

**IBRAC**

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS  
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E  
COMÉRCIO INTERNACIONAL

# REVISTA DO IBRAC

São Paulo

Número 1 - 2021

ISSN 1517-1957

## EXCESSO OU ESCASSEZ: O CONTROLE A PREÇOS EXCESSIVOS NO SBDC

Vitor Jardim Machado Barbosa  
Gustavo Henrique Carneiro de Camargo Kastrup

**Resumo:** A partir da provocação da pandemia de Covid-19 e os debates acerca do tema de aumentos excessivos de preços em matéria antitruste, o artigo tem como enfoque principal realizar uma análise histórica dos dispositivos legais do Brasil sobre o assunto e qual foi o tratamento que o SBDC deu ao tema nas últimas décadas. O artigo busca, com base na abordagem dada pela literatura e prática internacional, pontuar em que medida essa conduta pode configurar uma conduta concorrencialmente problemática e parâmetros utilizados para essa avaliação. Finalmente, o artigo propõe apontamentos acerca da conduta e cenários possíveis de análise pelo SBDC.

**Palavras Chave:** preços exploratórios, preços excessivos, Covid-19, condutas unilaterais, CADE.

**Keywords:** *Exploitative pricing, excessive pricing, Covid-19, unilateral conducts, CADE.*

### 1. Introdução: Covid-19, a atual conjuntura econômica e o antitruste

Em 2020, em meio à pandemia de Covid-19, diversas autoridades antitruste do mundo passaram a discutir diferentes medidas a serem tomadas em razão do contexto econômico anormal. No Chile, por exemplo, entre outras iniciativas, a autoridade antitruste (*Fiscalía Nacional Económica*) recomendou que apenas operações urgentes e imprescindíveis de notificação sejam notificadas durante a pandemia, cabendo um juízo de pertinência às partes.<sup>1</sup> Nas principais jurisdições em matéria

---

<sup>1</sup> Resolución Exenta n° 188, de 25 de março de 2020, da Fiscalía Nacional Económica: “Sin perjuicio de lo que se señala a continuación, esta Fiscalía solicita a las partes notificantes de eventuales operaciones de concentración que, atendida la actual situación de excepción, efectúen una evaluación de la pertinencia de notificar

antitruste (Estados Unidos e União Europeia), as autoridades reconheceram que a implementação imediata de acordos de cooperação pode ser imprescindível para enfrentar a crise trazida pela pandemia e decidiram estabelecer guias para orientar as partes no desenho desses acordos e canais de consultas mais céleres.<sup>2 3</sup>

Em primeiro momento, diferentemente dos encaminhamentos dados na jurisdição norte-americana e na jurisdição europeia, passou-se a discutir no Brasil um projeto de lei que tinha como proposta a suspensão

---

*una operación de concentración a la FNE, limitándose sólo a aquellas que sean urgentes e imprescindibles de notificar.”* Disponível em: [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/03/OK-Res-ex-aprueba-medidas-en-procedimientos-FNE-188\\_FINAL.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/03/OK-Res-ex-aprueba-medidas-en-procedimientos-FNE-188_FINAL.pdf) Acesso em 11.09.2020.

<sup>2</sup> Nos Estados Unidos, o comunicado conjunto das autoridades federais responsáveis pela política de defesa da concorrência (Departamento of Justice - DOJ e Federal Trade Commission – FTC) menciona que há diversas formas que empresas, inclusive concorrentes, podem atuar em colaboração pró-competitiva que não violem as regras concorrenciais. As autoridades se comprometeram em envidar seus melhores esforços para responder de maneira célere a todos os pedidos relacionados ao Coronavírus e em até 7 dias úteis todos relacionados à saúde pública e segurança. A declaração das autoridades dos Estados Unidos também menciona que as autoridades reconhecem, porém, que determinadas empresas e pessoas precisam atuar imediatamente para adotar as medidas necessárias em relação à pandemia e descreve diversas formas de atividades colaborativas entre diferentes partes para melhorar o encaminhamento de questões de segurança e de saúde que seriam consistentes com as leis antitruste. A declaração aponta, contudo, que a situação pode ser usada para empreender condutas anticompetitivas e que as autoridades não deixarão de aplicar as penalidades cabíveis. Em suma, há um indicativo de que as autoridades serão mais flexíveis com determinados acordos, sempre sujeito a uma análise a posteriori de possíveis dispositivos anticompetitivos.

<sup>3</sup> A divisão de concorrência da Comissão Europeia também seguiu o modelo de oferecer orientações às partes interessadas, sem projetos de suspensão, até o momento, de dispositivos legais. A autoridade europeia criou um novo website denominado “regras antitruste e coronavírus” que resume as políticas e medidas antitruste, no contexto da pandemia do coronavírus. De acordo com a comissão, o intuito desse website é ajudar empresas a desenhar acordos de cooperação temporários de modo pró-competitivo para ajudar a Europa a superar a crise do coronavírus. A Comissão Europeia também criou um endereço de email para que empresas e advogados possam solicitar “orientações informais” em casos específicos. A comissão aponta que este email serviria para dar orientação para casos de cooperação que precisem ser rapidamente implementados no contexto da pandemia. A autoridade também destaca que continuará a monitorar eventuais condutas anticompetitivas.

temporária de alguns dispositivos sobre controle de condutas e de operações, além da consideração de “*situações extraordinárias*” na aplicação da lei. O Cade, por sua vez, seguiu a linha de Estados Unidos e União Europeia e disponibilizou acesso às medidas adotadas pelo órgão diante da crise de Covid-19,<sup>4</sup> com investigações e demais ações do Conselho referentes ao tema, inclusive com orientações sobre os parâmetros recomendados na elaboração de estratégias de combate à pandemia e sobre os procedimentos disponíveis para que os agentes econômicos possam obter pronunciamento do Cade.<sup>5</sup>

O contexto da pandemia também fez algumas condutas passíveis de análise pela legislação concorrencial em diferentes jurisdições se intensificarem, como aquelas relacionadas ao aumento excessivo de preços em determinadas situações por agentes econômicos. De acordo com a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”),<sup>6</sup> uma das muitas consequências da pandemia de Covid-19 foi a interrupção das cadeias de produção e fornecimento, que, junto com o aumento da demanda, levou à escassez de produtos essenciais. Essas carências, de acordo com organização, influenciaram o comportamento das empresas e pode ter levado a preços potencialmente exploratórios em alguns casos. Em meio a essa situação, distinguir práticas de preços legítimas de ilegítimas, bem como a melhor forma de lidar com preços

---

<sup>4</sup> Disponível em: <http://www.cade.gov.br/coronavirus>. Acesso em 18/09/2020.

