

O AUMENTO ARBITRÁRIO DE LUCROS NA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

PEDRO PAULO SALLES CRISTOFARO

Professor da PUCRJ. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Concorrencial; Financeiro e Econômico

RESUMO: Este artigo busca analisar o conceito de aumento arbitrário de lucros, em face da lei de defesa da concorrência e da Constituição brasileira. A Lei 12.529/2011, assim como as leis de defesa da concorrência que a precederam no Brasil, inclui o "aumento arbitrário de lucros" na relação de objetos e efeitos dos atos que constituem infração contra a ordem econômica. No entanto, é essencial em um sistema econômico baseado nos princípios da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência que os agentes econômicos busquem maximizar seus resultados. O ilícito contra a ordem econômica não se caracteriza pela simples elevação de preços ou maximização dos lucros por agente econômico monopolista ou detentor de posição dominante. O aumento arbitrário de lucros, referido na Lei e na Constituição, deve ser interpretado como um efeito possível ou almejado de um ato anticoncorrencial.

PALAVRAS-CHAVE: Direito da concorrência – Lei 12.529/2011 – Constituição Federal – Preços excessivos e aumento arbitrário de Lucros.

ABSTRACT: This article analyzes the concept of arbitrary increase of profits vis à vis the Brazilian antitrust law and the Brazilian Constitution. Law No. 12.529/2011, as well as antitrust laws that preceded it in Brazil, includes "arbitrary increase of profits" in the list of objects and purposes of the acts that constitute offense against the economic order. However, in an economic system based on the principles of free enterprise and free competition it is essential that economic agents seek to maximize their results. The offense against the economic order is not characterized by the simple elevation of prices or maximization of profits by a monopolistic economic agent or dominant position holder. The arbitrary increase of profits referred to in the law and the Constitution must be interpreted as a possible or desired effect of an anti-competitive act.

KEYWORDS: Competition Law – Law 12.529/2011, Federal Constitution – Excessive pricing and arbitrary increase of profits.

SUMÁRIO: 1. A busca do lucro como elemento essencial da economia de mercado – 2. O aumento arbitrário de lucros nas leis e constituições brasileiras – 3. O aumento arbitrário de lucros, sob a Constituição de 1988 – 4. Lucro abusivo nos Estados Unidos e na Europa – 5. A jurisprudência do Cade – 6. Lei 12.529/2011 – 7. Considerações finais.

O aumento arbitrário de lucros como objeto ou efeito dos atos que constituem infração da ordem econômica não é uma novidade da Lei 12.529/2011. Muito ao contrário, a Lei 8.884/1994 já continha disposição idêntica (art. 20, III), e todas as leis "antitruste" brasileiras que a antecederam (com exceção do Dec.-lei 7.666/1945, a Lei Malaia, que vigorou por curtos três meses) de alguma forma incluíram a refe-

rência ao “aumento arbitrário de lucros” nos artigos que tratam dos ilícitos contra a concorrência (art. 2.º, II da Lei 4.137/1962 e art. 3.º Lei 8.158/1991).

Ainda mais relevante que as normas legais, todas as Constituições brasileiras, desde 1946, associam o aumento arbitrário de lucros ao abuso do poder econômico, a ser reprimido com base em lei (art. 148 da Constituição de 1946, art. 157, VI, da Constituição de 1967; art. 160, V, da EC 1/1969 e, finalmente, art. 173, § 4.º, da CF/1988).

A longevidade da regra não garante a segurança na sua interpretação. Há certo consenso na doutrina, bem resumido por Leonor Cordovil, de que o aumento arbitrário de lucros seria, dentre as hipóteses descritas na lei, “o efeito mais questionável e cuja prova é mais complexa”, encontrando grande “dificuldade prática” em sua caracterização.¹

A dificuldade decorre, inicialmente, de uma aparente contradição entre a punição – e o próprio conceito – do lucro arbitrário, e um sistema – jurídico e econômico – baseado no livre mercado.

1. A BUSCA DO LUCRO COMO ELEMENTO ESSENCIAL DA ECONOMIA DE MERCADO

Certamente, tem consequência para a interpretação das normas – inclusive das disposições constitucionais – a indicação da livre iniciativa como um dos fundamentos da República e da Ordem Econômica (arts. 1.º, IV e 170 da CF/1988), assim como a referência à Livre Concorrência como um dos princípios gerais da atividade econômica (art. 170, IV, da CF/1988). Como diz Luís Roberto Barroso, os princípios fundamentais “expressam as principais decisões políticas no âmbito do Estado, aquelas que vão determinar sua estrutura essencial”. Já os princípios setoriais “presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição” e “no seu âmbito de atuação são supremos”.² Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, afirma que o princípio “é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.³

-
1. CORDOVIL, LEONOR; CARVALHO, Vinícius; BAGNOLI, Vicente e ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova lei de defesa da concorrência comentada*. 1. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 105.
 2. BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. vol. 3. p. 3-59.
 3. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, p. 747-748.

Livre Iniciativa e Livre Concorrência são duas faces da mesma moeda, distintas e indissociáveis, que consagram o estado liberal, fundado em um modo de produção capitalista e na economia de mercado.⁴ Miguel Reale vê na Livre Iniciativa a transposição, para a vida econômica, dos princípios de liberdade individual consagrados pela Constituição e na Livre Concorrência um princípio econômico segundo o qual “a fixação dos preços das mercadorias e dos serviços não deve resultar de atos de autoridade, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado”.⁵ Luís Roberto Barroso inclui o conceito de livre iniciativa dentre os direitos e garantias individuais “protegidos pelas limitações materiais ao poder de emenda à Constituição, inscritas no art. 60, § 4.º”⁶ e, elenca, dentre os elementos que dão conteúdo à livre iniciativa como fundamento constitucional – juntamente com a propriedade privada, a liberdade de empresa e a liberdade de contratar – a *liberdade de lucro*, “lastro para a faculdade de o empreendedor estabelecer seus preços, que não de ser determinados, em princípio, pelo mercado, por meio de ‘livre concorrência’, locução abrigada no art. 170, IV”.⁷

É da essência do sistema econômico fincado em tais princípios e fundamentos que cada indivíduo seja livre para decidir onde, como e quando aplicará seus recursos; se tais recursos serão utilizados apenas para atender suas vontades e necessidades de consumo, ou se serão investidos na produção ou intermediação de novos produtos e serviços; se tais investimentos serão feitos exclusivamente com os próprios recursos, ou se tais recursos serão reunidos às economias de terceiros para a realização de certo empreendimento; se deverá criar ou expandir empresa, ou se deverá se integrar a empresa organizada por outros, e assim por diante. Cada indivíduo é um *agente econômico*, cujas decisões soberanas – seja como consumidor,⁸ seja como fornecedor de produtos e serviços – repercutem no macrosistema social de trocas que constitui o mercado.

No mercado, os diversos agentes econômicos se comunicam através de manifestações permanentes nas suas relações de troca. Tais manifestações se exteriorizam

4. CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles; NEY, Rafael de Moura Rangel. A venda abaixo de custo em face das leis brasileiras de proteção à concorrência. *Revista Forense* 385. p. 146.

5. REALE, Miguel. *A ordem econômica na Constituição de 1988. Aplicações da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 14.

6. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 47

7. BARROSO, Luís Roberto. Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso de poder econômico. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 394.

