

PROCESSO ADMINISTRATIVO**Nº 08012.000677/1999-70**

Representantes: Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE/MJ "ex officio" e Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda - SEAE/MF.

Representados: Viação Aérea Rio-Grandense – VARIG S.A., Transportes Aéreos Regionais S.A. – TAM, TRANSBRASIL Linhas Aéreas e Viação Aérea São Paulo S.A. (VASP), e seus respectivos administradores, Fernando da Cruz Pinto (VARIG), Rolim Adolfo Amaro (TAM), Wagner Canhedo Azevedo (VASP) e Celso Cipriani (TRANSBRASIL).

Advogados: Carlos Roberto Siqueira Castro (VASP), Bolívar Barbosa Moura Rocha (TAM), Arnaldo Wald (VARIG) e Outros.

Relator: Conselheiro THOMPSON ALMEIDA ANDRADE.

Data de publicação do Acórdão: 03.11.2004.

EMENTA

Processo Administrativo. Prática de condutas restritivas à ordem econômica. Caracterização de condutas elencadas no art. 20, incisos I, c.c. o art. 21, incisos I e II, ambos da Lei nº 8.884/94. Condenação das Representadas Viação Aérea Rio-Grandense – VARIG S.A., Transportes Aéreos Regionais S.A. – TAM, TRANSBRASIL Linhas Aéreas e Viação Aérea São Paulo S.A. (VASP) ao pagamento de multa nos termos do art. 23, III, da Lei nº 8.884/94 e demais penalidades.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam a Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por maioria, condenar as Representadas Viação Aérea Rio-Grandense – VARIG S.A., Transportes Aéreos Regionais S.A. – TAM, TRANSBRASIL Linhas Aéreas e Viação Aérea São Paulo S.A. (VASP), pela prática de infração da ordem econômica prescrita pelo art. 20, inciso I, c.c. o art. 21, incisos I e II, ambos da Lei nº 8.884/94, aplicando-lhes as seguintes penalidades: A) aplicação de multa, para cada uma das empresas condenadas, de 1% (um por cento) pertinente ao valor do faturamento bruto obtido sobre o Mercado Relevante definido como o da ponte aérea entre os aeroportos Santos Dumont (Rio de Janeiro) e Congonhas (São Paulo) referente ao exercício de 1999 (ano da infração), nos termos do art. 23, I c/c art. 27 e seus incisos da Lei nº 8.884/94 e art. 11 da Lei nº 9.021/95; B) A obrigação de apresentar à Comissão de Acompanhamento das Decisões do CADE (CAD/CADE) os valores de seus respectivos faturamentos relativos ao exercício de 1999, para efeito de liquidação do valor da condenação, 15 (quinze) dias após a publicação do acórdão da presente decisão, sob pena de aplicação de multa diária de 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais de Referência - UFIR, nos termos do art. 26, caput da Lei nº 8.884/94; C) A obrigação de não mais fixar e divulgar aos seus concorrentes a redução paralela de descontos e reajustes aplicados, por qualquer meio de divulgação; D) Publicar, às suas expensas e sem prejuízo da multa aplicada, em meia página de jornal de grande circulação no mercado relevante definido, o teor do acórdão, por dois dias seguidos e em duas semanas consecutivas, conforme prescrição do art. 24, I da Lei nº 8.884/94; E) Aplicação, no caso de continuidade da conduta praticada ou de outra que configure infração da ordem econômica, e caso haja descumprimento das cominações enunciadas pelos itens (a), (c) e (d) acima, de multa diária no valor de R\$ 5.320,50 (cinco mil, trezentos e vinte reais e cinquenta centavos), correspondentes a 5.000 (cinco mil) UFIR, com fulcro no art. 25 da Lei nº 8.884/94; F) Comprovar, perante o CADE, o cumprimento das determinações supra, no prazo de 60 (sessenta) dias, a partir da publicação do acórdão da presente decisão. Vencidos, no mérito, a Presidente Elizabeth Farina e o Conselheiro Thompson Almeida Andrade e, no tocante à base de cálculo do valor da multa aplicada, foi vencido o Conselheiro Roberto Pfeiffer. Participaram do julgamento a Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina e os Conselheiros Thompson Almeida Andrade, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Luiz Alberto Esteves Scaloppe, Ricardo Villas Bôas Cueva e Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado.

Brasília (DF), 15 de setembro de 2004 (data do julgamento – 330ª SO).

LUIZ ALBERTO ESTEVES SCALOPPE

Conselheiro-Relator

ELIZABETH M. M. Q. FARINA

Presidente do Conselho

**VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
THOMPSON ALMEIDA ANDRADE****1 – DO PROCESSO ADMINISTRATIVO**

O presente processo administrativo foi instaurado em 28 de março de 2000, através de Despacho nº 180/2000 do Secretário de Direito Econômico. As denúncias encaminhadas à SDE, que deram origem ao processo, partiram das seguintes fontes:

1. Inicialmente, o Instituto Brasileiro do Turismo - EMBRATUR, através de ofício datado de 21 de janeiro de 1999,

http://127.0.0.1:49152/NXT/gateway.dll/LibCade/cade1/cadeid1_13_revista06_04_2005/cadeid1_r_0... 15/10/2009

questionava a legalidade da “decisão das companhias aéreas, em conjunto, e anunciada pelo jornal O GLOBO do dia 19 de janeiro próximo passado, segundo o qual as companhias, de maneira uniforme, reduziram os descontos das tarifas aéreas domésticas ao limite de 30%, ao invés do procedimento que ora é praticado de liberdade para a fixação dos referidos descontos, conforme o regime de mercado”. Em 03 de fevereiro de 1999, o então Presidente do CADE, Gesner Oliveira, encaminhou também representação à SDE solicitando a adoção de medidas cabíveis contra as companhias aéreas em razão da redução conjunta dos descontos de 60% para 30%.

2. Em 20 de janeiro de 2000, a SEAE encaminhou a Nota Técnica nº 006/2000 SEAE/COGDC informando que “no dia 03 de agosto de 1999, os presidentes das quatro maiores empresas de transporte aéreo reuniram-se na cidade de São Paulo. Seis dias mais tarde, os preços das passagens aéreas entre os aeroportos centrais das cidades de Rio de Janeiro e de São Paulo comercializadas por essas quatro empresas subiram 10%”. Após a análise das possíveis explicações para a conduta descrita, a SEAE concluiu que “são fortes os indícios da existência de infração à ordem econômica por meio de aumento de preços decorrente de conduta anticompetitiva no mercado de serviços de transporte aéreo entre os aeroportos centrais das cidades do Rio de Janeiro e São Paulo”.

Em relação à primeira denúncia, referente à elevação das tarifas conjuntamente em janeiro de 2000, a SDE não logrou alcançar qualquer resultado nas suas investigações acerca do suposto acordo que explicasse o reajuste conjunto das companhias naquele mês, segundo representação da EMBRATUR e do Presidente do CADE.

Quanto à segunda denúncia, formulada pela SEAE, a SDE, após ouvir as representadas, em sede de Averiguações Preliminares, e fortemente amparada nos argumentos expendidos na Nota Técnica SEAE nº 06/2000, de 20 de janeiro de 2000, decidiu pela abertura de Processo Administrativo.

No Despacho nº 180/2000, que instaurou o processo administrativo, a SDE considerou que as empresas aéreas e seus respectivos administradores seriam investigados para apurar a existência de condutas passíveis de enquadramento no art. 21, incisos I, II e XXIV, da Lei nº 8.884/94, de 11 de junho de 1994, tendo como efeito as infrações definidas no art. 20, incisos I, III e IV. Segue abaixo a transcrição dos dispositivos legais acima citados:

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;

II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

(...)

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

Art. 20. 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.

2 – DAS PRELIMINARES

A Varig, às fls. 1.199/1.247, alegou em sua defesa, preliminarmente, a incompetência da SDE e do CADE para controlar a política tarifária de empresas concessionárias de serviços públicos, assim como a nulidade da instauração do processo em razão da ausência de fundamentação da decisão.