<sup>5</sup> Neste contexto, o Cade elaborou um material com orientações sobre os parâmetros recomendados na elaboração de estratégias de combate à pandemia e sobre os procedimentos disponíveis para que os agentes econômicos possam obter pronunciamento do Cade denominada “Nota Informativa Temporária sobre Colaboração entre Empresas para Enfrentamento da Crise de COVID-19”. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-divulga-nota-informativa-sobre-colaboracao-entre-concorrentes-para-enfrentamento-da-cri-se-de-covid-19> Acesso em 19/09/2020.

<sup>6</sup> Documento da OCDE de maio de 2020 denominado: “*Exploitative pricing in the time of COVID-19*”. Acesso em 11.09.2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/Exploitative-pricing-in-the-time-of-COVID-19.pdf>

ilegítimos, cria desafios substanciais para as autoridades de defesa da concorrência.

O debate sobre a conduta de aumento de preço em meio à pandemia de Covid-19 envolve a discussão de em que medida as crises podem levar a aumentos repentinos de preços e no papel que a política de defesa concorrência e as autoridades têm a cumprir. Por um lado, os aumentos de preços podem apenas refletir aumentos nos custos dos participantes do mercado, e fornecer sinais de mercado essenciais para aumentar a produção e estimular novas entradas. De outro, tais elevações também podem refletir práticas de negócios exploratórias sem justificativa objetiva, aptos a justificar intervenção das autoridades de concorrência, em situações previstas pela respectiva legislação.

A partir da provocação da pandemia de Covid-19 e os debates acerca do tema de aumentos excessivos de preços em matéria antitruste, o artigo tem como enfoque principal realizar uma análise histórica dos dispositivos legais do Brasil sobre o assunto e qual foi tratamento que o SBDC deu ao tema nas últimas décadas. O artigo busca, com base na abordagem dada pela literatura e prática internacional, pontuar em que medida essa conduta pode configurar uma conduta concorrencialmente problemática e parâmetros utilizados para essa avaliação. Ao final, o artigo propõe apontamentos acerca da conduta e possíveis cenários para a análise da conduta pelo SBDC.

## **2. O aumento excessivo de preços como problema concorrencial: a experiência internacional**

As legislações de diferentes países permitem que as autoridades de defesa da concorrência atuem diretamente contra os abusos de preços exploratórios. No entanto, a abordagem desses casos segue sendo um desafio e a experiência internacional<sup>7</sup> indica que autoridades de

---

<sup>7</sup> Neste sentido, vide: Documento da OCDE de maio de 2020 denominado: “*Exploitative pricing in the time of COVID-19*”. Acesso em 11.09.2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/Exploitative-pricing-in-the-time-of-COVID-19.pdf>

concorrência devem considerar se a atuação antitruste contra preços são necessárias, proporcionais e eficazes. Neste contexto, a OCDE recomenda que as autoridades levem em consideração se os demais recursos do ordenamento jurídico como, por exemplo, medidas de proteção ao consumidor ou mesmo regulação de preços são preferíveis.

As autoridades de defesa da concorrência têm a capacidade de sustentar a defesa de medidas que protejam os consumidores, ao mesmo tempo em que garantem que os incentivos econômicos necessários permaneçam em vigor para que os produtos entrem no mercado onde e quando necessário.

Dados os desafios de tais casos, no entanto, mesmo nas jurisdições que condenam a prática de preços excessivos, as autoridades de defesa da concorrência têm apenas excepcionalmente atuado. A restrição de preços excessivos com base em leis de defesa da concorrência permanece subdesenvolvida conceitualmente e subtilizada na prática.<sup>8</sup> No entanto, onde foram adotadas, as disposições legais que proíbem preços excessivos têm evoluído ao longo dos anos e pode ser uma ferramenta importante para reprimir comportamentos abusivos estratégicos de agentes econômicos.

Além disso, é possível separar a prática de manipulação unilateral de preços dentro do rol de condutas *exploratórias*, aquelas que distorcem a concorrência por diretamente diminuírem o bem-estar econômico de consumidores intermediários ou finais, em contraste às condutas ditas *exclusionárias*, que visam a exclusão parcial ou total de concorrentes de um mercado<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Akman, Pinar and Garrod, Luke, When are Excessive Prices Unfair? (March 2, 2010). CCP Working Paper 10/04, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1578181> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1578181>.

<sup>9</sup> Para uma visão global sobre as diferenças entre condutas exploratórias e condutas exclusionárias, veja-se: MOTTA, Massimo; STREEL, Alexandre de. Excessive Pricing and Price Squeeze under EU Law. In: EHLERMANN, Claus-Dieter;

A experiência internacional não é uníssona em relação à maneira de se interpretar a manipulação unilateral de preços.<sup>10</sup> Ao analisar os dois sistemas em relação a essa conduta, MICHAL S. GAL realizou a arqueologia da distinção. Segundo a autora, a visão estadunidense de que uma economia não regulada é essencialmente competitiva, de tal sorte que prejuízos à concorrência gerados pela atividade econômica regular dos agentes – tal como a manipulação unilateral de preços não artificial – não seria objeto do escrutínio antitruste; por outro lado, a visão europeia refletiria uma abordagem mais cética à capacidade de as forças de mercado organizarem um ambiente competitivo, o que exigiria maiores intervenções estatais, refletidas, neste caso, no controle da manipulação unilateral de preços por agentes que detenham poder de mercado<sup>11</sup>.

Essa distinção pode ser confirmada pelas manifestações das autoridades antitruste de ambas as jurisdições. No *Policy Roundtable* promovido pela OCDE para discutir o tema de manipulação unilateral de preços, as autoridades responsáveis pela análise da matéria antitruste nos Estados Unidos – a *U.S. Federal Trade Commission* (“**FTC**”) e a *Antitrust Division* do *U.S. Department of Justice* (“**DOJ**”) categoricamente afirmaram que a lei norte-americana não reconhece a conduta de “preços excessivos”.<sup>12</sup>

---

ATANASIU, Isabela (Eds.). *European Competition Law Annual: 2003 – What Is an Abuse of a Dominant Position?* Oxford: Hart Publishing, 2006, pp. 91-125.

<sup>10</sup> Abuse of Market Power. In: BUCCIROSSI, Paolo (Ed.). *Handbook of Antitrust Economics*. Cambridge: The MIT Press, 2008, p. 418

<sup>11</sup> Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the US and the EC: Two Systems of Belief about Monopoly. In: *Antitrust Bulletin*, v. 49, 2004, 343-384 (pp. 345-346).

<sup>12</sup> “*U.S. antitrust law does not recognize “excessive pricing” as an antitrust violation in and of itself, thus allowing legitimate market participants to set their prices as high as they choose. This policy choice stems from the difficulty in identifying what prices are excessive; as well as from concerns that antitrust enforcement against “excessive pricing” may chill incentives to compete and innovate in the first place, and interfere with the proper functioning of markets subject to such enforcement.*” OCDE. DAF/COMP (2011) 18 – Excessive Prices: Contribution of the United States of America. 2011, p. 307. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49604207.pdf>. Acesso em 21 de agosto de 2020.

