

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Nova Série - Ano XXXV • n. 103 • julho-setembro de 1996

Fundadores

1.ª Fase: WALDEMAR FERREIRA

Fase Atual: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)
PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

Supervisor Geral: PROF. WALDÍRIO BULGARELLI

Comitê de Redação: MAURO RODRIGUES PENTEADO, HAROLDO D. VERÇOSA,
JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, ANTONIO MARTIN

4.30,00

D

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Nova Série - Ano XXXV • n. 103 • julho-setembro de 1996

© Edição e distribuição

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

LIVRARIA TRIBUTARIA
Rua Cel. Xavier de Toledo, 210
7o. Andar - Conj. 74 - CEP 01048-000
Fone/Fax: 214-3716

3120.3761
Diretor de Produção: ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Gerente de Marketing: MELISSA CHBANE

Gerente de Administração de Vendas: KUNJI TANAKA

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433

*Diagramação eletrônica: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA. - Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 1
Caixa Postal 678 - Tel. (011) 3115-2433 - Fax (011) 606-3772 - CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil.
Impressão: EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 - CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.*

Impresso no Brasil

SUMÁRIO

HOMENAGEM <i>POST MORTEM</i> – PHILOMENO J. DA COSTA – CARLOS CELSO ORCESI DA COSTA	3
--	---

DOCTRINA

A revitalização da arbitragem no Brasil sob um enfoque realista e um espírito diferente – MARISTELLA BASSO	15
Análise do regime jurídico do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA	25
→ Desenvolvimento da teoria da empresa – Fim da distinção entre sociedades civis e comerciais – JORGE RUBEM FOLENA DE OLIVEIRA	33
C direito do acionista de participação nos lucros sociais – PEDRO A. BATISTA MARTINS	40
Aumentos arbitrários de lucros como abusos do poder econômico – Interpretação da Constituição e sugestão de alteração – MAURO GRINBERG	51

ATUALIDADES

Nota sobre a independência dos Bancos Centrais – ANTÓNIO JOSÉ AVELÁS NUNES	59
Dos conceitos de financiamento e pré-financiamento – ARNOLDO WALD	74

MERCOSUL

Circulação de capitais em perspectiva brasileira – Entrada e saída de divisas e moeda nacional – PAULO BORBA CASELLA	79
--	----

TEXTOS CLÁSSICOS

→ Origem do Direito Comercial (Capítulo 1.º do <i>Corso di Diritto Commerciale – Introduzione e Teoria dell' Impresa</i> , 3.ª ed., Milão, A. Giuffrè, 1962, de Tullio Ascarelli), tradução e notas de Fábio Konder Comparato	87
---	----

JURISPRUDÊNCIA

Responsabilidade civil do Estado – Banco Central do Brasil – Falta de cumprimento do serviço de fiscalização em instituição financeira – Inocorrência da responsabilidade – Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa	101
---	-----

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO	111
-----------------------------------	-----

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ANTÔNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

Professor catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra.

ARNOLDO WALD

Advogado em São Paulo e Paris; Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ; Presidente do grupo brasileiro da Associação Henri Capitant; Ex-presidente da Comissão de Valores Mobiliários – CVM – Ex-membro do Conselho Monetário Nacional.

CARLOS CELSO ORCESI DA COSTA

Advogado em São Paulo; Doutor em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

FÁBIO KONDER COMPARATO

Doutor pela Universidade de Paris; Prof. Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Professor Doutor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

JORGE RUBEM FOLENA DE OLIVEIRA

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado no Rio de Janeiro.

JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA

Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo.

MARISTELLA BASSO

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Professora de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MAURO GRINBERG

Advogado; Ex-conselheiro do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

PAULO BORBA CASELLA

Doutor e Livre Docente de Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Mestre em Direito do Comércio Internacional (Paris X); Professor Associado de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Sócio de Amaral Gurgel Advogados.

PEDRO A. BATISTA MARTINS

Professor de Direito Comercial nas Faculdades Cândido Mendes e da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

DOCTRINA

AUMENTOS ARBITRÁRIOS DE LUCROS COMO ABUSOS DO PODER ECONÔMICO – INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E SUGESTÃO DE ALTERAÇÃO

MAURO GRINBERG

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Evolução Constitucional – 3. Evolução Legislativa (infraconstitucional) – 4. Impossibilidade de subsídios do Direito Estrangeiro – 5. Concorrência como bem protegido – 6. Lucros arbitrários – 7. Lucros arbitrários e abuso do poder econômico – 8. Conclusões e propostas.