A TAM argüiu, em sede de preliminar (fls. 1.301/1.358), também, a nulidade do despacho de instauração devido à falta de fundamentação e motivação, e a incompetência do CADE para julgar o processo, dado ser o DAC o órgão competente para regulamentar e fiscalizar o setor aéreo, inclusive no que diz respeito ao controle de condutas anticoncorrenciais e da política tarifária.

A TAM (fls. 1.887/1.918 e fls. 2.333/2.341) e a Vasp (fls. 1.928/2.932) sustentaram que a SDE não procedeu à análise dos seus argumentos apresentados ao longo da instrução processual, o que ensejaria o desrespeito à garantia da ampla defesa. A TAM alegou, também, que a produção de provas sobre o sistema ATPCO não contou com a participação das Representadas, tendo a SDE realizado diligências sem as comunicar. A defesa da TAM atacou também os fundamentos utilizados pela SDE para a adoção da Medida Preventiva, seja porque teria adotado como fundamento da Medida Preventiva provas de outro processo, quando fez referência a um aumento de preços das passagens aéreas ocorridos em 22 de julho de 2002, objeto de investigação do Procedimento Administrativo nº 08012.005637/2002-35. Ao final da instrução processual realizada no CADE, a TAM protocolizou parecer da Professora Ada Pellegrini Grinover onde esta reafirma ser imprescindível a observância do devido processo legal nos processos administrativos. O devido processo legal garante não só o direito ao contraditório e à ampla defesa, mas também o direito à análise, pela autoridade administrativa, dos argumentos e elementos de prova encaminhados pela parte, de modo a que a decisão final seja plenamente motivada.

Passo, a seguir, a examinar cada uma das preliminares alegadas pelas partes.

Quanto ao Despacho que instaurou o Processo Administrativo, observa-se que este acolhe a Nota Técnica emitida pelo Diretor do Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE (fls. 1.020/1.021). Portanto, além de ter especificado os fatos a serem apurados e os fundamentos legais para tal, o Despacho instaurador acatou a referida Nota Técnica que especifica e esclarece cabalmente os fatos a serem apurados e as supostas infrações a serem investigadas.

O §1º do artigo 50 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, prevê claramente a possibilidade de adoção de fundamentos constantes de pareceres ou sugestões contidas nos autos, sem a necessidade de transcrevê-los, como se vê na reprodução do artigo a seguir:

Art. 50

§1º - a motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Ademais, as defesas efetuadas pelas Representadas comprovam que estas se defenderam dos fatos e condutas especificados naquela Nota Técnica utilizada para fundamentar o despacho instaurador.

Quanto à arguição da incompetência dos órgãos de defesa da concorrência para controlar política tarifária das empresas concessionárias de serviços de transporte aéreo, cumpre notar que o presente processo não trata da formulação ou da fiscalização do cumprimento, pelas Representadas, dos parâmetros e limites definidos pela política tarifária estabelecida pelo órgão setorial (DAC). Antes, ao estabelecerem, individualmente, as regras de descontos nas tarifas máximas autorizadas pelo DAC, as empresas aéreas concorrem entre si na disputa pelos usuários dos serviços aéreos de transporte de passageiros. A prática de retirar ou alterar o percentual de descontos concedidos, não implica descumprimento das determinações do órgão setorial. Entretanto, ao combinar o patamar de descontos a serem praticados, embora estes se mantenham dentro da banda tarifária autorizada, infringem o disposto na Lei nº 8.884/94, a qual abrange mesmo setores econômicos regulados, conforme dispõe o artigo 15 da mesma lei:

Art. 15. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Relativamente às alegações da Vasp e da TAM de que a SDE não procedeu à análise dos seus argumentos apresentados ao longo da instrução processual, o que ensejaria o desrespeito à garantia da ampla defesa, às fls. 3.037/3.039, a SDE contestou estas alegações das Representadas destacando os argumentos centrais levantados foram enfrentados pela SDE. De fato, na sua extensa Nota Técnica de fls. 2.352/2.404 foram abordadas pela SDE todas as preliminares, assim como as questões relativas ao mérito, trazidas aos autos pela Representadas.

Sendo assim, acato os argumentos da SDE quanto ao tratamento dado às alegações das Representadas, destacando que esta Secretaria agiu corretamente no cumprimento do seu dever legal ao analisar todas as petições que lhe foram dirigidas, desde que estas tenham relação com os fatos investigados, descartando argumentos falsos ou, no mínimo, desinformados.

Este é o caso das inúmeras manifestações prestadas pela TAM no curso da instrução, tanto na SDE quanto no CADE, nas quais a Representada declara reiteradamente que a ferramenta da ATPCO first ticket date não teria sido utilizada pela Varig e pela TAM, no reajuste determinado no dia 06 de agosto de 1999. Isso contrariamente ao que declarou nos autos a própria Varig desde a sua primeira defesa (fl. 1.239/1.241), em 24 de maio de 2000, quando assumiu a utilização do first ticket date, até nas suas alegações finais (fl. 2.508) onde esta reiterou, em petição de 13 de novembro de 2002, que “a alteração tarifária foi inserida no sistema ATPCO assim que a decisão foi tomada, ou seja, no dia 6 com first ticket date para a primeira hora do dia 9”.

Mesmo depois que a Varig, em 05 de junho de 2002, juntou aos autos cópia da tela da ATPCO (fl. 3.106) contendo a nota de rodapé nº 15, onde se lê “TICKET MUST BE ISSUED ON AFTER 09AUG 99” (bilhetes devem ser emitidos a partir de 09 de agosto de 1999), a TAM manteve sua posição, induzindo a erro inclusive dois pareceristas contratados que seguiram afirmando que a “ferramenta nota de rodapé não está disponível no país” (Parecer do Profº Mario Luiz Possas, fl. 3.243) ou que “as ferramentas first ticket date e last ticket date não foram utilizadas para as reduções de descontos, conforme provado documentalmente pela consulente” (Profª Ada Pellegrini Grinover, fl. 3.229). Somente em petição protocolizada em 24 de junho de 2004, a TAM assumiu seu erro argumentando que somente em 23 de junho de 2004 a Varig apresentou cópia da tela da ATPCO com a respectiva nota de rodapé. Entretanto, como se viu, este documento já se encontrava juntado aos autos desde 05 de junho de 2002.

Quanto à alegação da TAM de que a investigação relativa ao sistema à ATPCO não respeitou os princípios da ampla defesa e do contraditório, constam dos autos os depoimentos prestados por funcionários da TAM (fls. 1.757/1.759 e 1.761/1.764) nos quais foram feitas várias perguntas a respeito do sistema ATPCO. Além disso, foram feitas várias diligências sobre o uso de determinadas ferramentas da ATPCO visando colher esclarecimentos sobre esta questão às fls. 1.976/1.999. Outrossim, a TAM apresentou diversas manifestações constantes dos autos apresentando sua visão sobre a utilização do sistema ATPCO.

Desse modo, considero insubsistentes as alegações trazidas pelas Representadas.

3 – DO MERCADO RELEVANTE

A conduta concertada teria sido utilizada para viabilizar uma redução de descontos nas passagens da ponte-aérea Rio de Janeiro - São Paulo, entre os aeroportos Santos Dumont (Rio) e Congonhas (SP). Desse modo, adoto como mercado relevante, no qual foi praticada a conduta, na dimensão produto e geográfica, o mercado de serviços de transporte aéreo regular na rota Santos Dumont/Congonhas, conforme definido pela SEAE e pela SDE.

