

# REVISTA ELETRÔNICA FEATI



## **REVISTA ELETRÔNICA DA FEATI**

Faculdade de Ibaiti – Universidade Brasil  
Edição - Nº 16 – jan-jun de 2018

Av. Tertuliano de Moura Bueno, 1400 - Vila Flamenguinho  
Ibaiti – Paraná  
CEP 84.900-000  
Tel. (43) 3546-1263

### **EDITOR RESPONSÁVEL**

Luciano Ferreira Rodrigues Filho

### **EDITOR EXECUTIVO**

José Ricardo Suter

### **CONSELHO EDITORIAL**

Claudiney Alessandro Gonçalves  
Diego Nassif da Silva  
Evaldo Gonçalves Leite  
Fernando Rodrigues Bortolatto  
Gisele Sanchez Falkowski  
José Ricardo Suter  
Josiani Valim Dimer Poli

Leila Regina Gonçalves Medina  
Luana Miranda de Mattos  
Luciano Ferreira Rodrigues Filho  
Ricardo Velarício Ferreira Pinto  
Rossane Ferraz dos Santos  
Sílvia de Jesus Martins Silva  
Tatiane Aparecida Silva

Os textos são de inteira responsabilidade de seus autores.

Revista Eletrônica da FEATI  
Faculdade de Ibaiti – Universidade Brasil, v. 1, n. 16. Ibaiti-PR: FEATI,  
jan–jun, 2018.

Semestral

ISSN 2179-1880 2

1. Revista científica - periódico I. Faculdade de Ibaiti II. Congresso de  
Iniciação Científica do Curso de Direito.

## SUMÁRIO

### ARTIGOS

- MECANISMOS SOCIAIS DA EXCLUSÃO NEGRA E INDÍGENA: DEBATES INTERDISCIPLINARES ENTRE ANTROPOLOGIA E PSICOLOGIA SOCIAL COMUNITÁRIA**  
*Jefferson Olivatto da Silva*.....10
- LÓGICA EM HOBBS: UMA BREVE EXPOSIÇÃO SOBRE PROPOSIÇÕES EQUIPOLENTES E SILOGISMO**  
*Lucas Antonio Saran*  
*Rogério Cangussu Dantas Cachichi*.....26
- “UMA PROVA DE AMOR”: CONTRAPONDO DIREITOS FUNDAMENTAIS - À VIDA VERSUS LIBERDADE CULTURAL**  
*Gabriele Delsasso Lavorato Manfré*  
*Ana Paula Martinato*.....44
- LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO: O OBJETO DA HOMOLOGAÇÃO E A SÚMULA N. 436 DO STJ**  
*Diego Nassif da Silva*.....62
- CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA RUSSELIANA DA VERDADE DE MANHOLI (TVM) AO PROCESSAMENTO DE LINGUAGEM NATURAL NO PROCESSO ELETRÔNICO**  
*Lucas Antonio Saran*  
*Ilton Garcia da Costa*  
*Rogério Cangussu Dantas Cachichi*.....88
- A SOLIDARIEDADE E ORÇAMENTO PARTICIPATIVO COMO VERTENTES HUMANISTAS NO DEVER DE PAGAR TRIBUTOS**  
*Ricardo Vilariço Ferreira Pinto*.....118
- APRENDIZAGEM E CONSCIÊNCIA HISTÓRICA: UM ESTUDO SOBRE A HISTÓRIA NACIONAL E LOCAL NAS NARRATIVAS DE ESTUDANTES DO ENSINO FUNDAMENTAL**  
*Flávio Batista dos Santos*  
*Marlene Rosa Cainelli*.....132
- A CONSTRUÇÃO DE UMA ESCOLA: AS CONTRIBUIÇÕES DOS ALUNOS PARA O DESENVOLVIMENTO TEÓRICO-METODOLÓGICO NO ENSINO DE JABOTI/PR**  
*Luciano Ferreira Rodrigues Filho*.....146
- INTERFERÊNCIA JUDICIAL NA REGULAMENTAÇÃO DE MERCADOS: PREÇOS PREDATÓRIOS E CARTEL NA REVENDA DE COMBUSTÍVEIS**  
*Aline de Menezes Gonçalves*  
*Ilton Garcia da Costa*  
*Rogério Cangussu Dantas Cachichi*.....160
- A MEDIAÇÃO COMO MEIO CÉLERE DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS FRENTE À SUA INCLUSÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**  
*José Ricardo Suter*

## INTERFERÊNCIA JUDICIAL NA REGULAMENTAÇÃO DE MERCADOS: PREÇOS PREDATÓRIOS E CARTEL NA REVENDA DE COMBUSTÍVEIS<sup>1</sup>

