
PREÇOS ABUSIVOS NA POLÍTICA ANTITRUSTE: UMA PEÇA COM TRÊS ATORES

Ricardo Machado Ruiz
Conselheiro do CADE

APRESENTAÇÃO

Este artigo tem como referência meu voto-vista na averiguação preliminar nº 08012.000295/1998-92. O representante, o Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgico e Material Elétrico de Ipatinga/MG, argumentava que as representadas, as empresas White Martins S.A. e Aga S.A., praticavam preços abusivos ou exorbitantes. Após o voto do Conselheiro Relator Carlos Ragazzo, outros conselheiros discutiram o tema dos preços abusivos procurando avaliar sua relevância na política antitruste e os mecanismos de triagem de casos, uma vez que existiam inúmeros casos onde tal ilícito concorrencial era denunciado e encaminhado ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Nesse debate antitruste induzido pelo caso citado, argumento que o ilícito concorrencial preço abusivo só pode ser considerado existente se reconhecermos um terceiro ator no debate antitruste: um agente público, no caso, instituições que formam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). É esse agente que faz o julgamento de conflitos derivados de relações de compra e venda de algum bem ou serviço. Nessa relação comercial temos dois atores: o vendedor e o comprador, ambos em posições muito diferenciadas. Nesse contexto dos negócios privados, o agente público – o terceiro ator – é o único capaz de fazer uma apreciação dos negócios e sua crítica, sendo mais específico, é o único capaz de qualificar um preço como abusivo.

No caso de uma política de defesa da concorrência, acrescento que a perspectiva do agente público deve extrapolar os interesses particulares dos agentes privados. Para tanto, é necessário reconhecer o óbvio fato de estarmos em uma sociedade caracterizada por uma intensa divisão social do trabalho e com consumidores e ofertantes com diferenciadas capacidades de reagir aos preços propostos nos negócios. E ainda, tais negócios podem ter impactos maiores ou menores e positivos ou negativos naqueles que estão à sua montante e/ou jusante. Em algumas circunstâncias esses impactos são modestos ou desprezíveis, uma vez que a presença de outros agentes ofertando outros bens e serviços podem limitar a prática de preços abusivos. Contudo, em alguns contextos, a ausência de negócios alternativos ou substitutos pode permitir a exacerbação de preços e afetar negativamente e intensamente a oferta e o consumo adequado de bens e serviços.

Avaliar o que significa uma oferta e consumo adequados corresponde a avaliar se os preços praticados são ou não abusivos, tarefa pertinente somente a um agente público, mas nunca as partes engajadas em negócios privados. Intervir em um ambiente onde tais ofertas e consumos não são adequados é uma tarefa atribuída a algumas instituições de governo e de Estado, como o CADE.

Meu voto-vista é direcionado ao caso citado acima, contudo, um leitor pode apreciar essa nota sob um foco mais amplo que o da política antitruste, qual seja, a da posição de algumas instituições de governo e de

Estado responsáveis por intervenções na economia. Segue abaixo o voto-vista apresentado com algumas modificações marginais.

1 INTRODUÇÃO

Pedi vista do presente caso para me dedicar com maior atenção a alguns temas e propostas presentes no voto do Conselheiro Relator Carlos Ragazzo e que foram discutidos na intervenção do Conselheiro Vinícius Carvalho. Os votos dos Conselheiros remetem para questões complexas, polêmicas e relevantes, tanto do ponto de vista do debate econômico, como também da *práxis* do Conselho no que tange a avaliação de preços abusivos ou excessivos. Entendo que as questões levantadas extrapolam os limites do caso em julgamento, mas são relevantes para o SBDC.

Estruturei esse voto-vista em seis partes, todas breves. Na primeira parte apresento o caso em foco buscando circunscrevê-lo. Considero essa parte descritiva importante, em particular para as propostas de triagem de casos presentes na última parte desse voto. Na segunda parte procuro sumarizar as dúvidas mais marcantes na definição de preço abusivo. Na terceira parte ainda considero o tema do preço abusivo e o papel da autoridade antitruste como sujeito do ato de qualificação do preço abusivo. No quarto segmento, comento os instrumentos disponíveis e circunscrevo teoricamente minha visão de preço abusivo, que não corresponde a precificação de curto prazo. A quinta parte apresenta alguns dados que dimensionam a atividade de patenteamento. Considero tal apresentação importante para mostrar a atualidade do tema preços abusivos ou excessivos quando do controle de tecnologias. Na última parte sigo a proposta do Conselheiro Ragazzo de melhor caracterizar os casos de preços abusivos e apresento especulativamente algumas recomendações para a triagem de casos e instrução de processos.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO GERAL

O tema desta Averiguação Preliminar é recorrente no debate econômico e, em particular, no debate antitruste: um agente econômico promove um aumento de preços que é considerado potencialmente danoso ao ambiente econômico. No antitruste, esse tema – o aumento de preços – está explícito ou implícito em todos os processos, casos, estudos e intervenções de autoridades antitrustes.

Neste caso, um agente – Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgico e Material Elétrico de Ipatinga/MG (“SINDIMIVA”) - atribui a outros agentes - a White Martins Gases Industriais S.A. e Aga S.A. (“WA”) - uma precificação abusiva do metro cúbico do oxigênio líquido, o que configuraria uma infração à ordem econômica. SINDIMIVA qualifica o comportamento da WA como um abuso do poder econômico devido a aumentos injustificados, excessivos e repentinos de valores cobrados e tudo ainda associado à cobrança de novos serviços e taxas.

