

PREÇOS EXPLORATÓRIOS: POR UMA NOVA TEORIA DA DECISÃO¹

Bruno Braz de Castro

Resumo: O direito concorrencial brasileiro condena as condutas econômicas na medida de sua aptidão a viabilizar a produção dos efeitos típicos das chamadas práticas exploratórias. Com ainda mais razão, portanto, deverão ser consideradas ilícitas as condutas que, diretamente, caracterizem tal exploração, como os chamados preços exploratórios. O presente trabalho tem como objetivo discutir a teoria que imputa ao instituto dos preços exploratórios ineficácia técnica e fática, em razão das suas dificuldades de conceituação, mensuração e aplicação de remédios. Procura-se apontar que existem suficientes indícios teóricos de que pode ser benéfica ao interesse público a formulação de uma teoria da decisão que recomende a implementação do instituto em casos específicos. Assim sendo, é prejudicial à máxima efetividade constitucional uma teoria da decisão genérica e universal, que reconheça ineficácia jurídica ao instituto dos preços exploratórios e rejeite o conhecimento de todo e qualquer procedimento administrativo em que a conduta seja discutida.

Palavras-chave: Preços exploratórios; Preços excessivos; Direito da concorrência; Direito econômico; Teoria da decisão.

Abstract: Brazilian competition law condemns economic behavior according to the extent of its ability to produce the typical effects of exploitative practices. This is all the more reason why the economic behavior that, directly, characterizes that exploitation (e.g.: the exploitative prices) is bound to be considered illicit. This dissertation intends to discuss the theory that ascribes technical and factual inefficacy to the exploitative prices prohibition, because of its conceptual, measuring and remedying difficulties. We seek to demonstrate that there are enough theoretical indications that the formulation of a decision theory that recommends the implementation of the prohibition in specific cases can be beneficial to the public interest. Therefore, it is detrimental

¹ O presente trabalho é baseado na dissertação “Preços Exploratórios: mera ficção científica ou desafio real ao direito concorrencial brasileiro?”, defendida em setembro de 2012 junto ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG.

to the maximum effectiveness of the Constitution a generical and universal decision theory, which ascribes inefficacy to any kind of implementation of the prohibition of exploitative prices, rejecting the acknowledgment of each and every procedure regarding this practice.

Keywords: Exploitative prices; Excessive prices; Competition Law; Economic Law; Decision Theory.

1. Apresentação

Com relação às práticas de precificação ditas abusivas, a doutrina observa duas categorias de atos: os **preços exclusionários** (*exclusionary prices*), que têm como objetivo econômico a exclusão de concorrentes em determinado mercado relevante; e os **preços exploratórios** (*exploitative prices*), termo que se refere ao abuso de posição dominante em que o agente econômico impõe preços injustos a seus consumidores, resultando em perda direta de bem-estar social (EVANS; PADILLA, 2005, p. 05).

Observa-se ser controversa a questão sobre constituírem os preços exploratórios, por si considerados, objeto do direito da concorrência brasileiro, haja vista o regime de livre precificação constitucionalmente adotado². Ademais, não se verifica consenso sobre se – diante das dificuldades de conceituação, mensuração e remédio – deveria a autoridade concorrencial brasileira dedicar-se à análise de casos envolvendo o instituto do preço exploratório. Alguns teóricos, por essa razão, advogam que o instituto padece de um “problema de eficácia”, não devendo mais o SBDC receber processos que tratem da conduta.

O presente trabalho dedica-se, então, a refletir sobre o seguinte problema: é juridicamente possível, no âmbito da ordem constitucional em vigor, a rejeição liminar, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, de análise dos casos que apresentem como objeto os preços exploratórios?

Para esse objetivo, busca-se evidenciar que muitos dos argumentos contra a implementação do instituto dos preços exploratórios são construídos sob fundamentos que, caso aceitos, seriam aptos a impedir a implementação da maioria dos demais institutos do direito concorrencial brasileiro. Adotam-se, assim, as seguintes hipóteses:

- a) os preços exploratórios constituem objeto, por excelência, do direito concorrencial, haja vista o fato de que toda a política

²Tal discussão torna-se especialmente importante quando se observa que a Lei nº 12.529/11 não menciona, em seu rol exemplificativo (portanto, aberto) de condutas anticoncorrenciais, a prática dos preços abusivos.

pública de defesa da concorrência é construída em torno de seu conceito, sendo, inclusive, a ilicitude das demais condutas econômicas apurada em função de sua aptidão de permitir a prática de preços exploratórios, dentre outros efeitos;

- b) existem suficientes indícios teóricos para que, a despeito das dificuldades de conceituação, mensuração e remédio, seja ofensiva ao princípio da máxima efetividade constitucional uma teoria que reconheça ineficácia jurídica ao instituto dos preços exploratórios, rejeitando o conhecimento de todo e qualquer caso em que a conduta seja discutida.

Conclui-se, então, pela necessidade inarredável de que o problema dos preços exploratórios seja enfrentado, e não evitado: é necessária a formulação de uma teoria da decisão em cenário de incerteza para o direito concorrencial brasileiro das práticas unilaterais.

1.1 *Preços Exploratórios e o Direito Concorrencial*

O prejuízo ao bem-estar social, acarretado pelas práticas exploratórias de abuso de poder econômico – em especial, o preço exploratório ou supracompetitivo – é, em termos gerais, a principal justificativa finalística para a estruturação de sistemas jurídicos antitruste, contemporaneamente.

Em nível mais elementar, em contrapartida ao modelo de *concorrência perfeita*³, o cenário estrutural do *monopólio* possui como hipótese fundamental a existência de um único fornecedor de um bem para o qual não há substituto próximo (WILLIAMS, 2007, p. 130): o monopolista passa do papel de tomador de preços (“*price taker*”) para o de formador de preços (“*price setter*”) e, para maximizar seus lucros, possuirá incentivos econômicos a provocar uma “*escassez artificial*” da oferta, o que provocará a formação de um preço de mercado mais elevado (ou supracompetitivo⁴) e irá retirar do mercado

³ O mercado em concorrência perfeita é classicamente descrito sob hipóteses – bens homogêneos, informação perfeita, agentes tomadores de preços “*price takers*”, ausência de custos de transação, ausência de externalidades, livre entrada e saída, e produto perfeitamente divisível – segundo as quais o equilíbrio entre oferta e demanda é considerado eficiente (CARLTON; PERLOFF, 2000, p. 67). Uma vez que o concorrente individual enfrenta uma curva de demanda perfeitamente horizontal, com extremamente alta elasticidade de oferta e demanda, um aumento de preços bem pequeno irá acarretar migração dos consumidores para fornecedores mais eficientes (HOVENKAMP, 2011, p. 08).

⁴ No mercado em concorrência perfeita, com a receita marginal (acréscimo na receita total decorrente da venda de uma unidade adicional do bem) constante, a oferta da

consumidores que, em um mercado sob concorrência perfeita, teriam obtido acesso ao bem. Essa transferência de recursos do consumidor para o monopolista é chamada “peso-morto do monopolista” (“*deadweight loss*”)⁵.

Essa aptidão para alteração de fatores do mercado, influenciando especialmente a formação do preço, é denominada **poder de monopólio** ou **poder de mercado**, termos que são “usados de forma intercambiável para significarem a aptidão de, lucrativamente, fixar preço acima dos níveis competitivos (custos marginais)” (CARLTON; PERLOFF, 2000, p. 92, tradução nossa).

Outras consequências que também compõem o chamado “*custo social do monopólio*” são: o *rent-seeking*, ou seja, o dispêndio de recursos econômicos com o fim de se adquirir ou manter a posição monopolista, de formas diversas; a adoção de práticas exclusionárias; o desincentivo à inovação; e externalidades diversas como a perda de investimentos que seriam implementados por potenciais concorrentes impedidos de contestar o monopólio em razão de práticas exclusionárias ou *rent-seeking*.

A partir dessas hipóteses é que se estipula o conceito de práticas exploratórias: todas as formas de abuso de poder de mercado que representem um prejuízo direto ao bem-estar dos consumidores, ou, em outras palavras, o efeito específico do abuso do poder de mercado detido pelo agente econômico (EVANS; PADILLA, 2005, p. 02). Exemplificam tais práticas o aumento de preços e a redução de esforços tecnológicos para diminuição de custos produtivos e desenvolvimento de melhores produtos (LYONS, 2007, p. 66). Os preços artificialmente elevados nesse contexto são, então, denominados **preços exploratórios**.

O conceito é formulado em oposição às práticas exclusionárias que, por sua vez, são aquelas típicas do processo de aquisição e preservação do poder de mercado. Tais condutas, portanto, têm potencial de prejuízo indireto ao bem-estar dos consumidores, quando são aptas a viabilizar a implementação de práticas exploratórias no futuro (EVANS; PADILLA, 2005, p. 02, nota 07). São

empresa alcançará seu ponto ótimo naquela quantidade em que o custo marginal (acréscimo no custo total decorrente da venda de uma unidade adicional do bem), que é crescente, se iguale à receita marginal (a partir desse ponto, o custo marginal seria maior que a receita marginal e, portanto, haveria prejuízo) (GREMAUD et al., 2004, p. 197).

⁵ Diminuindo a oferta de produto no mercado, o monopólio terá retirado do mercado consumidores que, em um mercado sob concorrência perfeita, teriam obtido acesso ao bem. O excedente do consumidor – diferença entre o montante que alguns consumidores que estariam dispostos a pagar mais pelo bem e o montante efetivamente pago – diminui.

exemplos típicos dessas práticas o preço predatório, a venda casada, a recusa de venda e os contratos de exclusividade.

É possível que se verifiquem esses efeitos exploratórios (derivados do exercício do poder de mercado – ou do poder de monopólio) mesmo em estruturas não puramente coincidentes com o modelo ideal acima descrito. É o caso, por exemplo, de uma empresa dominante, formadora de preços, acompanhada de empresas menores, tomadoras de preço, integrantes da chamada “franja” concorrencial daquele mercado⁶, e também dos cartéis, cujos efeitos deletérios ao bem-estar social derivam, justamente, do fato de a associação entre concorrentes possuir poder de mercado suficiente para gerar aumento de preços acima do custo marginal e, com isso, diminuição do excedente do consumidor⁷.

A defesa da concorrência justifica-se, então, em última análise, na ideia de que é poder-dever público combater práticas exploratórias de poder de mercado, sempre na medida em que isso se justifique em termos de ampliação da eficiência e bem estar social – aqui, obviamente, consideradas as peculiaridades do processo de eficiência dinâmica, como as economias de escala, eficiências, diferenciação de produtos, propriedade intelectual, pioneirismo, oligopólios não-cooperativos, dentre outras. Assinala Hovenkamp:

[...] se todas as trocas ocorrem a preços competitivos, a sociedade, como um todo, é mais rica do que se algumas ocorrerem a preços maiores ou menores. Uma importante meta do antitruste – pode-se dizer, sua única meta – é garantir que os mercados sejam competitivos. (HOVENKAMP, 2011, p. 03, tradução nossa).

As estratégias para manejo das práticas exploratórias, contudo, variam sensivelmente entre as diferentes jurisdições.

1.2 *Os Estados Unidos da América e o instituto da “monopolization”*

É o reconhecimento de que a detenção de elevado poder de mercado por um agente econômico pode ser prejudicial ao interesse público que

⁶ Dependendo da diferença entre a estrutura de custos da empresa dominante e aquela das integrantes da franja concorrencial, será lucrativo para a dominante exercer poder de mercado para fixar preços acima do custo marginal. Para tanto, basta que as empresas da franja concorrencial (ou potenciais entrantes) não sejam aptas a produzir sob custos próximos aos da empresa dominante (CARLTON; PERLOFF, 2000, p. 119).

⁷ “uma vez que um cartel se forma, o mercado está, em efeito, servido por um monopólio” (MANKIW, 2000, p. 353, tradução nossa).

subsidiou, assim, a Seção 2 do *Sherman Act* norte-americano, que tipifica o ilícito da *monopolização* de qualquer parte da indústria ou comércio entre Estados ou nações estrangeiras.

Isso não significa, contudo, que as práticas exploratórias, como tais, sejam ilícitas em território norte-americano. De fato, embora o direito antitruste norte-americano reconheça e se baseie na ideia de que o acúmulo de poder de mercado pode acarretar prejuízos ao interesse público através da alteração do nível de preços⁸, esse sistema normativo reconhece *licitude antitruste per se* às práticas exploratórias, estando excluída, assim, a possibilidade de intervenção antitruste baseada em preços excessivos⁹.

Para a caracterização do ilícito de monopolização descrito na Seção 2 do *Sherman Act*, é necessária que a intenção de monopolizar esteja associada a condutas anticoncorrenciais exclusionárias. Assinala Hovenkamp que “a preocupação do direito antitruste com o processo da monopolização, ao invés do mero resultado, é bastante aparente no sistema legal. [...] De fato, não há lei do monopólio ‘sem culpa’; o monopolista inocente não viola as leis antitruste por cobrar o preço que maximize seus lucros” (HOVENKAMP, 2011, p. 19, tradução nossa).

Conforme aponta Gal (2004, p. 07), o formato dessa disposição legal responde a premissas como: (a) a autocorreção dos mercados, ausentes barreiras artificiais criadas por condutas exclusionárias¹⁰; e (b) a teoria da

⁸ Com efeito, conforme frisado pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Standard Oil* (1911): “Os males que levaram à revolta pública contra os monopólios e à negação, enfim, do poder de formá-los pode ser assim resumida: 1) O poder de fixação de preços e, assim, causar danos ao público que o monopólio conferia àquele que o detivesse; 2) O poder que ele implicava de instituir uma limitação na produção; e, 3) O perigo da deterioração na qualidade do artigo monopolizado”. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte, 1911, tradução nossa, sem grifos no original).

⁹ “O direito antitruste norte-americano segue uma regra clara e direta: os preços de monopólio, como tal, não são regulados” - “U.S. antitrust law sets a straightforward rule: monopoly pricing, as such, is not regulated” - (GAL, 2004, p. 03, tradução nossa).

¹⁰ Assim, “a concorrência livre e sem restrições como a regra do comércio”, viabilizando a “irrestrita interação das forças concorrenciais”, irá cabalmente “promover a melhor alocação de nossos recursos econômicos, os menores preços, a maior qualidade e o melhor progresso material” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte, 1958, tradução nossa). Na mesma linha, a decisão da Suprema Corta para o caso *Standard Oil* observa sobre o *Sherman Act* que a “omissão de qualquer proibição direta de monopólio em concreto, indica uma consciência de que a liberdade do direito individual a contratar, quando não indevidamente ou impropriamente exercida, é o meio mais eficiente de prevenção do monopólio, uma vez que a operação das forças centrífugas e centrípetas resultantes do direito de contratar livremente é o meio pelo

função social dos preços de monopólio, que destaca que punir aqueles que alcancem posição dominante sem lançar mão de práticas anticompetitivas, limitando sua lucratividade, seria injusto e anularia os incentivos à eficiência e à inovação¹¹.

A postura não-intervencionista em preços excessivos nos EUA mantém-se sem alterações substanciais na atualidade. Na recente decisão para o caso *Verizon v. Trinko*, em 2004, a Suprema Corte dos Estados Unidos reiterou a rejeição à atuação da política concorrencial relativamente ao monopólio per se considerado:

A mera detenção de poder de monopólio, e a concomitante cobrança de preços de monopólio, não só não são ilícitas, como são um importante elemento do sistema de livre-mercado. A oportunidade de cobrar preços de monopólio – pelo menos por um curto período – é o que atrai a ‘perspicácia empresarial’ em primeiro lugar; ela induz a assunção de riscos que produz a inovação e o crescimento econômico. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte, 2004, tradução nossa).

1.3 A União Europeia e o abuso de posição dominante

Em sentido oposto ao norte-americano, o artigo 102º(a) do Tratado de Funcionamento da União Europeia reconhece como espécie de abuso de posição dominante “impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas” (EUROPA, 2010, art. 102º). Sob o rótulo de preços e condições “não equitativas” (*unfair*), conforme em diversas ocasiões já esclareceu a Corte Europeia de Justiça, encontram-se tanto os preços estrategicamente baixos – predatórios – quanto os preços excessivos:

O abuso de tal posição [dominante] pode consistir, inter alia, na

qual o monopólio seria inevitavelmente evitado” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte, 1911, tradução nossa)

¹¹ Nas palavras do Juiz Learned Hand, da Corte de Recursos da Segunda Circunscrição americana, em seu famoso voto para o caso *ALCOA* (1945): Um único produtor pode ser o sobrevivente de um grupo de concorrentes atuantes, meramente em virtude de sua habilidade, visão e produção superiores. Nesses casos, um argumento forte pode ser feito no sentido de que, embora o resultado possa expor o público aos males do monopólio, o *Sherman Act* não objetiva condenar a resultante das mesmas forças que visa prioritariamente a incentivar: *finis opus coronat*. O concorrente bem-sucedido, tendo sido incentivado a concorrer, não deve sofrer retaliação quando vence. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Recursos da Segunda Circunscrição, 1945, tradução nossa).

imposição de um preço que seja excessivo em relação ao valor econômico do serviço prestado [...].(EUROPA. Corte Europeia de Justiça, 1975).