Esta definição do mercado relevante levou em consideração, segundo ressaltaram as Secretarias, o fato dos passageiros que utilizam a ponte aérea serem constituídos, em sua maioria, de executivos de empresas que transitam entre as áreas centrais das cidades do Rio de Janeiro e São Paulo, sendo altamente sensíveis ao tempo de deslocamento. Esta característica faz com que os outros meios de transporte disponíveis (transporte rodoviário e ferroviário), assim como vôos não regulares ou que partam de outros aeroportos destas cidades (Guarulhos, em São Paulo, e Galeão, no Rio de Janeiro), não sejam substitutos próximos.

Conforme se vê no quadro abaixo, as Representadas detinham 100% da oferta de assentos nas rotas Santos Dumont-

Congonhas e Congonhas-Santos Dumont, em 1998.

Oferta de Assentos nas Rotas Santos Dumont-Congonhas e Congonhas-Santos Dumont - 1998

EMPRESA	PARTICIPAÇÃO (%)
Varig	44,2
TAM	23,1
Transbrasil	13,6
Vasp	19,1
Total	100,0

Fonte: SEAE.

Além de controlarem a totalidade da oferta, as Representadas beneficiavam-se com a presença de elevadas barreiras à entrada no mercado relevante. Os mercados de transporte aéreo de passageiros no Brasil possuem substanciais barreiras legais, físicas e econômicas à entrada. As barreiras legais referem-se a uma regulação que impõe forte controle do ingresso de novas empresas e da ampliação da oferta de vôos. As barreiras físicas dizem respeito às limitações da infra-estrutura aeroportuária disponível. E as barreiras econômicas ligam-se aos investimentos necessários para a aquisição (leasing) de aeronaves, gastos em publicidade e marketing, além da compra de serviços prestados por sistemas de informação e reservas, com vistas a conferir visibilidade e reputação ao novo ofertante. Tais atributos conferem às Representadas poder de mercado para aumentar conjuntamente os preços sem atrair novos concorrentes.

Além disso, outras condições presentes no mercado facilitam a adoção de condutas concertadas, como a elevada homogeneidade do produto, o reduzido número de ofertantes e a estrutura de custos similar entre as empresas. Desse modo, é possível inferir que as Representadas poderiam conjuntamente alcançar os efeitos previstos no art. 20 da Lei nº 8.884/94.

4 – DOS ELEMENTOS COMPROBATÓRIOS

4.1 – NOTA TÉCNICA DA SEAE

A SEAE procurou verificar a aplicabilidade, no presente caso, da doutrina no paralelismo plus já utilizada pelo CADE no julgamento do Processo Administrativo nº 08000.015337/97-48, no qual foram condenadas as empresas CSN, Cosipa e Usiminas por conduta concertada. Naquele caso, como neste, houve a realização de reunião dos representantes das empresas antes da prática de reajustes de preços pelas concorrentes, em datas e em percentuais muito próximos. Na doutrina do paralelismo plus o convencimento do julgador se faz por meio de provas indiciárias, que afastam as possibilidades lógicas da prática ter ocorrido em razão de outros fatores que a justificaria do ponto de vista legal, ou seja, sem o recurso de qualquer acordo ou colusão entre concorrentes. Afastadas todas as hipóteses possíveis, alegadas ou não pelas partes (como estrutura de custos similares entre as empresas, fenômeno da liderança de preços, etc.), que poderiam ter dado ensejo ao paralelismo de preço sem o recurso de práticas ilegais, a autoridade pode concluir pela caracterização da conduta concertada, diante da concorrência de um plus, ou seja, algum outro elemento concreto de prova, como uma reunião ou comunicação entre as empresas, que poderia ter sido utilizado como mecanismo de coordenação do cartel.

Na sua Nota Técnica de 20 de janeiro de 2000, a SEAE considerou 4 hipóteses (coincidência, liderança de preços, reajuste governamental no teto máximo das tarifas em 10% e aumento de 10% nos custos das empresas) que poderiam justificar os aumentos de preços sem a existência de acordo. Todas as hipóteses foram descartadas pela SEAE após análise da sua plausibilidade, conforme se vê abaixo.

1. Com relação à coincidência, a SEAE considerou estatisticamente improvável a possibilidade de quatro empresas aéreas, ao acaso, alterarem as suas tarifas no mesmo percentual e na mesma data, de forma independente e sem comunicação mútua prévia;

2. Quanto à liderança de preços, esta hipótese também foi descartada. Esse fenômeno pode funcionar como um mecanismo de coordenação de mercado sem existência de acordo explícito entre os players do mercado. Entretanto, em virtude da simultaneidade e da falta de declaração prévia do aumento, sequer pela possível “líder” do mercado, a VARIG, concluiu a Secretaria pela falta de intervalo temporal razoável para que se verificasse a liderança de preços;

3. Observou-se também a não ocorrência de qualquer fator externo governamental que sinalizasse no sentido do reajuste no percentual e na data considerados. Com efeito, o último reajuste havia sido autorizado pelo DAC dois meses antes da redução dos descontos e em percentual diverso (10,9%);

4. Por fim, analisada a possível sinalização por agravamento de custos, também foi descartada, uma vez que nenhum item relevante de custo das empresas havia variado à ordem de 10%, assim como a configuração da sinalização simultânea seria improvável, por exigir que as empresas tivessem incidências idênticas de insumos em suas planilhas.

Na mesma Nota Técnica, a SEAE relatou as versões dadas pelos órgãos de imprensa sobre os assuntos tratados na reunião realizada no Hotel Sofitel, na cidade de São Paulo, em 03 de agosto de 1999, entre os Presidentes da VARIG, Fernando Pinto, da TAM, Rolim Amaro, da VASP, Wagner Canhedo e o Presidente do Conselho de Administração da Transbrasil, Celso Cipriani. O Jornal Gazeta Mercantil informou que “devem ter sido abordados o enfraquecimento da atuação no exterior, a criação da Agência Nacional da Aviação Civil e questões pontuais, como as instalações, construídas e mantidas pelas empresas nos terrenos de propriedade da Infraero”. Para o jornal O Globo, na reunião se discutiu “a possibilidade de fusão entre as companhias”, “a crise que o setor enfrenta e a forma como negociar com o Governo o pagamento de indenizações por perdas desde o Plano Cruzado”. Segundo o jornal “A Folha de São Paulo”, o Presidente da TAM declarou à sua equipe de reportagem que “o objetivo da reunião era tratar de cooperação na área operacional”. Por fim, a SEAE concluiu

que a realização da reunião entre os presidentes das 4 companhias “poucos dias antes do reajuste representa forte indício de adoção de conduta concertada pelas 4 maiores empresas do país”.

Nos itens seguintes serão analisados os resultados das investigações levadas a efeito pelas Secretarias no sentido de comprovar a conduta concertada que teria redundado na fixação conjunta do reajuste das tarifas aéreas na ponte aérea Rio/São Paulo.

4.2 – DOS RESULTADOS DAS INVESTIGAÇÕES EFETUADAS PELA SDE E PELA SEAE

O resultados das investigações feitas pela SEAE e SDE foram expostos nos pareceres técnicos juntados às fls. 03/88 do anexo confidencial (Parecer nº 363/2001 SEAE/MF) e fls. 2.943/3.051 dos autos (Nota Técnica da SDE). Além dos pareceres, constam dos autos as informações coletadas pelas Secretarias, através de diligências e oitivas realizadas ao longo da instrução processual, que serão examinadas conforme sua importância para o desvelamento dos fatos.

Conforme visto acima, a SEAE, na Nota Técnica de 20 de janeiro de 2000, examinou e afastou inicialmente a possibilidade dos reajustes entre as empresas terem ocorrido devido a fatores explicativos como coincidência, pressão de custos, liderança de preços e sinalização externa do governo por meio do reajuste do teto tarifário, que aumentou 10,9% a partir de 09 de junho de 1999. Por outro lado, considerou como o plus, o elemento adicional de prova que corroboraria com as provas indiciárias, o fato de ter ocorrido uma reunião entre os presidentes das empresas no dia 03 de agosto de 1999.