Aline de Menezes Gonçalves<sup>2</sup>

Ilton Garcia da Costa<sup>3</sup>

Rogério Cangussu Dantas Cachichi<sup>4</sup>

### INTRODUÇÃO

O cerne da questão objeto do texto é a intervenção do Poder Judiciário no combate a preços predatórios praticados no mercado de combustíveis, seguidos de formação de cartel pelos postos revendedores. As práticas constituem infração à ordem econômica e reclamam controle administrativo e, se necessário, judicial. Porém até que ponto deve ir e de quais cautelas deve se cercar este último? O escopo desse estudo não é dar uma resposta definitiva à pergunta, mas alinhar algumas balizas fundamentais a nortear a atuação do Judiciário nesses quadrantes.

### DEFESA DA CONCORRÊNCIA COMO POSTULADO CONSTITUCIONAL

Os valores da livre iniciativa e da livre concorrência são consagrados pela Constituição de 1988, constituindo fundamento da República (art.1º, IV) e pilar da ordem econômica e financeira (art.170, *caput* e IV). Todavia, cabe ao Estado, portanto, na atividade econômica intervir para salvaguardar valores outros como o da função social da propriedade, da proteção do consumidor, da defesa do meio ambiente, dentre outros. Nesse contexto, Scott demonstra a coexistência de valores do liberalismo e do socialismo econômico na Constituição de 1988. Eis, *ad litteram* transcritas, as suas palavras:

---

<sup>1</sup> Artigo oriundo das discussões e interlocuções no Grupo de Pesquisas (GT) Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais da UENP (Campus de Jacarezinho), coordenado pelo Prof. Dr. Valter Foletto Santin.

<sup>2</sup> Mestranda em Ciências Jurídicas pela Unicesumar - Maringá-PR; Advogada em Maringá-PR. Endereço Eletrônico <[alinemenezes.adv@gmail.com](mailto:alinemenezes.adv@gmail.com)>.

<sup>3</sup> Mestre e doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Administração pelo Centro Universitário Ibero Americano UNIBERO. Advogado. Professor de ensino superior da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Endereço Eletrônico: <[iltoncosta@uenp.edu.br](mailto:iltoncosta@uenp.edu.br)>.

<sup>4</sup> Mestrando em direito do UNIVEM. Membro do Grupo de Pesquisas (GT) Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP); GPCERTOS - Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais (UENP); e Lógica, tempo e linguagem natural (UEL); Especialista em Direito pela PUC/SP e licenciado em Filosofia pela UEL; Juiz Federal da Subseção Judiciária de Jacarezinho/PR. Endereço Eletrônico: <[cangussu@trf4.jus.br](mailto:cangussu@trf4.jus.br)>.

Nesses dispositivos [refere-se aos contidos no art.170 da CF] há uma composição de valores provenientes de mensagens ideológicas diversas, algumas possíveis de serem caracterizadas como liberalistas e outras como socialistas - o que poderia representar pouco mais do que uma tentativa infrutífera de conciliação de projetos e objetivos opostos, cuja maior consequência seria apenas a de gerar uma situação de conflito entre os muitos interesses dos grupos e classes que compõem a estrutura social, mas que, contrariamente, expressa a variedade de interesses e posturas ideológicas que estiveram presentes no processo constituinte para possibilitar uma consolidação normativa útil, formadora de uma única ordem econômica brasileira. Na verdade, essa contradição, mais evidente para alguns do que para outros, sequer existe, não podendo, por isso, servir de argumento inviabilizador da normatividade pretendida pelo artigo 170 da CF, nem da sua implementação pelos diversos grupos sociais, hegemônicos ou não da política dominante. É justamente isso que anotou José Afonso da Silva quando, registrando a presença de elementos sócio-ideológicos no texto constitucional, afirmou a existência de um compromisso de contemplação de duas ou mais proposições ideológicas - de um lado, as forças políticas liberais e tradicionais e, do outro, as aspirações populares por justiça social.