O mesmo artigo estende o conceito do abuso de posição dominante às demais práticas exploratórias, com repercussão direta ou indireta no nível de preços e de caráter mais diretamente prejudicial ao consumidor, como os atos de “limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores” (artigo 102º “b”).

A legislação europeia, então, reconhece que “o monopolista carrega deveres especiais de não explorar completamente seu poder de monopólio, e não criar tão grande ineficiência alocativa no mercado” (GAL, 2004, p. 21).

Para se explicar, então, a distinção entre as jurisdições norte-americana e europeia no tocante à abordagem das práticas unilaterais, um feixe de razões concorrentes é identificado pelos estudiosos do assunto: (a) maior ceticismo quanto à autocorreção do mercado¹²; (b) o caráter instrumental do direito concorrencial europeu à meta de integração regional através do mercado único (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2012, p. 35)¹³; (c) a influência do ordoliberalismo na formulação do Tratado (GAL, 2004, p. 26)¹⁴; preocupações de justiça distributiva e acesso a bens fundamentais (2004, p. 28).

A Corte Europeia de Justiça pronunciou-se, em diversos julgamentos, no sentido de que preços exploratórios podem ser objeto de condenação sob o art. 102 (antigo art. 82)¹⁵. Em poucos casos, contudo, foram implementadas

¹² “Há, também, a noção de que a Europa continua cativada por uma filosofia pró-regulatória profundamente enraizada que subestima a aptidão dos mercados a se auto corrigirem, e deposita confiança excessiva na capacidade das autoridades concorrenciais de corrigir falhas de mercado” [...]. (SCHWEITZER, 2007, p. 22 – tradução nossa).

¹³ “[P]ermitir que todos os membros da comunidade adquiram produtos e serviços similares é, então, considerado parte do ethos comunitário” (GAL, 2004, p. 30).

¹⁴ Desenvolvida na primeira metade do século XX, a ideologia ordoliberal via-se como uma “terceira-via” entre a economia centralmente planejada do socialismo e o mercado desregulado sob o *laissez-faire* liberal. Postulam a necessidade de uma Constituição Econômica, dentre cujos princípios está a ideia de regulação de monopólios para cobrança de preço *justo*, que seria o correspondente ao cobrado em um mercado competitivo, “como se” houvesse concorrência naquele mercado (ideia que ficou conhecida como “*as if approach*”) (AHLBORN; GRAVE, 2006, p. 198-204).

¹⁵ Destacam-se os casos *United Brands*, *Sirena*, *Deutsche Grammophon*, *British Leyland*, *Ahmed Saeed*, *Sacem*, *Bodson*, dentre outros. Essas decisões serão analisadas oportunamente.

condenações¹⁶, em razão de uma série de dificuldades de caráter prático, a serem discutidas posteriormente nesse trabalho. Esse quadro leva alguns autores a apontarem que os preços exploratórios vêm sendo objeto de uma “negligência benigna” (SCHWEITZER, 2007, p. 23) por parte da Corte Europeia que, em sua práxis, tem se aproximado da postura norte-americana de priorização de abusos exclusionários (SCHWEITZER, 2007, p. 24).

Na última década, contudo, vem-se observando uma importante retomada de interesse no tema, especialmente incentivada pela aplicação do instituto dos preços exploratórios por parte das autoridades nacionais europeias, em especial nas jurisdições inglesa e holandesa (GAL, 2004, p. 44).

Segundo Motta e Strel (2007, p. 15), uma das razões para esse movimento é a insatisfação com o processo de liberalização europeia, e, mais particularmente, pelo alto nível de preços em setores recentemente privatizados e desregulados. O movimento vem acompanhado de renovadas abordagens jurídico-econômicas acerca do tema, que merecerão análise mais detalhada adiante.

1.4 A normatividade do conceito de preço exploratório

A concepção elementar de preços exploratórios, acima apresentada, estrutura-se em função da ideia da elevação artificial de preços *em razão do exercício do poder de mercado*, não se baseando em uma tentativa de atribuição de valor intrínseco a determinado bem, ou na ilicitude de qualquer preço “alto”.

A Corte Europeia de Justiça, no julgamento do caso *United Brands* (1978) – em que, dentre outras questões, discutia-se se a *United Brands Company* havia abusado de sua posição dominante através da imposição de preços excessivos para a venda de bananas a consumidores na Bélgica, Luxemburgo, Dinamarca e Alemanha – estabeleceu paradigmaticamente que a questão essencial é determinar se “a empresa dominante fez uso das oportunidades proporcionadas por sua posição dominante de modo a arrecadar benefícios comerciais que não teria arrecadado caso houvesse concorrência normal e suficientemente efetiva” (EUROPA, 1978, § 249). Presente essa hipótese, “cobrar um preço que é excessivo porque não tem relação razoável com o valor econômico do produto fornecido seria um abuso de posição dominante” (EUROPA, 1978, §9).

A ideia da relação entre preço e valor econômico do bem foi reiterada em diversos outros julgamentos, porém sempre mantida no contexto do abuso

¹⁶ Em especial, os casos *General Motors* (1975) *British Leyland* (1986).

de poder econômico¹⁷.

Observe-se, aqui, que o conceito de preço excessivo adotado é **normativo**: a excessividade exsurge da comparação entre os quadros fáticos do abuso de poder econômico e da ausência de tal abuso, de que derivam conclusões acerca da eficiência econômica e do papel do Estado em corrigir defeitos na alocação dos recursos, em prol da ampliação do acesso a bens artificialmente encarecidos em razão de uma forma de abuso do direito de propriedade¹⁸.

Não se trata, portanto, de uma tentativa de atribuir um valor econômico intrínseco, objetivo ao bem, visto que “uma referência ao valor econômico de um serviço ou produto não é autoexplicativa. Em essência, o valor econômico de algo é decidido pelo mercado” (WAHL, 2007, p. 53, tradução nossa)¹⁹.

A compreensão da excessividade de preços como algo intrínseco e objetivamente apurável é o mote da crítica dos autores que afirmam que, uma vez que os preços são encontrados no mercado – na interação voluntária entre oferta e demanda – o conceito de excessividade seria ilógico:

Preços de monopólio não são ‘excessivos’, no sentido de que o consumidor pode deixar de consumir, e, de fato, isso ocorre. Caso contrário, o monopólio teria apenas efeitos distributivos, sendo neutro do

¹⁷Cf., por exemplo, no caso *General Motors* (1975): “price which is excessive in relation to the economic value of the service provided”, no *British Leyland* (1986): “[price] clearly disproportionate to the economic value of the service provided and that that practice constituted an abuse by BL of the monopoly it held by virtue of the british rules” e, mais recentemente, no *Crespelle* (1994): “an undertaking abuses its dominant position where it has an administrative monopoly and charges for its services fees which are disproportionate to the economic value of the service provided [...]. Likewise, approved centres would be abusing their dominant position if they were to charge to users costs in excess of the additional costs actually incurred in obtaining and conserving until insemination semen imported at the request of a user from another Member State”.

¹⁸Em nosso sistema constitucional, esse padrão normativo é deduzido da consagração do princípio da livre concorrência, do dever estatal de reprimir o abuso de poder econômico que leve ao aumento arbitrário de lucros, do objetivo da ordem econômica de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social – que torna inaceitável a restrição da oferta e a discriminação arbitrária do acesso ao mercado por parte dos consumidores de faixa de renda inferior – e, por fim, do princípio da função social da propriedade.

¹⁹“Respectfully, it is however submitted that a reference to the economic value of a service or product is not self-explanatory. In essence, the economic value of something would rather seem to be decided by the market”.

ponto de vista da eficiência. Da mesma forma, os lucros do monopolista não são arbitrários, porque ele (ou ela) pode determinar unilateralmente o preço ou a quantidade, mas não as duas coisas ao mesmo tempo. Mesmo o monopolista está submetido a uma regra, expressa pela curva de demanda. (NUNES, 2007, p. 01, sem grifos no original).

A título comparativo, tem-se que os preços de cartel são, igualmente, formados através da interação voluntária entre oferta e demanda, sem que isso levante questionamentos acerca da logicidade de seu conceito. Com efeito, a ilicitude dos preços cartelizados deriva de sua comparação, em bases normativas, com a perspectiva de que, ausente o exercício coordenado de poder de mercado, outro nível de preços (inferior) seria praticado. O cartel será condenado, nesse caso, somente na medida de seu potencial em elevar os preços do mercado relevante.

Afirmar-se, então que o direito concorrencial preocupa-se somente com o *processo* competitivo, e não com seus *resultados*, é incoerente com um sistema jurídico fundamentalmente construído sob o cânone interpretativo da regra da razão, e sob uma ideia de ilicitude em razão do potencial de causar determinados *efeitos*.

Aperfeiçoando esse raciocínio, Ruiz (2011, p. 285 *et seq.*) observa que o conceito de abusividade de preço requer, para além do comprador e do vendedor, a figura do Estado, de onde deriva o padrão de indesejabilidade de determinado preço em razão de determinada estrutura econômica.

Assim sendo, seria ilógico falar em preços abusivos no contexto de uma negociação privada, em que os agentes envolvidos (comprador e fornecedor) não fazem mais do que voluntariamente maximizar seus lucros. Há, portanto, somente preços ótimos e não-ótimos, mas nunca abusivos. Por outro lado, diante de um parâmetro normativo colocado pelo Estado, passa a haver a figura do preço abusivo, sempre resultado de “uma avaliação e um julgamento de agentes públicos” (RUIZ, 2011, p. 286).

1.6 *Práticas Exploratórias e o direito concorrencial brasileiro, à luz da Lei Federal nº 12.529/11.*

A Constituição da República de 1988, erigindo a *livre iniciativa* como fundamento da República (art. 1º, IV), bem como da ordem econômica (art. 170, *caput*) – ao passo que reconhece, à *livre concorrência*, o caráter de princípio – adota, como regra, um regime de livre precificação, sendo essencial que eventual intervenção pública em face dos preços praticados pelos agentes econômicos seja excepcional e justificada face à ordem econômica constitucional (FERRAZ JUNIOR, 1989, p. 78).

O termo “livre precificação”, contudo, não quer dizer que essa atividade encontre-se isenta de balizas jurídicas, uma vez que o Estado brasileiro, na condição de “agente normativo e regulador da economia” (CR/88, art. 174), deverá garantir que a atividade de precificação privada mantenha-se em concordância com os demais princípios constitucionais regentes da ordem econômica – em especial, com o poder-dever público de reprimir o “abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, §4º).

O sistema jurídico concorrencial brasileiro, como se afirmou, fundamenta-se na ideia de que a intervenção do poder público é necessária em face de condutas e concentrações econômicas em que se identifique o risco de exercício unilateral ou coordenado de poder de mercado, que seja apto a ocasionar os efeitos exploratórios descritos pelo modelo econômico do monopólio: restrição de oferta, preços artificialmente elevados e diminuição dos incentivos para inovação, dentre outros.

Decorrencia lógica desse entendimento, então, é que também deverão constituir objeto de intervenção estatal concorrencial as condutas que caracterizem diretamente tais efeitos.

A Lei Federal nº 8.884/94, em seu rol exemplificativo de condutas anticoncorrenciais, estipulava, em seu art. 21, como possível ilícito:

XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

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

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

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

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

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

O diploma legal em questão não foi repetido pela Lei nº 12.529/11, promulgada em 30 de novembro de 2011. A atual lei de defesa da concorrência reproduziu, em seus contornos essenciais, a integralidade da sistemática do controle de condutas previsto pela legislação anterior. No rol exemplificativo de condutas anticoncorrenciais em vigor (art. 36, §3º), contudo, não consta, expressamente, a proibição de preços excessivos.

A omissão legislativa não possui repercussão, contudo, no tratamento

jurídico do tema. Em primeiro lugar, a conclusão decorre do amplíssimo âmbito de validade objetivo do citado art. 36, que estipula constituírem infração concorrencial os atos “sob qualquer forma manifestados”, desde que potencialmente aptos à causação dos *efeitos* ali descritos, como o aumento arbitrário de lucros e o exercício abusivo de posição dominante. A abrangência da proibição é confirmada pelo *caput* do §3º do mesmo artigo, que reitera o caráter exemplificativo do rol que apresenta.

Em segundo, a ilicitude dos preços excessivos impõe-se por razões de coerência lógico-sistemática do direito concorrencial pátrio, uma vez que – sob o cânone interpretativo da *regra da razão* – o tratamento jurídico-concorrencial de quaisquer outras condutas econômicas é aferido, justamente, na medida de sua aptidão para viabilizar práticas exploratórias no mercado relevante, considerando-se seus efeitos econômicos líquidos.

Se, então, as concentrações econômicas e as condutas diversas clamam por intervenção estatal tão-somente na medida em que sejam aptas a viabilizar práticas exploratórias (em especial, o aumento de preços), com ainda mais razão deverá ser reconhecida a ilicitude dos atos que, diretamente, caracterizem tais práticas.

Observe-se, por fim, que algumas das condutas exemplificadas pelo rol do §3º do art. 36 constituem implicação direta da perspectiva da indesejabilidade de diminuição artificial de oferta, o que, conceitualmente, é equivalente à ideia de preços exploratórios. São elas a destruição, inutilização ou açambarcamento de insumos, produtos intermediários ou acabados (art. 36, §3º, XIII), retenção de bens de produção e consumo (XVI) ou cessação parcial ou total das atividades empresariais sem justa causa (XVII).

A par, portanto, do caráter abrangente das prescrições do art. 36 da Lei nº 12.529/11, é fatal à coerência das razões fundantes e da teleologia do direito concorrencial brasileiro eventual argumento que estipule não constituírem os preços exploratórios um ilícito na Lei em vigor.

1.7 Práticas exploratórias e o SBDC

A prática de preços exclusionários não parece suscitar grande polêmica em nossa comunidade jurídica. Na situação em que o preço excessivo, autonomamente, represente instrumento para determinada prática exclusionária de recusa de venda (*exclusionary pricing*), o que se estará punindo nessa situação não será o preço excessivo em si, mas a prática exclusionária por ele traduzida²⁰.

20 O ‘preço excessivo’ pode também constituir parte de uma estratégia de exclusão de

Tratando-se de preços exploratórios, contudo, a história do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) – embora revele considerável quantidade de processos administrativos com vistas à investigação e análise dessa prática, especialmente nos primeiros anos de vigência da Lei nº 8.884/94²¹ – não registra uma condenação sequer. No âmbito doutrinário tem-se, ademais, que um dos trabalhos de maior repercussão quanto ao tema compara os preços abusivos às “*cabeças de bacalhau*”, numa referência à imensa dificuldade de identificação (SANTACRUZ, 1998).

No âmbito dos processos em que esta prática chegou a ser discutida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), contudo, é possível identificar o embate de duas posições teóricas distintas acerca do controle de preços excessivos pela autoridade antitruste, que revelam a proficuidade dos debates levantados pelo instituto em questão²².

Um primeiro grupo de argumentos defende a impossibilidade de se considerar o preço exploratório – enquanto conduta autônoma – uma infração à livre concorrência, pelas seguintes razões: (a) a autocorreção dos mercados (CADE, 2008, p. 3; CADE, 2010c, p. 25); (b) a função social dos lucros de monopólio como estímulo à inovação e demais investimentos arriscados (CADE, 2007, p. 2; CADE, 2010c, p. 25); (c) a ideia de que os preços abusivos não podem ser caracterizados *per se*, constituindo mero indício de outra

concorrentes em etapas verticalmente relacionadas, em uma variação no contínuo de uma estratégia de recusa de venda [...]. A relação entre as duas condutas está no fato de uma recusa de venda ser conceitualmente equivalente a um preço infinito e, portanto, impossível de ser pago. (CADE, 2009a, p. 11).

21 Nesse sentido, observa o Relatório Anual de Atividades do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, ano 1998/99: “A conduta mais frequente foi mais uma vez a de aumento abusivo de preços, com 20% do total. No Relatório anual de 1997 acentuou-se que essa alta incidência de processos relacionados ao aumento abusivo de preços devia-se ao fato de que as circunstâncias da industrialização brasileira criaram um ambiente de ingerência em variáveis de mercado, com base na vertente normativa identificada como de proteção à economia popular [...]. Observe-se, no entanto, que a participação relativa dessa conduta é declinante ao longo do tempo. Em 1996, o aumento abusivo de preços representava 50,5% do total de Processos e em 1997, 25,3%” (CADE, 1999, p. 11-12).

