

DOCTRINA**JULGAMENTO DE CARTÉIS E O USO DE PROVAS INDIRETAS****Thompson A. Andrade***Conselheiro do CADE;**Professor Titular da Faculdade de Economia da UERJ;**Ph.D. em Economia pelo University College da Universidade de Londres;**M.A. em Economia pela Vanderbilt University, Ten-nessee, U.S.A.**E-mail: thompson@uerj.br*

São conhecidas as dificuldades de instruir processos nos quais as empresas são acusadas de adoção de práticas concertadas. Estas dificuldades podem resultar do fato de que a conduta caracterizada delas é derivada de entendimentos não formalizados por meio de acordos escritos ou de qualquer outra forma material de estabelecer relações entre agentes econômicos. O objetivo deste texto é examinar a questão da punição do cartel vista pelo ângulo de quem tem a tarefa não de instruir estes processos, mas sim de julgá-los.

Lê-se no artigo 21 da Lei nº 8.884/94 que no Brasil o cartel é uma prática anticompetitiva:

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:

I _ fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços.

Um enunciado tão simples para definir uma das características do funcionamento de um cartel é insuficiente no que concerne à possibilidade de se punir esta prática. A comprovação da conduta insere-se no rol das grandes dificuldades que qualquer sistema de defesa da concorrência apresenta para efetivamente adotar ações repressivas quanto à implementação de práticas anticoncorrenciais pelas empresas. No caso específico dos cartéis, esta dificuldade explica a escassez de punição desta prática no Brasil, menos porque ela seja inexistente no nosso território, e mais porque os órgãos de defesa da concorrência não têm tido condição de materializar provas contra eventuais cartéis existentes na economia brasileira.

Não é fácil obter provas documentais baseadas em contratos, atas de assembleias, acordos assinados e outras evidências, como as colhidas em audiências de instrução, escutas e em inspeções nas empresas, o que faz com que a instrução dos processos contra cartéis tenda a ficar um longo tempo à espera de obtenção de um mínimo de provas para ser enfim enviados para julgamento ou em estado letárgico, com destino ao arquivamento.

É bem verdade que além da prova direta, qual seja, aquela que se baseia em documentos que demonstram a existência da conduta caracterizada, ainda é possível o uso da prova indireta. Esta prova, quando utilizada para demonstrar a ocorrência de um outro fato, implicaria por construção lógica a demonstração da ocorrência da conduta infrativa à concorrência, como o cartel. Neste caso, as provas são indícios que pressupõem que os agentes econômicos com grande probabilidade se comportaram de forma a concertar as suas ações.

No caso brasileiro, o CADE tem julgado alguns processos com fundamento em indícios de conduta caracterizada, os quais levaram seus conselheiros a punir as empresas usando o pressuposto de conexão causal entre as provas indiretas e o seu comportamento anticompetitivo. A construção lógica frequentemente utilizada é aquela disponibilizada pela Teoria Econômica, quando aplicada à análise dos eventos empresariais e do mercado.

Do ponto de vista do juiz, o uso de provas indiciárias não apresenta nenhuma novidade e nem se constitui em uma dificuldade se existir a conexão lógica pressuposta no seu uso. No caso específico de condutas econômicas a dificuldade deste uso aparece pelo fato de que a Ciência Econômica não é uma ciência exata, da qual possam se extrair de forma incontroversa postulados e corolários. A rationale econômica depende muito da estrutura teórica que está sendo utilizada, embora haja resultados analíticos de ampla aceitação entre as diferentes linhas de pensamento econômico. Portanto, não é simples associar eventos econômicos, já que nem sempre se pode argumentar de forma unívoca que "uma vez que ocorreu x, segue-se que lhe tenha precedido a ocorrência de y". Na realidade, em Economia é possível identificar teoricamente diferentes pressupostos causais capazes de produzir o mesmo resultado. Uma fácil evidência disto são os modelos econômicos temporais idênticos que são gerados por diferentes hipóteses de i) defasagens distribuídas, ii) ajustamento parcial e iii) expectativas adaptativas, todos produzindo a mesma estrutura econômica. Portanto, a possibilidade de usar provas indiciárias no julgamento de cartéis não elimina necessariamente o esforço do julgador em encontrar elementos de condenação de práticas concertadas entre empresas.

