A questão dos preços abusivos como conduta anticompetitiva

Já há algum tempo que o ilícito de preço excessivo ou preço abusivo voltou a chamar a atenção da comunidade antitruste, e um novo precedente (um acordo) recém firmado pela Comissão Europeia joga novas luzes sobre a discussão, sempre controversa.

Muito do que hoje se debate sobre preços excessivos se deve à crise sanitária e financeira desencadeada pela pandemia da Covid-19. Em artigo para o Conjur, de novembro de 2020, o Professor da Faculdade de Direito da USP e ex-conselheiro do Cade Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer resumiu bem como a pandemia colocou o tema do preço excessivo no centro da agenda antitruste mundial no último ano, incluindo a autoridade brasileira, o Cade.[1]

De fato, a pandemia provocou um aumento exponencial e inesperado da demanda por produtos de saúde, empregados para o tratamento e prevenção da doença, paralelamente a problemas de restrição de oferta e aumentos de custos que foram seriamente agravados pela pandemia. Uma espécie de tempestade perfeita para aumentos de preços, que por sua vez colocou grande pressão sobre autoridades públicas no sentido de buscarem controlar e fiscalizar os aumentos.

Mas como bem relatou o Professor Pfeiffer, a distinção entre aumentos de preço que refletem oscilações naturais no mercado (mesmo que motivadas por eventos abruptos e imprevisíveis), daqueles aumentos que decorrem de comportamentos anticompetitivos – como cartéis e práticas exclusionárias – é muito importante, embora não seja sempre trivial.

A verdade é que ainda não existe uma metodologia ou parâmetro claro, seja na literatura e prática antitruste, seja na doutrina econômica, para determinar o que seria um preço “abusivo”. Menos ainda em uma situação na qual os aumentos de preço não sejam comprovadamente derivados de uma conduta anticompetitiva prévia. Na verdade, em tese, em economias de livre mercado, variações de preços derivadas de oscilações de custos, oferta ou demanda, são esperados e naturais. Se cinco pessoas desejam comprar um limão, e só há quatro limões disponíveis, o mecanismo econômico para dirimir esse

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

problema de escassez é um aumento do preço. É nessa linha que diversas autoridades de defesa da concorrência já cotejaram a impossibilidade de se tratar meros aumentos de preço como ilícitos antitruste autônomos.

Também não há nenhum parâmetro legal ou técnico que arbitre o que é uma margem de lucro alta demais. Em tese, o demandante quer pagar o mínimo possível, e o ofertante cobrar o máximo possível. Em situações normais, custos, oferta, demanda e elasticidade (o quanto o demandante e o ofertante estão dispostos a tolerar de aumentos ou diminuições de preços) determinarão esse equilíbrio. Não existe nenhuma regra formal ou moral que diga que uma margem maior que 20%, 50% ou 100% seja abusiva.

Não por outro motivo, casos que envolvem alegações de preços excessivos são de difícil sustentação, dada a dificuldade de se determinar os parâmetros que qualificam um preço "justo". Como autoridades de defesa da concorrência não são reguladoras de preço, é um debate que normalmente se evita, na medida em que há certo consenso de que não é papel da autoridade antitruste intervir sobre a determinação dos preços no mercado.

Mais ainda, obrigar um ofertante a cobrar menos do que os demandantes estão dispostos a pagar – por exemplo estabelecendo um teto mal calculado ou penalizando um dado preço – pode ter consequências ruins. Primeiro, pode-se simplesmente estar substituindo o critério preço por outro – ou seja, num cenário de escassez de oferta e excesso de demanda, ficará com o produto não aquele consumidor que está disposto a pagar mais, mas sim aquele que chegar primeiro. Difícil dizer que esse seja um critério mais justo, mas ele de qualquer forma é um critério que pode gerar uma consequência indesejável: desencorajar que os produtores efetivem aumentos de oferta, que por sua vez são a solução ideal para atender o excesso de demanda e fazer caírem os preços novamente.