22 Tais posições firmaram-se, especialmente, nos debates ocorridos no ano de 2010, no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.003648/1998-05, em que consta representação por abuso de poder econômico em face da empresa White Martins Gases Industriais S/A, em razão de, dentre outras práticas, ter efetuado “repentino, injustificado e excessivo” aumento de preços na distribuição de oxigênio em janeiro de 1998, de R\$ 2,50 (dois reais e cinquenta centavos) para R\$ 4,00 (quatro reais) o metro cúbico.

infração à ordem econômica ou de falha de mercado que deveria ser objeto de regulação²³; (d) “dificuldades na mensuração do preço competitivo e, em contrapartida, na identificação do preço excessivo” (CADE, 2010c, p. 24-26), haja vista a assimetria de informação entre a autoridade antitruste e a estrutura de custos empresariais, além de outros problemas metodológicos mais elementares²⁴;

Em razão desses argumentos, estipula-se que os dispositivos legais relacionados ao preço excessivo padeceriam de um “problema de eficácia”, advogando-se que, “de forma a evitar que novas denúncias do gênero obriguem o SBDC a desperdiçar recursos com situações que não poderão gerar condenação”, não mais se instaurem procedimentos investigatórios relacionados ao preço excessivo enquanto prática isolada, ressalvada a hipótese da recusa de venda (CADE, 2010c, p. 30).

O segundo grupo de argumentos visa a evidenciar que “não é tão simples e, talvez, não seja conveniente riscar, para sempre, a infração de preço abusivo do rol de infrações concorrenciais” (CADE, 2010a, p. 15).

Manifesta-se a preocupação em garantir a máxima concretude possível às intenções do constituinte e do legislador infraconstitucional, que, embora construídas com alto grau de abstração, teriam tido “a intenção de manter possível a caracterização e, eventualmente, a sanção de práticas como o ‘aumento arbitrário de lucros’ [artigo 173, §4º da Constituição e artigo 20, III, da Lei nº 8.884/94] e a ‘imposição de preços excessivos [artigo 21, XXXIV e parágrafo único da Lei nº 8.884/94]” (CADE, 2010c, p. 20).

Busca-se, paralelamente, problematizar situações em que a recusa da autarquia antitruste em analisar representações envolvendo preços excessivos possa frustrar os objetivos constitucionais da proteção ao consumidor e repressão ao abuso de poder econômico. Nesse sentido, a manifestação do Prof. Ruy Santacruz:

caso semelhante é o da firma que detém poder de mercado conquistado através de uma maior eficiência, que produz e comercializa um bem final

23 “Em caso, contudo, de mercados cujas falhas ou externalidades sociais 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. Interferir nesse processo de formação de preço foge ao escopo do Conselho”. (CADE, 2008, p. 4).

24 “mesmo interpretando a idéia de preço abusivo à luz de um referencial teórico microeconômico clássico, ainda restaria o problema de conhecer os parâmetros das curvas de demanda e oferta para definir se está ou não praticando um preço acima do custo marginal, o que configura um quase insuperável problema operacional”. (CADE, 2009b, p.10).

de consumo contínuo, sem substituto perfeito, sem patentes, mas que opera num subsegmento de mercado que conta com barreiras à entrada derivadas de distribuição, propaganda, etc. Diante de uma reduzida concorrência efetiva, reduzida concorrência potencial e baixa elasticidade-preço da demanda, essa firma, a partir de certo momento, passa a aumentar sistematicamente seus preços, sem contrapartida em custos ou pressões de mercado, aumentando seus lucros de forma significativa através de uma transferência compulsória de parte da renda dos seus demandantes – possivelmente, mas não necessariamente, bons e gentis velhinhos. A pergunta que se faz, então, é a seguinte: trata-se de um problema antitruste? Se a resposta for não, que este não é um problema antitruste, elimina-se um enorme problema para o investigador. [...] [R]esta ao investigador lamentar-se pela perda de bem-estar econômico [...]. Já se a resposta for sim, [...] então a questão do preço abusivo (ou, mais precisamente, do aumento arbitrário de lucros, previsto no artigo 20 da lei 8.884/94) precisa ser examinada e colhida pelo investigador. (SANTACRUZ, 1998, p. 20).

Outro exemplo apresentado, com esse mesmo objetivo, refere-se aos direitos de propriedade intelectual sobre cultivares (Lei nº 9.456/97), cuja legislação de regência exige o licenciamento compulsório de propriedade intelectual pelo CADE na hipótese de preços excessivos²⁵.

Em atenção, portanto, à necessidade de administrar o maior grau possível de eficácia às normas relacionadas à precificação excessiva – com vistas, inclusive, a evitar situações de anomia como as exemplificadas – é que se passa a reunir argumentos para fundamentar o controle de preços excessivos pela autarquia antitruste, assim resumidos pelo Departamento de Estudos Econômicos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica:

(i) há necessidade de coerência com os objetivos da política antitruste, uma vez que a clara ameaça ao consumidor representada pelos preços abusivos exige o uso da política antitruste para evitá-los, ou penalizar quem os pratica; (ii) a regulação de preços pode ocorrer tanto no âmbito da defesa da concorrência, quanto da defesa do consumidor ou da regulação de mercados; (iii) as dificuldades de avaliação são exageradas; (iv) as potenciais distorções causadas pela regulação de preços são superestimadas; e (v) a regulação de preços não é o único remédio, sendo possível atacar as causas dos preços abusivos e não somente os efeitos

²⁵ Com relação a uma tal situação, argumentou o então Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho: “Ocorre que, mesmo na ausência de um parâmetro normativo para saber o que é um preço aceitável e um preço proibitivo, o CADE terá que se posicionar sobre o assunto, avaliando se há ou não abusividade na política de precificação. Pensar o contrário seria admitir uma catástrofe nacional”. (CADE, 2010a, p. 16).

(alto preços). (CADE, 2010, p. 299).

Busca-se, com base nesses fundamentos, fixar parâmetros para a determinação dos casos em que a autarquia antitruste deverá atuar na investigação de preços excessivos exploratórios, a exemplo do teste proposto pelo Conselheiro Ricardo Machado Ruiz:

- (a) A firma precificadora deve ter posição dominante no mercado relevante;
- (b) Os produtos e serviços considerados devem ser comparáveis nas dimensões tecnológicas. Evita-se, assim, comparar preços de produtos que sofreram modificações tecnológicas significativas ou que incorporam alguma elaboração ou serviço complementar (“customização”);
- (c) A prática de preço abusivo deve ter algum grau de generalização na indústria. O objetivo é eliminar os conflitos pontuais de negociação de preços e excluir casos com particularidades. [...];
- (d) O agente que pratica o preço abusivo deve fazê-lo por um período de tempo relevante. A intenção é eliminar casos onde as oscilações de preços tenham relação com instabilidades sazonais e típicas da indústria. [...];
- (e) Caso a firma formadora de preços tenha alguma exclusividade na oferta de produtos e serviços e/ou no uso de técnicas produtivas, existem condições estruturais para a prática de preços abusivos. Nesse caso deve-se argumentar sobre a impossibilidade de se obter um produto ou serviço substituto;
- (f) A existência de relações econômicas diretas ou indiretas entre a firma precificadora e as firmas demandantes ou ofertantes. Nesse caso temos uma relação vertical que pode estar relacionada a uma estratégia exclusionária [...];
- (g) A prática de preço abusivo não pode se confundir com oscilações de preços relacionadas a choques exógenas à indústria. Por exemplo, mudanças nos preços de produtos e serviços intermediários geram mudanças nos preços dos produtos e serviços finais. [...]. (CADE, 2010b, p. 16).

2. Erro, incerteza e a eficácia das normas concorrenciais brasileiras

Muito embora o reconhecimento do dever público de atuação em face dos preços exploratórios imponha-se como essencial à coerência da política concorrencial, as dificuldades de implementação desse instituto, mencionadas no capítulo anterior, não devem ser minimizadas.

Como mencionado, a implementação da proibição de preços exploratórios enfrenta importantes dificuldades – a saber, imprecisões na sua

definição em concreto, mensuração e remédios aplicáveis, aliadas ao alto custo associado a condenações errôneas.

Em razão dessas dificuldades, alguns teóricos defendem que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, “de forma a evitar que novas denúncias do gênero obriguem o SBDC a desperdiçar recursos com situações que não poderão gerar condenação”, se exima de receber novos procedimentos que tenham por objeto os preços exploratórios, instituto jurídico que seria carente de eficácia fática e técnica (CADE, 2010c, p. 30).

A repressão ao abuso de poder econômico que acarrete, dentre outros efeitos, o “aumento arbitrário de lucros” é, contudo, comando constitucional (art. 173, §4º, CR/88). O manejo da legislação baseada nesse dispositivo deve, portanto, obediência a importantes parâmetros hermenêuticos derivados de tal *status* constitucional. É essencial para essa tarefa “atingir um sentido que torne efetivos e eficientes os grandes princípios de governo, e não os contrarie ou reduza a inocuidade” (MAXIMILIANO, 2010, p. 250).

Assim sendo, para que uma interpretação no sentido da ineficácia fática²⁶ e técnica²⁷ do instituto dos preços exploratórios seja considerada constitucional, esta deverá ser estruturada com base em argumentos sólidos o suficiente para que não se verifiquem indícios de outras interpretações que, por sua vez, possam conferir maior grau de eficácia ao preceito constitucional citado e, portanto, devam prevalecer.

Cabe, portanto, questionar: seria a incerteza na mensuração e implementação de um instituto de direito concorrencial fator suficiente para negar-lhe eficácia, tendo-se em vista as características peculiares desse ramo jurídico? A possibilidade de erros e seu alto custo potencial seriam o suficientes para impedir sua aplicação em toda e qualquer circunstância?

A negativa às questões acima, conforme se verá a seguir, é fundamento para a sugestão de que é necessária, para o instituto dos preços exploratórios, uma teoria da decisão mais complexa do que a adoção de uma regra genérica e universal de legalidade *per se*.

²⁶Para Ferraz Junior (1994, p. 198), há eficácia fática quando estão presentes as condições fáticas para sua observância ou para a satisfação de seus objetivos.

²⁷A eficácia técnica, por sua vez, compreende, para Ferraz Junior (1994, p. 199), os “requisitos técnicos, sem os quais a norma não pode produzir seus efeitos. Por exemplo, a norma prescreve que crimes hediondos serão inafiançáveis, mas transfere para outra norma a definição de hediondo. Enquanto esta não existir, a primeira não poderá produzir efeitos. Fala-se, então, de eficácia ou ineficácia técnica”.

2.1 *A incerteza e o erro no direito concorrencial*

As dificuldades de ordem metodológica na aferição da excessividade de preços jamais poderiam ser consideradas exclusividade do instituto dos preços exploratórios. O direito concorrencial é, por natureza, afeito à incerteza e ao erro.

Em razão da complexidade e da dinamicidade do fenômeno econômico, as normas de direito da concorrência são, tipicamente, formuladas em termos amplos e dificilmente unívocos.

A incerteza e insegurança – em face das múltiplas interpretações possíveis e observáveis do dispositivo legal – poderiam ser temperadas na hipótese de a autoridade concorrencial dispor de um instrumental teórico e de uma metodologia analítica aptos a oferecerem, em cada caso concreto, uma interpretação da realidade econômica que eliminasse a possibilidade de erro ou dúvida, insuscetível de sérios questionamentos. Tal aparato não existe.

Devlin e Jacobs (2000a) exemplificam tal argumento a partir do cânone interpretativo da regra da razão. Segundo a decisão paradigmática da Suprema Corte norte-americana para o caso *Chicago Board of Trade v. United States*, a regra da razão demanda analisar:

fatos peculiares ao negócio ao qual a restrição do comércio se aplica, sua condição anterior e posterior à imposição da restrição, a natureza da restrição, seus efeitos, reais ou prováveis. A história da restrição, o mal que se acredita existir, a razão para adoção de determinado remédio, o propósito ou fim que se busca obter, todos são fatos relevantes. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte, 1918, tradução nossa).

Incorpora-se, portanto, uma perspectiva dinâmica da análise de eficiências concorrenciais, em que a indesejabilidade de cada prática é avaliada conforme seus *efeitos líquidos* no bem estar, apurados a partir de uma avaliação do *comportamento futuro* dos atores do mercado relevante.

Tal perspectiva é uma das contribuições da sinergia entre a análise econômica e o direito concorrencial, de que decorre o princípio de que atos que acarretem, em curto prazo, prejuízos ao consumidor podem, posteriormente, gerar consideráveis benefícios.

No pensamento antitruste, o pensamento estático, retrospectivo, é desfavorecido, e com boas razões. Ele tem sido suplantado por uma abordagem dinâmica que olha para os efeitos futuros de comportamentos atuais, e tenta imaginar toda a gama de respostas do mercado à conduta empresarial em questão – não simplesmente dos consumidores, como também dos concorrentes, empresas da franja, novos entrantes e

investidores. A abordagem dinâmica é tão amplamente aceita e desenvolvida que não se pode realisticamente contemplar uma metodologia antitruste divorciada de preocupações acerca de efeitos competitivos futuros. Contudo, análise dinâmica e erro andam de mãos dadas, inevitavelmente. (DEVLIN; JACOBS, 2010a, p. 91, tradução nossa).

A mesma análise econômica que, por um lado, sugere essa análise intertemporal de efeitos líquidos não oferece, por outro, instrumental teórico e analítico para a formulação de projeções seguras acerca da realidade mercadológica futura.

a teoria microeconômica dos preços tem aptidão limitada para derivar conclusões objetivamente verificáveis a respeito de práticas comerciais, cujos efeitos a longo prazo não podem ser previstos com nenhum tipo de exatidão. (DEVLIN; JACOBS, 2010b, p. 262, tradução nossa).

Além dos preços exploratórios – cujo debate fundamenta-se em uma análise, a longo prazo, dos efeitos da intervenção sobre a inovação e incentivos para investir, bem como da probabilidade de contestação da posição dominante de que origina a precificação excessiva – outros institutos do direito da concorrência fundamentam-se nesse mesmo tipo de incerteza, dentre os quais se destacam a análise de atos de concentração e de práticas exclusionárias²⁸.

Em outros pontos, também, observa-se a impossibilidade de a análise antitruste processar-se em um território de certezas. A elasticidade da definição de mercado relevante, por exemplo, traz problemas de objetividade à aplicação de qualquer instituto do direito concorrencial²⁹.

Por fim, a já mencionada dificuldade de apuração dos custos empresariais, presente não só na aplicação do instituto de preços exploratórios

²⁸“Benefício ao consumidor em curto prazo – definitivo e mensurável – deve ser pesado em face de um complexo cenário que pode, como não pode, produzir males de alguma quantia indeterminável em algum incognoscível momento futuro. Por causa da natureza intertemporal dessa hipótese – benefícios agora, talvez grandes males no futuro – esse ‘cálculo’ pode ser não mais do que um palpite, e palpites frequentemente estão errados” (DEVLIN; JACOBS, 2010, p. 90, tradução nossa).

²⁹Observa Pitofsky (1987, p. 825, tradução nossa), quanto a esse particular: “a medição do poder de mercado, que requer a definição de mercado relevante de produto e geográfico, é o aspecto mais esquivo e indigno de confiança do direito concorrencial. Uma defesa baseada na ausência de poder de mercado só é tão válida e confiável quanto o processo de medição em si. Enquanto técnicas de medição de poder de mercado são provavelmente mais confiáveis e sofisticadas do que foram em anos anteriores, deve-se, contudo, ser cauteloso com relação a adotar o poder de mercado como um critério de seleção que irá dominar todos os aspectos da aplicação do direito antitruste”.

como em qualquer discussão que envolva o dever de contratar, a teoria das *essential facilities*, a predação, o abuso de direitos de propriedade intelectual, o cálculo de eficiências e a probabilidade de exercício de poder de mercado em atos de concentração.

Como se descreveu, nega-se eficácia “fática” e “técnica” ao instituto dos preços exploratórios em razão da inexistência de um critério inquestionável para sua caracterização (CADE, 2010c, p. 24-26).

A levar-se esse argumento às últimas consequências, haveria de assentar-se, então, o raciocínio de que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência deve eximir-se de atuar em situações em que não haja certeza na interpretação da realidade econômica. Tal empreendimento, como visto, faria sobrar limitadíssima área de atuação ao direito concorrencial brasileiro.

Se se assume, afinal, ser impossível determinar se um preço praticado é realmente prejudicial à ordem econômica – e que essa impossibilidade é um obstáculo à eficácia de uma norma jurídica concorrencial – de que maneira seria defensável a tese de que os cartéis são condenados sob a regra da razão, na medida de seus *efeitos* deletérios à ordem concorrencial e aos consumidores?

2.2 A teoria da decisão no direito concorrencial das práticas exploratórias

O direito concorrencial contemporâneo, diante do reconhecimento de suas limitações em apurar de forma exata e indubitável a realidade econômica, aceita e acolhe, em seu repertório teórico, a ideia da incerteza e da possibilidade de erro.

Ascende, no contexto do direito concorrencial, a importância da teoria econômica da decisão sob incerteza: considerando-se os custos de intervenção e o risco de erros – os quais, por si só, podem acarretar maiores prejuízos ao bem-estar social do que a prática anticompetitiva objeto da intervenção – procura-se formatar critérios para decidir *se* e *quando* deverá a autoridade concorrencial atuar em determinadas situações. Esse raciocínio é descrito por Horowitz:

Seguramente, em um mundo de administração legal sem custos, e em que a caracterização de uma prática anticompetitiva é uma questão facilmente e rapidamente resolvida, a decisão de investigar e instaurar processos contra uma suposta prática anticompetitiva seria uma conclusão já posta: todas as suspeitas desse tipo seriam apuradas. Em nosso mundo, contudo, a aplicação do direito antitruste não é livre de custos ou erros. O fator tempo é de enorme importância, e essas questões se combinam de modo tal que perseguir todas as suspeitas de comportamento anticompetitivo seria ineficiente ou impraticável.