8. Para fins deste artigo, entenda-se como consumidor todo aquele que adquire bens ou serviços no mercado, e não apenas aquele que os adquire como “destinatário final”, na forma do Código de Defesa do Consumidor.

através da negociação dos preços dos bens e serviços. Como diz José Luís Bulhões Pedreira, “cada preço de compra contratado pelo consumidor no mercado é um voto por ele proferido no processo permanente, mediante o qual a sociedade delibera sobre quais os bens a serem produzidos”. Ele explica:

“O mecanismo básico desse sistema é o funcionamento autônomo de mercados competitivos e interligados, que cria um sistema de preços orientador da ação dos agentes econômicos. A organização da atividade econômica social é assegurada pela tendência ao equilíbrio que caracteriza o mercado, como tipo de sistema social, e pela interligação dos diferentes mercados de produtos, serviços produtivos e moeda; e o funcionamento do sistema resulta das microdecisões tomadas diariamente pelos agentes econômicos, ao participarem dos diversos mercados.

Essas microdecisões definem, nos mercados, os preços dos produtos, dos serviços produtivos e do uso do capital financeiro; e como os mercados se acham permanentemente inter-relacionados, os preços em cada mercado influem uns sobre os outros, funcionando como elementos de um único sistema, que reage como um todo à variação de qualquer preço em cada um dos mercados, ajustando os demais preços interligados; e essa contínua adaptação faz com que esse sistema de preços desempenhe a função de mecanismo de difusão automática de informações que orientam as microdecisões dos agentes econômicos.

A interligação dos mercados e o sistema de preços transformam, portanto, as microdecisões dos agentes econômicos em macro-orientação do sistema econômico”.⁹

São diversos os fatores que levam um consumidor a se dispor a pagar certo preço pela aquisição de uma mercadoria: seus gostos, suas necessidades, sua capacidade de pagamento, suas expectativas, etc. Cada consumidor com suas razões atribui a determinado bem um valor diferente daquele atribuído por outro consumidor. João pagaria o salário de um mês para assistir a um show de música sertaneja universitária, José talvez pagasse para não ir. Daí a realização de um leilão permanente, em que aqueles que quiserem e puderem pagar mais asseguram para si a aquisição dos bens levados ao mercado. Há um aspecto, no entanto, que é comum a todos os consumidores: cada um procura pagar o menor preço possível por um bem, pois quanto menor o preço pago, maior será o saldo de recursos disponíveis para o consumidor satisfazer suas outras necessidades e vontades. Cada consumidor, agindo racionalmente, procura maximizar seus recursos, empregando em cada bem ou serviço adquirido a menor quantidade de recursos possível.

Os agentes econômicos fornecedores de produtos e serviços ao mercado, qualquer que seja a sua forma de organização, agindo racionalmente, também procuram maximizar seus recursos. Não é à toa que a empresa, como unidade de pro-

9. PEDREIRA, José Luís Bulhões. *Finanças e demonstrações financeiras da companhia*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 276.

dução típica da economia moderna, tem na redução de custos e maximização de resultados seus fundamentos econômicos¹⁰ e o fim lucrativo é elemento essencial das Sociedades Anônimas, organização jurídica por excelência dos mais importantes fornecedores ao mercado (art. 2.º da Lei 6.404/1976). Mais uma vez, recorremos a José Luís Bulhões Pedreira:

“Os produtores são motivados pelo objetivo do lucro, que é a diferença entre o preço que os compradores estão dispostos a pagar pelos produtos e os custos dos serviços produtivos suportados pelo produtor ao produzi-los. Esse custo é função dos preços praticados nos mercados de serviços produtivos e do grau de eficiência com que o produtor utiliza esses serviços.

Na economia de mercado cada produtor decide o que produzir com base na estimativa de lucro que pode auferir. A demanda dos consumidores que não é satisfeita pelos produtores provoca a elevação do preço do produto, o que aumenta a margem de lucro e estimula os produtores a expandirem a produção (ou outros empresários a criarem novas empresas do mesmo produto). Se a produção excede a demanda, os preços baixam e a margem de lucro diminui, ou deixa de existir, o que conduz à redução da quantidade produzida”.¹¹

Assim, a possibilidade conferida a cada agente econômico de buscar a maximização de seus recursos é da *essência da economia de mercado*, seja o consumidor que procura pagar o menor preço possível na aquisição de cada bem de sua escolha, seja o fornecedor de produtos e serviços ao mercado, que procura obter o maior lucro possível no exercício de sua empresa. É a procura da maximização dos recursos, por consumidores e fornecedores, que faz o mercado funcionar, que leva ao equilíbrio entre oferta e procura, que estimula ou desestimula investimentos, inovação, expansão dos mercados, etc.

Nesses termos, haveria aparente contradição entre uma ordem econômica constitucional baseada em um sistema de mercado – onde a busca da maximização dos recursos por todos os agentes econômicos é elemento essencial – e uma regra legal que de alguma forma pudesse representar limitação aos lucros que lícitamente poderiam ser auferidos no exercício de uma atividade produtiva. Na medida em que a mesma Constituição que inclui a Livre Iniciativa e a Livre Concorrência dentre os fundamentos da ordem econômica estabelece caber à lei reprimir “o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, § 4.º), impõe-se harmonizar tais normas, de sorte a que não sejam reprimidas condutas que são inerentes ao próprio sistema econômico.

10. SZTAJN, Raquel. *Teoria jurídica da empresa*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 147.

11. *Finanças e demonstrações financeiras...* cit., p. 277

2. O AUMENTO ARBITRÁRIO DE LUCROS NAS LEIS E CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Como mencionado, a primeira Constituição brasileira a fazer referência ao “aumento arbitrário de lucros” foi a de 1946.¹² De acordo com o seu art. 148, competia à lei reprimir “toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.

Comentando o dispositivo constitucional, Carlos Maximiliano não faz qualquer observação específica ao conceito de “aumento arbitrário de lucros”. Mostra o grande jurista que a redação adotada buscou “condensar” o texto do Projeto de Constituição, segundo o qual “(o)s trustes, cartéis, entendimentos ou ajustes de qualquer organização, grupo, empresa ou indivíduo, sejam de que natureza forem, para dominar os mercados internos, eliminar os concorrentes e explorar consumidores pelos preços ou qualquer outra forma de opressão, serão reprimidos, nos termos de lei especial”. O objetivo da norma constitucional era se contrapor à formação dos cartéis, “uma forma de monopólio coletivo, proveniente de entendimentos ou coalizões entre os principais produtores, que, por meio de uma combinação inteligentemente urdida, podem dominar, pelo menos momentaneamente, o mercado nacional ou mundial”.¹³

Pontes de Miranda, por sua vez, entende que o art. 148 da Constituição de 1946 deve ser lido como se dissesse “serem suscetíveis de repressão os abusos do poder econômico em que há um, pelo menos, dos três pressupostos (domínio dos mercados nacionais; eliminação da concorrência; aumento arbitrário de lucros)”.¹⁴ A partir do entendimento de Pontes de Miranda, Benjamin Shieber conclui que o aumento arbitrário de lucros se integra dentre os abusos do poder econômico que a lei deve reprimir, constituindo “uma das bases independentes sobre a qual o Congresso pode elaborar legislação antitruste”.¹⁵

Somente em 1962 foi editada a Lei de que tratava o preceito constitucional. A Lei 4.137/1962 incluía, em seu art. 2.º, dentre as formas de abuso de poder econô-

12. Antes disso, na Constituição de 1934 havia um dispositivo (art. 137) estabelecendo que a lei deveria regular a fiscalização e revisão das tarifas de serviços explorados em regime de concessão ou delegação, para que “os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedam a justa retribuição do capital”. O alcance de tal dispositivo é inteiramente diverso do que se encontra a partir de 1946. Não havia qualquer condenação a uma prática dos agentes privados, mas sim a definição de uma política a ser adotada pelo Estado na concessão ou delegação de serviços públicos.

13. *Comentários à Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. vol. 3, p. 184.

