriamente o suposto preço abusivo cobrado pelo detentor do direito de proteção. O parâmetro não seria, portanto, preço, mas sim o grau de acesso ao cultivar (ou um grau ótimo de acesso ao cultivar). Semelhante discussão também é travada, por exemplo, no mercado de medicamentos, em que o acesso é o ponto fundamental. Ou seja, qual o preço X que irá viabilizar o acesso ótimo a esse tipo de medicamento (ou de cultivar)? Além dessa questão, há outra: quem é o órgão governamental adequado para determinar (ou estimar) esse suposto grau ótimo de acesso?

Acredito fielmente que há vantagens institucionais diferentes para os órgãos públicos, entre os quais o CADE, o Ministério da Saúde (no caso dos medicamentos) e o Ministério da Agricultura (no caso dos cultivares). O Ministério da Saúde é o órgão governamental mais adequado para verificar o grau ótimo de acesso a um medicamento, o que pode determinar medidas específicas (ou mesmo a regulação do seu preço, se for o caso). É o que aconteceu, por exemplo, no caso de medicamentos que compõem o coque-

---

38 O institucionalismo comparado considera as capacidades institucionais de diferentes atores, a fim de averiguar qual deles é o mais adequado para tratar de determinada questão. Cf. Komesar, 1994.

tel Anti-HIV (Decreto 6.108/2007). O mesmo raciocínio pode ser aplicado à hipótese dos cultivares, em que uma metodologia para averiguar o nível ótimo de acesso (fornecimento regular ao mercado) é bem mais importante do que a identificação de um parâmetro de abusividade no preço, o que, aliás, já se mostrou inviável inúmeras vezes.

Não se questiona a competência do CADE para determinar o licenciamento compulsório para direitos de cultivares. Essa competência está expressamente prevista em lei, em dispositivo diversas vezes citado aqui. Porém, a doutrina do institucionalismo comparado simplesmente identifica qual órgão é o mais apropriado para adotar determinada decisão (quando o caso trata de pretensa acusação de preços abusivos, ressalto), o que implica um raciocínio de separação de Poderes mais sofisticado, pois mesmo entre órgãos do Executivo pode haver habilidades ou performances diferenciadas para cada tipo de função que é atribuída por lei.

A lógica do institucionalismo comparado também se aplicaria à sugestão quanto à competência do CADE para punir sociedades que descumprem regras de regulação de preços (como price caps e taxas de retorno, entre outras). Para verificar eventual descumprimento regulatório, certamente as agências que desenharam as regras tarifárias possuem vantagem institucional para puni-las. Devo, no entanto, fazer uma ressalva. É claro que haverá situações em que descumprimentos regulatórios também poderão representar infrações à ordem econômica. Exemplo disso se dá nos casos de unimilitância imposta por planos de saúde, em que há restrição regulatória<sup>39</sup>, além de inúmeros casos de condenação pelo CADE, sem ocorrência de *bis in idem*<sup>40</sup>.

Trata-se de dois tipos de violação distintos e que possuem traços comuns, mas que não se equiparam, em função de duas razões: (i) nem sempre o objetivo regulatório encontra paralelo no objeto de preservação e/ou fomento da concorrência, mas pode haver espaço ou circunstâncias em que vários objetivos possam coexistir; e (ii) os requisitos para configuração de um ilícito

---

39 Resolução Normativa ANS n.º 124/2006 (art. 41) – (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE – ANS. Dispõe sobre a aplicação de penalidades para as infrações à legislação dos planos privados de assistência à saúde. Resolução Normativa n. 124, de 30 de mar. 2006. Diário Oficial da União. 03 de abr. 2006.) e Resolução ANS n.º 175/2008 (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE – ANS. Acrescenta o item 2 ao Anexo I e o item 3 ao Anexo IV da Resolução Normativa – RN n.º 85, de 7 de dezembro de 2004, acrescenta o inciso V ao art. 25 da mesma Resolução e dá outras providências. Diário Oficial da União, 2008).