Na avaliação das preliminares do caso, o Conselheiro Relator Ragazzo conclui (a) que os requisitos necessários para a validade da representação foram todos preenchidos, (b) que as circunstâncias autorizam a promoção da Averiguação Preliminar, (c) que não houve prejuízo algum ao exercício do contraditório e de ampla defesa e, finalmente, (d) que não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva no processo.

O objeto do processo é, portanto, uma suposta infração à ordem econômica relacionada a um abuso do poder econômico (conduta unilateral), uma vez que não se avalia nesse processo a prática de cartel (conduta coordenada). O Conselheiro Relator faz uma ressalva de que há um processo sobre cartel de gases industriais sob a relatoria do Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan¹, mas que ainda não foi julgado, portanto, é possível que essa Averiguação Preliminar se encontre em um contexto de condutas coordenadas.

Não obstante essa nota, a opção do Conselheiro Ragazzo foi de avaliar o caso nos termos em que ele foi apresentado, logo, opta por abstrair outros fatos que serão abordados em processo administrativo específico. Se aceitarmos essa abstração, temos um “caso puro” de preços abusivos ou de abuso do poder econômico. Como pondera o Conselheiro Carvalho, nessas circunstâncias a hipótese é que o preço abusivo é uma prática endereçada exclusivamente contra os consumidores e cita, para tanto, infrações econômicas como açambarcamento de direitos de propriedade intelectual, de discriminação de preços, ou de venda casada, descritas nas hipóteses do artigo 21 da Lei 8884/94.

As informações de SINDIMIVA mostram um aumento de preços associado a uma significativa diferenciação de preços entre regiões. Alegam que não existe justificativa de custos de logística ou outro custo relevante.

As Representadas alegam, na sua defesa, que as compras da Representante eram irregulares (não rotineiras) e os volumes adquiridos modestos. Houve, portanto, um ajuste de preços que corresponde a uma revisão da política de vendas da empresa. Afirma que tal conduta é uma prática comercial lícita e comum. Em outros termos, um ajuste nos preços que objetiva maximizar os lucros dentro de um contexto concorrencial (característica do produto, presença de oferta alternativa etc). Resumindo, o novo preço foi o “preço ótimo” do ponto de vista do interesse privado da WA.

Temos, portanto, um processo onde as preliminares foram aceitas e as informações constantes no processo não foram contestadas pela Representada. Em suma, temos um caso em que se avalia preços abusivos com informações e argumentos considerados adequados para seu julgamento. Cabe ao CADE, portanto, julgar uma precificação qualificada como abusiva. “*Hic Rhodus, hic saltus!*”.

1 Processo Administrativo n. 08012.009888/2003-70, conduta investigada versa sobre formação de cartel cujos representados são: White Martins Gases Industriais S.A., Air Liquide Brasil Ltda, AGA S.A., Air Products Brasil Ltda, Moacyr de Almeida Neto, Helio Franceschini Júnior, José Antônio Bortoleto de Campos, Walter Pilão, Vitor de Andrade Peres, Carlos Alberto Cerezine e Gilberto Gallo.

3 CONDOTA DE PREÇO ABUSIVO E INDEFINIÇÃO

Ao avaliar o caso sumarizado acima, o Conselheiro Ragazzo faz duas observações importantes. Primeiro, os casos de preços abusivos ou excessivos não tem um corte setorial, mas estão dispersos em vários setores. Segundo, numa interessante e instrutiva resenha de casos onde a infração preços abusivos esteve em pauta, conclui afirmando que em nenhum caso houve condenação no CADE². Há, portanto, uma disseminação do problema de preços abusivos na economia sem, contudo, condenações sistemáticas ou recorrentes, o que indica algum problema jurídico e/ou econômico, tal como a incapacidade de definir o que se entende por preço justo ou não-abusivo³.

Observa ainda, a partir da apreciação do voto do ex-Conselheiro Furquim⁴, três procedimentos para avaliar preços abusivos: (a) identificar, quantificar e comprovar o aumento desproporcional de preços, (b) avaliar as condições de mercado em que tal aumento ocorreu e (c) concluir pela existência ou não de danos à concorrência, por exemplo, a exclusão de competidores em casos de integração vertical. É certo que esses três procedimentos não são de fácil execução e dificilmente produzirão resultados consensuais e incontestáveis quando observados pelas partes.

O Conselheiro argumenta que haveria uma incapacidade de se produzir uma avaliação precisa e incontestável geraria sérios problemas na capacidade da autoridade antitruste de punir os agentes acusados de prática de preços excessivos. As perguntas “O que é um preço excessivo?” e “O que é uma margem excessiva?” estariam sempre assombrando qualquer parecer, voto, avaliação e, por fim, punição. Haveria uma eficácia limitada, ou mesmo um efeito nocivo, na aplicação da Lei Antitruste brasileira no que tange a prática de preços abusivos. O número modesto de casos de condenação seria resultado (a) da dificuldade na mensuração do preço competitivo e, por consequência, do preço excessivo, (b) do risco de desincentivo à inovação ao punir uma firma inovadora e (c) da crença de autocorreção do preço excessivo. Cita como ilustração casos e interpretações de especialistas.