Nesse sentido, pode ser mencionado como paradigmática a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Verizon vs. Trinko*<sup>13</sup>. A legislação dos Estados Unidos, assim como de outras jurisdições, considera que os preços elevados são meros indicadores de problemas de concorrência subjacentes que precisam ser resolvidos, e não uma variável sobre a qual as autoridades de concorrência devem intervir diretamente. Por outro lado, essas jurisdições normalmente têm outros mecanismos para lidar com certas práticas de preços exploratórias, como leis de manipulação de preços ou disposições de legislação do consumidor.

Por sua vez, a experiência europeia apresenta um grande número de casos envolvendo investigações e condenações sobre manipulação unilateral de preços<sup>14</sup>. A União Europeia é um exemplo de jurisdição que considera como ilícito concorrencial o aumento excessivo de preços tanto com viés exploratório quanto com viés exclusionário. Essa orientação decorre de uma interpretação extensiva da alínea a do Artigo 102 do Tratado da União Europeia, que prevê como ilícito qualquer forma de abuso de

---

<sup>13</sup> *VERIZON COMMUNICATIONS INC. V. LAW OFFICES OF CURTIS V. TRINKO, LLP* (02-682) 540 U.S. 398 (2004), julgado em 13 de janeiro de 2004. A decisão adotada, formulada pelo Justice Antonin Scalia, resume que, segundo as regras do direito estadunidense: *The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system. The opportunity to charge monopoly prices – at least for a short period – is what attracts “business acumen” in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth. To safeguard the incentive to innovate, the possession of monopoly power will not be found unlawful unless it is accompanied by an element of anticompetitive conduct.* Opinion of the Court no caso 540 U.S. 398 (2004), *VERIZON COMMUNICATIONS INC., PETITIONER v. LAW OFFICES OF CURTIS V. TRINKO, LLP*, p. 7. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/02-682P.ZO>. Acesso em 23 de agosto de 2020.

<sup>14</sup> A seleção dos casos recentes mais relevantes apresentados neste trabalho foi obtida em: JENNY, Frédéric. Abuse of Dominance by Firms Charging Excessive or Unfair Prices: An Assessment. In: KATSOULACOS, Yannis; JENNY, Frédéric (Eds.). *Excessive Pricing and Competition Law Enforcement*. Cham: Springer, 2018, pp. 14-25.



poder de mercado por agente econômico em posição dominante que consista na prática de “preços injustos” (*unfair prices*).<sup>15</sup>

Assim, observa-se que a manipulação unilateral de preços é um tema controverso segundo o escrutínio internacional de autoridades anti-truste. Enquanto há indicativos de que se trata de uma conduta unilateral exploratória, ligada diretamente ao abuso de posição dominante de uma empresa líder em determinado mercado, não há consenso se tal conduta seria ou não prejudicial à concorrência e de que maneira caberia a identificação pela autoridade anti-truste e qual seria a adequada medida de intervenção<sup>16</sup>.

### **3. A experiência normativa: o histórico do aumento excessivo de preços na legislação brasileira**

O aumento excessivo de preços<sup>17</sup> não seguiu um caminho retilíneo em relação à vedação expressa da prática no rol de condutas positivadas nas normas nacionais. A primeira legislação brasileira que versava sobre a matéria anti-truste – Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945, conhecida como “Lei Malaia” – não estabelecia, de modo expresse, se a

---

<sup>15</sup> “(...)Artigo 102.º

É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

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

<sup>16</sup> Para críticas sobre possibilidade de punição de condutas exploratórias, ou, trocando em miúdos, a respeito da impossibilidade dessas condutas de gerar danos à concorrência, veja-se: AKMAN, Pinar. Exploitative Abuse in Article 82EC: Back to Basics? In: ESRC – Economic & Social Research Council – CCP Working Paper 09.01. Disponível em: <https://ueaeco.github.io/working-papers/papers/ccp/CCP-09-01.pdf>. Acesso em 22 de agosto de 2020.

<sup>17</sup> “Aumento excessivo de preços”, “aumento abusivo de preços” e “manipulação unilateral de preços” são expressões consideradas sinônimas pelo presente trabalho.

prática de aumento excessivo de preços seria um ilícito antitruste<sup>18</sup>. Não obstante, a interpretação conjunta dos dispositivos que previam a repressão de condutas ilícitas autoriza a conclusão de que o rol de condutas ali previsto permitia uma abertura a ponto de se enquadrar condutas relacionadas a aumento abusivo de preços, como um ilícito antitruste. Por exemplo, o inciso IV, do art. 1º considerava “contrário ao interesse nacional” “a paralisação, total ou parcial, de empresas comerciais, industriais ou agrícolas” que pudesse resultar na “elevação dos preços das mercadorias”.

Além disso, é razoável concluir que a Lei Malaia buscava coibir o aumento de preços por questões estranhas à dinâmica de equilíbrio de mercado entre oferta e procura. Nesse sentido, fato é que havia uma

---

<sup>18</sup> O artigo 1º da Lei Malaia fixava as práticas que seriam consideradas ilícitos antitruste, *in verbis*:

“Art. 1º Consideram-se contrários aos interesses da economia nacional:

*I - os entendimentos, ajustes ou acordos entre empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham por efeito:*

*a) elevar o preço de venda dos respectivos produtos;*

*b) restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas;*

*c) influenciar no mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio, ainda que regional;*

*II - os atos de compra e venda de acervos de empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou de cessão e transferência das respectivas cotas, ações, títulos ou direitos, ou de retenção de estoques de mercadorias, desde que de tais atos resulte ou possa resultar qualquer dos feitos previstos nas alíneas a, b e c do item I;*

*III - os atos de aquisição ou detenção, a qualquer título, de terras, por parte de empresas industriais ou agrícolas, em proporção superior às necessidades de sua produção, desde que daí resulte ou possa resultar a supressão ou redução das pequenas propriedades ou culturas circunvizinhas;*

*IV - a paralisação, total ou parcial, de empresas comerciais, industriais ou agrícolas desde que de tal fato resulte ou possa resultar a elevação dos preços das mercadorias ou o desemprego em massa de empregados, trabalhadores ou operários;*