Portanto, é correto afirmar, especialmente se considerados os tais elementos sócio-ideológicos, que a Constituição vigente, seguindo na linha inaugurada pela Constituição de 1934, buscou atenuar as injustiças surgidas a partir das opressões sociais e econômicas do regime econômico liberal clássico, o que a aproxima bastante de um projeto estatal do tipo Estado social, evidenciando algo que, mesmo não se apresentando de um modo explícito, pode ser compreendido como um postulado genérico do Estado social, destinado principalmente ao legislador, o qual, no cumprimento da sua tarefa de criar instrumentos jurídicos de defesa e emancipação e de proporcionar infraconstitucionalmente condições para o desenvolvimento de uma ordem socioeconômica justa, não estaria autorizado a desconsiderá-lo. (SCOTT, 2000, p.89)

O mesmo autor não descurou de examinar o sistema econômico à luz da Carta de 1988, antevendo nesse sistema características do modo de produção capitalista. E de fato consagrou a atual Constituição, em dispositivos dispersos em seu texto, a propriedade privada (CF, art.5º, XXII), a livre iniciativa (CF, arts.1º, IV; 170, *caput*; 199; 209) e a livre concorrência (CF, arts.146-A; 155, IV, b; 170, IV; 173, §4º). Esse desvelo constitucional por valores próprios do liberalismo denota um sistema de produção capitalista que, entretanto, há de caminhar em direção do Estado Social. Como preleciona Scott:

Quanto ao sistema econômico, a Constituição de 1988 adotou os institutos básicos do modo de produção capitalista: a propriedade privada, a liberdade de contratar, a livre iniciativa e a livre concorrência - disso resulta uma gama de opções claras que autorizam a estruturação de um sistema de mercado no Brasil. A coexistência, acima já enunciada, de valores, fundamentos e princípios diversos no texto constitucional, especialmente quanto à ordem econômica, não repercute sobre o sistema econômico adotado de modo a gerar uma confusão ou mesmo a ponto de descaracterizá-lo em relação aos moldes em que é conhecido contemporaneamente. De modo que não seria

errado caracterizar a economia brasileira como sendo de natureza capitalista e, não obstante isso, voltada à construção de um modelo de Estado social - fator este que, por si mesmo, daria amparo suficiente à possibilidade constitucional de atuação normativa e reguladora do Estado brasileiro diante da atividade econômica. (SCOTT, 2000, p. 90)

Com efeito nessa seara a intervenção estatal em sentido amplo abrange regulamentação, fiscalização e por vezes planejamento da atividade econômica. Nessa senda, faz-se mister a repressão ao abuso do poder econômico, sobretudo tendente à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência, ao aumento arbitrário dos lucros e ao exercício abusivo de posição dominante. Não por outro motivo, a mesma Constituição preceituou no §4º 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." Coelho registrou:

A norma constitucional programadora da Lei Antitruste (CF, art. 173, § 4º) circunscreve com clareza o conjunto das condutas empresariais suscetíveis de repressão legal. Diz a Constituição que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise determinados efeitos lesivos às estruturas do livre mercado. Assim dispondo, estabelece que outros modos de exercício do poder econômico, incapazes de redundarem os efeitos assinalados, são, em virtude da proeminência do princípio da livre competição, plenamente jurídicos, lícitos. (COELHO, 2005, p.207)

O mercado em si constitui bem metaindividual, reclamando tutela do ordenamento legal conforme manda a Constituição. "O mercado é um bem juridicamente protegido como bem coletivo, pertence a todos, inclusive àqueles que não exercem atividades comerciais diretas, mas que têm o direito de exigir ou buscar proteção legal e institucional para se alcançar o seu funcionamento equilibrado." (BASTOS, 1997, p.22)

A Lei nº 8.884/94, conhecida como lei antitruste, estabeleceu mecanismos de prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Referida norma foi revogada pela Lei 12.529/11, marco normativo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)<sup>5</sup>. Sobre o sentido teleológico da defesa da concorrência observou Malard:

---

<sup>5</sup> O aludido Sistema é composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SBDC). O CADE, com natureza jurídica de autarquia federal, passou a ser composto de três órgãos: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica(i), Superintendência-Geral (ii) e Departamento de Estudos Econômicos(iii). A referido Tribunal cabe administrativamente decidir sobre a existência de infração à ordem econômica

Pode-se afirmar que é tríplice o sentido teleológico da defesa da concorrência. Num sentido econômico, promove-se a eficiência econômica, propiciando a correta alocação de recursos, evitando-se distorções na distribuição do produto nacional, na medida em que se garante o livre funcionamento dos mercados, sem necessidade de intervenção direta do Estado na economia. Num sentido sociológico, propiciam-se as necessárias condições para que a decisão econômica seja tomada pelo consumidor, de forma livre e racional, assegurando-lhe o poder de decidir sobre suas reais necessidades, de sorte a escolher o que adquirir e a que preço. Por último, num sentido político, busca-se assegurar a independência do Poder Público em relação ao poder econômico, que tende a obter lucros cada vez maiores em detrimento do bem-estar do consumidor. (MALARD, 1997, p. 60)