Assim, a decisão de investigar ou não uma situação, bem como a decisão de se instaurar um processo, torna-se uma questão política. (HOROWITZ, 1977, p. 717, tradução nossa, sem grifos no original).

A escolha da postura da autoridade concorrencial em face de determinada prática suspeita subordina-se, então – para além da avaliação de potenciais prejuízos e benefícios da prática em questão para o bem-estar social – à consideração: (i) dos prejuízos ao bem-estar social associados a uma decisão incorreta de condenação de uma prática que, na verdade, não possuía caráter anticompetitivo; e, por outro lado, (ii) dos prejuízos ao bem-estar social associados à escolha de não-intervenção quando, de fato, uma prática anticompetitiva estava ocorrendo (HOROWITZ, 1977, p. 723)³⁰.

Duas categorias de erros são, então, estipuladas: os falsos-positivos (false convictions), denominados erros tipo I – condenação de uma prática que, na verdade, não possuía caráter anticompetitivo – e os falsos-negativos (false acquittal), denominados erros tipo II – não-intervenção quando, de fato, uma prática anticompetitiva estava ocorrendo.

Devlin e Jacobs (2000a) apontam, no direito concorrencial, uma preferência geral aos erros tipo II (falsas absolvições), sob o princípio geral de que a política concorrencial faz melhor em “pecar” pela falta do que pelo excesso, tendo em vista a teoria, enunciada por Easterbrook em seu trabalho “*Limits of Antitrust*” (1984) de que, enquanto práticas anticoncorrenciais não condenadas (falsas absolvições) tendem a ser erodidas pelas forças de mercado a longo prazo, condenações equivocadas anulam efeitos pro-competitivos jamais recuperáveis:

Se a corte erra por condenar uma prática benéfica, os benefícios podem estar definitivamente perdidos. Qualquer outra empresa que utiliza a prática condenada enfrenta sanções em nome do precedente firmado, não importando os benefícios. Se a corte erra por permitir uma prática deletéria, contudo, a perda de bem estar decresce ao longo do tempo. O monopólio é auto-destrutivo. Os preços de monopólio eventualmente atrairão a entrada. De fato, esse longo prazo pode ser daqui a um longo tempo, com perda para a sociedade nesse íterim. O propósito central do antitruste é acelerar a chegada do longo prazo. Mas isso não deve obscurecer o ponto: erros

³⁰“With the factors so quantified there is a greater likelihood that the “take action” act will be the optimal choice when the following is found: (1) the decisionmaker's initial feelings are strong that an anticompetitive act has occurred; (2) there is subsequent evidence to indicate a greater probability that an anticompetitive act has taken place; and (3) the loss associated with an incorrect decision to act as if there has been no anticompetitive behavior is greater than the loss associated with choosing to do nothing when in fact an anticompetitive act has taken place”.

judiciais que toleram práticas prejudiciais são autocorrigíveis, enquanto condenações errôneas não o são. (EASTERBROOK, 1984, p. 02, tradução nossa).

O acolhimento desse princípio de preferência pelos erros tipo II é perfeitamente observável nas discussões acerca da política concorrencial em face das práticas exploratórias.

Para Evans e Padilla (2005, p. 23), o principal custo de um erro tipo I em um caso lidando com preços exploratórios – ou seja, condenar-se uma política de precificação que, na verdade, é pró-concorrencial – seria a redução dos incentivos para investir e inovar, não só para as empresas que atuam no mercado relevante em que foi processada a intervenção, mas sim em toda a economia.

A hipótese dos autores é a de que a política pública atuaria especificando uma regra genérica, do tipo: “um preço é excessivo se é X % maior do que os custos” (EVANS; PADILLA, 2005, p. 25, tradução nossa).

Argumentam, então, que, nesse caso, a política pública estaria criando um “teto” para os lucros empresariais (*upper bound to profits*). Tendo em vista que os lucros a serem obtidos a partir de determinado investimento são incertos, *ex ante*, a decisão de investimento, pelo agente econômico, será feita tão-somente caso haja expectativa de um retorno tal que exceda seus custos de capital. Essa expectativa de retorno seria, então, desde já eliminada nos casos em que o retorno necessário seja superior ao permitido pelo “teto”. A ideia é resumida pelo gráfico seguinte:

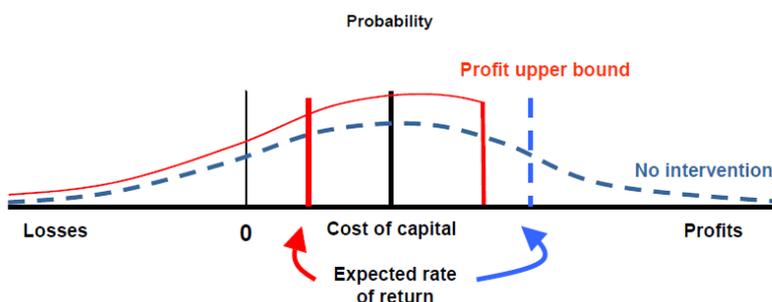


Figura 1 - O efeito de uma estrita política pública de preços abusivos nos investimentos
Fonte: EVANS; PADILLA, 2005, p. 23.

Em termos de bem-estar social, prosseguem os autores, esse custo seria representado pela não-introdução no mercado de determinados bens para os quais há demanda em potencial.

Por sua vez, o custo de um erro tipo II – deixar de condenar preços que, na verdade, são exploratórios – seria a perda de bem-estar social decorrente da exclusão de uma parcela de consumidores do mercado, e, de modo geral, a diminuição do excedente do consumidor, uma vez que alguns consumidores irão pagar mais pelo bem do que teriam de desembolsar em um mercado perfeitamente competitivo.

Com o gráfico a seguir reproduzido, os autores representam os custos, em termos de bem-estar social, de erros tipo I (área “A”) e erros tipo II (áreas “B” e “C”).

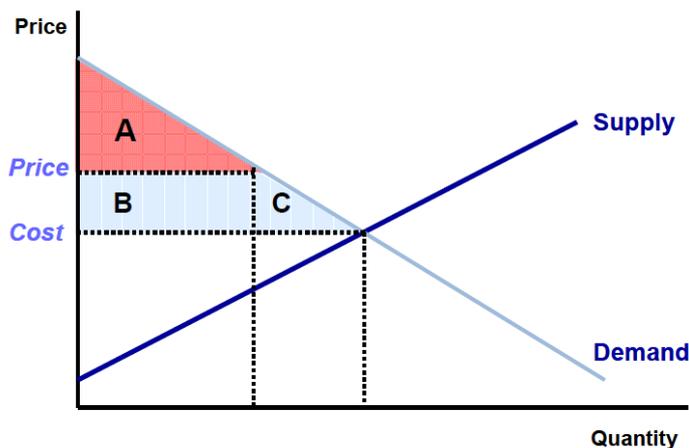


Figura 2 - O custo de erros tipo I e tipo II em casos de preços exploratórios

Fonte: EVANS; PADILLA, 2005, p. 24.

Concluem os autores, a partir das hipóteses acima descritas, que o custo de erros tipo I é maior em setores em que a inovação e investimentos arriscados ocupam posição de destaque: setores em que o lançamento de novos produtos e serviços é essencial para permanência no mercado; setores ainda pouco explorados, em que os agentes necessitam, através de tentativa e erro, aprender o modelo de negócios adequado; ou setores que, embora maduros, passem por mudanças tecnológicas que demandem o aperfeiçoamento de serviços³¹.

³¹“O custo desse tipo de erro é tipicamente grande em setores em que tentativa e erro são comuns, em que o custo de experimentação é alto, mas o retorno para o sucesso é potencialmente enorme. [...] Em todos esses casos, o tamanho da área A tende a ser grande, enquanto será menor em setores maduros ou decadentes em que o investimento não é mais um grande fator”. (EVANS; PADILLA, 2005, p. 24-25, tradução nossa).

O custo de erros tipo II, por sua vez, tende a ser tanto maior quanto mais amplas forem as diferenças entre custos e preços (área “B” do gráfico) e maior for a elasticidade da demanda (o que influi no tamanho da área “C” do gráfico) embora, contudo, os autores destaquem que a diferença entre custos e preços tende a ser menor em mercados com alta elasticidade da demanda. Os custos tendem a serem menores quando há poucas barreiras à entrada, situação em que as forças do mercado tendem a fazer com que entrantes contestem os preços praticados pelas incumbentes (EVANS; PADILLA, 2005, p. 25).

Em uma linha de pensamento coincidente com a de Easterbrook, os autores sugerem que uma legalidade *per se* dos preços exploratórios seria a política mais favorável ao bem-estar social, em razão da dificuldade de identificação de preços ineficientes, o papel da inovação e a crença na autocorreção do mercado (EVANS; PADILLA, 2005, p. 29).

No mesmo sentido, o voto do Conselheiro Carlos J. Ragazzo no caso *White Martins* já mencionado, que, também com fundamento na crença da autocorreção dos preços excessivos em longo prazo, bem como nos altos custos de se prejudicar, eventualmente, os incentivos a novos investimentos e à inovação, propõe uma abordagem não-intervencionista em face dessas práticas, tendo em vista sua ineficácia técnica e fática (CADE, 2010c, p. 24-26).

Por fim, a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE), em relatório do ano de 2011, acerca do tema dos preços exploratórios, também sugere a preferência por erros tipo II, com base nos mesmos argumentos:

De fato, os custos de um erro tipo I, isto é, uma falsa condenação, tende a sobrepular os custos de um erro tipo II, ou seja, uma falsa absolvição. A razão para isso é que a não-intervenção carrega a esperança de a autocorreção do mercado através da entrada, resultando em concorrência e os benefícios usualmente associados com ela, como preços menores, maior qualidade e maior variedade, enquanto no meio-tempo ‘apenas’ distorcendo a eficiência alocativa através de seu efeito nos preços. (OCDE, 2012, p. 07, tradução nossa)³².

Essa predileção genérica por erros do tipo II, contudo, embora razoável, tem sido relativizada, com base na descrição de algumas hipóteses em

³²“In fact the costs of a type I error, i.e. a false condemnation, is likely to outweigh the costs of a type II error, i.e. a false acquittal. The reason for this is that a non-intervention bears the hope of the market self-correcting through entry, resulting in competition and the usual benefits associated with it such as lower prices, higher quality and more variety, while in the meantime ‘only’ distorting allocative efficiency through its effect on prices”.

que o erro tipo II traria mais prejuízos do que um erro do tipo I.

Conforme se expôs, a predileção pela não-intervenção (erros tipo II) deriva da ideia de que os erros tipo I causam (a) maiores prejuízos, os quais (b) tendem a manter-se no tempo, enquanto (c) os erros tipo II – por exemplo, os preços exploratórios – tendem a sofrer a autocorreção do mercado (EASTERBROOK, 1984, p. 02).

Apontam Devlin e Jacobs que tais pressupostos “podem estar errados, entretanto, porque nenhum deles foi submetido a testagem empírica” (DEVLIN; JACOBS, 2000a, p. 97, tradução nossa) e, em seguida, apontam exemplos em que isso, de fato, ocorre.

Quanto ao pressuposto (a), observam os autores que, mesmo que *um* erro tipo I seja mais custoso que *um* erro tipo II, diferentes probabilidades de ocorrência dos erros de cada tipo podem ocasionar número relativamente maior de erros tipo II, ocasionando prejuízo maior, por acumulação.

A tese (b) refere-se à perpetuidade dos prejuízos derivados de uma condenação errônea, tendo-se em vista o fato de que a decisão judicial ou administrativa mantém-se no tempo na forma de precedente – impedindo, portanto, que a prática condenada seja reproduzida em outros momentos ou por outros agentes. Deve-se levar em conta, contudo, a possibilidade de a proibição criar incentivos para que a firma adote práticas alternativas (*second-best*) que sejam tão ou mais eficientes do que aquela erroneamente condenada (DEVLIN; JACOBS, 2000a, p. 98). Ademais, a jurisprudência antitruste aponta suficientes demonstrações de que a estabilidade dos precedentes no tempo é relativa.

Por fim, e de forma mais importante, a tese da autocorreção dos efeitos anticompetitivos negligenciados por um erro tipo II – por exemplo, os preços exploratórios – tem sido relativizada. Devlin & Jacobs demonstram esse argumento com o seguinte exemplo:

Talvez isso seja verdade em parte do tempo, mas não parece ser verdade o tempo todo. Suponha, por exemplo, que a D.C. Court of Appeals tivesse erroneamente permitido que a Microsoft prejudicasse a Netscape e a Java. Nenhuma ameaça ‘nascente’ ao sistema operacional da Microsoft teria saído do papel. Mesmo hoje, anos adentro do período ‘pós-corretivo’, ainda não há um rival eficiente. Carl Shapiro escreveu que os remédios nesse particular – nesse caso – provaram-se imensamente inadequados, porque se mostraram inaptos a restaurar a concorrência perdida em razão do ilícito da Microsoft. Se o mercado, mais remédios, não puderam apagar o prejuízo competitivo causado pela Microsoft, como pode o mercado fazê-lo sem ajuda [de remédios concorrenciais] em todos os outros casos? (DEVLIN; JACOBS, 2000a,

p. 100, tradução nossa)³³.

De forma mais contundente, quanto a esse particular, David Lewis, ex-presidente do Tribunal da Concorrência Sul-Africano, afirma que os pressupostos de autocorreção de efeitos anticompetitivos e a relação entre preços altos e inovação podem não ser verdade em todas as economias ao redor do globo. Deve-se, portanto, “especificar as características pertinentes da economia real em que a perseguição está sendo empreendida, em vez da aplicação de teorias de organização industrial a condutas abstratas e genéricas a economias abstratas e genéricas” (LEWIS, 2010, p. 03, tradução nossa). Por essa razão, é possível que em algumas economias “não só a probabilidade e consequência de um erro tipo I na perseguição da conduta unilateral é altamente exagerado, como a probabilidade e consequência de um erro tipo II é subestimada de forma significativa”.

Por essa razão, a adoção de uma postura de não-intervenção – ou, em outros termos, uma legalidade *per se* aos preços exploratórios – pode impedir que a intervenção seja processada em situações fáticas em que os pressupostos da política não-intervencionista estejam ausentes³⁴.

Faz-se necessária, então, o desenvolvimento de uma teoria da decisão para o direito concorrencial das práticas unilaterais exploratórias no Brasil, que compreenda as complexidades inerentes ao tema. O que se passa a fazer, então, é estabelecer critérios (conhecidos como “testes” ou “*screening*”) para seleção de mercados-candidatos à investigação de preços exploratórios, de modo a selecionar aqueles em que os possíveis custos de erros tipo I sejam minimizados, e em que a probabilidade de altos custos de erros tipo II faça com que a possível intervenção seja importante em termos de eficiência³⁵.

³³“Maybe this is true some of the time, but it does not seem to be true all of the time. Suppose, for example, that the D.C. Court of Appeals had mistakenly allowed Microsoft to disadvantage Netscape and Java. No “nascent” threat to Microsoft’s operating system could have gotten off the ground. Yet even now, years into the “postcorrective” period, there is still no effective challenger. Carl Shapiro has written that remedies in this regard – in this case – have proven woefully inadequate because they appear unable to restore the competition lost by virtue of Microsoft’s misconduct. If the market plus remedies could not wash out the competitive harm caused by Microsoft, how can the market do it unaided in all other cases?”

³⁴“regras sobre erros, como visões acerca de dominância e mercados, são contingentes e refletem a experiência e crenças nacionais e regionais tanto quanto, se não mais do que, refletem a ciência econômica” (DEVLIN; JACOBS, 2010a, p. 96, tradução nossa).

³⁵“Casos há em que o prospecto de benefício futuro é tão atenuado, e a magnitude de ganho tão trivial vis-à-vis o prejuízo esperado, que a direção da presunção-padrão atual deve ser revista” (DEVLIN; JACOBS, 2010a, p. 104, tradução nossa).

Embora não se assuma, neste trabalho, a ambição de elaborar um quadro estrutural fechado, serão analisados parâmetros que possam ser de valia na definição das diretrizes de atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica em face de práticas exploratórias.

A principal intenção é evidenciar a existência de razões suficientes para que não se precipite em adotar uma interpretação que negue total eficácia ao instituto dos preços exploratórios.

3 Preços exploratórios: parâmetros para uma nova teoria da decisão

3.1 A autocorreção dos preços exploratórios

Conforme se apresentou acima, um dos principais argumentos para a preferência por erros tipo II no direito concorrencial – deixar de condenar práticas que, na verdade, são prejudiciais à ordem econômica – é o que se baseia na crença de que o regular funcionamento do mercado tende a corrigir as eventuais distorções através da entrada de novos concorrentes:

Se a corte erra por permitir uma prática deletéria, contudo, a perda de bem estar decresce ao longo do tempo. O monopólio é auto-destrutivo. Os preços de monopólio eventualmente atrairão a entrada. [...] erros judiciais que toleram práticas prejudiciais são autocorrigíveis, enquanto condenações errôneas não o são. (EASTERBROOK, 1984, p. 02, tradução nossa, sem grifos no original)³⁶.

