

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO**

ISADORA DE CASTRO SILVA

**PREÇOS EXPLORATÓRIOS: A OPERACIONALIZAÇÃO DO CONCEITO, O
TRATAMENTO DA MATÉRIA NO BRASIL E A ADVOCACIA DA
CONCORRÊNCIA**

BELO HORIZONTE

2017

ISADORA DE CASTRO SILVA

**PREÇOS EXPLORATÓRIOS: A OPERACIONALIZAÇÃO DO CONCEITO, O
TRATAMENTO DA MATÉRIA NO BRASIL E A ADVOCACIA DA
CONCORRÊNCIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Área de estudo: Empresa no Mercado.

Orientador: Prof. Dr. Fabiano Teodoro de Rezende Lara.

BELO HORIZONTE

2017

S586p Silva, Isadora de Castro
Preços exploratórios: a operacionalização do conceito,
o tratamento da matéria no Brasil e a advocacia da concorrência
/ Isadora de Castro Silva. – 2017.

Orientador: Fabiano Teodoro de Rezende Lara.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas
Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito – Teses 2. Concorrência - Brasil 3. Truste I.Título

CDU₍₁₉₇₆₎ 347.776 (81)

Universidade Federal de Minas Gerais
Faculdade de Direito

Dissertação intitulada “Preços Exploratórios: a operacionalização do conceito, o tratamento da matéria no Brasil e a advocacia da concorrência” de autoria da mestrandia Isadora de Castro Silva, avaliada pela banca examinadora constituída pelos professores:

Professor Doutor Fabiano Teodoro de Rezende Lara – Orientador

Professor Doutor Leonardo Netto Parentoni

Professor Doutor Ricardo Machado Ruiz

Professor Doutor Marcelo Andrade Féres (suplente)

Belo Horizonte, 30 de junho de 2017

Nota final: _____

*A todos os professores que foram guias em
minha jornada e a todos aqueles pelos quais
ainda serei guiada.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, a quem tudo dedico e a quem tudo atribuo, agradeço por mais esta forma de materialização de sua luz e bênção sobre minha vida.

A minha mãe, Railda, agradeço por cuidar de mim com muito mais amor do que eu poderia julgar-me merecedora. Obrigada, mãe, pelo incessante apoio e pela generosidade diária. Meu grande desejo é poder retribuir sempre seu esmerado zelo e vasto amor.

Ao meu pai, Langlebert, agradeço por ser esteio em minha vida, tornando possível que eu siga tecendo sonhos quase tão grandiosos quanto seus próprios desejos para mim.

Ao Handré, meu grande amor, agradeço pelo imprescindível incentivo, pela escuta paciente, pelo bom e velho aconchego, ao qual sempre recorro, e por compreender, com doçura, os momentos em que não pude estar em sua amável companhia.

Ao Professor Fabiano, orientador deste trabalho, agradeço pelo estímulo em minha vida acadêmica e pelo rigor quanto à qualidade desta dissertação, indispensáveis para que se buscasse, com firmeza, a elaboração de um trabalho sério.

Ao Professor Leandro Novais, agradeço pela generosidade em dividir seu tempo, compartilhando relevantes reflexões, e por ser exemplo, com destacada fineza, de que a humildade caminha graciosa ao lado da sabedoria.

À Lívia Morais, agradeço pela longa amizade fraternal e pela leitura atenta deste trabalho, engrandecido por sua colaboração.

À Ananda Portes, agradeço pelas palavras experientes, que ajudaram a acalmar inquietudes.

A todos os colegas e professores, especialmente aos integrantes do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, agradeço por, aula após aula, cooperarem com a construção de um espaço fomentador do pensamento.

Agradeço, por fim, aos bibliotecários de diversas Universidades, destacadamente aos responsáveis pela Biblioteca Padre Alberto Antoniazzi e aos funcionários da Biblioteca da Faculdade de Direito da UFMG que, gentilmente, viabilizaram consultas e empréstimos de obras essenciais para a pesquisa.

*“Febre, hemoptise, dispnéia e suores noturnos.
A vida inteira que podia ter sido e que não foi.
Tosse, tosse, tosse.*

Mandou chamar o médico:

- Diga trinta e três.

- Trinta e três... trinta e três... trinta e três...

- Respire.

- O senhor tem uma escavação no pulmão esquerdo e o pulmão direito infiltrado.

- Então, doutor, não é possível tentar o pneumotórax?

- Não. A única coisa a fazer é tocar um tango argentino.”

(Manuel Bandeira, Pneumotórax)

RESUMO

O objetivo desta dissertação é examinar a possibilidade do conceito de preços exploratórios ser operacionalizado, ou seja, ser tornado apto à aplicação efetiva na seara antitruste, haja vista as farras indefinições e divergências que atravessam o tema. Nesse sentido, a metodologia jurídico-exploratória conduzirá a pesquisa, tendo em vista a sua função de destacar características, pensamentos e definições, assim como a metodologia jurídico-descritiva, responsável pela decomposição de um problema jurídico em seus diversos aspectos e níveis, o que abrirá caminho a investigações mais profundas. Nesta pesquisa, para além da análise das questões controversas pertinentes, serão estudados casos apreciados pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência envolvendo a matéria, o que empregará uma metodologia correspondente a um estudo empírico. Por fim, como consequência da insuficiência das tradicionais soluções apontadas para a questão, será investigada a advocacia da concorrência como forma alternativa de ação frente ao problema objeto deste trabalho, recorrendo-se, novamente, à metodologia jurídico-exploratória.

Palavras-chave: Direito da Concorrência. Antitruste. Abuso de Posição Dominante. Preços Exploratórios. Advocacia da Concorrência.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to examine whether the concept of exploitative prices can be implemented given the wide divergences that cross the subject. In this sense, an exploratory methodology will lead the research due to its function of highlighting characteristics, perceptions and definitions. A descriptive methodology will also be used, responsible for the decomposition of a legal problem in its various aspects and levels, which will pave the way for a deeper investigation. In this research, besides the analysis of the pertinent controversies, cases appreciated by the Brazilian System of Defense of the Competition will be analyzed, which will involve an empirical study. Finally, as a consequence of the insufficiency of the traditional solutions presented to the problem, competition advocacy will be investigated as an alternative form of action against the issue object of this work. To this end, the exploratory methodology will be used again.

KEYWORDS: Competition Law. Antitrust. Abuse of Dominant Position. Exploitative Prices. Competition Advocacy.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Esquema 01: Critérios utilizados para realizar a pesquisa empírica	34
Imagem 01: Campos da pesquisa eletrônica preenchidos	34
Gráfico 01: Número de processos atribuídos a cada Conselheiro Relator	37
Gráfico 02: Número de processos pertinentes a cada mercado investigado	38
Gráfico 03: Incidência dos distintos posicionamentos em torno de preços exploratórios entre os Conselheiros, Relatores ou não, que se pronunciaram nos processos analisados	53
Esquema 02: A abrangência da advocacia da concorrência em comparação às atividades de <i>enforcement</i> do Direito Concorrencial	107

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AP -	Averiguação Preliminar
CADE –	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CMED -	Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos
CPI -	Comissão Parlamentar de Inquérito
CR/88 –	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DEE -	Departamento de Estudos Econômicos
DENATRAN -	Departamento Nacional de Trânsito
DETRAN -	Departamento Estadual de Trânsito
FENABRAVE -	Federação Nacional de Distribuidores de Veículos Automotores
ICN -	International Competition Network
IA -	Inquérito Administrativo
LDC –	Lei de Defesa da Concorrência, Lei nº 12.529 de 2011
OCDE -	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PA -	Processo Administrativo
PL -	Projeto de Lei
PP -	Procedimento Preparatório
SBDC –	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE -	Secretaria de Direito Econômico
SEAE -	Secretaria de Acompanhamento Econômico
WACC -	Custo Médio Ponderado de Capital

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 PREÇOS EXCESSIVOS	16
2.1 Apontamentos conceituais introdutórios e a situação topográfica dos preços excessivos no direito concorrencial	16
2.1.1 <i>Controle de estruturas e controle de condutas</i>	17
2.1.2 <i>Preços excessivos exclusionários e preços excessivos exploratórios</i>	19
2.2 Os preços no Brasil	23
2.2.1 <i>Breve histórico do controle de preços no Brasil: o Plano Cruzado</i>	23
2.2.2 <i>Os preços excessivos na letra e na prática do Direito nacional</i>	30
2.3 Em quais condições intervir? Parâmetros para identificação da prática carecedora de intervenção e para seleção do mercado a sofrer a intervenção contra preços	57
2.4 Metodologias para mensuração e avaliação de preços	61
2.4.1 <i>Métodos comparativos: comparação geográfica, histórica e entre produtos similares</i>	62
2.4.2 <i>Análise custo x preço e análise da rentabilidade (lucratividade)</i>	63
2.4.3 <i>Valor econômico e o “preço que teria prevalecido em um contexto competitivo”</i>	66
2.5 Prós e contras da ação antitruste contra preços exploratórios	70
2.5.1 <i>Motivos para haver intervenção</i>	70
2.5.2 <i>Motivos para não haver intervenção</i>	73
2.5.2.1 <i>O caso Gazprom</i>	77
3 PROPOSTAS TRADICIONAIS PARA O TRATAMENTO DA CONDUTA E SUAS INSUFICIÊNCIAS	83
3.1 Remédios comportamentais	84
3.2 Remédios estruturais	86
3.3 Regulação	88
3.4 Considerações gerais sobre as propostas de tratamento dos preços exploratórios	92

4 ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA	94
4.1 A reestruturação do SBDC e a titularidade das competências associadas à advocacia da concorrência.....	95
4.2 A advocacia da concorrência como forma de atuação frente aos preços exploratórios	97
4.3 A advocacia da concorrência aplicada a casos reais	109
5 CONCLUSÃO.....	113
BIBLIOGRAFIA	118
DECISÕES CITADAS NO TEXTO	124

1 INTRODUÇÃO

Preços excessivos exploratórios são preços injustificadamente altos, praticados por uma firma que abusa da posição dominante que por ela é ocupada, de modo a explorar diretamente seus consumidores finais. Essa ocorrência é viável em contextos de baixa ou nenhuma concorrência, em que a firma enfrenta pouca ou nenhuma rivalidade.

A maioria das jurisdições ao longo do globo considera essa prática um ilícito antitruste punível.¹ Apesar disso, punições efetivas não são frequentes, sendo diminuto o número de condenações. Esse é o caso do Brasil, que, embora considere o aumento arbitrário dos lucros como um abuso do poder econômico merecedor de reprimenda, conforme o art. 173, §4º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88), e conforme o art. 36, III, da Lei de Defesa da Concorrência nº 12.529/11 (LDC), não possui nenhum julgado impondo punição a um preço exploratório, embora já tenham existido diversas representações a esse respeito.²

Assim, o que parece haver é um sentimento generalizado de que se trata de algo errado e que deve ser previsto como indevido, mas, ao mesmo tempo, não se sabe ao certo como punir ou combater.

No âmbito das relações concorrenciais, conjunturas envolvendo preços excessivos configuradores de uma conduta abusiva exploratória são tidas, pelas autoridades da concorrência, como umas das mais difíceis e complexas situações em termos de definição de padrões de avaliação, verificação de dados e aplicação de sanções e remédios apropriados.³

O desafio tem início já na tarefa de definir o que seria um preço *excessivo* em confronto com um preço *justo*. Não há consenso a respeito (i) de quais deveriam ser as características da prática de preços exploratórios que tornariam forçosa a intervenção antitruste, (ii) de quais aspectos fariam com que um mercado devesse ser alvo de um tal controle, (iii) de qual metodologia de mensuração e avaliação de preço seria apta a classificá-lo como excessivo, fixando, em contrapartida, o preço adequado, (iv) de quais seriam os

¹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Excessive prices*. DAF/COMP(2011)18. Paris, 2012. Disponível em: <www.oecd.org/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/49604207.pdf>. Acesso em: 17 out. 2016, p. 10.

² RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A Eficácia Jurídica da Norma de Preço Abusivo. *Revista de Concorrência e Regulação*, v. 7/8, 2012. Disponível em: <https://works.bepress.com/carlos_ragazzo/16/>. Acesso em: 17 out. 2016, p. 191.

³ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Excessive prices*. DAF/COMP(2011)18. Paris, 2012. Disponível em: <www.oecd.org/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/49604207.pdf>. Acesso em: 17 out. 2016, p. 10.

benefícios e os riscos oriundos da ação contra preços e (v) tampouco existe concordância em torno de quais mecanismos de ação contra preços exploratórios seriam capazes de reprimir essa conduta com eficiência.

O presente trabalho, portanto, objetiva examinar todas as divergências acima apontadas, investigando a possibilidade de operacionalização do conceito de preços exploratórios, isto é, pesquisando se é viável ou desejável que esse termo saia do plano conceitual e torne-se hábil a produção de resultados práticos na seara antitruste. Para tanto, serão perquiridos, além de variadas considerações teóricas, casos efetivamente julgados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com o intuito de ser tecido um vasto panorama do tratamento dessa matéria no Brasil.

Ademais, especial atenção será destinada ao estudo da advocacia da concorrência como uma possibilidade de atuação frente aos preços exploratórios, sobretudo em decorrência das severas fragilidades dos tradicionais remédios antitruste coercitivos quando aplicados sobre esses preços.

A opção pela pesquisa da advocacia da concorrência em particular deriva também do fato de que a reestruturação sofrida pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) fez emergir a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) como órgão especialmente destinado ao empreendimento dessas atividades de promoção de um ambiente mais competitivo, pelo que se percebe uma hodierna preocupação com a promoção de ações relacionadas à advocacia da concorrência, o que, contudo, é acompanhado por uma conjuntura de medidas deveras incipientes.

O tema desta dissertação, portanto, revela-se assaz debatido por estudiosos, mas ainda carente de definições mais claras de como será abordado pelas autoridades competentes no julgamento de casos concretos.

Dessa maneira, a relevância atual da questão fica a cargo do fato de ainda serem feitas representações contra preços exploratórios, as quais demandam o dispêndio de significativos recursos sem, todavia, lograr êxito no delineamento de linhas objetivas de atuação dos órgãos antitruste nesses casos, contribuindo para a manutenção de um cenário nebuloso, que acaba dando azo à tomada de decisões arbitrárias, motivadas por interesses recônditos.

Essa situação será ilustrada pelo atual caso envolvendo a Gazprom, importante companhia russa que se apresenta como a maior exportadora de gás natural do mundo e que foi acusada, pela Comissão Europeia, de praticar preços exploratórios em determinados países europeus, fato ensejador de relevantes reflexões que serão empreendidas por este trabalho.

Assim, adota-se a hipótese de que, diante de todas as indefinições que perpassam os preços exploratórios, seria pouco prudente a opção por seguir-se processando casos que versem unicamente sobre preços exploratórios, o que acaba consumindo, em vão, expressivos recursos públicos no exame de demandas que, inexoravelmente, terminam arquivadas. Para que os preços exploratórios não restem negligenciados, sugere-se a advocacia da concorrência como uma alternativa menos onerosa e capaz de fornecer benefícios mais abrangentes ao âmbito antitruste.

O capítulo seguinte a esta introdução, de número dois, debruça-se sobre o exame dos preços excessivos, realizando elucidações conceituais, analisando o tratamento de preços no Brasil, pretérito e contemporâneo, na legislação e em termos empíricos, apurando as condições da conduta e do mercado apontadas como autorizadas de intervenção, investigando as metodologias existentes de mensuração de preços e compilando prós e contras da ação antitruste contra preços exploratórios.

O terceiro capítulo dedica-se à pesquisa de formas tradicionalmente sinalizadas como meios de ação contra os preços excessivos de exploração.

O quarto capítulo empenha-se no estudo da advocacia da concorrência como ferramenta alternativa a ser empregada no tratamento de preços exploratórios.

Por derradeiro, o quinto capítulo ordena as conclusões obtidas ao longo da dissertação.

2 PREÇOS EXCESSIVOS

A tentativa de definição do que seria um preço *excessivo* em cotejo com um preço *justo* perpassa importantes reflexões e análises, as quais serão empreendidas no presente capítulo, dividido em cinco seções secundárias:

A primeira seção (2.1) apresenta noções conceituais relevantes para que se compreenda o que são os preços excessivos exploratórios e qual sua localização dentre os ramos teóricos do direito concorrencial.

A segunda seção (2.2) investiga o tratamento dos preços no Brasil, abordando tanto experiências históricas de controle de preço quanto a questão do preço abusivo no direito antitruste nacional.

A terceira seção (2.3) analisa as características que tornariam um mercado mais ou menos propício à intervenção sobre os preços.

A quarta seção (2.4) examina as diversas metodologias já propostas no esforço de tentar estabelecer um preço como excessivo.

Finalmente, a quinta seção (2.5) sintetiza os argumentos favoráveis à ação dos órgãos antitruste contra os preços exploratórios e os argumentos contrários a essa medida, havendo o exame do caso Gazprom.

2.1 Apontamentos conceituais introdutórios e a situação topográfica dos preços excessivos no direito concorrencial

Definir o objetivo da política concorrencial é tarefa que fornecerá resultados distintos a depender tanto do país que se estuda quanto do momento histórico abrangido pela pesquisa.⁴ O direito antitruste é uma das ferramentas⁵ utilizadas para a concretização das metas da política de concorrência, sendo que, dentre tais metas, é normalmente apontada a proteção do processo competitivo e a promoção da concorrência.

⁴ A respeito dos objetivos da Lei Antitruste, Paula Forgioni afirma o seguinte: “A Lei Antitruste desempenhará, em determinados sistema jurídico e momento histórico, função diversa daquela assumida em outros sistemas, em outros momentos. Fácil perceber, portanto, que discussões excessivamente gerais sobre os objetivos da Lei Antitruste, sem que sejam referidos o país, a lei e o momento de que se trata, são, de certa maneira, estéreis”. FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 154-155.

⁵ Outros instrumentos da política de concorrência seriam as restrições à entrada, a regulação do comércio e as restrições à saída tratadas externamente ao direito antitruste. Nesse sentido, conferir: OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 25.

É importante esclarecer, contudo, que o processo competitivo não é um fim em si mesmo, mas um meio para que se atinjam fins políticos, sociais e econômicos maiores, tais como o progresso econômico e o bem-estar dos consumidores. Isso porque o sistema de livre concorrência entre os agentes econômicos, que disputam pela clientela, deriva em maior qualidade e menor preço dos bens e serviços comercializados.

Logo, embora não seja verdade que o único fim da proteção antitruste seja o bem-estar do consumidor, é inegável que uma finalidade central da política concorrencial é, pontualmente, a redução de preços.⁶ Daí irrompe a centralidade dos preços no âmbito antitruste, justificando a identificação dos preços excessivos como uma das formas de ilícitos antitruste reconhecida em diversas jurisdições.

Para que seja possível perceber com maior clareza em que área do direito concorrencial os preços excessivos estão didaticamente situados, será construída breve exposição dos conceitos de controle de estruturas e controle de condutas na seção terciária 2.1.1.

A seção terciária 2.1.2, por sua vez, apresenta a definição de preços excessivos exploratórios, objeto principal do presente estudo, contrapondo-a aos denominados preços excessivos exclusionários, outro ilícito antitruste praticado por meio dos preços.

2.1.1 Controle de estruturas e controle de condutas

A proteção concorrencial torna-se eficaz por meio da aplicação conjunta e simultânea de dois subsistemas: o controle de estruturas e o controle de condutas anticoncorrenciais.⁷ O controle de estruturas dedica-se ao exame de atos de concentração econômica, a exemplo de fusões, aquisições, *joint ventures* e incorporações.⁸ O controle de condutas, por seu turno, “visa a regulamentar e sancionar o chamado abuso do poder econômico, em suas mais variadas formas”.⁹

⁶ A respeito da busca de menores preços como um dos objetivos da defesa da concorrência, é dito que: “A proteção do consumidor via defesa da concorrência (...) busca gerar, em plano mediato, ganhos ao consumidor em termos, *v.g.*, de melhores preços, maior qualidade e segurança”. GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 55.

⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Condutas*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 18.

⁸ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 77.

⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Estruturas*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 17.

Em termos simplificados, enquanto a análise estrutural almeja evitar o surgimento de estruturas caracterizadas por excessiva concentração de poder, o qual, possivelmente, será exercido de maneira abusiva, o controle de comportamentos atua de modo repressivo, punindo o ilícito concorrencial quando ele se implementa, o que pode se dar, por exemplo, por meio da imposição de preços excessivos. Os preços abusivos configuradores de um ilícito antitruste são, dessa maneira, objeto do controle de condutas.

Embora exista esse dualismo teórico, a prática antitruste revela haver intensa simbiose entre o controle de estruturas e o controle de condutas. Uma manifestação dessa interseção entre as formas de controle demonstra-se quando um rigor excessivo na análise estrutural pode acabar por ter efeitos deletérios para o mercado ao proibir a formação de estruturas que trariam maior eficiência econômica. Assim, ao invés de simplesmente proibir a concentração, o controle de condutas torna viável que se autorize o ato na medida em que será possível haver, posteriormente, exame dos comportamentos e aplicação de sanções diante de eventuais práticas anticoncorrenciais que efetivamente venham a ocorrer.¹⁰

Verifica-se, então, que controle de estruturas e controle de condutas convergem para o combate de lesões ao processo competitivo, as quais, em última instância, prejudicam os consumidores ao criarem contextos de baixa rivalidade entre competidores, pouca margem para negociação e elevados preços. Pretende-se, no extremo, evitar um cenário estrutural monopolístico¹¹, no qual preços são excessivos quando comparados aos preços vigentes em uma estrutura competitiva, havendo transferência de recursos dos consumidores para o monopolista.

A partir do exposto, emerge de forma clara o protagonismo dos preços dentre as preocupações do direito concorrencial, sendo que uma parte substancial da política de concorrência implementada no mundo é motivada pelo combate à criação e ao exercício do poder de mercado abusivo, que, em último grau, manifesta-se por meio de preços excessivos.¹²

¹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Condutas*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 20.

¹¹ Gesner Oliveira e João Grandino Rodas assim definem o monopólio: “É uma situação em que as barreiras à entrada são tais que existe apenas uma firma no mercado, ofertando produtos homogêneos ou diferenciados. (...) Como a curva de demanda da firma é a própria curva de demanda do mercado, a empresa se aproveitará deste poder para produzir uma quantidade que maximiza seus lucros e vendê-la ao preço máximo que o mercado está disposto a pagar. Uma vez que esse equilíbrio se dá a uma quantidade menor e a um preço maior do que ocorreria numa situação de concorrência perfeita, o mercado monopolístico é dito ineficiente”. OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 163-164.

¹² “In short, a substantial part of competition policy as implemented in the real world is motivated by preventing the creation and exercise of market power, which would ultimately manifest itself by excessive

2.1.2 Preços excessivos exclusionários e preços excessivos exploratórios

O conceito de *preço excessivo* é desprovido de definição precisa, dada a amplitude semântica do termo “excessivo”. É, por isso, antiga a tentativa de formulação de uma acepção objetiva e mais clara, apesar de até hoje não existir consenso a respeito do que configuraria um tal preço.¹³

Seria possível estabelecer um preço como excessivo quando atingisse determinado percentual acima dos custos? Ou seria mais adequado determinar que a excessividade de um preço estaria configurada quando o preço destoasse do valor que deveria vigorar em “condições normais de competição”? Essas e outras ideias já foram propostas e debatidas, mas nenhum conceito unânime foi alcançado.

Uma sistematização menos polêmica, contudo, situa-se no estabelecimento de duas categorias de preços excessivos, quais sejam, (i) preços excessivos exclusionários e (ii) preços excessivos exploratórios.

As duas modalidades de preços excessivos relacionam-se a formas de abuso de posição dominante, sendo, portanto, de maneira mais imediata, objeto do controle de condutas. Antes, porém, que se passe à análise das duas categorias de preços excessivos, aflora como ponto relevante a realização de sucinta explanação sobre o abuso de posição dominante, pois trata-se de noção axial do direito antitruste.

Uma firma ocupa posição dominante quando, graças ao seu expressivo poderio econômico, consegue comportar-se, em larga medida, de modo independente dos demais

prices”. WILLIAMS, Mark. Excessive Pricing. In: *The Pros and Cons of High Prices*. Kalmar: Lenanders Grafiska, 2007, p. 131.

¹³ Sobre as variadas acepções já atribuídas ao termo “preços excessivos”, Evans e Padilla esclarecem que: “For Marxist economists the ‘fair’ price of a product is equal to the value of labor involved in its production. Classical economists like David Ricardo also held a cost-based theory of value. For neo-classical economists, the ‘fair’ value of a good or service is given by its ‘competitive’ market price, which is the equilibrium price that would result from the free interaction of demand and supply in a competitive market. This was also the interpretation given to the notion of ‘fair’ prices by Scholastic economic thought, and is also the interpretation used by the ordo-liberal school of economic thought, which had a major impact on the development of competition policy in Europe. For the ordo-liberals, a price is ‘fair’ when it is the result of ‘free and honest’ competition. Dominant firms should set ‘competitive’ prices, i.e., they should act ‘as if’ they operated in competitive markets”. EVANS, David; PADILLA, Jorge. Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules. *Journal of Competition Law and Economics*, Oxford, v. 1, 2005, p. 100-101.

agentes econômicos existentes no mercado, podendo, portanto, erigir óbices a uma concorrência efetiva, ocasião em que restará configurado o abuso da posição dominante.¹⁴

Existem duas maneiras pelas quais uma firma dominante pode abusar de sua posição no mercado. Em primeiro lugar, a firma pode impor prejuízos diretamente aos seus consumidores, realizando, por exemplo, aumentos nos preços, ou reduzindo esforços na diminuição de custos ou desenvolvimento de novas tecnologias. Essas práticas representam abusos exploratórios. Em segundo lugar, a firma pode adotar estratégias que excluam a possibilidade de firmas rivais fazerem frente a sua posição dominante, por meio, por exemplo, de preços predatórios, venda casada, contratos de exclusividade ou recusas de venda. Tratam-se de abusos exclusionários.¹⁵

Destarte, preços excessivos podem ser exercidos tanto em um contexto de abuso de exclusão (preços excessivos exclusionários) quanto em uma conjuntura de abuso de exploração (preços excessivos exploratórios).

O preço excessivo será exclusionário se objetivar excluir rivais do mercado ou impedir a entrada de rivais. Essa prática é constatada quando uma firma verticalmente integrada impõe um preço abusivo a um rival que atua apenas em uma etapa inferior da cadeia produtiva, de modo a aumentar os custos da firma competidora, visando a sua eliminação do mercado.

O preço excessivo será exploratório quando voltar-se à direta exploração dos consumidores por meio do simples aumento do preço, o que é viável em um “contexto de ausência ou limitação extrema de concorrência”.¹⁶

Da mesma forma como existe a interação simbiótica entre controle de condutas e controle de estruturas, também os abusos de exclusão e de exploração podem estar unidos em uma mesma prática anticompetitiva. O propósito de firmas engajarem-se em práticas exclusionárias é aumentar o próprio poder de mercado, o que, por seu turno, permitirá à firma prevalecer sobre os consumidores, aumentando os próprios rendimentos. O típico caso

¹⁴ LAUREANO, Abel; RENTO, Altina. Considerações Actuais Sobre o Conceito de Abuso de Posição Dominante no Direito da Concorrência da União Europeia. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Curitiba, v. 1, n. 17, 2012, p. 6.

¹⁵ “There are two ways in which a dominant firm might abuse its Market position. First, it might directly harm its customers; for example, by raising prices or limiting its effort to lower costs or develop new or better products. This is known as an exploitative abuse. Second, it might adopt strategies that exclude rivals from making an effective challenge to its dominant position; for example, by predatory pricing, product bundling, exclusive contracts or refusal to supply. Collectively, these are known as exclusionary abuse”. LYONS, Bruce. The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse. In: *The Pros and Cons of High Prices*. Kalmar: Lenanders Grafiska, 2007, p. 66.

¹⁶ SAAD, Andreia. Preços excessivos “puros” na nova Lei Antitruste: uma proposta de abordagem baseada na advocacia da concorrência. *Revista do IBRAC: direito da concorrência, consumo e comércio internacional*, São Paulo, v. 19, n. 22, jul./dez. 2012, p. 250.

anticompetitivo é aquele em que o agente econômico reduz a competição por meio de vias exclusionárias com o intuito de fruir os benefícios do elevado poder de mercado via medidas exploratórias.¹⁷

Em que pese haver essa íntima conexão entre exclusão e exploração, a realidade da aplicação do direito antitruste revela que, se por um lado condutas exclusionárias são tradicionalmente processados¹⁸, sendo a jurisprudência farta em exemplos ao longo do globo¹⁹, por outro lado, preços exploratórios ensejam variados debates e incertezas que conduzem à escassez de casos processados e condenados.²⁰ No Brasil, embora tenham existido diversas representações, nunca houve condenação pela prática de preços exploratórios²¹, o que será objeto de reflexão mais detida na seção seguinte.

Por conseguinte, resta configurada uma política antitruste aparentemente paradoxal, na medida em que, na prática, são atacadas apenas as práticas exclusionárias, as quais podem vir a provocar resultados exploratórios, não se punindo diretamente os preços exploratórios quando eles de fato são implementados.²² Em outros dizeres, a política concorrencial atua “via controle de estruturas e condutas para evitar o abuso do poder de mercado e o consequente

¹⁷ “In fact, the sole purpose of firms engaged in business through exclusionary practices is to increase their market power, which in turn will allow firms to increase their rents. The typical anticompetitive story is thus one in which a firm reduces competition through anticompetitive means (exclusion) in order to reap the benefits of higher market power (exploitation)”. RÖLLER, Lars-Hendrik. *Exploitative Abuses*. In: *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*. Portland: Hart Publishing, 2008, p. 525.

¹⁸ Como exemplo de casos abrangendo preços estipulados com fins exclusionários, há o caso Hoffmann-La Roche (*Hoffmann-La Roche & Co AG v Commission*, 13 de fevereiro de 1979) e o caso Deutsche Post (*Deutsche Post AG*, 20 de março de 2001). Nesse sentido, conferir: CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de Defesa da Concorrência: MERCOSUL e União Européia*. 1ª ed. Barueri: Manole, 2003, p. 100.

¹⁹ Com o intuito de manter o leitor atualizado acerca da defesa da concorrência no Brasil, relevante é a menção ao fato de estar pendente, no CADE, o inquérito administrativo 08700.011091/2015-18, o qual trata, precisamente, da suposta prática de preços exclusionários pela Sabesp (Companhia de Saneamento do Estado de São Paulo). Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuQpynCIZls_rHQcc3fMu8I2htJ1ahu ckyi_C139hQjKmt586E2jVZ4mUCAE4DWZjYqf4D-irFk5H6TRF6DKQ>. Acesso em: 20 out. 2016.

²⁰ Sobre o fato de serem raros os casos envolvendo unicamente preços exploratórios, Mark Williams elucida o seguinte: “Given the apparently fundamental role played by excessive pricing in motivating competition policy, it is perhaps surprising that the ex-post prosecution of excessive pricing – as opposed to deterring its occurrence via cartel or merger policy – remains a neglected area of competition policy. Indeed, the reality is that the pursuit of excessive pricing cases is quite rare, and the number of convictions of pure excessive pricing abuses – as opposed to a hybrid offence of which excessive pricing is a component – is modest”. WILLIAMS, Mark. *Excessive Pricing*. In: *The Pros and Cons of High Prices*. Kalmar: Lenanders Grafiska, 2007, p. 131.

²¹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A Eficácia Jurídica da Norma de Preço Abusivo. *Revista de Concorrência e Regulação*, v. 7/8, 2012. Disponível em: <https://works.bepress.com/carlos_ragazzo/16/>. Acesso em: 17 out. 2016, p. 191.

²² Bruce Lyons assim sintetiza referido paradoxo: “it is good to prohibit only those exclusionary practices which can be expected to result (indirectly) in an exploitative abuse... but at the same time it is bad to prohibit directly exploitative practices!”. LYONS, Bruce. *The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse*. In: *The Pros and Cons of High Prices*. Kalmar: Lenanders Grafiska, 2007, p. 70.

aumento de preço, mas ignora o aumento de preço quando este é efetivamente praticado no mercado, em prejuízo do consumidor”.²³

Porém, a hesitação das autoridades concorrenciais no julgamento de preços exploratórios não ocorre sem motivos. Incontáveis dilemas atravessam a apreciação dos preços no direito antitruste.

Um primeiro ponto de controvérsia externa-se no argumento levantado por algumas autoridades e estudiosos de que preços exploratórios sequer comporiam matéria pertinente ao direito concorrencial. Mauro Grinberg, ao defender essa visão, afirma que, como o preço exploratório apenas é viável em um contexto de ausência de concorrência prévia²⁴, embora esse preço abusivo possa ser maléfico para a economia e para os adquirentes, não traz danos à concorrência. Dessa forma, seria desvirtuada a atuação dos órgãos de repressão ao abuso do poder econômico quando julgam um aumento arbitrário de lucros, “porque de concorrência efetivamente não se trata”.²⁵

De maneira consentânea a esse entendimento, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a simples posse de poder de monopólio e a concomitante cobrança de preços de monopólio não seriam apenas legítimas, como importantes elementos do sistema de livre mercado.²⁶ Observa-se, pois, que o direito antitruste norte-americano, embora admita que um elevado poder de mercado “pode acarretar prejuízos ao interesse público através da alteração do nível de preços, (...) reconhece *licitude antitruste per se* às práticas exploratórias, estando excluída, assim, a possibilidade de intervenção antitruste baseada em preços excessivos”.²⁷

²³ SAAD, Andreia. Preços excessivos “puros” na nova Lei Antitruste: uma proposta de abordagem baseada na advocacia da concorrência. *Revista do IBRAC: direito da concorrência, consumo e comércio internacional*, São Paulo, v. 19, n. 22, jul./dez. 2012, p. 255.

²⁴ A afirmação de que a prática de preços exploratórios é possível somente em cenários em que já não existe uma concorrência efetiva justifica-se pelo fato de que, se existissem vários competidores em livre concorrência, ao deparar-se com um preço excessivo, o consumidor simplesmente optaria pelo bem fornecido por alguma das firmas rivais a um preço inferior. Diante dessa situação, a firma que cobrasse um preço em patamar excessivamente superior acabaria não conseguindo vender seus bens, sendo obrigada a reconduzir o preço a um nível adequado, tal como cobrado pelos outros competidores.

²⁵ GRINBERG, Mauro. Aumentos arbitrários de lucros como abusos do poder econômico: interpretação da Constituição e sugestão de alteração. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 103, 1996, p. 57.

²⁶ “The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP 02-682 (2004)*. Washington, 15 dez. 2004. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/540/02-682/opinion.html>>. Acesso em: 20 out. 2016.

²⁷ CASTRO, Bruno Braz de. *Preços Exploratórios: mera “ficção científica” ou desafio real ao direito da concorrência brasileiro?* 2012. 99 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012, p. 30.

No entanto, como será abordado na seção seguinte, não é essa a opção que parece ser feita pelo direito brasileiro, vez que a própria Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 173, §4º, impôs a repressão ao aumento arbitrário dos lucros como um dever legal.

O que se pretende mostrar, à vista desse primeiro tópico de controvérsia quanto aos preços exploratórios, é que, se já existe discordância quanto ao preliminar fato da matéria constituir ou não um ilícito passível de perseguição pelo direito antitruste, quando se adentra no efetivo exame dos preços, novos e ainda mais complexos desafios surgem.

Não há acordo a respeito de quais mercados deveriam ser alvo de intervenção quanto a preços exploratórios, nem há entendimentos afins em torno de qual ou quais metodologias seriam aptas a atestar o caráter excessivo de um preço, nem a respeito de como seria possível fixar o preço justo, nem no que tange aos benefícios e malefícios de uma intervenção. Tampouco existe concordância referente aos remédios e sanções adequados para solucionar os preços exploratórios.

Todos esses pontos permeados por divergências propiciam a compreensão do porquê da existência de tão poucos casos de julgamento e condenação de preços exploratórios. Cada um desses temas de dissonância será oportunamente estudado nas seções seguintes para que seja possível atingir conclusões mais precisas a respeito de ser ou não desejável a intervenção contra os preços exploratórios. Antes disso, todavia, serão tecidas considerações a respeito do tratamento de preços no Brasil, tanto por meio de uma perspectiva histórica quanto por meio da pesquisa do ordenamento jurídico e da análise dos casos debatidos pelas autoridades antitruste nacionais.

2.2 Os preços no Brasil

A presente seção encontra-se subdividida em duas seções terciárias, que pretendem esclarecer aspectos acerca do controle de preços no Brasil. Nesse sentido, a seção 2.2.1 realizará conciso estudo de experiências nacionais pretéritas de regulação de preços, cumprindo à seção 2.2.2 a pesquisa de como os preços são abordados sob o Direito Concorrencial, abarcando as disposições legais e os casos examinados pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

2.2.1 Breve histórico do controle de preços no Brasil: o Plano Cruzado

O estudo da história de um país revela seu grande valor quando as reflexões em torno do passado tornam possível a obtenção de respostas para questionamentos presentes.

Não é objetivo do presente trabalho remeter o leitor a uma aprofundada análise do passado econômico do Brasil, o que tomaria demasiado número de linhas e, por si só, já seria capaz de compor uma dissertação autônoma.

Todavia, convém enfrentar o exame de alguns episódios históricos do período contemporâneo²⁸ capazes de ilustrar como os preços são um componente extremamente sensível da economia, sendo que já existiram medidas de controle direto de preços que acabaram por gerar relevantes infortúnios.

No Brasil, houve significativo aumento da taxa de inflação a partir de 1973 em razão, destacadamente, dos choques do petróleo em 1973 e em 1979, do choque das taxas de juros internacionais no início dos anos 1980²⁹ e dos choques na agricultura, devido a geadas e secas.³⁰ Nesse contexto, “os bancos internacionais suspenderam a rolagem (negociação de maiores prazos para pagamento) dos seus empréstimos para o Brasil, obrigando o governo a adotar medidas de ajuste fiscal para estabilizar o balanço de pagamentos”.³¹

No intuito de enfrentar os compromissos relacionados à dívida externa, o governo brasileiro ajustou a economia de modo a gerar *superávits* comerciais, o que envolveu, por exemplo, a enorme desvalorização da moeda local.³² Em que pese ter sido alcançado o ajuste de fluxo das contas externas, a inflação, ao contrário do esperado, não diminuiu, alcançando 224% em 1984.³³

²⁸ Embora o presente estudo restrinja o exame histórico a eventos pontuais do período contemporâneo, não é desconhecido o fato de que o controle de preços fez-se presente já na época colonial. Exemplo dessa situação reside no “Regimento dos preços por que o contratador geral, seus rendeiros, administradores e estaqueiros hão-de vender o tabaco por grosso nas fabricas desta Corte, Cidade do Porto e casas de administrações de todo o Reyno e do Algarve, e por meudo nas tendas dos mesmos reynos, do primeiro de Janeiro do anno de 1702 em diante”. Tratou-se de norma fixadora dos preços do tabaco aqui produzido, gerando efeitos a partir de janeiro de 1702. Referido regimento dispunha que as pessoas que vendessem o tabaco por preços superiores aos fixados e não mantessem a tabela de preços em local visível a todos os compradores incorreriam em determinadas penas. A esse respeito, verificar: ANTONIL, André João. *Cultura e Opulência do Brasil por suas Drogas e Minas*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007, p. 346-347.