1. Introdução

1. O objetivo do presente estudo é o exame dos aumentos arbitrários de lucros como abusos do poder econômico, tais como colocados na Constituição Federal, no capítulo da Ordem Econômica e Financeira, interpretando o texto como posto e sugerindo alteração.

2. O objetivo acima colocado é igualmente o limite do presente estudo, uma vez que o objetivo aqui traçado é tão-somente o exame dos aumentos arbitrários de lucros, deixando-se de lado toda a imensa gama de temas que o estudo dos abusos do poder econômico e sua repressão podem suscitar.

2. Evolução Constitucional

3. O que se quer aqui é verificar o tratamento constitucional da matéria ao longo do tempo, entendida a evolução como evolução temporal.

4. A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 tratou, dentro do Títu-

lo V – “Da Ordem Econômica e Social” –, da liberdade de iniciativa e da repressão ao abuso do poder econômico.

5. Dizia o respectivo art. 145: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”.

6. Dizia, por sua vez, o respectivo art. 148: “A lei reprimirá 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”.

7. A Constituição do Brasil de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 1, de 1969, tratou do assunto no Título III – “Da Ordem Econômica e Social”.

8. Dizia o respectivo art. 160: “A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a

justiça social, com base nos seguintes princípios:

I – liberdade de iniciativa;

(...)

V – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros; (...).”

9. Já a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 – doravante denominada simplesmente Constituição Federal –, trata dos mesmos temas no Capítulo I – “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica” – do Título VII – “Da Ordem Econômica e Financeira”.

10. Diz o respectivo art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV – livre concorrência;

(...).”

11. Diz, por sua vez, o § 4.º do art. 173: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

12. Da verificação da evolução constitucional acima referida, é possível constatar que a livre iniciativa e a livre concorrência são constantes, da mesma forma que é constante a repressão ao abuso do poder econômico; trata-se de princípios complementares, uma vez que o abuso do poder econômico coloca-se em antagonismo relativamente à livre iniciativa e à livre concorrência.

13. Está aqui sendo deixada de lado a discussão a respeito da colocação dos

textos em artigos, incisos ou parágrafos; essa discussão chegou a ser iniciada, sem ter sido levada adiante de maneira conclusiva, quando da colocação da repressão do abuso do poder econômico, na Constituição Federal de 1988, em parágrafo e não em artigo, como faziam as Constituições anteriores.

14. De qualquer forma, apenas para deixar o texto completo, cumpre esclarecer o que diz o art. 173, *caput*: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

15. É válida a observação de que o § 4.º não está bem colocado no art. 173; melhor seria que o mesmo parágrafo estivesse colocado no art. 170, acima transcrito ou no 174 (e melhor ainda seria que tivesse sido colocado na Constituição Federal como artigo).

16. Diz o art. 174: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

17. De qualquer forma, é importante salientar a permanência dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, aos quais é acrescentado o corolário necessário (porque em sua defesa) da repressão ao abuso do poder econômico.

3. Evolução Legislativa (infraconstitucional)

18. A primeira lei importante em matéria de repressão ao abuso do poder

econômico foi a Lei 4.137, de 1962, cujo art. 2.º dizia: “Consideram-se formas de abuso do poder econômico:

I – dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de:

(...)

II – 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:

(...)”.

19. A segunda lei importante em matéria de repressão ao abuso do poder econômico – que preferiu a expressão “defesa da concorrência” em vez de “repressão ao abuso do poder econômico”, apesar dos textos constitucionais fazerem referência sempre à repressão ao abuso do poder econômico, preferindo-se aqui sempre os textos constitucionais – foi a Lei 8.158, de 1991.

20. Dizia o respectivo art. 3.º: “Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados (...)”.

21. A lei em vigor é a Lei 8.884, de 1994, cujo art. 20 diz: “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros;

IV – exercer de forma abusiva posição dominante”.

22. O respectivo art. 21, que se apresenta expressamente como meramente exemplificativo, traz em um dos incisos a descrição de uma conduta que pode implicar na aplicação do inc. III do art. 20 (as demais condutas ali apresentadas como exemplos são referentes aos demais incisos do art. 20).

23. Diz o referido art. 21: “As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

(...)

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

4. Impossibilidade de subsídios do Direito Estrangeiro

24. A colocação dos aumentos arbitrários de lucros na matéria relativa à repressão ao abuso do poder econômico é invenção tipicamente brasileira, não encontrando parâmetro no direito estrangeiro, sobretudo dos Estados Unidos e da União Européia.