Esse tem sido um ponto central na discussão acerca da intervenção estatal em face de preços exploratórios. Acredita-se que, permitindo-se que o mercado funcione regularmente – combatendo-se, via direito concorrencial, a elevação artificial de barreiras à entrada processada por práticas exclusionárias – a posição dominante teria a tendência a erodir-se ao longo do tempo, através da “mão invisível” do processo concorrencial (WHISH, 2008, p. 709).

A intervenção em preços, inclusive, teria um papel prejudicial ao bem-

³⁶“A fundamental difficulty facing the court is the incommensurability of the stakes. If the court errs by condemning a beneficial practice, the benefits may be lost for good. Any other firm that uses the condemned practice faces sanctions in the name of stare decisis, no matter the benefits. If the court errs by permitting a deleterious practice, though, the welfare loss decreases over time. Monopoly is self-destructive. Monopoly prices eventually attract entry. True, this long run may be a long time coming, with loss to society in the interim. The central purpose of antitrust is to speed up the arrival of the long run. But this should not obscure the point: judicial errors that tolerate baleful practices are self-correcting, while erroneous condemnations are not”.

estar social nessa tarefa, tendo em vista o papel *senalizador* do nível de preços em um mercado: preços elevados indicam que a entrada em determinado mercado é lucrativa, acelerando o processo de ingresso de novos agentes e, com isso, a erosão do poder de mercado.

Ao passo que permitir que o monopolista cobre seu preço maximizador de lucros encoraja a concorrência, forçar que ele precifique em um nível ‘concorrencial’ judicialmente administrado iria desencorajar a entrada e, assim, prolongar o período dessa precificação. (HOVENKAMP; AREEDA, 2008, p. 720b, tradução nossa)³⁷.

Modernamente, contudo, algumas iniciativas teóricas vêm levantando indícios de que essas premissas podem não ser corretas para todo e qualquer mercado em que o direito concorrencial é chamado a atuar.

Ezrachi e Giló (2009) questionam frontalmente a teoria da autocorreção dos preços excessivos. Em primeiro lugar, afirmam os autores que os preços excessivos, por si, não atraem a entrada. É a perspectiva de preços pós-entrada, e não os preços pré-entrada, o que é objeto de consideração econômica pelos entrantes em potencial.

Se há expectativa de que a empresa incumbente, em face da entrada, reaja rapidamente diminuindo seus preços ao nível competitivo (guerra de preços), os custos e benefícios de entrada no mercado serão apurados, pelo entrante, com base nos preços competitivos pós-entrada, e não nos preços exploratórios³⁸: “a barreira à entrada definitiva nesses casos é o medo de preços baixos pós-entrada” (EZRACHI; GILO, 2008, p. 06), que deriva do conhecimento, pelo entrante, da eficiência relativa do incumbente (relação entre custos e preços).

A entrada ocorrerá, então, quando o entrante possui informação suficiente para esperar que a empresa dominante seja menos eficiente, e, por isso, tenha capacidade limitada de engajar-se em uma guerra de preços.

Por outro lado, se um entrante potencial percebe que o incumbente é menos eficiente do que ele é, é provável que ele entre (ausentes outras barreiras à entrada), mas, repita-se, não *por causa* do preço excessivo. Tal entrante teria entrado independentemente do nível de preços pré-

³⁷“While permitting the monopolist to charge its profit-maximizing price encourages new competition, forcing it to price at a judicially administered ‘competitive’ level would discourage entry and thus prolong the period to such pricing”.

³⁸Os autores excepcionam essa hipótese à situação em que o entrante objective apenas compor a “franja” concorrencial do mercado relevante. Essa situação, contudo, não alivia a preocupação com os preços exploratórios, uma vez que a entrada não teria influência significativa no nível de preços (EZRACHI; GILO, 2008, p. 06).

entrada. Novamente, quando entrantes têm informação suficiente sobre a eficiência relativa (ou vantagens) dos incumbentes, é o preço pós-entrada esperado e não o preço pré-entrada o que afeta a decisão da entrada. (EZRACHI; GILO, 2008, p. 07, tradução nossa)³⁹.

Prosseguem os autores para explicar, com base na teoria dos jogos, que os preços excessivos pré-entrada podem ter caráter sinalizador para entrantes potenciais desinformados sobre a estrutura de custos da incumbente, na medida em que indiquem que a empresa incumbente é ineficiente.

Considere-se que a incumbente decida cobrar um preço menor do que o de monopólio para sinalizar aos potenciais entrantes que é eficiente (pois não seria lucrativo para uma empresa ineficiente cobrar tal preço). Sinalizando sua eficiência com sucesso, os entrantes saberão da possibilidade de guerra de preços e, portanto, temem preços baixos pós-entrada. O preço que sinaliza isso é chamado “preço limite” (um preço abaixo do de monopólio para sinalizar eficiência aos entrantes). Como o preço de monopólio de uma empresa ineficiente é maior do que o de uma empresa eficiente, o preço limite é lucrativo apenas para a empresa eficiente. O potencial entrante, então, avalia a presença ou ausência do preço-limite para determinar se uma empresa é, ou não, eficiente. Essa situação é chamada de “equilíbrio de separação”. Nesses casos, o preço “mais” excessivo pré-entrada atrai a entrada, pois sinaliza a ineficiência da empresa (se fosse eficiente e pudesse bancar uma guerra de preços pós-entrada, estaria cobrando o preço limite).

Mesmo nesse caso, o preço pré-entrada que impede a entrada, contudo – o preço “limite”, “menos” excessivo para sinalizar a eficiência da empresa – também pode ser um preço excessivo por si.

Preços excessivos pré-entrada podem, então, atrair ou repelir a entrada, mas sempre porque sinalizam informações sobre a eficiência da firma e, conseqüentemente, sobre os preços pós-entrada. Estes, então, em última análise, são o que realmente importam.

Fossem os preços excessivos proibidos, esse caráter sinalizador dos preços pré-entrada seria o mesmo: os preços “competitivos” das empresas eficientes e ineficientes também são diferentes, e, portanto, informam sobre sua eficiência.

³⁹“Conversely, if a potential entrant perceives the incumbent to be less efficient than it is, it is likely to enter (absent other entry barriers), but, again, not because of the excessive price. Such an entrant would have entered regardless of the level of pre-entry prices. Again, when entrants have sufficient information about the relative efficiency (or advantages) of incumbents, it is the expected post-entry price and not the pre-entry price that affects the entrant’s decision whether to enter”.

Outros autores, embora não neguem o caráter autocorretor do mercado, relativizam-no. A OCDE (2012), por exemplo, pondera que

Uma das principais razões em favor da intervenção em casos de preços excessivos é quando os mercados carecem autocorreção ou ao menos carecem autocorreção dentro de um tempo razoável. A Economia moderna reconhece muitas falhas de mercado que causam esse problema. As autoridades concorrenciais, como guardiãs dos mercados em funcionamento, estão bem cientes das condições requeridas aos mercados para gerarem resultados socialmente desejáveis. O poder de mercado pode ser baseado em fatores diferentes da eficiência ou performance superiores, como vantagem do pioneiro em um setor com efeitos de rede. (OCDE, 2012, p. 35, tradução nossa).

Em diversos testes propostos, a doutrina europeia tenta identificar situações em que a autocorreção do mercado não seja provável, fazendo com que a intervenção em face das práticas exploratórias torne-se mais importante, em razão do aumento dos possíveis custos dos erros tipo II (por sua tendência a se prolongarem no tempo).

Motta e Streel (2007) sugerem que uma condição para uma seleção (*screening*) de mercados para ações de preços excessivos seja a **superdominância**, mais intensa do que a mera dominância, em que uma empresa detém *market share* muito importante, com barreiras à entrada altas e não transitórias⁴⁰.

[...] considere que a maioria dos argumentos feitos acima seguem da presunção de que um setor não sujeito à regulação mas à legislação concorrencial é um setor em que as forças de mercado estão livres para operar e espera-se que o processo competitivo funcione mais ou menos bem. Contudo, pode haver setores em que, por diferentes razões, esse não seja o caso.

Isso nos leva à primeira necessária (mas não suficiente) condição para utilizar-se ações de preços excessivos na lei concorrencial, que é a *presença de altas e não transitórias barreiras à entrada*. Dadas as objeções contra ações de preços excessivos, o parâmetro para intervenção deve ser maior do que a mera posição dominante e próximo à posição superdominante em que a empresa deve possuir *market share* muito importante. Nesse caso, teríamos um monopolista, ou quase-monopolista, cuja posição não é provável que seja contestada por entrantes. Como não se pode esperar que as forças de mercado operem

⁴⁰Explicam Motta e Streel (2007) que, embora a Corte Europeia de Justiça ainda não tenha reconhecido expressamente o conceito de superdominância, já se referiu diversas vezes a quase-monopólio ou posição próxima a monopólio.

normalmente, algumas das objeções contra ações de preços excessivos podem não se aplicar. (MOTTA; STREEL, 2007, p. 22-23, tradução nossa).

Evans e Padilla (2005), com viés de maior restritividade, sugerem que a condição para intervenção seja que “a empresa goze de uma posição de (quase) monopólio no mercado, [...] que é protegida por insuperáveis barreiras legais à entrada” (EVANS; PADILLA, 2005, p. 30, tradução nossa, sem grifos no original).

Röller (2008), estabelece as condições de “(a) barreiras à entrada significantes” e “(b) é improvável que o mercado se autocorrija”. Fletcher e Jardine (2008), por sua vez, sugerem que não haja prospecto de “entrada bem-sucedida em um período razoável”.

Paulis (2007), diferentemente dos demais autores mencionados – que acrescentam outras condições para um possível teste de seleção de mercados-candidatos à intervenção – indica que a presença de “barreiras à entrada e à expansão muito altas e de longa duração” (PAULIS, 2007, p. 06) é o único critério razoável a ser adotado.

O Conselheiro Ricardo M. Ruiz, em seu voto para o caso White Martins acima relatado, sugere também como filtro para seleção de casos que “a firma precificadora deve ter posição dominante no mercado relevante” e que as oscilações de preços não “tenham relação com instabilidades sazonais e típicas da indústria” (CADE, 2010b, p. 16).

Todas essas discussões sugerem que a aceitação universal e prévia da tese da autocorreção dos mercados pode obscurecer características peculiares dos mercados analisados, em hipóteses em que essa teoria não seja verdadeira.

3.2 Preços exploratórios, investimentos e inovação

Uma das teorias sempre presentes no debate acerca do alto custo de erros tipo I no controle de preços exploratórios é o risco de desincentivo a investimentos arriscados e à inovação⁴¹, advindos do fato de que é a possibilidade de usufruir de altos lucros futuros o que impulsiona a assunção de riscos e o investimento em novas tecnologias (teoria da “função social dos

⁴¹Relatam Evans e Padilla (2005, p. 23), na mesma linha do pensamento de Easterbrook acima apresentado, que “The cost of a type I error in excessive pricing cases is given by a reduction in the incentives to invest and innovate for firms that operate not only in the sectors where intervention takes place but all throughout the economy. Evidence of false convictions is bound to reduce the incentives to invest by reducing the expected rate of return on successful innovations”.

lucros de monopólio” mencionada), justificados sob uma perspectiva dinâmica do funcionamento do mercado⁴².

Nesse sentido, também, a manifestação da Conselheira Elizabeth Farina no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.007514/2000-79:

O preço cobrado acima de seus custos marginais (para se comparar com a situação em que a firma opera em concorrência perfeita) representa a recompensa para o investimento bem sucedido. Impedir que a firma realize seus lucros de monopólio, nesse caso, teria o efeito de desestimular que o empresário assumira riscos intrínsecos a qualquer investimento, o que é um resultado indesejável sob qualquer perspectiva. (CADE, 2007, p. 2).

Coincide com esse pensamento o voto do então Conselheiro Carlos J. Ragazzo na Averiguação Preliminar nº 08012.003648/1998-05:

Em mercados caracterizados por inovação, embora o problema relacionado à inexistência de um critério para mensurar a abusividade (na elevação ou mesmo no preço praticado) seja o mesmo, o erro de intervenção provoca um efeito deletério a mais, que é o possível desestímulo ao investimento em novos produtos. Frequentemente, a amortização de custos decorrentes de investimentos em inovação serve como argumento para sustentar preços acima dos custos de produção. E com justo motivo, já que a idéia de comparar custos de produção em mercados caracterizados por competição em inovação para daí extrair algum conceito de abusividade perde o sentido, se é que é possível extraí-lo em alguma hipótese. (CADE, 2010c, p. 22).

Motivados por essa preocupação, a maioria dos testes propostos pela doutrina europeia busca, de uma ou outra forma, selecionar os mercados-candidatos à intervenção através da *origem* da posição dominante. A ideia é simples: se a posição dominante não se origina de investimentos arriscados ou de inovação, o potencial custo de erros tipo I para a eficiência dinâmica dos mercados é consideravelmente reduzido.

Assim, afirmam Motta e Streel (2007, p. 23) que é necessário estipular

⁴²“A perspectiva Schumpeteriana, assim denominada após o economista do século XX Joseph Schumpeter, é que a dimensão importante da concorrência não está no mercado em um único momento, mas em promover inovações que substituem produtos [...]. Lucros de monopólio são o incentivo e a recompensa para essa inovação. Um meio comum de discutir essa miopia na aplicação da lei é o contraste entre eficiência estática – maximizar o excedente por ter preços próximos aos custos marginais de produção – e eficiência dinâmica – promover o bem-estar econômico através do desenvolvimento de novos produtos e ampliando a qualidade e reduzindo os custos de produção dos produtos atualmente disponíveis” (BRENNAN, 2007, p. 90, tradução nossa)

diferentes tratamentos às empresas, conforme a origem de seu poder de mercado, cabendo a intervenção, por exemplo, no caso em “que a posição seja decorrente de direitos especiais ou exclusivos atuais ou passados”. De modo geral, tendo a empresa dominante sido protegida da concorrência no passado, a teoria da recompensa pelo investimento arriscado dificilmente seria aventada.

Por isso, argumentam os autores que a intervenção é adequada em um contexto de barreiras legais passadas ou atuais, em que o acesso ao mercado “não foi concedido de forma justa e não-discriminatória”. Tais barreiras legais podem ter-se originado devido à escassez de recursos indispensáveis, características de monopólio natural ou “mais criticamente – a esforços de lobbying para obter proteção legal e criar uma renda economicamente injustificável [rent-seeking]” (MOTTA; STREEL, 2007, p. 25, tradução nossa).

No mesmo sentido, Fletcher e Jardine (2008, p. 49) argumentam que é incabível a intervenção em razão de preços altos quando tratar-se de um período inovador, em período de patente, devendo balancear-se cautelosamente o efeito de qualquer intervenção *ex post* em incentivos de investimento *ex ante*.

Alguns autores, contudo, transcendem esse argumento – de que a intervenção com base em preços excessivos será possível apenas quando não houver relação entre a posição dominante e investimentos ou inovações prévios – para questionar a concepção da interface entre antitruste e inovação subjacente a essa postura.

Sugere Brennan (2007, p. 96) que “o foco recente na inovação e a preocupação de que o antitruste pode colocar-se em seu caminho pode estar sendo exagerada”.

Criticando a adoção de que uma regra prévia e genérica de não-intervenção em contextos de inovação, baseada na ideia de que é necessário prejuízo ao bem-estar para que o ganho em inovação ocorra, o autor reúne indícios de que “uma presunção do tipo ‘tamanho único’ de que o dinâmico ‘sempre ganha’ do estático parece inapropriada” (BRENNAN, 2007, p. 97, tradução nossa)⁴³.

⁴³“Não é necessário enfraquecer o antitruste para promover a inovação; formuladores de políticas públicas podem direcionar múltiplos instrumentos disponíveis para influenciar a taxa de inovação. A ferramenta mais notável é a amplitude e alcance dos direitos de propriedade intelectual. [...]. Mais do que isso, se o raciocínio dinâmico está correto, ele não deveria ser empregado por acidente, isto é, somente naqueles setores em que acontece de as empresas coludirem ou se concentrarem, ou em que uma única empresa se envolve em monopolização potencialmente ilegal ou abuso de posição dominante. Concluir que a concorrência e a eficiência estática são os culpados sugere não só que a aplicação do direito antitruste deva ser enfraquecida, como que setores deveriam ser feitos menos competitivos, também sacrificando a eficiência estática para

Sobre a hipótese de que são os lucros de monopólio que asseguram o incentivo e a aptidão para a inovação, o autor apresenta argumentos de que a aplicação do direito antitruste (e, portanto, o incentivo à competitividade) pode tanto promover como desencorajar a inovação, em cada caso concreto.