²⁹ GREMAND, Amaury Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JÚNIOR, Rudinei. *Economia Brasileira Contemporânea*. 7ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 416.

³⁰ BAER, Werner. *A Economia Brasileira*. 2ª ed. São Paulo: Nobel, 2002, p. 168.

³¹ LACERDA, Antônio Corrêa de et al. *Economia Brasileira*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 171.

³² PIRES, Marcos Cordeiro. Os sucessivos e fracassados planos de combate à inflação: Cruzado, Bresser, Arroz com Feijão, Verão e Collor. In: PIRES, Marcos Cordeiro (Coord.). *Economia Brasileira da Colônia ao Governo Lula*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 249.

³³ GIAMBIAGI, Fabio et al. *Economia Brasileira Contemporânea: 1945-2010*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 101.

No início de 1985, quando se completou a transição democrática³⁴, “o Brasil estava imerso em uma crise econômica de grandes proporções”.³⁵ Em agosto de 1985, ocorreu a posse de Dílson Funaro no Ministério da Fazenda, quem optou por combater a inflação por meio do crescimento do mercado interno, consolidando sua estratégia no Plano Cruzado, lançado em 28 de fevereiro de 1986, o qual abrigava, entre outras medidas, o congelamento dos preços finais dos produtos.³⁶

O congelamento de preços e salários tinha como meta deter a chamada inflação inercial, que significa que, no Brasil, os preços aumentavam ainda que não houvesse causa imediata, ainda que não houvesse qualquer choque. Os preços “aumentavam hoje porque tinham aumentado ontem”.³⁷

Nesse ponto, antes de serem tecidas maiores reflexões acerca do congelamento de preços no Plano Cruzado, é importante expor as razões da inércia inflacionária, haja vista que, também nas origens dessa inflação inercial, é possível identificar os riscos e contratempos presentes em experiências de controle de preços no Brasil.

Sobre as causas da inércia inflacionária, a partir de uma ótica heterodoxa³⁸, explicou-se o seguinte:

³⁴ O período identificado como Nova República iniciou-se com o seguinte conturbado quadro político: “O candidato da oposição, Tancredo Neves, venceu as eleições no Colégio Eleitoral em função de uma ampla aliança feita inclusive com dissidências do partido governamental (PDS), que não concordavam com o nome do candidato escolhido pela situação, e fundaram um novo partido (PFL) do qual saíra a indicação do nome do candidato a vice-presidente na chapa da oposição – José Sarney. Esse processo resultou na definição de um quadro de ministros marcado pela heterogeneidade, reflexo dos próprios interesses contraditórios que se aliaram no movimento eleitoral. O cenário eleitoral fica ainda mais incerto quando (...) o presidente falece e o vice é confirmado no cargo. Esse governo pode ser considerado como de transição entre o regime militar e a democracia (...). Ou seja, era um governo civil que nascera de maneira bastante conturbada e que teria uma complexa agenda política pela frente, em um contexto no qual as diversas pressões/interesses até então reprimidos tenderiam a aparecer. O quadro político foi uma importante condicionante de todas as decisões econômicas tomadas nesse governo”. GREMAND, Amaury Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JÚNIOR, Rudinei. *Economia Brasileira Contemporânea*. 7ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 418.

³⁵ LACERDA, Antônio Corrêa de et al. *Economia Brasileira*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 170.

³⁶ PIRES, Marcos Cordeiro. Os sucessivos e fracassados planos de combate à inflação: Cruzado, Bresser, Arroz com Feijão, Verão e Collor. In: PIRES, Marcos Cordeiro (Coord.). *Economia Brasileira da Colônia ao Governo Lula*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 253.

³⁷ SARDENBERG, Carlos Alberto. *Aventura e Agonia: Nos Bastidores do Cruzado*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987, p. 22.

³⁸ A respeito das visões heterodoxa e ortodoxa da inflação, expõe-se o seguinte: “O Plano Cruzado é geralmente referido como um plano ‘heterodoxo’, para se contrapor aos diagnósticos ‘ortodoxos’. As teses ‘ortodoxas’ veem a inflação, essencialmente, como o resultado de um excesso de demanda, provocado, em geral, por um governo que gasta além do que arrecada, financiando seus gastos através da expansão monetária”. GIAMBIAGI, Fabio et al. *Economia Brasileira Contemporânea: 1945-2010*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 108. Nesse sentido, “diante da ineficiência de políticas ortodoxas de combate à inflação, o debate econômico da primeira metade da década de 1980 resgatou uma interpretação estruturalista da inflação brasileira, particularmente no que diz respeito ao chamado aspecto ‘inercial’ da inflação (...)”. PIRES, Marcos Cordeiro. Os sucessivos e fracassados planos de combate à inflação: Cruzado, Bresser, Arroz com Feijão, Verão e Collor. In: PIRES, Marcos Cordeiro (Coord.). *Economia Brasileira da Colônia ao*

Ao longo dos anos, a sociedade brasileira criou e aperfeiçoou mecanismos formais e informais de reajustes periódicos de preços. Correção monetária, minidesvalorização do cruzeiro, ORTNs – Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional –, fórmulas de reajustes salariais, índices de preços cada vez mais sensíveis – nasceu uma parafernália de instrumentos pelos quais cada setor social, cada agente econômico tratava de corrigir seus preços e sua renda de modo a, pelo menos, não perder em relação aos “preços dos outros”. De preferência, levar uma vantagem, reajustando mais alto e mais depressa. Ocorreu assim o fenômeno da indexação generalizada da economia (...). Designa o seguinte: definiram-se índices pelos quais todos os valores – preços das mercadorias, salários, aluguéis, câmbio, contratos – são corrigidos (atualizados) periodicamente. A prática é engenhosa e o objetivo parece lógico: trata-se de neutralizar os efeitos da inflação, pois, se um valor é corrigido regularmente pela inflação passada, parece não haver perda nenhuma. A cada correção repõe-se o valor que havia sido corroído pela desvalorização da moeda no período anterior. (...) uma geada quebrava a safra, estourava o preço do café e esse aumento repercutia, digamos, 1,5% no índice de preços oficial. Como esse índice servia de indexador para todos os demais preços, tudo subia em decorrência (...). A indexação incorporava de modo permanente cada aumento de preço e o retransmitia em cadeia para toda a economia.³⁹

A interferência direta nos preços por meio da indexação, portanto, distorcia o cenário econômico de forma a tornar recorrente a situação na qual, em um certo mês, embora o fabricante de um produto não registrasse aumento de custo em sua atividade, eram corrigidos, pelo fabricante, os preços desse produto de acordo com os índices oficiais, já que “tudo subia”, de forma tal que “a correção tornou-se um hábito cultural”.⁴⁰

Esse retrospecto a respeito dos antecedentes inflacionários é, assim, importante para demonstrar como os preços são um elemento central da economia, sendo que políticas de intervenção sobre os preços, tais como as indexações verificadas, podem resultar na produção de resultados danosos de grandes proporções, a exemplo do vertiginoso processo inflacionário então experimentado pelo Brasil.

No entanto, ainda que a indexação formal e a informal não explicassem por completo a inflação brasileira⁴¹, foi essa visão inercial do processo inflacionário que norteou as medidas

Governo Lula. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 250. Finalmente: “No diagnóstico da inflação inercial do Plano Cruzado, a tese foi da existência não de problemas estruturais/reais da economia, mas sim o da existência de cláusulas de indexação contratual que perpetuavam a inflação”. GIAMBIAGI, Fabio et al. *Economia Brasileira Contemporânea: 1945-2010*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 110.

³⁹ SARDENBERG, Carlos Alberto. *Aventura e Agonia: Nos Bastidores do Cruzado*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987, p. 23.-24.

⁴⁰ SARDENBERG, Carlos Alberto. *Aventura e Agonia: Nos Bastidores do Cruzado*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987, p. 24.

⁴¹ Em decorrência das diferentes teorias econômicas a respeito da inflação brasileira, constata-se que “tivemos na economia brasileira diferentes tipos de planos de estabilização. Os planos baseados só na oferta – Plano Cruzado e Plano Besser –, que admitiam que a inflação fosse pura e simplesmente inercial, e fracassaram

impostas pelo Plano Cruzado, construído para “desmontar os mecanismos de indexação responsáveis pela manutenção da inércia inflacionária”.⁴²

A medida do Plano Cruzado imediatamente associada aos preços e que, portanto, mais interessa ao presente trabalho, foi a decretação do congelamento dos preços.

O congelamento equivaleria a um pacto social pelo qual os diversos setores concordariam em abrir mão da chance de melhorar sua posição relativa na sociedade, já que, em um contexto marcado pela inflação, ganha em relação aos outros quem consegue reajustar preços e rendas em intervalos mais curtos, sendo que essa possibilidade desapareceria com o congelamento.⁴³

Todavia, vários problemas acompanharam o congelamento de preços. André Lara Resende foi um dos economistas que contribuiu para a construção do Plano Cruzado. Em depoimento concedido ao jornalista Alex Solnik, André Lara Resende afirmou o seguinte:

O congelamento, do ponto de vista conceitual, teórico, sempre achei que fosse uma coisa absolutamente nociva à economia, a longo prazo. Ele introduz um grau de distorção e incerteza extraordinários na economia. É mais fácil para o público leigo, e até para economistas, entender o papel do sistema de preços na distribuição de renda, pois você sabe que os preços te dão menor ou maior poder aquisitivo, a quem favorece, que setor ganha, qual perde, etc. As pessoas têm muito maior dificuldade de entender o papel do sistema de preços na alocação de recursos. No sentido de que, se eu mantenho o preço de um determinado setor muito baixo, a oferta daquele setor tende a não crescer a longo prazo. Então, se acaba criando uma distorção permanente. Eu diria, assim, que talvez a verdadeira função importante do sistema de preços é na alocação de recursos.⁴⁴

Destarte, como consequência da eliminação do mecanismo de preços como alocador de recursos, quanto mais durasse o congelamento, mais graves seriam as distorções no mercado.⁴⁵

Diante desse sério contratempo ocasionado pelo congelamento, pergunta-se: por que, então, houve a opção pelo implemento da medida?

porque ela não era só inercial; os planos que foram de 1981 a 1983; o ‘feijão-com-arroz’ do ministro Mailson da Nóbrega em 1988; e o de Fernando Collor, a partir da entrada de Marcílio no governo, o qual considerava que a inflação era apenas inflação de demanda, sem nenhum componente inercial. O primeiro programa que levou realmente em consideração os ‘dois lados da tesoura’ foi o Plano Real”. LACERDA, Antônio Corrêa de et al. *Economia Brasileira*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 189.

⁴² GONTIJO, Cláudio. O Plano de Estabilização e a Economia Brasileira: Aspectos Gerais. In: PAIVA, Paulo et al. *Plano Cruzado: Ataque e Defesa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, p. 16.

⁴³ SARDENBERG, Carlos Alberto. *Aventura e Agonia: Nos Bastidores do Cruzado*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987, p. 27.

⁴⁴ SOLNIK, Alex. *Os Pais do Cruzado Contam Por Que Não Deu Certo*. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 160-161.

⁴⁵ BAER, Werner. *A Economia Brasileira*. 2ª ed. São Paulo: Nobel, 2002, p. 172.

O congelamento de preços fascina os políticos, vez que os preços paralisados possuem forte apelo popular, cativando os eleitores. Não apenas os políticos, mas também os economistas, sobretudo quando ocupam funções no governo, são encantados pelo congelamento, já que preços congelados transmitem a ideia de um trabalho eficaz na medida em que cortam a inflação e produzem resultados instantâneos.⁴⁶

Para além do inquietante problema pertinente à função alocativa dos preços, duas grandes questões pairavam insolúveis em torno da ideia de congelamento: (i) qual preço congelar e (ii) como sair do congelamento sem nova inflação.⁴⁷

No que tange à primeira questão, os preços foram congelados no nível em que se encontravam em 28/02/1986, sendo que não havia prazo para a descompressão e não houve nenhuma compensação, de maneira tal que vários setores foram pegos com preços defasados, com destaque para as tarifas públicas.⁴⁸

Já no que se refere à segunda questão, a dificuldade de sair do congelamento explica-se em razão de que o anúncio de descongelamento equivale a um anúncio de que os preços subirão, o que leva os consumidores a quererem comprar grandes quantidades antes do aumento, ao passo que os comerciantes, ao contrário, querem estocar para vender após o descongelamento, a maiores preços. Essa situação acaba por resultar em uma crise de abastecimento.⁴⁹

Fato é que, antes mesmo de qualquer anúncio de descongelamento, ocorreram problemas de desabastecimento. Antes do congelamento, foram aplicados reajustes nos salários, aumentando o poder de compra e levando a uma explosão do consumo. A forte pressão de demanda tornava ainda mais difícil sustentar o congelamento, sendo que os “empresários foram aprendendo técnicas para burlar a fiscalização e escapar ao congelamento, por meio da maquiagem de produtos. Em julho, menos de 6 meses após a decretação do plano, havia mercados paralelos para diversos produtos”.⁵⁰

Por todo o exposto, é natural concluir que a decisão de congelar preços teve significativas repercussões nocivas, sobretudo em razão do sacrifício que é imposto ao

⁴⁶ SARDENBERG, Carlos Alberto. *Aventura e Agonia: Nos Bastidores do Cruzado*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987, p. 262.

⁴⁷ SARDENBERG, Carlos Alberto. *Aventura e Agonia: Nos Bastidores do Cruzado*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987, p. 263.

⁴⁸ GREMAND, Amaury Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JÚNIOR, Rudinei. *Economia Brasileira Contemporânea*. 7ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 416.

⁴⁹ SARDENBERG, Carlos Alberto. *Aventura e Agonia: Nos Bastidores do Cruzado*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987, p. 263.

⁵⁰ LACERDA, Antônio Corrêa de et al. *Economia Brasileira*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 193.

sistema alocativo. Apesar de terem sido registrados resultados inicialmente positivos⁵¹, não tardaram a aparecer as dramáticas consequências da medida, envolvendo desabastecimentos, defasagem de preços, surgimento de mercados paralelos e maquiagem de produtos, desestímulo a investimentos e perda de receitas.⁵²

Acrescente-se também a circunstância do sucesso inicial do congelamento, aos olhos da população⁵³, tornar ainda mais onerosa, em termos políticos, a medida de descongelamento, que foi adiada tanto quanto foi possível.⁵⁴ Dessa maneira, uma sequência de enganos conduziu ao fracasso do Plano Cruzado. Sem embargo, relevantes aprendizados devem ser extraídos desse episódio.

O sistema de preços é extremamente complexo, sendo muitos os embaraços existentes em medidas que interfiram diretamente sobre ele, as quais repercutem nos mais diversos aspectos políticos, sociais e econômicos.

Como afirmado em linhas anteriores, a pesquisa a respeito da história de um país mostra-se útil quando, a partir dela, consegue-se extrair diretrizes aplicáveis a dilemas contemporâneos. O presente trabalho passa, assim, a desenvolver-se sem que se tenham

⁵¹ A respeito dos impactos inicialmente positivos do Plano Cruzado, constatou-se que “a natureza drástica do Plano Cruzado levou a resultados inicialmente espetaculares. (...) o objetivo primordial do Plano residia na contenção do processo inflacionário, e tal meta foi atingida com enorme êxito nos meses que se seguiram à implementação das novas regras. De uma inflação mensal de 14,4% em fevereiro, o IPC – Índice de Preços ao Consumidor, novo índice oficial – registrou uma inflação praticamente nula em março (outros índices, como o IGP-DI e o IPA, Índice de Preços por Atacado, chegaram inclusive a apontar uma deflação em torno de 1%)”. LACERDA, Antônio Corrêa de et al. *Economia Brasileira*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 191.

⁵² No setor público, “a crise fiscal e financeira do Estado viu-se agravada pela perda das receitas advindas do imposto inflacionário (...). Por outro lado, para manter o congelamento, o governo sacrificou as empresas estatais, as contas externas e as finanças públicas. A taxa de câmbio foi congelada também, o que provocou grande sangria de reservas internacionais e dificultou o pagamento dos serviços da dívida externa”. LACERDA, Antônio Corrêa de et al. *Economia Brasileira*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 193.

⁵³ A respeito do sucesso do congelamento entre a população, afirma-se o seguinte: “A ruptura do processo inflacionário, por meio do congelamento de preços, teve a simpatia da maior parte da população. As tabelas de preços produzidas pela Superintendência Nacional de Abastecimento (Sunab) estavam sempre à mão dos consumidores. Foi a época dos ‘fiscais do Sarney’”. PIRES, Marcos Cordeiro. Os sucessivos e fracassados planos de combate à inflação: Cruzado, Bresser, Arroz com Feijão, Verão e Collor. In: PIRES, Marcos Cordeiro (Coord.). *Economia Brasileira da Colônia ao Governo Lula*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 254.

⁵⁴ O interesse político na preservação do congelamento de preços foi assim descrito: “À medida que transcorria o tempo, os critérios políticos passaram a dominar as considerações econômicas: o congelamento de preços do Plano Cruzado tornara-se a base da popularidade do governo, ou seja, a inflação zero era cada vez mais vista pelo presidente e seus assessores políticos como a essência do sucesso econômico do governo e apegar-se a ela, portanto, era importante, já que se aproximavam as eleições de novembro de 1986 para os governos estaduais e o Congresso. Visto que este também atuaria como Assembléia Constituinte com poder para determinar a duração do mandato do presidente, o Congresso estava ansioso por preservar a inflação zero o máximo possível”. BAER, Werner. *A Economia Brasileira*. 2ª ed. São Paulo: Nobel, 2002, p. 176. No mesmo sentido, a respeito dos empecilhos políticos impostos contra o descongelamento, Persio Arida, um dos economistas que arquitetou o Plano Cruzado, afirmou o seguinte: “Quando Dilson foi repreendido pelo porta-voz por ter falado em descongelamento, veio uma ordem que era a seguinte: não podia fazer nada para descongelar. Tivemos que dissolver o grupo do descongelamento. Uma coisa fantástica! Eu fui pro Banco Central. E não se falou mais nisso”. SOLNIK, Alex. *Os Pais do Cruzado Contam Por Que Não Deu Certo*. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 91.

afastadas da memória essas malsucedidas experiências brasileiras em intromissões diretas sobre os preços.

2.2.2 *Os preços excessivos na letra e na prática do Direito nacional*

O §4º do art. 173 da CR/88 dispõe que a lei deverá reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao *aumento arbitrário dos lucros*.

É esse comando constitucional que fundamenta a atuação concreta do Estado na busca pela garantia da livre concorrência e da defesa do consumidor, dois princípios da atividade econômica previstos, respectivamente, nos incisos IV e V do art. 170 da CR/88.

Um aumento arbitrário de lucros nada mais é do que figura intimamente vinculada a um aumento não equitativo de preços, ou seja, a preços excessivos.⁵⁵ Dessa forma, constata-se que advém da própria Constituição o mandado de que lei infraconstitucional discipline mecanismos de combate a abusos de poder econômico que acarretem ou possam vir a acarretar preços excessivos.

A antiga Lei de Defesa da Concorrência, nº 8.884/1994, em seu art. 21, XXIV, expressamente listava a imposição de preços excessivos como exemplo de infração da ordem econômica.

A atual Lei de Defesa da Concorrência (LDC), nº 12.529/2011, não mais inclui os preços excessivos em seu rol ilustrativo de potenciais infrações da ordem econômica, conforme observa-se da leitura do §3º do art. 36. Ainda assim, essa modificação em relação ao diploma legal anterior não permite que se conclua que representações contra preços excessivos não mais estariam autorizadas, pois, tal como mencionado, o rol do §3º do art. 36 é meramente exemplificativo.

Nesse sentido, para que se caracterize uma infração da ordem econômica, exige-se tão somente a prática de um ato que tenha por objeto ou possa produzir algum dos efeitos indicados pelos incisos que seguem ao *caput* do art. 36, sendo que, dentre esses efeitos, figura justamente o aumento arbitrário de lucros.

Ademais, cumpre rememorar que, ainda que não existisse qualquer dispositivo da LDC nesse sentido, restaria inabalada a previsão constitucional já referida.

⁵⁵ SAAD, Andreia. Preços excessivos “puros” na nova Lei Antitruste: uma proposta de abordagem baseada na advocacia da concorrência. *Revista do IBRAC: direito da concorrência, consumo e comércio internacional*, São Paulo, v. 19, n. 22, jul./dez. 2012, p. 252.

Diante do contexto legal brasileiro, depreende-se a inarredável conclusão de que preços excessivos representam uma prática indesejável, cuja repressão é determinada pelo ordenamento jurídico.⁵⁶

A despeito da suposta clareza emanada dos comandos normativos, a observação empírica demonstra existir aparente dissenso entre as previsões legais e a prática das autoridades antitruste. Malgrado já ter sido apresentado um sem-número de representações contra preços excessivos aos Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), não há registro de condenação pela prática de preços abusivos.⁵⁷ Esse fenômeno não é restrito ao Brasil, na medida em que jurisdições estrangeiras igualmente enfrentam dificuldades no processamento e condenação de preços excessivos em razão das incontáveis controvérsias existentes.⁵⁸

No intuito de ser alcançado maior entendimento acerca do tratamento que é dispensado aos preços exploratórios pelo CADE, o presente trabalho empenhou esforços em realizar um exame empírico dos preços excessivos exploratórios.

A metodologia empregada na análise empírica seguiu as lições de Lee Epstein e Gary King, que, ao explicarem as diretrizes gerais às quais toda pesquisa empírica deveria aderir, afirmam o seguinte:

- (i) A pesquisa deve ser replicável, ou seja, “outro pesquisador deve conseguir entender, avaliar, basear-se em, e reproduzir a pesquisa sem que o autor lhe

⁵⁶ A essa mesma conclusão chega Paula Forgioni com os seguintes dizeres: “Nossa lei - é bom que se lembre - não tutela apenas a livre concorrência, mas reprime o abuso do poder econômico e veda, expressamente, o aumento arbitrário de lucros. Muito embora haja inúmeras discussões sobre a razoabilidade econômica de tal previsão (...) não se pode seriamente sustentar que, em nosso sistema, a atuação do CADE para coibir preços excessivos e o consequente aumento arbitrário de lucros não seria autorizada: a partir do momento em que esse aumento não equitativo decorre do abuso de poder econômico e produz efeito tipificado no referido art. 20, caberá ao CADE reprimi-lo, conforme expressamente determinado no texto normativo”. FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 308.

⁵⁷ É o que afirma o ex-conselheiro do CADE, Carlos Ragazzo, em seu voto no julgamento da Averiguação Preliminar nº 08012.000295/1998-92: “É interessante notar que os casos de preço abusivo/excessivo abarcaram os mais variados setores da economia nacional, passando por postos de combustíveis, medicamentos, planos de saúde, alimentos, bebidas, cimento, gás, serviços de transporte, entre vários outros. Em nenhum caso, no entanto, houve condenação”. BRASIL. CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.000295/1998-92. Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgica e Material Elétrico de Ipatinga/MG versus White Martins S.A. e Aga S.A. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, julgado em 18 de ago. 2010, fl. 179.

⁵⁸ Nesse sentido, conferir: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Excessive prices*. DAF/COMP(2011)18. Paris, 2012, p. 9. Disponível em: <www.oecd.org/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/49604207.pdf>. Acesso em: 17 out. 2016.

forneça qualquer informação adicional”. Para que isso seja possível, o autor deve fornecer informações suficientes para a repetição dos resultados.⁵⁹

(ii) A pesquisa é um empreendimento social, o que significa que:

O autor da pesquisa é totalmente irrelevante (...). Seus atributos, reputação ou status não são importantes; frases que começam com ‘eu acho’ ou ‘eu acredito’ são irrelevantes. O importante é a sua contribuição à literatura acadêmica, à tarefa comum ou empreendimento social de aprender sobre o mundo.⁶⁰

(iii) Todo o conhecimento e toda a inferência na pesquisa são incertos. Desse modo, é necessário estimar o grau de incerteza inerente a cada conclusão e relatar essa estimativa.⁶¹

Diante disso, visando ao atendimento da primeira diretriz, foi descrito, nos parágrafos seguintes, o modo de realização da pesquisa⁶², de forma tal que seja possível a outro pesquisador repetir os procedimentos adotados e atingir iguais resultados.

O atendimento à segunda diretriz, por sua vez, reside, sobretudo, nas conclusões obtidas ao final da pesquisa empírica, que, por meios pragmáticos e quantitativos, fundamenta constatações objetivas a respeito da posição do órgão antitruste nacional acerca dos preços exploratórios.

Por fim, a terceira diretriz, pertinente à estimativa de um grau de incerteza correspondente às inferências realizadas, pode ser atendida por meio do esclarecimento de que a base de dados utilizada, qual seja, o site do CADE, pode possuir imprecisões na catalogação de processos que determinem a ocultação de certos resultados eventualmente pertinentes à matéria examinada. No entanto, referidas imprecisões não impediram a localização de processos associados à preços exploratórios atinentes a variados mercados, capazes de expor

⁵⁹ EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013, p. 47.

⁶⁰ EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013, p. 57.

⁶¹ EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013, p. 62-64.

⁶² Para descrever o modo de realização da pesquisa empírica, o presente trabalho adotou como referência a metodologia utilizada no estudo empreendido por Leonardo Netto Parentoni. Nesse sentido, conferir: PARENTONI, Leonardo Netto. *Desconsideração Contemporânea da Personalidade Jurídica – Dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira (Jurimetria/Empirical Legal Studies)*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 100-120.

com considerável abrangência a maneira como diferentes autoridades antitruste já se manifestaram a respeito do tratamento dessa questão.

Passando à descrição do modo de realização da pesquisa, a escolha da entidade julgadora cujos processos foram examinados representou tarefa livre de maiores dificuldades, pois o CADE é a autarquia federal competente para a investigação e decisão de matérias concorrenciais, sendo o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica do CADE o único órgão julgador no Brasil que, no período investigado, apreciou casos de preços excessivos exploratórios tais como examinados pela presente pesquisa. É missão institucional do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, entre outras atribuições, julgar os processos administrativos de condutas anticompetitivas.⁶³

Assim, foram apurados os processos no âmbito do CADE, abrangendo tanto aqueles que chegaram a ser examinados pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica quanto os que foram arquivados pela própria Superintendência-Geral, ainda em fase de procedimento preparatório.

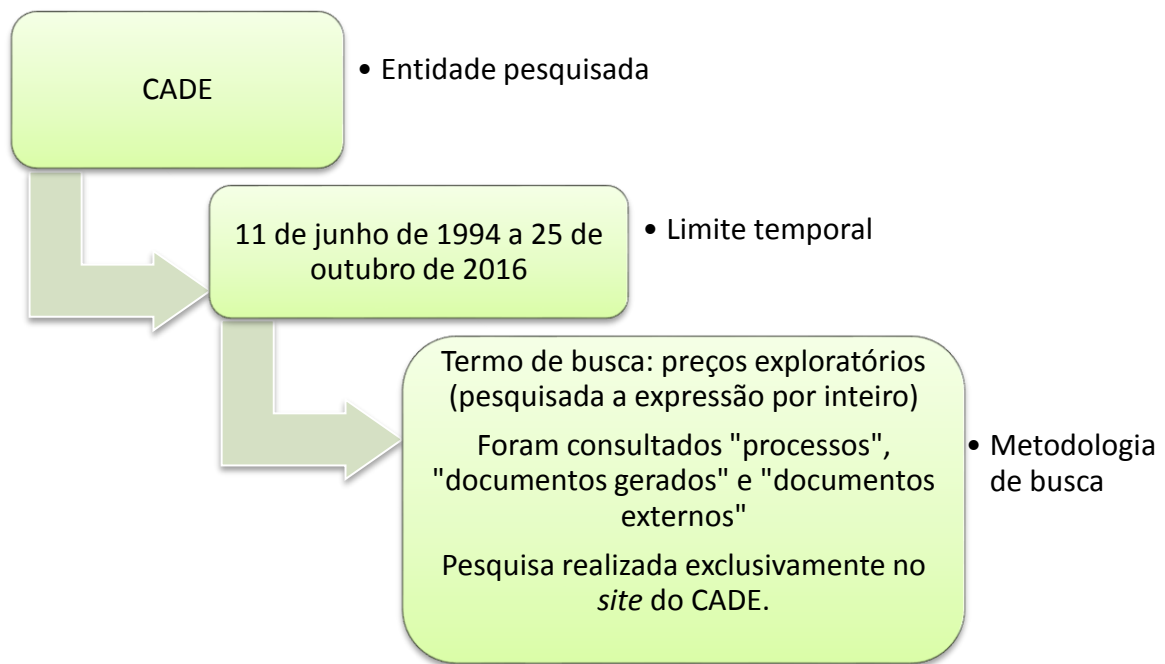
A pesquisa abrangeu o período estremado pelas datas de 11 de junho de 1994, data da publicação e entrada em vigor da antiga Lei de Defesa da Concorrência, nº 8.884/94, e 25 de outubro de 2016, data que objetiva alcançar as mais atualizadas manifestações das autoridades antitruste sem prejudicar o cronograma de execução da presente dissertação.

Quanto ao termo de busca empregado, utilizou-se *preços exploratórios*, designando fielmente o objeto de estudo deste trabalho.

No que se refere ao modo de pesquisa, foram incluídas as três categorias de documentos apresentadas pela ferramenta de pesquisa eletrônica do *site* do CADE, quais sejam: “processos”, “documentos gerados” e “documentos externos”. Tal parâmetro visou a impedir a exclusão de qualquer resultado relevante que se adequasse às demais balizas da pesquisa.

Em síntese, o esquema a seguir ilustra como foram definidos os critérios de investigação:

⁶³ As principais atribuições do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica podem ser conferidas em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/Tribunal_administrativo/capa-interna>. Acesso em: 24 out. 2016.



*Esquema 01 – Critérios utilizados para realizar a pesquisa empírica
Fonte: SILVA, Isadora de Castro, 2017.*

Ainda com o objetivo de assegurar a viabilidade de repetição da pesquisa por outro pesquisador, a imagem seguinte exibe como restaram preenchidos os campos da busca eletrônica:

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
sei.

Pesquisa Pública

Nº do Processo ou Documento: []

Pesquisa Livre: preços exploratórios ?

Pesquisar em: Processos Documentos Gerados Documentos Externos

Interessado / Remetente: []

Unidade: []

Tipo do Processo: []

Tipo do Documento: []

Data: Período explícito 30 dias 60 dias

11/06/1994 e 25/10/2016

Exibindo 1 - 10 de 215

Finalístico: Ato de Concentração Sumário N° 08700.006656/2016-26 (Demonstração de Resultado do Exercício - DRE) 0248766
Petróleo e LGN (mil barris/dia) 2.145 2.231 (4) 2.223 2.067 8 2.213 Brasil 2.056 2.130 (3) 2.133 1.980 ... /dia) 2.020 2.188 (8) 2.038 2.001 2.194 ...
Unidade Geradora: PROT Data: 03/10/2016

Imagem 01: Campos da pesquisa eletrônica preenchidos

Fonte: Site do CADE. Disponível em:

<http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 17 dez. 2016.

Nota: Campos preenchidos pela autora

O emprego dos mencionados critérios derivou na localização de 215 resultados assim configurados: 114 atos de concentração sumários; 21 atos de concentração ordinários; 52 processos administrativos; 2 procedimentos administrativos; 13 averiguações preliminares; 7 inquéritos administrativos; 1 procedimento preparatório; 1 relatório institucional; 1 comunicação; 1 plano plurianual; 1 requerimento de suporte financeiro para curso no exterior e 1 consulta.

Com o propósito de apurar ainda mais esses resultados, foram descartados os processos que careciam de nexos temáticos em relação ao presente estudo e que apenas surgiram como resultados da busca por conterem, em seus documentos, menções às palavras “preços” e “exploratórios” de forma separada e em contextos impertinentes, sem que se tratasse da prática de preços exploratórios. Foram assim eliminados os 114 atos de concentração sumários identificados, bem como os 21 atos de concentração ordinários, 16 processos administrativos, 8 averiguações preliminares, 6 inquéritos administrativos, o relatório institucional, a comunicação, o plano plurianual, o requerimento de suporte financeiro e a consulta.

Restaram, portanto, 36 processos administrativos, 2 procedimentos administrativos, 5 averiguações preliminares, 1 inquérito administrativo e 1 procedimento preparatório.

Cumpram também ressaltar que a busca apontou alguns resultados de modo repetido, pois certos volumes diferentes de um mesmo processo foram, por vezes, identificados como se fossem resultados distintos. Isso ocorreu duas vezes entre os processos administrativos e uma vez entre as averiguações preliminares. Logo, esses três resultados repetidos foram subtraídos da contabilização final realizada pelo presente estudo, que investigou, dessa maneira, 34 processos administrativos⁶⁴, 2 procedimentos administrativos⁶⁵, 4 averiguações preliminares⁶⁶, 1 inquérito administrativo⁶⁷ e 1 procedimento preparatório⁶⁸. O resultado final

⁶⁴ Com o fito de aprimorar a transparência da investigação empírica promovida, são listados, a seguir, os números dos processos administrativos examinados, na medida em que referido número já é suficiente para que se localize o processo no site do CADE: 08000.011084/1994-08; 08012.000981/2000-96; 08012.001006/2000-03; 08012.000975/2000-93; 08012.000905/2000-16; 08012.000915/2000-61; 08012.000974/2000-21; 08012.001046/2000-27; 08012.000977/2000-19; 08012.000969/2000-91; 08012.000971/2000-32; 08012.000972/2000-03; 08012.006952/1997-33; 08012.000980/2000-23; 08012.000916/2000-24; 08012.000910/2000-48; 08012.000966/2000-01; 08012.000903/2000-82; 08012.000965/2000-30; 08012.000920/2000-00; 08012.002929/2003-05; 08012.000913/2000-36; 08012.000922/2000-27; 08012.006951/1997-71; 08012.001045/2000-82; 08012.006518/2001-19; 08012.006519/2001-63; 08012.006516/2001-20; 08012.006517/2001-74; 08012.000909/2000-69; 08012.000921/2000-64; 08012.000970/2000-70; 08012.000925/2000-15; 08012.000962/2000-41.

⁶⁵ Os procedimentos administrativos examinados foram os seguintes: 08012.000581/2000-16 e 08012.000912/2000-73.

⁶⁶ Foram analisadas as seguintes averiguações preliminares: 08012.005181/2006-37; 08012.002553/1999-38; 08012.000295/1998-92; 08012.014050/2007-21.

⁶⁷ O inquérito administrativo examinado foi o de número 08700.007130/2015-82.

da pesquisa empírica foi, portanto, composto pelo total de 42 processos⁶⁹, dos quais 41 já estão encerrados, havendo somente um em curso, qual seja, o inquérito administrativo.

O primeiro apontamento relevante que é possível de ser feito a partir desse levantamento é que todos os 41 processos referentes a preços exploratórios que já foram encerrados tiveram, como resultado, o arquivamento, o que está de acordo com a afirmação já feita nesta dissertação de que não há casos de condenação pela prática de preços exploratórios no Brasil.

Além disso, o fato do arquivamento ser destino comum aos processos que têm preços exploratórios como objeto principal mostra-se consonante, também, com a realidade de ser demasiadamente complexa e dificultosa a atividade de processar e julgar esses preços abusivos.

Para que se torne ainda mais inequívoca a constatação de que a hesitação em torno do julgamento de preços exploratórios não é restrita a algumas autoridades, importante é mencionar que, dos 41 processos arquivados examinados, 40 chegaram a ser distribuídos a Conselheiros Relatores⁷⁰, sendo que nove distintos Conselheiros atuaram como Relatores nesses processos. A partir dessa observação, torna-se visível o quão disseminada é, entre os julgadores, a dificuldade em condenar essa prática abusiva. Nesse sentido, o gráfico a seguir demonstra quantos processos foram distribuídos a cada um dos diferentes Conselheiros Relatores. O inquérito administrativo em curso encontra-se em fase tal que ainda não foi atribuído a qualquer Relator, tendo, assim, sido excluído do levantamento ilustrado pelo gráfico abaixo.

⁶⁸ O procedimento preparatório analisado foi o de número 08700.007937/2014-34.

⁶⁹ A palavra “processo” foi, nessa frase, empregada em sentido lato, abrangendo processo administrativo, procedimento administrativo, averiguação preliminar, inquérito administrativo e procedimento preparatório.

⁷⁰ O procedimento preparatório, como tal, foi encerrado sem que avançasse para fase tal do processamento em que seria distribuído a um Conselheiro Relator.

Número de processos (em sentido lato) atribuídos a cada Conselheiro Relator

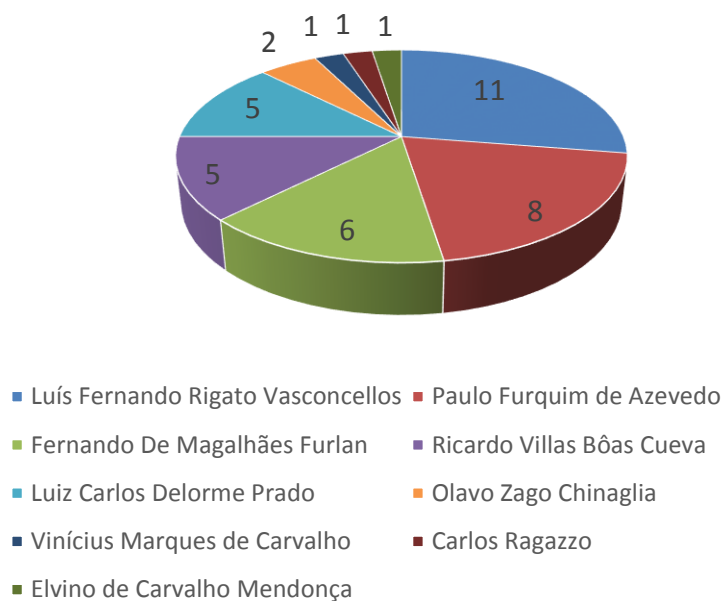
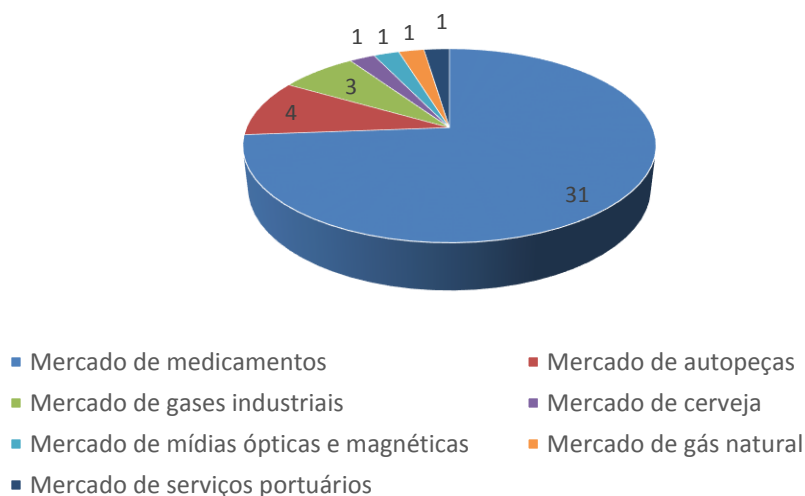


Gráfico 01: Número de processos atribuídos a cada Conselheiro Relator
Fonte: SILVA, Isadora de Castro, 2017.