No espaço entre liberdade e igualdade é que conflitos atinentes à defesa livre concorrência se desenvolvem. Da mesma forma que o indivíduo para exercer suas liberdades há de estar em pé de igualdade material com os demais membros da comunidade política<sup>6</sup>; quando agentes no mercado, dotados de maior poderio econômico, usam tal poder para submeter e determinar a conduta dos demais, é que a livre concorrência periclita e com ela a higidez do mercado, culminando no mais das vezes por prejudicar consumidores. O ponto nodal é saber até que ponto lançar mão do poder jurisdicional para reequilibrar a tensão entre liberdade e igualdade afigura-se medida útil e curativa para restabelecer a boa saúde do ambiente econômico afetado. Antes de apresentar mais profundamente reflexões sobre o ponto, convém tecer considerações sobre as práticas anticoncorrenciais contra as quais essa tutela jurisdicional visará coibir e sanar.

## **PREÇOS PREDATÓRIOS E CARTEL NO MERCADO DE COMBUSTÍVEIS**

O ambiente de guerra de preços é propício para desenvolvimento do agir estratégico, altamente maléfico e caracterizado por abuso flagrante do poder econômico, consistente, numa primeira etapa, na venda a preço artificial abaixo do custo com o fim de eliminar a concorrência desprovida de maior capacidade econômica, principalmente daqueles que, recolhendo tributos, atuam livremente

---

e aplicar as penalidades previstas em lei. Cuidando-se de órgão administrativo, por imperativo da inafastabilidade da jurisdição (CF, art.5º, XXXV), ao Poder Judiciário impende revisar tal atividade administrativa quer quando positiva (ação) quer quando negativa (omissão).

<sup>6</sup> "A busca da igualdade do ponto de vista material pode compor-se com o conceito de Amartya Sen de liberdades substantivas (*freedoms*), ou seja, ter condições de evitar privações como a fome, a subnutrição, a mortíbeza evitável e a morte prematura, bem como possuir uma boa educação e formação, que, num certo sentido, constituem um pressuposto para o exercício das liberdades formais (*liberties*)."  
(RISTER, 2007, p.144)

(sem se submeter a imposições verticais) no mercado. Alguns expedientes podem ser citados para tal redução artificial de preços: adulteração(i)<sup>7</sup>, aquisição de cargas irregulares proveniente de roubo, desvio e outros ilícitos(ii), sonegação de tributos(iii) e elevação de preços em outros mercados relevantes nos quais a dominação já se estabeleceu para sustentação do grupo econômico dominante(iv). Numa etapa posterior, esse agir estratégico, depois de superada a concorrência, promove a elevação os preços mediante combinação prévia (cartel) com o fim de auferir lucros elevados para custear a estrutura de dominação de outro mercado relevante e assim sucessivamente.

Noutros dizeres, aqueles consumidores que outrora (na primeira etapa de dominação do mercado) beneficiaram-se pela venda de combustíveis abaixo do custo serão aqueles que pagarão mais caro na segunda fase e, por consequência, sustentarão o grupo dominante na destruição da concorrência em outras praças. Essa engenharia desastrosa impacta a ordem social e econômica. A par de comprometer a livre concorrência, eliminando empresas antigas e limitando o acesso de novas no mercado, as práticas acima descritas lesam consumidores, promovem queda na arrecadação tributária, quebram pequenos e microempresários, geram desemprego, dentre outros efeitos deletérios ao mercado que segue privado do ambiente competitivo e saudável que lhe é próprio.

Para melhor compreensão do assunto, imperioso explicitar o anexo da Resolução 20, de 9 de junho de 1999, do CADE<sup>8</sup>, cujo teor esclarece acerca das práticas restritivas horizontais e verticais:

#### PRÁTICAS RESTRITIVAS: DEFINIÇÕES E CLASSIFICAÇÃO

##### A. PRÁTICAS RESTRITIVAS HORIZONTAIS

As práticas restritivas horizontais consistem na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios. Em ambos os casos visa, de

<sup>7</sup> Como já destacado, nosso foco é o vezo dos preços predatórios e da formação de cartel. Todavia, não se pode olvidar que a questão da adulteração de combustíveis é tão grave e de domínio público que se encontra em curso o Programa de Monitoramento da Qualidade dos Combustíveis Líquidos (PMQC) da Agência Nacional do Petróleo - ANP, atualmente regulamentado pela Resolução ANP 8, de 09 de fevereiro de 2011, responsável por analisar milhares de amostras de gasolina, etanol hidratado e óleo diesel (que contém 5% de biodiesel) em postos revendedores do Brasil. O problema atinge grande parte do setor do comércio de derivados do petróleo dada a alta incidência de combustíveis adulterados. Não é expletivo consignar, entretanto, que especialmente essa prática conjugada com a evasão fiscal ajudam a viabilizar aquelas outras objeto do trabalho (preços predatórios e cartel), diminuindo o custo do produto adulterado no mercado.