40 Os requisitos para condenação regulatória e antitruste são diferentes. A imposição regulatória contra a unimilitância prescinde da comprovação de poder de mercado (e de conseqüente, potencial ou efetivo, fechamento de mercado para outros planos de saúde).



regulatório e de um ilícito antitruste podem não ser os mesmos. Não tenho por propósito esgotar o tema, já que o texto não possui essa intenção, mas acredito que, nas situações descritas, deriva-se uma necessidade de controle duplo, tanto por parte do órgão regulatório específico, como pelo SBDC.

Não é esse o caso de uma regulação de preços, que tem por propósito imediato substituir a formação livre de preços, provavelmente em função de uma falha de mercado, como o monopólio natural, não permitindo qualquer coexistência dessa norma regulatória com algum objetivo de fomento à concorrência. Existe, assim, verdadeira exclusão da liberdade da formação de preço, inexistindo razão para atuação do SBDC.

Basta dizer que o trabalho, na verdade, seria duplicado por um ente governamental, o CADE, que não teria qualquer vantagem institucional sobre o órgão governamental que impôs a regulação dessa variável (preço), aumentando os riscos de intervenção equivocada ou mesmo de ausência de intervenção quando esta for necessária. Todos os problemas habituais relacionados à assimetria de informações (falha de governo notória em casos de regulação de preços) seriam potencializados pela atuação do CADE, como tribunal de segunda instância para verificação de preços regulados. Além disso, outros problemas incidentais poderiam surgir, como a incerteza com relação à palavra final quanto à determinação dos preços ou mesmo fórum-shopping, por parte do agente regulado, pela regulação que lhe for mais favorável.

### **3. Risco de Erro Tipo I > Risco de Erro Tipo II**

Parte da motivação dos votos dissidentes explícita ou implicitamente considerou altos os riscos que seriam oriundos de uma decisão por meio da qual o SBDC abdicaria de processar e julgar casos de preço abusivo autônomo (ou seja, o erro tipo 2: o de deixar de intervir quando o agente público deveria intervir). Entre esses riscos decorrentes da ausência de uma política de combate ao preço excessivo pelo SBDC, estaria incluído o risco de excesso de investimento em inovação (tal e qual um efeito Avert-Johnson, comum a setores regulados com altos investimentos em capital, como saneamento básico). E, para diminuir a força do argumento de ineficácia do dispositivo sub-judice, os votos fizeram referência a possíveis padrões de abusividade, exemplificando com outros tipos de legislação brasileira (como, por exemplo, a Lei de Economia Popular e o Código de Defesa do Consumidor) e estrangeira (como o Anti-Price Gouging Act, aplicável a situações de desastres naturais, como o furacão Katrina).

A meu ver, tudo indica no sentido contrário: ou seja, o risco de erro tipo 1 é bem superior (o risco de o agente público intervir quando não deveria intervir). A utilização de uma margem de lucro máxima (20%), tal como estipulado na Lei de Economia Popular para todos os setores da economia, geraria fortes riscos de erro tipo 1, devendo ser uma hipótese desconsiderada pelos órgãos do SBDC. Não há como utilizar esse ou qualquer outro número como parâmetro, já que os mercados possuem margens diferenciadas por conta de inúmeros fatores. Isso sem mencionar que esse risco torna-se ainda mais evidente em mercados envolvendo inovação, já que o custo para gerar um determinado produto não capta todas as tentativas fracassadas de inovar e a própria medida de custo considerada – que baseou o parâmetro sobre o qual a margem de 20% seria aplicável – está sujeita a debate não trivial. Além disso, ao contrário do alegado, acredito que há menos investimento do que o necessário em inovação no Brasil, tornando-se pouco crível um argumento calcado em efeito Avert-Johnson<sup>41</sup>.