*V - a incorporação, fusão, transformação, associação ou agrupamento de empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou a concentração das respectivas cota, ações ou administrações nas mãos de uma empresa ou grupo de empresas ou nas mãos de uma pessoa ou grupo de pessoas, desde que de tais atos resulte ou possa resultar qualquer dos efeitos previstos nas alíneas a, b e c do item I”.*

preocupação especial com a elevação de preço de venda de produtos, sobretudo produtos essenciais<sup>19</sup>, fosse esse aumento causado por entendimentos entre concorrentes ou conduta unilateral de determinado agente. O Decreto-lei 7.666/45 só vigorou por alguns meses, tempo insuficiente para provocar qualquer efeito, tendo sido revogado em novembro de 1945 com o fim do Estado Novo.<sup>20</sup> A evolução do direito antitruste brasileiro manteve essa preocupação em combater o aumento excessivo de preços e, indo além, passou a prever expressamente a conduta como ilícito antitruste. A Constituição de 1946 acolheu o termo “*abuso do poder econômico*”, em seu art. 148, fundamento da legislação antitruste infraconstitucional. A Lei 4.137/1962, a lei que passou a regular o abuso de poder econômico estabelecia como abuso de poder econômico condutas como a elevação de preços com objetivo de aumentar arbitrariamente lucros (inciso II) e a provocação de elevações temporárias de preços por meio

---

<sup>19</sup> Nesse sentido, MÁRIO ANDRÉ MACHADO CABRAL, ao analisar o Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938 (Lei de Crimes contra a Economia Popular), já identificava, antes até da Lei Malaia, as preocupações do legislador brasileiro em combater o aumento de preços que pudesse gerar problemas ao abastecimento de bens essenciais: “*Especificamente quanto à questão do abastecimento, entendeu-se naquele momento que era preciso garantir o acesso da população a certos bens. Entretanto, constatou-se que esse acesso era por vezes obstado não por uma escassez ordinária do mercado, mas sim pela especulação, através de práticas de açambarcamento, por exemplo, praticadas por agentes com capacidade econômica para tal. A redução da oferta implicaria aumento da procura e, por conseguinte, aumento do preço.*”

*Apesar de tal mecanismo de mercado ser normal no sistema capitalista, o Estado definiu naquele momento que, em se tratando de certos bens, como gêneros alimentícios e farmacêuticos, não se justificava a prática especulativa. Enquanto quem praticava esse tipo de conduta auferiria ganhos extraordinários, a população ficaria severamente prejudicada”* (O sentido de “economia popular”: a origem do antitruste no Brasil dos anos 1930. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito, v.14, n. 1, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/30971/pdf>. Acesso em 18 set. 2020.

<sup>20</sup> Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos. Coordenação de Vinícius Marques de Carvalho e Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. – Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade\\_-\\_defesa\\_da\\_concorrenca\\_no\\_brasil\\_50\\_anos-1.pdf](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade_-_defesa_da_concorrenca_no_brasil_50_anos-1.pdf). Acesso em 20/09/2020.

de atos que dificultassem a atividade empresarial de terceiros (inciso III).<sup>21</sup>

Na mesma linha, a lei que enuncia a estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, a Lei nº 8.884/1994, em seu artigo 21, inciso XXIV<sup>22</sup>, determinava que caracteriza infração da ordem econômica “*impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço*”. Vale notar que, fora da competência do CADE, desde o início da década de 90 o ordenamento jurídico brasileiro prevê em matéria de defesa do consumidor, que seria abusiva a prática de: “*eleva sem justa causa o preço de produtos ou serviços*”.<sup>23</sup>

A nova Lei de Defesa da Concorrência (“LDC”), atual Lei nº 12.529/2011, trouxe uma mudança de rumos ao retirar o aumento excessivo de preços do rol exemplificativo das condutas consideradas ilícitas antitruste. Entretanto, nem sempre parece ter sido essa a ideia do legislador, uma vez que o projeto original da LDC previa a manutenção do dispositivo. Na proposta inicial do PL<sup>24</sup> que se tornou a LDC, o dispositivo fora mantido. Contudo, durante o trâmite do projeto nas comissões do Congresso Nacional, a conduta foi retirada, sem que houvesse discussões aprofundadas sobre o assunto. No Parecer do Relator Deputado Bernardo

---

<sup>21</sup> OCTAVIANI, Alessandro. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/260/edicao-1/conselho-administrativo-de-defesa-economica---cade>

<sup>22</sup> *In verbis*: “Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

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

<sup>23</sup> Art. 39, X, Lei No. 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor.

<sup>24</sup> Projeto de Lei nº 3.937/2004.

Ariston<sup>25</sup>, propôs-se a retirada do ilícito haja vista que não caberia atribuir ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) a função de “xerife de preços”, ou seja, de controlar aumentos de preços.

Segundo o relator, a análise sobre a legalidade do aumento de preços seria “estranha ao objetivo de defesa da concorrência” que, para o relator, seria, efetivamente, “ampliar a eficiência econômica”, sem que fosse melhor explicado o que se deveria entender por eficiência econômica ou por que a repressão a do aumento excessivo de preços não trabalharia em prol desse objetivo<sup>26</sup>. Assim, a proposta de retirada do dispositivo não mais foi debatida no trâmite do Projeto de Lei, de tal sorte que foi aceita e o referido dispositivo não foi incluído no texto final da LDC. Todavia, a supressão desse dispositivo do rol exemplificativo de condutas de infração à ordem econômica não é descabida caso seja analisada o histórico da autoridade concorrencial em casos envolvendo a matéria. O próximo capítulo deste trabalho abordará a questão em detalhes, mas é possível adiantar que o Cade jamais condenou uma empresa investigada com base em uma investigação por aumento excessivo de preços.

Em seus precedentes anteriores à própria promulgação da LDC, o Cade já apontava dificuldades na persecução de agentes econômicos nesses casos. Não obstante, a supressão da conduta do rol exemplificativo de infrações à ordem econômica possui pouca aplicação prática caso seja identificada a ilicitude da prática.

Isso pois a redação do artigo 36, da Lei n.º 12.529/11, especialmente em seu inciso III., deixa margem a interpretar o aumento abusivo de preços como infração à ordem econômica como “*augmentar arbitrariamente os lucros*”. Dessa forma, o dispositivo legal mencionado permite

---

<sup>25</sup> Relator Deputado Bernardo Ariston (PMDB-RJ) da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio. Disponível em: [camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=259004&file-name=PRL+1+CDEICS+%3D>+PL+3937/2004](http://camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=259004&file-name=PRL+1+CDEICS+%3D>+PL+3937/2004). Acesso em 23 ago. 2020.

<sup>26</sup> Cabe aqui destacar que a temática de “real objetivo” do antitruste é controversa em toda a literatura antitruste. Sobre o assunto, veja-se, por todos: FOX, Eleanor. M. Against Goals. In: *Fordham Law Review*, n.º 81, 2013, pp. 2157-2161; e, EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. The fight over antitrust’s soul. In: *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 9, n.º 1, 2018, pp. 1-2.

concluir que a conduta de aumento excessivo de preço pode ser entendida como infração à ordem econômica conforme a redação da LDC. Assim, uma vez concluído que a prática pode ser reprovável, cabe investigar o tratamento que o SBDC tem dado historicamente à matéria.