<sup>8</sup> O aludido anexo não foi revogado pela Resolução CADE 45, de 28 de março de 2007.

imediatamente ou no futuro, em conjunto ou individualmente, o aumento de poder de mercado ou a criação de condições necessárias para exercê-lo com maior facilidade.

Em geral, tais práticas pressupõem a existência ou a busca de poder de mercado sobre o mercado relevante. Em diferentes graus, algumas podem também gerar benefícios em termos de bem-estar ao mercado ("eficiências econômicas"), recomendando a aplicação do "princípio da razoabilidade". Desse modo, é preciso ponderar tais efeitos vis-à-vis os potenciais impactos anticompetitivos da conduta. Portanto, uma prática restritiva somente poderá gerar eficiências líquidas caso as eficiências econômicas dela derivadas compensem seus efeitos anticompetitivos. As situações mais comuns, ainda que outras sejam possíveis, são:

1. Cartéis: acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio.

Fatores estruturais podem favorecer a formação de cartéis: alto grau de concentração do mercado, existência de barreiras à entrada de novos competidores, homogeneidade de produtos e de custos, e condições estáveis de custos e de demanda.

(...)

4. Preços predatórios: prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista.

O exame desta prática requer análise detalhada das condições efetivas de custos e do comportamento dos preços ao longo do tempo, para afastar a hipótese de práticas sazonais normais ou de outras políticas comerciais da empresa, além da análise de comportamento estratégico, avaliando-se as condições objetivas de ganhos potencialmente extraordinários posteriores suficientemente elevados e capazes de compensar as perdas decorrentes das vendas abaixo do custo.

## B. PRÁTICAS RESTRITIVAS VERTICAIS

As práticas restritivas verticais são restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado ("de origem") sobre mercados relacionados verticalmente - a "montante" ou a "jusante" - ao longo da cadeia produtiva (mercado "alvo").

As restrições verticais são anticompetitivas quando implicam a criação de mecanismos de exclusão dos rivais, seja por aumentarem as barreiras à entrada para competidores potenciais, seja por elevarem os custos dos competidores efetivos, ou ainda quando aumentam a probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado por parte de produtores/ofertantes, fornecedores ou distribuidores, pela constituição de mecanismos que permitem a superação de obstáculos à coordenação que de outra forma existiriam.

Assim, em casos de restrições verticais, a análise da interação entre diferentes mercados relevantes adquire particular importância. Isto porque uma determinada conduta no mercado alvo pode ter como principal efeito sobre a concorrência não simplesmente seu impacto no mercado alvo em questão, mas no mercado de origem, onde eventualmente tenha havido um reforço da posição dominante em virtude da conduta vertical em questão. A fixação de preço de revenda discutida adiante, pode, por exemplo, aumentar a probabilidade de êxito de um cartel em virtude da redução dos custos de monitoramento das empresas participantes, visando evitar a desobediência ao acordo ilícito.

Como no caso das restrições horizontais, as práticas verticais pressupõem, em geral, a existência de poder de mercado sobre o mercado relevante "de origem", bem como efeito sobre parcela substancial do mercado "alvo" das

práticas, de modo a configurar risco de prejuízo à concorrência. Embora tais restrições constituam em princípio limitações à livre concorrência, podem também apresentar benefícios ("eficiências econômicas") que devem ser ponderados vis-à-vis os efeitos potenciais anticompetitivos, de acordo com o princípio da razoabilidade. Tais benefícios estão frequentemente relacionados à economia de custos de transação para os produtores/ofertantes, seja evitando que a intensificação da concorrência intra-marcas leve à proliferação de condutas oportunistas dos revendedores, fornecedores e/ou dos concorrentes, em prejuízo da qualidade dos serviços e em detrimento da sua reputação, seja assegurando ao revendedor/fornecedor remuneração adequada para incentivá-lo a alocar recursos à oferta de bens e serviços.

As condutas mais comuns, ainda que outras sejam possíveis, são:

1. Fixação de preços de revenda: o produtor estabelece, mediante contrato, o preço (mínimo, máximo ou rígido) a ser praticado pelos distribuidores/revendedores.

