Separando o joio do trigo: abusividade e conduta legítima

O exercício de estratégias unilaterais desafia sistematicamente a política antitruste. Uma vez que o objetivo da defesa da concorrência é a proteção do processo competitivo, confundir uma disputa concorrencial saudável e efetiva com condutas anticompetitivas, punindo seus protagonistas, pode produzir o arrefecimento da inovação e da rivalidade, prejudicando a competição do mercado e contrariando o próprio propósito da autoridade, que é estimular a concorrência. Trata-se de um verdadeiro tiro no pé.

Discussões acerca de preços abusivos, aumento excessivo de preços ou obtenção de lucros extraordinários fazem parte de análises de estratégias anticompetitivas, em geral incluídas dentre as condutas ilícitas. Na atual conjuntura de pandemia da Covid-19, o tema tem ganhado maior visibilidade diante do crescente número de propostas legislativas e regulatórias de caráter intervencionista, que visam a algum tipo de regulação de controle de preços ou intervenção em mercados durante o período de calamidade pública.

O Brasil possui um histórico abundante de intervenções de mercado que se mostraram desastrosas no combate à inflação, criando distorções sem, contudo, obter êxito contra o processo inflacionário. Algumas dessas intervenções ficaram famosas, ensejando atitudes tão inusitadas quanto “caçar o boi no pasto” em 1986, durante o Plano Cruzado, para enfrentar o desabastecimento. O congelamento de preços foi o instrumento mais popular nesses 15 anos de planos de estabilização econômica, mas nunca mostrou-se bem sucedido.

Em períodos de estabilidade monetária, entretanto, aumentos inesperados de preço têm despertado o impulso de controle de preços ou mesmo de quantidade pelas autoridades, que associam tal movimento a um suposto abuso e ganância dos empresários.

No contexto da Covid-19, a tentação do controle das condições de oferta é ainda mais grave pois, em situação de calamidade, esperar pelos ajustes naturais de mercado pode não ser uma opção efetiva frente a perdas de vida e oportunidades. Sem dúvida, o impulso de intervenção no mercado pelos responsáveis pela política econômica desencadeou preocupações das autoridades de concorrência, que tendem a não se engajar em controles de preço em razão das graves consequências negativas para o mercado, tais como o aumento do risco de desabastecimento ou falências, discriminações mercadológicas indevidas, bem como ineficiências sistêmicas no curto prazo.

É relevante lembrar que as empresas são heterogêneas e apresentam estruturas de custo distintas. Limitar suas capacidades de tomar decisões a respeito de seus preços, ainda mais em períodos de flutuações de demanda, de oferta e de custo, gera ineficiências no mercado e efeitos perversos de longo prazo.

O aumento de custos de insumos, quando atrelado a preços congelados, pode levar à redução da produção. Se o preço estabelecido estiver abaixo daquele em equilíbrio ou não acompanhar o aumento do custo, haverá incentivo inadequado ao consumo, o que pode gerar excesso de demanda e, consequentemente, desabastecimento.

Um importante exemplo de intervenção mal sucedida no mercado e que desencadeou o desabastecimento do produto refere-se ao controle da fabricação de álcool em gel em 2020, que, por

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

força da lei, só podia ser fabricado por um grupo específico de indústrias: os fabricantes de cosméticos. Com o avanço da pandemia de Covid-19, porém, a oferta do produto se mostrou insuficiente para suprir o expressivo aumento de demanda. O desabastecimento decorreu, em especial, do controle da atividade produtiva, que desestimulava sua produção. O Projeto de Lei 747/2020 alterou a regulação, permitindo que a produção de álcool em gel fosse desburocratizada. Como consequência, a oferta e a demanda voltaram ao equilíbrio e o preço foi normalizado.

No âmbito das autoridades de defesa da concorrência, existe convergência ampla sobre os procedimentos e as premissas a serem seguidas para identificação e distinção entre o que é abuso e o que é ajustamento natural de mercado.