Dos argumentos apresentados pelo Conselheiro Ragazzo, entendo que há a dificuldade em avaliar tal infração reside na dificuldade em se

2 À exemplo: PA 08012.000581/2000-16, Conselheiro Relator Luís Fernando Rigato Vasconcellos; PA 08012.000966/2000-01, Conselheiro Relator Prado; AP 08012.006212/2003-24, Conselheiro Relator César Mattos.

3 É certo que a discussão envolvendo a caracterização de abuso de posição dominante, especificamente sobre a prática de preço abusivo é uma dificuldade que se verifica além do caso brasileiro. Nos Estados Unidos, a doutrina posicionou que “*notwithstanding a century of litigation, the scope and meaning of exclusionary conduct under Sherman Act remain poorly defined*” [HOVENKAMP, Herbert. Exclusion and the Sherman Act. 72 *University of Chicago Law Review*, 147, 2005]. Em sentido semelhante a posição Europeia: “[...] *proving that a firm has engaged in exclusionary practices is not an easy task. This is an area of competition law where it is difficult to adopt a simple rule [...]*” [MOTTA, Massimo. *Competition policy: theory and practices*. Cambridge, 2004, p.34].

4 Processo Administrativo n. 08012.000912/2000-73. Representação originada em sede da “CPI dos Medicamentos”, o teor visava a apuração de suposta prática dos laboratórios de medicamentos que teriam aumentado, sem justificativa econômica, os preços dos medicamentos em nível superior aos índices oficiais de inflação em determinados períodos.

identificar ou qualificar o preço abusivo. A identificação de uma margem abusiva para um setor pode ser utilizada para outro setor? Como tratar uma firma inovadora? Qual seria a condenação para tal prática? E ainda, como monitorar? Caberia ao CADE monitorar preços tal qual uma SUNAB e um CIP ressuscitados?

4 SUJEITO E AÇÃO NA DEFINIÇÃO DE PREÇO ABUSIVO

Antes de comentar a atuação do CADE, acho importante discutir o tema da discricionariedade do regulador ou autoridade antitruste na definição do preço e margem de lucro abusivas. Para tanto, seria prudente sumarizar o *modus operandi* do que se denomina popularmente de “análise econômica”.

Em geral, a análise econômica busca identificar qual o nível de preços que surge de uma estrutura industrial ou de mercado. Não existe um nível de preços abusivo, mas sim um nível de preços teoricamente relacionado às características de uma estrutura industrial. Para chegar a essa conclusão, o analista “desenha” estruturas de mercados - por exemplo, uma com maior número de produtores e outra com menor número de produtores – e estabelece uma comparação entre elas: caso A *versus* caso B. Assim os preços são altos ou baixos somente quando comparados a outras estruturas industriais. Notem, portanto, que esses preços não são baixos ou altos em si, mas variam em função de uma relação cenários alternativos, que são certamente discricionários. Notem também que não se qualifica o preço mais elevado como abusivo.

Para avaliar os casos endereçados ao CADE, o raciocínio acima é pertinente e traz uma informação relevante que pode levar a uma aprovação, aprovação com restrições ou reprovação de atos de concentração, por exemplo. Ora, não seria discricionária tal comparação um vez que preço alto não é equivalente a preço abusivo? Não seria discricionária tal tomada de decisão? Porque não comparar A com C e não A com B? Comparar A com B é sempre uma opção de quem argumenta. É discricionário!

Entendo que a subjetividade e a discricionariedade no argumento acima é uma dimensão fundamental da existência lógica da figura de um debatedor. No caso específico do debate antitruste, nos casos acima temos três figuras sempre presentes: um juiz (uma agência ou autarquia), um produtor e um comprador, sendo que os dois últimos podem ser representante ou representado. Logo, a subjetividade não pode ser considerada como um desqualificador de nenhum dos argumentos apresentados por esses três sujeitos, caso o fosse, teríamos o encerramento do próprio debate, no caso, do debate antitruste.

De posse dessa compreensão da disputa antitruste, volto agora à seara da “análise econômica” e apresento meu entendimento de que não existe preço abusivo no processo de negociação e formação de preços privado. Como se afirma recorrentemente no discurso econômico: o agente define o preço que maximiza o seu lucro e esse é o preço ótimo. Esse preço é aquele que viabiliza

a troca, gera a renda e que, ao final, permite o computo dos lucros, dados os preços dos insumos. Observem que não existe a figura do preço abusivo no cálculo privado. Temos somente preços ótimos e não-ótimos.

Nessas circunstâncias, reporto aqui minha surpresa com argumentos que buscam no mundo das trocas privadas a emergência de algum preço qualificado com abusivo. É certo que excludo dessa minha surpresa os argumentos dominantes de um comprador, que diz sempre ter pagado caro, e de um vendedor, que diz sempre ter vendido barato, pois é assim que eles barganham! Portanto, aceitar processos de preços abusivos fundamentados no descontentamento de interesses privados em relação aos negócios não é certamente adequado para uma autoridade antitruste. Pergunto, o caso *SINDIMIVA versus WA* como comentado aqui não seria um conflito de negócios?