No seu Parecer conclusivo (nº 363/2001, de 11 de setembro de 2001), a SEAE manteve e aprofundou sua fundamentação para afastar outras explicações para o reajuste de preços, senão a concertação de preços. Destacou, entretanto, na mesma Nota, à fl. 74 do anexo confidencial, que:

“Das alegações constantes nos autos até o presente momento, o único argumento que poderia invalidar as conclusões relatadas na Nota Técnica Nº 006/SEAE/COGDC/DF é o do sistema “ATPCO”.

Tal assertiva da SEAE se explica pelo fato do principal argumento levantado pelas Representadas, no sentido de explicar os reajustes de preços, ter sido o de que o uso do sistema de informações ATPCO permitiu às concorrentes praticar os reajustes através do mecanismo da liderança de preços.

A Varig alegou, as fls. 1.199/1.247, por exemplo, que:

“(…) a VARIG, como líder de mercado, decidiu reduzir os seus descontos no bilhete padrão da ponte aérea no dia 06.08.99 (sexta-feira), tendo lançado sua decisão na ATPCO às 15:27 do mesmo dia. No entanto, até mesmo para permitir-lhe observar a reação das suas concorrentes, determinou que os novos preços apenas seriam praticados a partir do dia 09.08.99 (segunda-feira subsequente). O registro de tela da ATPCO comprova todas essas afirmações (doc. 06).”

Em outra petição (fls. 3.061/3.088), a Varig acrescenta:

“(…) a VARIG foi compelida a reduzir o desconto praticado na rota aérea Rio/São Paulo em função da conjuntura econômica adversa por ela enfrentada, agravada ainda mais pela desvalorização cambial havida no início do ano de 1999.”

(…)

“Importa registrar, sem com isto desejar fazer a defesa de seus concorrentes, que é totalmente plausível e justo admitir que a subsequente elevação dos valores dos bilhetes aéreos pelas demais companhias constitui, na hipótese, um fato normalíssimo, que em nada se relaciona com as condutas reprováveis e ilícitas, advindas de ajustes “concertados” entre concorrentes.”

Com efeito, o evento ocorrido no mês de agosto de 1999 pode ser perfeitamente compreendido com base no bastante conhecido fenômeno da “liderança de preços”. De fato, nos mercados oligopolizados, com o ora sob análise, ocorre um paralelismo natural e lícito dos preços, que não pode ser confundido com conduta concertada de preços, essa sim repudiada por nosso sistema legal.”

A TAM, também, argumentou no mesmo sentido (fls. 1.301/1.358):

“(…) a iniciativa - da VARIG - de aumentar a tarifa aplicada na Ponte Aérea de R\$ 130,00 para R\$ 143,00 foi uma medida de alívio não só para ela, mas também para as demais empresas do setor. No dia 06 de agosto de 1999, às 15h27mim, a VARIG comunicou à ATPCO a majoração em 10% (dez por cento) de sua tarifa aplicada na Ponte Aérea, conforme atesta o incluso documento, oriundo do banco de dados da própria ATPCO (doc. 17). Nota-se também indicação da data a partir da qual a tarifa estará vigente - 7 de agosto, e não 9 como se supunha.

Como visto acima, assim que a ATPCO recebe a informação sobre o aumento da tarifa, os demais concorrentes têm a possibilidade de visualizar a mudança e decidir a forma como irão reagir. Numa situação de crise, é natural que nenhum dos agentes tenha sequer titubeado para realizar um aumento em proporção idêntica ao da VARIG.”

A Vasp argumentou no mesmo diapasão (fls. 1.154/1.167):

No presente caso, (...) houve liderança de preços das empresas aéreas que oferecem o maior número de assentos nas rotas Congonhas-Santos Dumont e Santos Dumont-Congonhas.

Isto porque é fato público e notório e a manutenção das tarifas promocionais já estava gerando prejuízos. Por outro lado, a VASP não podia reduzir os descontos porque esses mesmos descontos eram praticados pelos concorrentes, num mercado altamente competitivo.

Dessa forma, assim que as concorrentes reduziram seus descontos, a Vasp fez o mesmo, de forma a tentar reduzir seus sucessivos prejuízos.

Mais adiante (fls. 2.918/2.932), a Vasp explica:

“A VASP, que ocupa a terceira colocação no mercado, só veio a aumentar os seus preços no dia 10 de agosto, após consulta ao sistema ATPCO, em que já constava o aumento realizado pela VARIG e TAM. Ou seja, as conclusões quanto à exiguidade de prazo para a adoção de um processo de decisão autônomo no que tange a VASP não podem

prosperar, haja vista a existência de grande margem de tempo para caracterizar a conduta da VASP como mero acompanhamento da tendência mercadológica do mercado.”

Deve-se lembrar que na primeira Nota Técnica da SEAE a hipótese da liderança de preço tinha sido descartada devido à suposta simultaneidade dos reajustes e da inexistência de declaração prévia do aumento pela possível “líder” do mercado, a Varig, segundo se observa no trecho abaixo (fls. 626):

“(…) no presente caso não houve liderança de preços devido à simultaneidade dos reajustes: as quatro empresas reajustaram seus preços na mesma data, em que nenhuma delas houvesse declarado previamente e de público que iria fazê-lo. Como nenhuma das empresas – e em particular, a empresa líder nesse mercado – anunciou previamente o aumento de preço, não é possível que tenha ocorrido alguma forma de liderança de preço.”

Assim, a disseminação do reajuste tarifário feito pela Varig através do sistema ATPCO, o qual não foi sequer citado na Nota Técnica da SEAE, poderia ter desencadeado a reação das concorrentes, motivada pelo mecanismo da liderança de preços. Para afastar esta possibilidade, a SEAE, na sua segunda manifestação (Parecer nº 363/2001, de 11 de setembro de 2001), procurou esmiuçar o funcionamento do sistema ATPCO, buscando identificar quando e como os reajustes de preços foram informados e se tal uso do sistema se deu de forma ilícita.

Vale lembrar que, nas suas conclusões finais, a SEAE, acompanhada pela SDE, considerou que o espaço de tempo (de 50 minutos) entre o anúncio do reajuste de 10% feito pela Varig, via sistema ATPCO, e a reação da TAM, fixando o mesmo percentual, teria sido muito curto e, portanto, insuficiente para viabilizar o mecanismo da liderança de preço. Concluiu, assim, a SEAE que somente a reunião realizada em 03 de agosto de 1999, entre os presidentes das empresas poderia explicar estes reajustes, pugnando pela configuração da conduta e aplicação de multa às Representadas.

Desse modo, os dois itens a seguir (Uso das ferramentas da ATPCO e Reunião dos dirigentes das companhias) representam pontos importantes a serem esclarecidos no sentido de levantar elementos de prova, indiciários ou não, para caracterizar os aumentos de preços praticados pelas 4 empresas como uma conduta anticoncorrencial passível de punição pelo CADE.

4.2.1 – DO USO DAS FERRAMENTAS DA ATPCO PELAS REPRESENTADAS

A ATPCO (Airline Tariff Publishing Company) é uma empresa com sede em Washington/EUA, cuja propriedade é detida por 24 empresas aéreas de diversos países, que coleta e distribui informações mundialmente para cerca de 700 companhias aéreas, que dispõem de uma rede de informações on line, através da qual é possível se obter quase instantaneamente informações sobre linhas, tarifas, classes e assentos disponíveis.

O sistema ATPCO coloca à disposição dos agentes do mercado informações em tempo real, permitindo a redução dos custos de transação, especialmente para agentes de viagens e clientes, reduzindo o tempo e custo de busca de alternativas no mercado. Por outro lado, ao possibilitar o acesso a informações quase instantâneas sobre a implementação das estratégias comerciais das rivais, torna mais fácil o esboço de uma reação, ampliando os incentivos para a realização de acordos anticompetitivos.