É necessário, também, frisar a informação de que os 42 processos totais, arquivados e em curso, dizem respeito a sete diferentes mercados, o que reforça a conclusão de que os impasses e relutâncias existentes na condenação da prática de preços abusivos são generalizados no âmbito antitruste, não se limitando a alguns poucos mercados.

O gráfico seguinte presta-se a expor os sete mercados tocados pelos 42 processos contra preços exploratórios, indicando quantos processos estão associados a cada um desses mercados:

Número de processos (em sentido lato) correspondentes a cada mercado



*Gráfico 02: Número de processos pertinentes a cada mercado investigado
Fonte: SILVA, Isadora de Castro, 2017.*

Prosseguindo na análise dos resultados, o próximo passo foi adentrar no mérito de cada um dos processos, a fim de levantar as questões debatidas e as razões alegadas para que houvesse o arquivamento, averiguando-se quais são os fundamentos mais recorrentes.

Dos 34 processos administrativos examinados, 28 dizem respeito à CPI dos Medicamentos, assim como os 2 procedimentos administrativos.

A CPI dos Medicamentos foi uma Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar os reajustes de preços e a falsificação de medicamentos, materiais hospitalares e insumos de laboratórios. No ano de 2000, a mencionada CPI oficiou a Secretaria de Direito Econômico, solicitando a instauração de processo administrativo para apurar indícios de infração à ordem econômica, tendo em vista a suposta prática de preços abusivos por determinados laboratórios, na medida em que os aumentos de preço realizados em certos medicamentos não encontrariam justificção quando comparados com os índices oficiais de inflação. A partir de então, foram originados vários processos administrativos, sendo cada um proposto em face de um laboratório distinto, o que justifica o elevado número de resultados da pesquisa associados ao mercado de medicamentos.

Como já afirmado, todos os processos terminaram arquivados, mas os argumentos para tanto apresentaram algumas diferenças conforme variava o Conselheiro Relator autor do voto.

Nos processos cujo Relator foi o Conselheiro Olavo Zago Chinaglia, não houve, no voto, aprofundadas reflexões acerca da viabilidade, ou não, da intervenção, pelo SBDC, em

preços exploratórios. Isso ocorreu em função do Relator ater-se, para decidir pelo arquivamento, ao argumento levantado pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) de que os aumentos de preços de medicamentos ocorridos na década de 1990, denunciados pela CPI dos Medicamentos, poderiam ser justificados pela dinâmica natural do mercado no contexto econômico daquele período, não decorrendo, portanto, de práticas lesivas à ordem econômica.⁷¹

Em outras palavras, o Relator não discorreu sobre a polêmica questão de ser necessário, ou não, o processamento dos preços exploratórios, pois restringiu-se à afirmação de que o feito deveria ser arquivado por inexistir qualquer aumento excessivo, já que os preços praticados estariam de acordo com o cenário econômico, conforme estudos referidos no parecer da SDE.

Apesar da taxatividade na determinação de arquivamento, os estudos fundamentadores dessa conclusão não se revestem de igual clareza. No processo em questão, dois medicamentos produzidos pela representada apresentaram variações de preços significativamente acima da média geral de variações de preços de medicamentos. Contudo, ainda assim, após questionável análise dos mercados relevantes⁷², a SDE afirmou não haver imposição de preços excessivos.

Essa mesma linha de argumentação foi adotada pelo Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva nos processos em que assumiu a relatoria, bem como pelo Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos nos processos em que atuou como Relator.

O Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, nos processos correspondentes à CPI dos Medicamentos em que exerceu a relatoria, pareceu, a princípio, ser mais incisivo em seus votos ao afirmar não competir ao SBCD atuar como autoridade de controle de preços:

Nossa função é assegurar o adequado funcionamento dos mecanismos de mercado que orientam a formação de preços. Não cabe ao SBDC estabelecer qual é o preço que deve ser cobrado por um bem, mas apenas garantir que o

⁷¹ BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08012.000981/2000-96. CPI dos Medicamentos versus Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda. Relator: Conselheiro Olavo Zago Chinaglia. Brasília, julgado em 27 de ago. 2008, fl. 1.371.

⁷² No âmbito da CPI dos Medicamentos, o mercado relevante dos medicamentos foi determinado apenas pela classe terapêutica, o que possui significativas limitações. Conforme voto do ex-Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior: “Levar em consideração somente a classe terapêutica não é uma técnica muito acurada uma vez que numa mesma classe estão incluídos diversos medicamentos com uma mesma indicação, mas, muitas vezes, com princípios ativos e contra-indicações diferentes, fato que inviabiliza uma substituição sem riscos. Não obstante, a definição que considera apenas o princípio ativo do medicamento também não é precisa. Uma análise sob esse enfoque pode desconsiderar uma gama de medicamentos que, apesar de apresentarem características químicas diferentes, possuem atividade terapêutica semelhante”. BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08012.001288/99-43. Conselho Regional de Farmácia do Distrito Federal versus Rhodia Farma Ltda. Relator: Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior. Brasília, julgado em 12 de mar. 2003.

preço cobrado reflita a interação entre compradores e vendedores constrangidos pela concorrência percebida entre eles. Há um espaço para a análise antitruste de abusos na fixação de preços. Mas essa análise deve ser realizada a partir da idéia de abuso de poder de mercado. Não tendo sido comprovada tal circunstância ao longo da instrução processual, não há que se estender a discussão sobre o caso.⁷³

À vista disso, nota-se que, após rejeitar o controle de preços pelo SBDC, o Relator abrandou sua fala dizendo existir um espaço para a atuação antitruste contra preços abusivos que viessem a estar aliados ao exercício abusivo do poder de mercado, o qual, no entanto, não estaria presente no caso investigado, o que foi aferido conforme a já mencionada controversa metodologia empregada nos estudos encampados pela SDE. No voto, não houve outras considerações sobre a ação do direito concorrencial contra preços exploratórios, de modo que restou nebuloso o posicionamento então adotado.

Nos processos em que foi Relator o Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, foram tecidas considerações mais categóricas acerca do conjunto de fatos necessários para a configuração de um ilícito antitruste de preços abusivos. Paulo Furquim afirmou que o mero aumento desproporcional de preços e a existência de posição dominante, embora compusessem esse conjunto de fatos exigidos para haver preços abusivos, seriam insuficientes para que se concluísse pelo ilícito. Sob esse ponto de vista, seguiu o Relator afirmando que:

Da argumentação anterior, decorre que 'preços excessivos', desde que fruto da realização de lucro de posições dominantes legitimamente alcançadas, não caracterizariam uma infração à defesa da concorrência. A aplicação do inciso XXIV do Art. 21 da Lei 8.884/94 deve ter seu alcance restrito ao uso de poder de mercado ilegítimo (e.g. fruto de conduta concertada de preços) ou à precificação que diretamente cause prejuízos à concorrência.⁷⁴

Pelo exposto, percebe-se que o Conselheiro Paulo Furquim nega a possibilidade de existência de preços abusivos *per se*, reconhecendo o caráter abusivo de um preço somente quando o preço excessivo fosse “sintoma de alguma conduta anticompetitiva que possibilite, de modo ilegítimo, a elevação de preços, e não diretamente a conduta que deve ser coibida”

⁷³ BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08012.000905/2000-16. CPI dos Medicamentos versus Eurofarma Laboratórios Ltda.. Relator: Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan. Brasília, julgado em 27 de ago. 2008, fl. 369.

⁷⁴ BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08012.001006/2000-03. CPI dos Medicamentos versus Byk Química Farmacêutica Ltda.. Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo. Brasília, julgado em 4 de jun. 2008, fl. 443.

ou quando se tratasse de preço excessivo exclusionário, caracterizado como “parte de uma estratégia de exclusão de concorrentes em etapas verticalmente relacionadas”.⁷⁵

O Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, ao atuar como Relator em processos oriundos da CPI dos Medicamentos, fixou raciocínio similar ao do Conselheiro Paulo Furquim, rechaçando a possibilidade de preços elevados constituírem, *per se*, infração concorrencial. O ilícito estaria configurado quando a fixação dos preços em certo patamar fosse derivada da prévia eliminação artificial do processo competitivo, como, por exemplo, por meio de um cartel, caso em que o cartel representaria a infração, não o preço cartelizado. Nesse sentido, para Prado, “a simples avaliação dos preços – especialmente se restrita a um único competidor, sem a acurada análise da existência de paralelismo de preços – é inócua ao Direito da Concorrência, que vela pela competição entre os agentes de mercado”. O Conselheiro Relator fez ainda a ressalva de que, em mercados marcados por falhas ou externalidades sociais que “impeçam a livre formação de preços, a intervenção deve dar-se no plano regulatório, dado que a imposição e a fiscalização de preços e tarifas extrapolam as atribuições legais conferidas ao CADE”.⁷⁶

Uma vez mencionada a corrente argumentativa seguida por cada um dos seis Conselheiros Relatores nos votos determinando o arquivamento dos processos e procedimentos administrativos relacionados à CPI dos Medicamentos, constata-se que, em termos gerais, existiram duas linhas de raciocínio adotadas, quais sejam, (i) a filiação aos estudos apresentados pela SDE, afirmando que os aumentos nos preços dos medicamentos seriam coerentes com a dinâmica natural do mercado, não havendo que se falar, portanto, em preços excessivos, e (ii) a refutação da possibilidade de preços excessivos exploratórios constituírem, *per se*, um ilícito.

A essa última corrente, vincularam-se os Conselheiros Paulo Furquim e Luiz Carlos Delorme Prado, sendo que, para Prado, o preço abusivo nunca seria um ilícito autônomo, ao passo que, para Furquim, o preço excessivo representaria infração autônoma quando possuísse caráter exclusionário.

Por seu turno, os Conselheiros que aderiram à primeira linha argumentativa, encampando os estudos da SDE para refutar a ocorrência de abuso no caso concreto, embora não tenham excluído peremptoriamente, do âmbito de atuação do SBDC, o combate aos

⁷⁵ BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08012.001006/2000-03. CPI dos Medicamentos versus Byk Química Farmacêutica Ltda.. Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo. Brasília, julgado em 4 de jun. 2008, fls. 443-444.

⁷⁶ BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08012.000916/2000-24. CPI dos Medicamentos versus Bayer S.A. Relator: Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Brasília, julgado em 4 de jun. 2008, fl. 618.

preços exploratórios, não apontaram quais circunstâncias tornariam factível uma prática ilícita por meio de preços exploratórios, tampouco indicaram qual seria a via adequada de ação.

Essa forma de proceder termina por reforçar o ceticismo em torno da viabilidade de processamento dessa questão, já que aquelas autoridades julgadoras – que não se posicionaram de forma patente contra a intervenção antitruste sobre preços – acabaram também não prolongando suas reflexões acerca de como se daria o eventual combate ao ilícito quando de fato estivesse implementado.

Ainda dentro do mercado de medicamentos, foi identificado um processo pertinente a esse mercado, mas não relacionado à CPI dos Medicamentos. Trata-se da Averiguação Preliminar nº 08012.014050/2007-21, em que, como representante, figuraram o Ministério Público do Estado de São Paulo e a Polícia Civil do Estado de São Paulo. As representadas foram as firmas Guerbet Produtos Radiológicos Ltda., Justesa Imagem do Brasil S.A., Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda., Mallinckrodt do Brasil Ltda. e Laboratório Americano de Farmacoterapia S.A. Atuou como Relator o Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça.

Nessa Averiguação Preliminar, investigava-se, entre outras questões, um suposto aumento abusivo de preços praticado pela Guerbert e pela Justesa em licitação realizada pelo Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto. A respeito dessa imputação, o Conselheiro Relator reproduziu a constatação da SDE de que os produtos ofertados pelas representadas eram objeto de regulação pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), sendo que os preços praticados pelas representadas estavam, em média, 10% abaixo do teto estabelecido pelo regulador.

O Conselheiro Elvino Mendonça afirmou, assim, que tal circunstância já bastaria para afastar qualquer alegação de preço excessivo, pois um valor não poderia ser abusivo se situado dentro dos parâmetros fixados pelo legislador. Para além disso, o Relator negou a possibilidade de preços exploratórios, *per se*, representarem um ilícito antitruste, afirmando o seguinte:

(...) preços só serão considerados excessivos se forem (i) consequência, ou (ii) meio da prática um ilícito concorrencial – como se sucede com a colusão, ou alguma conduta predatória, respectivamente. Em qualquer caso, porém, claro esteja que o ilícito é a própria colusão, ou a predação (como a indireta recusa de contratar pela imposição de preços proibitivos, p.e., para o

acesso a determinada rede), sendo os preços supracompetitivos efeito, ou instrumento, simplesmente, da prática anticompetitiva.⁷⁷

Superando o contexto do mercado de medicamentos e dando seguimento à análise meritória dos processos envolvendo preços exploratórios, foram também examinados quatro processos administrativos pertinentes ao mercado de autopeças. Todos eles tiveram, como Relator, o Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos, na medida em que, em razão da conexão entre os processos, houve o julgamento em conjunto.

Nesses processos, atuou como representante a Federação Nacional de Distribuidores de Veículos Automotores (FENABRAVE), sendo que, como representadas, figuraram a Fiat Automóveis S.A., a Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda., a General Motors do Brasil Ltda. e a Ford Motor Company Ltda. A cada uma dessas representadas correspondeu um dos quatro processos administrativos levantados na pesquisa.

Foi imputado, às representadas, o exercício de preços abusivos na venda de peças de reposição de veículos às concessionárias.

Tal como procedeu na análise dos processos atinentes ao mercado de medicamentos, o Conselheiro Vasconcellos, ao examinar a questão dos preços abusivos no mercado de autopeças, também não se posicionou contra o processamento de preços exploratórios pelo SBDC. Para determinar o arquivamento do processo, o Relator afirmou não haver ilícito, pois existiriam investimentos feitos pelas montadoras que justificariam elevações no preço dos produtos. Nesse sentido, seguiu o Conselheiro Relator, fundamentando seu voto:

A própria garantia concedida por esses grupos, bem como as obrigações legais de fornecer peças durante um longo período de tempo após o fim da produção do respectivo modelo de veículo, são também fatores que elevam os custos de produção das peças "originais".⁷⁸

Assim, segundo o Conselheiro Vasconcellos, para além da qualidade das peças certificadas das montadoras ser superior à das demais peças existentes no mercado, as montadoras teriam obrigações legais e contratuais que representariam a imposição de maiores ônus aos seus processos produtivos, o que não se passaria com as fabricantes de autopeças

⁷⁷ BRASIL. CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.014050/2007-21. Ministério Público do Estado de São Paulo e Polícia Civil do Estado de São Paulo versus Guerbet Produtos Radiológicos Ltda., Justesa Imagem do Brasil S.A., Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda., Mallinckrodt do Brasil Ltda. e Laboratório Americano de Farmacoterapia S.A. Relator: Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça. Brasília, julgado em 18 de mai. 2011, fl. 1.533.

⁷⁸ BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08012.006518/2001-19. Federação Nacional de Distribuidores de Veículos Automotores - FENABRAVE versus Ford Motor Company Ltda. Relator: Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos. Brasília, julgado em 18 de jun. 2008, fl. 5.495.

independentes das montadoras. Dessa forma, seria legítima a circunstância das montadoras cobrarem preços superiores pelas peças originais em relação ao preço cobrado pelas firmas vendedoras de peças não originais.

Verifica-se, então, que não houve, no voto da autoridade antitruste, prolongadas considerações sobre quando um preço restaria definido como excessivo. Limitou-se, o Relator, a justificar a razão de ser lícito as representadas cobrarem preços superiores por seus produtos, sem, contudo, adentrar no exame da questão de até que ponto a superioridade no preço seria justa, ou se de fato haveria um tal patamar em que o preço superior passaria a ser abusivo.

Avançando para o próximo mercado abrangido pelos processos levantados, três processos administrativos apurados dizem respeito ao setor de gases industriais, e, ao contrário do ocorrido nos mercados anteriormente investigados, cada um desses processos é atinente a uma circunstância distinta.

O processo nº 08000.011084/1994-08 teve, como representante, a própria SDE, figurando, como representada, a White Martins Gases Industriais do Nordeste S.A. O Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo atuou como Relator. Nesse processo, discutiu-se a possível prática de preços abusivos na comercialização de oxigênios em cilindros no estado de Rondônia. Os preços abusivos estariam associados à formação de um cartel envolvendo a representada, sendo que o cartel foi objeto do PA nº 08012.009888/2003-70.

O Conselheiro Paulo Furquim, de forma coerente ao posicionamento por ele adotado nos processos referentes à CPI dos Medicamentos que julgou, manifestou-se pela impossibilidade de preços excessivos, *per se*, constituírem uma infração antitruste. O Conselheiro afirmou que a configuração de preços excessivos como um ilícito apenas seria possível em duas situações:

Obtenção de poder de mercado ilegítimo (e.g. fruto de conduta concertada de preços) e precificação que diretamente cause prejuízos à concorrência (e.g. discriminação de preço para favorecer determinada empresa no mercado à jusante). Em ambos os casos, 'o preço excessivo' é mero sintoma de uma conduta ilícita (ou seja, não é o preço excessivo que é ilícito).⁷⁹

Portanto, para o Conselheiro Furquim, apenas haveria preços abusivos se exclusionários ou se associados a outro ilícito, como um cartel. O processo em questão, por

⁷⁹ BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08000.011084/1994-08. Secretaria de Direito Econômico versus White Martins Gases Industriais do Nordeste S.A. Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo. Brasília, julgado em 29 de abr. 2009, fl. 284.

não tratar de preços exclusionários, mereceria, então, ser arquivado, na medida em que o suposto cartel já seria objeto de outro processo administrativo (nº 08012.009888/2003-70), não cabendo punição também no processo nº 08000.011084/1994-08, o que ensejaria *bis in idem*.

O segundo processo pertinente ao mercado de gases industriais diz respeito a uma averiguação preliminar que teve, como representante, a Tropical Alimentos Ltda., figurando, como representada, a White Martins S.A. Atuou como Relator o Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho. A representação imputou à representada a cobrança de aumentos abusivos no preço do nitrogênio empregado no beneficiamento de alimentos, prática que estaria associada, novamente, a um cartel.

Em seu voto, o Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho afirmou ser pacífico, no CADE, o entendimento de que o mero aumento de preço não constitui, *per se*, infração anticoncorrencial, sendo preciso existir também abuso de posição dominante e prejuízos decorrentes da ação.⁸⁰

Neste ponto, cumpre a ressalva de que soa estranha referida afirmação, com o emprego da palavra “pacífico”, haja vista a apresentação, neste trabalho, de inúmeras controvérsias em torno do julgamento de preços exploratórios. Contudo, é importante esclarecer que a fala do Conselheiro Marques de Carvalho pode assim ser compreendida: nas linhas anteriores desta dissertação (e nas próximas também), quando se fala em preço exploratório como um ilícito antitruste *per se*, a referência que se faz é à ideia de prática de um preço excessivamente alto, possibilitado, justamente, pela posição de proeminência que a firma ocupa no mercado, que a permite explorar diretamente os consumidores. Esse conceito já inclui, portanto, os requisitos enumerados pelo Conselheiro como extrínsecos ao preço por si considerado.

Em outras palavras, o Conselheiro Marques de Carvalho, ao falar que é pacífica a noção de que o mero aumento de preço não é, *per se*, um ilícito antitruste, não contradiz o fato de existir controvérsia acerca dos preços exploratórios serem ou não passíveis de constituir, *per se*, uma infração anticoncorrencial. Isso porque, mesmo aqueles que admitem o preço exploratório como um ilícito *per se* incluem, na sua definição, a exigência de existir prévia posição de dominância, a qual é exercida de forma abusiva, impondo prejuízos diretos aos consumidores. Logo, de fato é pacífica a compreensão do aumento do preço, singularmente

⁸⁰ BRASIL. CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.002553/1999-38. Tropical Alimentos Ltda. versus White Martins Gases Industriais S.A. Relator: Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho. Brasília, julgado em 29 de abr. 2009, fl. 244.

considerado, não representar ilícito, o que de forma alguma significa que é pacífica a ideia de que preços exploratórios, na sua completa aceção, com todos seus elementos definidores, constituem, *per se*, uma infração ao direito concorrencial.

Superando esses esclarecimentos conceituais, o Conselheiro Relator Vinícius Marques de Carvalho, ao prosseguir em seu voto, encampa o posicionamento então adotado pela SDE em parecer emitido na Averiguação Preliminar, afirmando que, como não há efeitos exclusionários decorrentes dos preços supostamente excessivos e, como já haveria processo administrativo autônomo para a apuração do alegado cartel entre os fornecedores no mercado nacional de gases industriais, o que abrangeria a comercialização de nitrogênio, a averiguação preliminar deveria ser arquivada.

Destarte, percebe-se que o Conselheiro Marques de Carvalho filiou-se à corrente teórica que assume a possibilidade de preços excessivos evidenciarem uma infração antitruste apenas se forem exclusionários ou se decorrerem de outro ilícito concorrencial, sendo que, neste último caso, o ilícito que viabilizou a prática de preços excessivos é que deveria ser alvo de punição.

A Averiguação Preliminar nº 08012.000295/1998-92, terceiro e último processo atinente ao mercado de gases industriais levantado na pesquisa, alcançou maior notoriedade no meio do Direito Concorrencial em função do profícuo debate estabelecido entre os julgadores acerca dos preços exploratórios. Embora o arquivamento do feito tenha sido decidido por unanimidade, essa determinação foi precedida por aprofundadas reflexões dos Conselheiros envolvidos no julgamento⁸¹.

A supracitada Averiguação Preliminar apresentou, como representante, o Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgica e de Material Elétrico de Ipatinga/MG, participando, como representadas, a White Martins S.A. e a Aga S.A. O Relator foi o Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo.

Buscou-se investigar a prática de preço excessivo consubstanciada na cobrança de preços na região do Vale do Aço (Ipatinga, Timóteo e Coronel Fabriciano), em Minas Gerais, superiores aos preços cobrados em outras regiões do mesmo estado pelos mesmos produtos (oxigênio líquido e AGOMIX/F34⁸²), o que ocorreria sem justificativas de custo logístico ou econômico, evidenciando um abuso da posição oligopolista ocupada pelas representadas.

⁸¹ Na ocasião do julgamento da Averiguação Preliminar nº 08012.000295/1998-92, houve também o julgamento da Averiguação Preliminar nº 08012.003648/1998-05, na qual a representante Figueroa Campos Indústria e Comércio Ltda. atribuiu à representada White Martins S.A. a prática de preços abusivos na venda de oxigênio líquido.

⁸² O AGOMIX é produzido pela Aga S.A., e o F34, pela White Martins S.A.

Em seu voto, o Conselheiro Relator Carlos Ragazzo defendeu a ineficácia da norma que tratava de preços abusivos na antiga Lei de Defesa da Concorrência, a Lei nº 8.884/94. Ragazzo explicou que, para uma norma produzir efeitos, deveriam existir tanto as condições fáticas necessárias (eficácia fática) para a satisfação dos objetivos normativos, como as condições técnico-normativas (eficácia técnica) necessárias para tanto.

Segundo o Conselheiro, no que se refere aos pressupostos fáticos, seria impossível estabelecer, em um sistema de liberdade de preços, o patamar a partir do qual um preço seria injusto. Já em relação à ineficácia técnica, Ragazzo afirmou que as hipóteses de incidência normativa legalmente previstas seriam insuficientes para que se determinasse a abusividade do preço.⁸³

A partir desse raciocínio, Ragazzo concluiu que denúncias lastreadas em comparações de preços de produtos ou em comparações entre o custo e o preço do produto não constituiriam indício mínimo para a instauração de uma investigação com base em acusação de preço excessivo, pelo que procedimentos investigatórios sequer deveriam ser iniciados nessas hipóteses. Assim, o preço somente seria analisado pelo SBDC se fosse exclusionário ou se representasse indício de outras infrações normalmente combatidas pelo direito antitruste.

Em seguida, manifestou-se o Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, indo contra a recomendação de Ragazzo de não mais serem processados preços exploratórios. O Conselheiro Marques de Carvalho posicionou-se a favor do julgamento desse tipo de preços afirmando que o banimento da figura dos preços abusivos da competência antitruste causaria dificuldade na compreensão do sistema jurídico como um todo coeso. Para Marques de Carvalho, não seria possível, de forma apriorística, definir uma metodologia de mensuração de preços, os quais deveriam ser avaliados casuisticamente, em respeito às peculiaridades de

⁸³ O Conselheiro Carlos Ragazzo, ao discorrer sobre a ineficácia técnica do dispositivo e a impossibilidade de ser estabelecido o percentual de preço ou elevação de preço que configuraria o abuso, afirma o seguinte: “Não há elementos na Lei n. 8.884/94 que permitam ao intérprete determiná-los, sem incorrer em inconstitucionalidades ou mesmo em interpretações que contrariem os objetivos colimados por aquele diploma, inexistindo consenso sobre um critério jurídico-econômico sobre a abusividade (com relação à margem, ao preço em si ou à sua elevação). A ausência desse critério ou metodologia jurídico-econômica para delimitar o percentual que configure a abusividade traz enormes desafios à eficácia do dispositivo contido no art. 21, inciso XXIV, e P. Ú. da Lei 8.884/94. E nem mesmo a referência legal contida naquele dispositivo conferindo ao intérprete a possibilidade de recorrer a outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes remedia essa situação”. BRASIL. CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.000295/1998-92. Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgica e de Material Elétrico de Ipatinga/MG versus White Martins S.A. e Aga S.A. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, julgado em 18 de ago. 2010, fl. 197.

cada mercado. Ademais, o Conselheiro explicou que existiriam questões estruturais⁸⁴ e comportamentais⁸⁵ associadas a esses preços abusivos capazes de criarem preocupações às autoridades antitruste.

Todavia, conquanto tenha assumido postura favorável à manutenção dos preços exploratórios como objeto de investigação do SBDC, o Conselheiro Marques de Carvalho concordou quanto ao arquivamento da Averiguação Preliminar julgada em razão da ausência de provas capazes de sustentar as alegações da representante.

O voto-vista seguinte, do Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, também não aceitou a rejeição definitiva dos preços exploratórios do espaço de competência do SBDC. Ruiz afirmou concordar com a fala de que uma agência antitruste não é um agente regulador de preços de forma direta, mas fez a ressalva de que o CADE seria sim um regulador indireto de preços, estrutural e com atuação no longo prazo. O Conselheiro esclareceu sua posição da seguinte maneira:

Nesse ponto de vista o preço abusivo não se refere a políticas antiinflacionárias, mas sim a ambientes econômicos onde os mecanismos concorrenciais apresentam limitada capacidade de manter os preços em patamares considerados normais, adequados ou justos. Entendo que esse é neste contexto onde deve estar inserido uma agência como o CADE.⁸⁶

⁸⁴ Ao discorrer sobre questões estruturais relacionadas aos preços exploratórios, o Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho assim se manifestou: “Se as pressões que elevam o preço do consumidor final são decorrentes de um abuso de poder de mercado de tal ordem que não se consiga resolver por outra via, talvez a imposição de concorrência pela modificação estrutural auxilie neste processo. E é exatamente por isto que parece ser interessante que o CADE possa continuar avaliando o que é preço abusivo e como reagir de forma estrutural a estes conflitos”. BRASIL. CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.000295/1998-92. Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgica e de Material Elétrico de Ipatinga/MG versus White Martins S.A. e Aga S.A. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, julgado em 18 de ago. 2010, fl. 234.

⁸⁵ O Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho exemplifica questões comportamentais associadas a preços exploratórios da seguinte forma: “Ocorre que há casos em que a regulação do setor de fato define o preço, mas este não é obedecido pelo ente regulado. Trata-se de uma desobediência a um price cap ou a uma fórmula de reajuste, conhecida pelos regulados. É possível que o descumprimento das regras regulatórias se dê de forma proposital. Além disto, é possível que a regulação não atue contra estes abusos e sequer tenha previsão normativa que puna os infratores que desrespeitem o preço que foi estabelecido pela regulação. Neste caso, os parâmetros foram definidos pelo Estado de forma objetiva e particular ao setor, não sendo uma margem de lucro normativa, imposta de forma indiscriminada. Trata-se de um desrespeito às normas do Estado Brasileiro. Esta hipótese deve ser conceituada como abuso de preços”. BRASIL. CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.000295/1998-92. Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgica e de Material Elétrico de Ipatinga/MG versus White Martins S.A. e Aga S.A. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, julgado em 18 de ago. 2010, fl. 234.

⁸⁶ O Conselheiro Ricardo Ruiz, após expor sua noção em torno de preços exploratórios, apresenta as formas pelas quais crê que o CADE deve agir para lidar com a questão: “Desse ponto de vista do preço abusivo como uma característica de uma estrutura produtiva não se pode considerar o tabelamento de preços como instrumento adequado para uma autoridade antitruste. O preço abusivo não é uma situação conjuntural ou circunstancial, mas sim resultado de uma estrutura e condutas persistentes no tempo. Para tais casos o remédio é uma intervenção comportamental ou estrutural, tais como venda de ativos e marcas, licenciamento compulsório etc”. BRASIL. CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.000295/1998-92. Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgica e de Material Elétrico de Ipatinga/MG versus White Martins S.A. e Aga S.A. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, julgado em 18 de ago. 2010, fl. 263.

Logo, embora também tenha se manifestado pelo arquivamento da Averiguação, que careceria de provas da suposta conduta ilícita, o Conselheiro Ricardo Ruiz mostrou-se contrário à sugestão do Relator de abolir a apreciação de preços exploratórios da esfera antitruste.

O próximo Conselheiro a emitir seu voto-vista⁸⁷, César Costa Alves de Mattos, entendeu que seria inadequada a intervenção antitruste baseada na consideração da prática de preço excessivo como uma conduta autônoma, concordando com as ponderações de Ragazzo acerca da ineficácia fática da norma que tratava de preço abusivo e também determinando o arquivamento do feito analisado.

O Conselheiro Presidente Arthur Sanchez Badin, ao proferir seu voto, disse possuir preocupações iguais às do Relator Carlos Ragazzo, acreditando não ser recomendável haver extensas intervenções do CADE em casos versando puramente sobre preços abusivos. No entanto, o Conselheiro Arthur Badin, apesar de concordar com o arquivamento da Averiguação sob exame, discordou da afirmação de Ragazzo a respeito da ineficácia absoluta da norma da Lei nº 8.884/94 sobre preço abusivo, pois, para Badin, a mera presença de conceitos jurídicos indeterminados ou abertos não resultaria na ineficácia normativa.

Badin, por fim, adotou, como fundamento de sua decisão, a Nota Técnica nº 002/2010/DEE, do Departamento de Estudos Econômicos (DEE), no qual se concluiu que a intervenção contra preços exploratórios somente seria cabível em hipóteses restritas, quando o caso investigado demonstrasse o cumprimento de determinados requisitos enumerados pelo DEE.

Finalmente, no último voto-vista registrado, o Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, em que pese também ter firmado posição favorável ao arquivamento da Averiguação julgada, dada a ausência de provas, compreendeu não ser recomendável ao CADE desincumbir-se da missão de investigar preços exploratórios, tarefa que teria sido atribuída pelo legislador ao Conselho.

Diante de todos os votos proferidos no julgamento da Averiguação Preliminar nº 08012.000295/1998-92, constata-se a relevante cisão entre os entendimentos assumidos pelos

⁸⁷ Antes do voto-vista do Conselheiro César Costa Alves de Mattos, o Conselheiro Olavo Zago Chinaglia proferiu seu voto na Sessão Ordinária de Julgamento nº 464, de 07 de abril de 2010, no qual afirmou que desconhecia metodologia capaz de medir, de forma objetiva, a abusividade de um preço. O Conselheiro Chinaglia alegou, então, que a mera acusação de abusividade de preços, desacompanhada de qualquer outra evidência de comportamento abusivo, não deveria constituir uma prioridade do SBDC. Nesse sentido, conferir: BRASIL. CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.000295/1998-92. Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgica e de Material Elétrico de Ipatinga/MG versus White Martins S.A. e Aga S.A. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, julgado em 18 de ago. 2010, fl. 333.

Conselheiros. Se três Conselheiros (Carlos Ragazzo, Olavo Chinaglia e César Costa Alves de Mattos) manifestaram-se de forma favorável ao abandono do processamento e julgamento de preços exploratórios, visando à economia de recursos do CADE, outros quatro Conselheiros (Vinícius Marques de Carvalho, Ricardo Ruiz, Arthur Badin e Fernando Furlan) posicionaram-se favoravelmente à manutenção dos preços exploratórios como objeto de investigação do SBDC.

Passando ao próximo mercado abrangido pelo levantamento de processos feito, foi examinado o processo administrativo nº 08012.002929/2003-05, em que, como representante, figuraram a Cervejaria Der Braumeister Paulista Ltda. e outros⁸⁸, sendo que a representada foi a AMBEV – Companhia de Bebidas das Américas. O Relator foi o Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo. O processo englobava mais de uma alegação, incluindo a de prática de aumentos abusivos no preço do chope fornecido às representantes.

Nesse processo, por haver cláusulas de exclusividade entre as partes representantes e representada, entendeu o Conselheiro Relator que o atrelamento da Braumeister aos preços praticados pela Ambev configuraria questão de lide privada, oriunda de exclusividade contratual livremente pactuada pela Braumeister. Portanto, não foram feitas maiores considerações sobre os preços exploratórios como figuras passíveis, ou não, de punição pelo direito antitruste. Limitou-se, o Conselheiro Furquim, a dizer que inexistiam, nos autos, indícios de prática, pela AMBEV, de “preços incompatíveis com a estrutura do mercado em questão, com a finalidade de restringir a concorrência”.⁸⁹

No entanto, a expressão usada por Furquim, “com a finalidade de restringir a concorrência”, leva-nos a crer que, tal como ele se posicionou quando do julgamento de processos referentes à CPI dos Medicamentos, também no processo contra a AMBEV ele assumiu a postura de admitir preços excessivos como ilícitos somente quando exclusionários ou quando associados a algum outro ilícito anticoncorrencial.

Avançando para o mercado de mídias ópticas e magnéticas, foi examinada a Averiguação Preliminar nº 08012.005181/2006-37, em que a representante, Videolar S.A., imputou às representadas, Koninklijke Philips Electronics, N.V. e Philips do Brasil Ltda., a

⁸⁸ No PA nº 08012.002929/2003-05, as representantes foram as seguintes cervejarias: Cervejaria Der Braumeister Paulista Ltda., Cervejaria Der Braumeister Plaza Sul Ltda., Cervejaria Der Braumeister Ltda., Cervejaria Der Braumeister Jardim Sul Ltda. e Cervejaria Der Braumeister Higienópolis Ltda.

⁸⁹ BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08012.002929/2003-05. Cervejaria Der Braumeister Paulista Ltda. e outras versus Companhia de Bebidas das Américas. Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo. Brasília, julgado em 25 de jun. 2008, fl. 3.139.

prática de cobrança de *royalties* excessivos nas contratações para o licenciamento da fabricação de mídias ópticas.⁹⁰

Foi Relator, novamente, o Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo que, mais uma vez, firmou posição no sentido de apenas haver preços abusivos se praticados com fins exclusionários ou se decorrentes de outras condutas ilícitas que maculassem de ilegitimidade os preços.⁹¹

O Procedimento Preparatório nº 08700.007937/2014-34, por seu turno, foi o último processo já arquivado examinado, sendo que diz respeito ao mercado de serviços portuários. Nesse procedimento, foi representante o Sr. André de Seixas Ponce Alves, que formulou representação contra a Associação Brasileira dos Terminais Portuários (ABTP) e contra as sociedades empresárias Libra Terminais Rio S.A., Libra Terminais Santos S.A., Portonave S.A. e Libra *Holding* S.A.

Na representação, alegou-se que as representadas teriam realizado reajustes e aumentos abusivos dos preços de determinados serviços portuários. Mencionado reajuste teria sido superior ao valor dos índices contratuais de reajuste e teria sido feito sem a análise e autorização da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ).

O Procedimento Preparatório foi, no entanto, arquivado pela Superintendência-Geral sob o argumento de que o aumento arbitrário de lucros, previsto no art. 36, III, da Lei nº 12.529/11, não seria, em si, um tipo infracional, não podendo ser considerado uma conduta anticompetitiva, mas apenas um resultado anticompetitivo, ainda que potencial ou intentado. Seguiu-se fundamentando a decisão de arquivamento nos seguintes termos:

De fato, a hipótese de aumento arbitrário de lucros está inserida no rol de quatro incisos que discriminam os resultados anticompetitivos que podem advir de infrações da ordem econômica. As infrações propriamente ditas estão reunidas em lista não exaustiva nos incs. I a XIX do § 3º do art. 36 da mesma lei. Isso significa que, para que ocorra o resultado “aumento arbitrário de lucros”, é necessário que haja uma conduta que o viabilize.⁹²

⁹⁰ Na Averiguação Preliminar nº 08012.005181/2006-37, além da prática de preços excessivos, foi também imputada, às representadas, a omissão no combate da venda de mídias ópticas (DVD-R e CD-R) não licenciadas, objetivando a eliminação das mídias magnéticas (VHS), para, dessa maneira, poder monopolizar o mercado.

⁹¹ BRASIL. CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.005181/2006-37. Videolar S.A. versus Koninklijke Philips Electronics, N.V. e Philips do Brasil Ltda. Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo. Brasília, julgado em 29 de abr. 2009, fls. 366-369.

⁹² BRASIL. CADE. Procedimento Preparatório nº 08700.007937/2014-34. André de Seixas Ponce Alves versus Associação Brasileira dos Terminais Portuários, Libra Terminais Rio S.A., Libra Terminais Santos S.A., Portonave S.A. e Libra *Holding* S.A. Brasília, Despacho SG nº 861/2015, registrado em 23 de jul. 2015.

Há, destarte, patente posicionamento da Superintendência-Geral no sentido de preços exploratórios não representarem um ilícito *per se*, sendo incapazes de conduzir à instauração de Inquérito Administrativo se inexistirem indícios da prática de outras condutas anticompetitivas.

É imprescindível enfatizar o fato de que o despacho da Superintendência-Geral constitui a manifestação mais recente do CADE a respeito de preços excessivos dentro da investigação empírica promovida por esta dissertação. Aludido despacho data de 23 de julho de 2015.

Conclui-se, neste ponto, a exposição sucinta das manifestações proferidas pelas autoridades nacionais de defesa da concorrência nos processos associados a preços exploratórios já arquivados localizados por este estudo.

Buscando sistematizar os posicionamentos adotados pelos julgadores, o gráfico a seguir revela, em parâmetros quantitativos, como se deu a incidência das distintas posturas em torno do processamento de preços pelo SBDC nas decisões dos casos examinados⁹³.

Para tanto, o gráfico leva em consideração não em quantos processos foi assumido determinado posicionamento, mas sim quantos Conselheiros (Relatores ou não) filiaram-se a cada entendimento. Isso porque, como há Conselheiros que julgaram muito mais processos que outros, se o gráfico mostrasse a incidência de um dado pensamento de acordo com o número de processos em que esse entendimento é invocado, os resultados refletiriam com menor precisão o quanto aquela opinião é difundida entre as diferentes autoridades, levando a crer que as razões de decidir adotadas por um julgador que atuou como Relator em um maior número de causas seriam as mais populares, o que pode não corresponder à realidade.