Tudo isso, portanto, sempre fez com que a discussão e o apenamento de condutas de preços dito "abusivos", como conduta autônoma e não relacionada a condutas anticompetitivas, fosse algo difícil e potencialmente perigoso. Primeiro, pela impossibilidade de definir parâmetros, e segundo, porque as tentativas de parametrização podem ter resultados piores.

Dito isso, um caso recente avaliado pela Comissão Europeia trouxe importantes sinalizações sobre o enquadramento da prática na Europa, e pode trazer *insights* relevantes para o Brasil e outras partes do mundo (para o bem ou para o mal).

O caso, vale destacar, resulta de uma investigação anterior e desconectada da pandemia, embora esteja relacionado com o mercado de saúde. Isso é importante porque, ao contrário das discussões desencadeadas pelos aumentos exponenciais de demanda e dificuldades de expansão de oferta a curto prazo que foram provocados pela pandemia, o caso que discutiremos abaixo não envolvia choques abruptos de equilíbrio entre procura e oferta de um produto.[2] As duas situações, portanto, possivelmente devem ser vistas sob óticas distintas, em algum grau.

O caso Aspen

Em maio de 2017, a Comissão Europeia abriu uma investigação contra a farmacêutica Aspen Pharma[3], para apurar alegações de que ela estaria abusando de sua posição dominante ao cobrar preços excessivos para determinados medicamentos essenciais ao tratamento de câncer. Segundo apurado à época, a Aspen

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

teria adquirido de uma concorrente os direitos de produção e comercialização de medicamentos cuja patente já havia expirado, e estaria colocando-os no mercado sob preços muito mais altos do que o que era historicamente cobrado – quase 300% em média, e chegando a 1500% em alguns países. A Aspen teria, ainda, ameaçado retirar esses produtos dos mercados de alguns países europeus.

Em julho de 2020, a Aspen apresentou à Comissão Europeia proposta de acordo, segundo a qual, entre outras disposições, se comprometeu a reduzir os preços para seis medicamentos em cerca de 73%.

De um lado, o acordo pode ser considerado uma vitória para a Comissão Europeia. De outro, fato é que uma decisão condenatória poderia ter gerado contraditório e discussões capazes de trazer mais clareza sobre os parâmetros de caracterização do ilícito anticompetitivo de cobrança de preços abusivos. Ainda assim, o caso Aspen traz algumas possíveis orientações interessantes sobre a metodologia de análise de preços excessivos.

Em primeiro lugar, vale destacar a metodologia que foi inicialmente testada pela Comissão Europeia. Uma das formas aventadas pela autoridade para avaliar os preços praticados pela Aspen foi quantificar o aumento dos preços, comparando cenários anteriores e posteriores ao pico de preço. No entanto, a Comissão indicou que esta metodologia não era confiável o bastante, na medida em que não se podia afirmar com certeza que os preços pré-aumento eram razoáveis, ou se estavam artificialmente baixos, por exemplo.

Outras metodologias afastadas pela Comissão foram a comparação dos preços praticados em diferentes países membros da União Europeia para os mesmos medicamentos, e a comparação com o preço praticado para outros tratamentos de câncer. Tais métodos foram também considerados insuficientes para avaliar a hipotética abusividade dos preços da farmacêutica. Se entendeu que a oferta de medicamentos varia muito entre mercados. Essa indicação, de certa forma, foi contra decisões passadas tomadas pela Comissão e pela Corte Europeia de Justiça, que consideravam um *benchmarking* de preços entre países ou entre produtos semelhantes como um método adequado[4] – o que por si só já demonstra o nível da controvérsia. De fato, mercados diferentes podem ser muito pouco comparáveis, na prática. Essa parece, então, uma orientação relevante do caso.