14. SHIEBER, Apud Benjamin. *Abusos do poder econômico*. São Paulo: Ed. RT, 1966. p. 26.

15. *Idem*, p. 189.

mico, “elevar sem justa causa os preços, nos casos de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção”. Como se vê, o legislador deu ao tema tratamento bastante restritivo. Seria condição para a caracterização do ilícito a pré-existência de um monopólio natural ou de fato; o ilícito sempre estaria relacionado ao aumento, sem justa causa, de preços associado à não elevação da produção. Não se cogitaria, portanto, de obrigação do monopolista reduzir preços para diminuir a sua rentabilidade.

Benjamin Shieber, ao narrar a história do projeto de lei que resultou na Lei 4.137/1962, indica a intenção do legislador de limitar o escopo do dispositivo legal.¹⁶ O Projeto Agamenon Magalhães, de 1948, que foi a semente da lei, continha regra muito mais ampla, pois pretendia punir “a percepção de lucros excessivos, assim entendidos os que ultrapassarem a percentagem normal”.¹⁷ No debate congressional, no entanto, o Deputado Alde Sampaio apresentou emenda, restringindo a repressão aos casos de monopólio natural ou de fato, e justificando:

“(C)obrir todos esses atos pela figura do ‘aumento arbitrário de lucros’, não os caracteriza nem delimita, porque em verdade todo e qualquer ato econômico, praticado por empresa, pode ser posto sob o objetivo do aumento de lucro, com o que o ato realmente delituoso deixa de ser caracterizado.

Neste particular, só para as empresas em situação de monopólio, se pode admitir que o lucro seja procurado *por arbitrio da própria empresa* e ainda assim como uma consequência do aumento arbitrário dos preços e não como figura primária do ato que se quer condenar”.

É interessante destacar que tanto na Constituição de 1946 quanto na Lei 4.137/1962 o “aumento arbitrário de lucros” é um *objetivo*, uma finalidade de determinado ato. A Constituição previa a punição, por lei, do abuso do poder econômico “tendo por fim” aumentar arbitrariamente os lucros; e a Lei considera abuso do poder econômico o aumento “sem justa causa” de preços pelo monopolista, “objetivando” aumentar arbitrariamente os lucros.

Em vista de tal redação, Shieber considerou que “esta é uma das raríssimas vezes em que a Lei Antitruste faz menção ao motivo do agente, e a nós parece um

16. Idem, p. 189 e ss.

17. Se a interpretação do dispositivo da lei atual já nos causa alguma perplexidade, certamente estaríamos em pior situação se tivéssemos que discutir o que seria o “lucro excessivo” e qual seria a sua “percentagem normal”. Não obstante, não se pode deixar de reconhecer o papel importante – essencial mesmo – de Agamenon Magalhães para o direito antitruste brasileiro, seja pela Lei Malaia, seja pelo projeto que deu origem à Lei 4.137/1962. O projeto, assim como a Lei Malaia, continha dispositivos que, hoje, não são considerados compatíveis com os objetivos de uma lei antitruste. Mas devemos tomar cuidado para não julgar, com o nosso pensamento de hoje, as iniciativas, tão importantes, feitas em um momento histórico completamente diferente.

requisito essencial para distinguir conduta nociva à comunidade, da conduta que não o é”.¹⁸

Na Constituição de 1967 (art. 157) e na EC de 1969 (art. 160), o que antes era “objetivo”, passa a ser uma “característica” do abuso da posição dominante, pois se torna um dos princípios da ordem econômica a “repressão ao abuso do poder econômico, *caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros*”.

Comentando o dispositivo, Pontes de Miranda repete o que dissera a propósito do art. 148 da Constituição de 1946, quanto ao aumento arbitrário de lucros como um dos “pressupostos” do abuso da posição dominante, sem qualquer referência à mudança na redação da regra constitucional.¹⁹ Curiosamente, o entendimento do grande jurista parece mais correto à vista do novo dispositivo constitucional do que do dispositivo de 1946. Antes, o aumento arbitrário de lucros não era “pressuposto” do abuso do poder econômico, não o antecedia. Era um objetivo almejado por alguém, detentor de posição dominante, ao praticar um ato abusivo. Com a Constituição de 1967 (cuja redação no particular foi mantida em 1969), o aumento arbitrário de lucros passa a ser algo que caracteriza a conduta abusiva.

A Constituição de 1988 volta a enfocar o aumento arbitrário de lucros como um objetivo do ato em abuso do poder econômico. Estabelece o art. 173, § 4.º que cabe à lei coibir o abuso do poder econômico “*que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*”.

Sob a égide da Constituição Federal de 1988, três leis já foram editadas, a Lei 8.158/1991, a Lei 8.884/1994 e a atual Lei 12.529/2011. Em todas, considera-se ilícito o ato que tenha por *objeto*, ou seja, capaz de produzir o *efeito* do aumento arbitrário de lucros.

3. O AUMENTO ARBITRÁRIO DE LUCROS, SOB A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Celso Ribeiro Bastos busca na Lei 4.137/1962, em vigor quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, a base para uma interpretação razoável do preceito constitucional:

“O dispositivo subconstitucional dá uma interpretação razoável do que a Constituição possa entender por aumento arbitrário dos lucros. Na verdade, o aumento da lucratividade, em tese, não é condenável, visto que ele exprime o êxito do empresário. Daí porque a adjunção do adjetivo ‘arbitrários’. De fato, para que o lucro se torne inconstitucional, cumpre que ele resulte de uma situação sobre a

18. *Abusos do poder econômico* cit., p. 194.

19. *Comentários à Constituição de 1967*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Ed. RT, 1974. t. IV, p. 51.

qual o detentor do meio de produção possui uma situação de força. É arbitrário, portanto, todo aumento de lucratividade que decorra de uma decisão empresarial, aproveitando-se de uma situação objetiva de mercado distorcido, que não faça corresponder a este aumento uma queda das vendas. Isto ocorre nas situações de monopólio”.²⁰

Parece inegável que, inexistindo uma “situação de força”, o agente econômico não teria condições de unilateralmente agir sobre sua margem de lucros, tornando impossível cogitar de lucros “arbitrários”.

Com efeito, em um mercado perfeitamente competitivo, nenhum agente econômico tem condições de, aumentando ou reduzindo a sua própria oferta de bens ou serviços, influir na relação entre a oferta e a demanda no mercado. Consequentemente, a ele cabe apenas “aceitar” o preço praticado no mercado. Diz-se que, nesses casos, tanto compradores quanto vendedores são meros “tomadores de preços”. A lucratividade de cada agente econômico é definida pela sua capacidade de produzir a maior quantidade de bens possível a um custo inferior ao preço de mercado. Na medida em que, em princípio, ao preço de mercado existe demanda para todos os produtos que o fornecedor individual seja capaz de produzir, este é incentivado a elevar a sua oferta até o limite em que o custo incorrido na produção de um produto adicional (o “custo marginal”) seja inferior ao preço de mercado. Dessa forma, em mercados perfeitamente competitivos, há uma natural aproximação entre os preços praticados e o custo marginal incorrido pelo fornecedor. O lucro tende a ser o menor possível, capaz apenas de remunerar minimamente o capital investido pelo fornecedor.

O mercado perfeitamente competitivo tem tantos pressupostos – identidade de produtos, multiplicidade de fornecedores, multiplicidade de consumidores – que seu papel é muito mais o de modelo teórico, necessário e indispensável à compreensão do mecanismo de funcionamento dos mercados, que o de retrato pronto e acabado da vida real. No mundo como ele é, pelas mais diversas razões, há agentes econômicos que possuem uma “situação de força”, para usar o termo adotado por Celso Ribeiro Bastos, ou uma “posição dominante”, adotando-se a terminologia consagrada pela legislação antitruste. O monopólio é o apogeu da posição dominante, posto que caracterizado pelo total domínio do mercado relevante em que o agente econômico é o único fornecedor.