À vista disso, o gráfico categoriza os Conselheiros nos seguintes grupos: (i) aqueles que se limitaram a afastar a hipótese de preço abusivo do caso concreto, sem firmar posição acerca da viabilidade do processamento e controle de preços pelo órgão antitruste em outros casos⁹⁴; (ii) aqueles que acreditam não ser possível preços exploratórios, *per se*, constituírem um abuso passível de condenação pelo SBDC⁹⁵ e (iii) aqueles que defendem a continuidade

⁹³ O gráfico não abrange o Procedimento Preparatório analisado, vez que o gráfico reflete os posicionamentos dos julgadores, e o Procedimento Preparatório sequer chegou a ser distribuído a um Conselheiro do CADE.

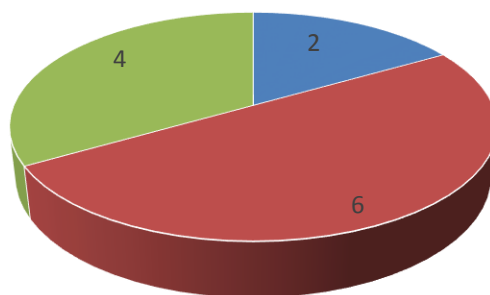
⁹⁴ Pertencem, a esse primeiro grupo, os Conselheiros Ricardo Villas Bôas Cueva e Luís Fernando Rigato Vasconcellos.

⁹⁵ Estão incluídos, nesse segundo grupo, os Conselheiros Paulo Furquim, Elvino de Carvalho Mendonça, Luiz Carlos Delorme Prado, Carlos Ragazzo, César Costa Alves de Mattos e Olavo Zago Chinaglia.

das investigações, pelo SBDC, a respeito de preços exploratórios, que poderiam vir a configurar um ilícito *per se*⁹⁶.

No caso de Conselheiros que se encaixariam em mais de um desses grupos, optou-se por levar em consideração o posicionamento mais recente do Conselheiro⁹⁷.

Posicionamentos assumidos pelos Conselheiros



- Não se manifestaram sobre a viabilidade do processamento de preços exploratórios pelo SBDC
- Acreditam não ser possível que preços exploratórios, per se, constituam um abuso passível de condenação pelo SBDC
- Consideram que preços exploratórios podem vir a configurar um abuso per se, devendo ser objeto de exame do SBDC

Gráfico 03: Incidência dos distintos posicionamentos em torno de preços exploratórios entre os Conselheiros, Relatores ou não, que se pronunciaram nos processos analisados
 Fonte: SILVA, Isadora de Castro, 2017.

⁹⁶ Nesse terceiro grupo, situam-se os Conselheiros Vinícius Marques de Carvalho, Ricardo Ruiz, Arthur Sanchez Badin e Fernando de Magalhães Furlan.

⁹⁷ Foi o caso dos Conselheiros Olavo Zago Chinaglia, Fernando de Magalhães Furlan e Vinícius Marques de Carvalho. O Conselheiro Chinaglia, durante o julgamento de processos atinentes à CPI dos Medicamentos, não firmou posição acerca da pertinência, ou não, do processamento de preços exploratórios pelo SBDC, restringindo-se a afastar a hipótese de abusividade do caso concreto. No entanto, ao manifestar-se por ocasião do julgamento da Averiguação Preliminar nº 08012.000295/1998-92 envolvendo a SINDIMIVA versus White Martins S.A. e Aga S.A., Chinaglia aderiu ao entendimento expressado pelo Relator Ragazzo, segundo o qual o SBDC não deveria investigar condutas que apenas dissessem respeito a preços exploratórios. O Conselheiro Furlan, por sua vez, quando do julgamento de casos correspondentes à CPI dos Medicamentos, também não se expressou de modo claro a respeito do cabimento ou não de processos concorrenciais lidando unicamente com preços exploratórios, mas, ao manifestar-se na Averiguação Preliminar supramencionada, defendeu a visão de que casos envolvendo preços exploratórios deveriam sim permanecer sendo objeto de exame do SBDC. Finalmente, o Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, ao atuar como Relator da Averiguação Preliminar nº 08012.002553/1999-38 (Tropical Alimentos Ltda. versus White Martins Gases Industriais S.A.), adotou, como razão de decidir, a posição da SDE, de acordo com a qual o preço só representaria um abuso quando exclusionário ou quando fosse sintoma de outra prática anticoncorrencial prévia, hipótese na qual esta conduta prévia é que deveria ser averiguada e punida. No entanto, o Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, em seu voto-vista na AP em que a SINDIMIVA era a parte representante, assumiu o entendimento de que não se deveria excluir a infração de preço exploratório do rol de infrações concorrenciais.

A apreciação do gráfico confirma a relevante cisão entre as opiniões das autoridades antitruste. É importante notar que, apesar da maioria dos Conselheiros que firmaram posição a respeito do processamento de preços exploratórios ter proferido voto no sentido de não ser adequado o SBDC prosseguir no exame dessa questão, o CADE ainda não pacificou tal postura.

No entanto, como visto, no recente Procedimento Preparatório arquivado, em que pese não ter havido a manifestação de nenhum Conselheiro, houve o firme pronunciamento do atual Superintendente-Geral, Eduardo Frade Rodrigues, no sentido do aumento arbitrário de lucros não ser, em si, um ilícito na seara antitruste.

Dessa forma, em que pese a maior parte do CADE rechaçar a punição baseada puramente em preços elevados, a não adoção dessa postura como a oficial faz com que representações versando sobre preços exploratórios ainda sejam feitas, mobilizando o Conselho e gastando recursos na apreciação de uma questão que muito provavelmente será arquivada.

O último mercado abordado na pesquisa empírica refere-se a processo que se encontra ainda em curso. Trata-se do Inquérito Administrativo nº 08700.007130/2015-82, referente ao mercado de gás natural. Esse Inquérito Administrativo encontra-se em fase tal que ainda não houve a distribuição a um Relator.

É relevante a menção a esse Inquérito em curso na medida em que tal referência demonstra como permanece atual a discussão sobre preços excessivos, os quais ainda são levados ao exame das autoridades antitruste nacionais, que, todavia, seguem sem uma posição pacífica a respeito da questão, inexistindo sequer um caso de condenação pela prática de preços exploratórios que pudesse servir como norte para julgamentos posteriores.

Para além disso, o inquérito em curso difere dos processos já arquivados (ressalvado o Procedimento Preparatório) por ter sido proposto sob a vigência da atual LDC, nº 12.529/11, o que será útil para que se constate, sobretudo quando do futuro julgamento pelos Conselheiros do CADE, se houve ou não modificações no tratamento da questão em comparação à época de vigência do antigo diploma legislativo antitruste.

No Inquérito Administrativo supramencionado, a representante é a Associação Brasileira das Empresas Distribuidoras de Gás Canalizado (Abeagás), sendo a Petrobrás a representada.

Em sua representação, apresentada em 16 de julho de 2015 e registrada no dia seguinte, a Abeagás afirma que a Petrobrás teria provocado aumento arbitrário e significativo no preço do gás natural ao retirar, de forma abrupta e obscura, descontos que perdurariam há

mais de quatro anos. Essa conduta da Petrobrás, destoaria, segundo a representante, do contexto de acentuada queda no preço do petróleo e do gás natural liquefeito (GNL) no mercado internacional.⁹⁸

Ainda segundo a representante, o efeito da remoção repentina dos descontos seria tornar o preço do gás natural no mercado interno brasileiro pouco competitivo em comparação aos energéticos substitutos comercializados e/ou distribuídos com exclusividade pela Petrobrás e que estariam com excesso de oferta.⁹⁹

Ademais, o que a Abeagás alega é que o aumento arbitrário de lucros praticado pela Petrobrás revelaria também uma discriminação de preços¹⁰⁰, na medida em que o preço do gás natural teria sido aumentado apenas para as distribuidoras e consumidores finais, ao passo que, para as refinarias, termelétricas e FAFENs (fábricas de produção de fertilizantes e amônia a partir do metano, que é o principal componente do gás natural) controladas pela Petrobrás, os preços continuariam inferiores.

Nota-se, assim, que a Abeagás não se restringiu a relatar o preço excessivo, aventando também a possibilidade desses preços constituírem uma prática que discriminaria firmas integradas verticalmente e controladas pela Petrobrás em relação às companhias distribuidoras locais e consumidores livres.

⁹⁸ BRASIL. CADE. Inquérito Administrativo nº 08700.007130/2015-82. Associação Brasileira das Empresas Distribuidoras de Gás Canalizado – ABEAGÁS versus Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras. Brasília, denúncia registrada em 17 de jul. 2015, p. 1-12.

⁹⁹ Propomos a reflexão seguinte: se de fato a retirada dos descontos tiver o propósito mencionado pela representante de tornar o gás natural pouco atraente aos consumidores diante dos outros energéticos oferecidos apenas pela Petrobrás, poder-se-ia pensar – em que pese inexistir manifestação inequívoca da representante nesse sentido – no enquadramento da conduta da representada como uma prática exclusionária, por meio da qual a Petrobrás, verticalmente integrada, aumentaria o preço somente do gás natural com vistas a encarecer o produto das distribuidoras locais de gás canalizado, diminuindo suas vendas e redirecionando clientes dessas distribuidoras para a aquisição de modais energéticos substitutos exclusivos da própria Petrobrás. Por essa perspectiva, a competição no mercado estaria sendo reduzida de modo artificial e arbitrário pela Petrobrás ao deliberadamente prejudicar rivais e atuar de forma capaz de derivar até mesmo na eliminação das concorrentes. Portanto, sob essa análise, o caso não trataria de preços puramente exploratórios.

¹⁰⁰ Objetivando esclarecer o que seria a imposição de preços discriminatórios, tem-se que: “(...) a discriminação apresenta-se essencialmente como uma conduta levada a efeito em uma relação vertical de mercado (i.e., entre cliente e fornecedor, e vice-versa) e está diretamente relacionada ao princípio da isonomia (ou da igualdade), pelo qual, segundo o consagrado princípio geral do direito, entende-se que, regra geral, deve-se dispensar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais. Como conduta anticoncorrencial, a discriminação de rivais usualmente envolve a fixação de preços (ou outras condições contratuais como prazos para pagamento, descontos, exclusividade etc.) distintos para situações equivalentes, criando vantagens comparativas artificiais entre os diferentes *players* situados no mercado-alvo da discriminação. Essa conduta foi bastante debatida no CADE em casos envolvendo a relação de produtores e seus distribuidores. (...). Para o CADE, para se configurar ilícito antitruste de discriminação, é necessário que: (a) os agentes econômicos infratores possuam posição dominante nos mercados envolvidos; (b) não haja racionalidade econômica no tratamento desigual dispensado a partes diferentes; e (c) seja demonstrado o dano (atual ou potencial) à concorrência decorrente da prática.” GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 141-142.

Todavia, a própria Abeagás fez a ressalva de que a distinção entre os preços poderia encontrar respaldo na legislação do gás natural, que permite a extensão do registro de "autoprodutor" e "autoimportador" às empresas controladas e coligadas, sendo que esse registro asseguraria o direito de transferência do gás natural a um preço inferior.

Dessa maneira, nota-se que não há a simples menção à questão da abusividade do preço. A Abeagás avança para o debate acerca de preços discriminatórios, lança a hipótese de abuso de posição dominante pela Petrobrás para favorecer a venda de energéticos substitutos ao gás natural monopolizados pela Petrobrás e, por fim, também reclama da obscuridade na precificação empreendida pela Petrobrás.

Observa-se assim, uma maior sofisticação nas alegações de práticas anticompetitivas, o que nos leva a pensar se tal empenho, por parte da representante, em ampliar a discussão – que tem como ponto de partida um preço excessivo – já não seria reflexo da consolidação cada vez maior da ideia de que o CADE não condena preços exploratórios puros, os quais devem estar associados a outras formas de abuso.

Conquanto, em sua defesa, a representada tenha incluído o argumento tradicional de que o pleito contido na representação conteria requerimento colidente com a jurisprudência do CADE segundo a qual o Conselho seria órgão de defesa da concorrência, e não um regulador de preços, verifica-se que as alegações da Abeagás vão muito além de um desejo de controle direto do órgão antitruste sobre o preço.

A representante ambiciona, mais do que o retorno dos descontos nos preços, que a Petrobrás esclareça os preços estabelecidos para as firmas que controla e integra, bem como o sistema de precificação dos custos de transporte, para que o CADE, então, possa manifestar-se não só sobre o preço do gás natural cobrado das companhias de distribuição locais, mas também acerca da (i) legitimidade das discriminações empreendidas.

Até o momento, a manifestação oficial do CADE que há é a Nota Técnica nº 19/2016/CGAA4/SGA1/SG/CADE, acolhida pelo Superintendente-Geral Eduardo Frade Rodrigues, pela qual se concluiu pela necessidade de instauração do Inquérito Administrativo, vez que haveria indícios de condutas anticompetitivas por parte da Petrobrás.

Assim, é importante o acompanhamento desse Inquérito Administrativo sobretudo para que se verifique se o CADE, caso não acolha a alegação de discriminação de preços (vez que a discriminação encontra respaldo em legislação específica), avançará ou não para o debate das condições de precificação empreendidas pela Petrobrás e para a análise do preço em si, o que será relevante para firmar a posição mais atual do órgão a respeito de preços abusivos.

Finalizada a análise de todos os processos nacionais levantados e confirmada a afirmação de que o tratamento de preços exploratórios enseja largas dissidências entre as autoridades e estudiosos do direito concorrencial, passaremos ao estudo específico dos principais pontos de debate quanto aos preços exploratórios, começando com a pesquisa a respeito (i) das condições da própria prática que são normalmente apontadas como necessárias para suscitar a ação antitruste e (ii) das condições estruturais do mercado geralmente apresentadas como mais favoráveis à intervenção sobre os preços excessivos.

2.3 Em quais condições intervir? Parâmetros para identificação da prática carecedora de intervenção e para seleção do mercado a sofrer a intervenção contra preços

A fim de limitar o perímetro da área de casos de preços exploratórios apurados pelos órgãos antitruste, estudiosos a favor da condenação desses preços como práticas anticompetitivas empreenderam esforços para fixar critérios que, uma vez presentes, sinalizariam a adequação da ação antitruste. Tais critérios referem-se tanto a condições estruturais do mercado alvo da intervenção quanto a condições da própria cobrança de preços abusivos.

No que toca aos requisitos da prática de preços exploratórios em si, Fernando Furlan, em seu voto-vista na AP em que a SINDIMIVA apresentou representação contra a White Martins e a Aga, ao arrolar parâmetros para a triagem de casos, mencionou a necessidade da prática de preço abusivo investigada possuir algum grau de generalização na indústria, prolongar-se por um período de tempo relevante e não se confundir com oscilações de preços relacionadas a choques exógenos à indústria.¹⁰¹

Percebe-se que as duas primeiras condições acima citadas padecem de um problema normalmente aludido como um relevante empecilho ao julgamento de preços abusivos, que é a carência de objetividade derivada do emprego de conceitos indeterminados. Afinal, qual seria o grau de generalização exigido para que a conduta passasse a ser considerável sob a ótica antitruste? Ademais, quanto tempo de imposição de preços excessivos poderia ser considerado relevante?

Sem dúvidas, conceitos jurídicos indeterminados são relevantes para que a norma seja capaz de amoldar-se às evoluções históricas, adaptando-se a novas circunstâncias e

¹⁰¹ BRASIL. CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.000295/1998-92. Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgica e de Material Elétrico de Ipatinga/MG versus White Martins S.A. e Aga S.A. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, julgado em 18 de ago. 2010, fl. 383.

permanecendo aplicável. É de fato impossível que o legislador anteveja todas as situações que podem ensejar a aplicação da norma, dispondo-as em comandos normativos rígidos.

O problema é que, se presentes em abundância, os conceitos indeterminados acabam por trazer insegurança aos destinatários da norma, que não conseguem, de modo antecipado, definir com precisão em que campo seus comportamentos irão enquadrar-se, se no da legalidade ou se no da ilegalidade.

No caso de preços exploratórios, uma crítica repetidamente feita é a de que significativas imprecisões perpassam a definição da conduta, vez que não é pacífico o conceito do que seria um preço “excessivo”, “abusivo” ou “injusto”.

Nesse sentido, se, nos critérios desenvolvidos para auxiliar a seleção de condutas aptas à intervenção antitruste, conta-se com o emprego de novos conceitos indeterminados, pouca colaboração é efetivamente cedida ao empenho de tornar mais ágil e clara a identificação de casos “adequados”.

No que tange à exigência de que a prática não se confunda com oscilações de preços relacionadas a choques exógenos à indústria, trata-se de requisito também mencionado por Pinar Akman e Luke Garrod.

No entanto, Akman e Garrod acreditam que, mesmo na presença de choques de causas externas, seria possível haver preços abusivos se a firma reajustasse preços de modo a obter ganhos às expensas de seus consumidores. Os preços aumentados, porém, não seriam injustos se os ganhos da firma também conduzissem a melhorias para os consumidores ou se a firma sequer tivesse ganhos.¹⁰²

Consequentemente, verifica-se que não há consenso também quanto à exigência da prática de preços excessivos estar desassociada de choques exógenos para que restasse configurado um ilícito contra a concorrência.

A lista de requisitos relacionados aos aspectos estruturais do mercado a ser alvo de intervenção contra preços é ainda mais debatida. O primeiro critério necessário para a viabilidade da constatação de preços exploratórios é comumente aceito e referido. Trata-se da presença de altas e não transitórias barreiras à entrada, as quais conduzem a firma a uma posição dominante, de monopólio ou quase monopólio.¹⁰³

¹⁰² AKMAN, Pinar; GARROD, Luke. When are excessive prices unfair? *Journal of Competition Law and Economics*, Oxford, v. 7, 2011, p. 411.

¹⁰³ Alguns autores apenas exigem que a firma ocupe uma posição dominante, ao passo que outros, mais do que isso, exigem uma superdominância, manifestada em um monopólio ou quase monopólio. Nesse sentido: “Given the objections against excessive price actions, the threshold for intervention should be higher than a mere dominant position and close to a super dominant position where the undertaking should have very important market share. In this case, we would have a monopolist (or quasi-monopolist) whose position is

Com efeito, é em um tal contexto que a firma será capaz de fixar preços abusivos por longos períodos, na medida em que as elevadas barreiras à entrada dificultarão o ingresso de novos competidores aptos a determinarem uma queda nos preços. Logo, as autoridades antitruste não devem intervir em mercados em que seja provável a atuação de forças competitivas naturais na eliminação da possibilidade de uma firma dominante cobrar preços excessivos.¹⁰⁴

Outra condição correntemente listada é a de que a intervenção sobre preços ocorra apenas em mercados em que inovações desempenhem um papel reduzido. Motta e Streel, por exemplo, julgam necessário que a posição de superdominância derive de práticas exclusionárias praticadas pela firma no passado e que não foram condenadas ou, então, de direitos especiais gozados pela firma no passado ou no presente.

Os autores justificam esse critério afirmando que ele eliminaria o risco de, por erro, serem atingidos mercados com altas e não transitórias barreiras à entrada nos quais, contudo, a firma obteve posição dominante em razão de investimentos e inovações por ela empreendidas.¹⁰⁵

Essa preocupação é encampada por Evans e Padilla, que também exigem que a posição de monopólio ou de quase monopólio não seja o resultado de inovações e investimentos realizados no passado.¹⁰⁶

Sob uma perspectiva *ex ante*, a possibilidade de recuperação futura de investimentos pretéritos serve como incentivo para que a firma invista, o que é especialmente importante no campo de pesquisa e desenvolvimento, já que gastos com P&D podem conter altos riscos, além de serem significativamente onerosos e lentos na geração de receitas. Por essa lógica, os

not likely to be challenged by entrants. Since one cannot expect market forces to operate normally, some of the objections against excessive price actions may therefore not apply”. MOTTA, Massimo; STREEL, Alexandre de. *Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never?* In: *The Pros and Cons of High Prices*. Kalmar: Lenanders Grafiska, 2007, p. 23. Essa posição também é encampada por Evans e Padilla. Para tanto, conferir: EVANS, David; PADILLA, Jorge. *Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules*. *Journal of Competition Law and Economics*, Oxford, v. 1, 2005, p. 119.

¹⁰⁴ Mencionado raciocínio é endossado nos seguintes termos: “I agree that competition authorities should not intervene in markets where it is likely that normal competitive forces over time will eliminate the possibilities of a dominant company to charge high prices. Intervention should therefore indeed be limited to markets characterized by very high and long-lasting barriers to entry – although I would add barriers to expansion”. PAULIS, Emil. *Article 82 EC and exploitative conduct*. In: *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*. Portland: Hart Publishing, 2008, p. 520.

¹⁰⁵ “Therefore, dominant firms should be treated in a different way according to the source of its market power and whether such power is due to their effort, business acumen, and risky investments, or is instead due to current or past protection and legal barriers or uncondemned past exclusionary anticompetitive practices”. MOTTA, Massimo; STREEL, Alexandre de. *Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never?* In: *The Pros and Cons of High Prices*. Kalmar: Lenanders Grafiska, 2007, p. 24.

¹⁰⁶ EVANS, David; PADILLA, Jorge. *Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules*. *Journal of Competition Law and Economics*, Oxford, v. 1, 2005, p. 119.

direitos de propriedade intelectual são especificamente concebidos para proporcionar às empresas inovadoras um grau de poder de mercado e, assim, estimular o investimento inicial em P&D por meio do "prêmio" de lucros futuros superiores aos normais. Desse modo, qualquer redução dos lucros futuros – ou um maior risco de regulamentação desses lucros – poderia claramente comprometer tais incentivos.¹⁰⁷

É em decorrência desse raciocínio que o controle de preços em áreas nas quais incidem direitos de propriedade intelectual é algo ainda mais problemático, requerendo específicas análises e considerações ainda mais meticulosas. Tais particularidades justificam assim, a exclusão das questões próprias ao campo da propriedade intelectual do objeto de investigação da presente dissertação, vez que essas questões merecem tratamento apartado por introduzirem novos dilemas carecedores de análises que extrapolam o fito deste trabalho.

Há, também, outros requisitos arrolados por distintos autores na seleção de mercados e práticas carecedores de intervenção. São condições ainda mais controvertidas, não sendo aceitas por todos os autores.

Existem autores que repudiam intervenções em mercados nos quais existam reguladores específicos dotados de poderes para atuarem sobre os preços.¹⁰⁸ Os que defendem essa postura acreditam que os reguladores teriam mais experiência e informações mais precisas para exercer a regulação do mercado, sendo reduzidas as probabilidades de erro. Aqueles, entretanto, que acreditam que o fato do mercado contar com regulação setorial específica não deveria afastar a chance de haver intervenção das autoridades antitruste afirmam que, muitas vezes, os reguladores podem ser omissos, ou tomar decisões que estejam em desconformidade com a legislação antitruste¹⁰⁹, ou, até mesmo, estar capturados, realizando um controle inócuo e deturpado.¹¹⁰

¹⁰⁷ “From an *ex ante* perspective, future recoupment also serves as the incentive for those investments. This incentives issue is likely to be especially important for R&D investments, which can be highly risky, costly, and slow to generate revenues. Intellectual property rights are specifically designed to provide innovating firms with a degree of market power, and so to stimulate upfront R&D investment through the ‘prize’ of higher than normal future profits. Any reduction in future profits – or a greater risk of these profits being regulated – could clearly jeopardize such incentives”. FLETCHER, Amelia; JARDINI, Alina. Towards an Appropriate Policy for Excessive Pricing. In: *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*. Portland: Hart Publishing, 2008, p. 537.

¹⁰⁸ MOTTA, Massimo; STREEL, Alexandre de. Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never? In: *The Pros and Cons of High Prices*. Kalmar: Lenanders Grafiska, 2007, p. 27.

¹⁰⁹ Nesse sentido, conferir: PAULIS, Emil. Article 82 EC and exploitative conduct. In: *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*. Portland: Hart Publishing, 2008, p. 520.

¹¹⁰ A respeito da captura de agentes reguladores como fator autorizador da intervenção contra preços exploratórios mesmo em mercados sujeitos a regulação setorial específica, verificar: RÖLLER, Lars-Hendrik. Exploitative Abuses. In: *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*. Portland: Hart Publishing, 2008, p. 531.

Por último, deve ser feita referência à controversa condição erigida por Evans e Padilla de que, para haver ação antitruste sobre preços exploratórios, deveria haver o risco dos preços excessivos estarem impedindo o surgimento de novos bens ou serviços em mercados adjacentes.¹¹¹ Os autores, ao introduzirem esse requisito, acabaram vinculando a punição de preços exploratórios à produção de efeitos exclusionários. Esse requisito é, portanto, contestado por autores como Paulis¹¹² e Motta e Streeel¹¹³, que o consideram injustificadamente restritivo e de difícil constatação.

Depreende-se, de todo o exposto, que não há estipulação exata dos parâmetros para eleição de uma prática de preço exploratório ensejadora de intervenção, nem das condições que um mercado deve apresentar para tornar adequada a ação antitruste. De maneira consensual, exige-se, no mínimo, a ocupação de uma posição dominante pela firma investigada, em um contexto de elevadas e duradouras barreiras à entrada. Isso, no entanto, não resolve por completo os aborrecimentos oriundos das dificuldades na definição objetiva da prática de preço exploratório. Afinal, como já afirmado nesta dissertação, a posição dominante da firma nada mais é do que um pressuposto para o exercício de preços abusivos relevantes para o Direito Concorrencial, sendo que uma tal dominância consegue prevalecer no tempo somente se presentes condições estruturais para tanto, as quais se consubstanciam nas elevadas barreiras à entrada.

Destarte, percebe-se que as meditações em torno desses critérios não foram capazes de fixar imperturbáveis nortes ao tratamento dos preços exploratórios, que, além do mais, envolvem outros pontos de polêmica, como a crucial dificuldade na definição do que seria um preço excessivo em cotejo com um preço justo. Essa contenda será explicitada na seção seguinte.

2.4 Metodologias para mensuração e avaliação de preços

Ponto crucial do processamento de preços exploratórios é, logicamente, o estabelecimento de qual preço é excessivo e de qual preço é justo. Para o cumprimento dessa

¹¹¹ EVANS, David; PADILLA, Jorge. Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules. *Journal of Competition Law and Economics*, Oxford, v. 1, 2005, p. 119.

¹¹² PAULIS, Emil. Article 82 EC and exploitative conduct. In: *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*. Portland: Hart Publishing, 2008, p. 522.

¹¹³ MOTTA, Massimo; STREEL, Alexandre de. Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never? In: *The Pros and Cons of High Prices*. Kalmar: Lenanders Grafiska, 2007, p. 29.

tarefa, diferentes metodologias foram sugeridas. Elas serão expostas e apreciadas nas seções terciárias seguintes.

2.4.1 Métodos comparativos: comparação geográfica, histórica e entre produtos similares

Uma primeira forma de avaliar preços é comparando-os com algum preço referencial. A referência pode ser o preço praticado pela própria firma investigada em um mercado geográfico distinto, ou o preço praticado pela firma investigada em um tempo pretérito, ou o preço praticado por uma firma rival que ofereça produtos similares.

Na comparação geográfica, é essencial que os mercados geográficos comportem similitudes capazes de tornar relevante o exercício comparativo. Dessa maneira, diferenças, por exemplo, entre os tributos incidentes em cada localidade comparada podem justificar preços discrepantes, assim como distinções entre as condições regulatórias de cada mercado ou entre o poder de compra dos consumidores de cada área, o que fragiliza essa metodologia. Outro aspecto que pode explicar a diferença de preços entre mercados geográficos reside no valor do frete existente em cada mercado.

Ademais, as diferenças de demanda em cada região podem fundamentar os valores distintos cobrados pelas firmas. No que toca às demandas diferenciadas, há, ainda, a questão de que a obrigação de adotar um preço único em mercados geográficos com demandas desiguais pode acabar resultando em indesejáveis consequências distributivas, vez que a firma normalmente fixará, como preço único, um valor superior àquele cobrado no mercado em que preços eram inferiores. Desse modo, uma fixação uniforme obrigatória de preços pode provocar uma transferência de riqueza de consumidores (geralmente pobres) nos mercados de preços baixos e menor demanda para os consumidores (geralmente ricos) nos mercados de preços altos e maior demanda. Surge, ainda, a possibilidade de a firma simplesmente decidir não mais servir os consumidores nos países com preços baixos, concentrando-se nos países em desenvolvimento.¹¹⁴

¹¹⁴ “Basic economics also teach that a ban on geographic price discrimination can lead to undesirable distributive consequences. When an operator sells a product or service at different prices depending on the conditions of demand in different countries, an obligation to adopt a uniform price will generally have adverse distributive consequences in the countries where prices are low. Indeed, the uniform price will certainly be higher than what consumers in those countries would have been charged in the absence of such an obligation. Mandatory uniform pricing will thus trigger a transfer of wealth from (generally poor) consumers in the low price countries to (generally rich) consumers in the high price ones. Even worse, the firm in question may simply decide no longer to serve consumers in the low price countries and focus on those in the high price countries”. GERADIN, Damien. *The necessary limits to the control of “excessive” prices by competition authorities – A view from Europe*. Tilburg University Legal Studies Working Paper,

Já na comparação histórica, a oscilação de preços ao longo do tempo pode ocorrer, a título de exemplo, em razão do aumento no custo de matérias primas, ou em decorrência de flutuações na demanda, ou por causa do encarecimento da mão de obra.

Por último, na comparação entre produtos similares, incontáveis fatores podem motivar preços distintos, tais como diferenças nas estratégias adotadas por cada firma, disparidades na qualidade dos produtos, o valor inerente à cada marca e o *design* de cada bem. Além do mais, se a firma utilizada como parâmetro operar em outro mercado geográfico, existirão também os contrastes referentes às disparidades entre regiões, ao passo que, se o parâmetro empregado for o preço de rivais no mesmo mercado, questiona-se se não seria a simples presença de rivais um indicativo de que as forças do mercado estão presentes, sendo suficientes para contestar o agente dominante e promover o ajustamento de preços.¹¹⁵

Em todos os três métodos comparativos, há, ainda, a questão de que, ao ser eleito um parâmetro, parte-se do pressuposto de que o preço referencial representa um preço justo, não sendo predatório nem excessivo, o que, entretanto, pode não ser verdadeiro, prejudicando a análise de preços.

O estudo das metodologias comparativas de mensuração de preços demonstra, assim, o fato de que todas elas possuem expressivas falhas, o que torna incerta a categorização de preços como abusivos ou não e fundamenta a relutância de muitas autoridades no recurso a essas comparações.

2.4.2 Análise custo x preço e análise da rentabilidade (lucratividade)

O cálculo da margem de preço-custo não deixa de ser uma forma de estabelecer-se uma margem de lucro, mas difere da análise da rentabilidade, a qual também será exposta nesta seção.

A margem de preço-custo é definida pela seguinte fórmula: $(\text{preço-custo})/\text{preço}$.¹¹⁶ Se, por um lado, a fórmula revela-se simples, a dificuldade reside, por outro lado, na correta definição do valor do custo.

Tilburgo, 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1022678>. Acesso em: 20 nov. 2016, p. 12.

¹¹⁵ SAAD, Andreia. Preços excessivos “puros” na nova Lei Antitruste: uma proposta de abordagem baseada na advocacia da concorrência. *Revista do IBRAC: direito da concorrência, consumo e comércio internacional*, São Paulo, v. 19, n. 22, jul./dez. 2012, p. 261.

¹¹⁶ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Excessive prices*. DAF/COMP(2011)18. Paris, 2012. Disponível em: <www.oecd.org/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/49604207.pdf>. Acesso em: 17 out. 2016, p.66.

Há ocasiões em que a própria firma enfrenta obstáculos na estipulação de seus custos, como, por exemplo, quando há investimentos em pesquisa e desenvolvimento relacionados a diferentes produtos do portfólio da sociedade empresária, sendo difícil mensurar o montante investido que corresponda ao produto cujo preço está sob investigação. Se, então, pode ser complicado para a própria firma definir os custos de um dado bem, tarefa muito mais complexa será a realização dessa definição pelas autoridades antitrustes, que têm, ao seu dispor, informações em volume muito menor.

Existe, também, a questão dos ativos intangíveis, como marca, *know how*, acordos de distribuição, organização interna e arquitetura dos negócios. O custo na construção desses ativos intangíveis é um fator tão legítimo para compor o cálculo quanto qualquer outro investimento em ativos físicos. Apesar disso, esses aspectos são negligenciados, tornando vulneráveis os cálculos feitos.¹¹⁷

Ainda pode ser feita a ressalva de que, nas indústrias reais, ao contrário do que se passa em modelos estáticos, preços não são dados pelos custos marginais, mas pela disposição dos consumidores a pagarem. Destarte, sob essa ótica, seria inadequada a definição de um preço com base apenas em informações sobre o custo, sem maiores considerações sobre a demanda.¹¹⁸

Com o intuito de ilustrar, por meio de um caso real, a debilidade que pode revestir a análise da margem de preço-custo, cabe breve menção ao caso da indústria europeia de aviação.

Conforme estudo empreendido por Lars-Hendrik Röller, quando, nessa indústria, as margens preço-custo estavam altas, os sindicatos negociaram salários maiores, o que levou a um aumento dos custos, reduzindo as margens de preço-custo. Como resultado, observou-se que os preços na indústria aérea europeia ficaram praticamente idênticos aos preços de monopólio, embora as margens observadas fossem consistentes com margens vigentes em cenários de efetiva competição. A razão alegada para isso foi que os custos teriam sido inflados ao ponto de os consumidores europeus serem confrontados com preços de um monopólio de fato. Em outros termos, a evidência empírica atestou que preços eram excessivos, embora a margem preço-custo fosse “normal”.¹¹⁹

¹¹⁷ WILLIAMS, Mark. Excessive Pricing. In: *The Pros and Cons of High Prices*. Kalmar: Lenanders Grafiska, 2007, p. 143.

¹¹⁸ EVANS, David; PADILLA, Jorge. Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules. *Journal of Competition Law and Economics*, Oxford, v. 1, 2005, p.101.

¹¹⁹ “If price-cost margins are high, unions bargain for higher wages; this, in turn, raises costs, thereby lowering those price-cost margins. If, on the other hand, price-cost margins are low, union demands are moderate, which will exert upward pressure in price-cost margins. In equilibrium, all these factors are taken into

Reveladas algumas fragilidades da análise de preços com base no cálculo da margem de preço-custo, cumpre explorar a metodologia de análise da lucratividade (ou rentabilidade).

A análise da lucratividade leva em consideração o custo de capital. O custo de capital associa-se à taxa de retorno exigida de um investimento. Esse conceito pode ser esclarecido nos seguintes termos: ao tomar uma decisão de investimento, a empresa deve buscar financiamento, podendo, por exemplo, recorrer ao mercado de capitais. “O retorno exigido pelos proprietários desses recursos (credores e acionistas) é a base de estimar o custo de capital”.¹²⁰

A firma, possuidora de variadas fontes de financiamento, tanto fontes próprias como de terceiros, tem o custo total de capital determinado pela média ponderada dos custos associados a cada uma dessas fontes. É o que se chama de *Custo Médio Ponderado de Capital* (WACC¹²¹). Nesse sentido, o WACC é “a taxa mínima de retorno exigida sobre todos os investimentos da empresa, refletindo tanto o custo do capital próprio como o custo do capital de terceiros”.¹²² Afinal, os investidores almejam obter retornos sobre o capital que investiram, sendo que eles retirarão seus fundos se não receberem uma recompensa suficiente.

Dessa forma, sob um ponto de vista econômico/financeiro, em oposição a um ponto de vista contábil, uma empresa com um WACC de 10% que realiza um lucro igual a 10% da sua base de capital é definida como realizadora de lucro zero. Isto é, assume-se o custo de capital como apenas mais um custo do negócio (como aluguel e salários), e os lucros econômicos são definidos apenas como existentes se os lucros contábeis excedem o custo de capital.¹²³

Uma vez expostos os conceitos básicos para uma tal análise de rentabilidade, fica esclarecida a noção de como pode ser relevante a consideração do custo de capital na avaliação dos preços praticados pelas firmas.

account and balanced. The main result of the study is as follows. Observed prices in the European airline industry are virtually identical to monopoly prices, even though observed margins are consistent with competition. The reason is that costs had been inflated to the point that European consumers were faced with de facto monopoly prices. In other words, the empirical evidence suggests that prices have been ‘excessive’, while price-cost margins are ‘normal’”. RÖLLER, Lars-Hendrik. Exploitative Abuses. In: *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*. Portland: Hart Publishing, 2008, p. 527-528.

¹²⁰ ASSAF NETO, Alexandre; LIMA, Fabiano Guasti. *Fundamentos de administração financeira*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 231.

¹²¹ WACC é a sigla para Weighted Average Cost of Capital.

¹²² ASSAF NETO, Alexandre; LIMA, Fabiano Guasti. *Fundamentos de administração financeira*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 232.

¹²³ “From an economic point of view (as opposed to an accounting viewpoint), a firm with a WACC of 10% that makes a profit equal to 10% of its capital base is defined as making ‘zero profits’. That is, economists take the cost of capital as just another cost of the business (like rent and wages) and economic profits are only defined as existing if accounting profits exceed the cost of capital”. WILLIAMS, Mark. Excessive Pricing. In: *The Pros and Cons of High Prices*. Kalmar: Lenanders Grafiska, 2007, p. 134.

Já no que se refere às fragilidades dessa metodologia de avaliação de preços, é necessário mencionar a circunstância de que, quanto mais arriscada for a decisão de investir, maior será o custo de capital, vez que será exigido um prêmio mais elevado em razão do maior risco.¹²⁴

Em indústrias *high tech*, sabe-se que a taxa de investimentos fracassados é muito alta, pelo que elevados lucros de retorno pelo sucesso de outros investimentos é algo justificável quando se tem em vista todo o portfólio de investimentos sob uma perspectiva *ex ante*.¹²⁵

Logo, o esforço de identificar o caráter excessivo de um preço com base em uma rentabilidade aparentemente excessiva esbarra na dificuldade de ser necessário comparar o alto retorno *ex post* sobre o capital com o risco *ex ante* do investimento, sendo preciso, ainda, levar-se em conta não somente o investimento feito para o produto sob investigação, mas também os investimentos despendidos em tentativas frustradas antecedentes, o que é algo de difícil mensuração.

Além de tudo o que foi aqui exposto, um problema comum que resta não solucionado pelas metodologias de cálculo da margem de preço-custo e de análise da rentabilidade é que, mesmo na eventualidade de ser obtido êxito na estimação dos custos e lucratividades, há o desafio de definir-se qual seria o preço adequado, justo sob a ótica concorrencial, indicando em quanto o preço apurado seria excessivo.

Com o fito de superar mais esse obstáculo, há a proposta, por alguns autores, de exame dos preços de acordo com outra metodologia, baseada no “valor econômico”, que é tema da seção seguinte.

2.4.3 Valor econômico e o “preço que teria prevalecido em um contexto competitivo”

No intento de estipular qual seria o preço razoável a ser praticado em certo mercado, determinados estudiosos sugerem que o preço seria excessivo quando fosse superior ao preço praticado por uma firma que atuasse em um cenário de efetiva concorrência.

Essa ideia foi adotada quando do julgamento, pela Corte Europeia de Justiça, do notório caso *United Brands*. Nessa ocasião, a Corte declarou que haveria ilicitude no preço

¹²⁴ ASSAF NETO, Alexandre; LIMA, Fabiano Guasti. *Fundamentos de administração financeira*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 231.