A aplicação da lei pode aumentar a lucratividade, para o entrante, do primeiro período de concorrência com o incumbente se a P&D do entrante é bem-sucedida, aumentando o incentivo para P&D. Por outro lado, a aplicação da lei reduz a lucratividade de ser um incumbente, reduzindo a recompensa para P&D bem-sucedido. (BRENNAN, 2007, p. 99, tradução nossa).

Acerca da necessidade de uma estrutura monopolista para garantir a apropriação do retorno dos investimentos em inovação, o autor aponta alguns argumentos que indicam que essa hipótese pode estar, ou não, correta em determinados mercados: alguns setores podem ser mais inovadores quando forem competitivos, uma vez que, nessas condições, a inovação represente vantagens competitivas (como reduções de custo).

[...] indústrias competitivas podem ser mais inovadoras na medida em que isso se relaciona com as reduções de custo, porque elas possuem um nível de oferta maior em que as reduções de custo podem ser implementadas. Ademais, todo o resto igual, o lucro marginal para um monopolista por inovar em seu próprio mercado será menor do que aquele de uma empresa em um mercado competitivo, uma vez que o primeiro perde seu lucro de monopólio enquanto o último não sofre tal perda. Por outro lado, se o monopolista detém um monopólio se ele inova, enquanto um entrante enfrenta concorrência duopolística com o monopolista se ele é bem-sucedido, o monopolista pode ter maior incentivo para inovar, uma vez que os lucros de monopólio excedem os lucros de duopólio, e pode de fato gastar demais em inovação simplesmente para proteger seu monopólio. (BRENNAN, 2007, p. 100, tradução nossa)

Baseado, assim, na ideia de que a relação entre preços de monopólio e inovação não é garantida, necessária e universal, sugere o autor que a adoção de uma regra prévia que exclua a apreciação de casos de preços exploratórios em mercados caracterizados por inovação pode ser inadequada.

Pode ser mais eficiente, então, que se apure, nas circunstâncias do caso concreto, se os efeitos dinâmicos seriam ‘improváveis de ser obtidos’ senão pela estrutura de mercado questionada, tal como se procede com as demais eficiências na análise econômica de atos de concentração.

promover-se a inovação”.

Por sua vez, Lewis (2010), partindo do exemplo da África do Sul, sugere que as suposições acerca da relação entre posição dominante e eficiência dinâmica podem não ser verdade em todas as economias nacionais ao redor do globo. Há economias com setores menos dinâmicos, em que o prejuízo gerado pelo monopólio afigure-se mais relevante do que o prospecto de desestímulo à inovação, servindo-lhes melhor o combate à ineficiência estática do que a promoção da eficiência dinâmica.

Além disso, prossegue, a principal fonte de dinamismo em algumas economias nacionais não é a inovação que cria novos produtos e expande a fronteira tecnológica, e sim aquela que reduz custos produtivos ou aperfeiçoa produtos já existentes, processo que é incentivado pela rivalidade e pela entrada (LEWIS, 2010, p. 18-19).

Todas essas iniciativas teóricas sugerem, então, que a regra de não-intervenção em preços exploratórios, baseada no temor ao desincentivo à inovação pode não estar correta em todos os mercados, sendo temerária sua adoção *a priori* e universal.

3.3 “*Second shot cases*”

É possível, ainda, que a posição dominante não seja decorrência de investimentos ou inovação passados, mas sim em 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*”).

Motta e Streel (2007, p. 22) estipulam que um possível critério para seleção de mercados-candidatos à intervenção seria, justamente, quando a origem do poder de mercado seja reconduzida a “práticas anticoncorrenciais exclusionárias passadas não condenadas”. Essa situação, contudo, é abarcada indiretamente por todos os testes que estipulam que a intervenção é possível quando a origem do poder de mercado não é a assunção de investimentos arriscados ou a inovação.

3.4 “*Gap cases*” e a possível lacuna na nova legislação concorrencial brasileira

Outra proposta de critério para seleção de mercados para intervenção com base em preços exploratórios é aquela referida pela doutrina como “*gap cases*” (lacunas): “em jurisdições em que a aquisição de poder de monopólio, como tal, não é abordada pelo direito da concorrência, casos baseados em

preços excessivos podem ser um meio de suprir a lacuna na aplicação da lei” (OCDE, 2012, p. 35).

A proposta em questão torna-se especialmente importante em face do sistema de seleção de mercados para o controle de estruturas (*merger screening*), adotado pelo direito concorrencial brasileiro após a entrada em vigor da Lei nº 12.529/11.

Sob a vigência da Lei nº 8.884/94, havia dois testes diferentes (e não cumulativos) para caracterização da obrigatoriedade de notificação de ato de concentração ao SBDC i) que dele resultasse participação da empresa ou grupo de empresas resultante igual ou superior a vinte por cento de um mercado relevante; ou ii) que o faturamento bruto anual de qualquer dos participantes envolvidos no ato fosse equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

O critério da participação de mercado, contudo, foi excluído pela vigente sistemática legal, que adota, unicamente, o critério do faturamento dos envolvidos para a caracterização da obrigatoriedade de submissão:

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

Os valores em questão foram atualizados pela Portaria Interministerial nº 994/12 para, respectivamente, R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) e R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais).

Ocorre que a probabilidade de exercício de poder de mercado de que se ocupa o direito da concorrência não é derivada do faturamento bruto anual das empresas envolvidas. As variáveis relevantes para a determinação dessa probabilidade são, dentre outras, a participação de mercado, barreiras à entrada, rivalidade, importações e condições para a coordenação de condutas.

A presença dessas variáveis – que clamam pela intervenção do poder público, haja vista o dever constitucional inarredável de repressão ao abuso de poder econômico (CR/88, art. 173, §4º) – pode dar-se, então, em mercados cujos concorrentes não se enquadrem nos critérios de faturamento estipulados pelo art. 88 da Lei nº 12.529/11.

Exemplo dessa situação reside no Ato de Concentração nº

08012.008853/2008-28, julgado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica em 22 de julho de 2009. Muito embora nenhuma das partes envolvidas no procedimento em questão possuísse faturamento superior sequer a R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) – e, portanto, a operação estaria isenta do atual controle de estruturas – o Conselho detectou prejuízo intolerável ao mercado e aos consumidores, caracterizando um dos raríssimos casos de reprovação administrativa total de ato de concentração.

Um dos caminhos para corrigir tal distorção é o de que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica faça uso do disposto no §7º do art. 88 da nova Lei 12.529/11: “é facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo”.

A limitação temporal de 1 (um) ano encerrada no dispositivo, contudo, gera preocupação acerca de atos de concentração cujos efeitos deletérios manifestem-se de modo mais lento. É possível, ainda, que a disposição seja burlada por agentes que aguardem o transcurso do prazo legal para que, a partir daí, sejam implementadas práticas prejudiciais à ordem econômica.

É de se destacar, ainda, que os recursos limitados da autoridade concorrencial não permitem um monitoramento detalhado de todos os mercados. Uma das razões para o instituto da obrigatoriedade da notificação de atos de concentração é, justamente, entre outros, a impossibilidade de o poder público detectá-los por si só, em algumas hipóteses.

A “lacuna” em questão pode, assim, implicar na seguinte situação. Suponham-se agentes econômicos interessados no aumento do nível de preços em um mercado relevante não submetido ao atual controle de estruturas. A concentração de seus empreendimentos apresenta-se, aqui, como excelente alternativa para a obtenção desse objetivo, livrando-se do risco de persecução criminal e administrativa presente no caso de se decidirem pela coordenação de suas condutas.

Numa tal situação, ausentes indícios de práticas exclusionárias pelos agentes econômicos no contexto pós-concentração, a impossibilidade de se instaurar uma investigação com base em preços exploratórios teria o condão de blindar o mercado relevante de qualquer intervenção da autoridade concorrencial. Restaria ao bem-estar social, aqui, a esperança pela entrada de novos agentes econômicos no mercado relevante, o que pode não ocorrer de modo satisfatório e tempestivo.

Nesse caso, a prática de preços exploratórios pode, na pior das hipóteses, servir como parâmetro para que sejam escolhidos os mercados candidatos ao controle de estruturas *a posteriori* previsto pelo art. 88, §7º, da Lei nº 12.529/11.

Também configuram possíveis lacunas o exemplo apresentado pelo Prof. Ruy Santacruz, em obra acerca do tema:

caso semelhante é o da firma que detém poder de mercado conquistado através de uma maior eficiência, que produz e comercializa um bem final de consumo contínuo, sem substituto perfeito, sem patentes, mas que opera num subsegmento de mercado que conta com barreiras à entrada derivadas de distribuição, propaganda, etc. Diante de uma reduzida concorrência efetiva, reduzida concorrência potencial e baixa elasticidade-preço da demanda, essa firma, a partir de certo momento, passa a aumentar sistematicamente seus preços, sem contrapartida em custos ou pressões de mercado, aumentando seus lucros de forma significativa através de uma transferência compulsória de parte da renda dos seus demandantes – possivelmente, mas não necessariamente, *bons e gentis velhinhos*. A pergunta que se faz, então, é a seguinte: trata-se de um problema antitruste? Se a resposta for não, que este não é um problema antitruste, elimina-se um enorme problema para o investigador. [...] [R]esta ao investigador lamentar-se pela perda de bem-estar econômico [...]. Já se a resposta for sim, [...] não a questão do preço abusivo (ou, mais precisamente, do aumento arbitrário de lucros, previsto no artigo 20 da lei 8.884/94) precisa ser examinada e colhida pelo investigador. (SANTACRUZ, 1998, p. 20).

Observe-se, ainda, o exemplo apresentado pelo então Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho em relação ao artigo 31 da legislação sobre direitos de propriedade intelectual sobre cultivares (Lei nº 9.456/97), que atribui ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica a competência para determinação de licença compulsória em eventual situação de excessividade de preços cobrados pelo acesso ao cultivar (CADE, 2010a, p. 16).

3.5 *A prova do preço excessivo*

Em um determinado caso em que se discute a possível existência de preços exploratórios, o objetivo da prova é apurar se, em razão do poder econômico do agente investigado, determinado bem teve seu preço substancialmente elevado, de modo que a oferta do bem encontra-se substancialmente reduzida e há interesse público na ampliação de seu acesso.

Diversas metodologias para análise de preços têm sido discutidas com o propósito de caracterização da excessividade. Discorre-se, a seguir, brevemente, sobre elas, evidenciando suas principais críticas para, por meio da constatação de inexistência de uma metodologia universalmente aplicável, relatar as sugestões aventadas pela doutrina para a superação dessas dificuldades.

A Corte Europeia de Justiça, na decisão do caso *United Brands* (1978), assim sintetizou as possíveis técnicas:

251. Esse excesso poderia, inter alia, ser determinado objetivamente se fosse possível calculá-lo através de uma comparação entre o preço de venda do produto em questão e seus custos de produção, o que iria revelar a extensão da margem de lucro [...].

252. As questões, então, a serem determinadas são se a diferença entre os custos realmente incorridos e o preço realmente cobrado é excessiva, e, se a resposta a essa questão é afirmativa, se foi imposto um preço injusto em si mesmo ou quando comparado com produtos concorrentes.

253. Outros meios podem ser concebidos – e teóricos da Economia não se eximiram de pensar em vários – de selecionar as regras para determinar-se se o preço de um produto é injusto. (EUROPA, 1978, tradução nossa).

Observam Motta e Streel (2007), a esse respeito, alguns tipos principais de metodologia. Cada um deles, contudo, possui limitações e importantes problemas de implementação a serem considerados.

3.5.1 *Comparação entre preços e custos de produção do bem analisado*

Esse método pressupõe que, a partir da comparação entre custos e preços praticados, seja possível apurar algum indício da excessividade.

Dentre as dificuldades associadas a essa abordagem, estão dificuldades de cálculo decorrentes da diferença entre custos contábeis e custos econômicos (OCDE, 2012, p. 43-50), da assimetria de informação entre a autoridade concorrencial e o agente econômico, das dificuldades de alocação de custos comuns em empresas multiproduto e da complexidade da formação de preços em mercados multilaterais, em que “o lado de que derivam as externalidades mais positivas serão naturalmente ‘subsidiados’ pelos demais lados, que poderão (erroneamente) aparentar possuírem preços excessivos” (MOTTA; STREEL, 2007, p. 34). Além disso, a apuração de custos é dificultada em mercados em que investimentos arriscados, a longo prazo, desempenham papel importante (GAL, 2004, p. 30).

Há, ainda, o fato de que o preço é, às vezes, também determinado por elementos originados do lado da demanda (elasticidade, disposição e aptidão para pagar, etc.) (MOTTA; STREEL, 2007, p. 33).

Além disso, não há parâmetro preciso para apuração do limite exato entre a margem de lucro razoável e excessiva, o que poderia trazer dificuldades para a segurança jurídica e para a aplicação isonômica da lei. Essa é a preocupação externada pelo então Conselheiro Carlos J. Ragazzo em seu voto

para o caso *White Martins*:

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 retorno 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. (CADE, 2010c, p. 20).

Tem-se, ainda, a teoria da “*ineficiência-x*”, expressa pela Corte Europeia de Justiça em algumas decisões, de que pode ser necessário que os custos de produção a serem considerados em casos de preços exploratórios sejam os de uma empresa hipotética, eficiente, e não necessariamente o da empresa dominante, que pode ter custos de produção inflados por causa da ausência de pressão concorrencial para inovação e melhoria da eficiência de seu processo produtivo, ou mesmo pelo dispêndio de recursos para aquisição e manutenção da posição dominante. Assim sendo, haveria a possibilidade de que um preço seja considerado excessivo mesmo que a margem de lucro não seja extraordinária (GAL, 2004, p. 35).

Por fim, tem-se que, paralelamente à metodologia de análise de custos e sua comparação com os preços, há uma perspectiva de análise unicamente dos lucros empresariais: Essa metodologia considera que o preço é excessivo quando o retorno do capital para o produto é maior do que seu custo médio de capital ponderado. Para Williams (2007, p. 153), um preço pode ser excessivo quando a firma obteve, de modo persistente, alto retorno de capital, levando-se em conta os ativos intangíveis envolvidos e os riscos *ex ante* enfrentados pela empresa.

Motta e Streel (2007) apontam que o tipo de dificuldade enfrentada por essa metodologia é a diferença entre lucro contábil e lucro econômico, além da já mencionada assimetria de informações entre autoridade concorrencial e empresa.

3.5.2 *Comparação entre os preços praticados pela empresa dominante em diferentes mercados geográficos*

A diferença entre os preços praticados em diferentes mercados

geográficos pode ser indício do abuso de posição dominante no mercado em que os preços encontram-se mais elevados.

Essa foi, inclusive, a principal metodologia adotada na argumentação da Comissão Europeia no caso *United Brands*, em que constatou-se que os preços cobrados pelo produto *chiquita banana* em alguns mercados europeus eram superiores em até 100% (cem por cento) aos cobrados no mercado irlandês (EUROPA, 1978).

A possibilidade de comparação pode esbarrar, contudo, na existência de razões economicamente justificáveis para a diferença nos preços, como custos (frete, taxaço, etc.), características relacionadas ao lado da demanda, rivalidade, dentre outras.

Essa foi, inclusive, a razão pela qual a Corte Europeia de Justiça não implementou uma condenação para o caso *United Brands*: a Comissão teria, segundo a decisão, agido de modo simplista e ignorado as diferenças de custos de produção, distribuição e *marketing* entre os mercados comparados.

3.5.3 Comparação entre os preços cobrados pela empresa dominante e um preço de referência (*benchmark*)

Essa metodologia foi adotada pela Corte Europeia de Justiça nos casos relacionados à “*Societe des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique*” (SACEM), uma sociedade francesa de cobrança de direitos autorais, cujos valores foram comparados a entidades semelhantes em outros países europeus. A Corte Europeia de Justiça estipulou que, quando uma empresa dominante impõe tarifas de serviço superiores às cobradas em outros Estados-Membros, e essa comparação é feita em base consistente, a diferença é indicativo de um abuso de posição dominante (EUROPA, 1989, § 25).

Quanto a essa metodologia, a grande dificuldade é a escolha de um preço de referência (*benchmark*) adequado para comparação.

Na hipótese de se adotar, como preço de referência, aquele praticado por outras empresas no mesmo mercado relevante, a própria existência de outros agentes oferecendo o mesmo bem pode indicar a possibilidade de a posição dominante ser erodida com o passar do tempo (MOTTA; STREEL, 2007, p. 36). Ademais, o preço mais elevado da empresa dominante pode decorrer de características originadas do lado da demanda, como uma percepção de superioridade do bem.

Se o preço de referência é aquele praticado por outras empresas em distinto mercado relevante, que opere em regime de concorrência, persistem as dificuldades decorrentes do fato de que a diferença de preço pode derivar de diferentes estruturas de custo e características de demanda (MOTTA; STREEL,

2007, p. 37).