Diferentemente do que ocorre no modelo do mercado competitivo, o monopolista, em maior grau, e o agente detentor de uma posição dominante não monopolista, proporcionalmente ao seu poder, são capazes de, com suas decisões, influenciar o preço praticado no mercado. Quando um monopolista reduz ou aumenta a quanti-

20. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990. vol. 7, p. 102.

dade ofertada, ele altera a relação entre a oferta e a demanda no mercado em que é o único fornecedor, o que resulta no aumento ou na diminuição do preço do produto. Para maximizar seus lucros, o monopólio não é incentivado a produzir tantos bens quantos o mercado seja capaz de absorver a um preço superior ao seu custo. Enquanto no mercado perfeitamente competitivo a receita marginal do fornecedor é sempre igual, independentemente da quantidade produzida (é o preço dado pelo mercado), o monopolista vê sua receita marginal diminuir a cada novo produto levado ao mercado, pois com a elevação da oferta os preços caem. O monopolista é incentivado a encontrar uma relação ótima entre o seu custo marginal e sua receita marginal, capaz de maximizar seus resultados. Em outras palavras, o monopolista é incentivado a produzir uma quantidade menor do que a que seria ofertada em um mercado competitivo, quantidade essa que lhe permitiria cobrar um preço maior do que o que seria praticado em um mercado competitivo, obtendo um lucro superior.

Assim, não há reparo a ser feito à constatação de Celso Ribeiro Bastos quanto a ser a existência de um monopólio pressuposto para que o agente econômico possa arbitrar o seu próprio lucro (não no sentido de estabelecer de forma totalmente unilateral o quanto irá lucrar – pois, mesmo nos monopólios, os preços também variam em função da demanda –, mas no sentido de deter o poder de alcançar, através de ato unilateral, o maior nível de lucratividade possível, considerada a demanda). Não parece precisa, no entanto, a afirmação de que “todo aumento de lucratividade que decorra de uma decisão empresarial, aproveitando-se de uma situação objetiva de mercado distorcido, que não faça corresponder a este aumento uma queda das vendas” seria “inconstitucional”.

Como já mencionado, é pressuposto do sistema de mercado a possibilidade de os agentes econômicos orientarem suas decisões com o objetivo de maximizar seus recursos. A maximização dos lucros é a retribuição perseguida por todos os fornecedores de produtos e serviços (assim como a maximização dos recursos disponíveis é objetivo procurado por todos os consumidores). Para alcançar esse objetivo, os fornecedores são instados a se tornar mais produtivos, são incentivados a inovar, a criar novos produtos e serviços. É o aumento de lucratividade em um determinado setor que permite que novos agentes econômicos por ele se interessem, ou que viabiliza o surgimento de soluções inovadoras para as necessidades dos consumidores. É o aumento da lucratividade que atrai novos recursos, novos investimentos para a atividade econômica. A imposição de limites máximos para a lucratividade, em princípio, desestrutura o sistema. Em outro contexto, respondendo a críticas feitas à época da discussão do projeto de lei que veio a se tornar a Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/1976), Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira apontam a contradição entre adotar um sistema de mercado e negar as retribuições e incentivos que fazem esse sistema funcionar:

“A organização da atividade econômica no regime de livre iniciativa – mesmo em economia mista, como a brasileira, é alcançada através de um complexo de

sistemas sociais – as empresas e os mercados – que são estruturas de papéis especializados funcionalmente, interdependentes e complementares entre si, desempenhados pelos agentes econômicos. E o funcionamento desses sistemas pressupõe as necessidades, os desejos e as retribuições que motivam os agentes a desempenharem os diversos papéis do sistema econômico.

É contraditório em termos pretender (...) fazer funcionar economia organizada nesse regime procurando eliminar papéis essenciais dos seus sistemas sociais e condenando as motivações, ou negando as retribuições, que fazem esses sistemas operarem”.²¹

Mauro Grinberg, em pertinente artigo sobre o tema, formula a questão fundamental:

“Como é possível enquadrar aumentos arbitrários de lucros entre os abusos do poder econômico que a Constituição Federal visa reprimir se, conceitualmente, tais aumentos arbitrários de lucros não são abuso do poder econômico?”.²²

Por considerar que a “atuação dos órgãos de aplicação da legislação de repressão ao abuso do poder econômico é desvirtuada quando tratam dos aumentos arbitrários de lucros como abusos do poder econômico, já que abusos do poder econômico são atos contrários à livre concorrência e os aumentos arbitrários de lucros, embora eventualmente danosos, não são contrários à livre concorrência”, Mauro Grinberg sugere uma reforma constitucional, para se retirar do § 4.º do art. 173 da Constituição a referência ao aumento arbitrário e lucros.

Tal reforma não parece essencial para que o art. 174, § 4.º da Constituição possa ser lido de forma compatível com os princípios e fundamentos constitucionais aos quais se destina a dar concretude – Livre Iniciativa e Livre Concorrência. Luís Roberto Barroso ensina que “a natureza da linguagem constitucional, própria à veiculação de normas principiológicas e esquemáticas, faz com que estas apresentem maior abertura, maior grau de abstração e, conseqüentemente, menor densidade jurídica”.²³ Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto destacam a “síntese e a coloquialidade” como características da estrutura da linguagem do texto constitucional. Cabe ao intérprete, reconhecendo tais características do texto constitucional, buscar uma leitura que permita “interpretar uma parte à luz das previsões de todas as demais partes”, posto que “a Constituição corresponde a um todo lógico, onde cada provisão é parte integrante do conjunto”. Para isso, deve o intérprete “mergulhar nas águas profundas e revoltas da história, da política, da economia, da

21. *A Lei das S.A. – Pressupostos, elaboração, aplicação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 204.

22. Aumentos arbitrários de lucros como abusos do poder econômico – interpretação da constituição e sugestão de alteração. *Revista de Direito Mercantil*. vol. 103, p.55.

23. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 101.

geografia física e humana, da sociologia e da psicologia, além de outros ramos afins do conhecimento científico”.²⁴

Quando o art. 173, § 4.º, da CF/1988 se refere ao aumento arbitrário de lucros, não o faz para definir uma conduta típica que seria, em qualquer caso, ilícita e repudiada pelo direito. Se assim o fizesse estaríamos diante, aí sim, de disposições incompatíveis na carta constitucional, pois é próprio do sistema econômico fundado na livre iniciativa e na livre concorrência que todo agente econômico – inclusive o detentor de uma posição dominante ou, mesmo, o monopolista – aja para maximizar seus resultados.

Nos termos da Constituição Federal, o aumento arbitrário de lucros, como diz Alfredo de Assis Gonçalves Neto, não é “fator de abuso”, mas consequência do abuso.²⁵ A contradição apontada por Mauro Grinberg na pergunta reproduzida acima não existe porque a Constituição não enquadra aumentos arbitrários de lucros entre os abusos do poder econômico que a Constituição Federal visa reprimir. O “aumento arbitrário de lucros”, assim como a “dominação dos mercados” e a “eliminação da concorrência” são *efeitos almejados do abuso do poder econômico repudiado pela Constituição*. Não é ilícito “dominar mercados”. Aliás, a Lei 12.529/2011 (art. 36, § 1.º), seguindo a tradição das normas infraconstitucionais que a precederam, deixou claro que “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores” é lícita. Não é ilícito “eliminar a concorrência”. Ao competirem entre si, os diversos agentes econômicos estão, lícitamente, buscando “conquistar” parte do mercado, atual ou futuro, de seus concorrentes. Esse comportamento é inerente à economia de mercado.