#### **4. O *enforcement*: a experiência do Cade na repressão ao aumento abusivo de preços**

Em ao menos quatro oportunidades, o Cade pode analisar e discutir a pertinência de a autoridade antitruste reprimir o aumento abusivo de preços. Além disso, é possível apontar dois casos recentes que indicariam uma retomada da atenção ao tema, mas que ainda não tiveram decisão definitiva final pela autoridade. Assim, este capítulo analisará, sobretudo, esses seis precedentes, a fim de delinear o que seria possível extrair da posição do Cade sobre o tema<sup>27</sup>.

Os primeiros casos que analisaram a matéria de preços excessivos foram em casos envolvendo o mercado de medicamentos. No primeiro deles – o Processo Administrativo nº 08012.007514/2000-79<sup>28</sup> - o voto-vogal da então Presidente do Cade, Elizabeth Farina sinaliza aquela que seria a primeira posição oficial da autoridade sobre casos envolvendo o aumento abusivo de preços.

---

<sup>27</sup> Cabe destacar aqui a posição da autoridade no *policy roundtable* promovido pela OCDE para discutir o tema e mencionado acima. Naquela oportunidade, o CADE não estabeleceu uma posição assertiva sobre a repreensão da manipulação unilateral de preços, apenas apresentando um panorama sobre a matéria e deixando em aberto a posição da autoridade. Nesse sentido, veja-se: “2. *Should excessive prices be dealt with by competition authorities or rather by regulators?*”

*As described above, this issue is still very controversial in Brazil. Recently (Preliminary Investigation 08012.000295/1998-92), the majority of CADE’s commissioners took the view that there are certain circumstances in which competition authorities should deal with excessive prices. However, most commissioners understood that BCPS should avoid investigating this conduct in regulated markets (DAF/COMP (2011) 18 – Excessive Prices – Contribution from Brazil. 2011, p. 326”.*

<sup>28</sup> Representante: CPI dos Medicamentos da Câmara dos Deputados. Representado: Laboratório Teuto-Brasileiro. Relator: Conselheiro Ricardo Villas Boas Cueva. Acórdão publicado no DOU em 1º de fevereiro de 2007.

Para a Presidente, casos envolvendo aumentos excessivos de preços deveriam focar a análise antitruste na repressão de *outras práticas anticompetitivas* que gerassem os preços excessivos, afastando, dessa forma, a autonomia da ilicitude do aumento excessivo de preços como conduta anticompetitiva.

O foco da política antitruste deveria ser o de garantir o processo competitivo de cada mercado sob escrutínio do Cade, defendeu a Presidente Farina em seu voto. A manipulação deste processo é que poderia levar a práticas anticompetitivas. Segundo esse raciocínio, o preço seria mero resultado dessa dinâmica, de modo que refletiria os ganhos obtidos por determinado agente conforme sua atuação no mercado. Destarte: “*O preço excessivo seria mais propriamente uma consequência de infrações cometidas pelo agente econômico que pretende alcançar e exercer o poder de mercado, do que uma infração em si*”<sup>29</sup>.

No mesmo sentido, outras duas decisões<sup>30</sup> seguiram o mesmo raciocínio, afastando o caráter autônomo da prática de aumento excessivo de preços como conduta ilícita. Destaca-se que essas três decisões foram proferidas a despeito de a antiga lei de defesa da concorrência prever, expressamente, a ilicitude da prática. Nesse sentido, conforme mencionado acima, a supressão desse dispositivo no projeto da LDC nada mais seria do que uma conformidade da nova legislação diante dos precedentes da autoridade<sup>31</sup>. Ambas as decisões foram exaradas no contexto de investigação sobre abuso de preços na produção de medicamentos que deu razão até mesmo a uma Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos

---

<sup>29</sup> § 14 do voto-vogal da Presidente Elizabeth M. M. Q. Farina (fls. 170 dos autos).

<sup>30</sup> Veja-se: Processos Administrativos nº 08012.000966/2000-01 (Representante: CPI dos Medicamentos da Câmara dos Deputados. Representado: Laboratório Pfizer Ltda. Relator: Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado); 08012.000912/2000-73 (Representante: CPI dos Medicamentos da Câmara dos Deputados. Representado: Janssen Cilag Farmacêutica Ltda. Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo).

<sup>31</sup> Nesse sentido, veja-se os comentários do ex-conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo sobre a supressão do dispositivo no projeto da LDC: A Eficácia Jurídica da Norma de Preço Abusivo. 2012. Disponível em: [https://works.bepress.com/carlos\\_ragazzo/16/](https://works.bepress.com/carlos_ragazzo/16/). Acesso em 19 set. 2020.

Deputados<sup>32</sup>. No primeiro julgamento de um caso relacionado a essa investigação, o Conselheiro-Relator Luís Carlos Delorme Prado defendeu, na esteira da decisão da Presidente Elizabth Farina no PA nº 08012.007514/2000-79 que o preço abusivo seria uma conduta “derivada” de outros ilícitos<sup>33</sup>. Dessa forma, estaria fora da alçada do Cade definir se o aumento de preços foi abusivo ou não.

Em outro caso que julgou o abuso de preços de medicamentos<sup>34</sup>, o Conselheiro-Relator Paulo Furquim reiterou o posicionamento de que o ato em si não tipificaria infração à ordem econômica, a não ser que objetivasse favorecer empresa integrada verticalmente, em situação análoga à recusa de contratar ou ao preço predatório. Não obstante, o conselheiro Furquim delimitou as três condições sucessivas para que fosse caracterizado o ilícito antitruste na forma de conduta unilateral<sup>35</sup>. Em primeiro lugar, deve ser avaliado se houve aumento desproporcional de preços, sem que fosse definido o sentido de “desproporcional”.<sup>36</sup>

Uma vez definido o aumento como desproporcional, caberia avaliar-se se a empresa investigada possuiria poder de mercado derivado de uma conduta ilegal, ou seja, para Furquim o aumento de preço “*desde que fruto da realização de lucro de posições dominantes legitimamente*

---

<sup>32</sup> Para um resumo sobre a investigação no âmbito do Congresso Nacional, veja-se: CÂMARA DOS DEPUTADOS. Rádio Câmara – Especial das CPIs – CPI dos Medicamentos. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/258260-especial-das-cpis---cpi-dos-medicamentos->. Acesso em 20 set. 2020.

<sup>33</sup> Nesse sentido, veja-se: “*A simples constatação de preços elevados não constitui, per se, infração concorrencial — importa, sim, se a fixação dos preços em determinado patamar ou a tentativa em fazê-lo se fez possível pela eliminação artificial do processo competitivo*” (Voto do Conselheiro-Relator Luis Carlos Delorme Prado, p. 2 – fls. 2000 dos autos).

<sup>34</sup> Processo Administrativo nº 08012.000912/2000-73, Representante: CPI dos Medicamentos da Câmara dos Deputados, Representado: Janssen Cilag Farmacêutica Ltda, Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo. Julgado em 4 jun. 2008.