25. Diz Benjamin Shieber sobre o tema: “Na interpretação deste dispositivo não podemos valer-nos do direito antitruste norte-americano ou europeu. Estes sistemas de direito antitruste confiam só na concorrência e na supressão dos monopólios para conseguir uma baixa dos preços dos produtos” (*Abusos do Poder Econômico*, RT, São Paulo, 1966, p. 189).

26. O mesmo Benjamin Shieber ensaia uma explicação: “Como a Lei Antitruste brasileira não proíbe os monopólios como ilícitos por si só, e como o legislador brasileiro reconheceu que existem alguns tipos de monopólio, v.g., o natural, que não é possível reprimir, a lei brasileira tenta enfrentar diretamente o aumento arbitrário de lucros pela elevação injustificável dos preços nos casos de monopólios” (op. e p. cit.).

27. Com efeito, para entender a explicação do autor acima referido, cumpre verificar o texto da Seção 2 do Sherman ACT, dos Estados Unidos, de 1890:

“Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof shall be punished (...)”.

28. Vê-se, assim, que a legislação norte-americana não precisou eleger o aumento arbitrário de lucros, em caso de monopólio, como abuso do poder econômico — como veio a fazer a Lei 4.137, de 1962 —, uma vez que lá o monopólio é punível simplesmente por ser monopólio.

29. A mesma explicação perde o sentido quando se faz a comparação com o direito europeu, uma vez que o Tratado de Roma, que instituiu a Comunidade Européia, não apresenta proibição explícita de monopólios.

30. De qualquer sorte, a evolução do direito brasileiro, após a edição do livro do mencionado autor, afastou a repressão ao abuso do poder econômico, em caso de aumento arbitrário de lucros, da hipótese isolada de situação monopolis-

tica, tornando-se — pelo menos aparentemente — mais abrangente.

5. Concorrência como bem protegido

31. No exame da legislação de repressão ao abuso do poder econômico, é preciso que se lembre que o bem jurídico protegido é a concorrência (e, por extensão, a economia como um todo, nunca direitos subjetivos, cujos benefícios são conseqüências indiretas da mencionada repressão).

32. Tercio Sampaio Ferraz Júnior explica, sobre a concorrência, que “qualquer tentativa de lhe definir condições, modos de atuação e efeitos corre o risco de estreitar sua aplicabilidade jurídica. Por isso, ao invés de se definir juridicamente o princípio da concorrência por uma conceituação de concorrência, a literatura tem-se encaminhado para uma compreensão do princípio como uma decorrência da liberdade de iniciativa enquanto um aspecto e uma das extensões das liberdades individuais” (“Da Abusividade do Poder Econômico”, em *Revista de Direito Econômico*, n. 21, Brasília, out.-nov.-dez./1995, p. 29).

33. Diz Isabel Vaz: “(...) tomando-se como ponto de referência o período em que se começou a sistematizar uma legislação antitruste, a sociedade institucionaliza a concorrência, elabora um modelo, adota determinados valores considerados dignos de serem protegidos por seu ordenamento jurídico. Escolhe um tipo de competição nas relações econômicas, a ‘livre concorrência’. Para a sua proteção tipifica determinados atos como ilícitos, fixa penas, gradua punições, cria técnicas de prevenção, divulga objetivos a serem atingidos pelos agentes econômicos e estabelece os modos legais de repressão às condutas consideradas atentatórias ao princípio da livre concorrência” (*Direito Econômico da Concor-*

rência, Companhia Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1993, p. 84).

34. Explica, por sua vez, José Afonso da Silva, a respeito dos textos do art. 170 e respectivo inc. IV e do § 4.º do art. 173, ambos da CF e acima transcritos:

“Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e especialmente proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira anti-social. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, RT, São Paulo, 1989, p. 664).

35. Sinteticamente, expõe Werter R. Faria: “Toda a atividade econômica deve reger-se pelo princípio da livre iniciativa, em oposição ao qual encontram-se o monopólio de direito e a intervenção na vida econômica” (*Constituição Econômica – Liberdade de Iniciativa e de Concorrência*, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1990, p. 106).

36. Completa o mesmo Werter R. Faria: “A repressão ao abuso do poder econômico deve ser compreendida como proibição de todas as práticas comerciais que anulam ou distorcem a livre concorrência” (op. cit., p. 151).