Ruy Santacruz, ex-conselheiro do CADE, ao julgar o processo de cartel envolvendo a CSN, a USIMINAS e a COSIPA, empresas brasileiras do setor siderúrgico, chamou a atenção no seu voto para a dificuldade teórica de se fazer a conexão lógica(1):

"...ou seja, se uma situação de mercado só puder ser explicada pela formação de cartel, este restará configurado. Entretanto, se houver outra explicação racional para o procedimento das empresas ou para o que aconteceu no mercado, a infração não estaria configurada".

Neste mesmo processo, Santacruz mostra que em princípio seria razoável a argumentação de defesa das representadas de que elas sendo empresas produtoras de produtos homogêneos, dotadas de processos produtivos semelhantes e com preços cotados ao nível internacional, exibiriam preços semelhantes e não teriam possibilidades de estabelecer preços abusivos. Esta aceitação baseia-se no fato de que um oligopólio com aquelas características tende a ter preços próximos, mesmo na ausência de acordo explícito entre as empresas, conforme mostra a análise econômica(2). Logo, a ocorrência de preços semelhantes e de reajustes com igual percentual, muitas vezes efetuados em datas próximas, não é uma condição suficiente para caracterizar uma conduta carterizada. Portanto, estes indícios de conduta concertada entre empresas só poderão ser assim considerados pelo julgador quando combinados com outros, de forma a deslindar a natureza intrínseca da prática. Não é adequado fundamentar a decisão de condenar o cartel usando apenas indícios indiretos que não apresentam, como neste caso do oligopólio brasileiro de aços planos, conexão lógica sustentável se não complementada por outras evidências.

Nota:

(1) Processo Administrativo nº 08000.15337/97-48.

(2) Conforme o mesmo voto de Santacruz, p. 26.

Outras manifestações de conduta de empresas, como o paralelismo de prática e a liderança (seguida pelas demais empresas do oligopólio) nos reajustes de preços, por si só não podem ser caracterizadoras de prática concertada entre empresas dentro de um cartel. A observação destas manifestações pode ser perfeitamente explicada do ponto de vista econômico por regras racionais isoladas, estabelecidas pelas empresas para se manter no mercado.

Estes exemplos, portanto, evidenciam que a tarefa do juiz não fica mais fácil pelo fato de haver possibilidades indiretas de comprovar a ação concertada entre as empresas. Uma vez coletados estes indícios indiretos, ainda restará ao juiz discernir de que forma podem ser associados em uma estrutura analítica que forme a sua convicção de que são gerados inquestionavelmente por um cartel.

A prática de listar as condições clássicas para a formação de um cartel e sustentação e verificar se elas estão presentes no caso em exame, pode ser um bom começo para identificar inicialmente se há condições estruturais para o funcionamento de um cartel. Entretanto, ainda assim será necessário examinar outras circunstâncias para verificar se é possível firmar uma convicção de conduta carterizada das empresas envolvidas.

Um bom caso para exemplificar esta situação é o processo envolvendo a CSC, a USIMINAS e a COSIPA, caso já citado neste texto(3). Tem-se as seguintes condições clássicas para a formação de um cartel de preços:

Nota:

(3) O que se segue baseia nos argumentos utilizados pelo conselheiro-relator Ruy Santacruz, no seu voto.

- 1) pequeno número de firmas,
- 2) produto homogêneo,
- 3) elevadas barreiras à entrada,
- 4) baixos custos de monitoramento,
- 5) ausência de estímulos à deserção
- 6) estruturas de custos semelhantes,
- 7) tecnologia de produção madura e semelhante,
- 8) estabilidade nas participações de mercado.

Estas condições parecem estar presentes no caso do oligopólio brasileiro de aços e, portanto, já seriam um bom indicador da possibilidade de existência de um incentivo para implementar condutas concertadas entre as empresas deste oligopólio.