Os problemas da comparação entre preços atuais e passados, ou *benchmark histórico* (OCDE, 2012, p. 43) foram resumidos pelo então Conselheiro Carlos J. Ragazzo em seu voto para o caso *White Martins*, referindo-se à metodologia da apuração da “*variação acumulada do agregado dos preços*” adotada nos casos de preços exploratórios instaurados em razão da CPI dos Medicamentos:

Embora tenha contribuído de forma importante na análise do caso citado, não considero que essa metodologia tenha trazido eficácia à norma, pois, ainda que tenha trazido alguns argumentos interessantes com relação à elevação excessiva de preço, não traz subsídios à análise do preço excessivo em si, o que cria desigualdades de tratamento que impedem a aplicação efetiva da norma. Isso ocorre porque o cálculo da variação acumulada verifica a evolução dos preços em determinado período, em comparação com outros produtos que não necessariamente tiveram um reajuste ‘justo’. Além disso, não leva em conta o preço do produto no momento da fixação inicial. Ou seja, se o preço for fixado inicialmente em patamar elevado e não sofrer reajustes, ele não será considerado excessivo, pois a técnica não leva em conta o momento ‘base’ de fixação de preço. (CADE, 2010c, p. 23).

3.5.4 A convergência de metodologias

Se a incerteza é inerente à análise econômica do direito concorrencial e, portanto, não é razão suficiente para a decretação de sua ineficácia, como se deve proceder diante das limitações das metodologias acima elencadas?

As dificuldades associadas às metodologias de análise de preços aumentam os riscos de erros na persecução a práticas exploratórias. Por essa razão, a doutrina sugere que se estabeleça um alto padrão probatório para a caracterização dessa prática⁴⁴.

Abordagem interessante a esse respeito foi expressa originalmente pelo *Office of Fair Trading* britânico no caso *Napp* (REINO UNIDO, 2002). Diante das dificuldades inerentes a cada uma das metodologias conhecidas, foi

⁴⁴Deve-se questionar, igualmente, qual seria o objetivo da prova nesses casos. A apuração de um percentual “x”, exatamente a partir do qual o preço seria abusivo, seria indispensável em qualquer caso ou apenas na hipótese de se vislumbrar, como remédio, a regulação de preços? Seria necessária a fixação desse percentual “x” na hipótese de se aplicarem outros tipos de remédios, ou seria suficiente constatar-se a ocorrência de aumento *substancial* de preços em razão da posição dominante?

proposta uma postura de “predominância de prova”: “nenhum teste deve, isoladamente, ser considerado suficientemente confiável, e maior confiabilidade pode emergir da combinação de resultados de diferentes testes de comparação de preços” (OCDE, 2012, p. 43, tradução nossa).

A confiabilidade dos resultados agregados seria ampliada em razão do fato de que

enquanto os testes utilizados não são fundamentalmente falhos, as razões para a falta de confiabilidade de cada teste não são correlacionadas, e os testes, em si, são independentes. Nesse caso, os diferentes erros envolvidos em diferentes metodologias tenderiam a se cancelar mutuamente, aumentando a confiabilidade do agregado. (OCDE, 2012, p. 43, tradução nossa).

No mesmo sentido, Motta e Streel (2007) sugerem que as autoridades concorrenciais analisem os preços à luz de tantos métodos quanto possível:

Uma vez que ações de preços excessivos devem ser adotadas somente em circunstâncias excepcionais, e uma vez que todos os métodos para obtenção de prova têm algumas fraquezas, é recomendável que as autoridades antitruste e cortes empreendam testes de precificação excessiva de acordo com quantos dos métodos acima indicados quanto possível. Em outras palavras, as autoridades devem procurar evidência robusta de que os preços são de fato excessivos.

Elas não devem se limitar a uma mera comparação entre preços, ou preços e custos, mas, ao invés disso, devem complementá-la com uma investigação profunda do mercado e das razões pelas quais os preços podem divergir ou estarem consideravelmente acima do nível competitivo. Em qualquer caso, as autoridades devem abandonar o caso se testes diferentes fornecem resultados diferentes, ou se o preço não desvia significativamente dos diferentes preços de referência utilizados. (MOTTA; STREEL, 2007, p. 38, tradução nossa).

Por fim, é pertinente o alerta de Fletcher e Jardine (2008, p. 09) de que as dificuldades de mensuração não podem ser superestimadas. Se, por um lado, as dificuldades indiquem que seja difícil definir guias que tracem uma linha clara entre preço lícito e ilícito, haverá casos em que o preço será suficientemente extremo que, partindo-se das diferentes técnicas de mensuração, sua excessividade será de relativamente fácil demonstração.

3.6 *Remédios concorrenciais*

Conforme define Oliveira (2011, p. 20),

os remédios antitruste são medidas ou instrumentos previstos em lei para a conversão de ilicitudes antitruste em condutas ou atos lícitos, sanando o dano à livre concorrência que se configura e/ou adequando o comportamento em desconformidade com a lei a esta.

A formatação do remédio adequado é uma questão delicada em qualquer hipótese de atuação do direito concorrencial. É possível identificar dois formatos principais de remédios concorrenciais: os remédios estruturais, “que se referem, em geral, à venda de ativos físicos dos agentes econômicos envolvidos”, e os remédios comportamentais, por meio dos quais se impõe “uma obrigação de fazer ou não fazer para o agente econômico” (OLIVEIRA, 2011, p. 21).

Um dos argumentos contrários à intervenção da autoridade concorrencial em preços exploratórios deriva da concepção de que, agindo dessa maneira, seria essencial que o órgão empreendesse a *regulação* dos preços pós-intervenção.

Tratar-se-ia, no caso, de remédio, de natureza comportamental, a requerer extenso envolvimento do poder público no mercado relevante, haja vista a necessidade de se fiscalizar e monitorar a observância à regra de preço fixada. Outros custos relacionados são derivados (i) do esforço do agente econômico para, ao longo do tempo, violar o “espírito” do remédio sem violar sua literalidade (por exemplo, depreciando a qualidade dos produtos), e (ii) da restrição a comportamentos pró-competitivos do agente regulado (a reação tempestiva a mudanças de variáveis mercadológicas influentes na formação do preço).

Adotada essa perspectiva, a limitação de recursos da autoridade concorrencial haveria de ser considerada incompatível com a aplicação de tal remédio e, por razões de desenho institucional, confiadas a uma agência reguladora quando fossem imprescindíveis.

Ocorre, contudo, que outras modalidades de remédios podem ser utilizadas nesses casos, com sucesso. Se, em muitas ocasiões, “o preço excessivo reflete mais um problema na estrutura do mercado do que no comportamento da empresa” (MOTTA; STREEL, 2007, p. 40), podem ser mais adequados aos casos de preços exploratórios a adoção de remédios estruturais, previstos pelo art. 38, incisos V e VII da Lei nº 12.529/11.

A adoção de remédios estruturais, de modo geral, vem sendo incentivada. Conforme apontamos em trabalho anterior acerca do tema:

Uma intervenção estrutural, basicamente, encerra-se logo após a conclusão da operação de desinvestimento determinada pela autoridade pública: por haver clara alteração da titularidade dos direitos de propriedade, o monitoramento da observância à decisão é

significativamente facilitado. Por essa razão, os remédios dessa natureza são considerados mais “limpos”, por evitarem prolongado envolvimento governamental em determinado mercado. (CASTRO, 2011, p. 51).

Também filia-se à preferência por remédios estruturais a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE) que, no último relatório de *peer review* acerca da lei e política de concorrência no Brasil, observa:

O CADE tem imposto regularmente remédios comportamentais a atos de concentração. Poderia ser útil a realização de um estudo sobre a eficácia desses remédios em alguns dos casos. Em outros países, **a experiência tem mostrado serem as restrições estruturais mais eficazes que as comportamentais, além de mais fáceis de administrar.** (OCDE, 2010, p. 87, sem grifos no original).

Em casos de preços exploratórios, os remédios estruturais podem adotar o formato de uma cisão horizontal, que permitisse que os agentes econômicos resultantes concorressem entre si, ou de medidas que visem à diminuição das barreiras à entrada como, por exemplo, a reestruturação vertical do mercado, “separando os estágios-chave de produção com economias de escala do resto, e permitindo que partes substanciais da empresa funcionem sob regime de concorrência pode acarretar a redução de preços” (OCDE, 2012, p. 59).

Remédios de natureza comportamental, igualmente, podem ser utilizados quando assumirem um formato mais simples do que a regulação de preços. Ruiz (2011, p. 288) observa que “o preço abusivo não é uma situação conjuntural ou circunstancial, mas sim resultado de uma estrutura e condutas persistentes no tempo”, situação que deve orientar a formatação de remédios “estruturais ou comportamentais” como o licenciamento compulsório, vendas de ativos e marcas.

Deve-se observar, também, ser possível que o problema estrutural que dá origem à posição dominante seja pontual e transitório, o que faz da intervenção da autoridade concorrencial uma alternativa mais adequada, barata e não-intrusiva no mercado, em comparação com a criação de uma agência reguladora específica.

Por fim, observe-se que, pela natureza da conduta econômica em questão, a “substancialidade” do aumento de preços, como visto, não pode ser definida por uma regra geral que estabeleça, *a priori*, percentuais de lucratividade aceitáveis.

Essa definição, como se afirmou, pode não ser necessária à configuração do abuso. O que se mostra essencial é, no caso concreto, apurar se a empresa dominante aumentou seus preços de modo substancial em razão

de seu poder de mercado, restringindo o acesso ao bem, identificando-se o interesse público em ampliar o acesso a esse bem. A fixação de tal percentual seria essencial à aplicação do instituto dos preços exploratórios tão-somente caso a autoridade concorrencial optasse por regular os preços praticados pós-intervenção, o que, como visto, não é recomendável.

Em razão dos problemas de segurança jurídica decorrentes de tal situação, Motta e Strel (2007, p. 40, tradução nossa) recomendam que “o remédio apropriado deve mudar a estrutura de mercado para o futuro, e não punir a empresa pelo passado”.

Fletcher e Jardine (2008, p. 12, tradução nossa) vão mais além para sugerir que “as empresas não devem enfrentar multas por preços excessivos, e não devem enfrentar o risco de ações indenizatórias a respeito de tal comportamento”.

No mesmo sentido, Ruiz (2011, p. 288) observa que “o preço abusivo não é uma situação conjuntural ou circunstancial, mas sim resultado de uma estrutura e condutas persistentes no tempo”, razão pelas quais seriam adequados remédios como licenciamento compulsório, vendas de ativos e marcas.

Com efeito, o território de incerteza jurídica em que tal proibição se situa, contudo, recomenda que o foco da intervenção da autoridade concorrencial não seja a aplicação de pesadas multas aos agentes econômicos, e sim a correção da falha de mercado para viabilizar seu funcionamento.

4. Conclusão

A teoria econômica subjacente ao direito concorrencial reside, em grande medida, na ideia de que é dever do poder público intervir diante de situações fáticas em que esteja ocorrendo (ou seja provável que ocorra) o exercício abusivo de poder de mercado.

A ideia de “exercício abusivo de poder de mercado” é compreendida em função do modelo econômico do monopólio, que descreve os prejuízos sociais derivados da conduta do agente que, sendo apto a manipular os fatores de mercado, maximiza seus lucros através da escassez artificial da oferta, elevando indevidamente o nível de preços e sujeitando-se a menores incentivos para a inovação. Tais efeitos indesejados são genericamente definidos como “práticas exploratórias”.

Modernamente, sob o cânone interpretativo da regra da razão, qualquer conduta ou estrutura econômicas serão objeto de intervenção estatal tão-somente na medida de sua aptidão de viabilizar o cometimento de práticas exploratórias.

A legislação concorrencial consagra, então, a ilicitude dos atos econômicos em razão de seus *efeitos*, sem admitir qualquer diferenciação baseada na *forma* de implementação (cf. art. 36, Lei nº 12.529/11).

Se, então, as condutas anticoncorrenciais clássicas (p.ex.: o cartel) são condenadas apenas na medida de sua aptidão de causar, *indiretamente*, os efeitos exploratórios descritos, com mais razão impõe-se o reconhecimento da ilicitude das condutas que representem o exercício *direto* das práticas tipicamente exploratórias e, conseqüentemente, dos preços exploratórios (preços artificialmente elevados em razão do abuso de poder de mercado).

O reconhecimento da ilicitude dos preços exploratórios impõe-se como imperativo de coerência de todo o sistema jurídico-concorrencial. As dificuldades de implementação desse instituto, contudo, não devem ser minimizadas.

A presença de incertezas e a possibilidade do erro não possuem, entretanto, o condão de retirar eficácia ao instituto jurídico dos preços exploratórios. Em verdade, eles constituem elementos inerentes a todo o direito concorrencial, haja vista a natureza da realidade fática a que essa política pública se dirige.

Faz-se necessária, então, a formulação de uma teoria da decisão para o direito concorrencial das práticas unilaterais: considerando-se os custos de intervenção e o risco de erros – os quais, por si só, podem acarretar maiores prejuízos ao bem-estar social do que a prática anticompetitiva objeto da intervenção – procura-se formatar critérios para decidir *se* e *quando* deverá a autoridade concorrencial atuar.

Observa-se, no âmbito dessa teoria, uma preferência geral por erros tipo II (absoluções equivocadas) a erros tipo I (condenações equivocadas). Acredita-se que eventuais distorções criadas pela não-condenação de condutas anticoncorrenciais seriam transitórias, aptos a serem corrigidos pelas livres forças de mercado, enquanto condenações equivocadas provocariam prejuízos perenes à ordem econômica.

Essa predileção transpôs-se ao debate brasileiro acerca das práticas unilaterais exploratórias, chegando-se ao ponto de se constatar, no âmbito do SBDC, propostas de reconhecimento liminar de licitude *per se* a todos os procedimentos envolvendo essa conduta.

Os argumentos que sustentam esse posicionamento, contudo, não possuem base empírica, e dificilmente é possível reconhecer-lhes caráter universal, dadas a diversidade de mercados e economias ao redor do globo.

Observa-se que as concepções acerca da relação entre preços altos e autocorreção do mercado, bem como a relação entre a intervenção concorrencial e a inovação, não são unânimes na literatura econômica. O fato de tais preceitos serem divergentes, por si só, sugere que a exclusão do instituto dos preços exploratórios do sistema jurídico brasileiro pode ser precipitada.

Reúne-se, ademais, uma série de argumentos aptos a sugerirem a existência de situações em que o possível custo de erros tipo I torna-se menos importante do que o possível custo da não-intervenção (erros tipo II): mercados com altas barreiras à entrada; agentes cuja posição dominante contemporânea não possui simetria com importantes investimentos em inovação no passado; posição dominante decorrente de práticas exclusionárias não condenadas no passado; lacuna jurídica que permita o abuso de posição dominante; possibilidade de convergência de métodos de prova para minoração da probabilidade de erro; e viabilidade de remédios concorrenciais não-intrusivos e aptos de serem implementados pela autoridade concorrencial.

Embora não se pretenda, neste trabalho, elaborar um teste (*screening*) ou uma teoria da decisão acabada para o direito concorrencial das práticas exploratórias no Brasil, observa-se ser possível a existência de outras interpretações que, por sua vez, possam conferir maior grau de eficácia ao regime constitucional da livre concorrência. Assim sendo, em observância ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, parece-nos inconstitucional – ao menos no atual estado do debate teórico acerca do tema – a adoção da tese da licitude *per se* dos preços exploratórios, rejeitando preliminarmente o conhecimento de todo e qualquer caso em que a conduta seja discutida.

Tornam-se necessários, portanto, o reconhecimento e a compreensão das complexidades inerentes ao tema, para a elaboração de uma teoria da decisão para o direito concorrencial das práticas exploratórias que seja adequada à realidade econômica brasileira.

5. Referências

- AKMAN, Pinar. Consumer welfare and article 82EC: practice and rhetoric. *World Competition*, [s.l.], v. 32, p. 8-25, 2009. Disponível em: <<http://www.kluwerlawonline.com/toc.php?pubcode=woco>>. Acesso em: 08 ago. 2012.
- AHLBORN, Christian; GRAVE, Carsten. *Walter Eucken and Ordoliberalism: an introduction from a consumer welfare perspective*. [s.l.], 2006. Disponível

em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/walter-eucken-and-ordoliberalism-an-introduction-from-a-consumer-welfare-perspective/>>.

Acesso em: 04 ago. 2012.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6023*: informação e documentação - referências - elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

_____. *NBR 10520*: informação e documentação - apresentação de citações em documentos. Rio de Janeiro, 2002.

_____. *NBR 14724*: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 14, jun./ago. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor/IBDC, 1997.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BLUMENTHAL, William. Discussant comments on exploitative abuses under article 82 EC. In: EHLERMANN, Claus-Dieter; MARQUIS, Mel (Ed.). *European competition annual 2007*: a reformed approach to article 82 EC. Oxford: Hart Publishing, 2008. p. 575-580.

BORK, Robert H. *The antitrust paradox*: a policy at war with itself. New York: Free Press, 1993.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Ministério da Justiça. Portaria conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001. O Secretário de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e o Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça, no uso de suas atribuições decorrentes, respectivamente, dos arts. 18 c.c. 39, *caput*, do Anexo I do Decreto nº 3.698, de 21 de dezembro de 2000 e dos arts. 10, II, “a”, e 33, *caput*, do Anexo I, do Decreto nº 3.782, de 5 de abril de 2001 e considerando o disposto nos §§ 4º e 6º do art. 54 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. *DOU*, Brasília, 17 ago. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 973.827/RS. 4ª T. Min. Rel. Luís Felipe Salomão. *DOU*, Brasília, 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200701790723&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 20 jul. 2012.