37. Assim, o que se observa é que a legislação de repressão ao abuso do poder econômico deve ser vista como uma legislação de defesa da livre iniciativa, de manutenção das condições que permitam a livre concorrência, nada tendo a ver, em princípio, com lucros e preços; causa espanto, todavia, o fato de o aumento arbitrário de lucros estar colocado na Constituição Federal como uma das formas de abuso do poder econômico.

6. Lucros arbitrários

38. Como é possível enquadrar os 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 abusos do poder econômico?

39. Diz Alfredo de Assis Gonçalves Neto: “A Constituição (...) elege apenas três fatores para a caracterização do abuso do poder econômico, quais sejam: a dominação do mercado, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. Bem examinados esses três fatores, verifica-se que o último deles não é propriamente fator de abuso, mas efeito ou consequência dos dois anteriores. Sendo assim, o abuso do poder econômico, vedado pela nossa Lei Fundamental, estaria balizado, apenas, à dominação do mercado e à eliminação da concorrência” (“Legislação Sobre Práticas Comerciais Restritivas e Abuso de Posição Dominante nos Principais Sistemas Jurídicos”, em *Anais do I Seminário Nacional Sobre Abusos do Poder Econômico*, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, agosto de 1987, p. 15-16).

40. A explicação acima tem plena lógica à luz do que se conhece sobre o direito concorrencial; entretanto, equivale a considerar como inexistente uma disposição constitucional – a inclusão do aumento arbitrário de lucros entre os abusos do poder econômico – não se tem o objetivo aqui de tratar da questão da interpretação do texto constitucional, bastando deixar claro que não se pode considerar inexistente ou inútil uma disposição expressa.

41. Lembra Fábio Ulhoa Coelho que os lucros “devem ser justificáveis sob o ponto de vista da lógica da livre competição” e que “o lucro gerado pela

regular exploração da atividade econômica, no contexto da competição capitalista, nada tem de arbitrário, por maior que seja, se a sua origem está relacionada com investimentos, desenvolvimento tecnológico, política de marketing, boa administração financeira etc.” (*Direito Antitruste Brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 1995, p. 60).

42. O mesmo Fábio Ulhoa Coelho fornece um exemplo de lucro arbitrário: “Se o empresário tem exclusivo acesso a determinada fonte de insumo, os seus custos podem ser menores do que os dos concorrentes, e isso pode ter o efeito de gerar lucros arbitrários, caracterizando-se a infração contra a ordem econômica (art. 21, inc. VI), ainda que os preços não se elevem” (op. cit., p. 61).

43. O exemplo acima, todavia, equivale a situação de efetivo monopólio; pode ser na verdade um monopsonio, esclarecendo, neste ponto, Isabel Vaz, ao estabelecer os paralelos entre os dois: “Enquanto no monopólio um único sujeito realiza, em tese, toda a produção, no monopsonio existem muitos vendedores e apenas um comprador” (op. cit., p. 37).

44. A Lei 4.137, de 1962, foi clara ao aplicar o texto constitucional segundo o qual o aumento arbitrário de lucros constitui abuso do poder econômico: o aumento arbitrário de lucros só constitui abuso do poder econômico se praticado em situação de monopólio.

45. Expõe Benjamin Shieber, obviamente tendo em vista a Lei 4.137, de 1962: “Primeiro há de notar que o âmbito do dispositivo é expressamente restrito a situações de monopólio natural ou de fato. Não se aplica a quaisquer elevações dos preços, qualquer tentativa de aumentar arbitrariamente os lucros senão nestes casos. Assim, um aumento arbitrário dos lucros por meio de um ajuste ou acordo

entre empresas ou por meio de concentração de empresas não é um abuso do poder econômico” (op. cit., p. 190).

46. Benjamin Shieber transcreve trecho do parecer do Deputado Alde Sampaio, por ocasião dos debates legislativos que antecederam a edição daquela lei: “Neste particular, só para as empresas em situação de monopólio, se pode admitir que o lucro seja procurado por arbítrio 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. De fato, o lucro é sempre uma consequência e por natureza aleatório, não pode, portanto, jamais exprimir uma ação direta perceptível e condenável, e só nos casos de monopólio está em relação direta com a fixação arbitrária dos preços (...)” (op. cit., p. 192).

47. É evidente que a capacidade de absorção de eventuais compradores tem um limite e que em algum ponto o lucro abusivo é um impedimento de vendas; mas é também evidente que a maioria dos mercados que se viram expostos à concorrência (inclusive externa) tiveram seus preços, e conseqüentemente seus lucros, diminuídos.