Existe nessa conduta ameaça efetiva de sanções pelo descumprimento da norma de preços. Na maioria dos casos, é a fixação de preços mínimos (ou rígidos com a função de mínimos) que oferece riscos anticompetitivos efetivos, geralmente relacionados:

(i) à maior facilidade de coordenar ações voltadas à formação de cartel ou outros comportamentos colusivos em preços entre os produtores (mercado "de origem"), quando facilita o monitoramento de preços de venda aos consumidores ou serve ao propósito de preservar acordos tácitos entre produtores ao bloquear a entrada de novos distribuidores inovadores e/ou mais agressivos, inibindo o desenvolvimento de novos sistemas de distribuição mais eficientes; e

(ii) ao aumento unilateral de poder de mercado do produtor, na medida em que permita o mesmo efeito anterior de inibir a entrada de novos distribuidores mais competitivos. No caso específico de serviços pós-venda, esse tipo de restrição permite ainda, em princípio, a exploração monopolista dos usuários após a compra dos produtos, quando as alternativas oferecidas a estes se reduzem drasticamente.

Como nas demais restrições verticais, a possibilidade de benefícios decorrentes da redução de custos de transação deve ser considerada e levada em conta na avaliação dos efeitos líquidos sobre o mercado. Quanto à fixação de preços máximos de revenda, podem oferecer riscos anticoncorrenciais em condições nas quais os distribuidores/revendedores do mercado "alvo" tenham poder de mercado e agreguem valor substancial ao produto/serviço, e em que haja intenção e possibilidade do produtor eliminá-los do mercado.

(...)

À evidência, a fixação de preços ou condições de venda entre concorrentes (cartel) e a prática de preço predatório encontram vedação explícita na Lei 12.259/11:

Art.36(...)§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no "caput" deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
  - c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
  - d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;
- II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;
- (...)
- XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

Verbere-se, de passo, que o teor do §3º do art.36 demonstra ser mister para caracterização dos ilícitos evidências de as práticas visar aos fins preconizados na cabeça do mesmo dispositivo legal: diminuir ou limitar a concorrência, dominar mercado, aumentar arbitrariamente os lucros ou abusar de posição dominante (Lei 12.259/11, art.36, *caput*). A ocorrência de poder concentrado de mercado na mão de um (monopólio) ou poucos (oligopólio) de per si não constitui infração à ordem econômica; nesse sentido, não tendendo a conduta a alcançar tais finalidades proscritas em lei, não há falar em infração à ordem econômica. Sendo assim, qualquer exame que se pretenda fazer de *condutas anticoncorrenciais* não pode prescindir do exame da complexa conjuntura econômica vigente na data das práticas tidas por ilegais, especialmente os resultados - benefícios e prejuízos - no mercado e nos consumidores à luz da razoabilidade econômica admissível na época. Com destaca Coelho, "a mesma prática pode configurar ou não concorrência ilícita, dependendo dos efeitos que gera ou pode gerar" (COELHO, 2005, p.208).

Do que até aqui se consignou, percebe-se claramente que, mesmo tendo a Constituição outorgado em regra aos particulares o livre exercício de qualquer atividade econômica, ao Estado incumbe assegurar a livre concorrência, reprimir o abuso do poder econômico, oriundo da acumulação de riqueza e de tecnologia, e o aumento arbitrário dos lucros (CF, art. 173, § 4º). Para tanto, a intervenção estatal sobre a atividade econômica na modalidade sancionatória dá-se exclusivamente para sancionar os abusos do poder econômico, tendo como norte a função social da propriedade (a propriedade obriga).

## **PODERAÇÕES SOBRE O CONTROLE JUDICIAL DO MERCADO**

Doravante convém tratar dos limites, parâmetros ou mesmo *standards* jurídicos que devem servir de esteio na intervenção do Poder Judiciário no controle do mercado, dos preços e da concorrência. Muitas vezes o Judiciário é chamado a intervir em conflitos de interesses, geralmente metaindividuais, decorrentes de suposta prática de preços predatórios praticados no mercado de combustíveis, seguidos de formação de cartel pelos postos revendedores.

Zelando pela observância dos princípios constitucionais relativos à atividade econômica, bem como à defesa de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (CDC, art.81, I e III), o Ministério Público(LC 75/93, art.5º, II, "c") e outros legitimados (CDC, art.82 e art.91) soem propor ações civis públicas em defesa dos consumidores, tudo dentro do microssistema de tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos edificado pelas Leis 7.347/85 (art.21<sup>9</sup>) e 8.078/90 (CDC).

Em demandas desse jaez, são recorrentes imputações de prática de preços predatórios, formação de cartel de combustíveis, adulteração de combustíveis. A prestação jurisdicional direciona-se não só contra atos de dominação do mercado, eliminação da concorrência, elevação arbitrária de lucros em prejuízo dos consumidores e abuso da posição dominante, senão também contra a omissão dos poderes públicos na fiscalização do mercado. Todavia, devem ser evitados pedidos demasiado genéricos. Pedidos de provimento jurisdicional que proíba a prática de ilegalidades ou a dominação do mercado ou, ainda, o abuso de posição dominante são medidas inócuas. Para tanto já existe a lei. Determinações que tais são de difícil realização prática e não apresentam poucos desafios quanto à fiscalização do respectivo cumprimento. Corre-se o risco, ainda, de aumentar a instabilidade do mercado, pois, havendo a ordem judicial nesse sentido, não se poderia saber se está ou não sendo corretamente cumprida.