¹²⁵ “In many high tech areas, it is known that the failure rate of investment is very high and accordingly that very high returns for successful businesses may be entirely reasonable when judged on the basis of an *ex ante* portfolio approach”. WILLIAMS, Mark. Excessive Pricing. In: *The Pros and Cons of High Prices*. Kalmar: Lenanders Grafiska, 2007, p. 141.

que levasse a firma a conquistar benefícios que não teriam sido atingidos caso existisse concorrência normal. Logo, seria um abuso de posição dominante a cobrança de um preço desprovido de relação razoável com o valor econômico do produto.¹²⁶

Nota-se, assim, haver referência, pela Corte, tanto ao “valor econômico” quanto ao “preço vigente em um contexto de competição” como parâmetros para preços adequados.

A primeira imprecisão possuída pelo critério então adotado pela Corte Europeia de Justiça é de cunho conceitual. O “valor econômico” de um bem é, por definição, representado pela importância conferida pelo consumidor ao produto.

Portanto, por essa acepção, se existe quem compre o bem ou adquira o serviço, ou seja, se existe demanda dentro de um dado preço, esse preço não é superior ao valor econômico. Não se pode, na definição do valor econômico, ter-se em conta apenas o lado da oferta, sendo imprescindível a consideração também da demanda.¹²⁷

Destarte, um monopolista nunca desejaria cobrar um preço acima do valor econômico, pois, se assim o fizesse, nenhum consumidor adquiriria o produto. O máximo que uma firma dominante pode fazer é explorar, o tanto quanto for possível, a disposição de seus consumidores de pagar pelo bem, o que, ainda assim, não faz com que o preço cobrado exceda o valor econômico.¹²⁸

Consequentemente, o “preço prevalecente em um contexto de concorrência efetiva” (o segundo parâmetro mencionado pela Comissão Europeia) não se identifica com o valor econômico, sendo sempre inferior a este valor. Isso não quer dizer, todavia, que seja tarefa mais tranquila a determinação desse preço competitivo.

Uma primeira questão que se coloca é que existem variadas formas de mercados competitivos possíveis, sendo o mercado perfeitamente competitivo apenas uma dessas formas. Se há um duopólio, é outra forma de mercado competitivo. Se há oligopólio, é uma terceira forma. Parece que, no sentido mais comum, o preço competitivo estará em algum

¹²⁶ EUROPA. Corte Europeia de Justiça. *United Brands Continental B.V. versus Commission of the European Communities. - Chiquita Bananas – 1978 - Case 27/76*. Luxemburgo, 14 fev. 1978. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61976CJ0027&rid=2>>. Acesso em: 22 nov. 2016, p. 301.

¹²⁷ É possível encontrar reflexões mais extensas acerca do valor econômico em: FURSE, Mark. *Excessive Prices, Unfair Prices and Economic Value: The Law of Excessive Pricing Under Article 82 EC and the Chapter II Prohibition*. *European Competition Journal*, v. 4, n. 1, jun. 2008, p. 72.

¹²⁸ “A monopolist would never want to charge more than the value of the product to consumers because then they would not buy it. The most the dominant firm can do is exploit its consumers' willingness to pay. Hence, for example, a perfectly discriminating monopolist extracts all consumer surplus. This is the most extreme case of consumer exploitation, even though the monopolist is not charging consumers a price exceeding the product's ‘economic value’ to consumers”. EZRACHI, Ariel; GILO, David. *Excessive pricing, Entry, Assessment, and Investment: Lessons from the Mittal Litigation*. *Antitrust Law Journal*, v. 76, n. 3, 2009-2010, p. 884.

ponto entre os extremos de um preço sob competição perfeita e um preço de monopólio, mas localizar esse ponto não é algo trivial.¹²⁹

Em outras palavras, se não se exige que os preços sejam equivalentes ao preço vigente sob perfeita competição (o menor preço possível), o quão imperfeita essa competição hipotética pode/deve ser? Essa polissemia do termo “preço competitivo” acaba por não prestar auxílio à missão de tornar transparente o tratamento antitruste conferido aos preços exploratórios.

Outro óbice ao alcance de resultados proveitosos reside na fundamental complexidade de ser projetado um preço competitivo em um mercado que, por essência, não é competitivo.

O raciocínio contrafactual refere-se a um pensamento sobre estados de coisas contrários aos fatos reais¹³⁰, ou seja, trata-se de uma simulação mental do que poderia ter acontecido, em que são imaginados cenários e desfechos alternativos que poderiam ter ocorrido, mas não ocorreram.¹³¹

No âmbito antitruste, o pensamento contrafactual é empregado, por exemplo, na quantificação de danos em um cartel, em que se estima qual preço teria sido praticado na ausência do cartel.

No entanto, quando, ao invés de cartéis, tem-se o abuso de posição dominante por meio da imposição de preços exploratórios, maiores inconvenientes surgem. Na investigação de um cartel, o raciocínio contrafactual é auxiliado pela circunstância de que, no tempo anterior à consolidação do cartel, realmente existiu um cenário competitivo que pode atuar como medida de comparação com o cenário pós-cartel.

Já quando se fala em estimação do *preço prevalecente sob competição efetiva*, o que se imagina é o uso de modelos de simulação para a incorporação da conduta abusiva e consequente produção de resultados estáticos comparativos de cenários com e sem a conduta. Fato é, todavia, que os dados necessários para realizar tal exercício de forma plausível muito possivelmente não estarão disponíveis.¹³²

¹²⁹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Excessive prices*. DAF/COMP(2011)18. Paris, 2012. Disponível em: <www.oecd.org/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/49604207.pdf>. Acesso em: 17 out. 2016, p. 31.

¹³⁰ BYRNE, Ruth; QUELHAS, Ana Cristina. Raciocínio contrafactual e modelos mentais. *Análise Psicológica*, v. 17, n. 4, Lisboa: Instituto Superior de Psicologia Aplicada, dez. 1999, p. 713.

¹³¹ MYERS, David. *Psicologia Social*. 10ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 96.

¹³² DAVIS, Peter; GARCÉS, Eliana. *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*. Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 378.

O preço exploratório estabelece-se em situações de concorrência diminuta ou mesmo inexistente, de maneira tal que seria necessário esboçar um contexto completamente distinto, em que há competição efetiva. Esse esforço imaginativo acaba descortinando uma tarefa carecedora de sistematização objetiva que, embora possa ser resolvida por arbitrárias escolhas políticas, não pode ser solucionada por critérios econômicos rígidos.¹³³

Verdadeiramente, sequer existirá, para consideração pelo modelo de simulação, a definição precisa do abuso, pois, ainda que se obtivesse o valor do preço supostamente abusivo, não se saberia qual o preço justo e, portanto, qual o valor correspondente ao abuso, manifestado pela diferença entre o preço praticado e o preço que seria adequado.

Assim, ainda que fosse possível representar um mercado em que a firma investigada enfrentasse competição, o que, por si só, não seria algo banal, regressaríamos ao dilema da larga arbitrariedade também presente na fixação da margem de preço acima do preço competitivo que é admitida como não excessiva.

Posto que finalizada a análise de variadas metodologias de avaliação de preços já sugeridas por estudiosos no exame de preços exploratórios, conclui-se que nenhum método sugerido consegue, efetivamente, provar um preço excessivo, atuando, no máximo, como indícios preliminares da prática de preços excessivos (mas não como prova).¹³⁴

Nada obstante, há quem preconize, como forma de minimizar os erros inerentes à cada método, o emprego de tantos métodos quanto forem possíveis no exame de um dado caso. Desse modo, haveria uma predominância de evidências, sendo que as diferentes imprecisões de cada uma das metodologias tenderiam a anular-se reciprocamente, produzindo um resultado global confiável.¹³⁵

¹³³ A respeito das adversidades presentes na quantificação de danos no caso de abuso de posição dominante, afirma-se o seguinte: “In addition to the difficulties in cartel cases, the exercise of quantifying damages in cases of abuse of dominant position (attempted monopolization) is further complicated by the difficulty in defining the ‘but for’ world. Dynamic and strategic elements which are difficult to incorporate might be particularly relevant in such settings. For example, suppose a claim for damages were made following the EU’s case against Microsoft for abuse of dominance. To evaluate the damages suffered by rival firms, we may need to take a view on the counterfactual evolution of the computer industry — by any measure a nontrivial task”. DAVIS, Peter; GARCÉS, Eliana. *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*. Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 381.

¹³⁴ WILLIAMS, Mark. Excessive Pricing. In: *The Pros and Cons of High Prices*. Kalmar: Lenanders Grafiska, 2007, p. 134.

¹³⁵ A sugestão de exercício de uma predominância de evidências foi mencionada pela OECD. Nesse sentido, conferir: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Excessive prices. DAF/COMP(2011)18*. Paris, 2012. Disponível em: <www.oecd.org/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/49604207.pdf>. Acesso em: 17 out. 2016, p. 63.

Contra essa proposta, entretanto, há o argumento de que não existiriam razões para acreditar que as conclusões obtidas por múltiplos testes inexatos, após somadas, resultariam em conclusão que não fosse também dúbia e imprecisa.¹³⁶⁻¹³⁷

Examinadas as metodologias de análise de preços, passa-se ao estudo dos prós e contras de uma intervenção contra preços exploratórios.

2.5 Prós e contras da ação antitruste contra preços exploratórios

Até o presente ponto, já foram exploradas, entre outros aspectos, investidas empreendidas por estudiosos na busca pela definição de parâmetros de intervenção e de métodos de mensuração de preços.

Foi possível notar que, por mais que certo grau de incerteza seja inerente a muitas questões concorrenciais, nos preços exploratórios, as incertezas parecem ir além dessa média geral. Ainda assim, há quem posicione-se favoravelmente ao combate contra preços exploratórios. Os fundamentos de tal postura serão averiguados na seção seguinte, 2.5.1, sendo que outros argumentos hostis à ação contra preços serão objeto da seção 2.5.2.

2.5.1 Motivos para haver intervenção

O primeiro e mais forte argumento favorável à condenação de preços exploratórios são os danos que essa prática causa aos consumidores. Por certo, a prevenção contra abusos de poder de mercado praticados contra os consumidores é, precisamente, uma das mais importantes metas da política concorrencial.

A partir desse ponto de vista, se cada vez mais há forte preocupação com o combate a cartéis e monopólios, seria uma grande contradição não combater, justamente, uma das mais claras manifestações do abuso monopolista, que é o preço excessivo exploratório.

Ainda a respeito dos efeitos negativos que preços excessivos possuem sobre os consumidores, alega-se que, em primeiro lugar, há a transferência de riqueza dos consumidores para as firmas, pois todo consumidor que adquire os bens e serviços oferecidos paga por eles um valor maior do que aquele que seria pago em um mercado competitivo. Em

¹³⁶ EVANS, David; PADILLA, Jorge. Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules. *Journal of Competition Law and Economics*, Oxford, v. 1, 2005, p. 109.

¹³⁷ Outra posição contrária ao recurso a múltiplos métodos de análise de preços pode ser verificada em: WILLIAMS, Mark. Excessive Pricing. In: *The Pros and Cons of High Prices*. Kalmar: Lenanders Grafiska, 2007, p. 145.

segundo lugar, o preço exploratório acaba excluindo do mercado consumidores que não podem arcar com o preço abusivo praticado.¹³⁸

Para além desses fatores, existe o argumento de que muitos mercados não são autocorrigíveis ou que a autocorreção pode não ocorrer em um prazo razoável, viabilizando a prevalência dos preços injustos. Com efeito, em economias pequenas, ou seja, economias capazes de suportar apenas um pequeno número de empresas em seus setores, barreiras à entrada e as condições naturais do mercado podem tornar mais fácil o ganho e preservação de um poder monopolista por longos períodos de tempo, ainda que falte desempenho superior à empresa dominante. O mesmo aplica-se ao poder de mercado de antigas estatais monopolistas ou ao poder que foi conseguido por meio de apadrinhamento político ou corrupção. Nos contextos em que referidas empresas têm ativos de infraestrutura substanciais, pode demorar períodos muito longos de tempo antes que suas posições privilegiadas sejam combatidas pelo mercado. Nesses casos, a estrutura da indústria pode não evoluir e o mercado pode simplesmente não ser capaz de remediar-se por si mesmo, derivando no fato de que posições dominantes não serão combatidas.¹³⁹

Há, inclusive, autores que afirmam ser cabível intervenção contra preços mesmo em mercados em que não existam elevadas barreiras à entrada, rechaçando, inclusive nesses casos, o argumento de que os preços seriam autocorrigíveis.

Para tanto, o que se alega é que seriam os preços pós-entrada, e não os preços pré-entrada, que o potencial entrante levaria em consideração no momento de decidir por ingressar, ou não, em determinado mercado. Os preços pré-entrada apenas seriam significativos quando indicassem aos potenciais entrantes que a empresa dominante é ineficiente, pois, nesse caso, o ingresso naquele mercado seria rentável. Desse modo, se um potencial candidato a entrar no mercado tivesse informações suficientes a respeito das

¹³⁸ “An increase in prices above the competitive level has therefore two negative effects on consumer welfare: first, it transfers rents from consumers to firms, as every consumer who purchases the goods and services in offer pays more for them than in a competitive market. Second, it destroys rents by forcing out of the market some consumers with relatively modest valuations”. EVANS, David; PADILLA, Jorge. *Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules*. *Journal of Competition Law and Economics*, Oxford, v. 1, 2005, p. 101.

¹³⁹ “In small economies, i.e. economies capable of supporting only a small number of firms in most of their industries, entry barriers and natural market conditions may make it easier to gain and preserve monopoly power for longer periods of time even if superior performance is lacking. The same applies to market power that may be traced back to formerly state owned monopolies or was achieved through political patronage or corruption. In particular where such businesses have substantial infrastructure assets (sometimes gifted to them), it can take very substantial periods of time before their positions are eroded by the market. In these instances the industry structure may not evolve, the market may simply not be able to remedy itself and dominant positions will not be eroded.” ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Excessive prices*. *DAF/COMP(2011)18*. Paris, 2012. Disponível em: <www.oecd.org/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/49604207.pdf>. Acesso em: 17 out. 2016, p. 36.

vantagens possuídas pela firma dominante que demonstrassem ser ela mais eficiente, seria improvável que o entrante optasse por ingressar no mercado, ainda que a firma dominante cobrasse preços excessivos. Isso ocorreria porque, tão logo o entrante realizasse algum movimento indicando sua entrada, a firma dominante iniciaria uma guerra de preços, os quais seriam reduzidos a um ponto tal que tornasse não rentável a atuação do entrante no mercado.¹⁴⁰

Então, à vista desse raciocínio, preços excessivos, por si só, não atrairiam novas entradas no mercado, não sendo autocorrigíveis. O ingresso de novos competidores em uma indústria apenas ocorreria se o potencial entrante acreditasse que a firma dominante fosse menos eficiente do que ele próprio, independentemente dos níveis de preço existentes previamente à entrada.

Outra justificativa já apontada a favor do processamento de preços excessivos seria que o argumento de que a intervenção antitruste repeliria investimentos no mercado afetado nem sempre poderia ser validamente invocado. Existiriam ocasiões em que todos os investimentos feitos já teriam sido recuperados e, além disso, não haveria nada a ser protegido por direitos de propriedade industrial.¹⁴¹

Há, ainda, o ponto de vista segundo o qual outra vantagem na ação antitruste contra preços exploratórios seria que a admissão de alegações de práticas de preços abusivos poderia acabar fornecendo indícios de outros ilícitos concorrenciais, auxiliando a atuação dos órgãos antitruste.

Consideramos, porém, este argumento especialmente frágil, na medida em que parece ser desproporcional a aceitação de que postulantes movimentem todo o aparato estatal com base em alegações de preços exploratórios com o intuito único de que seja mantida a possibilidade das autoridades competentes virem a reconhecer algum outro ilícito eventualmente associado.

Um processo na seara concorrencial (e em qualquer outro campo da atividade estatal) possui custos que não parecem ser justificados pelo fito de serem buscadas eventuais infrações distintas daquela originalmente imputada à firma investigada. Se é concluído que a conduta de preço exploratório, *per se*, não pode ser condenada, não parece ser razoável aceitar representações contra essa prática visando à fortuita descoberta de vestígios de outro ilícito,

¹⁴⁰ Essa argumentação foi desenvolvida em: EZRACHI, Ariel; GILO, David. Excessive Pricing, Entry, Assessment, and Investment: Lessons from the Mittal Litigation. *Antitrust Law Journal*, v. 76, n. 3, 2009-2010, p. 879. Nesse sentido, conferir também: EZRACHI, Ariel; GILO, David. Are Excessive Prices Really Self-Correcting? *Journal of Competition Law and Economics*, v. 5, n. 2, p. 249-268, out. 2008.

¹⁴¹ EZRACHI, Ariel; GILO, David. Excessive Pricing, Entry, Assessment, and Investment: Lessons from the Mittal Litigation. *Antitrust Law Journal*, v. 76, n. 3, 2009-2010, p. 895.

pois a representação originalmente feita, contra os preços, fatalmente conterà fundamentos e provas associados, primordialmente, à prática de preços excessivos.

Portanto, não se afirma aqui que o reconhecimento de infrações distintas da originalmente imputada à firma não seria algo legítimo, mas sim que a permissão de representações baseadas em outra alegação motivadas por esse único propósito não é o caminho mais racional.¹⁴²

Existe, também, favoravelmente à intervenção sobre preços, o argumento de que a posição dominante da firma pode não ser decorrente de investimentos ou inovação passados, mas sim de práticas exclusionárias não condenadas. “O controle via preços exploratórios funcionaria nesses casos, portanto, como uma segunda tentativa de resolver os problemas concorrenciais de um tal mercado (‘second-shot cases’).”¹⁴³

Contrariamente a essa ideia, provoca-se a seguinte reflexão: se a conduta exclusionária que supostamente teria permitido a cobrança de preços exploratórios é demasiadamente pretérita, talvez não haja mais interesse ou viabilidade na sua punição, em decorrência, por exemplo, da prescrição da pretensão. Por outro lado, se o que se afirma é que a conduta exclusionária é pretérita, mas os preços excessivos causam danos que são atuais, questiona-se como o agente investigado estaria conseguindo manter as altas barreiras à entrada sem reincidir em abusos de exclusão.

Desse modo, é este ponto que tem de ser avaliado: se vigora ou não a conduta exclusionária, pois se ela não for tão antiga a ponto de a pretensão correspondente ter sido fulminada pela prescrição, é essa conduta que deve ser objeto de investigação e punição.

Tendo sido revelados, assim, argumentos empregados na defesa do processamento de preços exploratórios pelos órgãos antitruste, certifica-se haver argumentos mais robustos, contrastados por outros mais frágeis, questionados por esta pesquisa.

Com o propósito de efetivar uma investigação abrangente, tem-se, na sessão seguinte, razões contrárias à perquirição de preços exploratórios na seara concorrencial.

2.5.2 Motivos para não haver intervenção

¹⁴² De maneira semelhante, afirma-se o seguinte: “It would be a substantial distraction, to say the least, if guidelines and case law developed such that the main focus of the competition inquiry was on past history rather than current and continuing exploitation”. LYONS, Bruce. *The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse*. In: *The Pros and Cons of High Prices*. Kalmar: Lenanders Grafiska, 2007, p. 83.

¹⁴³ CASTRO, Bruno Braz de. *Preços Exploratórios: mera “ficção científica” ou desafio real ao direito da concorrência brasileiro?* 2012. 99 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012, p. 75.

Uma primeira e essencial razão para que se exclua os preços exploratórios do âmbito de apreciação antitruste já foi anunciada, materializando-se nas graves incertezas e indefinições existentes na estipulação de critérios para seleção da prática a ser averiguada e do mercado a receber a intervenção, bem como na mensuração de preços e definição do valor que corresponderia a um abuso.

Nesse sentido, afirma-se que, se já é difícil o exame *ex post* de preços, tarefa ainda mais complicada é o estabelecimento de regras *ex ante*¹⁴⁴, as quais, no entanto, são necessárias para que os agentes econômicos possam planejar suas estratégias negociais com a convicção de que não serão surpreendidos pela ação antitruste.

Essa situação serviu como fundamento para que o então Conselheiro do CADE, Carlos Ragazzo, Relator no caso SINDIMIVA versus White Martins e Aga, considerasse revestido de ineficácia fática o dispositivo da Lei de Defesa da Concorrência vigente à época (Lei nº 8.884/94).

Na ocasião do julgamento da Averiguação Preliminar, Ragazzo afirmou que “se não for possível determinar o que é um preço excessivo, há um requisito inexistente de fato para a eficácia da norma”.¹⁴⁵

Outra questão que contribuiria para a dubiedade das intervenções seria o fato de que, em muitas ocasiões, as firmas possuiriam um portfólio de produtos, incluindo diversos itens comercializados por ela. Nessas situações, seria possível que uma parcela significativa dos lucros excessivos realizados em relação a um dos produtos fosse compensada pelos lucros insuficientes (ou até mesmo ausentes) de outro bem, de modo que, em seu resultado total, a firma não estaria realizando lucros excessivos. A partir desse cenário, então, mais complexa ainda seria a avaliação dos preços praticados, bem como maiores seriam os riscos de equívocos de julgamento.¹⁴⁶

¹⁴⁴ FLETCHER, Amelia; JARDINI, Alina. Towards an Appropriate Policy for Excessive Pricing. In: *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*. Portland: Hart Publishing, 2008, p. 535.

¹⁴⁵ A esse respeito, seguiu Carlos Ragazzo, argumentando que: “Assumindo que esse cálculo seja possível, outras dificuldades surgiriam. Um determinado percentual serviria para todos os mercados indistintamente? Isso parece ser inadequado, haja vista que mercados distintos possuem taxas de retomo diferentes que dependem das especificidades do mercado (barreiras à entrada, rivalidade, etc.) e produto (elasticidade, substituíbilidade, marca, etc.). Mesmo que seja possível determinar a estrutura de custos de uma sociedade (por conta de problemas de informação assimétrica) e, assim, calcular a margem de lucro que a empresa obtém em determinado mercado, não há consenso em qual percentual de margem acima do qual geraria condenação. O mesmo raciocínio, por óbvio, se aplica ao preço excessivo”. BRASIL. CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.000295/1998-92. Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgica e de Material Elétrico de Ipatinga/MG versus White Martins S.A. e Aga S.A. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, julgado em 18 de ago. 2010, fls. 186-187.

¹⁴⁶ Com o intuito de ilustrar essa possibilidade, reproduz-se a seguinte situação hipotética: “Consider, for example, an electric toothbrush manufacturer, whose toothbrushes are designed so that they can only be used

Todas essas inexatidões no tratamento da matéria acabam elevando sensivelmente a probabilidade de erros nas conduções dos casos submetidos a julgamento.

Os erros são costumeiramente classificados em erros tipo I ou falsos positivos, associados a condenações indevidas, e em erros tipo II ou falsos negativos, relacionados a absolvições incorretas.

Quanto aos erros tipo I, ou seja, condenações inadequadas de práticas desprovidas de reais efeitos anticoncorrenciais, o que se afirma é que esses falsos positivos seriam ainda mais maléficis do que eventuais erros tipo II, vez que causariam danos com maiores custos ao acarretar o desestímulo a investimentos e inovações, provocando ineficiências dinâmicas, pois agentes econômicos acabariam sentindo-se desmotivados a participar em um mercado no qual seus lucros podem vir a ser confiscados sob alegações de prática de preços injustos.¹⁴⁷

A política pública, ao incorrer em erros tipo I, estaria atuando de forma a criar um teto para os lucros empresariais, eliminando expectativas de retorno que, por ventura, estivessem situadas em patamar superior ao permitido pelo teto.¹⁴⁸

Sob esse raciocínio, seria preferível uma abordagem que minimizasse os riscos de falsas condenações, ou seja, seria recomendável não se atuar contra preços exploratórios, pois condenações errôneas de práticas benéficas teriam efeitos sobre toda a economia, e não apenas sobre a firma atingida pela punição, ao criar um desincentivo generalizado à atuação arrojada de outros agentes econômicos outrora interessados em investir naquele mercado.

Outro pretexto que supostamente embasaria a opção por não se proceder à condenação de preços exploratórios residiria na capacidade dos mercados de corrigirem, por si mesmos, os valores excessivos. Isso porque os preços excessivos, por não serem competitivos, emitiriam um importante sinal acerca da rentabilidade daquele mercado, estimulando a entrada de agentes rivais¹⁴⁹, de modo tal que as próprias forças de mercado

with the manufacturer's proprietary brush heads. The manufacturer is effectively a monopolist in the supply of its own brush heads, and accordingly will typically price them fairly high. However, so long as the manufacturer faces effective competition in the primary electric toothbrush market, we should expect it to compete much of this 'excess profit' away. This will be true even if consumers do not engage in any form of 'life cycle' assessment of product pricing". FLETCHER, Amelia; JARDINI, Alina. Towards an Appropriate Policy for Excessive Pricing. In: *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*. Portland: Hart Publishing, 2008, p. 534.

¹⁴⁷ MOTTA, Massimo; STREEL, Alexandre de. Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never? In: *The Pros and Cons of High Prices*. Kalmar: Lenanders Grafiska, 2007, p. 20.

¹⁴⁸ EVANS, David; PADILLA, Jorge. Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules. *Journal of Competition Law and Economics*, Oxford, v. 1, 2005, p. 114-115.

¹⁴⁹ ELHAUGE, Einer. Disgorgement as an Antitrust Remedy. *Antitrust Law Journal*, n. 1, Oxford: Oxford University Press, 2009. Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/faculty/elhaug/pdf/Elhaug%20Disgorgement%20as%20an%20Antitrust%20Remedy%20FINAL.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2016, p. 90.

conduziriam o preço a um patamar adequado, fazendo com que a intervenção estatal fosse redundante.

Entretanto, a seção anterior relatou a insubsistência desse argumento em cenários caracterizados por elevadas e não transitórias barreiras à entrada, nos quais poderia não haver o ingresso de novos competidores capazes de determinarem uma queda nos preços. Para além disso, foi mencionada a hipótese levantada por Ariel Ezrachi e David Gilo, que julgam ser o preço excessivo irrelevante no estímulo de novas entradas no mercado, vez que seria o preço pós-entrada o fator determinante na decisão de potenciais entrantes.

Por certo, dentre vários argumentos contundentes que justificam o porquê não ser adequado um combate antitruste contra preços exploratórios, considera-se que a crença na autocorreção do mercado não se apresenta como um bom fundamento. Primeiramente, já foi apurado que a prática de preços exploratórios por si considerada, isto é, quando não ocasionada como resultado de algum outro ilícito, consegue vigorar justamente em contextos de altas barreiras à entrada, em que a autocorreção não é esperada.

Além disso, nos termos de um estudo realizado pela OCDE, no mundo contemporâneo, em que têm proeminência as indústrias de alta tecnologia, são a competição oligopolista e a interação estratégica entre firmas e governos que condicionam as atuais vantagens competitivas e a divisão internacional do trabalho, e não a mão invisível das forças do mercado.¹⁵⁰

Destarte, há vários motivos aptos a ampararem, com robustez, a decisão de não agir contra preços exploratórios, mas julgamos que a incauta confiança plena nas forças espontâneas do mercado não se inclui dentre esses motivos.

Prosseguindo na enumeração de razões para que não sejam processados preços exploratórios, o ex-Conselheiro do CADE, Carlos Ragazzo, aponta a situação de que, por serem permitidos processos contendo preços excessivos como a única alegação, teriam existido várias ocasiões em que problemas competitivos foram trazidos ao exame do SBDC sob a manta de uma hipótese de preço abusivo, assim permanecendo durante anos sem solução, até que, ao final, fossem “inexoravelmente arquivados”.¹⁵¹

¹⁵⁰ ERNST, Dieter; O'Connor, David. *Competing in the Electronics Industry: the Experience of Newly Industrialising Economies*. Paris: Development Centre of the Organisation for Economic Co-operation and Development, 1992, p. 27 *apud* TYSON, Laura D'Andrea. *Who's Bashing Whom? Trade Conflict in High-Technology Industries*. Washington: Institute for International Economics, 1992, p. 3.

¹⁵¹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A Eficácia Jurídica da Norma de Preço Abusivo. *Revista de Concorrência e Regulação*, v. 7/8, 2012. Disponível em: <https://works.bepress.com/carlos_ragazzo/16/>. Acesso em: 17 out. 2016, p. 208.

Outra importante questão que demonstra como pode não ser a opção mais racional persistir na investigação de preços exploratórios encontra respaldo no fato de que muitas autoridades antitruste que optam por não fechar as portas para o processamento desses preços abusivos o fazem com base no receio de vir a surgir eventual caso com um preço patentemente exploratório e ilícito, que não poderia, então, ficar livre de sanções.¹⁵²

Contudo, a verdade é que, até hoje, não se teve notícia de um tal caso no cenário nacional, embora muitas representações tenham sido feitas. De mais a mais, acaso surgisse uma situação assim, estar-se-ia diante de um legítimo fundamento para haver a superação do precedente estabelecido.

O Novo Código de Processo Civil, inclusive, ao estimular a uniformização jurisprudencial nos mais diversos tribunais, mesmo naqueles situados fora do Poder Judiciário, faz a ressalva de ser autorizada a revisão do precedente nas hipóteses de distinção e superação.¹⁵³

Assim, a escolha por serem deixadas abertas as portas do Direito Concorrencial para a apuração desses preços abusivos, acaba, na prática, resultando em perquirições dispendiosas e infrutíferas, que, após prolongados exames¹⁵⁴, não derivam em condenações, posto que incontáveis são as dúvidas que permeiam a análise das autoridades julgadoras.

De todos os motivos indicados como razões para que não exista processamento de preços exploratórios, a falta de transparência e segurança no tratamento da questão emerge como um ponto de especial gravidade, o que será explicado por meio da exposição do caso Gazprom, feita a seguir.

2.5.2.1 O caso Gazprom

¹⁵² Nesse sentido, conferir o voto do então Presidente do CADE, Arthur Sanchez Badin, que adotou, como razão de decidir, Nota Técnica do DEE: BRASIL. CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.000295/1998-92. Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgica e de Material Elétrico de Ipatinga/MG versus White Martins S.A. e Aga S.A. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, julgado em 18 de ago. 2010, fl. 349.

¹⁵³ Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015: Art. 489, §1º – “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que”: VI – “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, *sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento*” (sem grifos no original).

¹⁵⁴ Levantamento feito por Kenys Machado demonstrou que o tempo de tramitação, no SBDC, de cada processo versando sobre preços exploratórios, dentre dez processos selecionados, demorou, em média, sete anos e meio, tempo demasiadamente longo. Nesse sentido, conferir: MACHADO, Kenys Menezes. Uma análise da recomendação da jurisprudência recente do CADE ao uso de triagem em casos envolvendo preço abusivo. In: *Ideias em Competição – 5 Anos do Prêmio IBRAC-TIM*. São Paulo: Singular, 2016, p. 234.

Acaso se assumisse que inexistem critérios objetivos para o julgamento de preços exploratórios, restaria configurado um cenário favorável para a produção de decisões contraditórias, pautadas por relativismos e até mesmo por subjetivismos. A partir daí, abrir-se-ia espaço para vereditos arbitrários, que poderiam ser manipulados e motivados por interesses distintos dos objetivos do Direito Concorrencial.

A esse respeito, é relevante fazer referência ao recente caso envolvendo a Gazprom, que recebeu, em 2015¹⁵⁵, uma comunicação de objeções enviada pela Comissão Europeia, acusando-a, dentre outras condutas, de abuso de posição dominante no mercado de fornecimento de gás na Europa Oriental por meio da cobrança de preços excessivos na Bulgária, Estônia, Letônia, Lituânia e Polônia¹⁵⁶, o que violaria o artigo 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.¹⁵⁷

A Gazprom é uma companhia russa do setor de energia que, conforme informa seu *site* oficial, detém as maiores reservas mundiais de gás natural¹⁵⁸, sendo apontada, inclusive, como a maior produtora de gás natural do mundo¹⁵⁹, restando patente, assim, a magnitude dessa empresa, bem como dos impactos que podem ser causados, sobre a economia global, por contendas envolvendo-a. Deve-se frisar, também, que a maior parte da Gazprom é de propriedade do Estado russo. A grandiosidade da atividade exercida pela companhia russa faz

¹⁵⁵ Embora a comunicação de objeções da Comissão Europeia somente tenha sido enviada à Gazprom em 2015, desde 2011 a Comissão já havia publicado comunicados em sua imprensa confirmando a realização de inspeções no mercado de gás natural. A esse respeito, verificar: <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-11-641_en.htm?locale=fr>. Acesso em: 29 nov. 2016. Ademais, em 31 de agosto de 2012, a Comissão abriu um processo formal contra a Gazprom. Nesse sentido, conferir: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4828_en.htm>. Acesso em: 29 nov. 2016.

¹⁵⁶ Em que pese a alegação de prática de preços desleais referir-se aos cinco mencionados países da Europa Central e Oriental (Bulgária, Estônia, Letônia, Lituânia e Polônia), a investigação abrangeu outros comportamentos supostamente abusivos da Gazprom também na República Checa, Hungria e Eslováquia. A esse respeito, verificar: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4828_en.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

¹⁵⁷ O artigo 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia dispõe o seguinte: “É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas;

b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;

c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;

d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos”. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>>. Acesso em: 10 abr. 2017. (grifou-se)

¹⁵⁸ Disponível em: <<http://www.gazprom.com/about/>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

¹⁵⁹ Russia’s wounded giant. *The Economist*. Moscou, 23 mar. 2013. Business. Disponível em: <<http://www.economist.com/news/business/21573975-worlds-biggest-gas-producer-ailing-it-should-be-broken-up-russias-wounded-giant>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

aflorar o questionamento sobre se o caso da Comissão Europeia *versus* a Gazprom não seria o “choque antitruste da década”¹⁶⁰, dada sua enorme significância.

Em toda a Europa, a Gazprom é responsável pelo fornecimento de mais de um quarto do gás natural, havendo países que são integralmente abastecidos pela companhia russa.¹⁶¹ Em 2015, a Gazprom informou ter vendido, apenas para a Europa, 159.4 bilhões de metros cúbicos de gás para a Europa, cerca de 8% a mais que a quantidade exportada em 2014.¹⁶²

Em sua comunicação de objeções, a Comissão Europeia alegou que a Gazprom estaria cobrando preços injustos dos cinco países europeus supramencionados. Os preços abusivos seriam decorrentes, ainda segundo a Comissão, de dois principais fatores, quais sejam: (i) cláusulas contratuais impostas pela Gazprom que proibiriam que os países consumidores revendessem o gás adquirido para outros países europeus. Assim, países que comprassem gás por preços inferiores não poderiam realizar o comércio transfronteiriço desse gás com países nos quais a Gazprom impusesse preços mais elevados; (ii) fórmulas de preços empregadas pela Gazprom que indexariam os preços do gás a um conjunto de preços de produtos petrolíferos. Afirma-se que a companhia produziria gás a um custo baixo devido aos largos campos desenvolvidos durante a era soviética, ao passo que os produtos envolvendo petróleo seriam mais caros.

A mencionada comunicação de objeções (*Statement of Objections*) constitui uma etapa de formalização de acusações dentro das investigações da Comissão, quando há suspeita de violação às regras antitruste da União Europeia. A Comissão, por escrito, informa às partes interessadas quais são as acusações que lhes são dirigidas. Os destinatários podem examinar os documentos do inquérito, responder por escrito e solicitar uma audiência oral para apresentarem suas observações perante os representantes da Comissão e autoridades concorrenciais nacionais. A Comissão somente toma uma decisão final após as partes terem exercido seus direitos de defesa. Não existe um prazo legal para a Comissão concluir esses inquéritos sobre condutas anticoncorrenciais. A duração da investigação depende de vários

¹⁶⁰ Foi a expressão empregada por Alan Riley. A esse respeito, conferir: RILEY, Alan. *Commission v. Gazprom: The antitrust clash of the decade? CEPS Policy Brief*, n. 285, 31 out. 2012. Disponível em: <https://www.ceps.eu/system/files/PB%20No%20285%20AR%20Commission%20v%20Gazprom_0.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2016.

¹⁶¹ Dados de 2013 compilados pela organização de comunicação Radio Free Europe/Radio Liberty apontam a Bulgária, a Estônia, a Finlândia e a Lituânia, entre outros, como países integralmente dependentes do gás russo. Disponível em: <<http://www.rferl.org/a/gazprom-russia-gas-leverage-europe/25441983.html>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

¹⁶² Informação retirada do site da Gazprom. Disponível em: <<http://www.gazprom.com/about/marketing/europe/>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

fatores, como a complexidade do caso, o grau de colaboração da firma investigada e o exercício da defesa.¹⁶³

No que tange ao caso Gazprom, o que se cogita é que a União Europeia estaria travando tais embates com o intuito primordial de reduzir o poder de mercado da companhia russa, diminuindo sua capacidade de determinar o preço do gás natural no mercado europeu. Assim, não se estaria, prioritariamente, buscando a punição por condutas anticoncorrenciais objetivamente verificadas, mas sim a concreção de interesses políticos e estratégicos via processos antitruste.

É sabido que todas ações estatais, aqui também incluídas as ações na seara concorrencial, guardam características e motivações políticas. O problema, contudo, é que temas permeados por variadas inexatidões e indefinições, como se passa com os preços exploratórios, acabam dando espaço para um agir menos transparente e mais pautado por intentos escusos. Assim, propicia-se a ocorrência de arbitrariedades, pelas quais um caso, como o envolvendo a Gazprom, pode terminar por receber tratamento diferenciado, sem precedentes, caracterizando uma discriminação indesejada entre agentes econômicos.

Na mesma data em que divulgou o envio da comunicação de objeções, a Comissão Europeia publicou um informativo em que esclarecia não considerar que indexar o preço de um produto aos produtos petrolíferos ou a qualquer outro produto seria por si só, ilegal. Afirmou-se, também, que a Comissão não se oporia ao fato de os preços do gás serem diferentes em países distintos, vez que as condições de concorrência poderiam variar entre os Estados-Membros.

Portanto, para avaliar se os níveis de preços individuais praticados pela Gazprom em cada país eram injustos, os diferentes preços foram comparados com uma série de parâmetros, como os custos da Gazprom e os preços em diferentes mercados geográficos. Assim, teria sido com base nessa análise que a Comissão teria chegado à conclusão preliminar, na sua

¹⁶³ “A Statement of Objections is a formal step in Commission investigations into suspected violations of EU antitrust rules. The Commission informs the parties concerned in writing of the objections raised against them and the parties can reply in writing of the objections raised against them. The addressees can examine the documents in the Commission's investigation file, reply in writing and request an oral hearing to present their comments before representatives of the Commission and national competition authorities. The Commission takes a final decision only after the parties have exercised their rights of defence. There is no legal deadline for the Commission to complete antitrust inquiries into anticompetitive conduct. The duration of an antitrust investigation depends on a number of factors, including the complexity of the case, the extent to which the undertaking concerned cooperates with the Commission and the exercise of the rights of defence”. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4828_en.htm>. Acesso em: 29 nov. 2016.

comunicação de objeções, de que, especificamente, as fórmulas de preços aplicadas nos contratos da Gazprom com seus clientes contribuiriam para a injustiça dos preços.¹⁶⁴

Observa-se, assim, que a Comissão afirmou ter recorrido a metodologias de avaliação de preços já bastante criticadas por diversos autores, como elucidado nesta dissertação. Desse modo, questiona-se se, de fato, a Comissão teria acesso a uma fonte segura que fosse capaz de mensurar os custos da Gazprom com precisão, bem como se o parâmetro comparativo referente ao preço em outro mercado geográfico seria idôneo para o propósito de classificar o preço da companhia russa como abusivo.