Nos EUA foi instaurada uma ação civil contra ATPCO e 8 empresas aéreas que culminou, em 10 de maio de 1994, com a assinatura de um consent decree (instrumento similar ao Compromisso de Cessação de Prática, definido no art. 53 da Lei nº 8.884/94). Segundo descreveu a SEAE, o acordo visou fazer cessar uma série de práticas consideradas ilegais, como combinações e ações concertadas para a fixação de preços no mercado de aviação civil nos EUA, no período de abril de 1998 e maio de 1990, somente tornadas possíveis através do uso das ferramentas e informações fornecidas pela ATPCO. Tais informações permitiam a comunicação entre as concorrentes acerca de futuras alterações tarifárias sugerindo de forma velada uma negociação, monitoramento recíproco de mudanças de tarifas não disponíveis para venda e a redução de incerteza acerca da política de desconto dos concorrentes.

As companhias aéreas se comunicavam entre si utilizando-se de notas de rodapé e seus correspondentes códigos alfanuméricos veiculadas pelo sistema ATPCO. Cada empresa podia anexar até duas notas de rodapé para cada tarifa anunciada, indicando, por exemplo, a data do início de vigência da tarifa (first ticket date) ou da última data de vigência da tarifa informada (last ticket date). Como não existia obrigatoriedade de se manter as datas previstas para a vigência das tarifas, as datas podiam ser alteradas pelas empresas, possibilitando a interação entre os concorrentes através de negociações e troca de concessões entre eles. As notas de rodapé eram transmitidas somente para as companhias aéreas, por um determinado período, no qual se davam as negociações, antes de serem disponibilizadas para os CRS's (Computer Reservation System), sistema utilizado pelas agências de viagens.

No consent decree assinado perante as autoridades antitrust norte-americanas, a ATPCO se comprometeu a não transmitir qualquer tarifa contendo a ferramenta first ticket date. Além disso, comprometeu-se a não propagar ou disponibilizar qualquer mecanismo de identificação de uma companhia aérea a outra, inclusive através de códigos alfanuméricos ou de notas de rodapé. Em relação aos CRS's, a ATPCO se comprometeu a não propagar ou disponibilizar tarifas a qualquer companhia aérea antes da sua inclusão nos CRS's domésticos. As 8 companhias denunciadas assumiram também compromissos similares aos exigidos da ATPCO.

Considerando o precedente dos EUA e o potencial uso anticompetitivo das ferramentas do ATPCO pelas Representadas no mercado brasileiro, o Secretário da SDE adotou uma Medida Preventiva contendo vedações semelhantes às adotadas nos EUA. Não houve Recurso Voluntário ao CADE da Medida Preventiva, a qual permanece em vigor até esta data.

Adicionalmente, no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.002028/2002-24, instaurado para apurar possíveis condutas ilegais praticadas pela ATPCO, foi firmado um Termo de Compromisso de Cessação, ad referendum do CADE, no qual a ATPCO comprometeu-se, no tocante ao serviço de transporte doméstico de passageiros no Brasil, a alterar seu sistema, de modo a:

1. não disseminar ou transmitir informações tarifárias com uma primeira data de bilhete (*first ticket date*) para qualquer serviço de transporte aéreo de passageiros no Brasil;
2. não exibir visivelmente ou divulgar os distintivos de uma companhia aérea ou qualquer outro mecanismo de identificação a outras pessoas além da respectiva companhia aérea;
3. não exibir visivelmente ou divulgar dois ou mais indicadores de nota de rodapé de qualquer companhia aérea, os quais identifiquem notas de rodapé que contenham informações idênticas, nem exibir visivelmente ou divulgar qualquer indicador de nota de rodapé que identifique uma nota de rodapé que não contenha informações.
4. não tornar visível ou divulgar a qualquer companhia aérea atuante no serviço de transporte doméstico de passageiros, no Brasil, alterações nas tarifas de outra companhia aérea com o serviço de transporte doméstico de passageiros no Brasil antes de divulgar ou comunicar as referidas mudanças a um CRS ou GDS que prestem serviços dentro do Brasil; e
5. após indagação razoável, não tornar visível ou divulgar, conscientemente, quaisquer mudanças nas tarifas para o serviço de transporte doméstico de passageiros no Brasil com frequência maior do que o número de vezes em que, no mínimo, um CRS ou GDS, que preste serviço no Brasil, atualize seu banco de dados relativo a tarifas com as referidas mudanças.

Conforme visto no relatório, o Processo Administrativo nº 08012.002028/2002-24 foi encaminhado ao CADE em 11 de fevereiro de 2004, para referendado do Termo de Compromisso de Cessação, tendo sido distribuído ao Conselheiro Fernando de Oliveira Marques na 337ª Sessão de Distribuição Ordinária, realizada no dia 18 de fevereiro de 2004.

Quanto à investigação acerca do efetivo uso das ferramentas *first ticket date* ou *last ticket date* para viabilizar os aumentos conjuntos ocorridos em 06 de agosto de 1999, a SEAE afastou a possibilidade de que estas ferramentas tenham sido utilizadas para este fim. No seu Parecer nº 363/2001, de 11 de setembro de 2001, a SEAE detalhou as rotinas operacionais executadas para viabilizar o aumento por parte da TAM. O objetivo era de checar se o tempo decorrido (de 50 minutos) entre o aumento da Varig, divulgado às 15:27 no sistema ATPCO, e o *matching* (acompanhamento de alteração tarifária da concorrente) feito pela TAM, às 16:17 do mesmo dia, também através da ATPCO, seria suficiente para a tomada de decisão.

Após analisar as informações constantes nos autos, especialmente as oitivas dos funcionários da TAM envolvidos com a operação do sistema ATPCO dentro da empresa, a SEAE concluiu que seriam necessários 35 minutos para a realização do *matching*. Para se chegar a este resultado, a SEAE definiu, com base nas oitivas, 10 procedimentos necessários para a efetivação da mudança tarifária, estabelecendo períodos de tempo mínimos para a execução das rotinas, conforme descrição abaixo:

1. Visualização do aumento da Varig pelos técnicos da TAM que operam o ATPCO.
2. Descolamento físico do funcionário da gerência de tarifas até a vice-presidência: 2 minutos.
3. Análise da alteração tarifária da Varig pelo vice-presidente da TAM: 15 minutos.
4. Deslocamento físico do funcionário de volta à gerência de tarifas: 2 minutos.
5. Inserção de dados no sistema.
6. Solicitação de pedido de urgência à ATPCO: 1 minuto (opcional)
7. Contato telefônico.
8. Envio de telex à para funcionário da ATPCO informando a alteração tarifária da TAM.
9. Recebimento e análise do telex pela central da ATPCO.
10. Inserção de dados no sistema pelo técnico da ATPCO: 15 minutos (incluindo itens 5, 7, 8, 9).

O tempo obtido pela estimativa da SEAE alcançou entre 35 minutos, inferior, portanto, aos 50 minutos efetivamente incorridos. Entretanto, a SEAE argumentou, ainda, que (fl. 82 do anexo confidencial):

“Em primeiro lugar, a visualização do aumento da VARIG, no exato momento de sua disponibilização representa um evento de baixa probabilidade de ocorrência. A Sra. Cláudia Demiglio averbou em oitiva de testemunhas que de 3 a 4 consultas diárias são feitas ao sistema. Partindo sempre do pressuposto de escolha mais favorável à representada, suporemos 4 consultas tenham sido feitas no dia 06 de agosto de 1999. Como os funcionários na Gerência de tarifas trabalham de 8:00 às 20:00 horas, ou sejam doze horas, lançaremos a hipótese de consultas a cada 3 horas.

Cumpra então analisar qual a probabilidade de que o momento exato de percepção do aumento tenha sido efetuado com menos de 15 minutos do horário que foi disponibilizado no sistema. A probabilidade de detecção da tarifa da VARIG no minuto posterior de sua ocorrência é de 1/180(1), ou seja, 0,55%. A probabilidade de um atraso de até 15 minutos nessa percepção é a somatória de um a quinze da probabilidade de 0,55%, ou seja, 8,33%.”