Observando este jogo de negociação privado, noto que não existe um debate antitruste sem a existência de um terceiro debatedor ou sujeito: a autoridade antitruste e/ou o Poder Judiciário. Esse terceiro debatedor é parte constitutiva e necessária para a existência do debate antitruste. Sua existência é que permite a caracterização lógica do preço abusivo, preço esse que não emerge das trocas privadas, mas é sim um resultado de um julgamento de quem se situa na esfera pública e/ou apartado do jogo de interesses privados. Deveria ser esse o caso das agências reguladoras e, em particular, de uma autoridade antitruste.

Dessa posição particular, os reguladores utilizam muitas vezes de critérios estranhos ao cálculo privado do preço ótimo. Cito ilustrativamente os critérios de acesso a suprimentos, capacidade ociosa, estoques reguladores, grau de cobertura, universalização do serviço e consumo mínimo como critérios importantes para definir a adequação de uma oferta e preços, ou seja, algo que pode ser uma referência para a definição de um preço justo.⁵

Entendo, assim, que o preço abusivo é um resultado da avaliação e de um julgamento de agentes públicos. Buscar nos preços privados um indicador de preços abusivos é, portanto, um exercício que avalio infrutífero e inapropriado. Ao mimetizar o cálculo privado na definição do preço abusivo (ou justo) podemos ter somente uma redundância analítica e/ou uma descaracterização do sujeito autoridade antitruste. Na avaliação dos preços abusivos deve-se aceitar e buscar outros critérios e cabe aqui dar discricionariedade à autoridade antitruste. Por exemplo, utilizar comparações de preços entre produtos que são considerados como homogêneos e produzidos em condições similares é uma estratégia certamente adequada e meso corriqueira nos negócios privados, não obstante as dificuldades que envolvem tal comparação⁶.

5 No caso *United Brands*, um dos primeiros casos em que se procurou determinar critérios para o preço abusivo, a Corte Europeia relevou que existem diversas formas de se provar a prática do preço abusivo, mas nenhuma isenta de dificuldades para se precisar. [Corte de Justiça Europeia. *United Brands v Commission*. Case 27/76 (1978) ECR 207, (1978) 1 CMLR 429].

6 À exemplo, a decisão da Corte Europeia no caso *Turnier v S.A.C.E.M.*: metodologia de cálculo para o preço abusivo foi a comparação entre os preços locais com os praticados em outros mercados. Preços sensivelmente elevados pode ser indício de abuso de posição dominante, desde que a comparação dos preços tenha sido

Existem conhecidas dificuldades em se operar tais procedimentos, e é certo que não se terá consenso entre as partes qualquer que seja a técnica usada. Os vários casos sumarizados nos votos dos Conselheiros Ragazzo e Carvalho, bem como outras jurisprudências existentes⁷, mostram claramente as polêmicas⁸. Não surpreende tais divergências, pois o conflito está colocado no próprio ato de troca: um quer comprar barato e o outro quer vender caro. Não há como escapar do desconforto de definir qual seria o preço para o qual se atribuiria o adjetivo abusivo. É certo que o vendedor e/ou o comprador vocalizarão seu descontentamento no momento em que o resultado for anunciado.

Afirmo, novamente, que a partir do cálculo privado não se terão parâmetros suficientes para a qualificação do preço como abusivo e para qualquer que seja a técnica não haverá consenso. É necessário buscar outras dimensões que permitam uma avaliação pública. Tais dimensões são da alçada do agente público e variam de um caso para outro, ou seja, nada muito diferente da variedade de estruturas de custos usada como referência na formação de preços privados e da variedade de consumidores que se observa em qualquer mercado.

Concordo que seria certamente difícil a identificação de preços razoáveis para diversos setores. Essa dificuldade é ainda maior quando se fundamenta em torno de informações privadas escassas (por exemplo, um vetor de preços e outro de quantidades) e tudo descontextualizado de um movimento concorrencial mais detalhado. Isto certamente dificulta muito a avaliação da infração de preços abusivos e torna quase impossível um julgamento adequado dos casos. Entendo que o processo que motiva esse voto-vogal e os votos dos outros Conselheiros se enquadra nessa situação.

Em suma, afirmo que discricionariedade na definição de preço abusivo não é uma restrição e nem pode ser usada para desqualificar argumentos. Considero que do mundo idealizado das trocas privadas não se tem a figura do preço abusivo. Defendo o argumento de que o agente público é parte lógica e necessária do debate antitruste e é sua tarefa a qualificação de um preço como abusivo. O preço abusivo emerge da ação do sujeito antitruste quando avalia preços privados, mas nunca dos conflitos que levam a formação de preços privados, ou seja, do “mercado”.

realizada garantindo uma homogeneidade na comparação dos custos. [Corte de Justiça Européia, *Turnier v S.ACEM*. Processo 395/87. 1987].

7 No caso *Lucazeau v S.ACEM* o critério utilizado para se determinar o preço excessivo foi o valor dos royalties cobrados para tocar as músicas em discotecas. A Comissão Européia entende que a comparação deveria ser feita utilizando o valor das taxas cobradas por outro Estado Membro [Corte de Justiça Européia. *Lucazeau v S.ACEM*. Case 110/88 (1989) ECR 2811 (1991) 4 CMLR 248]. Segundo Richard Whish, esta técnica, denominada de “yardstick competition”, foi utilizada em outros casos como no *Corinne Bodson v Pompés Funèbres*, que consagrou: “[...] such a comparison could provide a basis for assessing whether or not the prices charged by the concession holders are fair [...]”. [WHISH, Richard. *Competition Law*. Sixth Edition. 2008, p.711.] [Corte de Justiça Européia. *Corinne Bodson v Pompés Funèbres*. Case 30/87 (1988) ECR 2479, (1989) 4 CMLR 984, para 31].