Parece-me que as referências do CDC (a vantagens excessivas) partem do pressuposto de uma relação individual (ou, também, individual homogênea), com particularidades em que é possível fazer uma prova de onerosidade excessiva. Aqui, o raciocínio é individualizado e os critérios previstos no art. 21, inciso XXIV, são de pouca ou nenhuma valia. Maior prova disso é que o elemento de vantagem também pode partir de considerações subjetivas, como a necessidade ou vulnerabilidade do consumidor, ou mesmo a sua inexperiência, elementos que fogem a uma análise antitruste, caracterizado por uma lógica objetiva, salvo no cômputo da penalidade. E caso não sejam utilizados parâmetros individualizados para grupos específicos de consumidores (que podem, como já disse, incorporar fatores subjetivos), o risco de intervenção equivocada aumenta no mesmo patamar das outras hipóteses mencionadas.

No entanto, situações extremas podem eliminar o risco de erro na intervenção (ao invés do erro causado pela ausência de intervenção). Restrições às garantias individuais são permitidas em hipóteses de estado de sítio ou

---

41 “De qualquer forma, a preocupação das sociedades em geral de fomentar suas atividades de inovação, tanto por patente como por mecanismo explícitos de fomento, indicam que há uma percepção mais generalizada que o mecanismo de mercado gera uma quantidade de inovações menor do que a que seria socialmente desejável e o problema relevante é propiciar meios para incrementar esta atividade econômica de inovação e não reduzi-la. Em síntese, a melhor hipótese para se trabalhar continua sendo a de que há uma alocação insatisfatória de capital em P&D e não excessiva. Para o Brasil, os percentuais reconhecidamente baixos de investimento em P&D tornam esta hipótese de efeito Avert-Johnson ainda mais longínqua” (Sentença do CADE, de 18 de Agosto de 2010, processo 08012.003648/1998-05).

de emergência. Não poderia ser diferente com a possibilidade de livre precificar produtos e serviços em situações análogas (tais como desastres naturais). Acredito até que o parâmetro de abusividade, nessas hipóteses, fica mais facilmente perceptível, já que os patamares de preços pré-desastre podem representar um indicador de abusividade (ressalvando-se as situações em que o desastre tenha alterado os custos de produção e/ou de distribuição).

Mas talvez o maior risco tipo 1 esteja relacionado à solução para tornar efetiva a sanção para casos de preço excessivo: a cisão de empresas ou alienação de ativos. Não há como necessariamente classificar essa sanção como mais restritiva do que as demais previstas nos arts. 23 (multa) e 24 (diversas, já mencionadas anteriormente). De qualquer forma, como regra geral, toda e qualquer sanção deverá guardar um juízo de proporcionalidade inerente à conduta sob punição. No entanto, diante de um quadro de um preço abusivo autônomo, difícil, quiçá impossível de ser mensurado com precisão, a possibilidade de erro por parte das autoridades antitruste não é irrisória. Aliás, muito pelo contrário, há um risco enorme em intervenções calcadas em medidas estruturais, que poderão ter por impacto a perda de economias de escala e/ou de escopo, entre outras perdas de eficiência, impondo ao agente econômico uma situação perene e irreversível.

## CONCLUSÃO

Recentemente, o Projeto de Lei n. 3.937-D, que reestrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, foi finalmente aprovado, sendo encaminhado para sanção presidencial<sup>42</sup>. Não houve muitas mudanças no rol exemplificativo das condutas anticompetitivas, antes previstas nos incisos do art. 21 da Lei n. 8.884/94 e agora previstas em incisos do art. 36 da nova lei. No entanto, o dispositivo que tratava especificamente do preço abusivo foi suprimido.

A possibilidade de continuar processando condutas com base em acusações de preços abusivos, ao menos em tese, mantém-se por conta do caput do art. 36 da nova lei<sup>43</sup>. No entanto, não deixa de ser indicativa a sua supres-

42 No momento exato em que escrevo, o texto está nas mãos da Presidente da República, para análise de eventuais vetos por interesse público ou por eventuais inconstitucionalidades, após o que a lei será sancionada, seguindo um período de *vacatio legis* de seis meses.