Doutra parte, é sabido e consabido que o mercado de serviços de revenda de combustíveis é caracterizado por grande *homogeneidade* do produto. O combustível em si é produto sem grandes distinções. Deve, portanto, o juiz estar atento a tal homogeneidade que favorece a correlata homogeneidade do preço nem sempre decorrente de combinação. De outro lado, ainda sobre a questão dos cartéis, deve o

---

<sup>9</sup> "Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor"

juiz estar atento à advertência de Petter, "quanto maior o número de empresas atuantes em determinado mercado, mais difícil será a possibilidade da existência de cartel" (PETTER, 2006, p.246). Essa constatação deve ser tomada em conta no exame da caracterização do cartel entre revendedores de combustíveis, cujo mercado de atuação normalmente é muito numeroso. Como foi acentuado e reacentuado por Malard: "O grupo cartelizado é predominantemente pequeno, dele participando, em geral, não mais que uma dezena de empresas. Cartéis com um número maior de componentes são raros, pois a clandestinidade de suas operações exige contatos rápidos e decisões imediatas, que se tornam cada vez mais difíceis quanto maior for o número de empresas envolvidas." (MALARD, 1997, p.66)

O estudo da intensidade da interferência judicial na regulamentação de mercados, entretanto, é outro ponto muito delicado. O normal é que o mercado dite suas próprias regras a fim de que a concorrência prevaleça de fato e de direito livre. Qual a justificativa para uma "imposição judicial de preços" em substituição à eventual "combinação entre concorrentes"? Ambos produzem perniciosos e inconstitucionais efeitos. O mercado não deve ser gerido pelo juiz, mas por suas próprias condições.

Não se está a dizer que a intervenção do Judiciário deve ser proscrita. *Non liquet* não lhe é permitido; a resposta do Judiciário é imposição do princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art.5º, XXXV). Sobre o papel do Judiciário no controle de políticas públicas em geral, bem lembrou Rister, por um longo período na tradição jurídica do Brasil entendeu-se "no sentido de aproximar as políticas públicas aos atos de gestão ou atos puramente políticos, de governo, razão pela qual tais atos dos governantes estariam a salvo do controle judicial." (RISTER, 2007, p.459)<sup>10</sup> No proscênio atual a ideia de que "as políticas públicas têm ligação direta com o Estado Democrático de Direito" (SANTIN, 2004, p.30) fez evoluir o paradigma nesse campo. O primado da supremacia da Constituição precisa ser levado a efeito pelo Poder Judiciário. Concordando com Mancuso, Rister admite "amplo e exauriente" controle judicial de políticas públicas (RISTER, 2007, p.453), quer quanto aos fins

---

<sup>10</sup> Referida autora cita dispositivos da Constituição de 1934, 1937, 1967 e EC 1 de 1969 nesse sentido. Determinação expressa no sentido de que "é vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas" constou nas Constituições de 34 (art.68) e 37 (art.94); já nas de 67 (art.173) e na EC 69 (art. 181) constou expressamente cláusula de exclusão da apreciação judicial quanto aos atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964 (cf. RISTER, 2007, p.459).

almejados - "que devem se amoldar ao 'desenho' ou modelo previamente traçados pela Constituição e pela leis que porventura regrarem tais políticas" (RISTER, 2007, p.453) - quer dos meios empregados para concretizar tais fins.

Contudo, a prestação jurisdicional há de ser cercada de prudência extrema sob pena de alcançar justamente o que se quer evitar: o engessamento da realidade econômica dinâmica e multifacetada que é o mercado. É bem verdade que, por vezes, a intervenção judicial se faz necessária, sob pena de negar efetividade a direitos e a valores reconhecidos expressamente na Constituição, mas a prudência avulta em importância pelas razões referidas.