O problema, entretanto, é que embora estas condições facilitem o aparecimento e o funcionamento de um cartel, elas

também são condições de mercado que podem propiciar, mesmo sem a existência de um cartel, que preços semelhantes e os seus reajustes ocorram em dimensão e tempo semelhantes. Logo, persiste o problema básico que está sendo enfatizado neste texto, qual seja, o problema de identificação das causas. Aliás, os economistas estão acostumados a lidar com esta questão da identificação dos seus modelos econométricos, pois a situação é semelhante: se houver superidentificação, o modelo econométrico estima mais de um valor para os parâmetros dele; isto significa que os valores observados para as variáveis dependentes do modelo podem ter sido gerados por duas ou mais estruturas econômicas diferentes. A situação nos julgamentos de cartéis, a falta de provas diretas da conduta anticoncorrencial, e o uso de indícios indiretos podem levar a uma situação similar: preços e reajustes de preços semelhantes (feitos em ocasiões próximas) podem ser conseqüência de condutas carterizadas, mas também podem ser produto do esforço das empresas em se manter no mercado. A grande diferença - e que diferença! - é que no primeiro caso a situação é de prática a ser punida pela lei de defesa da concorrência e, no segundo caso, trata-se de ações perfeitamente legais e racionais do ponto de vista econômico.

Ficou claro no julgamento deste cartel brasileiro que o impasse para a condenação teve que se apoiar em uma evidência adicional, a qual tratou-se de uma reunião a que compareceram as três empresas e mais o Instituto Brasileiro de Siderurgia, reunião feita no Ministério da Fazenda. Os seus representantes lá compareceram para advogar reajustes no preço do aço, evidenciando que já teriam tido contato anterior, concertando suas ações junto ao governo brasileiro. Este fato e mais as evidências indiretas levaram o CADE a condenar o cartel e a impor pesadas multas aos participantes dele.

É bom recordar a evolução que o problema de julgamento de cartéis teve nos Estados Unidos. Inicialmente, considerava-se imprescindível a existência de prova material para condenar as empresas acusadas. Por prova material entendia-se a comprovação de acordos realizados entre as empresas, como atas de reuniões, depoimentos de testemunhas e tudo mais que mostrasse de maneira clara e objetiva que as empresas tinham antecedido a sua ação de estabelecer preços semelhantes por meio de algum tipo de acordo. Como era difícil, e ainda é, ter provas materiais, a condenação de cartéis era inviabilizada, como pode ser retratado pelo caso da American Tobacco Co. Mais tarde, entretanto, por força principalmente de novo entendimento adotado pela Federal Trade Commission, passou-se a considerar que evidências de paralelismo de conduta de fixação de preços deveriam ser considerados como prova suficiente de atuação carterizada e as empresas envolvidas deveriam ser condenadas. Estes entendimentos diversos vigoraram nos anos 40. Em 1954, a Suprema Corte americana, acertadamente, estabeleceu que a comprovação de paralelismo de conduta não é prova suficiente. Esta decisão estava coerente com as demonstrações econômicas de que, tendo em vista a interdependência das ações de empresas participantes em um mercado oligopolizado, podem ser observados comportamentos de preços paralelos de um produto homogêneo, os quais poderiam ser erroneamente considerados como gerados por acordos de colusão. Mesmo os casos de liderança de preços, os quais poderiam ser entendidos inicialmente como um procedimento de associação nas decisões das empresas de um mercado oligopolizado, podem às vezes ser descartados como uma situação de cartel, pois não necessariamente implicam que o líder estaria coagindo os liderados a também reajustar seus preços, ou que esteja sendo afastada a rivalidade entre as empresas.

Julgados no CADE mostram que os conselheiros têm entendido que a observação de paralelismo de preços e outras condutas deste tipo não podem, por si só, serem consideradas como um indício suficiente para caracterizar uma dada situação de mercado como um cartel. Estes julgados se basearam na impossibilidade de se demonstrar que haveria conluio entre as empresas, pois que haveria pelo menos uma explicação econômica razoável para o observado, ou seja, haveria uma racionalidade econômica no comportamento das empresas.

As considerações que estão sendo feitas no presente texto não têm, obviamente, o intuito de enfraquecer a busca de provas indiretas quando os processos para apurar casos de cartel estão em fase de instrução. Dado que pode ser extremamente difícil obter provas diretas, a investigação de indícios indiretos é importante como tentativa de enquadrar o comportamento de potenciais empresas carterizadas dentro de uma moldura que tipifique suas práticas como anticoncorrenciais. O propósito deste texto é apenas mostrar que mesmo com a obtenção de indícios indiretos das condutas infrativas, caberá ainda ao julgador uma tarefa árdua de examiná-los e firmar a sua convicção de que são suficientes e adequados para condenar o cartel.