43 “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados. I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; e IV – exercer de forma abusiva posição dominante.”

são. As razões para tal não são difíceis de serem explicadas. Simplesmente não há um critério jurídico-econômico para definir abusividade de preços, muito embora vários casos já tenham sido julgados pelo CADE ou mesmo por jurisdições com maior experiência em política antitruste. Daí decorre a proposta de ineficácia do dispositivo da Lei Antitruste Brasileira, inexistente na nova lei, que acabou não sendo acatada no julgamento do processo *SIN-DIMIVA vs. White Martins e AGA*.

Pelo que pude compreender do julgamento e da frutífera discussão que lá se travou, uma decisão no sentido de reduzir ou mesmo abdicar de um combate à conduta de preço excessivo autônomo apresentaria inúmeros riscos. Daí porque a relutância com relação a uma decisão que estimularia menos denúncias de casos do gênero (embora, diga-se de passagem, a tentativa de criação de critérios de triagem tenha tentado ir nessa direção, ainda que de forma menos peremptória). Entendo, no entanto, que se o risco de (praticamente<sup>44</sup>) abandonar casos de preço abusivo autônomo foi considerado alto, alto demais para uma decisão que reconheça a ineficácia do (prestes a ser revogado) dispositivo específico que lhe dá guarida, as possíveis soluções aventadas de aplicação prática representam um risco ainda maior.

Aliás, os riscos com a continuação de processos de preço abusivo não são nada triviais. Hipóteses de problemas competitivos foram diversas vezes trazidas aos olhos do SBDC sob a manta de uma hipótese de preço abusivo. E assim permaneceram durante anos sem solução (em função dos problemas aqui extensamente tratados), sendo, ao final, inexoravelmente arquivados. A identificação correta do problema competitivo pode auxiliar o SBDC a mais bem endereçá-lo, tanto sob o ponto de vista da eficiência (resolvendo o problema mais rápido) como da efetividade (ou seja, realmente atingindo um resultado no sentido de gerar mais concorrência e, portanto, bem-estar a partir de uma política de intervenção focada e técnica). Logicamente, os efeitos reflexos dessa política seriam vários, entre os quais uma melhor alocação dos técnicos e, conseqüentemente, maior número de casos julgados ao fim e ao cabo.

A verdade é uma só. Ninguém, até o momento, conseguiu encontrar ou mesmo criar de maneira satisfatória (a ponto de ser utilizada como um pre-

---

44 Digo isso porque restariam, ainda, duas possibilidades do enquadramento da conduta: (i) caso o preço abusivo seja indício de outra conduta tipificada na lei 8.884/94 ou, findo o período da *vacatio legis*, na nova lei de defesa da concorrência ou (ii) tenha o objetivo exclusionário.

cedente) um critério e inúmeros recursos são constantemente desperdiçados nessa tarefa incessante. É hora de parar. A proposta de um Estado de Custo e Benefício deve significar maior amplitude para os agentes públicos, a fim de que estes possam desenvolver critérios para a priorização de suas atividades. A contrapartida para essa flexibilidade é uma maior cobrança por parte do controle social. É essa cobrança não tem por objetivo um número maior de processos abertos, sobretudo aqueles que têm pouca ou nenhuma probabilidade de êxito, mas sim o resultado que eles geram na sociedade brasileira.

## BIBLIOGRAFIA

FERRAZ JR., Tercio Sampaio

2003 *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas.

KOMESAR, Neil K.

1994 *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy*. Chicago: The University of Chicago Press.

PADILLA, A. Jorge. & EVANS, David. S.

2004 *Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules*. CEPR Discussion Paper n. 4626. September 2004, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=620402> [consultado em 01 de julho de 2011].