Diante do recebimento da comunicação de objeções, a Gazprom apresentou, no final de 2016¹⁶⁵, uma proposta de compromissos a serem por ela adotados. Tais compromissos referem-se a medidas que objetivam colocar fim às alegadas infrações, mas sem que haja qualquer admissão de que tenha ocorrido algum comportamento ilícito. Trata-se de instrumento juridicamente vinculante, sendo que eventual descumprimento pode levar à imposição de pesadas multas.

No âmbito dos compromissos propostos, a Gazprom concordou, dentre outros pontos, em não aplicar ou introduzir, nos contratos de fornecimento de gás, quaisquer disposições que pudessem proibir, restringir ou tornar economicamente menos atraente a reexportação ou revenda de gás pelos seus clientes. Isso abrange a obrigação de não impor, por exemplo, mecanismos de repartição de lucros, em que o ganho a ser obtido com a venda transfronteiriça do gás devesse ser partilhado com a Gazprom.¹⁶⁶

Para lidar com a preocupação da Comissão de que restrições territoriais impostas pela Gazprom permitiram à companhia russa subverter o mercado e cobrar preços excessivos na Bulgária, Estônia, Letônia, Lituânia e Polônia, a Gazprom concordou em introduzir uma revisão de preços nos seus contratos nos países que ainda não contêm essa cláusula, ou em aprimorar eventual cláusula já existente de revisão de preços. De acordo com a cláusula nova, os clientes poderão desencadear uma revisão de preços com base no fato de o preço contratual não refletir a evolução dos preços do gás na Alemanha, França e Itália ou não refletir o

¹⁶⁴ Nesse sentido, conferir: <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4829_en.htm>. Acesso em: 30 nov. 2016.

¹⁶⁵ Entende-se que uma razão significativa para a demora no anúncio dos compromissos propostos no caso Gazprom foi a relutância da Gazprom - e da própria Rússia - em aceitar que a Comissão Europeia tem jurisdição sobre o seu comportamento. O fato disso ter sido aceito, em princípio, demonstraria a importância que a Gazprom atribui às vendas de gás à União Europeia. A esse respeito, conferir: EUROPEAN Commission proposes to accept commitments from Gazprom. 21 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/european-commission-proposes-to-accept-commitments-from-gazprom/>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

¹⁶⁶ O documento oficial contendo os compromissos propostos pela Gazprom está disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/g2/gazprom_commitments.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017.

desenvolvimento dos preços do gás líquido na Europa Continental. Além disso, a Gazprom concordou em aumentar a frequência das disposições em matéria de revisão, tendo os clientes o direito de desencadear uma revisão dos preços de dois em dois anos e uma revisão extraordinária de preços de cinco em cinco anos.

No que tange à oposição da Comissão Europeia quanto aos contratos de fornecimento de gás vinculados ao preço do petróleo, tal como afirmado, não significa que todos os contratos que fixam os preços do gás tendo por referência os preços do petróleo são ilegais. A posição da Comissão no caso Gazprom foi impulsionada, sobretudo, pela poderosa posição de mercado ocupada pela companhia russa.¹⁶⁷

É nesse sentido que se tem dito que o acordo no caso Gazprom será apontado como um teste do quão longe a autoridade antitruste da União Europeia é capaz de chegar para proteger os membros da União que dependem da Rússia para o suprimento da maior parte de sua energia.¹⁶⁸

Por todo o exposto é que se afirma ser um forte argumento contrário à intervenção contra preços exploratórios o fato de serem excessivas as imprecisões e subjetivismos no processamento da matéria. Ainda que no caso Gazprom esteja sendo consolidado um acordo¹⁶⁹, não foram definidos parâmetros claros para preços excessivos, de modo tal que, em situações extremas, acabam sendo criadas chances para um agir arbitrário e que pode ser alheio aos objetivos do direito concorrencial, pois torna-se fácil manipular a abordagem da questão – tão indefinida – de acordo com os fins que se deseja atingir.

Encerrado, assim, um vasto estudo dos preços excessivos, notadamente dos preços exploratórios, partindo-se desde aspectos conceituais até serem atingidas considerações mais profundas acerca das inexactidões e implicações do tratamento da matéria, torna-se possível prosseguir a pesquisa. No capítulo seguinte, avança-se em direção ao exame de ideias sugeridas para o tratamento dos preços exploratórios.

¹⁶⁷ A esse respeito, conferir: EUROPEAN Commission proposes to accept commitments from Gazprom. 21 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/european-commission-proposes-to-accept-commitments-from-gazprom/>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

¹⁶⁸ BRUNSDEN, Jim. Gazprom moves to settle Brussels antitrust inquiry. *Financial Times*, 27 dez. 2016. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/19a3c188-cc67-11e6-b8ce-b9c03770f8b1>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

¹⁶⁹ Até o encerramento da presente dissertação, os compromissos propostos pela Gazprom estavam submetidos à apresentação de observações por eventuais partes interessadas. Tendo em conta todas as observações recebidas, a Comissão adotará uma posição final sobre se os compromissos constituem uma forma satisfatória de abordar as preocupações concorrenciais da Comissão. Nesse sentido, verificar o comunicado de imprensa da Comissão Europeia disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-555_en.htm>. Acesso em: 11 abr. 2017.

3 PROPOSTAS TRADICIONAIS PARA O TRATAMENTO DA CONDUTA E SUAS INSUFICIÊNCIAS

Outro ponto de acesas divergências está situado nas diferentes maneiras de ação contra os preços exploratórios já sugeridas.

Preliminarmente, é cabível salientar que há quem distinga esses mecanismos de ação antitruste, classificando-os como (i) remédios, quando visam a prevenir ou a corrigir um comportamento que apresente efeitos anticoncorrenciais por meio do restabelecimento ou proteção da concorrência, ou como (ii) sanções, quando objetivam punir comportamentos ilícitos do passado e dissuadir comportamentos ilícitos futuros.¹⁷⁰ No presente trabalho, todavia, optou-se por seguir a linha teórica que trata os termos como sinônimos.

Este capítulo três fará a tradicional divisão entre os remédios concorrenciais, separando-os em comportamentais e estruturais conforme o seguinte critério:

Remédios “estruturais” são aqueles que se referem, em geral, à venda de ativos físicos dos agentes econômicos envolvidos. Por sua vez, os remédios “comportamentais” são aqueles por meio dos quais se impõe uma obrigação de fazer ou não fazer para o agente econômico, indicando-lhe certo comportamento ou conduta.¹⁷¹

É importante ter-se em vista, no entanto, que, na realidade, não existe uma tal separação perfeitamente estanque, havendo situações em que um remédio comportamental pode ter repercussões estruturais e vice-versa.¹⁷² Há, ainda, casos em que essas duas categorias mostram-se insuficientes, havendo medidas que não se adequam perfeitamente a nenhuma das duas modalidades.¹⁷³

¹⁷⁰ DIAS, Rodrigo Pereira. *Antitruste: Sanção de Desinvestimentos em Ativos*. Um estudo de caso no Processo Administrativo nº 08012.11142/2006-79. 2016. 217 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016, p. 42.

¹⁷¹ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (Org.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011, p. 21.

¹⁷² A influência de remédios supostamente comportamentais sobre aspectos estruturais pode ser ilustrada pelo caso do cartel de cimentos julgado pelo CADE (Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79). Nessa ocasião, existiram penalidades impostas às firmas, como a proibição de realizar qualquer associação para *greenfield*, nos setores de cimento, de concreto e de escória, por determinado período e a proibição de realizar novas concentrações no setor de cimento e concreto por determinado período, que, conquanto se refiram a uma obrigação de não fazer, acabam exercendo impactos de natureza estrutural. Outras considerações sobre o caso do cartel de cimento podem ser encontradas em: DIAS, Rodrigo Pereira. *Antitruste: Sanção de Desinvestimentos em Ativos*. Um estudo de caso no Processo Administrativo nº 08012.11142/2006-79. 2016. 217 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016.

¹⁷³ Medidas envolvendo direitos de propriedade intelectual, por exemplo, apresentam difícil enquadramento em quaisquer dessas categorias de remédios antitruste. Nesse sentido, conferir: OLIVEIRA, Amanda Flávio de.

Feitas essas observações iniciais, passaremos ao estudo de distintas propostas de tratamento dos preços exploratórios na esfera antitruste. O capítulo três encontra-se, assim, subdividido em quatro seções secundárias. A seção 3.1 cuidará dos remédios comportamentais, cabendo à seção 3.2 o exame dos remédios estruturais. Por sua vez, a seção 3.3 abrigoará o estudo da regulação. Por último, a seção 3.4 ficará encarregada da elaboração de algumas considerações gerais.

3.1 Remédios comportamentais

O mais debatido e controverso remédio comportamental associado a preços exploratórios é o controle direto de preços, pelo qual o órgão antitruste, ao reconhecer a abusividade de um preço, deveria fixar o valor adequado a ser praticado pela firma investigada.

A regulação de preços pelos agentes antitrustes gera variadas objeções. Em primeiro lugar, se assimetrias de informação já acometem os reguladores setoriais, muito menos instrumentadas encontram-se as autoridades de defesa da concorrência, as quais carecem de informações imprescindíveis para que se possa estabelecer um preço razoável, que não seja excessivo, mas que também não seja baixo ao ponto de arruinar a firma. É tarefa complexa ter acesso, por exemplo, à estrutura de custos de uma firma, bem como às curvas de demanda referentes a determinada indústria.

Aos órgãos antitruste falta também o necessário *know-how* para lidar com as desafiantes idiosincrasias de cada mercado. Portanto, autoridades concorrenciais estão ainda mais suscetíveis a erros no exercício de regulações de preços.

Nesse ponto, são pertinentes as considerações já feitas nesta dissertação acerca das diferentes metodologias de avaliação de preços, todas pautadas por inexatidões que impedem o alcance de mensurações mais precisas a respeito dos preços. Se não há forma clara e precisa de julgar um preço como injusto, tampouco há um método peremptório que defina qual seria o preço não abusivo.

Ademais, a intervenção contra preços pode acarretar o risco de a autoridade da competição assumir o papel de um *quase regulador* praticamente permanente, vez que será necessário o reexame constante de preços praticados pela firma dominante, pois custos e

outras condições formadoras de preços mudam constantemente nas indústrias.¹⁷⁴ Essa indispensabilidade de serem feitas contínuas revisitações às avaliações de preços representaria, então, maior dispêndio para os órgãos de controle.

Aliás, a atuação de agentes antitruste não pode ser confundida com a regulação de mercados pelos órgãos estatais.¹⁷⁵ Uma abreviada distinção geralmente feita entre regulação e direito da competição situa-se na afirmação de que a regulação ocorreria de maneira *ex ante*, impondo condutas em substituição ao real processo competitivo até que fosse atingido um ponto em que o mercado fosse capaz de funcionar adequadamente. Por seu turno, o Direito Concorrencial objetivaria proibir e punir condutas anticompetitivas, aplicando-se de maneira *ex post*.¹⁷⁶

Por mais simplista que seja a distinção acima¹⁷⁷, ela é importante para que se constate como a questão da segurança jurídica é um importante ponto do agir antitruste. Qualquer regra jurídica que intencione proibir preços exploratórios deve possibilitar que os agentes econômicos, em uma situação *ex ante*, consigam prever como se dará a aplicação *ex post* dessa regra pelos órgãos concorrenciais, sendo possível, assim, a estipulação de suas políticas e estratégias de preços sem que haja posteriores surpresas com a ação repressiva antitruste.¹⁷⁸

Nesse sentido, se, como verificado, não se consegue estipular de maneira categórica como será exercida a regulação antitruste dos preços na hipótese de restar configurada a infração via preços exploratórios – ilícito esse que igualmente carece de definição transparente – falta a necessária segurança jurídica para que o controle direto de preços possa ser exercido pelos aplicadores do Direito da Concorrência.

¹⁷⁴ PAULIS, Emil. Article 82 EC and exploitative conduct. In: *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*. Portland: Hart Publishing, 2008, p. 517.

¹⁷⁵ Nas palavras de Mark Furse, confundir o direito concorrencial com regulação seria um erro crítico. Nesse sentido, verificar: FURSE, Mark. Excessive Prices, Unfair Prices and Economic Value: The Law of Excessive Pricing Under Article 82 EC and the Chapter II Prohibition. *European Competition Journal*, v. 4, n. 1, jun. 2008, p. 83.

¹⁷⁶ “Regulation is an *ex ante* process, aiming at dictating conduct and commercial behaviour, as a substitute for real competition until the market can work properly. Competition law aims at forbidding and punishing anticompetitive conduct. With the exception of merger control it applies *ex post*”. FORRESTER, Ian. Sector-specific price regulation or antitrust regulation – A plague on both your houses? In: *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*. Portland: Hart Publishing, 2008, p. 564.

¹⁷⁷ A superficialidade da distinção apresentada fica clara, por exemplo, quando se percebe que também o direito antitruste atua de forma *ex ante* em situações como análise de atos de concentração.

¹⁷⁸ “Any legal rule that seeks to prohibit excessive prices should be reasonably capable of *ex ante* application by a dominant firm at the time it formulates its pricing policy. Clearly this is much more of a concern for interventions based on competition law than for regulatory approaches”. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Excessive prices*. DAF/COMP(2011)18. Paris, 2012. Disponível em: <www.oecd.org/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/49604207.pdf>. Acesso em: 17 out. 2016, p. 42.

Para além desses aspectos, subsiste o contratempo de que a regulação de preços, ao confiscar lucros da firma condenada, priva o mercado de seu principal incentivo, o que pode determinar o afastamento de agentes eficientes, em detrimento dos interesses de toda a sociedade.¹⁷⁹

Superando a ponderação acerca do controle direto de preços, outra sanção passível de ser encarada como de viés comportamental é a cominação de multa, na medida em que é imposta uma obrigação de pagar quantia. Há, inclusive, quem considere que a multa seja equivalente à regulação dos preços¹⁸⁰, gerando as mesmas preocupações.

Contra a multa, afirma-se, também, que ela seria incapaz de solucionar o problema estrutural que tornou possível o abuso, vez que o simples estabelecimento de multas não criaria um ambiente mais competitivo.¹⁸¹

Tendo-se em conta as dificuldades na aplicação desses remédios comportamentais, muitos autores favoráveis à ação antitruste contra preços exploratórios acabam apoiando o recurso a remédios estruturais.

3.2 Remédios estruturais

A justificativa primordial que embasaria a recomendação de alguns autores referente ao emprego de remédios estruturais contra preços exploratórios seria que o preço excessivo refletiria mais um problema na estrutura do mercado do que no comportamento da firma, pelo que o adequado seria alterar a estrutura do mercado com olhos em melhorias futuras, ao invés de punir a firma pelo que já é passado.¹⁸² Assim, esses autores acreditam que os remédios estruturais tratariam da causa do problema, ao invés de apenas atuarem sobre os sintomas.¹⁸³

¹⁷⁹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Excessive prices. DAF/COMP(2011)18*. Paris, 2012. Disponível em: <www.oecd.org/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/49604207.pdf>. Acesso em: 17 out. 2016, p. 35.

¹⁸⁰ FLETCHER, Amelia; JARDINI, Alina. Towards an Appropriate Policy for Excessive Pricing. In: *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*. Portland: Hart Publishing, 2008, p. 536.

¹⁸¹ É o que argumenta Carlos Ragazzo, quem defende também a possibilidade do valor da multa ser simplesmente repassado aos consumidores, causando a eles danos ainda maiores. Nesse sentido, verificar: RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A Eficácia Jurídica da Norma de Preço Abusivo. *Revista de Concorrência e Regulação*, v. 7/8, 2012. Disponível em: <https://works.bepress.com/carlos_ragazzo/16/>. Acesso em: 17 out. 2016, p. 197.

¹⁸² MOTTA, Massimo; STREEL, Alexandre de. Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never? In: *The Pros and Cons of High Prices*. Kalmar: Lenanders Grafiska, 2007, p. 40.

¹⁸³ Também posicionam-se favoravelmente ao emprego de remédios estruturais: FLETCHER, Amelia; JARDINI, Alina. Towards an Appropriate Policy for Excessive Pricing. In: *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*. Portland: Hart Publishing, p. 533-546, 2008; e

O que se afirma é que os remédios estruturais poderiam assumir duas formas distintas. Poderia haver, em primeiro lugar, uma cisão horizontal que permitiria a criação de novas firmas aptas a competirem entre si. Em segundo lugar, seria possível o emprego de um remédio estrutural com o intuito de reduzir as barreiras à entrada, separando a parte da firma responsável por impedir a entrada de novos rivais. Nessa segunda opção, haveria uma reestruturação vertical do mercado, que separaria os estágios-chave da produção em economias de escala dos demais estágios, determinando que partes substanciais da firma funcionassem sob efetiva concorrência.¹⁸⁴⁻¹⁸⁵

Entretanto, os remédios estruturais tampouco são isentos de dificuldades e falhas. Argumenta-se, nesse sentido, que poderia ser praticamente impossível definir quais ativos deveriam ser alienados, posto que não existiria uma ligação direta suficientemente clara entre a participação no mercado e os preços praticados. De mais a mais, não estariam claros em quais níveis os ativos deveriam ser transferidos para os concorrentes no intuito de alcançar-se a redução nos preços almejada.¹⁸⁶

Para além desses fatores, há a circunstância do remédio estrutural ser mais intrusivo. Se, como verificado, existem expressivas incertezas no processamento de preços exploratórios, há, também aqui, o risco da intervenção estrutural acabar por criar ineficiências que mais prejudiquem do que beneficiem os consumidores.¹⁸⁷

É com base nesse raciocínio que se reconhece o seguinte risco:

RÖLLER, Lars-Hendrik. Exploitative Abuses. In: *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*. Portland: Hart Publishing, p. 525-532, 2008.

¹⁸⁴ “Structural remedies to address excessive prices can take two different forms. A horizontal break-up may allow the newly created firms to compete with each other. In contrast, structural remedies could be employed to lower barriers to entry for instance by the separation and subsequent break-up of the crucial bottleneck part of the firm that precluded entry. Vertically restructuring the market, separating the key stages of production with scale economies from the rest and allowing substantial parts of the company to function under competition may also lead to reduced prices”. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Excessive prices. DAF/COMP(2011)18*. Paris, 2012. Disponível em: <www.oecd.org/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/49604207.pdf>. Acesso em: 17 out. 2016, p. 79.

¹⁸⁵ No direito brasileiro, a possibilidade de emprego de remédios estruturais consubstancia-se nas seguintes disposições da Lei nº 12.529/2011: Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim 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 ou cessação parcial de atividade; (...) VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

¹⁸⁶ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Excessive prices. DAF/COMP(2011)18*. Paris, 2012. Disponível em: <www.oecd.org/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/49604207.pdf>. Acesso em: 17 out. 2016, p. 79.

¹⁸⁷ ELHAUGE, Einer. Disgorgement as an Antitrust Remedy. *Antitrust Law Journal*, n. 1, Oxford: Oxford University Press, 2009. Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/faculty/elhaug/pdf/Elhaug%20Disgorgement%20as%20an%20Antitrust%20Remedy%20FINAL.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2016, p. 87.

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.¹⁸⁸

Nota-se, após tudo o que foi explanado, existirem embaraços expressivos também na aplicação de remédios estruturais. Nesse seguimento, saindo do âmbito dos remédios antitruste, cabe referência também a outra sugestão de atuação frente aos preços exploratórios, consistente no emprego de regulação setorial específica.

3.3 Regulação

Em linhas gerais, no âmbito de um sistema de livre concorrência, a opção por não regular deve ser a regra. Referida regra, todavia, deve ser excetuada nas seguintes situações:

(...) quando o processo competitivo não gera uma alocação ótima dos recursos na sociedade, o que ocorre quando há falhas de mercado, habitualmente reconhecidas pela doutrina como externalidades, informação assimétrica, monopólio natural (ou excessiva concentração de poder de mercado) e bens públicos. Além da correção de falhas de mercado, objetivos sociais também poderiam justificar atuação governamental.¹⁸⁹

Portanto, agências reguladoras, quando não instituídas com vistas no alcance de fins sociais, atuam, de maneira típica, em mercados atingidos por graves falhas que demandam uma supervisão permanente.

Dessa forma, verifica-se que nem em todos os cenários nos quais pode ocorrer a prática de preços exploratórios será possível recorrer à regulação estatal, a qual se implementa apenas de maneira excepcional.

Essa excepcionalidade justifica-se não apenas pelo fato da intervenção estatal na área econômica dever ser residual, mas, também, em razão da regulação demandar elevados gastos.

¹⁸⁸ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A Eficácia Jurídica da Norma de Preço Abusivo. *Revista de Concorrência e Regulação*, v. 7/8, 2012. Disponível em: <https://works.bepress.com/carlos_ragazzo/16/>. Acesso em: 17 out. 2016, p. 207.

¹⁸⁹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Análise Econômica da Regulação: O Papel da Advocacia da Concorrência. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers (2007)*. Disponível em: <http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/1>. Acesso em: 28 nov. 2016, p. 3.

É inegável que altos custos são envolvidos na criação de uma agência reguladora, pois é necessário manter todo o aparato burocrático respectivo aliado a um alto custo operacional. Assim, deve-se incorrer nesses gastos de modo restrito e criterioso, visando à consecução de um eficiente agir público.

Uma das razões para que se defenda a plausibilidade do tratamento de preços exploratórios por reguladores setoriais próprios seria que esses agentes teriam, ao seu dispor, dados mais acurados e informações mais detalhadas a respeito do mercado regulado, bem como pessoal e outros recursos proporcionalmente mais volumosos para que fosse possível lidar com o setor econômico destinatário da intervenção.

Por esse ângulo, ainda que se saiba que assimetrias de informação também acometam agentes reguladores, esse problema seria menos acentuado, reduzindo as possibilidades de equívocos quanto à abordagem dos preços excessivos.

Ademais, deve-se rememorar o fato de existirem autores que acreditam que “a imposição e a fiscalização de preços e tarifas extrapolam as atribuições legais conferidas ao CADE”, sendo que a interferência no processo de formação de preços fugiria ao escopo do Conselho. Logo, a atuação intervencionista pertenceria à natureza da regulação, fugindo à natureza da fiscalização empreendida pelo sistema concorrencial, que teria “índole passiva”.¹⁹⁰⁻¹⁹¹

A regulação, no entanto, também enfrenta dilemas similares aos enumerados em relação às autoridades antitruste no momento de empreender o controle direto dos preços, ainda que confronte assimetrias de informação em grau inferior.

A respeito dos equívocos que podem ser cometidos pelo regulador no controle de preços, dada a assimetria de informações, tem-se o seguinte: o agente público, por desconhecer, por exemplo, as curvas de oferta e demanda da firma, pode estabelecer, como tetos a partir dos quais restaria caracterizada a abusividade, preços tão altos e próximos aos preços de monopólio que a intervenção se tornaria redundante. Os gastos despendidos com a

¹⁹⁰ É o que defendeu o então Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Nesse sentido, verificar: BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08012.000965/2000-30. CPI dos Medicamentos versus Novartis Biociências Ltda. Relator: Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Brasília, julgado em 18 de jun. 2008, fl. 456.

¹⁹¹ Com base em raciocínio similar, Carlos Ragazzo asseverou que, no 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 seria possível haver qualquer coexistência da norma regulatória referente ao controle de preços com algum objetivo de fomento à concorrência, vez que, havendo verdadeira exclusão da liberdade da formação de preço, inexistiria razão para a atuação do SBDC. A esse respeito, verificar: RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A Eficácia Jurídica da Norma de Preço Abusivo. *Revista de Concorrência e Regulação*, v. 7/8, 2012. Disponível em: <https://works.bepress.com/carlos_ragazzo/16/>. Acesso em: 17 out. 2016, p. 205.

atividade reguladora teriam, então, sido desperdiçados, sendo que a perda de bem-estar no cenário pós-regulação seria a mesma da situação anterior, sem controle de preços. Ademais, haveria, também, o risco de que o controlador oficial, ao, erroneamente, impor como justo um nível de preços mais alto ou quase tão alto quanto o preço que vigoraria caso não houvesse o controle, acabasse por induzir um ponto focal de preço para o qual convergiriam todos os demais concorrentes, criando uma espécie de cartel institucionalizado, em claro prejuízo aos consumidores.

Por outro lado, mas ainda como possível decorrência do desconhecimento das condições de oferta e demanda, poderia ocorrer situação inversa, em que o regulador fixaria como preço máximo um valor tão baixo que restaria comprometida a saúde financeira da firma, podendo, no limite, ser provocada uma situação falimentar. Nessa hipótese, ocorreria diminuição da oferta e aumento da demanda, “reduzindo os excedentes econômicos no setor, justamente o oposto do resultado esperado com a política de concorrência, que é a manutenção ou geração de excedentes econômicos”.¹⁹² Para além disso, também nesse contexto há o desperdício de dinheiro público na realização de uma regulação setorial nefasta.

Contudo, não só por enganos oriundos da assimetria de informações o preço regulado poderia vir a ser inadequado, revelando-se excessivo e gerando uma regulação inútil ao propósito de proteção dos consumidores. Isso porque não se pode perder de vista um fenômeno inseparável do estudo da regulação, que é a captura dos reguladores pelas firmas reguladas, segundo a qual os agentes privados desviariam o exercício regulatório em prol de seus próprios interesses.

Em outras palavras, a captura consistiria na circunstância de membros da indústria atuarem por meio de *lobbies*, influenciando e pressionando os agentes reguladores a adotarem políticas que, em última instância, objetivariam elevar os preços do mercado e reduzir o número de competidores. Assim, o Estado seria utilizado para garantir posições estáveis e aumentar os lucros das firmas em prejuízo dos consumidores que, ao contrário dos sujeitos regulados, possuem baixa ou difusa capacidade de organização.¹⁹³

A captura não se apresenta como algo raro ou inesperado. Pelo contrário, trata-se de verificação recorrente e comum a diversos mercados de diversos países. No exame da economia norte-americana, ilustrativamente, Noam Chomsky afirmou que as variadas

¹⁹² Esse raciocínio é explicado pelo Conselheiro César Costa Alves de Mattos em voto que pode ser encontrado em: BRASIL. CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.000295/1998-92. Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgica e de Material Elétrico de Ipatinga/MG versus White Martins S.A. e Aga S.A. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, julgado em 18 de ago. 2010, fl. 286.

¹⁹³ SAES, Maria Sylvania Macchione. *A Racionalidade Econômica da Regulamentação no Mercado Brasileiro de Café*. 1ª ed. São Paulo: Annablume, 1997, p. 30-31.

regulações, ferroviária, financeira, etc., são normalmente iniciadas pelas próprias concentrações econômicas reguladas ou apoiadas por elas. O motivo para tanto estaria situado justamente no fato de os agentes econômicos saberem que, cedo ou tarde, eles poderiam dominar os reguladores. Destarte, na captura regulatória, o negócio regulado estaria, na verdade, operando os reguladores.¹⁹⁴

Noam Chomsky segue afirmando que, no extremo dessa situação, lobistas bancários, por exemplo, redigiriam as leis de regulamentação financeira, sendo que essa ocorrência seria algo natural, tendo-se em conta a distribuição do poder tal como ela é na realidade.

Todo esse pensamento está de acordo com as hipóteses propostas por George Stigler, que elaborou uma teoria da demanda e oferta da regulação, explicando que, em expressiva medida, a intervenção governamental surgiria como resultado da demanda pela regulamentação por parte de grupos de poder.

Assim, a indústria que procura poder político deveria dirigir-se ao "revendedor apropriado", ou seja, ao partido político. O partido político, por sua vez, possuiria custos de operação, de manutenção e custos para competir em eleições. Logo, a indústria que, eventualmente, buscasse a regulação deveria estar preparada para arcar com as duas necessidades de um partido: votos e recursos financeiros.¹⁹⁵ Em contrapartida, a indústria conquistaria influência política apta a propiciar uma regulação setorial alinhada com seus interesses.

No Brasil, o cenário não é diferente. O ex-Conselheiro do CADE, César Costa Alves de Mattos, afirmou, nesse sentido, que o resultado líquido da política de controle de preços instituída no Brasil à época do Conselho Interministerial de Preços (CIP), ao contrário do originalmente pretendido, possivelmente foi o aumento, e não a redução dos preços. Prova disso estaria no relato do ex-Ministro da Fazenda, Mário Henrique Simonsen, que afirmou que, quando tentou extinguir o controle de preços no setor automotivo, a principal resistência veio dos próprios empresários controlados do setor que pediam para continuar sendo "controlados".¹⁹⁶

¹⁹⁴ REQUIEM FOR the American Dream. Direção: Peter Hutchison, Kelly Nyks, Jared Scott. Estdos Unidos da América: PFM Pictures, 2015. 73 minutos, son., color., legendado.

¹⁹⁵ "The industry which seeks political power must go to the appropriate seller, the political party. The political party has costs of operation, costs of maintaining an organization and competing in elections. (...) The industry which seeks regulation must be prepared to pay with the two things a party needs: votes and resources." STIGLER, George Joseph. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, 1971, p. 12.

¹⁹⁶ BRASIL. CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.000295/1998-92. Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgica e de Material Elétrico de Ipatinga/MG versus White Martins S.A. e Aga S.A. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, julgado em 18 de ago. 2010, fl. 282.

Dessa maneira, embora a regulação setorial, em princípio, seja importante nos mercados pautados por falhas ou externalidades sociais que representem óbices à livre formação de preços, apresenta, destacadamente, problemas associados aos custos de sua instituição e exercício, bem como ao sério risco de ocorrência da captura dos agentes reguladores, sem que se mencione a ainda presente assimetria de informações, também capaz de conduzir a resultados deletérios aos consumidores.

3.4 Considerações gerais sobre as propostas de tratamento dos preços exploratórios

Identificadas e inspecionadas as tradicionais formas já sugeridas de atuação frente aos preços exploratórios, admite-se que todas elas possuem inconvenientes que não podem ser ignorados.

Apesar de distintos e múltiplos fatores serem responsáveis pelos embaraços de cada uma das propostas, nota-se que existe uma causa comum para esses contratempos, localizada nas acentuadas incertezas que perpassam o exame dos preços exploratórios. Essas indeterminações produzem inseguranças que afetam tanto os agentes econômicos atuantes no mercado quanto as autoridades oficiais responsáveis, que acabam assumindo uma postura vacilante quanto ao processamento dos casos de preços abusivos.

Com efeito, se muitas imprecisões existem na identificação do abuso, torna-se difícil definir uma forma de combate a algo que não se sabe ao certo o que é. Não é claro o que é um preço excessivo, nem o que é um preço adequado. Não há consenso quanto às características que tornariam uma conduta merecedora de punição, nem quanto aos ganhos oriundos de uma possível intervenção.

Há dúvidas, então, se o gasto com ações públicas voltadas contra preços exploratórios seria uma escolha racional, na medida em que existe o risco de tais ações não surtirem quaisquer efeitos positivos em relação à concorrência e ao bem-estar dos consumidores. Pior, há o risco de medidas estatais contra preços acabarem por gerar maiores danos ao mercado, vez que tais medidas estariam pautadas em fundamentos repletos de dubiedade, ensejadores de significativas divergências entre os estudiosos da área.

Como resultado desses riscos, as autoridades, hesitantes, acabam optando por não condenar os preços exploratórios quando eles são a única infração atribuída a firma, isto é, quando eles não são o efeito de algum outro ilícito ou quando não possuem viés exclusionário. Afinal, as autoridades não possuem alicerces teóricos seguros para embasar decisões condenatórias, que podem acabar sancionando, equivocadamente, práticas lícitas,

desestimulando investimentos em um mercado e causando ineficiências mais deletérias do que os próprios preços investigados.

Todos os problemas até então expostos levam a questionar-se se não existiria um modo alternativo dos órgãos antitruste comportarem-se perante preços exploratórios, capaz de minimizar os riscos e os problemas existentes nas abordagens tradicionais, permitindo um agir estatal mais eficiente e também mais transparente, dotado da necessária segurança jurídica.

É, portanto, a vontade de ajudar a ver respondido esse questionamento que impulsiona o capítulo seguinte, que examinará o recurso à advocacia da concorrência como uma possível maneira de ser tratada a questão dos preços exploratórios no âmbito do Direito da Competição.

4 ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA

Um conceito recorrentemente utilizado para definir a advocacia da concorrência é aquele desenvolvido pelo Grupo de Trabalho da *International Competition Network* (ICN) responsável pela advocacia da concorrência.

Segundo referida definição, a advocacia da concorrência abrangeria as atividades conduzidas pelas autoridades antitruste relacionadas à promoção de um ambiente competitivo para as atividades econômicas pelo emprego de mecanismos não coercitivos, principalmente por meio de relações com outras entidades governamentais e do aumento da conscientização do público quanto aos benefícios da concorrência.¹⁹⁷

Uma crítica inicial que merece ser feita é quanto à expressão “advocacia da concorrência”. Trata-se de uma tradução do termo em inglês “competition advocacy”. O problema é que a tradução para o português pode acabar ensejando compreensões equivocadas, haja vista que a palavra “advocacia” sugere, mais fortemente, o exercício, por advogados, de representações, postulações e defesas em torno de questões jurídicas no âmbito de processos judiciais ou administrativos.

No que diz respeito à advocacia pública em específico, ela é abordada pelos artigos 131 e 132 da CR/88. Tais artigos não mencionam a Defensoria Pública, pelo que existe acesa divergência doutrinária acerca da Defensoria ser, ou não, expoente da advocacia pública. Seguindo a corrente que não considera os defensores públicos como integrantes da advocacia pública, tem-se o seguinte:

Configura atribuição da advocacia pública a representação judicial e extrajudicial, bem como a consultoria e o assessoramento jurídico dos respectivos entes federativos. A União é representada pela Advocacia-Geral da União (art. 131 da Constituição Federal). Os estados e o Distrito Federal são representados por suas respectivas Procuradorias (art. 132 da Constituição Federal). Os municípios, apesar de inexistência de previsão constitucional expressa do órgão encarregado da sua representação judicial, extrajudicial e consultoria, são representados por suas Procuradorias Municipais ou Secretarias dos Negócios Jurídicos.¹⁹⁸

¹⁹⁷ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). *Advocacy and competition policy*. Relatório preparado pelo Grupo de Trabalho em Advocacia. Conferência do ICN, Nápoles, 2002. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc358.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2016, p. 25.

¹⁹⁸ MAZZEI, Marcelo Rodrigues et al. A administração pública na tutela coletiva da moralidade administrativa e do patrimônio público: o papel da advocacia pública. *Revista de Administração Pública*, v. 49, n. 3, maio/jun. 2015, p. 703.

Partindo-se dessa definição, nota-se que a advocacia da concorrência não se enquadra nesse conceito, não se tratando, dessa forma, de advocacia pública. Por isso merece crítica o termo traduzido da expressão inglesa, por ensejar confusões com a advocacia pública e por não transmitir o verdadeiro propósito da advocacia da concorrência, que é o de atuar com vistas na promoção de um ambiente de competição efetiva por meios não coercitivos, tanto junto aos consumidores (sociedade em geral) quanto junto aos demais órgãos estatais. Ademais, no Brasil, o exercício da advocacia da concorrência não cabe a advogados públicos, mas, primordialmente, aos integrantes da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE). Em que pese o termo “advocacia da concorrência” não ser o mais elucidativo, ele será adotado por este trabalho em razão de já estar consagrado no ambiente antitruste nacional.

Tecidos os comentários a respeito da expressão “advocacia da concorrência” e apresentado um conceito inicial, este capítulo, que se encontra subdividido em três seções secundárias, seguirá tratando do assunto da seguinte maneira: a seção 4.1 abordará como é feita a repartição das competências relacionadas à advocacia da concorrência no âmbito do SBDC; a seção 4.2 tratará de possíveis maneiras de utilização da advocacia da concorrência frente aos preços exploratórios; por fim, a seção 4.3 pesquisará formas de aplicação prática de medidas associadas à advocacia da concorrência a alguns casos já julgados pelo CADE expostos na seção 2.2.2 desta dissertação.

4.1 A reestruturação do SBDC e a titularidade das competências associadas à advocacia da concorrência

A atual Lei de Defesa da Concorrência, nº 12.529/11, reestruturou o SBDC, que passou a ser composto, conforme dispõe o art. 3º, pelo CADE e pela SEAE, a qual é vinculada ao Ministério da Fazenda.¹⁹⁹

Ao CADE, competem três tipos de funções: preventiva, repressiva e educativa. Pela função preventiva, a autarquia realiza a análise e emite decisão acerca de atos de

¹⁹⁹ Sob a vigência da antiga LDC, nº 8.884/94, o SBDC apresentava uma estrutura tripartite, a qual, segundo Carlos Ragazzo, era reconhecida como ineficiente de modo consensual pelos órgãos do SBDC. O SBDC, dessa maneira, era composto pelo CADE, pela SEAE e pela extinta SDE (Secretaria de Direito Econômico). A ineficiência dessa estrutura decorria, principalmente, do fato da SEAE e da SDE possuírem atribuições semelhantes, que se sobrepunham. A esse respeito, verificar: RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Análise Econômica da Regulação: O Papel da Advocacia da Concorrência. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers, 2007.* Disponível em: <http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/1>. Acesso em: 28 nov. 2016, p. 14.

concentração. À função repressiva, por sua vez, corresponde a investigação e julgamento de condutas anticoncorrenciais. Finalmente, a função educativa refere-se à instrução do público em geral acerca das condutas nocivas à livre concorrência, o que pode ocorrer, por exemplo, por meio do estímulo a pesquisas acadêmicas, realização de cursos e edição de publicações.²⁰⁰

Verifica-se, assim, que esta última função do CADE, chamada de educativa, inclui atividades que guardam relação com a advocacia da concorrência, mas tratam-se de tarefas menos amplas do que aquelas que, como veremos, podem ser praticadas pela SEAE.

À SEAE, foi atribuído, exclusivamente, o dever de realizar a advocacia da concorrência, conforme se extrai da leitura do art. 19 da atual LDC. Destarte, a SEAE deixou de ter as atribuições referentes ao controle de estruturas e de condutas que possuía à época em que vigorava a Lei nº 8.884/94.²⁰¹

O que se constata, então, é que, como consequência da atual LDC, a SEAE não mais precisa gastar recursos com, por exemplo, a elaboração de pareceres sobre atos de concentração ou possíveis infrações à ordem econômica, podendo concentrar seus esforços no compromisso de promoção da concorrência.²⁰²

Logo, a reestruturação do SBDC demonstra a destinação de uma especial atenção à advocacia da concorrência, haja vista que, na anterior Lei nº 8.884/94, não existia um dispositivo semelhante ao art. 19 da atual LDC, que sistematizasse algumas das tarefas próprias da advocacia da concorrência e as atribuísse a um órgão essencialmente concebido para isso.

Na antiga Lei nº 8.884/94, apenas havia esparsas menções a atividades relacionadas à criação de um cenário econômico mais competitivo, sem, contudo, qualquer arranjo metódico, o que resultava em um tratamento descuidado dessas atividades, que eram negligenciadas. A título ilustrativo, o art. 14 da antiga LDC, em seu inciso XIV, atribuía à então existente Secretaria de Direito Econômico (SDE) o dever de desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica, ao passo que o inciso XV impunha, a essa mesma Secretaria, a tarefa de instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica e os modos de sua prevenção e repressão.