Nota:

(1) 3 horas equivalem a 180 minutos.

Por fim, conclui a SEAE:

“Assim sendo, pode-se concluir pela não plausibilidade de acompanhamento da tarifa da VARIG pela TAM em 50 minutos, tempo decorrente desde a visualização do aumento da Varig no “ATPCO” até o processamento de suas

informações de “matching”.”

Apesar do esforço SEAE em descaracterizar o mecanismo de liderança de preços nos reajustes em tela (da Varig e da TAM), entendo que os argumentos levantados não foram suficientes para afastar esta possibilidade.

De fato, o tempo necessário para o processamento de rotinas para alteração tarifária junto à ATPCO pode experimentar grandes variações, tanto para ampliá-lo quanto para reduzi-lo, dependendo de cada caso específico. Por exemplo, o tempo previsto para que o vice-presidente tome a decisão de realizar o matching, de 15 minutos, foi considerado excessivo pela TAM, que o estimou em 3 minutos. Também se alegou que a comunicação da alteração tarifária (rotinas 2 e 4, identificadas pela SEAE) poderia ter sido feita por telefone e não com o deslocamento físico do funcionário até a sala do vice-presidente (ou gerência de tarifas), o que reduziria ainda mais este tempo.

No caso em tela, nas duas oitivas realizadas pela SDE e SEAE, em 23 de janeiro de 2001, com os empregados da TAM, Sr. Luiz Eduardo Falco Pires Correa e Sr^a Cláudia Demiglio, que ocupavam, em agosto de 1999, respectivamente, o cargo de Vice-Presidente Comercial e Marketing e encarregada da Gerência de Tarifas, foram obtidas as seguintes informações:

Trechos do depoimento de Luiz Falco Pires Correa (1.757/1.759):

“Que é de sua responsabilidade na companhia autorizar alterações tarifárias no sistema ATPCO. Que dentro do limite de variação permitido pela banda tarifária, o Depoente tem liberdade para decidir sozinho as alterações dos percentuais e dos descontos aplicáveis às tarifas. (...) Que cerca de 5 pessoas trabalhavam na TAM monitorando o sistema ATPCO. Que há uma rotina de trabalho que envolve o monitoramento por região das rotas de interesse da TAM. (...). Que em agosto de 1999 a TAM não tinha como ampliar sua oferta de assentos na ponte aérea e, portanto, decidiu seguir o movimento da VARIG, líder de mercado, ao subir o valor das tarifas praticadas. Que o ano de 1999 foi um ano difícil para a companhia em virtude da crise cambial iniciada em janeiro do mesmo ano. Que no sistema ATPCO o conhecimento dos movimentos tarifários dos concorrentes não é automático, mas depende de monitoramento de técnico da empresa, que o faz seguindo uma rotina de trabalho previamente estabelecida. Que o Depoente estima que os técnicos fazem quatro consultas diárias cada um. Que, de qualquer forma, não sendo o Depoente responsável por executar essa tarefa, não tem certeza dessa informação. Que nas suas decisões de seguir a líder (matching) isso significa praticar tarifas semelhantes com todas as suas respectivas restrições. (...) Que uma vez identificada uma alteração tarifária em determinada rota por um concorrente, o gerente de tarifas ou, na sua ausência, outro integrante do departamento, contacta o Depoente e então lhe comunica o fato. Nessa oportunidade o Depoente avalia qual a melhor decisão a ser adotada e informa imediatamente ao gerente de tarifas que, por sua vez, retorna ao seu setor para efetuar a alteração devida. Que esse procedimento pode levar entre 15 a 30 minutos aproximadamente. (...)”

Trechos do depoimento de Cláudia Demiglio (fls. 1.761/1.764):

“Que à época possuía e ainda possui assinatura de acesso ao sistema ATPCO para realização de alterações tarifárias. Que a inserção de novas tarifas no sistema a ATPCO é bastante simples e seu processamento demora um certo tempo, dependendo do volume de tarifas de que se trate. (...) Para que as demais companhias aéreas que tem acesso ao ATPCO saibam que ocorreu uma alteração tarifária, é necessário antes que a TAM tenha dado uma ordem de processamento do batch.(...) Que, à época dos fatos, a execução dessa ordem poderia variar de alguns minutos a algumas horas, dependendo do volume de trabalho do analista da ATPCO em Washington diretamente. (...) Que, à época dos fatos, e também atualmente, a rotina de trabalho da equipe de tarifas inclui checar, ao menos de três a quatro vezes por dia, o movimento tarifário das empresas concorrentes. Que a digitação de um batch de alteração tarifária realizada por empresas concorrentes em mercados relevantes, essa informação é passada imediatamente pelo Depoente ao vice-presidente o Sr. Luiz Eduardo Falco, que é quem toma as decisões de política comercial da TAM. Que a digitação de um batch de alteração tarifária de uma rota já existente, por exemplo, ponte aérea, demora cerca de três minutos para sua conclusão. Que é possível inserir rodapés nos batches, detalhando por exemplo, restrições às tarifas ou a data de validade para a sua comercialização. (...) Que foi o Depoente quem comunicou ao Sr. Falco a alteração tarifária praticada pela VARIG no dia 06 de agosto de 1999. Que o Depoente teve acesso a essa informação por meio da ferramenta GFS do sistema ATPCO. Que acredita que tenha levado essa informação ao Sr. Falco, na parte da tarde do dia 06 de agosto de 1999. Que a instrução do Sr. Falco foi no sentido de que se fizesse um matching. Que essa alteração ficou efetiva para a comercialização, a partir do dia 07 de agosto, para viagens a partir do dia 09 de agosto. (...)”

Note-se que 4 ou 5 funcionários faziam, por dia, de 3 a 4 checagens das tarifas das concorrentes, o que perfaz de 12 a 20 checagens ao todo por dia. Como não se apurou com precisão o que ocorreu no dia 06 de agosto de 1999, utilizar 12 checagens por dia para efeito de cálculo de probabilidade pode induzir a erros. Independente disso, um elemento importante considerado pela SEAE é o fato do sistema ATPCO divulgar diariamente, tanto para as companhias aéreas quanto para os GDS's e agências de viagens, as alterações tarifárias das companhias em 4 horários pré-definidos: 5:30 min, 11:00 horas, 15:00 horas e 20:00 horas. Isso implica dizer que a probabilidade da checagem ocorrer logo após estes horários é mais alta. Ou seja, o simples fato da existência destes horários pré-estabelecidos altera a distribuição das probabilidades das checagens durante o dia.

De fato, o acompanhamento das alterações tarifárias de concorrentes (o matching) é uma prática comum no setor aéreo não só no Brasil como em todo o mundo. A própria dinâmica concorrencial deste mercado – caracterizado por grande homogeneidade do produto, similaridade de custos e amplo acesso a informações sobre tarifas e assentos – determina a existência de uma intensa rivalidade nas rotas mais rentáveis, como é o caso da ponte aérea Rio/São Paulo. Com efeito, a TAM colacionou aos autos, às fls. 3.195/3.199, vários registros no sistema ATPCO de casos de matchings realizados em tempo inferior a 50 minutos por companhias aéreas na ponte aérea Washington/Nova York.

No dia 06 de agosto de 1999, a Varig lançou no sistema ATPCO a alteração da tarifa da ponte aérea Rio/São Paulo, às 15:27, elevando-a em 10%. Neste mesmo dia ocorreu um atraso na divulgação das tarifas pela ATPCO que só as divulgou às 15:29, já incluindo a elevação da tarifa da Varig. Ou seja, todo o mercado teve acesso à redução do desconto promovida pela Varig dois minutos após seu registro no sistema. Outrossim, consta dos autos, à fl. 3.268, cópia de telex enviado, em 06 de agosto de 1999, pela Varig aos seus gerentes de venda informando que a tarifa promocional da ponte aérea Santos Dumont/Congonhas será alterada, com vigência em 09 de agosto de 1999, para R\$ 143,00, orientando seus gerentes a comunicar aos demais escritórios e agentes de viagem a nova tarifa.