O aumento de preços, ainda que aparentemente excessivo ou abusivo, só pode ser considerado como exploração de posição dominante ou de poder de mercado se for atribuído a condutas anticompetitivas que visem a eliminar concorrentes e a concorrência. O reconhecimento e a punição dessas condutas ilícitas potencialmente danosas à livre concorrência, porém, enfrentam obstáculos e divergências entre as diferentes jurisdições e os distintos órgãos responsáveis pela aplicação da lei antitruste. Essas dificuldades podem ser explicadas pela alta complexidade em se fazer a diferenciação entre os conceitos de *"concorrência legítima"* (*competition on the merits*) — referente às estratégias concorrenciais unilaterais lícitas e desejáveis em um mercado competitivo, uma vez que elas estimulam a concorrência entre os agentes e, consequentemente, o aumento do bem-estar social — e *"conduta excludente e exploratória"* — que constitui uma prática anticompetitiva, com potenciais efeitos danosos à concorrência.

A linha que separa esses dois conceitos é tênue e deve seguir critérios claros e bem definidos. Por isso, é essencial a realização de uma análise procedimental adequada para a detecção de abuso do poder dominante, com foco nos potenciais impactos econômicos que a conduta investigada tem sobre consumidores e concorrência do mercado. Se o preço de mercado decorre de posição dominante conquistada por meio da eficiência, não haveria o que punir e interferir no livre jogo competitivo.

Assim, a atuação da autoridade antitruste no combate aos preços abusivos e/ou excessivos deve ocorrer de forma a propiciar as condições necessárias ao funcionamento do mercado, corrigindo suas eventuais falhas, mas sem substituir os mecanismos de mercado ou interferir no papel do agente privado no processo de tomada de decisões, dentre as quais destaca-se a formação de preços. Ou seja, sua atuação deve se dar sobre o processo competitivo, garantindo uma disputa lícita por fatias de mercado e de maneira que o eventual poder de mercado dela resultante seja legítimo.

Portanto, como a atual epidemia afeta de modo bem distinto os diferentes setores, medidas genéricas não são eficientes e ameaçam o bom funcionamento da economia. A atividade interventiva do Estado não deve, assim, ser justificada por eventuais oportunismos, os quais devem ser identificados e tratados pontualmente.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Para isso, é necessária uma análise concorrencial que identifique existência de potencial ou efetivo danos aos concorrentes no mercado em decorrência da conduta investigada, além de avaliar se há justificativas para a tal suposta abusividade pautada em análises detidas acerca das condições estruturais do mercado, quanto à existência de posição dominante, e possíveis justificativas econômicas de uma suposta conduta anticoncorrencial, a fim de comprovar ou não sua abusividade.

Sem essa análise cuidadosa sobre a natureza da conduta, as condições concorrenciais do mercado e os seus efeitos, intervenções no mercado para o combate de uma suposta abusividade podem causar problemas econômicos negativos no médio e no longo prazo, tais como falência de empresas, desabastecimentos, menor rivalidade etc. Apoiada nos conceitos de razoabilidade e proporcionalidade, ela se faz necessária, portanto, não apenas do lado econômico, mas também do lado jurídico da questão.

Referências:

WILLIANS, Mark. Excessive Pricing “The pros and cons of high prices”, 2007 Konkurrensverket. Swedish Competition Authority.

LYONS, Bruce. The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse. “The pros and cons of high prices”, 2007.

Competition Policy In Times Of Crisis: Supplement to Competition Policy in Eastern Europe and Central Asia. OECD-GVH Regional Centre for Competition in Budapest (Hungary), July 2020.

CADE, 2016. Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE. Disponível em: < http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em 07/12/2020.

JENNY, Frederic. Webinar Series #4 Antitrust: Price Fixing, Excessive Prices, Crisis Cartel, April 2020.

Date Created
07/12/2020

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.