8 Entre os casos clássicos citados, destaco: *General Motors v Commission*; *Deutsche Post AG v Commission*; *NappPharmaceutical Holdings Ltd v Office of Fair Trading - OFT*.

5 PREÇOS ABUSIVOS E INSTRUMENTOS

Concordo com Ragazzo que uma autoridade antitruste não é uma autoridade reguladora de preços de forma direta, como seria o caso da SUNAB e do CIP⁹. Avalio que essa analogia seria inadequada, pois coloca o CADE em uma posição que ele não deve ocupar. Contudo, minha avaliação é que o CADE é certamente um regulador de preços, mas de forma indireta, ou seja, intervém nas estruturas produtivas com vistas a ter uma concorrência mais acirrada e, por consequência, preços menores e ofertas maiores. Nesse ponto de vista o preço abusivo não se refere a políticas antiinflacionárias, mas sim a ambientes econômicos onde os mecanismos concorrenciais apresentam limitada capacidade de manter os preços em patamares considerados normais, adequados ou justos. Entendo que esse é neste contexto onde deve estar inserido uma instituição como o CADE¹⁰.

Desse ponto de vista – a do preço abusivo como uma característica de uma estrutura produtiva – não se pode considerar o tabelamento de preços como instrumento adequado para uma autoridade antitruste. O preço abusivo não é uma situação conjuntural ou circunstancial, mas sim resultado de uma estrutura e condutas persistentes no tempo. Para tais casos a medida mais pertinente é uma intervenção comportamental ou estrutural, tais como venda de ativos e marcas, licenciamento compulsório etc.

É certo que quando a autoridade antitruste decide aprovar, aprovar com restrições ou reprovar atos de concentração e punir condutas, ela atua como regulador indireto de preços. Em vários casos, o agente antitruste atua em conjunto com outras agências e órgãos reguladores, além de ministérios, secretarias e outros órgãos da administração pública. Essas variadas instituições têm mecanismos diversos de coibir condutas e intervir de forma estrutural em vários mercados. Por exemplo, intervenções do CADE poderiam instruir, confirmar e complementar políticas de compra públicas e políticas de comércio exterior. Pode-se pensar ainda na obrigatoriedade do licenciamento de ativos tecnológicos, como proposto pelo Conselheiro

9 Estas considerações também foram expostas pelo órgão Europeu que inclusive não descarta a preocupação em se avaliar as práticas de preço abusivo: “[...] *These are some of the arguments against the direct control of high prices by competition authorities. It is clear that neither the European Commission nor the OFT in the UK have an appetite for investigating high prices under Article 82 or the Chapter II prohibition. However this is not to say that such cases never arise, and, as will be seen in the discussion of EC and UK case law below, there have been investigations of excessive prices in both jurisdictions. One commentator suggested at a conference arranged by the Swedish Competition Authority in November 2007 that perhaps rather more attention should be paid to issues of exploitative abuse than has historically been fashionable.*” [WHISH, Richard. *Competition Law*. Sixth Edition. 2008, p.711.] Para mais informações ver também LYONS, “The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse”, in *The Pros and Cons of High Prices, Swedish Competition Authority*, 2007, disponível no sítio eletrônico www.ccp.uea.ac.uk.

10 Em outras jurisdições existem exemplos em que as autoridades da concorrência esboçam a preocupação com o preço abusivo/excessivo. Discussão interessante sobre o papel da agência reguladora e das autoridades da concorrência pode ser encontrada no caso *Harmony Gold Mining Co Ltd v. Mittal Steel South Africa Ltd*: em 2007, o Tribunal condenou a Mittal pela prática de preços excessivos em detrimento dos consumidores. Neste caso, o órgão foi explícito em abster-se de metodologias de regulação de preço para suas conclusões, avaliando de acordo com a base da estrutura do mercado e a análise usual da tarifa pelos aplicadores das normas concorrenciais. [tradução livre. WHISH, op.cit. p.711. South African Court. *Harmony Gold Mining Company Ltd v Mittal Steel South Africa Ltd* Case no. 13/CR/FEB04, judgment of 6 September 2007]

Carvalho. Estas seriam ações e instrumentos para prevenção de preços abusivos e que estariam na “caixa de ferramentas” do CADE.

Ainda no horizonte de atuação do CADE, pode-se imaginar algumas outras ações. O Conselheiro Carvalho cita, por exemplo, o uso dos termos de cessação de condutas e de desempenho (TCCs e TCDs) e considera também “atos de desconcentração”. Em ambos os casos, identificar a existência de preços abusivos é uma tarefa importante que sustenta a cisão da empresa infratora ou a imposição de condutas.

Considero que a solução para preços abusivos no âmbito do CADE deve ser preferencialmente de ordem estrutural. No caso de uma intervenção que leve a uma cisão, a análise deve constatar que as empresas estão recorrentemente envolvidas na prática de preços abusivos. Para tanto, um “remédio” seria um “ato de desconcentração”. De novo, está é uma medida radical e raramente tomada, mas ela é uma imposição lógica decorrente de posições dominantes com persistente prática de preços abusivos ou abuso do poder econômico. Abolir a apreciação de preços abusivos seria o mesmo que reduzir ainda mais a possibilidade de uso desse instrumento de controle da concorrência, por mais raro, radical e polêmico que seja seu uso.