48. Assim, é possível, neste ponto, indagar a respeito da relação entre aumentos arbitrários de lucros e concorrência, ou, se se quiser colocar de outro modo, é possível perguntar de que modo os aumentos arbitrários de lucros podem influenciar a livre iniciativa.

49. É preciso que se atente aqui de que a concorrência de que se trata não é a concorrência real em determinada situação mas a concorrência potencial.

50. Ou, no dizer de Luis Fernando Schuartz, “não se quer saber se o agente A efetivamente compete com o agente B,

mas sim se este último competiria com aquele caso determinados requisitos fossem preenchidos” (“Poder Econômico e Abuso do Poder Econômico no Direito de Defesa da Concorrência Brasileiro”, em *Revista de Direito Mercantil*, n. 94, São Paulo, abr.-maio-jun./1994, p. 15).

7. Lucros arbitrários e abuso do poder econômico

51. Do que foi visto acima é possível avançar para uma compreensão maior da relação existente entre lucros arbitrários e abuso do poder econômico, mesmo porque tudo indica que se trata de conceitos que não podem ser aplicados em conjunto, restando-nos tentar entender a razão pela qual a Constituição Federal e a lei os colocam sempre em conjunto.

52. Assim, em princípio, se os lucros são arbitrariamente aumentados (e os preços se tornam conseqüentemente altos), existe sempre a possibilidade de os adquirentes procurarem outros fornecedores ou mesmo sucedâneos dos produtos ofertados em tais condições.

53. Todavia, isso pode não ser aplicável às situações monopolísticas ou monopsônicas, sendo essa a razão pela qual a Lei 4.137, de 1962, limitou a aplicação do dispositivo constitucional – que qualifica o lucro arbitrário como abuso do poder econômico – só àquelas situações de monopólio (às quais podem ser acrescentadas as de monopsônio, embora bem mais raras).

54. Essa foi, certamente, a melhor acolhida dada por lei a tal dispositivo constitucional, pois, nas situações em que a concorrência plena ou razoável é exercida, a própria concorrência é encarregada de punir, pelo afastamento dos adquirentes, quem aumenta os lucros arbitrariamente.

55. As situações em que concorrentes se unem para “monopolizar em conjunto” o mercado não são na verdade situações monopolísticas, mas sim situações de ações concertadas, de conluio, que são classificadas nos outros itens do art. 20 da Lei 8.884, de 1994, que são a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o abuso de posição dominante.

56. Mas a própria atuação dos órgãos encarregados da aplicação da legislação de repressão aos abusos do poder econômico é, nos casos de aumentos arbitrários de lucros, desvirtuada, pois não se trata evidentemente de um problema concorrencial.

57. Com efeito, no monopólio (bem como no monopsônio) a concorrência já não pré-existe e assim os aumentos arbitrários de lucros, embora possam ser danosos para a economia (além de para os adquirentes), não o são para a concorrência.

58. É exatamente nesse sentido que a atuação dos órgãos de repressão ao abuso do poder econômico é desvirtuada quando tratam de lucros arbitrários, porque de concorrência efetivamente não se trata; eles devem, entretanto, cumprir suas funções de repressão aos aumentos arbitrários de lucros simplesmente porque a Constituição Federal e a lei assim o determinaram e não porque os aumentos arbitrários de lucros sejam efetivamente anticoncorrenciais.

8. Conclusões e propostas

59. 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.

60. Com efeito, se de monopólio (ou monopólio) não se trata, a própria livre concorrência pode impedir ou punir, pelo afastamento dos clientes, os aumentos arbitrários de lucros; se de monopólio (ou monopólio) se trata, os aumentos arbitrários de lucros não são anticoncorrenciais porque a concorrência não pré-existe.

61. Por serem danosos, tais aumentos arbitrários de lucros em situação de monopólio (ou monopólio) podem ser eleitos pela sociedade e pela lei como puníveis, embora o impedimento ou a punição não devam ser atribuídos aos órgãos de aplicação da legislação de repressão aos abusos do poder econômico.

62. É nesse sentido que se propõe aqui a alteração do § 4.º do art. 173 da CF para retirar os aumentos arbitrários de lucros da classificação de abusos do poder econômico.

63. Todavia, enquanto a referida alteração não acontece, permanecendo os aumentos arbitrários de lucros dentro da classificação de abusos do poder econômico, os órgãos encarregados da aplicação da legislação de repressão aos abusos do poder econômico devem aplicar a Constituição Federal e a Lei 8.884, de 1994, conforme estão postas, ainda que sua atuação seja desvirtuada, mas somente em situações monopolísticas ou monopólicas.