Adicionalmente, a Varig encaminhou ao CADE (fls. 3.263/3.266) cópias de todos os relatórios de tela da Varig no sistema ATPCO, demonstrando que, de dezembro de 1998 a 20 de junho de 2000, todas as alterações (aumentos ou reduções) de tarifas informadas ao sistema, utilizando a ferramenta first ticket date foram mantidas pela Varig, com uma única exceção, no dia 01 de junho de 1999, devido a uma determinação do DAC. Estes dados buscam demonstrar que a Varig não utilizou o sistema para viabilizar negociações entre os concorrentes sobre tarifas. Mesmo considerando que as telas restritas à visualização pelas companhias não tenham sido apresentadas, no caso dos reajustes de 06 de agosto de 1999, devido à rapidez da divulgação da alteração tarifária (2 minutos), não houve tempo para a realização de negociações entre a data da alteração (06 de agosto de 1999) e a data da vigência da tarifa (09 de agosto de 1999).

O quadro abaixo mostra as datas e horários das alterações tarifárias e as datas do início de vigência das novas tarifas.

EMPRESA AÉREA	DATA DA ALTERAÇÃO TARIFÁRIA	HORÁRIO	DATA DO INÍCIO DA VIGÊNCIA DA NOVA TARIFA	PERCENTUAL DE ACRÉSCIMO ENTRE 06/08 E 11/08
VARIG	06/08/1999	15:27	09/08/1999	10 %
TAM	06/08/1999	16:17	11/08/1999	10 %
TRANSBRASIL	10/08/1999	13:47	11/08/1999	10 %
VASP	10/08/1999	13:57	11/08/1999	10 %

Note-se que tanto a Varig quanto a TAM, efetivamente, utilizaram a ferramenta first ticket date ao indicar em nota de rodapé que a nova tarifa somente teria validade a partir do dia 09 de agosto, no caso da Varig, e para o dia 11 de agosto, no caso da TAM, como indicou a Varig nos documentos acostados aos autos às fls. 3.053/3.126. Já a Vasp alterou sua tarifa em 10 de agosto de 1999, às 13:47, com vigência para o dia 11 de agosto (fl. 3.087). A Transbrasil não operava com o sistema ATPCO à época, só vindo fazê-lo a partir de 10 de dezembro de 1999. Sua tarifa foi alterada no dia 10 de agosto de 1999 com vigência para o dia 11 de agosto de 1999.

Assim não se pode descartar a hipótese de que o reajuste perpetrado pela TAM no dia 06 de agosto de 1999, acompanhando a mudança tarifária da Varig, tenha sido motivado pelo mecanismo de liderança de preço. A Transbrasil e a Vasp alteraram suas tarifas 4 dias após a divulgação antecipada dos reajustes da Varig e da TAM, via sistema ATPCO, e 2 dias após a vigência das novas tarifas das líderes.

4.2.2 – DA REUNIÃO DOS DIRIGENTES DAS COMPANHIAS

Após a realização de oitivas com os dirigentes (Srs. Celso Cipriani, da Transbrasil, Wagner Canhedo, da Vasp, Rolim Amaro, da TAM e Eduardo Pinto, da Varig) que participaram da reunião no Hotel Sofitel, na cidade de São Paulo, em 03 de agosto de 1999, a SEAE e a SDE não logram encontrar nenhum indício concreto de que na ocasião tenha sido tratada a questão do reajuste tarifário na ponte aérea Rio/São Paulo.

As primeiras versões sobre a pauta discutida na reunião foram reafirmadas pelos participantes das oitivas de que se discutiu questões estruturais no setor de aviação civil, tais como, proposta do governo de criação de agência reguladora do setor, crise financeira do setor, possibilidade de fusão entre as companhias, “a crise que o setor enfrenta e a forma como negociar com o Governo o pagamento de indenizações por perdas desde o Plano Cruzado”, dentre outros.

Assim, não se encontrou qualquer indício que implique uma relação de causalidade entre a realização da reunião dos dirigentes e aumentos tarifários da ponte aérea Rio/São Paulo, conforme pontificou o Ministério Público Federal em seu parecer de fls. 3.149/3.170.

5. CONCLUSÕES

Considerando a análise acima realizada, deve-se concluir que não foi possível descaracterizar os reajustes tarifários da TAM, Transbrasil e Vasp como decorrentes da necessidade de se acompanhar a política tarifária da Varig.

Ficou evidente que a rapidez com que o sistema ATPCO divulgou para o mercado (companhias aéreas e agências de turismo) o reajustamento da tarifa da Varig permitiu à TAM realizar o matching 50 minutos depois, sendo acompanhadas pelas demais empresas (Transbrasil e Vasp) 4 dias depois, sendo justificável o paralelismo de preços neste mercado. Tampouco foi provado que o uso da ferramenta first ticket date tenha facilitado qualquer acordo anticompetitivo, tendo em vista que não houve tempo hábil para troca de informações e nem houve alteração da tarifa definida inicialmente.

Quanto à reunião dos dirigentes das empresas, entendo que não foi possível estabelecer qualquer vínculo desta com os reajustes de tarifas na ponte aérea Rio/São Paulo.

Relativamente à Medida Preventiva adotada pela SDE, sua manutenção se tornou desnecessária a partir da assinatura, em 03 de novembro de 2003, do Termo de Compromisso de Cessação entre a SDE e a ATPCO no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.002028/2002-24. Até a decisão final do CADE acerca da manutenção, extinção ou alteração dos compromissos propostos naquele Termo, este continua em vigor e com maior abrangência do que a Medida Preventiva, por impedir o uso das ferramentas potencialmente anticompetitivas da ATPCO para todos as empresas aéreas atuantes no país, e não somente para as Representadas.

Tendo em vista os acima disposto, determino o arquivamento do presente processo, por não estarem configuradas as condutas previstas no art. 21, incisos I, II e XXIV e no art. 20, incisos I, III e IV da Lei nº 8.884/94, de 11 de junho de 1994.

É o voto.

Brasília, 14 de julho de 2004

THOMPSON ANDRADE

Conselheiro-relator

VOTO-VISTA DO CONSELHEIRO LUIZ ALBERTO ESTEVES SCALOPPE

DO CASO DOS AUTOS

Conforme consta do Relatório e Voto do ilustre Conselheiro-Relator, Thompson Andrade, o processo administrativo para apuração de infrações da ordem econômica em epígrafe foi instaurado em 28 de março de 2000, através do Despacho nº 180/2000 proferido pelo Secretário de Direito Econômico da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE/MJ, com o objetivo de apurar denúncia de formação de cartel por parte das empresas aéreas: Viação Aérea Rio-Grandense S.A. - VARIG, Transportes Aéreos Regionais S.A. - TAM, TRANSBRASIL Linhas Aéreas e Viação Aérea São Paulo S.A. - VASP e seus respectivos administradores, Fernando da Cruz Pinto (VARIG), Rolim Adolfo Amaro (TAM), Wagner Canhedo Azevedo (VASP) e Celso Cipriani (TRANSBRASIL), em virtude da prática concertada de reajuste nos preços das suas passagens aéreas vendidas na rota entre os aeroportos Santos Dumont (Rio de Janeiro) e Congonhas (São Paulo), através de redução conjunta de descontos, no ano de 1999.

Assim, as empresas e seus administradores foram investigados para apurar a existência de condutas passíveis de enquadramento no art. 21, incisos I, II e XXIV, da Lei nº 8.884/94, tendo como efeito as infrações definidas no art. 20, incisos I, III e IV.

Antes mesmo da instauração deste processo, em sede de averiguações preliminares, a SDE/MJ recebeu um ofício em 21 de janeiro de 1999 do Instituto Brasileiro do Turismo - EMBRATUR, questionando o ato das companhias aéreas de reduzir os descontos das tarifas domésticas ao limite de 30%, ao invés do procedimento de livre fixação dos descontos, regido pelo mercado, o que teria sido praticado concertadamente por todas empresas aéreas.