RUIZ, Ricardo

2011 *Debates em Direito da Concorrência – Publicações da Escola da AGU*. Brasília: Advocacia Geral da União. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Juliana Sahione Mayrink Neiva.

## DOCUMENTOS OFICIAIS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE – ANS

2006 *Dispõe sobre a aplicação de penalidades para as infrações à legislação dos planos privados de assistência à saúde*. Resolução Normativa n. 124, de 30 de mar. 2006. Diário Oficial da União, de 03.04.2006

2008 *Acrescenta o item 2 ao Anexo I e o item 3 ao Anexo IV da Resolução Normativa – RN nº 85, de 7 de dezembro de 2004, acrescenta o inciso V ao art.25 da mesma Resolução e dá outras providências*. Resolução Normativa n. 175, de 22 de set. 2008. Diário Oficial da União, de 23.09.2008.

## BRASIL

- 2008 CADE. *Processo Administrativo n. 08012.000966/2000-01. Representante: CPI – Medicamentos Câmara dos Deputados, Representado: Laboratório Pfizer Ltda.*, Relator: Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, DF, de 18.06.2008, Diário Oficial da União. Brasília, de 7.07.2008.
- 2009 CADE. *Averiguação Preliminar n. 08012.005181/2006-37. Representante: Videolar S.A., Representada: Koninklijke Philips Electronics N.V.*, Relator: Paulo Furquim de Azevedo, DF, de 29.04.2009, Diário Oficial da União. Brasília, de 22.05.2009.
- 2010 CADE. *Averiguação Preliminar n. 08012.000295/1998-92. Representante: Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgica e de Material Elétrico de Ipatinga-SINDIMIVA.*, Representadas: *AGA S.A e White Martins Gases Industriais Ltda.*, Relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, DF, de 18.08.2010, Diário Oficial da União. Brasília, de 10.09.2010.
- 2010 CADE. *Averiguação Preliminar n. 08012.003648/1998-05. Representante: Figueroa Campos Indústria e Comércio Ltda.*, Representada: *White Martins Gases Industriais Ltda.*, Relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, DF, de 18.08.2010, Voto vista Conselheiro Cesar Mattos Diário Oficial da União. Brasília, de 10.09.2010.
- 1951 Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951. *Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular.* Planalto.gov.br, Brasília. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L1521.htm>>.
- 1994 Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. *Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.* Planalto.gov.br, Brasília. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8884.htm>>.
- 1996 Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. *Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.* Planalto.gov.br, Brasília. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/19279.htm>>.
- 1997 Lei n. 9.456, de 25 de abril de 1997. *Institui a Lei de Proteção de Cultivares e dá outras providências.* Planalto.gov.br, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9456.htm>.
- 2009 Ministério da Justiça. CADE. *Relatório de Gestão: Exercício 2008.* Brasília, de 19.03.2009. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/upload/RELAT%C3%93RIO\\_DE\\_GEST%C3%83O\\_2008\\_CADE.pdf](http://www.cade.gov.br/upload/RELAT%C3%93RIO_DE_GEST%C3%83O_2008_CADE.pdf)>.

2007 Tribunal de Justiça do Mato Grosso Grosso. *Agravo de Instrumento n. 41587/2007, da 6.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Relator: Des. Juracy Persiani. Agravante: Ministério Público. Agravado: Rede de Postos Santa Maria Ltda.* Mato Grosso, de 24.10.2007. Disponível em: <<http://www.tjmt.jus.br/servicos/jurisprudencia/ViewAcordao.aspx?key=843d4415-2cab-4208-bfc8-89d98aa976ff&render=1>>.

#### SOUTH AFRICA

The Competition Tribunal of South Africa. *Case no: 13/CR/FEB04. Harmony Gold Mining Company Ltda e Durban Roodepoort Deep v. Mittal Steel South Africa Ltda. e Macsteel International BV*, de 03.27.2007.