Generalizo um pouco mais essa perspectiva acima. Caso o argumento da falta de capacidade do SBDC de avaliar preços seja levado ao extremo, colocar-se-ia em questão a própria coerência lógica do sistema antitruste. Pergunto, quando se avalia um ato de concentração não se tem sempre como preocupação um potencial aumento de preços relacionado a uma maior concentração? Se não se pode qualificar o aumento de preços com justo, adequado, razoável ou tolerável e se na análise econômica não se vislumbra a figura do preço excessivo, como reprovar ou condicionar atos de concentração? Um ato de concentração não requer, mesmo que de forma implícita, subjetiva e discricionária, uma avaliação do preço ser ou não adequado antes e depois da aquisição ou fusão?

Em suma, a ação do CADE no que tange a caso preços abusivos não deve ser vista como órgão “tabelador de preços”, mas regulador da concorrência e indiretamente dos preços em uma perspectiva estrutural e de longo prazo, mas nunca conjuntural. O CADE é um órgão que monitora a concorrência e, dentro dos seus limites materiais e legais, cabe a ele indicar os “remédios” considerados mais adequados, inclusive para preços abusivos. Nessa tarefa considero que a articulação do CADE com outros agentes públicos como uma proposta importante e encontrada recorrentemente em vários casos julgados. Acrescento ainda que a advocacia da concorrência não pode ser considerada um instrumento secundário. Talvez seja até mesmo o principal.

6 TECNOLOGIA E PODER DE MERCADO

Deixo agora a discussão sobre preços abusivos e foco em um determinante do poder de mercado: o controle exclusivo de ativos tecnológicos. Essa relação entre poder de mercado e controle exclusivo de

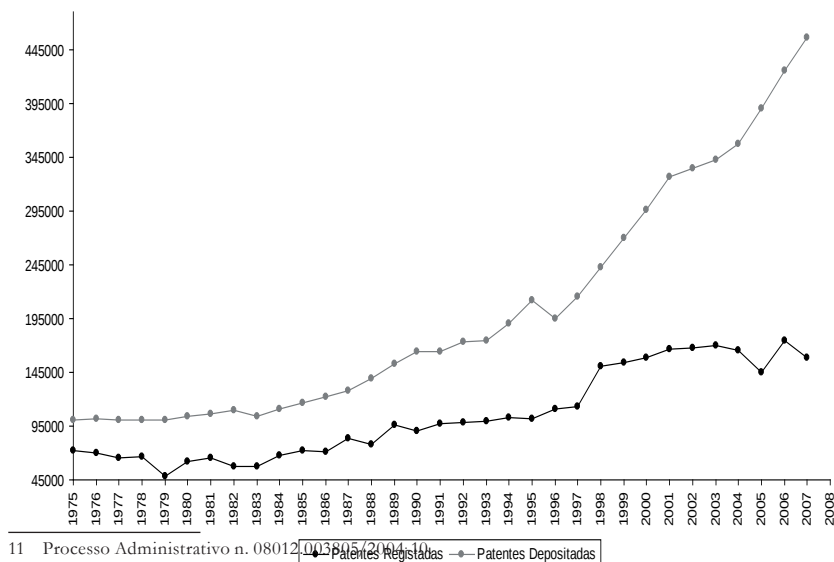
tecnologias é recorrente na análise de vários casos e está presente no voto do Conselheiro Carvalho. Nesse tópico meu objetivo é registrar algumas anotações e apresentar dados que mostram sua relevância.

O Conselheiro Carvalho argumenta que a recusa em negociar um bem essencial ou insubstituível ou elevar seu preço a ponto de excluir uma parcela significativa de compradores pode ser uma infração econômica. As dúvidas recaem sobre a isonomia de preços *vis a vis* alguma diferenciação relacionada a políticas comerciais lícitas. Cita o caso Ambev¹¹ como um exemplo de uma empresa dominante com uma prática de discriminação abusiva de preços via descontos.

Esta situação de exercício abusivo do poder de mercado parece mais clara quando se aborda a propriedade intelectual como um monopólio legal. Sobre esse ponto específico, gostaria de apresentar algumas informações quantitativas.

O gráfico abaixo mostra a evolução do numero de patentes no período 1975 a 2008. Nota-se claramente um crescimento no credenciamento de patentes, em particular a partir de 1996. Esse acentuado crescimento pós-1994 está relacionado diretamente ao “TRIPS” (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*). O TRIPS foi um acordo assinado em 1994 e implementado em 1996 pelos países desenvolvidos e por alguns países em desenvolvimento, como o Brasil. A partir de 2006 o acordo passou a ser válido para todos os países que participam da Organização Mundial do Comércio, inclusive os países em desenvolvimento, que tiveram um prazo de dez anos para se adaptar as novas regras. Com a TRIPS as patentes ganharam força como mecanismo de bloqueio à entrada e controle de ativos tecnológico.

Gráfico - Patentes Depositadas e Registradas – USPTO (1975-2008)



11 Processo Administrativo n. 08012

Fonte: Elaboração própria a partir Ribeiro, L.C.; Ruiz, R.M.; Bernardes, A.T.B.; Albuquerque, E.M. "Matrices of science and technology interactions and patterns of structured growth: implications for development". *Scientometrics*, Volume 83, Number 1 / Abril, 2010.