²⁰⁰ Essas informações podem ser encontradas no site oficial do CADE. Para tanto, verificar: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/copy_of_competencias/capa-interna>. Acesso em: 30 nov. 2016.

²⁰¹ Nesse sentido, conferir os artigos 26, 35, §§ 1º e 2º, 38 e 54, §§ 4º e 6º, da Lei nº 8.884/94.

²⁰² Essa reflexão pode ser encontrada em: SAAD, Andreia. Preços excessivos “puros” na nova Lei Antitruste: uma proposta de abordagem baseada na advocacia da concorrência. *Revista do IBRAC: direito da concorrência, consumo e comércio internacional*, São Paulo, v. 19, n. 22, jul./dez. 2012, p. 268.

Esses dois incisos abordavam, assim, atividades correspondentes à advocacia da concorrência, mas que, na vigência da antiga LDC, ficavam a cargo de uma Secretária (SDE), que também possuía inúmeras outras atribuições distintas, como a realização de averiguações preliminares, a instauração de processos administrativos e a instrução desses processos (art. 14, incisos III, VI e XII, respectivamente, da Lei nº 8.884/94), sendo que essas outras tarefas acabavam recebendo maior atenção, em detrimento das incumbências associadas à promoção de um ambiente competitivo.

Outra questão que merece apontamento situa-se no fato de que a extinta SDE vinculava-se ao Ministério da Justiça, ao passo que a SEAE está associada ao Ministério da Fazenda. Essa circunstância também teve relevância na opção por atribuir-se à SEAE a competência para exercer a advocacia da concorrência, pois o Ministério da Fazenda é considerado um órgão chave nas discussões e implementações de políticas governamentais, pelo que a SEAE “contaria com instrumentos mais apropriados e maior proximidade junto a outros órgãos públicos para a prática de advocacia da concorrência, podendo difundir tais valores de um modo mais efetivo”.²⁰³

A reformulação do SBDC sinaliza, assim, a ênfase que o Direito Concorrencial contemporâneo destina às medidas de advocacia da concorrência, que foram concentradas sob a competência de um só órgão.

Todavia, a mudança legislativa, até este momento, não foi capaz de assentar uma advocacia da concorrência vigorosa e bem alicerçada no quadro nacional, posto que o que se verifica são práticas ainda incipientes, executadas em um contexto de incredulidade por parte de muitos estudiosos e autoridades, que se mantêm céticos quanto à eficácia dessas medidas, sobretudo por causa da ausência de um caráter coercitivo nas mesmas.

A seção seguinte, então, será dedicada ao exame mais esmerado dos instrumentos de ação que podem ser concebidos no exercício da advocacia da concorrência, sendo estudada a viabilidade de emprego dessas ferramentas nos casos envolvendo preços exploratórios.

4.2 A advocacia da concorrência como forma de atuação frente aos preços exploratórios

Como se depreende da leitura do art. 19 da Lei nº 12.529/11, muitas medidas são colocadas à disposição dos executores da advocacia da concorrência. Referido artigo abriga

²⁰³ SILVA, Carlos Eduardo Tobias da. A Advocacia da Concorrência na reforma do SBDC: a atuação da SEAE para a construção de uma cultura da concorrência no Brasil. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 3, n. 2, nov. 2015, p. 188.

um rol que é, inclusive, exemplificativo, o que se conclui em razão do emprego da palavra “especialmente” no *caput*, que indica ser possível promover a concorrência por maneiras distintas das listadas pelo legislador.²⁰⁴

Observa-se que as possíveis formas de exercício da advocacia da concorrência possuem caráter opinativo, não vinculativo, estando em acordo com a própria definição de advocacia da concorrência, que, segundo Carlos Ragazzo, parte de uma ideia de exclusão, correspondendo às ações de promoção de concorrência não relacionadas ao controle de atos de concentração ou à repressão de infrações à competição.²⁰⁵

Essa ausência de vinculação é o principal aspecto ensejador de descrenças quanto à eficácia das providências oriundas da prática da advocacia da concorrência. Nesse sentido, discute-se que, não havendo como obrigar o destinatário da medida a cumpri-la, ela poderia ser simplesmente ignorada, revelando-se completamente inócua.

Com efeito, não se pode propor uma medida e, para sua eficácia, contar pura e simplesmente com a adesão voluntária de seu destinatário. Em outras palavras, não se pode

²⁰⁴ Lei nº 12.529/2011, Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade cabendo-lhe, especialmente, o seguinte:

I - opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas;

II - opinar, quando considerar pertinente, sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou privada submetidos à consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

III - opinar, quando considerar pertinente, sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

IV - elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo Cade, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo;

V - elaborar estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais nos fóruns em que este Ministério tem assento;

VI - propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País;

VII - manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos;

VIII - encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo.

§ 1º Para o cumprimento de suas atribuições, a Secretaria de Acompanhamento Econômico poderá:

I - requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso;

II - celebrar acordos e convênios com órgãos ou entidades públicas ou privadas, federais, estaduais, municipais, do Distrito Federal e dos Territórios para avaliar e/ou sugerir medidas relacionadas à promoção da concorrência.

§ 2º A Secretaria de Acompanhamento Econômico divulgará anualmente relatório de suas ações voltadas para a promoção da concorrência.

²⁰⁵ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Análise Econômica da Regulação: O Papel da Advocacia da Concorrência. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*, 2007. Disponível em: <http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/1>. Acesso em: 28 nov. 2016, p. 4.

vincular a efetividade de uma ação unicamente à expectativa de cooperação espontânea do sujeito alvo da prática.

Se essa ideia é verdadeira, como se explica, então, ser verdadeira também a circunstância de existirem medidas não coercitivas, mas dotadas de grande eficácia em outros ramos do Direito, tal como se passa no campo do Direito Internacional com a *soft law*?²⁰⁶

O que ocorre é que, na realidade, quando se fala em medida coercitiva e não coercitiva, não se quer dizer que a ação coercitiva seja dotada de um grau de compulsoriedade equivalente a 100 (cem), sendo a não coercitiva dotada de um grau de compulsoriedade equivalente a 0 (zero).

O que de fato existe são nuances de obrigatoriedade, a qual é mais acentuada nas medidas classificadas como coercitivas, não sendo, entretanto, completamente ausente nas ações não coercitivas. Ainda que não se possa exigir impositivamente o cumprimento de uma providência não coercitiva, outros fatores podem atuar no sentido de exercer uma pressão sobre o destinatário da tarefa, impelindo-o em direção ao seu cumprimento.

A título comparativo, no que tange à referida *soft law* no Direito Internacional, ela tem sido especialmente recorrente no âmbito da política econômica e, embora tenha caráter não vinculante, é afirmado que seus efeitos práticos são indiscutíveis. Explica-se, também, que os destinatários das recomendações, ainda que não sejam obrigados a submeterem-se a elas, reconhecem o valor normativos desses instrumentos, bem como as possíveis sanções políticas que podem decorrer do descumprimento de seus conteúdos.²⁰⁷

Já no que toca à advocacia da concorrência, a fim de assegurar sua efetividade, tem-se, por exemplo, a possibilidade de celebração de convênios²⁰⁸ entre a SEAE e órgãos ou entidades privadas ou públicas de todas as esferas federativas, tal como permitido pelo § 1º,

²⁰⁶ A respeito do emprego da *soft law* no Direito Internacional, afirma-se o seguinte: “Um dos benefícios das normas não vinculantes do Direito Internacional é a maior participação dos atores envolvidos nas questões discutidas, como empresas, técnicos, *experts*, representantes de populações locais (em casos envolvendo desenvolvimento sustentável), o que não ocorre nas negociações de instrumentos jurídicos internacionais clássicos, nos quais acabam prevalecendo os interesses hegemônicos. Há, portanto, o surgimento de um direito transnacional que ultrapassa o Direito Internacional Público e a regulação estatal”. ARRUDA, Vivian Anne Fraga do Nascimento. *A Florescência da Cooperação Jurídica Internacional no Combate aos Cartéis Transfronteiriços: a experiência brasileira e reflexões para seu aperfeiçoamento*. 2013. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 121.

²⁰⁷ Nesse sentido, conferir: ARRUDA, Vivian Anne Fraga do Nascimento. *A Florescência da Cooperação Jurídica Internacional no Combate aos Cartéis Transfronteiriços: a experiência brasileira e reflexões para seu aperfeiçoamento*. 2013. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 123.

²⁰⁸ Os convênios, conforme esclarece Hely Lopes Meirelles, são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes. Nesse sentido, conferir: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 371.

II, da LDC, o que formalizaria os procedimentos de diálogo empreendidos, tornando obrigatória, se não a adoção, a expressa consideração das recomendações feitas pela Secretaria, podendo-se, além disso, exigir a fundamentação das decisões que optassem por rejeitar as orientações da SEAE.²⁰⁹

É nesse sentido que se propõe, portanto, a consagração, em termos legais, do modo como os órgãos ou entidades devem responder às manifestações realizadas pela autoridade que exerce a advocacia da concorrência.²¹⁰

Dessa maneira, tornar-se-ia mais custosa a recusa ao acatamento das diretrizes apontadas pela Secretaria. Ademais, ao tanto que a SEAE fosse conquistando força institucional, o que de modo algum ocorre instantaneamente, em pior posição ficariam, aos olhos da sociedade em geral, aqueles agentes que assumissem postura contrária às recomendações oriundas da advocacia da concorrência. No que tange às firmas, inclusive, pode haver perda de consumidores e sinalização para potenciais investidores de que há desejo, no lado da demanda do mercado, em migrar para novos competidores.

Por óbvio, o fortalecimento e a consolidação institucional é algo que apenas se concretiza no longo prazo. No entanto, a simples circunstância de um objetivo somente poder ser alcançado no longo prazo não é razão para que ele seja descartado ou considerado menos importante.

A esse respeito, quanto à *soft law*, o que se aduz é o seguinte:

Na prática, a importância legal ou a autoridade das recomendações podem variar de acordo com fatores como a posição e o respeito pelo órgão, sua composição, seu papel como órgão principal ou acessório, a autoridade nele investida pelos poderes conferidos e o respeito por suas atividades anteriores.²¹¹

É sob esse ponto de vista que se sugere, neste trabalho, que desde já sejam desenvolvidas e aprimoradas as bases que fundamentam a advocacia da concorrência no Brasil, para que essa atividade possa adquirir maior prestígio, o que, por conseguinte, atrairá técnicos cada vez mais capacitados e maior volume de recursos, viabilizadores de um agir

²⁰⁹ SAAD, Andreia. Preços excessivos “puros” na nova Lei Antitruste: uma proposta de abordagem baseada na advocacia da concorrência. *Revista do IBRAC: direito da concorrência, consumo e comércio internacional*, São Paulo, v. 19, n. 22, jul./dez. 2012, p. 271.

²¹⁰ EVENETT, Simon. Competition Advocacy: Time For A Rethink? *Northwestern Journal of International Law and Business*, v. 26, n. 3, 2006, p. 497.

²¹¹ ARRUDA, Vivian Anne Fraga do Nascimento. *A Florescência da Cooperação Jurídica Internacional no Combate aos Cartéis Transfronteiriços: a experiência brasileira e reflexões para seu aperfeiçoamento*. 2013. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 123.

capaz de angariar maior adesão dos destinatários das medidas. À medida em que se reconhece como legítima e competente a autoridade responsável pela advocacia da concorrência, tal prática torna-se mais efetiva e adequada aos fins do direito antitruste.²¹²

Avança-se, agora, no estudo específico das práticas de advocacia da concorrência que são sugeridas como passíveis de emprego frente aos preços exploratórios. Em primeiro lugar, no que tange ao propósito de lidar com problemas referentes às barreiras à entrada, menciona-se a possibilidade das autoridades buscarem reduzir os custos de ingresso no mercado. Com essa finalidade, é possível pleitear-se a adoção de medidas governamentais de incentivo, como a concessão de isenções fiscais.²¹³

Ou então, no sentido contrário, a advocacia da concorrência poderia visar ao fim de isenções fiscais concedidas apenas a um tipo de competidor, intentando assegurar uma competição “neutra”, sem privilégios. Essa situação, inclusive, foi verificada na Austrália, em razão da Política Nacional de Concorrência implementada em 1995, a qual eliminou vantagens até então possuídas por atividades empresarias do governo, como isenção de impostos e menores custos de financiamento devido a garantias governamentais. Assim, a Política Nacional de Concorrência, ao eliminar esse impedimento à alocação eficiente de recursos, garantiu que as empresas públicas enfrentassem os mesmos custos e pressões comerciais enfrentados pelos seus concorrentes do setor privado.²¹⁴

Outra questão que poderia ser tratada pela advocacia da concorrência refere-se às circunstâncias nas quais um mercado possui diferentes fornecedores alternativos, mas, ainda assim, uma firma mais antiga acaba perenizando-se como a dominante naquele mercado, apesar de cobrar preços superiores. Isso seria verificado, por exemplo, no setor de distribuição de gás e eletricidade no Reino Unido. Nesses casos, se consumidores migrassem do fornecedor dominante para firmas alternativas, seria criado um incentivo para que a firma dominante reduzisse seus preços. O problema seria que os consumidores não fariam essa troca de fornecedores em razão do esforço exigido no curto prazo por tal medida, ainda que ela

²¹² A respeito da importância da qualidade das autoridades da concorrência, Pardolesi e Samà afirmam, em estudo empírico por eles empreendido, que, nos países em desenvolvimento, não é a mera existência da instituição antitruste ou o grau de competência por ela possuído que é mais importante para a eficácia de um regime de política de concorrência, mas justamente a qualidade institucional das autoridades da concorrência. PARDOLESI, Roberto; SAMÀ, Danilo. Is Competition Policy Useful for Emerging Countries? An Empirical Analysis. In: BELLANTUONO, Giuseppe; LARA, Fabiano Teodoro (Ed.). *Law, Development and Innovation*. Cham: Springer International Publishing, 2015, p. 37.

²¹³ SAAD, Andreia. Preços excessivos “puros” na nova Lei Antitruste: uma proposta de abordagem baseada na advocacia da concorrência. *Revista do IBRAC: direito da concorrência, consumo e comércio internacional*, São Paulo, v. 19, n. 22, jul./dez. 2012, p. 269.

²¹⁴ COMPETITION COMMISSION OF INDIA. *Competition Advocacy*. Disponível em: <[http://www.competitioncommission.gov.in/advocacy/Approach_Paper_on_Advocacy_11_04_07\[1\].pdf](http://www.competitioncommission.gov.in/advocacy/Approach_Paper_on_Advocacy_11_04_07[1].pdf)>. Acesso em: 02 dez. 2016, p. 8.

resultasse em significativa economia de dinheiro no longo prazo. As razões para tal inércia dos consumidores estariam apenas começando a ser entendidas, no que a economia comportamental prestaria valioso auxílio. Imagina-se que a falta de informações claras e confiáveis seja um dos problemas. Um estratagema empregado com o objetivo de resolver essa questão é ilustrado pelo fato da Comissão de Concorrência do Reino Unido ter obrigado lojas que comercializavam cartões de crédito próprios a informar aos consumidores que elas forneciam créditos a custos muito mais altos do que outras formas de crédito existentes.²¹⁵

Poder-se-ia pensar também na possibilidade de serem reduzidos os custos de troca entre os fornecedores por meio da edição de normas – as quais seriam solicitadas junto aos legisladores – que exigissem que fornecedores fossem ágeis no cancelamento de contas e que viabilizassem a portabilidade de dados dos clientes entre os demais fornecedores. Ainda com o intuito de facilitar a troca de fornecedores, sugere-se o estímulo à criação de ferramentas que possibilitassem a comparação entre os fornecedores pelos consumidores. Ademais, com esse mesmo fito, seria possível cogitar o estímulo à estipulação de normas que exigissem que fornecedores fossem transparentes quanto às características de seus produtos, impondo até mesmo a padronização de certos aspectos, como a linguagem em que são transmitidos certos dados do bem comercializado.²¹⁶⁻²¹⁷

Por meio da advocacia da concorrência poderiam também ser revistas as legislações com impactos negativos sobre a competição, recomendando-se a modificação ou extinção de regras com efeitos anticoncorrenciais, as quais, muitas vezes, podem acabar propiciando a prática de preços exploratórios ao protegerem certos agentes dominantes de uma efetiva concorrência.

Nesse intento, o governo centro-esquerdista italiano buscou introduzir maior concorrência entre profissões e serviços outrora demasiadamente protegidos por meio da abolição de normas que dispunham sobre *quem poderia fazer qual trabalho em qual local e*

²¹⁵ LYONS, Bruce. The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse. In: *The Pros and Cons of High Prices*. Kalmar: Lenanders Grafiska, 2007, p. 79.

²¹⁶ Fletcher e Jardim também apontam, como possíveis intervenções, no lado da demanda, capazes de estimular novas entradas ou a expansão do mercado, o aprimoramento dos direitos de cancelamento com o propósito de facilitar a troca de fornecedores pelos consumidores, bem como a disponibilização da portabilidade de dados dos consumidores. As autoras igualmente sinalizam a importância de serem instrumentalizadas formas de comparação de preços e bens, como é feito, no Reino Unido, pelas autoridades do setor de serviços financeiros, que disponibilizam tabelas comparativas dos preços de produtos financeiros como empréstimos. Nesse sentido, verificar: FLETCHER, Amelia; JARDINI, Alina. Towards an Appropriate Policy for Excessive Pricing. In: *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*. Portland: Hart Publishing, 2008, p. 546.

²¹⁷ Todas essas medidas são citadas em: SAAD, Andreia. Preços excessivos “puros” na nova Lei Antitruste: uma proposta de abordagem baseada na advocacia da concorrência. *Revista do IBRAC: direito da concorrência, consumo e comércio internacional*, São Paulo, v. 19, n. 22, jul./dez. 2012, p. 269.

período. Nesse sentido, regulamentos que limitavam o número de padarias em certas cidades foram eliminados, tendo sido abertas pelo menos quinhentas novas lojas. Medicamentos passíveis de venda sem receita médica, que antes somente poderiam ser vendidos em farmácias, passaram a ser vendidos em cerca de oitocentos pontos de venda distintos, tais como supermercados, levando à queda de preços. Cabeleireiros passaram a poder trabalhar nas segundas-feiras, podendo também decidir se fecharão, ou não, em algum dia da semana e qual seria esse dia.²¹⁸

Nota-se, desse modo, que um amplo reexame de dispositivos legais geradores de resultados anticompetitivos foi capaz de produzir relevantes incrementos na concorrência, o que deriva em menores preços. Normas assim também existem no Brasil, o que evidencia a importância da proposta de reanálise da legislação por um órgão especialmente atento aos aspectos concorrenciais.

Um caso recente merecedor de considerações reside no Projeto de Lei (PL) nº 3.481/2016²¹⁹, que proibia o funcionamento de supermercados e hipermercados no Estado de Minas Gerais aos domingos. Esse PL mineiro foi arquivado, tendo sido retirado de tramitação. Todavia, no Espírito Santo, foi firmada a Convenção Coletiva de Trabalho nº 2015/2016, que manteve o fechamento dos supermercados aos domingos, algo que vigora nesse Estado desde 2009, por meio do acordo de sucessivas Convenções Coletivas, ano após ano. Portanto, embora essa Convenção em específico tenha perdido sua validade no dia 31 de outubro de 2016, nada impede que outra venha a ser firmada, como tradicionalmente é feito.

Uma estipulação como essa – pretendida pelo PL mineiro e concretizada pela Convenção Coletiva capixaba – que fecha supermercados por um dia da semana, pode ser questionada sob um viés antitruste, na medida em que limita a livre competição. Se todos os supermercados são obrigados a não funcionar aos domingos, consumidores que mais habitualmente fazem suas compras nesse dia poderão ser forçados a dirigir-se a pequenos mercados de bairro, que costumam oferecer preços mais elevados.

²¹⁸ Essas e outras circunstâncias estão expostas em: BARBER, Tony. Italy's Bastions of Protection and Privilege Resist Liberal Assault. *Financial Times*, Roma, 3 fev. 2007. Disponível em: <http://www.ft.com/cms/s/0/34288fda-b32b-11db-99ca-0000779e2340.html?ft_site=falcon&desktop=true#axzz4Rgh85sX5>. Acesso em: 02 dez. 2016. Ver também: BARBER, Tony; MICHAELS, Adrian. In for a trim – an Italy anxious for growth tries to stimulate competition. *Financial Times*, Londres, 28 fev. 2007. Disponível em: <http://www.ft.com/cms/s/0/b2e1dbca-c6d0-11db-8f4f-000b5df10621.html?ft_site=falcon&desktop=true#axzz4Rgh85sX5>. Acesso em: 02 dez. 2016.

²¹⁹ Disponível em: <http://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/texto.html?a=2016&n=3481&t=PL>. Acesso em: 02 dez. 2016.

Não se pretende, neste trabalho, analisar o fundamento trabalhista de ser necessário assegurar aos trabalhadores do setor a folga no domingo. Aqui, o intento é apenas provocar reflexões acerca dos possíveis efeitos anticoncorrenciais que instrumentos normativos podem apresentar, os quais são, muitas vezes, negligenciados por seus elaboradores.

Não só dos parlamentares podem advir normas deletérias à competição. Também os reguladores, no desempenho de suas atividades, podem criar regulações perniciosas. Uma vez mais, a advocacia da concorrência pode ser utilizada no apontamento dessas situações e na proposição de soluções.

A esse respeito, tem-se o caso em que a SEAE averiguou que Departamentos Estaduais de Trânsito (DETRANs), mais especificamente os de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul, estariam expedindo portarias fixando valores para serviços prestados pelas autoescolas, sendo que essas portarias teriam fundamento nas portarias nº 47/99 e nº 29/01 do Departamento Nacional de Trânsito (DENATRAN).²²⁰

O objetivo das normas estipulando preços seria, supostamente, “assegurar a manutenção da qualidade dos serviços prestados pelas autoescolas”, evitando que elas iniciassem uma guerra de preços na busca por atrair consumidores, em detrimento da qualidade. No entanto, a SEAE concluiu que inexistiria qualquer garantia de que a regulação de preços pudesse gerar um aumento ou mesmo assegurar a manutenção da qualidade. Ademais, haveria o risco já examinado por esta dissertação da regulação de preços mínimos “induzir preços supracompetitivos, sem consubstanciar qualquer garantia de qualidade para os

²²⁰ Esse caso é examinado por Carlos Ragazzo, que também esclarece o seguinte: “A portaria 47/99, no seu artigo 23, estabelecia o valor da hora-aula para uma série de serviços prestados por auto-escolas da seguinte forma:

‘Art. 23 – Fica estabelecido o valor máximo, por hora-aula delimitada pelo Conselho Nacional de Educação, a ser cobrado por entidades integrantes da RENFOR, na instrução e formação do condutor:

I – Capacitação de diretores gerais e diretores de ensino.....R\$ 4,50

II – Instrutores e ExaminadoresR\$ 4,00

III – Formação de Condutores – CFC – “A”R\$ 2,50

IV – Formação de Condutores – CFC – “B (veículos da categoria “B”)R\$ 15,00’

Já a portaria n. 29/01 alterou o dispositivo acima, para o fim de delegar a possibilidade de tabelar o preço máximo para os serviços de auto-escola para o DETRANS dos respectivos estados, permitindo ainda a possibilidade de o preço ser único ou regionalizado, para que fossem observadas as respectivas peculiaridades:

‘Art. 1º - O art. 23 da Portaria nº 47/99 – DENATRAN, passa a vigor com a seguinte redação:

Art. 23 – O valor máximo, por hora/aula, a ser cobrado por entidades integrantes da RENFOR, na instrução e formação de condutores, será fixado pelos órgãos executivos de trânsito dos Estados ou do Distrito Federal, no âmbito das respectivas competências territoriais.

Parágrafo Único – O valor que trata o caput deste artigo, poderá, a critério do órgão executivo de trânsito do Estado ou do Distrito Federal, ser único ou regionalizado, em função das características próprias de cada local’”. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Advocacia da Concorrência e a Remoção de Regulações Anticompetitivas: o caso DENATRAN*. *Boletim Latino-Americano de Concorrência*, n. 23, set. 2007. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletim_23.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2016, p. 13.

serviços prestados pelas autoescolas”, sem que se mencione o fato de haver meios menos gravosos de ser garantida a qualidade, como a já existente exigência das autoescolas manterem índice de aprovação de candidatos à permissão para dirigir superior a 60%.²²¹

Dessa maneira, a SEAE constatou que a norma regulatória careceria de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Após, a SEAE realizou reuniões com o Ministério Público Federal e com o DENATRAN, que concordou com a análise da SEAE e revogou as regras fixadoras de preço máximo para a hora-aula das autoescolas e as regras que permitiam aos DETRANs fazerem essa fixação.²²²

O que se verifica, então, é que a advocacia da concorrência pode aprimorar o desempenho regulatório, auxiliando na identificação de normas anticoncorrenciais e pleiteando a respectiva revogação. No que toca às medidas regulatórias oriundas do esforço lobista, sabe-se que elas podem, eventualmente:

- (i) erigir barreiras à entrada e à saída do mercado; (ii) estabelecer vantagens competitivas artificiais para produtores específicos; (iii) promover assimetrias informacionais; (iv) impedir a concorrência em determinados aspectos dos produtos; (v) influir na escolha tecnológica; (vi) comprometer a flexibilidade e a liberdade empresarial; (vii) reduzir a produção; e (viii) promover a elevação de preços dos bens e serviços.²²³

Nesse sentido, a advocacia da concorrência seria capaz de atuar como uma força oposta à pressão dos agentes regulados sobre os reguladores, abrandando o problema da captura.

Na medida em que a advocacia da concorrência é competente para atuar sobre todos os mercados, não se vinculando a um setor específico, as autoridades responsáveis pelo seu exercício estão menos sujeitas ao risco de serem capturadas pelos interesses próprios de um dado setor.²²⁴

²²¹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Advocacia da Concorrência e a Remoção de Regulações Anticompetitivas: o caso DENATRAN. *Boletim Latino-Americano de Concorrência*, n. 23, set. 2007. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_23.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2016, p. 14.

²²² RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Advocacia da Concorrência e a Remoção de Regulações Anticompetitivas: o caso DENATRAN. *Boletim Latino-Americano de Concorrência*, n. 23, set. 2007. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_23.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2016, p. 14-15.

²²³ JORDÃO, Eduardo Ferreira. O direito antitruste e o controle do lobby por regulação restritiva da concorrência. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 7, n. 25, jan./mar. 2009, p. 64.

²²⁴ A esse respeito, tem-se o seguinte: “While both competition authorities and regulators vitally require independence from the firms they oversee, there is reason to believe that regulatory capture is a real problem. In particular and closely linked to the greater sector specific knowledge, it is widely accepted that regulators are more prone to capture than competition authorities. Compared with sector-specific regulators, staff and senior decision-makers at authorities covering the whole economy are less likely to have the kind of in-depth

Mais do que uma menor propensão à captura, agentes habilitados para a advocacia da concorrência podem dar forma a uma defesa institucionalizada dos consumidores na seara concorrencial, contrapesando a força feita pelos agentes regulados no sentido da captura.

Se, no mundo jurídico, há a Advocacia Geral da União defendendo a validade e eficácia da lei no âmbito de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Ministério Público atuando na defesa dos interesses da sociedade em uma ação penal, e a Defensoria Pública tutelando os hipossuficientes econômicos, questiona-se por que os responsáveis pela advocacia da concorrência não poderiam, também, ter uma gama bem delimitada de interesses a serem protegidos, assumindo como preferenciais as soluções que trouxessem vantagens aos consumidores no fomento de um ambiente competitivo.

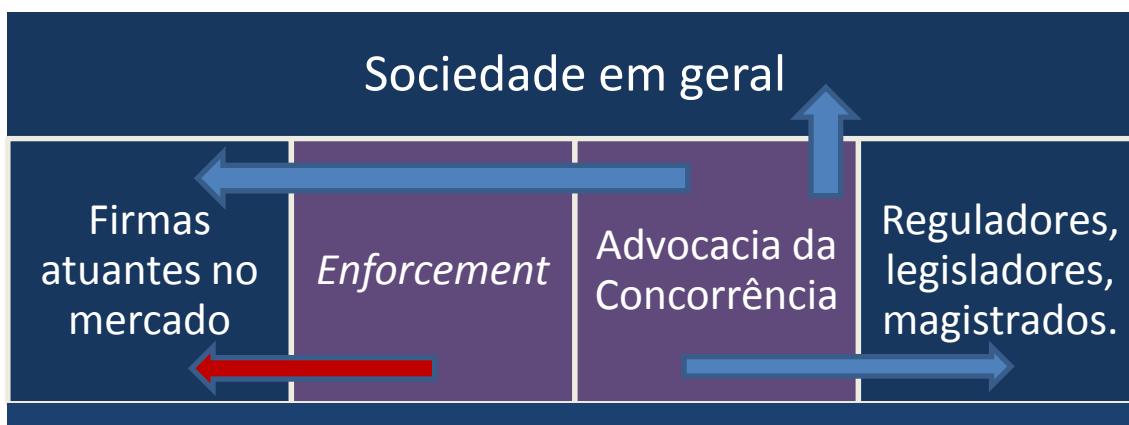
É sabido que as empresas reguladas, em decorrência de sua maior capacidade de organização, “são mais eficazes que os consumidores na tarefa de influenciar o Estado (capturá-lo) para atuar em seu favor”. Se, porém, a entidade pública encarregada de desempenhar a advocacia da concorrência atuar em favor desses grupos cujos custos de organização e informação são proibitivos, será possível que também os consumidores consigam fazer valer seus interesses, contrapondo-se à força da atuação política da indústria regulada.²²⁵

Outro aspecto vantajoso do recurso à advocacia da concorrência frequentemente enfatizado situa-se precisamente no fato dessa ferramenta alcançar, em razão de seu viés

industry specific knowledge, contacts, and outlook that would make them particularly valuable later on as employees with or lobbyists and consultants for those they are currently influencing. In general the frequent and repeated interaction between regulators and regulated firms tends to make capture a greater risk for regulators”. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Excessive prices. DAF/COMP(2011)18*. Paris, 2012. Disponível em: <www.oecd.org/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/49604207.pdf>. Acesso em: 17 out. 2016, p. 46.

²²⁵ Esse raciocínio é encampado por Eduardo Jordão, que segue afirmando o seguinte: “É possível apontar três conseqüências da atuação do advogado da concorrência no processo político. Primeiro, e bastante simplificada, pode ser que os fundamentos técnicos de um estudo da entidade de defesa da concorrência convençam os agentes políticos de que determinada regulação proposta restringe demasiadamente a competição, não sendo a sua aprovação do interesse público. Segundo, este estudo pode servir como cobertura política para que se adotem posições contra indústrias favorecidas: a atuação da entidade de defesa da concorrência torna mais fácil – politicamente menos oneroso – para um dado agente político negar-se a agir em favor desta indústria. Finalmente, ao informar os consumidores dos modos em que uma regulação proposta poderá afetá-los, o advogado da concorrência pode encorajar atuações políticas (manifestações, passeatas, reclamações) que elevem o custo político de aprovar esta regulação anticompetitiva. Há, em todos estes casos, um ganho de transparência e accountability do regulador. Sob uma perspectiva econômica, estas medidas produzem o efeito de encarecer e desencorajar o lobby que vise à restrição concorrencial. Como conseqüência da atuação do advogado da concorrência, a efetivação de interesses privados através de lobby dependerá de ainda maiores esforços privados e ainda maiores valores monetários. Em última análise, este processo implicará a elevação do limiar de racionalidade econômica desta atividade de lobby, o que implica a sua redução quantitativa. Os benefícios são evidentes: (i) redução do total de recursos escassos da sociedade utilizados em lobbies; (ii) diminuição da probabilidade de captura do regulador”. JORDÃO, Eduardo Ferreira. O direito antitruste e o controle do lobby por regulação restritiva da concorrência. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 7, n. 25, jan./mar. 2009, p. 87-88.

consultivo/opinativo, setores não abrangidos pelas tradicionais atividades de *enforcement* antitruste, as quais se dão por meio de um agir coercitivo. De fato, a advocacia da concorrência não limita seu desempenho às firmas atuantes em um dado mercado, abrangendo também o público em geral, reguladores, legisladores e outras autoridades eventualmente envolvidas com o direito concorrencial, como magistrados. Essa circunstância é aclarada pelo esquema a seguir:



Esquema 02: A abrangência da advocacia da concorrência em comparação às atividades de enforcement do Direito Concorrencial
 Fonte: SILVA, Isadora de Castro, 2017.

Portanto, na medida em que é possível haver setores imunes aos procedimentos contenciosos de aplicação do Direito Concorrencial (*enforcement*), a advocacia da concorrência restaria caracterizada como a “única vertente do sistema concorrencial capaz de infiltrar no processo decisório dos órgãos competentes de tais setores, expondo preocupações e realizando propostas que dizem respeito à preservação do ambiente concorrencial”.²²⁶

No entanto, a advocacia da concorrência não deve operar de modo completamente desassociado dos órgãos responsáveis pelo *enforcement*, vez que o diálogo entre quem faz o

²²⁶ Cenários imunes ao Direito Concorrencial poderiam ser exemplificados em duas situações: “(...) quando o legislador identifica em determinado setor econômico importância social suficiente para levá-lo a optar por atribuir ao Estado a competência de regulação exaustiva, de modo a garantir a proteção dos interesses dos usuários ou consumidores, ou seja, com objetivos redistributivos. Característico das atividades econômicas identificadas como serviços públicos e delegadas a particulares por meio de concessões ou permissões, tem-se o afastamento dos princípios concorrenciais pelo fato da atribuição da realização de tais atividades, via de regra, ser feita a um só agente econômico, criando um monopólio, e a fiscalização e regulação (como estabelecimento de tarifas, qualidade do serviço e a própria entrada e saída do mercado) ser de responsabilidade do órgão público que outorgou a concessão ou permissão. A segunda situação seria aquela em que a regulação não visa substituir completamente o sistema de mercado, mas somente corrigir as imperfeições de seu funcionamento, como monopólios naturais e concorrência predatória”. A esse respeito, conferir: SILVA, Carlos Eduardo Tobias da. A Advocacia da Concorrência na reforma do SBDC: a atuação da SEAE para a construção de uma cultura da concorrência no Brasil. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 3, n. 2, nov. 2015, p. 185.

enforcement e quem executa a advocacia da concorrência permite “economias de escala relacionadas tanto à *expertise* da atividade como à obtenção custosa de informações sobre as características do mercado”, diminuindo, além disso, “os riscos de divergências entre o aplicador do direito antitruste e o advogado da concorrência, com todas as implicações de custos e de insegurança jurídicas daí decorrentes”.²²⁷

Após tudo o que foi elucidado, constata-se que a advocacia da concorrência pode, de muitas e variadas maneiras, ser eficaz na solução de algumas questões envolvendo preços exploratórios.²²⁸ Claro que aqui não se pretende fazer acreditar ser a promoção de um contexto de maior competitividade via meios não coercitivos a solução cabal de questões atinentes a preços abusivos. Afinal, fragilidades também acometem essa ferramenta, como a lentidão temporal que se faz necessária para que uma instituição prestigiosa e apta a cativar maior adesão e engajamento seja firmada. Ademais, há sempre a persistente questão da assimetria de informações.

Todavia, o que esta dissertação esclarece é que, face às múltiplas indefinições que tornam não recomendável a imposição de soluções coercitivas a casos de preços exploratórios, a advocacia da concorrência surge como alternativa menos dispendiosa e oferecedora de menores riscos de serem produzidas ineficiências econômicas.

Nesse sentido, tal como outrora apontado pelo ex-Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo²²⁹, o julgamento e imposição de sanções relacionadas a preços excessivos seria medida adequada somente nos casos envolvendo preços exclusionários, ou nos casos em que os preços fossem mero sintoma de outra prática anticoncorrencial tradicionalmente punida, como cartéis, sendo que, nessa hipótese, não seriam os preços em si que seriam punidos, mas a infração que os deu causa.

Para que se torne mais tangível a pertinência dessa proposta, bem como a viabilidade de recurso à advocacia da concorrência frente a preços exploratórios em certas ocasiões, a

²²⁷ JORDÃO, Eduardo Ferreira. A advocacia da concorrência como estratégia para redução do impacto anticompetitivo da regulação estatal. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 17, fev./mar./abr. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-17-FEVEREIRO-2009-EDUARDO%20JORDAO.pdf>>. Acesso em: 06 dez. 2016, p. 8.

²²⁸ O ex-Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, na ocasião do julgamento da Averiguação Preliminar envolvendo a SINDIMIVA versus a White Martins e a Aga, afirmou acreditar, inclusive, que a advocacia da concorrência não poderia ser considerada um instrumento secundário, talvez sendo até mesmo o principal instrumento a ser empregado contra preços exploratórios. Nesse sentido, verificar: BRASIL. CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.000295/1998-92. Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgica e de Material Elétrico de Ipatinga/MG versus White Martins S.A. e Aga S.A. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, julgado em 18 de ago. 2010, fl. 265.

²²⁹ BRASIL. CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.005181/2006-37. Videolar S.A. versus Koninklijke Philips Electronics, N.V. e Philips do Brasil Ltda. Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo. Brasília, julgado em 29 de abr. 2009, fls. 358-372.

seção seguinte reexaminará alguns dos casos já julgados pelo CADE levantados na seção 2.2.2 desta dissertação, conjecturando como eles teriam sido solucionados se fosse adotada a opção por apenas atuar-se frente a preços exploratórios por meio da advocacia da concorrência, sancionando preços excessivos unicamente quando exclusionários ou punindo apenas eventuais infrações que tivessem dado causa aos preços alegadamente abusivos.

4.3 A advocacia da concorrência aplicada a casos reais

O primeiro caso examinado, gerador de muitos processos, diz respeito à CPI dos Medicamentos. Nessa ocasião, muitos Relatores arquivaram os processos argumentando que os aumentos de preços de medicamentos ocorridos na década de 1990, denunciados pela CPI, poderiam ser justificados pela dinâmica natural do mercado no contexto econômico do período, não decorrendo de práticas lesivas à ordem econômica.

Entretanto, observou-se, também, que os estudos fundamentadores dessa conclusão possuíam relevantes imprecisões, pois o mercado relevante dos medicamentos foi determinado apenas pela classe terapêutica, sendo que “numa mesma classe estão incluídos diversos medicamentos com uma mesma indicação, mas, muitas vezes, com princípios ativos e contra-indicações diferentes, fato que inviabiliza uma substituição sem riscos”.²³⁰

Assim, os julgados que não refutaram por completo a possibilidade de punição de preços exploratórios puros arquivaram os processos com base em argumentos questionáveis quanto à inexistência de poder de mercado e de preço excessivo.

Uma vez que se opta por continuar analisando preços exploratórios como um possível ilícito *per se*, vultuosos recursos e longo tempo são gastos em estudos²³¹ que, ao final, sempre serão passíveis de dúvidas na medida em que, tal como foi exposto, inexistem metodologia certa para a avaliação de preços.

²³⁰ BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08012.001288/99-43. Conselho Regional de Farmácia do Distrito Federal versus Rhodia Farma Ltda. Relator: Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior. Brasília, julgado em 12 de mar. 2003.