Assim, o ponto central da interpretação da norma constitucional não está – não pode estar – nos objetivos perseguidos pelos agentes econômicos, exemplificados no texto constitucional. O núcleo da norma constitucional que separa o ato lícito do ato ilícito está na *forma como esses objetivos são perseguidos*. É no conceito de *abuso do poder econômico* como meio para atingir determinados fins que deve recair o trabalho do intérprete da Constituição.

Abusar é fazer mau uso, é usar em excesso, é exorbitar no uso. Ao punir a conduta abusiva, o texto constitucional legitima a atuação normal, regular, competitiva, do agente econômico visando conquistar mercados e maximizar resultados. Observado o “todo lógico” de uma Constituição que funda o sistema econômico do País na livre iniciativa e na livre concorrência; considerada a origem histórica do dispositivo

24. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 67.

25. Citado por GRINBERG, Mauro. Aumentos arbitrários de lucros como abusos do poder econômico – interpretação da constituição e sugestão de alteração. *Revista de Direito Mercantil*. vol. 103, p. 55.

Constitucional, que objetivou, em 1946, introduzir no ordenamento Constitucional as bases do chamado “direito antitruste”, parece certo que o art. 173, § 4.º, da CF/1988 tem por fim atribuir à Lei o papel de dar concretude aos princípios constitucionais da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência, afastando as condutas incompatíveis com tais princípios, que impõem a cada um dos agentes econômicos o dever de não adotar comportamento anticoncorrencial. Nas palavras de Luís Roberto Barroso, “os agentes privados têm não apenas o direito subjetivo à livre concorrência, mas também o dever jurídico de não adotarem comportamentos anticoncorrenciais, sob pena de se sujeitarem à ação disciplinadora e punitiva do Estado”.²⁶

Abusa do poder econômico aquele agente que se utiliza de tal poder de forma abusiva, anormal, além de sua finalidade, para – individualmente ou em conjunto com outros agentes econômicos – adotar comportamento anticoncorrencial. Caracteriza o comportamento anticoncorrencial a redução indevida da competição entre os agentes econômicos (através da colusão) ou a eliminação por ato de força (econômica) dos demais competidores reais ou potenciais (os atos de exclusão).

Dominação dos mercados, eliminação da concorrência e possibilidade de arbitrar os lucros são as *finalidades intrínsecas* aos atos anticoncorrenciais; são os efeitos visados pelos atos contrários à ordem econômica baseada na Livre Concorrência. Isso não significa que, nos termos da Constituição, seria necessário *provar a intenção* (o *dolo específico*) do agente para se caracterizar o abuso de poder econômico. Dominação de mercados, eliminação da concorrência, arbítrio sobre os lucros são consequências inerentes aos atos anticoncorrenciais de colusão ou exclusão (assim como a pretensão de maximizar resultados é inerente à atuação das empresas em um regime de livre iniciativa e livre concorrência).

Para Calixto Salomão, entendendo-se o direito concorrencial como garantia institucional, “é preciso que a punição a abusos do poder econômico que possam ferir a ordem concorrencial se faça a partir de critérios objetivos, em especial a partir da análise dos possíveis efeitos das condutas sobre o objeto jurídico (a instituição) protegido. É isso que a Constituição procurou deixar claro ao enumerar as consequências do abuso do poder econômico. Os efeitos das condutas são, no texto constitucional, os objetivos visados pelo ato abusivo. O ilícito configura-se na presença do objetivo de atingir aquelas consequências econômicas. Como já visto, por outro lado, a existência desse objetivo só pode ser admitida quando há ao menos a possibilidade de produção de efeitos anticoncorrenciais”.²⁷

Assim, não é correto afirmar que, para a Constituição, o aumento arbitrário de lucros constitua, ele próprio, ilícito contra a concorrência ou fonte específica e

26. A ordem econômica constitucional e os limites da atuação estatal no controle de preços. *Revista de Direito Administrativo* 227, p. 195.

27. *Direito concorrencial – As condutas*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, p. 110.

autônoma da definição legal de tal ilícito. O aumento arbitrário de lucros, na Constituição, será ilícito, na forma de lei, quando efeito almejado (ou possível) de um ato abusivo e anticoncorrencial.

4. LUCRO ABUSIVO NOS ESTADOS UNIDOS E NA EUROPA

Segundo Benjamin Shieber, na interpretação do dispositivo da Constituição (de 1946) referente ao aumento arbitrário de lucros, não poderíamos nos valer das experiências do direito norte-americano ou do direito europeu, pois tais sistemas jurídicos “confiam só na concorrência e na supressão dos monopólios para conseguir uma baixa dos preços dos produtos”, enquanto a lei brasileira (à época, a Lei 4.137/1962) “tenta enfrentar diretamente o aumento arbitrário de lucros pela elevação injustificável dos preços nos casos de monopólios”.²⁸

Não obstante as diferenças entre os sistemas jurídicos impeçam a simples e automática importação dos conceitos e da jurisprudência sobre a matéria, algumas considerações sobre o direito norte americano e o direito europeu podem auxiliar na interpretação do preceito da lei brasileira.

Para o direito norte-americano, a cobrança, pelo monopolista, de preços que resultam dessa estrutura do mercado e a correspondente maximização de lucros não são ilícitas ou abusivas. A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a simples detenção de poder de monopólio, com a consequente cobrança de preços de monopólio, “não apenas não é ilícita, como se trata de um importante elemento do sistema de mercado livre”.²⁹

Segundo Phillip Areeda e Herbert Hovenkamp, todo fornecedor, seja monopolista ou competidor, age “racionalmente” para maximizar seus lucros. Uma regra segundo a qual o monopolista deveria cobrar preços que vigorariam caso o mercado fosse competitivo traria um elevado grau de incerteza para os agentes econômicos e, para ser eficaz, exigiria um verdadeiro sistema de controle dos preços dos monopolistas. A cobrança de preços típicos de monopólio não restringe a competição no mercado, mas a incentiva, ao estimular a entrada e expansão de competidores rivais. Negar-se ao monopolista (que conquistou essa posição graças a suas qualidades superiores, capacidade de inovação e eficiência) o direito de auferir os

28. *Abusos do poder econômico*. São Paulo: Ed. RT, 1966. p. 189.

29. “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” (540 U.S. *Verizon-Trinko*, 2004. p. 407), citado por Lyons, Bruce. *The Paradox of the Exclusion of the Exploitative Abuse*, integrante da encadernação *The Pros and Cons of High Prices*, publicada pela Autoridade de Concorrência da Suécia. Disponível em: [www.konkurrensverket.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/Pros&Cons/rap_pros_and_cons_high_prices.pdf].

lucros decorrentes dessa condição poderia resultar na eliminação dos incentivos fundamentais para um comportamento positivo para a sociedade. Mesmo em casos de monopólios naturais, a dificuldade em se estabelecer qual o nível de preço seria razoável e qual o nível seria injusto traz problemas práticos e teóricos que desaconselham a penalização dos preços ou lucros abusivos.³⁰

Massimo Motta e Alexandre de Streeck alertam que o direito norte-americano tem seu foco nos “abusos de exclusão”, punindo os acordos limitadores da concorrência (Seção 1 do Sherman Act), a monopolização e a tentativa de monopolização (Seção 2 do Sherman Act), e não nos “abusos de exploração”, praticados por quem já detém monopólio ou posição dominante.³¹

Já os tratados que instituem a União Europeia, embora não disponham de regras diretamente relacionadas ao *aumento arbitrário de lucros*, buscam disciplinar também os “abusos de exploração”, como se depreende do art. 102, antigo art. 82, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, segundo o qual a prática de preços “não equitativos” representa exploração abusiva de posição dominante, nos seguintes termos:

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

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

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

A aplicação do dispositivo do tratado europeu sempre se mostrou tormentosa para as autoridades europeias. Em algumas decisões, a Comissão Europeia condenou a prática, com base em conceitos gerais a respeito do que consistiria o “preço abusivo” ou “não equitativo”. No *leading case* sobre a matéria, o processo referente à *United Brands*, a Comissão Europeia entendeu que seria abusivo o preço que não guardasse uma “relação razoável com o valor econômico do produto fornecido”.³²

30. *Antitrust Law*. Revised Edition, Little, Brown and Company, 1996. vol. 3, p. 205-207.