<sup>35</sup> Pp. 4 e seguintes do voto do Conselheiro-Relator, Paulo Furquim de Azevedo (fls. 793 e seguintes dos autos).

<sup>36</sup> Vide: Nesse sentido, veja-se os comentários do ex-conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo sobre a supressão do dispositivo no projeto da LDC: A Eficácia Jurídica da Norma de Preço Abusivo. 2012. Disponível em: [https://works.bepress.com/carlos\\_ragazzo/16/](https://works.bepress.com/carlos_ragazzo/16/). Acesso em 19 set. 2020.



*alcançadas*” não poderia ser caracterizado como ilegal segundo a legislação antitruste. Por fim, a terceira condição necessária para a verificação da conduta de abuso de preços seria avaliar se a conduta tem potencial para gerar efeitos deletérios à concorrência e esteja desacompanhada de ganhos de eficiência suficientes para compensar os prejuízos decorrentes de eventual redução da concorrência<sup>37</sup>.

Assim, partindo-se da premissa de que a realização do lucro decorrente de posições alcançadas pelo exercício legítimo das regras de mercado seria a base do incentivo para que firmas concorram em redução de custos, aumento de qualidade e inovação, o conselheiro Furquim defende que não seria adequado impedir, por meio da política de defesa da concorrência, a realização de tais ganhos, condenando, por si só, a prática de preços elevados. Dessa forma, o aumento abusivo de preços somente poderia ser enquadrado como conduta anticompetitiva se ele implicasse alguma restrição à concorrência<sup>38</sup>. Nesse diapasão, o conselheiro destacou a norma do parágrafo 3º do artigo 20 da Lei nº 8.884/1994, reproduzido, integralmente, no parágrafo 1º do artigo 36 da LDC: a conquista de mercado resultante da eficiência das atividades de agentes em relação a seus concorrentes não será considerada abusiva. Assim, para o conselheiro Paulo Furquim, aumentos excessivos de preços, desde que fruto da realização de lucro de posições dominantes legitimamente alcançadas, não caracterizariam uma infração à ordem econômica no Brasil.

Por fim, ainda sob a égide da antiga lei de defesa da concorrência, destaca-se a discussão travada no julgamento da Averiguação

---

<sup>37</sup> Cabe aqui rememorar que este requisito é necessário na avaliação da maioria dos ilícitos unilaterais que são coibidos por autoridades antitruste.

<sup>38</sup> Cabe destacar que essa proposição converge com a teoria clássica sobre organização industrial, conforme defende JEAN TIROLE: “*Certamente o governo não pode condenar uma firma por aumentar a demanda por seu produto fornecendo informação aos consumidores, por reduzir seus próprios custos investindo em P&D e em capital físico, ou por acumular experiência. O problema é que a maioria das decisões que tornam a firma saudável também melhoram sua posição de mercado em relação aos ingressantes potenciais e efetivos*” (The Theory of Industrial Organization. Cambridge: The MIT Press, 1988, p. 323 – tradução livre).

Preliminar nº 08012.000295/1998-92<sup>39</sup>. Seguindo as manifestações anteriores do Cade, o Conselheiro-Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo defendeu que a prática de aumento excessivo de preços não fosse analisada como prática autônoma, sobretudo em razão das dificuldades de identificar e medir os efeitos da prática.

Além disso, o conselheiro Ragazzo destacou que coibir aumentos de preços poderia desencorajar a inovação, uma vez que agentes no mercado poderiam entender que os investimentos necessários para inovar não seriam recompostos com a cobrança preços acima do valor que seria naturalmente competitivo. Finalmente, haveria um possível erro de que os preços “controlados” pelo Cade seriam nivelados a termos mais justos<sup>40</sup>. Destaca-se que essa posição foi acompanhada pelos conselheiros Cesar Mattos e Olavo Chinaglia na ocasião do julgamento. Contudo, essa não foi a visão vencedora neste julgamento. Proposta pelo conselheiro Vinicius Marques de Carvalho, e acompanhada pelos conselheiros Ricardo Ruiz e Fernando Furlan, e pelo Presidente do Cade à época, Arthur Badin, a proposta vencedora decidiu que a conduta de preços excessivos poderia ser punida como prática autônoma.

Em resumo, essa posição foi defendida com base em cinco blocos de argumentos: (i) a experiência internacional de decisões condenatórias à prática<sup>41</sup>; (ii) a existência de possíveis abusos de preços em casos envolvendo propriedade intelectual; (iii) a possibilidade de aplicar-se soluções estruturais para casos de aumento excessivo de preços; (iv) a necessidade de intervenção pelas autoridades antitruste em caso de desrespeito às regras de precificação de setores regulados; e, por fim, (v) a

---

<sup>39</sup> Representante: Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgica e Material Elétrico de Ipatinga/MG; Representadas: White Martins S.A. e Aga S.A. Acórdão publicado no DOU em 10 de setembro de 2010.

<sup>40</sup> Cumpre destacar posição ainda posterior de Carlos Ragazzo, no sentido de atribuir uma pretensa carência de eficácia jurídica à norma da lei nº 8.884/1994 que coibia a prática de aumentos excessivos de preços. Nesse sentido, veja-se: A Eficácia Jurídica da Norma de Preço Abusivo. 2012. Disponível em: [https://works.bepress.com/carlos\\_ragazzo/16/](https://works.bepress.com/carlos_ragazzo/16/). Acesso em 19 set. 2020.

<sup>41</sup> Aqui, cabe fazer menção, sobretudo, às decisões da União Europeia com condenações sobre o tema, conforme discutido acima neste trabalho.

existência de padrões de abusividade diretos ou indiretos em outras legislações do ordenamento jurídico brasileiro.

Cabe destacar, ainda, que no caso, ainda que a divergência acerca da caracterização da conduta em abstrato, em seu dispositivo, o Tribunal do Cade decidiu por unanimidade pelo arquivamento da representação e, dessa forma, não houve uma condenação por abusividade de preços. Além disso, cumpre ressaltar que não foram identificados casos julgados sob a égide da LDC (Lei 12.529/2011) que analisassem a temática de preços excessivos.

## **5. Recentes experiências: o presente (e o futuro) das decisões sobre aumento abusivo de preços**

Conforme apresentado nos capítulos anteriores deste trabalho, foi possível delinear que a prática de preços abusivos não possuiu um tratamento uníssono durante toda a história da legislação antitruste no Brasil. A retirada da vedação expressa à prática na LDC poderia ter significado uma decisão final (ainda que não condizente com a experiência internacional e tampouco com decisões do Cade sobre o assunto) sobre a impossibilidade de o SBDC coibir o aumento excessivo de preços. Contudo, manifestações recentes de órgãos do SBDC apontam em sentido oposto, i.e., de que não há posição única sobre o assunto.