²³¹ Nos casos envolvendo a CPI dos Medicamentos, primeiro houve o assessoramento pela Faculdade de Ciências da Saúde da Universidade de Brasília. Do trabalho elaborado por essa assessoria, resultou o "Estudo Comparativo de Preços Internacionais e Análise de Dominância do Mercado Farmacêutico no Brasil em 1999". Contudo, esse estudo foi considerado insuficiente e foi feita, em seguida, a contratação de serviço de consultoria externa de pesquisa econômica avançada, focalizando a indústria de medicamentos e farmoquímica, realizado pela Associação Nacional de Centros de Pós-Graduação em Economia (ANPEC), que teve auxílio técnico do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Ainda assim, as conclusões realizadas não são incontestáveis, possuindo fragilidades, sem que se mencione o fato dos processos terem tramitado por longos anos. O Processo Administrativo nº 08012.000912/2000-73, por exemplo, tramitou, aproximadamente, por cerca de 8 anos e 5 meses, consumindo expressivos recursos.

Ademais, no caso da CPI de Medicamentos, chegaram a ser praticadas, posteriormente ao período investigado, mas antes da conclusão dos processos, medidas afinadas com o que apregoa a advocacia da concorrência, as quais tiveram resultados positivos.

Esse episódio foi apontado, à época, pela Secretaria de Direito Econômico. Nesse sentido, houve a promulgação da Lei nº 9.787/99, responsável pela criação do medicamento genérico, o que “contribuiu para a minimização de falhas de mercado, redução de barreiras à entrada, aumento da concorrência e ampliação do acesso a medicamentos”. Ademais, houve o fomento, pelo SBDC, da realização de estudos sobre regulação no setor farmacêutico, sendo que as análises e propostas culminaram na edição da Lei nº 10.213/01, que definiu normas de regulação para o setor de medicamentos e criou a Câmara de Medicamentos. Para além desses fatores, outras importantes medidas foram adotadas objetivando disseminar a utilização dos genéricos, tais como:

(...) a possibilidade de substituição, pelo profissional farmacêutico, de medicamentos de marca pelo seu equivalente genérico, a realização de testes de bioequivalência e biodisponibilidade, que visam, também, a conferir uma certificação de qualidade do genérico, para incrementar a confiança da comunidade médica nos produtos genéricos quanto a questões de efetividade e segurança.²³²

Destarte, nota-se que essas diligências são perfeitamente congruentes com as tarefas apontadas neste trabalho como passíveis de efetivação no empreendimento da advocacia da concorrência, sendo que tais providências acabaram por ser mais eficazes e proveitosas para os consumidores do que as investigações e análises exercidas no âmbito do CADE.

Outro caso julgado pelo CADE diz respeito ao conflito envolvendo a FENABRAVE, no qual esta Federação alegou que a Fiat, a Ford, a General Motors e a Volkswagen praticariam preços exploratórios na venda de peças de reposição de veículos às concessionárias.

Embora todos os processos atinentes a esse contexto tenham sido arquivados, a SDE, na ocasião, afirmou que uma medida de promoção da concorrência deveria ser pensada globalmente para o setor, requerendo-se uma revisão abrangente do marco legal para que a informação sobre a qualidade das peças fosse mais equitativamente distribuída, o acesso a

²³² BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08012.001006/2000-03. CPI dos Medicamentos versus Byk Química e Farmacêutica Ltda. Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo. Brasília, julgado em 4 de jun. 2008, fls. 366-367.

informações técnicas fosse facilitado e as distorções à concorrência pudessem ser eficazmente sanadas.²³³

Nesse caso, contudo, a proposta da SDE não foi concretizada tal como o sugerido, mas a atual existência da SEAE como primordial encarregada pela advocacia da concorrência faz nascer esperanças de que sugestões assim poderão ser cada vez mais respeitadas na medida em que a advocacia da concorrência passe a conquistar maior prestígio e expressividade.

Um terceiro caso que permite que se valide a ideia de que preços exploratórios apenas devem ser interpelados via advocacia da concorrência, sendo que outros casos a respeito de preços excessivos somente devem ser sancionados pelo CADE se envolverem preços exclusionários ou outras infrações à concorrência, situa-se nas ocorrências envolvendo a White Martins, incluindo o famigerado caso envolvendo também a Aga (Averiguação Preliminar nº 08012.000295/1998-92).

A White Martins e a Aga foram condenadas, em processo posterior²³⁴, junto a outras firmas, pela prática de cartel, tendo sido a White Martins considerada reincidente nessa infração. Essa circunstância evidencia o fato de que, em situações assim, o foco não deve ser o preço exploratório em si, mas suas origens e razões. No caso, esforços deveriam ter sido concentrados na apuração prioritária do cartel e de outras condutas anticompetitivas, não se

²³³ Nesse sentido, a SDE indicou como formas primordiais de ação: “1. Cessão, pelas montadoras, das especificações técnicas de todas as peças cuja propriedade intelectual não esteja protegida, a qualquer interessado que desejar copiá-las e a qualquer instituição de controle de qualidade e/ou certificação de produto acreditada pelo INMETRO.

2. Constituição de um comitê envolvendo fabricantes de autopeças, montadoras, concessionárias e reparadores e varejistas independentes:

a. com estatuto aprovado por todos seus membros;

b. autorizado por todos os seus membros a servir como árbitro entre eles de quaisquer conflitos que surgirem da aplicação da medida anterior.

c. encarregado de definir todos os requisitos para a certificação de autopeças com qualidade equivalente às originais.

(...)

Estas medidas ajudariam a reduzir a assimetria de informação sobre a qualidade da peça entre o produtor e o consumidor, ao mesmo tempo em que daria acesso de firmas menores às especificações técnicas das peças, que são condição necessária para um sadio aumento da concorrência intra-marca no mercado de reposição”. A esse respeito, verificar: BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08012.006518/2001-19. Federação Nacional de Distribuidores de Veículos Automotores – FENABRAVE versus Ford Motor Company Ltda. Relator: Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos. Brasília, julgado em 18 de jun. 2008, fl. 5.364-5.366.

²³⁴ A esse respeito, conferir: BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70. Secretaria de Direito Econômico versus AGA S.A., Linde Gases Ltda. et al. Relator: Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan. Brasília, julgado em 1 de set. 2010.

gastando tempo²³⁵ com a investigação e com debates em torno dos preços exploratórios que, tal como o esperado, não restaram comprovados na averiguação respectiva.

Assim, essas três situações ensejadoras de processos no CADE demonstram, em termos empíricos, como pode ser adequada e racional a escolha de não serem processados preços exploratórios puros pelo Conselho Administrativo.

Com efeito, até hoje, muitos recursos foram consumidos nas tentativas de condenação dessa prática, sem que fossem obtidos quaisquer resultados. Não se sabe como avaliar um preço, nem como eleger ou fixar um preço referencial que poderia ser classificado como justo. Não são claros nem certos, tampouco, os benefícios de uma eventual ação contra preços supostamente excessivos. Sequer há consenso sobre quais remédios seriam eficazes no tratamento dessa questão.

Para além do desperdício de tempo e recursos, a opção por seguir processando preços exploratórios cria o risco de serem tomadas decisões arbitrárias e desprovidas de lastros jurídicos, haja vista inexistirem parâmetros objetivos de aplicação do direito antitruste.

²³⁵ A Averiguação Preliminar nº 08012.000295/1998-92, acerca dos suposto preços exploratórios, tramitou por longos 11 anos e 11 meses no SBDC. Nesse sentido, verificar: MACHADO, Kenys Menezes. Uma análise da recomendação da jurisprudência recente do CADE ao uso de triagem em casos envolvendo preço abusivo. In: *Ideias em Competição – 5 Anos do Prêmio IBRAC-TIM*. São Paulo: Singular, 2016, p. 234.

5 CONCLUSÃO

Motivadores de muitas divergências, os preços exploratórios ainda são objeto de processos antitruste, apesar de não haver, nos países que admitem seu combate, linhas claras e precisas de atuação contra eles.

Concluída abrangente análise a respeito de variadas facetas dessa conduta, não se acolhe a visão de que seja impossível haver a prática de preços exploratórios como um ilícito *per se*. Afinal, não se pode negar que a fixação de preços em níveis superiores ao competitivo é uma prática viável a firmas dominantes em um mercado marcado por fraca competição, sendo que tal conduta traz reais prejuízos aos consumidores, explorando-os.

O que se assume é que, no mais das vezes, preços injustos ou estarão ligados a outra prática injusta, como um cartel, sendo que é essa outra prática injusta que será punida, ou então serão exclusionários, o que envolve maiores consensos a respeito do processamento, sendo algo tradicionalmente condenado. Destarte, embora seja possível pensar em cenários residuais e minoritários que abriguem preços excessivos de exploração que, por si só, representem um abuso de posição dominante, a falta de critérios objetivos para identificar esses preços acaba por tornar desinteressante o processamento da matéria.

Não há consenso sobre quais características tornariam uma conduta merecedora de correção, nem qual mercado seria mais propício a ser alvo de uma tal regulação. Também não há método seguro de categorizar um preço como excessivo, nem forma eficaz de estipular o preço justo. Tampouco se sabe ao certo quais seriam os benefícios e malefícios de uma eventual ação antitruste. Finalmente, ações coercitivas contra os preços podem incorrer em severos erros, diante de tantas inexatidões e, ademais, podem gerar ineficiências e distorções graves no mercado.

A jurisprudência pesquisada nesta dissertação torna patente que não há uma posição firme, no Brasil, acerca das hipóteses que tornariam os preços merecedores de restrição por meio da aplicação do Direito Concorrencial, apesar de manifestações mais atuais no âmbito do CADE sinalizarem uma hostilidade à ideia de condenação de preços exploratórios como um ilícito *per se*, tal como observado no Procedimento Preparatório relacionado ao mercado de serviços portuários e nas manifestações oficiais no âmbito do Inquérito Administrativo envolvendo a Abeagás e a Petrobrás.

As indefinições dentro do tema geram, assim, um cenário de insegurança e dão azo para a tomada de decisões carentes de juridicidade. É sabido que julgamentos possuem

sempre alguma opção política, mas o caso é que, quando não há qualquer uniformidade na abordagem da matéria, qualquer decisão pode ser tomada.

A relevância atual do tema fica a cargo, destacadamente, do caso Gazprom, dada a magnitude dessa empresa e sua força na economia global. Se, por um lado, a Comissão Europeia alegou a prática de preços exploratórios pela companhia russa, por outro lado, a Gazprom afirmou que tais acusações seriam insustentáveis, na medida em que a companhia seguiria todas as legislações pertinentes, tanto as internacionais quanto as dos países em que a firma opera.

Fato é que, para avaliar se os níveis de preços praticados pela Gazprom em cada país eram injustos, a Comissão Europeia lançou mão de parâmetros demasiadamente controvertidos e a respeito dos quais há muitos anos já se tem apontado um sem-número de fragilidades, como a comparação entre custos e preços e a comparação entre preços vigentes em diferentes mercados geográficos.

Desse modo, face a persistência do emprego de metodologias volúveis, não há um cenário sólido que assegure que processos antitruste como esse estarão efetivamente voltados à concreção de princípios concorrenciais, e não ao atingimento de interesses escusos, que se valem da contenda antitruste para o alcance de fins interessantes apenas a pequenos e seletos grupos de agentes econômicos e/ou políticos.

Uma regra objetiva produz resultados previsíveis e, por conseguinte, garante a segurança jurídica. Isso é crucial, pois, de outra forma, os agentes não sabem de qual lado da lei estão. A previsibilidade evita, ademais, efeitos de arrefecimento nos investimentos das firmas. Um regime imprevisível não se limita a criar resultados *ex post* injustos em razão de suas inconsistências, mas tem potencial para atingir também as decisões de investimento *ex ante*.²³⁶

Se não há como uniformizar objetivamente o processamento da questão, é razoável imaginar que a melhor escolha seja, portanto, o emprego dos recursos necessários para o julgamento de preços exploratórios em outros esforços preventivos.

Com efeito, um litígio antitruste é caro e consome tempo. Enquanto não se define uma posição, litigantes e julgadores são submetidos a um padrão nebuloso que consome exércitos de advogados ao longo dos anos de indefinição. É nesse sentido que se sugere,

²³⁶ “An objective rule yields predictable outcomes and, therefore, it ensures legal certainty. This is crucial, as otherwise firms would not know on which side of the law they are. Predictability avoids chilling effects on business investment. An unpredictable regulatory regime would not merely create *ex post* results that are unjust by their inconsistency, but have potentially large ramifications for product investment decisions *ex ante*”. EVANS, David; PADILLA, Jorge. *Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules*. *Journal of Competition Law and Economics*, Oxford, v. 1, 2005, p. 110.

então, a advocacia da concorrência como uma alternativa possível para o tratamento desses preços e de outras questões concorrenciais de modo mais eficiente. A esse respeito, é apropriada a ideia de que há eficiência social “se as prestações que os indivíduos demandam, e que podem ser satisfeitas, são realmente produzidas, e se os recursos são empregados no lugar em que sua aplicação é socialmente mais proveitosa”.²³⁷

À vista disso, cabe ressaltar que a competição é um processo complexo em que firmas interagem com instituições do governo e com outras instituições informais. Assim, o governo desempenha um papel-chave na promoção das instituições necessárias para os mercados permanecerem ou tornarem-se competitivos. Ao passo que a economia evolui, o governo deve auxiliar no fornecimento das instituições necessárias para suportar essa complexidade. Ao invés de um dualismo em que as forças governamentais exógenas são ruins e as forças próprias do livre mercado são boas, deve-se ter em mente que as forças governamentais e privadas podem interagir para fornecer a infraestrutura necessária para que essa economia floresça. Na ausência dessa noção, a política da concorrência, na melhor das hipóteses, pode ser incompleta e, na pior das hipóteses, autodestrutiva em decorrência de sua visão simplista do processo competitivo e dos males do governo.²³⁸

É sob esse pensamento que aflora a advocacia da concorrência como ferramenta essencial para o entrosamento institucional e a possibilidade de condução de uma política concorrencial coesa e apta ao alcance dos fins do direito antitruste. A cooperação é essencial à própria sobrevivência da espécie, sendo que a consideração única dos próprios interesses pode, inclusive, levar a resultados inferiores ao ótimo do ponto de vista econômico.²³⁹

²³⁷ LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. A Análise Econômica do Direito como método e disciplina. *Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH*, v. 1, n. 1, nov. 2008. Disponível em: <<http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/download/2/2>>. Acesso em: 01 dez. 2016, p. 14.

²³⁸ Esse raciocínio é encampado por Stucke, que, ao criticar a forma como os Estados Unidos encaram o processo competitivo, assim se manifesta: “Rather than a selfinitiating, self-correcting sphere independent of the government, competition may be an open, complex process whereby firms interact with government and informal institutions. The government thus plays a key role in providing or promoting the necessary institutions for these markets to remain or become competitive. As economies evolve, the government must provide the necessary institutions to support this complexity. Rather than a moral dualism where exogenous government forces are bad and self-initiating free market forces are good, governmental and private forces instead may interact to provide the necessary infrastructure for that economy to flourish – for example, institutions that assist in defining and protecting property rights. Absent this examination, competition policy at best may be incomplete, and at worst self-defeating with its simplistic view of the competitive process and the evils of government”. STUCKE, Maurice. Better Competition Advocacy. *St. John's Law Review*, v. 82, n. 3, 2008. Disponível em: <<http://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/vol82/iss3/7/>>. Acesso em: 02 dez. 2016, p. 954.

²³⁹ A produção de resultados abaixo do ótimo como decorrência de comportamentos egoístas pode ser demonstrada pelo “Jogo do Ultimato”, no qual um primeiro jogador, o proponente, recebe uma quantia de um bem (alguns autores ilustram com uma torta, outros com uma soma em dinheiro, por exemplo), devendo oferecer uma proposta de divisão ao segundo jogador, o receptor, que escolhe entre aceitar ou rejeitar a

Não se pode subestimar a importância de pesquisas e estudos empíricos sobre cada um dos múltiplos mercados integrantes de uma economia, sendo essa uma das atribuições da advocacia da concorrência. O aprimoramento desses conhecimentos leva ao desenho de instituições apropriadas e eficazes. Atualmente, não há uma revisão sistemática de como o governo interage, via regras e instituições, com as diversas indústrias e com a promoção da competição, o que acaba oportunizando, por exemplo, o surgimento e a conservação de regras nocivas à concorrência.

Foi com essa preocupação em mente que Ronald Coase explicou que, embora antigos países comunistas fossem aconselhados pelos países capitalistas a transitarem para uma economia de mercado e seus líderes assim desejassem, o fato desses países ex-comunistas serem desprovidos das instituições adequadas tornava impossível o atingimento de qualquer forma de economia de mercado. Coase afirmou que, se os países capitalistas conhecessem melhor sua própria economia, estariam em melhor posição para aconselhar os antigos países comunistas.²⁴⁰ O que se elucida, dessa maneira, é que o baixo conhecimento das diferentes indústrias e do próprio agir das instituições dificulta o traçado de um rumo consciente em direção à conquista dos fins do direito concorrencial.

Uma vez que se aceita a relevância dessas pesquisas e estudos para que o órgão responsável pela advocacia da concorrência possa induzir outros órgãos governamentais a atuarem de modo não deletério à competição, torna-se concebível a ideia de que preços exploratórios podem ser tratados por medidas de promoção da concorrência, como a busca por revogações de normas anticompetitivas e a criação de regras que incrementem a rivalidade entre as firmas. Não se recomenda, porém, o recurso aos tradicionais remédios

proposta. Se rejeitar, ambos os jogadores não recebem nada. Se aceitar, há a divisão tal como proposta. Sob a teoria da escolha racional, pela qual os jogadores buscam seu próprio interesse econômico, a oferta consistiria na menor quantidade possível (o menor pedaço de torta possível para o receptor ou apenas um centavo, por exemplo). Contudo, quando o jogo é realmente jogado, esse resultado nunca é atingido, nem mesmo de modo aproximado. O que se afirma é que, nas variadas repetições documentadas dessa experiência, realizadas sob condições variadas e com prêmios variados, os proponentes rotineiramente oferecem aos receptores montantes muito substanciais, cerca de 40% do total, sendo que os receptores normalmente rejeitam ofertas inferiores a 30%. A esse respeito, verificar: LEVIN, Jonathan. *Experimental Evidence*, 2006. Disponível em: <<http://web.stanford.edu/~jdlevin/Econ%20286/Experimental.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2016, p. 2. Conferir também: STUCKE, Maurice. Better Competition Advocacy. *St. John's Law Review*, v. 82, n. 3, 2008. Disponível em: <<http://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/vol82/iss3/7/>>. Acesso em: 02 dez. 2016, p. 974.

²⁴⁰ "These ex-communist countries are advised to move to a market economy, and their leaders wish to do so, but without the appropriate institutions no market economy of any significance is possible. If we knew more about our own economy, we would be in a better position to advise them". COASE, Ronald. *The Institutional Structure of Production. University of Chicago Law Occasional Paper*, n. 28, 1992. Disponível em: <chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1033&context=occasional_papers>. Acesso em: 13 dez. 2016, p. 4.

antitruste coercitivos, mais dispendiosos e com maior potencial de geração de resultados nefastos.

Por todo o exposto, como já reconhecido nesta dissertação, a competição não é um fim em si mesmo, mas é um importante meio para o alcance de finalidades como a promoção do bem-estar dos consumidores e o incentivo a inovações e investimentos, sendo uma redundância afirmar que o direito da competição serve para *promover a competição por meio da inibição de práticas anticompetitivas*. Assim, deve-se sempre ter em conta os reais objetivos e metas do direito antitruste. É a partir dessa consciência que se afirma que a defesa da concorrência deve envolver a aplicação jurídica clara de princípios aos fatos relevantes. Uma pedra angular do Estado de Direito é, destarte, o fato reiterado neste trabalho de que as autoridades de execução da lei possam aplicar proibições legais claras a fatos particulares com transparência, uniformidade e previsibilidade, para que os agentes privados possam razoavelmente prever por quais ações seriam processados e moldar o seu comportamento em conformidade. Firms e indivíduos precisam saber qual comportamento é ilegal, o que não deve ser deixado ao critério arbitrário do Estado que julgar o caso.²⁴¹

Se isso é verdadeiro, deve-se aceitar como legítima também a ideia de que ainda não há forma segura de agir coercitivamente contra preços exploratórios. Como a aplicação das sanções da lei de defesa da concorrência representa apenas um mecanismo dentre vários para o alcance dos objetivos de uma política de concorrência, sugere-se aqui o recurso à advocacia da concorrência como meio de promoção de um ambiente mais competitivo, avaliando-se deficiências e elaborando-se melhorias legislativas, regulatórias e na condução de demandas antitruste.

Embora se saiba que todas essas medidas pressuponham uma entidade forte e prestigiosa, o que, por óbvio, demanda tempo e compromisso, as relatadas experiências exitosas envolvendo a advocacia da concorrência tornam plausível que se acredite no potencial dessa ferramenta, não para solucionar de forma definitiva problemas envolvendo preços exploratórios, mas como instrumento viável e merecedor de ulteriores investigações acerca de suas abundantes capacidades.

²⁴¹ “Competition enforcement involves applying clear legal principles to the relevant facts. One cornerstone of the rule of law is that enforcement authorities apply the clear legal prohibitions to particular facts with sufficient transparency, uniformity, and predictability, so that private actors can reasonably anticipate what actions would be prosecuted and fashion their behavior accordingly. Businesses and individuals need guidance of what behavior is unlawful, which should not be left to the arbitrary discretion of the state to adjudge”. STUCKE, Maurice. Better Competition Advocacy. *St. John's Law Review*, v. 82, n. 3, 2008. Disponível em: < <http://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/vol82/iss3/7/>>. Acesso em: 02 dez. 2016, p. 1.000.

BIBLIOGRAFIA

AKMAN, Pinar; GARROD, Luke. When are excessive prices unfair? *Journal of Competition Law and Economics*, Oxford, v. 7, p. 403-426, 2011.

ANTONIL, André João. *Cultura e Opulência do Brasil por suas Drogas e Minas*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007.

ARAUJO JUNIOR, José Tavares de. Antitruste e advocacia da concorrência: perspectivas do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência à luz da experiência australiana. In: MONTEIRO FILHA, Dulce; PRADO, Luiz Carlos Delorme; LASTRES, Helena (Org.). *Estratégias de Desenvolvimento, Política Industrial e Inovação: ensaios em memória de Fabio Erber*. Rio de Janeiro: BNDES, p. 309-324, 2014.

ARRUDA, Vivian Anne Fraga do Nascimento. *A Florescência da Cooperação Jurídica Internacional no Combate aos Cartéis Transfronteiriços: a experiência brasileira e reflexões para seu aperfeiçoamento*. 2013. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

ASSAF NETO, Alexandre; LIMA, Fabiano Guasti. *Fundamentos de administração financeira*. São Paulo: Atlas, 2014.

BAER, Werner. *A Economia Brasileira*. 2^a ed. São Paulo: Nobel, 2002.

BARBER, Tony. Italy's Bastions of Protection and Privilege Resist Liberal Assault. *Financial Times*, Roma, 3 fev. 2007. Disponível em: <http://www.ft.com/cms/s/0/34288fda-b32b-11db-99ca-0000779e2340.html?ft_site=falcon&desktop=true#axzz4Rgh85sX5>. Acesso em: 02 dez. 2016.

BARBER, Tony; MICHAELS, Adrian. In for a trim – an Italy anxious for growth tries to stimulate competition. *Financial Times*, Londres, 28 fev. 2007. Disponível em: <http://www.ft.com/cms/s/0/b2e1dbca-c6d0-11db-8f4f-000b5df10621.html?ft_site=falcon&desktop=true#axzz4Rgh85sX5>. Acesso em: 02 dez. 2016.

BELLANTUONO, Giuseppe; LARA, Fabiano Teodoro (Ed.). *Law, Development and Innovation*. Cham: Springer International Publishing, 2015.

BRUNSDEN, Jim. Gazprom moves to settle Brussels antitrust inquiry. *Financial Times*, 27 dez. 2016. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/19a3c188-cc67-11e6-b8ce-b9c03770f8b1>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BYRNE, Ruth; QUELHAS, Ana Cristina. Raciocínio contrafactual e modelos mentais. *Análise Psicológica*, v. 17, n. 4, Lisboa: Instituto Superior de Psicologia Aplicada, p. 713-721, dez. 1999.

CASTRO, Bruno Braz de. Remédios Jurídicos no direito concorrencial brasileiro: um panorama. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (Org.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, p. 31-59, 2011.

CASTRO, Bruno Braz de. *Preços Exploratórios: mera “ficção científica” ou desafio real ao direito da concorrência brasileiro?* 2012. 99 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

COASE, Ronald. The Institutional Structure of Production. *University of Chicago Law Occasional Paper*, n. 28, 1992. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1033&context=occasional_paper>. Acesso em: 13 dez. 2016.

COMPETITION COMMISSION OF INDIA. *Competition Advocacy*. Disponível em: <[http://www.competitioncommission.gov.in/advocacy/Approach_Paper_on_Advocacy_11_04_07\[1\].pdf](http://www.competitioncommission.gov.in/advocacy/Approach_Paper_on_Advocacy_11_04_07[1].pdf)>. Acesso em: 02 dez. 2016.

COOPER, James; PAUTLER, Paul; ZYWICKI. Theory and Practice of Competition Advocacy at the FTC. *Antitrust Law Journal*, v. 72, n. 3, p. 1091-1112, 2005.

CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de Defesa da Concorrência: MERCOSUL e União Européia*. 1ª ed. Barueri: Manole, 2003.

DAL BÓ, Ernesto. Regulatory Capture: a review. *Oxford Review of Economic Policy*, v. 22, n. 2, p. 203-225, 2006.

DAVIS, Peter; GARCÉS, Eliana. *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*. Princeton: Princeton University Press, 2010.

DIAS, Rodrigo Pereira. *Antitruste: Sanção de Desinvestimentos em Ativos. Um estudo de caso no Processo Administrativo nº 08012.11142/2006-79*. 2016. 217 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016.

ELHAUGE, Einer. Disgorgement as an Antitrust Remedy. *Antitrust Law Journal*, n. 1, Oxford: Oxford University Press, p. 79-95, 2009. Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/faculty/elhaug/pdf/Elhaug%20Disgorgement%20as%20an%20Antitrust%20Remedy%20FINAL.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2016.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013.

ERNST, Dieter; O’Connor, David. *Competing in the Eletronics Industry: the Experience of Newly Industrialising Economies*. Paris: Development Centre of the Organisation for Economic Co-operation and Development, 1992.

EVANS, David; PADILLA, Jorge. Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules. *Journal of Competition Law and Economics*, Oxford, v. 1, p. 97-122, 2005.

EVENETT, Simon. Competition Advocacy: Time For A Rethink? *Northwestern Journal of International Law and Business*, v. 26, n. 3, p. 495-514, 2006.

EZRACHI, Ariel; GILO, David. Are Excessive Prices Really Self-Correcting? *Journal of Competition Law and Economics*, v. 5, n. 2, p. 249-268, out. 2008.

EZRACHI, Ariel; GILO, David. Excessive Pricing, Entry, Assessment, and Investment: Lessons from the *Mittal* Litigation. *Antitrust Law Journal*, v. 76, n. 3, p. 873-897, 2009-2010.

FLETCHER, Amelia; JARDINI, Alina. Towards an Appropriate Policy for Excessive Pricing. In: *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*. Portland: Hart Publishing, p. 533-546, 2008.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FORRESTER, Ian. Sector-specific price regulation or antitrust regulation – A plague on both your houses? In: *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*. Portland: Hart Publishing, p. 547-574, 2008.

FRANÇA, Júnia Lessa; VASCONCELLOS, Ana Cristina de. *Manual para Normalização de publicações técnico-científicas*. 9ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013.

FURSE, Mark. Excessive Prices, Unfair Prices and Economic Value: The Law of Excessive Pricing Under Article 82 EC and the Chapter II Prohibition. *European Competition Journal*, v. 4, n. 1, p. 59-83, jun. 2008.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAL, Michal. Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: two systems of belief about monopoly? *The antitrust bulletin*, v. 49, p.343-384, spring-summer, 2004.

GERADIN, Damien. *The necessary limits to the control of “excessive” prices by competition authorities – A view from Europe*. Tilburg University Legal Studies Working Paper, Tilburgo, 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1022678>. Acesso em: 20 nov. 2016.

GIAMBIAGI, Fabio et al. *Economia Brasileira Contemporânea: 1945-2010*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GONTIJO, Cláudio. O Plano de Estabilização e a Economia Brasileira: Aspectos Gerais. In: PAIVA, Paulo et al. *Plano Cruzado: Ataque e Defesa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 1-38, 1987.

GREMAND, Amaury Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JÚNIOR, Rudinei. *Economia Brasileira Contemporânea*. 7ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

GRINBERG, Mauro. Aumentos arbitrários de lucros como abusos do poder econômico: interpretação da Constituição e sugestão de alteração. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 103, p. 51-58, 1996

GUSTIN, Miracy Barbosa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). *Advocacy and competition policy*. Relatório preparado pelo Grupo de Trabalho em Advocacia. Conferência do ICN, Nápoles, 2002. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc358.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). *Avocacy Toolkit*. Relatório preparado pelo Grupo de Trabalho em Advocacia. 10ª Conferência Anual do ICN, Haia, mai. 2011. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc745.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). *Competition Culture Project Report*. Relatório preparado pelo Grupo de Trabalho em Advocacia. 14ª Conferência Anual do ICN, Sydney, abr.-mai. 2015. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1035.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. A advocacia da concorrência como estratégia para redução do impacto anticompetitivo da regulação estatal. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 17, fev./mar./abr. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-17-FEVEREIRO-2009-EDUARDO%20JORDAO.pdf>>. Acesso em: 06 dez. 2016

JORDÃO, Eduardo Ferreira. O direito antitruste e o controle do lobby por regulação restritiva da concorrência. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 7, n. 25, p. 63-100, jan./mar. 2009.

KAUPER, Thomas. Article 86, Excessive Prices, and Refuses to Deal. *Antitrust Law Journal*, v. 59, n.2, p. 441-456, ago. 1990.

LACERDA, Antônio Corrêa de et al. *Economia Brasileira*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. A Análise Econômica do Direito como método e disciplina. *Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH*, v. 1, n. 1, p. 1-17, nov. 2008. Disponível em: <<http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/download/2/2>>. Acesso em: 01 dez. 2016.

LAUREANO, Abel; RENTO, Altina. Considerações Actuais Sobre o Conceito de Abuso de Posição Dominante no Direito da Concorrência da União Europeia. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curitiba*, v. 1, n. 17, p. 1-31, 2012

LEVIN, Jonathan. *Experimental Evidence*, 2006. Disponível em: <<http://web.stanford.edu/~jdlevin/Econ%20286/Experimental.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

LYONS, Bruce. The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse. In: *The Pros and Cons of High Prices*. Kalmar: Lenanders Grafiska, p. 65-87, 2007.

MACHADO, Kenys Menezes. Uma análise da recomendação da jurisprudência recente do CADE ao uso de triagem em casos envolvendo preço abusivo. In: *Ideias em Competição – 5 Anos do Prêmio IBRAC-TIM*. São Paulo: Singular, p. 221-239, 2016.

MAZZEI, Marcelo Rodrigues et al. A administração pública na tutela coletiva da moralidade administrativa e do patrimônio público: o papel da advocacia pública. *Revista de Administração Pública*, v. 49, n. 3, p. 699-717, maio/jun. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOTTA, Massimo; SALGADO, Lúcia Helena. *Política de Concorrência: teoria e prática e sua aplicação no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

MOTTA, Massimo; STREEL, Alexandre de. Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never? In: *The Pros and Cons of High Prices*. Kalmar: Lenanders Grafiska, p. 14-46, 2007.

MYERS, David. *Psicologia Social*. 10ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2014.

OFFICE OF FAIR TRADING (OFT). *Evaluation of OFT Competition Advocacy*. Londres, abr., 2010. Disponível em: <<http://londoneconomics.co.uk/blog/publication/evaluation-of-oft-competition-advocacy/>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (Org.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, p. 17-30, 2011.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Excessive prices. DAF/COMP(2011)18*. Paris, 2012. Disponível em: <www.oecd.org/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/49604207.pdf>. Acesso em: 17 out. 2016.

PAULIS, Emil. Article 82 EC and exploitative conduct. In: *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*. Portland: Hart Publishing, p. 515-524, 2008.

PARENTONI, Leonardo Netto. *Desconsideração Contemporânea da Personalidade Jurídica – Dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira (Jurimetria/Empirical Legal Studies)*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

PIRES, Marcos Cordeiro (Coord.). *Economia Brasileira da Colônia ao Governo Lula*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Advocacia da Concorrência e a Remoção de Regulações Anticompetitivas: o caso DENATRAN. *Boletim Latino-Americano de Concorrência*, n. 23, set. 2007, p. 4-16. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_23.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2016.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A Eficácia Jurídica da Norma de Preço Abusivo. *Revista de Concorrência e Regulação*, v. 7/8, p. 189-211, 2012. Disponível em: <https://works.bepress.com/carlos_ragazzo/16/>. Acesso em: 17 out. 2016.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Análise Econômica da Regulação: O Papel da Advocacia da Concorrência. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*, 2007. Disponível em: <http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/1>. Acesso em: 28 nov. 2016.

RAGE, Paulo Henrique Teixeira. O controle de preços como remédio antitruste. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (Org.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, p. 331-349, 2011.

REQUIEM FOR the American Dream. Direção: Peter Hutchison, Kelly Nyks, Jared Scott. Estdos Unidos da América: PFM Pictures, 2015. 73 minutos, son., color., legendado.

RILEY, Alan. Commission v. Gazprom: The antitrust clash of the decade? *CEPS Policy Brief*, n. 285, 31 out. 2012. Disponível em: <https://www.ceps.eu/system/files/PB%20No%20285%20AR%20Commission%20v%20Gazprom_0.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2016.

RODRIGUEZ, Armando; COATE, Malcolm. Competition Policy in Transition Economies: the role of competition advocacy. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 23, n.2, p. 367-401, 1997.

RÖLLER, Lars-Hendrik. Exploitative Abuses. In: *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*. Portland: Hart Publishing, p. 525-532, 2008.

SAAD, Andreia. Preços excessivos “puros” na nova Lei Antitruste: uma proposta de abordagem baseada na advocacia da concorrência. *Revista do IBRAC: direito da concorrência, consumo e comércio internacional*, São Paulo, v. 19, n. 22, p. 249-275, jul./dez. 2012.

SAES, Maria Sylvia Macchione. *A Racionalidade Econômica da Regulamentação no Mercado Brasileiro de Café*. 1ª ed. São Paulo: Annablume, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Condutas*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Estruturas*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SARDENBERG, Carlos Alberto. *Aventura e Agonia: Nos Bastidores do Cruzado*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

SILVA, Carlos Eduardo Tobias da. A Advocacia da Concorrência na reforma do SBDC: a atuação da SEAE para a construção de uma cultura da concorrência no Brasil. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 3, n. 2, p. 180-202, nov. 2015.

SOLNIK, Alex. *Os Pais do Cruzado Contam Por Que Não Deu Certo*. Porto Alegre: L&PM, 1987.

STIGLER, George Joseph. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971.

STUCKE, Maurice. Better Competition Advocacy. *St. John's Law Review*, v. 82, n. 3, p. 951-1036, 2008. Disponível em: <<http://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/vol82/iss3/7/>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

TYSON, Laura D'Andrea. *Who's Bashing Whom? Trade Conflict in High-Technology Industries*. Washington: Institute for International Economics, 1992.

WILLIAMS, Mark. Excessive Pricing. In: *The Pros and Cons of High Prices*. Kalmar: Lenanders Grafiska, p. 128-153, 2007.

DECISÕES CITADAS NO TEXTO

I – Brasil

BRASIL. CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.014050/2007-21. *Ministério Público do Estado de São Paulo e Polícia Civil do Estado de São Paulo versus Guerbet Produtos Radiológicos Ltda., Justesa Imagem do Brasil S.A., Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda., Mallinckrodt do Brasil Ltda. e Laboratório Americano de Farmacoterapia S.A.* Relator: Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça. Brasília, julgado em 18 de mai. 2011.

BRASIL. CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.000295/1998-92. *Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgica e de Material Elétrico de Ipatinga/MG versus White Martins S.A. e Aga S.A.* Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, julgado em 18 de ago. 2010.

BRASIL. CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.002553/1999-38. *Tropical Alimentos Ltda. versus White Martins Gases Industriais S.A.* Relator: Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho. Brasília, julgado em 29 de abr. 2009.

BRASIL. CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.005181/2006-37. *Videolar S.A. versus Koninklijke Philips Eletronics, N.V. e Philips do Brasil Ltda.* Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo. Brasília, julgado em 29 de abr. 2009.

BRASIL. CADE. Inquérito Administrativo nº 08700.007130/2015-82. *Associação Brasileira das Empresas Distribuidoras de Gás Canalizado – ABEAGÁS versus Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras*. Brasília, denúncia registrada em 17 de jul. 2015.

BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08012.002929/2003-05. *Cervejaria Der Braumeister Paulista Ltda. et al. versus Companhia de Bebidas das Américas*. Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo. Brasília, julgado em 25 de jun. 2008

BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08012.001288/99-43. *Conselho Regional de Farmácia do Distrito Federal versus Rhodia Farma Ltda.* Relator: Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior. Brasília, julgado em 12 de mar. 2003.

BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08012.000916/2000-24. *CPI dos Medicamentos versus Bayer S.A.* Relator: Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Brasília, julgado em 4 de jun. 2008.

BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08012.001006/2000-03. *CPI dos Medicamentos versus Byk Química Farmacêutica Ltda.* Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo. Brasília, julgado em 4 de jun. 2008.

BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08012.000905/2000-16. *CPI dos Medicamentos versus Eurofarma Laboratórios Ltda.* Relator: Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan. Brasília, julgado em 27 de ago. 2008.

BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08012.000965/2000-30. *CPI dos Medicamentos versus Novartis Biociências Ltda.* Relator: Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Brasília, julgado em 18 de jun. 2008.

BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08012.000981/2000-96. *CPI dos Medicamentos versus Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda.* Relator: Conselheiro Olavo Zago Chinaglia. Brasília, julgado em 27 de ago. 2008.

BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08012.006518/2001-19. *Federação Nacional de Distribuidores de Veículos Automotores – FENABRAVE versus Ford Motor Company Ltda.* Relator: Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos. Brasília, julgado em 18 de jun. 2008.

BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70. *Secretaria de Direito Econômico versus AGA S.A., Linde Gases Ltda. et al.* Relator: Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan. Brasília, julgado em 1 de set. 2010.

BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08000.011084/1994-08. *Secretaria de Direito Econômico versus White Martins Gases Industriais do Nordeste S.A.* Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo. Brasília, julgado em 29 de abr. 2009.

BRASIL. CADE. Procedimento Preparatório nº 08700.007937/2014-34. *André de Seixas Ponce Alves versus Associação Brasileira dos Terminais Portuários, Libra Terminais Rio S.A., Libra Terminais Santos S.A., Portonave S.A. e Libra Holding S.A.* Brasília, Despacho SG nº 861/2015, registrado em 23 de jul. 2015.

II – Estados Unidos da América

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP* 02-682 (2004). Washington, 15 dez. 2004. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/540/02-682/opinion.html>>. Acesso em: 20 out. 2016.

III – Europa

EUROPA. Corte Europeia de Justiça. *United Brands Continental B.V. versus Commission of the European Communities. – Chiquita Bananas – 1978 – Case 27/76*. Luxemburgo, 14 fev. 1978. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61976CJ0027&rid=2>>. Acesso em: 22 nov. 2016.