31. *Excessive Pricing in Competition Law: Never Say Never?* p. 19 da encadernação *The Pros and Cons of High Prices*, publicada pela Autoridade de Concorrência da Suécia. Disponível em: [www.konkurrensverket.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/Pros&Cons/rap_pros_and_cons_high_prices.pdf].

32. “In this case charging a price which is excessive because it has no reasonable relation to the economic value of the product supplied would be such an abuse” (*United Brands Company v. Commission*). Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89300&pageIndex=0&doclang=en&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=2731698].

O mesmo conceito de preço excessivo em relação ao “valor econômico” dos serviços repetiu-se nos casos “General Motors”³³ e “British Leylands”.³⁴

Ocorre que o conceito geral relacionando o preço excessivo ao “valor econômico” dos bens ou serviços é de imprecisão ímpar. Faltam critérios mínimos para orientar o comportamento dos agentes econômicos, o que leva à ineficácia da regra.

Carlos Ragazzo faz detalhada análise sobre os diversos precedentes da União Europeia e conclui:

“Nenhum dos casos acima representa um precedente válido para uma hipótese de preços abusivos a demonstrar a eficácia da norma que preveja infração do gênero. General Motors e United Brands não foram mantidos no Judiciário, que efetivamente considerou ausentes critérios para demonstrar excessividade suficiente a gerar condenação. British Leylands, na verdade, importa em discriminação com o objetivo de evitar o fenômeno da importação paralela, objetivo esse a ser rechaçado por conta da proposta de um mercado comum integrado, que é sustentado por vários pilares, entre os quais a política de concorrência (exemplo não aplicável ao Brasil). NAPP, por envolver um caso de preço excessivo em mercado de inovação, possui inúmeras ressalvas. E, por fim, Mittal Steel apresenta limitações práticas, já que, ao não determinar o preço justo, não foi possível desenhar uma sanção ou calcular o dano em termos monetários ou ainda o patamar de redução de preços”.³⁵

Os efeitos negativos da limitação de preços (ou lucros), apontados pela doutrina norte-americana, e a ineficácia da regra limitadora, constatada na experiência europeia, parecem indicar a impropriedade em se considerar ilícita, em si mesma, a prática de preços “elevados” ou a obtenção de lucros “excessivos”.

5. A JURISPRUDÊNCIA DO CADE

Não se conhece decisão do Cade que tenha condenado uma parte *exclusivamente* com fundamento no antigo inc. III do art. 20 da Lei 8.884/1994. Nas vezes em que a parte foi condenada por “aumentar arbitrariamente os lucros”, o Cade também invocou os demais efeitos anticoncorrenciais estabelecidos nos incs. I, II ou IV do antigo art. 20 da Lei 8.884/1994.

Assim, por exemplo, no julgamento do Processo Administrativo n. 08000.16153/95-89, tendo como Representada a Empresa Folha da Manhã S.A., o

33. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89005&pageId=x=0&doclang=en&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=2734510].

34. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=93421&pageId=x=0&doclang=en&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=2733632].

35. A eficácia jurídica da norma de preço abusivo. *Revista de Concorrência e Regulação* 7/8. p. 202. 2012.

Plenário do Cade considerou demonstrado o “aumento arbitrário de lucros”, à vista de circunstâncias de fato que evidenciariam o “acordo com concorrente” e a existência de medidas para “impedir o acesso de novas empresas ao mercado”. Ou seja, a aplicação do inc. III da Lei 8.884/1994 foi feita conjugadamente com hipótese de aplicação dos incs. I e IV da mesma Lei.

Também no Processo 08012.004599/1999-18, relativo ao Cartel das Vitaminas, as representadas foram condenadas pelo inc. III do art. 20 da Lei 8.884/1994, juntamente com os demais incisos do mesmo artigo da Lei. Ainda que, nos diversos votos proferidos, não tenha havido uma discussão aprofundada sobre a aplicação específica do inc. III do art. 20, deles se depreende que a justificativa para a condenação viria da capacidade de as Representadas cobrarem preços superiores aos que vigorariam em um mercado competitivo, em razão da formação do cartel.

Discussões mais aprofundadas sobre o poder de o Cade, em face da legislação, atuar sobre os preços (ou, em consequência, sobre as margens de lucro) dos agentes econômicos se deram em processos que versavam sobre a aplicação da hipótese do art. 21, XXIV, da Lei 8.884/1994, que incluía dentre os exemplos de atos que poderiam vir a ser considerados ilícitos contra a ordem econômica a imposição de “preços excessivos” ou o aumento “sem justa causa” do preço de bens e serviços. O parágrafo único do art. 21 da Lei 8.884/1994 ainda elencava determinados critérios a serem observados na caracterização dos “preços excessivos”, como o exame dos custos dos insumos, a introdução ou não de melhorias de qualidade, a comparação com produtos e serviços similares, etc.

Foram muitos os casos sobre o tema, todos eles arquivados pelo Cade. Merecem especial destaque os votos proferidos nos Processos Administrativos 08012.000966/2000-01 e 08012.000973/2000-68 (rel. Conselheiro Luiz Carlos Prado); Averiguação Preliminar 08012.005181/2006-37 e Processo Administrativo 08012.000912/2000-73 (rel. Conselheiro Paulo Furquim) e Averiguações Preliminares 08012.000295/1998-92 e 08012.003648/1998-05 (rel. Conselheiro Carlos Ragazzo).

Todos os Conselheiros do Cade que se manifestaram em tais processos reconheceram a dificuldade de se definir tanto as hipóteses de aplicação da norma referente ao preço excessivo, quanto o modo de apuração dos supostos excessos. Não obstante, duas correntes fundamentais de entendimento sobre o assunto podem ser identificadas:

- Em alguns votos, considerou-se que a prática de preços excessivos *jamaiz* representaria um ilícito autônomo, dissociado de práticas restritivas da concorrência. O preço abusivo seria, sempre, reflexo de outra conduta ilícita. Não caberia ao Cade o papel de regular preços. No voto que proferiu na Averiguação Preliminar 08012.000295/1998-92, o Conselheiro Relator, Carlos Ragazzo, considerou que o art. 21, inc. XXIV da antiga Lei 8.884/1994 seria *parcialmente ineficaz* em vista da impossibilidade fática de se encontrar um critério capaz de definir a abusividade.

Esse entendimento foi compartilhado pelos Conselheiros César Mattos e Olavo Chinaglia;³⁶

- Outros votos consideraram que, ainda que excepcionalmente, a norma do art. 21, XXIV da Lei 8.884/1994 poderia ser aplicada diretamente pelo Cade, mesmo na ausência de outra prática restritiva. O art. 21, XXIV, da Lei 8.884/1994 não seria de todo ineficaz. Ainda que não caiba ao Cade o papel de regulador de preços, em certas circunstâncias ele teria competência para atuar diretamente sobre os preços abusivos. No julgamento da Averiguação Preliminar 08012.000295/1998-92, acima mencionada, a maioria dos Conselheiros não acompanhou, nesse particular, o Relator Carlos Ragazzo, concluindo pela *eficácia* da norma da Lei 8.884/1994 que apontava a prática de preços excessivos como uma das formas possíveis de caracterização de ilícito contra a ordem econômica (assim votaram os Conselheiros Vinicius Carvalho, Ricardo Ruiz, Fernando Furlan e Arthur Badin).