- BRENNAN, Timothy J. Should innovation rationalize supra-competitive prices? A skeptical speculation. In: SWEDISH COMPETITION AUTHORITY (Org.). *The pros and cons of high prices*. Kalmar: Lenanders Grafiska, 2007. p. 88-127. Disponível em: <http://www.kkv.se/upload/filer/trycksaker/rappporter/pros&cons/rap_pros_and_cons_high_prices.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2012.
- CARLTON, Dennis W.; PERLOFF, Jeffrey M. *Modern industrial organization*. 3. ed. Boston: Addison-Wesley, 2000.
- 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, 2011. p. 31-60.
- CLARK, John Maurice. Toward a concept of workable competition. *The American Economic Review*, Pittsburgh-PA, v. 30, n. 2, p. 241-256, Jun. 1940.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Averiguação preliminar nº 08012.005181/2006-37*. Brasília, 29 abr. 2009a. Voto do Conselheiro Paulo Furquim. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000431081855.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2012.
- _____. *Averiguação preliminar nº 08012.006212/2003-24*. Brasília, 28 out. 2009b. Voto do Conselheiro César Mattos. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/temp/t159201217202292.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2012.
- _____. *Averiguação preliminar nº 08012.003648/1998-05*. Brasília, 18 ago. 2010a. Voto do Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000515551772.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2012.
- _____. *Processo administrativo nº 08012.003648/1998-05*. Brasília, 18 ago. 2010b. Voto do Conselheiro Ricardo Machado Ruiz. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000551651041.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2012.
- _____. *Processo administrativo nº 08012.003648/1998-05*. Brasília, 18 ago. 2010c. Voto do Conselheiro Carlos Emmanoel Joppert Ragazzo. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000551661619.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2012.
- _____. *Processo administrativo nº 08012.003648/1998-05*. Brasília, 18 ago. 2010d. Voto do Conselheiro César Mattos. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000551641073.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2012.

_____. *Relatório anual de atividades 1998-99*. Brasília: CADE, 1999a. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?cc6daf70bc5bdd7cd47b>>. Acesso em: 09 fev. 2011.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. *DOU*, Brasília, 28 jun. 1999b.

_____. *Processo administrativo nº 08012.007514/2000-79*. Brasília, 19 jan. 2007. Voto da Conselheira-Presidente Elizabeth Farina. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000293251055.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2012.

_____. *Processo administrativo nº 08012.000966/2000-01*. Brasília, 18 jun. 2008. Voto do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000374681555.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2012.

_____. Departamento de Estudos Econômicos do CADE. *Nota técnica*. Brasília, fev. 2010. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/Dn_Processo0011764.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2012.

DANTAS, Ivo. *Direito constitucional econômico: globalização & constitucionalismo*. Curitiba: Juruá, 1999.

DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael. Antitrust Divergence and the Limits of Economics. *Northwestern University Law Review*, Chicago, v. 104, p. 253, 2010b.

_____. Antitrust Error. *William & Mary Law Review*, Williamsburg, v. 52, p. 75, 2010a.

EASTERBROOK, Frank H. The Limits of Antitrust. *Texas Law Review*, Kansas City, v. 63, n. 1, Aug. 1984.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sherman Antitrust Act (1890)*. Washington, 02 jul. 1890. Disponível em: <<http://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=true&doc=51>>. Acesso em: 27 fev. 2012.

_____. Corte de Apelações do Sétimo Circuito. *Richard Goldwasser, et al., v. Ameritech Corporation, Defendant-Appellee*. 222 F.3d 390 (7th Cir. 2000). Illinois, 2000. Disponível em: <<http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F3/222/222.F3d.390.98-1439.html>>. Acesso em: 27 fev. 2012.

_____. Corte de Recursos da Segunda Circunscrição. *United States v. ALCOA*, 148 F. 2d 416 (2nd Cir.). Nova York, 1945. Disponível em: <<http://myweb.clemson.edu/~maloney/424/alcoa.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2012.

_____. Suprema Corte. *Standard Oil Co. of N. J. v. United States*, 221 U.S.1, 52 (1911). Washington, 15 maio 1911. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/case.html>>. Acesso em: 27 fev. 2012.

_____. Suprema Corte. *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.* - 351 U.S. 377 (1956). Washington, 11 jun. 1956. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/351/377/case.html>>. Acesso em: 27 fev. 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Northern Pacific Railway Co. et al v. United States* - 356 U.S.1 (1958). Washington, 10 mar. 1958. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/356/1/case.html>>. Acesso em: 28 fev. 2012.

_____. Suprema Corte. *United States v. Grinnell Corp.* 384 U.S. 563 (1966). Washington, 13 jun. 1966. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/563/case.html>>. Acesso em: 28 fev. 2012.

_____. Suprema Corte. *Copperweld v. Independence Tube* 467 U.S. 752 (1984). Washington, 19 jun. 1984. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=467&invol=752>>. Acesso em: 20 jul. 2012.

_____. 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: 27 fev. 2012.

EUROPA. Corte Europeia de Justiça. *Sirena v. Eda* (1971), *proc. 40/70*. Luxemburgo, 18 fev. 1971. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61970CJ0040:PT:PDF>>. Acesso em: 27 fev. 2012.

_____. Corte Europeia de Justiça. *General Motors Continental NV v. Comission of the European Communities* (1975). *Proc. 26/75*. Luxemburgo, 13 nov. 1975. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61975J0026:EN:NOT>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

_____. Corte Europeia de Justiça. *United Brands Continentaal BV v*

- Commission of the European Communities. - Chiquita Bananas - 1978- Case 27/76.* Luxemburgo, 14 fev. 1978. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976J0027:EN:HTML>>. Acesso em: 20 jul. 2012.
- _____. Corte Europeia de Justiça. *Ministere Public v. Tournier, ECR 2521, 1989 (“SACEM II”)*, Case 395/87. Luxemburgo, 9 ago. 1989. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993CO0378:EN:HTML>>. Acesso em: 04 mar. 2012.
- _____. Tratado estabelecendo a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço. Paris, 18 abr. 1951. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11951K/tif/TRAITES_1951_CECA_1_PT_0001.tif>. Acesso em: 20 jul. 2012.
- _____. Versão Consolidada do Tratado de Funcionamento da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*, [s.l.], 30 mar. 2010. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:pt:PDF>>. Acesso em: 27 fev. 2012.
- EVANS, David S.; PADILLA, A Jorge. Excessive prices: using economics to define administrable legal rules. CEPR Discussion Paper n° 4626. [...], Sept. 2004. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=620402>. Acesso em: 15 jul. 2012.
- EZRACHI, Ariel; GILO, David. Are excessive prices really self-correcting? *Journal of Competition Law and Economics*, [s.l.], v. 5, n. 2, p. 249-268, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1411536>. Acesso em: 13 ago. 2012.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Congelamento de preços - tabelamentos oficiais (parecer). *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 91, p. 76-86, 1989.
- _____. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FLETCHER, Amelia; JARDINE, Alina. Towards an appropriate policy for excessive pricing. In: EHLERMANN, Claus-Dieter; MARQUIS, Mel (Ed.). *European competition annual 2007: a reformed approach to article 82 EC*. Oxford: Hart Publishing, 2008. p. 533-546. Disponível em: <[http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2007\(pdf\)/200709-COMPed-Fletcher-Jardine.pdf](http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2007(pdf)/200709-COMPed-Fletcher-Jardine.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2012.
- FONSECA, Antonio. Tarifa de transportes aéreos: uma abordagem jurídica do

- equilíbrio econômico dos contratos de permissão. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 1, n. 3, jul. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_03/tarifa%20transportes%20a%E9reos.htm>. Acesso em: 15 jul. 2012.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FOX, Eleanor M. Monopolization and dominance in the United States and the European Community: efficiency, opportunity, and fairness. *Notre Dame Law Review*, Notre Dame, v. 61, n. 5, p. 981-1020, 1986.
- FRANCIOSI, Robert.; PRAVEEN KIJAL, Roland Michelitsch. Fairness: effect on temporary and equilibrium prices in posted-offer markets. *Economic Journal*, Oxford, v. 105, p. 938-950, July 1995.
- FREY, Bruno S.; POMMEREHNE, Werner W. On the fairness of pricing - An empirical survey among the general population. *Journal of Economic Behavior and Organization*, [s.l.], v. 20, p. 295-307, 1993.
- GAL, Michal S. Monopoly pricing as na antitrust offense in the U.S. and the EC: Two systems of belief about monopoly? *Antitrust Bulletin*, Wexford, v. 49, p. 343, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GREMAUD, Amaury Patrick et al. *Manual de economia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GUARAGNI, Fábio André. O novo tratamento dos crimes contra a propriedade intelectual à luz do direito penal econômico: comentários à Lei 10.695 de 01.07.2003. In: GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília (Coord.). *Direito penal & cidadania: questões contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 97-111.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Teresa Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- HALL, Robert E.; LIEBERMAN, Marc. *Microeconomia: princípios e aplicações*. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2003.
- HOVENKAMP, Hebert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 4. ed. Minnesota: West Publishing, 2011.
- _____; AREEDA, Phillip E. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*. 3. ed. Nova York: Aspen Publishers, 2008.

- KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack L.; THALER, Richard. Fairness as a Constraint on Profit Seeking: Entitlements in the Market. *American Economic Review*, Pittsburgh, v. 76, n. 4, p. 728-741, Sept. 1986. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1806070?uid=3737664&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21101175451441>>. Acesso em: 09 jul. 2012.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LEWIS, David. Chilling competition. In: HAWK, Barry E. (Ed.). *Fordham competition law institute*. Huntington, NY: Juris Publishing, 2008. Chapter 17, p. 419-436.
- LYONS, Bruce. The paradox of the exclusion of exploitative abuse. In: SWEDISH COMPETITION AUTHORITY. *The pros and cons of high prices*. Kalmar: Lenanders Grafiska, 2007. p. 65-87.
- MANKIW, Gregory N. *Principles of economics*. Mason-Ohio: Thomson/South-Western, 2000.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Ordem econômica e desenvolvimento na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Ed. APEC, 1989.
- MORGAN, Thomas D. *Cases and materials on modern antitrust law and its origins*. 2. ed. St. Paul: West Group, 2001.
- MOTTA, Massimo; STREEL, Alexandre de. *Excessive pricing in competition law: never say never?* In: SWEDISH COMPETITION AUTHORITY (Org.). *The pros and cons of high prices*. Kalmar: Lenanders Grafiska, 2007. p. 14-46. Disponível em: <http://www.kkv.se/upload/filer/trycksaker/rappporter/pros&cons/rap_pros_and_cons_high_prices.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2012.
- NASCIMENTO, R. A mudança de papel do Estado brasileiro: uma análise dos anos 50 aos anos 90. In: BENECKE, D. W.; NASCIMENTO, R. (ed.). *Opções de política econômica para o Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2003, p. 187-206.
- NÚMERO de presos por preço abusivo em postos de SP chega a nove. *GI SP*, São Paulo, 07 mar. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/03/numero-de-presos-por-preco-abusivo-em-postos-de-sp-chega-nove.html>>. Acesso em: 15 jul. 2012.
- NUNES, Rubens. Lucro arbitrário e preço excessivo. *CADE Informa*, Brasília, mar. 2007. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/news/n004/artigo.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2012.

- 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. 17-30.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Teixeira de. *A economia: com todas as letras e números*. Belo Horizonte: Mercado Comum, 2004.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Excessive prices. DAF/COMP(2011)18*. Paris, 07 Feb. 2012. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/49604207.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2012.
- ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS. *Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. Paris, 2010. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/OCDE_Peer_Review_2010_portugues.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2010.
- PAULIS, Emil. Article 82 and exploitative conduct. EUI COMPETITION LAW AND POLICY WORKSHOP, 12th. Florence, 8-9 June 2007. Disponível em: <[http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2007\(pdf\)/200709-COMPed-Roeller.pdf](http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2007(pdf)/200709-COMPed-Roeller.pdf)>. Acesso em: 05 mar. 2012.
- PENNANCE, F. G.; SELDON, Arthur. *Dicionário de economia*. Tradução de Nelson de Vincenzi. Rio de Janeiro: Bloch Editores, 1969. 2. v.
- PITOFISKY, Robert. Antitrust in the next 100 years. *California Law Review*, Berkeley, v. 3, n. 75, p. 817-833, 1987.
- REINO UNIDO. UK Competiton Commision Appeal Tribunal. *Napp Pharmaceutical Holdings vs. Director-General of Fair Trading, Case n° 1001*. Londres, 15 Jan. 2002. Disponível em: <<http://www.catribunal.org.uk/237-565/1001-1-1-01-Napp-Pharmaceutical-Holdings-Limited-and-Subsidiaries.html>>. Acesso em: 05 mar. 2012.
- RÖLLER, Lars-Hendrik. Exploitative abuses. In: EHLERMANN, Claus-Dieter; MARQUIS, Mel (Ed.). *European competition annual 2007: a reformed approach to article 82 EC*. Oxford: Hart Publishing, 2008. p. 525-533. Disponível em: <[http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2007\(pdf\)/200709-COMPed-Roeller.pdf](http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2007(pdf)/200709-COMPed-Roeller.pdf)>. Acesso em: 24 jul. 2012.
- RUIZ, Ricardo Machado. Preços abusivos na política antitruste: uma peça com três atores. *Debates em Direito da Concorrência*, Brasília, p. 279-295, 2011. Disponível em:

- <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=171700&ordenacao=1&id_site=7529>. Acesso em: 24 jul. 2012.
- SANTACRUZ, Ruy. Preço abusivo e cabeça de bacalhau. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 17-32, 1998.
- SÃO PAULO. Polícia Civil do Estado. Polícia Civil autua postos de combustíveis oportunistas - Alguns postos da Capital aproveitaram a greve para elevar os preços dos combustíveis e prejudicar o consumidor. *Polícia Civil do Estado de São Paulo: Notícias em Geral*, São Paulo, 07 mar. 2012. Disponível em <<http://www2.policiacivil.sp.gov.br/x2016/modules/news/article.php?storyid=2590>>. Acesso em: 23 jun. 2012.
- SCHWEITZER, Heike. *Parallels and Differences in the Attitudes towards single-firm conduct: what are the reasons? The History, Interpretation and Underlying principles of Sec. 2 Sherman Act and Art. 82 EC. EUI Working Papers. LAW/2007/32.* [s.l.], 2007. Disponível em: <<http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/7626/LAW-2007-32.pdf?sequence=3>> Acesso em: 05 jul. 2012.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SIMONSEN, Mário Henrique. A inflação brasileira: lições e perspectivas. *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 5, n. 4, p. 15-30, out./dez. 1985.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. São Paulo: LTr, 2005.
- URBANY, Joel; MADDEN, Thomas; DICSON, Peter R. 1989. All's not fair in pricing: an initial look at the dual entitlement principle. *Marketing Letters*, [s.l.], v. 1, p. 17-25, 1989. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/40216130?uid=3737664&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21101050341063>> Acesso em: 05 jul. 2012.
- VAIDYANATHAN, Rajiv; AGGRARWAL, Praveen. Who is the Fairest of them all? An Attributional Approach to Price Fairness Perceptions. *Journal of Business Research*, [s.l.], v. 56, n. 6, p. 453-463, 2003.
- VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON, Joseph E.; VERNON, Joseph E. *Economics of regulation and antitrust*. 4. ed. Massachusetts: MIT University Press, 2005.
- WAHL, Nils. Exploitative high prices and European competition law - a personal reflection. In: SWEDISH COMPETITION AUTHORITY (Org.). *The pros and cons of high prices*. Kalmar: Lenanders Grafiska, 2007. p. 47-64. Disponível em:

<http://www.kkv.se/upload/filer/trycksaker/rappporter/pros&cons/rap_pros_and_cons_high_prices.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2012.

WHISH, Richard. *Competition law*. 3. ed. Oxford: OUP Oxford, 2008.

WILLIAMS, Mark. Excessive prices. In: SWEDISH COMPETITION AUTHORITY (Org.). *The pros and cons of high prices*. Kalmar: Lenanders Grafiska, 2007. p. 128-156. Disponível em: <http://www.kkv.se/upload/filer/trycksaker/rappporter/pros&cons/rap_pros_and_cons_high_prices.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2012.

WILLIAMSON, John. What Should the World Bank Think About the Washington Consensus? World Bank Research Observer. *The International Bank for Reconstruction and Development*, Washington-DC, v. 15, n. 2, p. 251-264, Aug. 2000. Disponível em: <<http://time.dufe.edu.cn/wencong/washingtonconsensus/whatshouldbankthink.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2012.

XIA, Lan; MONROE, Kent B.; COX, Jennifer L. The Price Is Unfair! A Conceptual Framework of Price Fairness Perceptions. *Journal of Marketing*, [s.l.], v. 68, p. 1-15, 2004.

* * *