Superadas essas discussões iniciais, o principal ponto considerado pela Comissão para indicar que os preços cobrados pela Aspen seriam excessivos foi a alegada desproporcionalidade entre a estrutura de custos e os preços cobrados para os medicamentos específicos pela própria empresa. A investigação da Comissão indicou que a Aspen estaria registrando lucros cada vez maiores com a venda desses produtos, os quais seriam, segundo a autoridade, desproporcionais ao baixo aumento de custos identificado. Os lucros seriam desproporcionais também àqueles registrados por outras empresas atuando no mesmo mercado. Aqui parece positivo ressaltar que a autoridade levou em consideração, na sua análise, os custos suportados pelo agente, o que — acredite-se ou não — nem sempre é feito em algumas avaliações descuidadas de autoridades mundo afora. Dito isso, permanece a polêmica de se julgar os lucros de um agente privado se posicionando conforme permite o mercado.

Para a Comissão, não haveria justificativa que sustentasse a cobrança de preços naqueles patamares de lucro. A Comissão identificou não haver alterações nos modelos de distribuição ou melhorias drásticas no desenvolvimento dos medicamentos que justificasse os aumentos de preços. Além disso,

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

considerando que a patente para estes produtos já havia expirado, não haveria, no entender da autoridade, racionalidade de aumento de preço relacionada à recuperação dos investimentos iniciais de P&D.

Mais uma vez, a autoridade não indicou formalmente o que consideraria um percentual razoável (e lícito) para aumentos de preço, ou para margens de lucro. Ao que foi divulgado, no entanto, com a redução assumida pela empresa, a Comissão teria permitido que houvesse uma margem de lucro da ordem de 8%, o que estaria próximo do que foi considerado razoável pela autoridade em outros casos. Para analistas acostumados a operar em economias de livre mercado, provavelmente não deixa de soar controverso que uma autoridade pública, fora de um contexto de mercado com preços regulados, arbitre um percentual de lucro aceitável. E por que 8%, exatamente?

Não há dúvida que o caso avança nos debates em relação à metodologia de análise de alegações de preço excessivo. Ele parece ser especialmente importante na medida em que descarta alguns parâmetros comumente trazidos à tona, como a comparação de preços entre mercados ou produtos similares, mera verificação de preços passados, ou análises que desconsideram variações de custos.

No entanto, ela não deixa de padecer do recorrente problema com investigação de preços excessivos: no fim das contas, a avaliação feita no caso é um julgamento sobre a lucratividade da empresa. E fato é que – para economias de mercado, baseadas centralmente na livre formação de preços de acordo com oferta e demanda, e na qual o equilíbrio atingido é a principal sinalização para incentivar os agentes de mercado a aumentarem oferta, investirem mais, inovarem, e assim por diante –, é estranho um agente estatal decretar que determinado percentual de lucro é ilícito. Mais ainda fora de mercados regulados em razão de falhas de mercado reconhecidas, e mais ainda sob a batuta de uma autoridade de defesa da concorrência.

O caso Aspen pode, então, servir como sinalização importante do avanço do debate sobre preços excessivos. No entanto, o movimento não significa que o problema foi resolvido. Pelo contrário, novas questões foram lançadas e, talvez de forma mais evidente, velhas questões não foram respondidas.

1 Disponível em https://www.conjur.com.br/2020-nov-16/defesa-concorrencia-direito-concorrencia-pandemia-precos-abusivos.

2 É importante notar, ainda, uma singularidade da legislação europeia, que explicitamente prevê que a imposição do que chama de “unfair prices” como uma conduta de abuso de posição dominante, afastando, ao menos em tese, a discussão (existente, por exemplo, na jurisprudência brasileira) a respeito do enquadramento de preços abusivos como conduta anticompetitiva autônoma.

3 Case No. AT.40394.

4 Ver “Aspen: Quick Fix But Missed Opportunity”, disponível em http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/10/23/aspen-quick-fix-but-missed-opportunity/ para uma breve revisão dos principais casos envolvendo alegações de preço abusivo decididos na Europa.

Date Created
05/03/2021

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