Não existe, portanto, uma sequência de decisões em uma mesma direção que permita se falar em uma jurisprudência do Cade a respeito da interpretação do conceito de “aumento arbitrário de lucros” para o fim da aplicação da legislação antitruste, ou mesmo quanto aos limites de sua competência para atuar diretamente sobre os preços ou margens de lucro. Os aspectos que merecem destaque, comuns à generalidade das decisões e dos votos proferidos pelos diversos Conselheiros do Cade, são os seguintes:

- Inexiste um critério geral e arbitrário capaz de definir um nível a partir do qual um preço será excessivo ou uma margem de lucros abusiva. Mesmo aqueles que entendem ser “autônoma” a infração representada pelo aumento excessivo dos preços (ou das margens de lucro) reconhecem a dificuldade de se estabelecer um conceito de valor “justo” para preço ou lucratividade, e a necessidade de se examinar as circunstâncias específicas de cada caso;

- A elevação das margens de lucro em decorrência de inovações, produtividade ou simplesmente do poder de mercado conquistado lícitamente não representa, em si mesma, um ilícito contra a ordem econômica. Como disse a Ex-Presidente do Cade Elisabeth Farina no voto que proferiu no Processo Administrativo 08012.007514/2000-79, “a firma pode ter obtido tal posição de mercado (único fornecedor de um produto) por meio de investimentos, inovações, diferenciação de seu produto. O preço cobrado acima de seus custos marginais (para se comparar

36. Referido processo mereceu importantes artigos doutrinários como CORDOVIL, Leonor; SAITO, Carolina. O controle de preços abusivos pelo SBDC: uma interessante discussão e jurisprudência. *Revista do IBRAC* 18, p. 339 e ss.; RAGAZZO, Carlos. Preço abusivo, eficácia jurídica e análise econômica: afinal, onde está a cabeça de bacalhau?. *Revista do IBRAC* 19, p. 21 e ss.; e MACHADO, Kenys Menezes. Uma análise da recomendação da jurisprudência do Cade ao uso de triagem em casos envolvendo preço abusivo. *Revista do IBRAC* 21, p. 37 e ss.

com a situação em que a firma opera em concorrência perfeita) representa a recompensa para o investimento bem sucedido. Impedir que a firma realize seus lucros de monopólio, nesse caso, teria o efeito de desestimular que o empresário assumia riscos intrínsecos a qualquer investimento, o que é um resultado indesejável sob qualquer perspectiva. Mais indesejável, ainda, tomando como parâmetros os objetivos de defesa da concorrência”;

- O Cade não é um órgão regulador de preços ou de margens de lucro.

6. Lei 12.529/2011

A Lei 12.529/2011 não mais inclui a cobrança de “preços excessivos” ou o aumento de preços “sem justa causa” dentre os exemplos de condutas que poderiam configurar ilícito contra a ordem econômica. Essa é uma das poucas diferenças entre o antigo art. 21 da Lei 8.884/1994 e o art. 36, § 3.º, da Lei 12.529/2011.

Carlos Maximiliano, em sua clássica obra sobre hermenêutica, demonstrou a impropriedade de se buscar “exumar o *pensamento* do legislador”, para, identificando suas intenções, interpretar a lei.³⁷ Mais importante do que se estabelecer o porquê da supressão da referência à prática do preço excessivo como possível exemplo de ilícito contra a concorrência é identificar as consequências objetivas dessa modificação na lei referente aos ilícitos contra a ordem econômica.

Tanto na lei anterior como na atual, a relação de condutas que caracterizam infração da ordem econômica não é exaustiva. Outras condutas, não relacionadas no art. 21 da Lei 8.884/1994 ou no art. 36, § 3.º, da Lei 12.529/2011, podem vir a ser consideradas ilícitas. Por outro lado, a simples prática das condutas descritas em tais dispositivos legais não implica, necessariamente, na ocorrência de infração contra a ordem econômica. Somente são ilícitas as condutas que “configurem hipótese prevista” no art. 20 da Lei 8.884/1994 ou no *caput* do art. 36 da Lei 12.529/2011. Ou seja, as condutas do art. 21 da Lei 8.884/1994 ou do art. 36, § 3.º, da Lei 12.529/2011 somente são ilícitas se tiverem por objeto ou forem capazes de produzir os efeitos de falsear, limitar ou prejudicar a livre concorrência; dominar mercado relevante; aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante.

Assim, a inclusão de uma conduta no rol das elencadas no antigo art. 21 da Lei 8.884/1994 e no novo art. 36, § 3.º, da Lei 12.529/2011 não significa que, necessariamente, o agente que a praticou cometeu ilícito. Mas, sob pena de se concluir que todo um dispositivo legal seria inútil, deve-se tirar alguma consequência da lista de condutas contidas na lei. A consequência imediata dessa lista é a *interpretação autêntica* pelo

37. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 18 e ss.

legislador – e, portanto, obrigatória e com força coativa³⁸ – de que aquelas condutas têm *potencialidade* para se enquadrar nas hipóteses de infração descritas na lei.

Se a lei inclui a “venda de mercadoria abaixo do preço de custo” dentre as hipóteses de condutas que “podem” caracterizar infração da ordem econômica, não pode o intérprete afirmar que tal conduta “jamais” poderia vir a ser considerada ilícita (salvo se fundado na inconstitucionalidade dessa norma). Do mesmo modo, quando a lei indicava que a prática de “preço excessivo” ou o “aumento sem justa causa de preços” poderiam representar infração da ordem econômica, estava a dizer que, em tese, tais condutas poderiam gerar os efeitos anticoncorrenciais previstos no art. 20 da Lei 8.884/1994.

Não poderia, portanto, o intérprete da Lei 8.884/1994, negar-se a reconhecer na prática de “preços excessivos” um potencial de ilicitude. À vista de um caso concreto, somente lhe seria possível deixar de reconhecer a ilicitude em vista de circunstâncias de fato – não se identificou o excesso, não se comprovou nenhum dos efeitos do art. 20 da Lei, etc. Poderia ainda o intérprete, como muito bem sustentado pelo Conselheiro Carlos Ragazzo no voto de que se falou anteriormente, defender a *ineficácia da regra*, em vista da falta de parâmetros para a sua aplicação, mas jamais a *inexistência da regra*. Afóra isso, restaria ao intérprete – inconformado com o comando legal – apenas questionar a constitucionalidade da *interpretação autêntica* contida na Lei.

A nova lei não faz mais essa interpretação autêntica, e isso tem consequências importantes para o entendimento do art. 36, § 3.º, da Lei 12.529/2011, em sua referência ao aumento arbitrário de lucros. O novo dispositivo legal pode ser examinado sem os grilhões da interpretação autêntica.

Como se viu, o dispositivo ora comentado somente teve sua aplicação cogitada (i) nos casos em que tal aumento arbitrário de lucros seria uma consequência de um ato colusivo – a formação de um cartel – ou de exclusão (por exemplo a criação de dificuldades para concorrentes); ou (ii) nos casos de “imposição de preços excessivos”, tal qual descrito no antigo inc. XXIV do art. 21 da Lei 8.884/1994. Essa segunda hipótese – objeto de tantos casos, e jamais aplicada em face da impossibilidade de se estabelecer o que seria um preço excessivo – não é mais objeto de interpretação autêntica do legislador.