Donde o excesso na interferência judicial, com foros de dirigismo econômico, poderá provocar efeito indesejado de imiscuir-se o juiz em seara que não lhe é própria, mas sim dos próprio agentes econômicos e das autoridades administrativas forjadas justamente para regulamentação do mercado, como é o caso das entidades componentes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Tamanha ingerência judicial merece ser evitada, pois, à míngua de solo firme ou à revelia de todo o contexto econômico, acaba por embotar a naturalidade do mercado. Não se entremostra natural, muito menos salutar, a judicialização do mercado, o que, sim, representaria uma ameaça à livre concorrência e a direitos do consumidor em flagrante ofensa aos desígnios constitucionais. Perscrutando acerca do tema da justiça, Aristóteles principia o livro V da *Ética a Nicômaco*: "No que tange à justiça e à injustiça temos que indagar precisamente a que tipos de ações elas concernem, em que sentido é a justiça uma mediania e entre quais extremos o ato justo é mediano" (ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, 1126a1). Mais a frente, o filósofo no exame dos tipos de justiça registra que naquela distributiva o justo "é uma mediania entre dois extremos que são desproporcionais, uma vez que o proporcional é uma mediania e o justo é o proporcional" (ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, 1131b10); e, se assim é, "o justo nesse sentido é, portanto, o proporcional e o injusto é aquilo que transgride a proporção" (ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, 1131b15). Dilucida, ainda, Bittar:

A injustiça, neste sentido, é o desigual, e corresponde ao recebimento de uma quantia menor de benefícios ou uma quantia maior de encargos que seriam realmente devidos a cada súdito. Ocorrendo a injustiça na distribuição, tendo-se uma escassez de benefícios ou um excesso de ônus, para uns, e um excesso de benefícios ou uma escassez de ônus, para

outros, injusto é aquele que distribui, se consciente do mal que comete, uma vez que é deste que parte a iniciativa da ação de aquinhoamento e partição. (BITTAR, 1999, p.87).

Com efeito, se de um lado a sanha de dominação dos agentes econômicos privados e a inércia dos órgãos administrativos implica, em igual proporção, lesão aos valores e direitos postos a bom recato pela Constituição; por outro lado, é de se ter em conta que também ao Poder Judiciário é proscrito firmar entraves à livre concorrência, a solapar injustificadamente a espontaneidade do mercado. Assim, apenas quando comedida e temperante, estabelecida entre a escassez e o excesso, a atuação do Poder Judiciário pautada pelos ditames constitucionais e democráticos acautela-se de lanhar de morte os princípios da ordem econômica que visa efetivar. Até porque é dever ético do juiz, especialmente ao proferir decisões, estar atento às consequências que pode causar: "Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar." (art. 25 do Código de Ética da Magistratura Nacional)

Contraproducente que é, deve-se a todo o custo rechaçar a tutela jurisdicional apta a extirpar a naturalidade do mercado, como proibir sem mais nem quê a venda produtos abaixo do custo; não é incomum, ainda, a necessidade justificada de estabelecimento de parcerias entre agentes econômicos até à guisa de reação mercadológica própria do sistema concorrencial como única forma de sobrevivência das organizações. Vale repisar que a escorreita apreciação das causas pelo Judiciário não prescinde, como acentuado alhures, da consideração de todo o contexto econômico específico do mercado como um todo. Não visando os fins proibidos no *caput* do art.36 da Lei 12.529/11, proscrever reações próprias do mercado via judicial entremostra-se providência intervencionista, demasiado drástica e inflexível.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007.

BASTOS, Aurélio Wander. **Cartéis e Concorrência**. In: BASTOS, Aurélio Wander (org). Estudos Introdutórios de direito econômico. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A justiça em Aristóteles**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. **As relações entre ética e política na concepção da justiça em Aristóteles**. Revista CEJ, v. 15, n. 55, set./dez.2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA, Ilton Garcia (Org.); GIACOIA, Gilberto. (Org.). Parceria Público Privada - PPP e Agências Reguladoras. **Questões Críticas**. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2014.

COSTA, Ilton Garcia (Org.); SANTIN, Valter Foletto (Org.). **Organizações Sociais, efetivações e inclusão social**. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2014.

COSTA, Ilton Garcia. **Terceiro Setor**: Solução para um estado engessado?. In: COSTA, Ilton Garcia (Org.); FREITAS, Paulo. H. Souza (Org.) . Terceiro setor, ongs: questões críticas. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012, p.9-29.

GARCIA, Maria. **Limites da Ciência**. 1ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GIACOIA, Gilberto. Justiça e Dignidade. **Argumenta** (FUNDINOPI), Jacarezinho, v. 2, n.1, p. 11-31, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica da constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MALARD, Neide Terezinha. **Cartel**. In: BASTOS, Aurélio Wander (org). Estudos Introdutórios de direito econômico. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PETTER, Lafayete Josué. **Direito Econômico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública**: eficiência do serviço de prevenção e repressão ao crime. 1ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

TEMER, Michel. **Democracia e cidadania**. 1ªed. São Paulo: Malheiros, 2006.