Esse crescente volume de patentes não está concentrado em alguns setores, mas disperso em quase todos os setores industriais, áreas de conhecimento e áreas de patenteamento. Ribeiro *et all* (2010) mostram que há um maior de acumulo e variedade de conhecimentos e uma disseminação do patenteamento para vários setores. Há também um aumento expressivo da intenção de patentear, como mostrado na relação entre patentes depositadas e patentes registradas.

Este crescimento do patenteamento me leva a crer que seria prudente ter nessa autoridade antitruste uma avaliação sistemática sobre o uso da propriedade intelectual (um monopólio da produção) e seu correspondente preço (supostamente de monopólio e potencialmente abusivo). Seria também importante avaliar se a patente está garantindo um controle sobre um ativo tecnológico ou sendo somente um mecanismo para gerar restrições concorrenciais, como já registrado em vários casos¹². No voto do Conselheiro Carvalho há uma especulação sobre esse uso da patente como meio ilícito de bloquear a entrada de concorrentes.

É certo que quase todos os temores de um poder abusivo relacionado a patentes não seriam justificados se aceitássemos a tese de que toda inovação tem consigo um direito incontestável a livre precificação. A inovação e os preços praticados gerariam benefícios e não seria prudente intervir nessa atividade.

O Conselheiro Carvalho pondera essa afirmação alegando que em alguns casos podem ocorrer danos à sociedade muito superiores aos benefícios. Exemplifica com um caso em que a empresa detentora da patente cobra um preço proibitivo que coloca em questão a saúde de parte da população. Nessas circunstâncias o CADE deveria se pronunciar sobre licenças compulsórias como medida para coibir os preços abusivos e mesmo o açambarcamento. Afirma que tal pronunciamento deve-se dar a partir de um critério de abusividade que, entendo, como abusividade na definição de preços.

Tendo a concordar com esse argumento do Conselheiro Carvalho. É interessante notar que o Conselheiro argumenta que é o restrito acesso da população é que qualifica o preço como abusivo e não supostas margens privadas de lucro. Nessa situação, caberia ao CADE recomendar ao INPI a

12 O tema propriedade intelectual já foi objeto de análise em outras jurisdições. Nos Estados Unidos menciono os casos: *Pfizer v FTC* - o órgão antitruste ordenou a licença compulsória da patente mediante o pagamento de royalties fixos. [FTC. *Charles Pfizer & Co. v. Federal Trade Commission* 401, F2d574]. Na Europa, tem-se o caso *Eurofix-Banco v Hilti*, em que a Comissão concluiu pela existência de abuso de posição dominante. A conduta considerada ilícita foi a exigência por parte da empresa do pagamento de royalty excessivo, cujo único objetivo era bloquear, ou sem qualquer razão adiar, a licença da patente que já seria possível de acordo com a legislação patentária do Reino Unido. A Comissão entendeu que se tratava de uma estratégia da empresa Hilti de garantir sua posição dominante, evitando a competição no mercado. [Corte de Justiça Européia. *Hilti Ag v Commission*. Case T-30/89 (1991) ECR II-1439,(1992) 4 CMLR 16].

concessão de licença compulsória para produtores potenciais¹³. Notem, este é um modo não-privado de se considerar a abusividade de preços, ou seja, é um ponto de vista público. Como dito acima, é outro critério de avaliação das trocas privadas e é pertinente ao caso utilizado como exemplo.

Deixando de lado esse tema, comento agora uma outra percepção do problema das patentes e formação de preços. Um argumento recorrente nesse debate é afirmar que a patente garante ao inovador um monopólio da produção e preços com lucro anormal. Este lucro de monopólio seria prêmio pela ousadia de explorar uma nova combinação e/ou criação de fatores de produção. Interpretação com a qual tendo a concordar.

Especulo, porém, a partir de outra situação onde permitir ao inovador a prática de preços de monopólio não corresponde necessariamente a uma situação ótima. Imagino uma situação que ao garantir ao inovador o monopólio da inovação e uma precificação livre, pode-se estar incentivando um sistema de busca e seleção de tecnologias extremamente ineficiente. Por exemplo, algumas empresas farmacêuticas norte-americanas anunciam que gastam mais de 15% do seu faturamento em P&D e tal investimento seria um resultado dos incentivos dados pelo monopólio da produção e exercício do poder de mercado. Ora, tal precificação e imenso volume de recursos poderiam estar sustentando uma imensa e ineficiente máquina de P&D. Monopólios não-regulados fazem isso, não? Pergunto ainda, estaríamos num ponto de ótimo ou sustentando uma alocação excessiva de capital em P&D; algo como um “Efeito Averch-Johnson” em P&D?

Não pretendo com esse argumento ir contra os vários benefícios da inovação, os incentivos necessários a essa empreitada de risco elevado, sua formação de preços ou mesmo criticar a alocação de recursos em P&D. Meu argumento é mais em prol de se avaliar com mais cautela o discurso econômico. O clichê sobre a inovação e patentes é um dos mais rotineiros e deve ser considerado de forma tão crítica e cuidadosa quanto uma concentração de mercado. Este é o meu ponto.