Toda a interpretação deve recair, portanto, no *caput* do art. 36 e no seu inc. III. As observações feitas nestes comentários procuraram indicar que a interpretação à norma referente ao aumento arbitrário de lucros não pode ser dissociada dos princípios constitucionais da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência que a Lei 12.529/2011 busca tornar eficazes, ao atribuir ao Cade o papel de órgão máximo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

38. Idem, p. 87 e ss.

Foi visto que a liberdade de lucro é elemento essencial do sistema econômico fundado nos conceitos de Livre Iniciativa e de Livre Concorrência. A Constituição Federal de 1988 não caracteriza o aumento arbitrário de lucros como exemplo de abuso do poder econômico, mas sim como consequência almejada desse abuso.

De forma compatível com a Constituição, a Lei 12.529/2011 não aponta a ilicitude do aumento arbitrário de lucros em si mesmo, mas o inclui no art. 36 da Lei como um efeito possível de uma conduta violadora da ordem concorrencial. Ao escolher o adjetivo “arbitrário” (que depende exclusivamente do arbítrio de alguém, da vontade de alguém) e não “abusivo” ou “excessivo”, a lei deixa claro que não se volta contra a percepção de lucros a partir de determinado nível, mas sim contra os atos capazes de conferir a alguém o arbítrio sobre sua lucratividade.

Só o monopolista, de forma absoluta, e os agentes detentores de posição dominante, proporcionalmente a seu poder sobre o mercado, têm o arbítrio sobre seu lucro, ou seja, a capacidade de unilateralmente obter o maior lucro possível, considerada a demanda. A lei, no entanto, não pune a existência do monopólio ou da posição dominante. A lei também não pune os lucros auferidos pelo monopolista ou pelo agente dominante do mercado, nem estabelece limites para esses lucros. A lei pune a *conquista*, a *manutenção* e a *expansão* desse poder de mercado através de métodos *incompatíveis com a livre concorrência*. Os lucros arbitrários são o *efeito possível do ato anticoncorrencial*.

Outra interpretação, além de ineficaz (da mesma forma como não há critério para se definir um “preço justo”, é impossível estabelecer um limite específico a partir do qual o lucro seria “arbitrário”) e inexigível (não se pode cobrar do agente econômico um determinado comportamento se não há parâmetros capazes de traçar a linha entre o lícito e o ilícito), seria incompatível com a Constituição.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo destes comentários, muito se falou dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, essenciais à interpretação dos dispositivos da Lei 12.529/2011. Como se sabe, esses não são os únicos princípios da ordem econômica, merecendo especial destaque, para este tema, o da “defesa do consumidor”.

Paula Forgioni sustenta que a “repressão aos lucros arbitrários ou aos preços excessivos correlatos ao abuso do poder econômico” teria em vista a “proteção da população, dos consumidores”, e cita comentário de Nelson de Azevedo Branco e Celso de Albuquerque Barreto a propósito da Lei 4.137/1962 segundo o qual a legislação antitruste brasileira não teria “como único objetivo restabelecer o livre mecanismo de preços e concorrência”, mas também “proteger o consumidor contra a sede de lucros excessivos por parte de empresas ou associações de produ-

tos que pretendam aumentar, arbitrariamente, seus ganhos em função de posições monopolísticas”.³⁹

Esse entendimento não parece o mais acertado, e não apenas porque a lei atual, diferentemente do que ocorria na Lei 4.137/1962, não mais inclui a “elevação sem justa causa de preços” como forma de abuso do poder econômico.

O Código de Defesa do Consumidor (que “dispõe sobre a proteção do consumidor”) e a Lei 12.529/2011 (que “estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica”) tratam do fenômeno econômico sob perspectivas diferentes. Diferentes mas não incompatíveis, é certo. A Constituição é uma só, e os princípios devem, sempre, ser compatibilizados.

Ao interpretar-se o Código de Defesa do Consumidor, não podem ser esquecidos os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. E, obviamente, a proteção da concorrência jamais é incompatível com a defesa dos consumidores. Muito ao contrário, como diz Herbert Hovenkamp, há um consenso, hoje em dia, de que a missão fundamental do direito antitruste é “proteger o direito dos consumidores a preços baixos, inovação e diversidade que a competição promete”.⁴⁰ Ou, como diz Luís Roberto Barroso, o princípio constitucional da livre concorrência “contém a crença de que a competição entre os agentes econômicos de um lado, e a liberdade de escolha dos consumidores, de outro, produzirão os melhores resultados sociais: qualidade dos bens e serviços e preço justo”.⁴¹

Ocorre que a forma pela qual a lei de defesa da concorrência busca alcançar seus objetivos – e conseqüentemente busca defender os direitos dos consumidores – não é controlando preços, “exigindo” inovação ou impondo “diversidade”. Seu papel é exercido impedindo a prática de atos incompatíveis com os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, tornando ilícitos os atos anticoncorrenciais, exigindo-se o controle de alguns atos capazes de afetar a estrutura dos mercados.

O papel da Lei 12.529/2011 não é o de autorizar um controle de preços ou margens de lucro. Não é essa a função do Cade. Não é essa a interpretação que decorre do art. 36, § 3.º, da Lei 12.529/2011.

Mesmo que a Lei 12.529/2011 atuasse sobre o fenômeno econômico sob a perspectiva exclusiva da proteção dos consumidores (e, portanto, até mesmo o Código de Defesa do Consumidor), não seria possível buscar a preservação dos interesses dos consumidores através de controles de preços ou de fixação de limites máximos

39. *Os fundamentos do antitruste*. 3. ed., p. 280.

40. *The Antitrust Enterprise*. Harvard University Press, 2005, p. 1.

41. BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites da atuação estatal no controle de preços. *Revista de Direito Administrativo* 227, p. 195.

para a percepção de lucros. Tais regimes de controle de preços e margens de lucro, além de ineficazes, como a história do Brasil já demonstrou à sociedade, não são compatíveis com a ordem constitucional, que deve ser vista como um todo harmônico e integrado.

Isso não significa que o Estado não tenha, em outras hipóteses, um papel sobre os preços praticados na economia. Alguns serviços e atividades são objeto de regulação específica; o Estado, como Poder concedente, tem papel na fixação de tarifas. Também há quem cogite a interferência do Estado sobre os preços em situação de absoluta anormalidade.⁴² Tais temas – sem dúvida de enorme relevância – não são objeto destes comentários.

A Lei 12.529/2012, no entanto, não só por ser destinada a dar concretude aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, mas porque sua redação assim o indica, não limita em si mesmo o poder de o monopolista ou de o agente com posição dominante fixar seus preços livremente e auferir os lucros correspondentes. Não é ilícito o agente econômico fixar o preço de seus produtos ou serviços segundo seu próprio arbítrio. Não é ilícito o agente econômico procurar a maximização de seus lucros. Não caberia ao Cade punir um agente econômico com base, exclusivamente, na sua taxa de lucratividade. O que é ilícito é praticar conduta anticoncorrencial, capaz de dar ao agente infrator o poder de aumentar arbitrariamente seus lucros.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A Lei Antitruste em face do abuso do poder econômico – Parecer, de Oscar Dias Corrêa – *RTrib* 17/163, *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos* 2/1281 (DTR\1996\474);
- A vedação do aumento arbitrário do lucro, de Márcio Mello Casado – *RT* 750/95 (DTR\1998\209);
- Formas de abuso de poder econômico, de José Alexandre Tavares Guerreiro, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 2/175 (DTR\2012\675); e
- Preço abusivo e cabeça de bacalhau, de Ruy Santacruz – *RIBRAC* 5/17 (DTR\2011\4891).

42. Idem, p. 212.