Em comentários ao Projeto de Lei nº 896/2020, que buscava alterar a LDC para incluir no rol de práticas anticompetitivas o aumento de preços de alguns produtos em situações de calamidade pública em face de pandemias e / ou epidemias, o Departamento de Estudos Econômicos do Cade (“DEE”) opinou pela não inclusão da conduta (denominada, no projeto, como “mera elevação de preços”) dentre o rol dos ilícitos anti-competitivo.

Para o DEE, uma vez que preço e concorrência seriam os dois fatores principais para balizar a saúde dos mercados, interferir em um destes elementos poderia distorcer o mercado e, como consequência,

causar mais mal do que bem<sup>42</sup>. Assim, para os técnicos do Cade, melhor seria praticar erros de tipo 2 (ou seja, de o agente público não intervir em situações que a intervenção estatal seria necessária) do que erros de tipo 1 (quando há intervenção indevida pelo agente público, que age quando deveria abster-se de agir).

Não obstante esse posicionamento, que estaria em consonância com posições anteriores do Cade ao não considerar a prática de aumento abusivo de preços como conduta autônoma, outro órgão técnico do Conselho emitiu opinião diametralmente oposta. A Superintendência-Geral do CADE (“SG-Cade”), ao emitir seu parecer no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.005499/2015-51, cuja discussão principal envolve a ilicitude da cobrança de taxa relativa ao serviço de segregação e entrega de contêineres em terminais portuários (THC2 ou SSE)<sup>43</sup>, defendeu que o aumento abusivo de preços, ainda que em circunstâncias específicas, poderia ser considerado como ilícito autônomo.

No caso, que ainda está pendente de julgamento<sup>44</sup>, a SG-Cade emitiu Nota Técnica pela condenação do representado<sup>45</sup>, defendendo que a prática de manipulação unilateral de preços seria uma infração autônoma à ordem econômica, com fulcro no artigo 36, incisos I e IV, c/c § 3º, incisos III e IV, da LDC. Apresentando conclusões similares às alcançadas pela OCDE no *Policy Roundtable* que discutiu a ilicitude do aumento abusivo de preços<sup>46</sup>, a SG-Cade defendeu que três circunstâncias

---

<sup>42</sup> Processo nº 08027.000243/2020-11, Nota Técnica nº 27/2020/DEE/CADE, Doc. SEI nº 0771664.

<sup>43</sup> Representantes: Atlântico Terminais S/A e Suata Serviço Unificado de Armazenagem e Terminal Alfandegado S/A.; Representado: Tecon Suape S.A.; Terceiros Interessados: Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público, Associação Brasileira dos Terminais Privados e Associação Brasileira de Terminais Portuários.

<sup>44</sup> No momento de finalização deste trabalho, o caso está pautado para julgamento em 23 de setembro de 2020.

<sup>45</sup> Nota Técnica nº 7/2020/CGAA3/SGA1/SG/CADE, Doc. SEI nº 0735450.

<sup>46</sup> Veja-se: OCDE. DAF/COMP (2011) 18 – Excessive Prices. 2011. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49604207.pdf>. Acesso em 18 set. 2020.

favoráveis à persecução da prática estariam presentes no caso, o que autorizaria a repressão à prática de modo autônomo: (i) o potencial limitado de autocorreção do mercado tornaria ainda mais necessária a intervenção estatal; (ii) a inexistência de autocorreção dos preços abusivos; e (iii) a ausência – ou fraca atuação – de autoridade setorial que regularia o mercado

Para a SG-Cade, ainda que o foco da política antitruste seja garantir o processo competitivo em todos os mercados que estejam sob escrutínio da autoridade antitruste, uma vez que o preço praticado nos mercados nada mais seria do que resultado da dinâmica competitiva, esse entendimento não esgotaria a questão da imposição de preços abusivos por empresa detentora de poder de mercado. Assim, haveria circunstâncias em que a intervenção no mercado seria necessária para garantir que o processo competitivo volte a funcionar como deveria. Vale mencionar que neste caso a SG-Cade sinalizou uma solução que considera positiva que a agência regulatória venha a definir o preço máximo neste mercado e definiu como “louvável” que a Antaq tenha iniciado o desenvolvimento de uma metodologia para definição do preço máximo (price-cap) que melhor reflita o nível eficiente para a cobrança da THC2/SSE.<sup>47</sup>

Finalmente, cabe destacar a resposta que o Cade aos problemas relacionados à pandemia de Covid-19 no que diz respeito ao aumento abusivo de preços. A SG-Cade determinou a instauração de procedimento preparatório de inquérito administrativo<sup>48</sup> para investigar se a oscilação de preços de medicamentos e de materiais médico-hospitalares utilizados na prevenção e no tratamento do Covid-19. O despacho de instauração emitido pela SG-Cade<sup>49</sup> apresenta dúvida em relação ao aumento de

---

<sup>47</sup> "Observe-se que a Antaq já deu início ao desenvolvimento de metodologia para definição do preço máximo (price-cap) que melhor reflita o nível eficiente para a cobrança da THC2/SSE. Entende-se louvável a iniciativa da Antaq e recomenda-se que seja dado tratamento prioritário à questão, pelos motivos aqui expostos."

<sup>48</sup> Procedimento Preparatório nº 08700.001354/2020-48. Representante: Cade Ex-Ofício. Representado(s): Empresas dos mercados hospitalar, farmacêutico, distribuição de materiais hospitalares, medicamentos e afins,

<sup>49</sup> Despacho SG Instauração Procedimento Preparatório Nº 19/2020, de 18 de março de 2020.

preços gerado pela elevação na demanda por produtos médico-hospitalares em função da necessidade causada pela pandemia de Covid-10. Nesse sentido, algumas empresas poderiam estar “*aumentando os preços e lucros de forma arbitrária e abusiva*”, de tal sorte que esta seria uma prática passível de punição “*com base no art. 36, I, III e IV*” da LDC.

Nesse sentido, essa investigação instaurada pela SG-Cade parece indicar uma preocupação corrente com a oscilação de preços em situações de crise, e se estas oscilações seriam resultado de práticas abusivas ou não.

## 6. Conclusões

A partir da crise da pandemia de Covid-19 e os debates acerca do tema de aumentos excessivos de preços em matéria antitruste, o artigo buscou realizar uma análise histórica dos dispositivos legais do Brasil sobre o assunto e qual foi tratamento que o SBDC deu ao tema nas últimas décadas. Para a compreensão da prática de preços excessivos como matéria antitruste, o artigo buscou explorar a literatura e prática internacional para pontuar em que medida essa conduta pode configurar uma conduta concorrencialmente problemática e parâmetros utilizados para essa avaliação.