7 CRITÉRIOS PARA TRIAGEM DE CASOS SOBRE PREÇOS ABUSIVOS

Entendo que, caso se mantenha avaliação de casos relacionados à prática de preço abusivo, é necessário refinar os critérios de triagem e

13 Sobre licença compulsória, a hipótese foi aventada na Consulta n. 31/99, formulada ao CADE pelo Ministro da Saúde na época. O questionamento era sobre quais casos poder-se-ia aplicar a recomendação de licença compulsória à patente do agente infrator, de acordo com as descrições do inciso IV, alínea “a” do artigo 24 da Lei 8.884/94 e artigo 68 da Lei 9.276/96 (Lei de Patentes). Na época, o CADE entendeu que a conduta considerada ilícita deve ter nexos causal com o poder econômico conferido pela patente e que para aplicação deste dispositivo legal a infração deve ser considerada de gravidade tal que exija a imposição da referida pena: “[...] todas as condutas elencadas no art. 21, bem como outras, caracterizadas como infrativas, podem levar à imposição da referida penalidade. Contudo, a abusividade da conduta deve estar relacionada a um poder econômico conferido pela patente – poder de monopólio. A penalidade deve decorrer, portanto, da constatação do uso abusivo desse poder pelo seu detentor. Se a abusividade constatada não apresentar qualquer relação com o poder econômico decorrente da patente, não há que se aplicar a penalidade prevista [...]”. No mesmo instrumento, o Conselheiro-Relator Mércio Felsky consagra que a penalidade prevista no dispositivo legal refere-se ao poder-dever de recomendar a concessão da licença compulsória ao e INPI que, por sua vez, por força do artigo 68 e 73 da Lei de Patentes, terá o poder-dever para sua aplicação.

definir alguns temas obrigatórios nos relatórios que instruem os votos. Como observa o Conselheiro Ragazzo, procedimentos investigatórios lastreados somente em comparações de preços em algum momento no tempo não são condições suficientes para se ter um caso relevante de preço abusivo. E ainda acrescento: os processos devem ter uma perspectiva de longo prazo e nunca conjuntural.

Faço agora uma lista especulativa de um conjunto de motivos ou condicionantes que articulados podem formar um todo mais coerente e completo no que tange aos procedimentos investigatórios da infração de preços abusivos:

- a. A firma precificadora deve ter posição dominante no mercado relevante. Nesse caso existe a possibilidade de se exercer a infração de preço abusivo.
- 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 preços e excluir casos com particularidades. Por exemplo, pode-se citar como característica particular das partes a necessidade de serviços complementares, condições de pagamento, a escala, o escopo e a regularidade das compras.
- 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 produção. Ou seja, o tempo relevante é aquele que se estende para além da sazonalidade que caracteriza o setor produtivo.
- 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, como observa o ex-Conselheiro Furquim.
- g. A prática de preço abusivo não pode se confundir com impactos de oscilações de preços derivadas de choques exógenos ao setor. Por exemplo, mudanças nos preços de produtos e serviços intermediários geram mudanças nos preços dos produtos e serviços finais. Deve se desconsiderar esses choques na avaliação da prática de preços abusivos.

Meu objetivo principal com essa lista de critérios é excluir os casos motivados por conflitos de negócios e balizados fundamentalmente em comparações conjunturais de preços. Por exemplo, utilizando esses critérios noto que no presente caso *SINDIMIVA versus WA* não possui a maioria das características que entendo necessárias para se ter um caso de preço abusivo. Logo, acompanho o voto do Conselheiro Ragazzo neste ponto: deve-se negar o provimento.

Muitos dos critérios acima estão nos votos dos Conselheiros Carlos Ragazzo e Vinicius Carvalho. Entendo que se melhor trabalhados e articulados a outros teríamos uma triagem mais adequada de casos de preço abusivo. Somente após uma triagem entraríamos na avaliação do caso de preço abusivo.

No julgamento de um caso de preço abusivo seria necessário avaliar a precificação a partir de critérios que fogem do jogo de negócios privados. Uma perspectiva pública poderia incorporar outras dimensões, tais como acesso grau de cobertura, universalização do serviço, consumo mínimo e massificação do consumo. Esses critérios seriam combinados com uma avaliação de nível de preços para, assim, se obter uma avaliação de um preço justo. Nesse ponto não há como fugir do complexo debate de julgar o preço como abusivo. Não considero a subjetividade dessa análise uma restrição e a entendo como aspecto fundamental do debate antitruste.

Concluo, por fim, que seria pouco prudente abandonar a avaliação dos preços abusivos. Primeiro, porque ele está no centro da lógica antitruste centrada no controle de estruturas com vistas a minimizar aumento de preços e ampliar a oferta. Segundo, porque estamos em um contexto histórico onde foram renovadas as barreiras institucionais à entrada (propriedade intelectual: marcas e patentes), o que pode levar a conflitos reportados como práticas abusivas de preços, ou ainda, à criação de barreiras abusivas à entrada (“patentes de bloqueio”). Terceiro, porque entendo que o CADE tem instrumentos para intervir nesses mercados (TCC, TCD, advocacia da concorrência, interação com agências, órgãos de controle e capacidade de intervenção nas estruturas industriais). Quarto, porque o CADE é sujeito central na definição dos preços abusivos, sua discricionariedade é relevante e logicamente necessária na *práxis* antitruste.