Observou-se limitações do enquadramento dessa prática como anticompetitiva em jurisdições, como os Estados Unidos, que preservam a liberdade de preço como expressão legítima da livre iniciativa econômica e uma resposta a um desequilíbrio entre oferta e demanda no mercado, com efeitos racionalmente efetivos para o restante da economia. Por outro lado, a partir da experiência da União Europeia, é possível observar a possibilidade de que em determinadas circunstâncias o aumento de preços deixe de ser expressão legítima dessa livre iniciativa e passe a ser considerado excessivo a ponto de configurar prática anticompetitiva, sob viés *exploratório* e/ou *exclusionário*.

Finalmente, ao abordar todo o processo de desenvolvimento da legislação concorrencial brasileira, observou-se que historicamente essa prática foi considerada como possível de enquadramento como conduta

anticoncorrencial. Contudo, os precedentes do Cade e, além disso, a exclusão da conduta do rol exemplificativo do art. 36 da LDC, seriam sinalizações de que essa conduta não se enquadraria como infração à ordem econômica no Brasil, ao menos de maneira autônoma.

Contudo, diante de duas manifestações recentes da SG-Cade, tanto no caso do THC2, quanto na instauração de investigação sobre medicamentos no contexto da pandemia de Covid-19, parece haver espaço para discussão na orientação das decisões da autoridade brasileira, no sentido de considerar a prática de manipulação unilateral de preços como conduta autônoma a ser reprimida pelo Cade. Ainda que não haja decisão final sobre os dois assuntos, é possível identificar que o debate sobre aumento excessivo de preços voltou à discussão no ambiente brasileiro, em linha com o contexto internacional provocado pelo Covid-19.

Ainda que não se possa afirmar com segurança que o CADE passará a investigar a prática de manipulação unilateral de preços de forma autônoma, será interessante continuar a acompanhar a evolução das decisões da autoridade sobre o tema, a fim de entender se o Brasil se aproximará do entendimento europeu sobre a matéria, ou continuará a discutir a legalidade (ou ilegalidade) da prática no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

## Referências bibliográficas

AKMAN, Pinar. Exploitative Abuse in Article 82EC: Back to Basics? In: ESRC – Economic & Social Research Council – CCP Working Paper 09.01. Disponível em: <https://ueaeco.github.io/working-papers/papers/ccp/CCP-09-01.pdf>. Acesso em 19 set. 2020.

\_\_\_\_\_; GARROD, Luke. When are Excessive Prices Unfair? – CCP Working Paper 10/04. 2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1578181>. Acesso em 19 set. 2020.

CABRAL, Mário André Machado. O sentido de “economia popular”: a origem do antitruste no Brasil dos anos 1930. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito, v.14, n. 1, 2019. Disponível em:

<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/30971/pdf>. Acesso em 18 set. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Rádio Câmara – Especial das CPIs – CPI dos Medicamentos. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/258260-especial-das-cpis---cpi-dos-medicamentos->. Acesso em 20 set. 2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Averiguação Preliminar nº 08012.000295/1998-92. Representante: Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgica e Material Elétrico de Ipatinga/MG; Representadas: White Martins S.A. e Aga S.A. Acórdão publicado no DOU em 10 de setembro de 2010.

\_\_\_\_\_. Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos. 2013. Disponível em [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-instituico-nais/cade\\_-\\_defesa\\_da\\_concorrenca\\_no\\_brasil\\_50\\_anos-1.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-instituico-nais/cade_-_defesa_da_concorrenca_no_brasil_50_anos-1.pdf). Acesso em 20 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Demanda Externa Órgãos do Poder Executivo nº 08027.000243/2020-11.

\_\_\_\_\_. Nota Informativa Temporária sobre Colaboração entre Empresas para Enfrentamento da Crise de COVID-19. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-divulga-nota-informativa-sobre-colaboracao-entre-concorrentes-para-enfrentamento-da-cri-se-de-covid-19>. Acesso em 19 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Procedimento Preparatório nº 08700.001354/2020-48. Representante: Cade Ex-Ofício. Representado(s): Empresas dos mercados hospitalar, farmacêutico, distribuição de materiais hospitalares, medicamentos e afins. Pendente de julgamento.

\_\_\_\_\_. Processo Administrativo nº 08012.000966/2000-01. Representante: CPI dos Medicamentos da Câmara dos Deputados. Representado: Laboratório Pfizer Ltda. Relator: Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado.



\_\_\_\_\_. Processo Administrativo nº 08012.007514/2000-79. Representante: CPI dos Medicamentos da Câmara dos Deputados. Representado: Laboratório Teuto-Brasileiro. Relator: Conselheiro Ricardo Villas Boas Cueva. Acórdão publicado no DOU em 1º de fevereiro de 2007.

\_\_\_\_\_. Processo Administrativo nº 08012.000912/2000-73. Representante: CPI dos Medicamentos da Câmara dos Deputados, Representado: Janssen Cilag Farmacêutica Ltda, Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo. Julgado em 4 jun. 2008.

EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. The fight over antitrust's soul. In: *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 9, nº 1, 2018, pp. 1-2.

FOX, Eleanor. M. Against Goals. In: *Fordham Law Review*, nº 81, 2013, pp. 2157-2161.

GAL, Michal S. Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the US and the EC: Two Systems of Belief about Monopoly. In: *Antitrust Bulletin*, v. 49, 2004, 343-384.

JENNY, Frédéric. Abuse of Dominance by Firms Charging Excessive or Unfair Prices: An Assessment. In: KATSOULACOS, Yannis; JENNY, Frédéric (Eds.). *Excessive Pricing and Competition Law Enforcement*. Cham: Springer, 2018.

MOTTA, Massimo; STREEL, Alexandre de. Excessive Pricing and Price Squeeze under EU Law. In: EHLERMANN, Claus-Dieter; ATANASIU, Isabela (Eds.). *European Competition Law Annual: 2003 – What Is an Abuse of a Dominant Position?* Oxford: Hart Publishing, 2006.

OCTAVIANI, Alessandro. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes, GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz Freire (Coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP: Tomo: Direito Comercial*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/260/edicao-1/conselho-administrativo-de-defesa-economica---cade>. Acesso em 18 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. DAF/COMP (2011) 18 – Excessive Prices. 2011, 467 p. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49604207.pdf>. Acesso em 15 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Exploitative pricing in the time of COVID-19. 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/Exploitative-pricing-in-the-time-of-COVID-19.pdf>. Acesso em 11 set. 2020.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A Eficácia Jurídica da Norma de Preço Abusivo. 2012. Disponível em: [https://works.bepress.com/carlos\\_ragazzo/16/](https://works.bepress.com/carlos_ragazzo/16/). Acesso em 19 set. 2020.

TIROLE, Jean. The Theory of Industrial Organization. Cambridge: The MIT Press, 1988.

VICKERS, John. Abuse of Market Power. In: BUCCIROSSI, Paolo (Ed.). Handbook of Antitrust Economics. Cambridge: The MIT Press, 2008.