Após esse alerta da EMBRATUR, em 03 de fevereiro de 1999, o então presidente do CADE, Sr. Gesner de Oliveira dirigiu à SDE/MJ uma representação, solicitando a adoção de medidas em desfavor das companhias aéreas, com fundamento em denúncias de cartelização desse setor, tendo em vista a mencionada redução conjunta de descontos de 60% para 30%.

Já a denúncia, objeto do presente feito, foi encaminhada à SDE/MJ pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda - SEAE/MF, com base em notícias jornalísticas, através de Nota Técnica nº 06/2000 - SEAE/MF datada de 20 de janeiro de 2000, onde informou que em 03 de agosto de 1999 'os presidentes da VARIG, Sr. Fernando Pinto; da TAM, Sr. Rolim Amaro; da VASP, Sr. Wagner Canhedo; e do Conselho de Administração da TRANSBRASIL, Sr. Celso Cipriani, se reuniram no Hotel Sofitel, na cidade de São Paulo, durante quase 03 (três) horas. No dia seguinte desse encontro os jornais "O Globo", "Folha de São Paulo" e "Gazeta Mercantil" publicaram matérias com diferentes versões dos assuntos possivelmente discutidos naquela reunião. Seis dias mais tarde, em 09 de agosto de 1999, os preços das passagens aéreas subiram 10%, na "ponte aérea" entre o Rio de Janeiro e São Paulo. Nessa ocasião, a SEAE/MF ofereceu representação pelo fato apontado contra as empresas mencionadas e solicitou providências para apuração das condutas denunciadas.

A partir dessa denúncia, o Secretário de Direito Econômico, após ouvir as Representadas em sede de averiguações preliminares, decidiu pela abertura de Processo Administrativo.

DO ESTADO DO PROCESSO

Após 04 (quatro) anos tramitando pelos órgãos de defesa da concorrência, o presente processo administrativo para apuração de conduta infracional foi levado à apreciação do Plenário do CADE em 14 de julho de 2004, durante a 326ª Sessão Ordinária. O voto proferido pelo i. Conselheiro-Relator foi no sentido de determinar o arquivamento do feito e desconstituir a Medida Preventiva adotada pela SDE/MJ, por entender "não estarem configuradas as condutas previstas no art. 21, incisos I, II e XXIV e no art. 20, incisos I, III e IV da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994".

Solicitei vistas dos autos por se tratar de suposta infração da ordem econômica, por querer analisar melhor as provas trazidas aos autos, para poder fixar a existência dessas práticas imputadas, as autorias e, finalmente, a relação entre os fatos e os tipos infracionais descritos na legislação que tutela a concorrência neste país.

Dessa forma, não farei aqui menção a questões preliminares ou que antecederam o feito, e tão pouco às alegações levantadas pelas Representadas e combatidas no decorrer do processo, pois foram devidamente afastadas pelo Relator tendo em vista que objetivo tratar da estrita relação entre o fato, provas e o tipo infracional reprimido pela lei antitruste nacional.

Parto, assim, da denúncia feita pela SEAE/MF, para fazer uma retrospectiva dos elementos probatórios capazes de dar suporte ao meu voto sobre a prática e eventuais autorias, como denunciado.

SOBRE AS PROVAS

A Lei nº 8.884/94 não prescreve sobre o sistema de provas a ser considerado no processo administrativo, contudo, o art. 83 dessa lei alude à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, podendo-se concluir que o sistema de apreciação de

provas prescrito por este diploma é subsidiariamente aplicável ao processo administrativo para apuração de infrações da ordem econômica.

Nesse tocante, sigo o magistério ainda atual de Frederico Marques, posto em seu Manual de Direito Processual Civil e que se encontra pacificado pelos nossos tribunais:

“as provas dos autos fornecem ao magistrado o material necessário para a configuração dos fatos. O juízo de valor sobre a credibilidade dessas provas, bem como a apreciação de umas em confronto com outras e as inferências e deduções finais sobre o complexo probatório dos autos, constituem operações de livre crítica a cargo do juiz. Mas essa apreciação subjetiva não pode ser arbitrária, mas, sim, necessita operar-se com objetividade e rigor técnico”.

A produção de prova da prática econômica infracional enseja esta observação porque é sabido que os agentes econômicos agem racional e clandestinamente, sendo ainda mais difícil que a prática concertada seja documentada, assim, a sua comprovação pode e deve ser feita na apropriação do conjunto probatório que concatena os mais variados elementos de prova, dependendo de cada caso, tais como: descrição de fatos, documentos contábeis, tabelas de preços, notas fiscais, depoimentos e informações diversas.

Frente a essa dificuldade, ao se defrontar com a problemática da comprovação de alguns elementos componentes da prática de cartel, este Conselho tem firmado jurisprudência (cito aqui como exemplo o Processo Administrativo nº 8000.015337/97-48) no sentido de que a existência dos acordos pode ser deduzida das próprias circunstâncias do fato, o que segue ampla jurisprudência internacional. Por outro lado, a concertação não implica necessariamente que os interessados estabeleçam formalmente um plano comum para a adoção de determinado comportamento infracional, pois é suficiente para a penalização que os partícipes da conduta assumam, ou entendam assumir, atos que seus concorrentes realizaram, com objetivos comuns de restrição à concorrência, sem a necessidade, repito, de uma convenção expressa.

As práticas de cartelização podem ser confirmadas a partir da relação entre o conjunto probatório acima mencionado e o fato denunciado, sendo que essa relação pode ser direta ou indireta, dependendo, respectivamente, da demonstração da existência do fato narrado nos autos ou da evidência de um outro fato, que por raciocínio lógico, diz respeito aos fatos denunciados. Quando maior a equivalência entre essas provas, maior é o poder que as mesmas terão para o convencimento do julgador.

Essa operação lógica de avaliação das provas foi encetada pelos órgãos instrutores (SEAE/MF e SDE/MJ) e formulada pelos órgãos pareceristas (Procuradoria Geral do CADE - ProCADE e Ministério Público Federal - MPF).

Agindo no mesmo sentido constatei, a partir dos autos, que houve a prática de conduta concertada para fixação e divulgação do reajuste das tarifas aéreas dentro do mercado relevante definido como sendo o de serviço de transporte aéreo regular realizado na ponte-aérea Rio de Janeiro – São Paulo, entre os aeroportos Santos Dumont (Rio) e Congonhas (SP).

A comprovação dessa prática se deu, primeiramente, a partir da constatação de relação existente entre a reunião realizada em 03 de agosto de 1999 pelos dirigentes das companhias aéreas representadas e o reajuste concertado praticado pelas mesmas (fls. 1.1018 – Nota Técnica do DPDE/SDE/MJ).

A idéia da ocorrência concertada de reajuste de preços, ou seja, de que houve formação do cartel é fortalecida pelo fato de que houve outras reuniões entre os dirigentes das empresas Representadas, como declarou o Sr. Rolim Adolfo Amaro, em sua oitava ocorrência no dia 18 de julho de 2000, quando afirmou:

“(…) Que se reúne esporadicamente com demais presidentes de companhias aéreas nacionais e que, aliás, entende que essas reuniões deveriam ser mais freqüentes para o fim de discutir problemas estruturais do setor”. (fls. 1.626)”

O concerto e a discricão exagerada das reuniões, quase secretas, bem como a concordância sobre os motivos das mesmas, como postos nas versões sobre as suas pautas dadas pelos participantes ouvidos pela SEAE/MF e SDE/MJ (Sr. Celso Cipriani, da TRANSBRAZIL, Sr. Wagner Canhedo, da VASP, Sr. Rolim Amaro, da TAM e Sr. Eduardo Pinto, da VARIG), são suficientes para uma ação estatal que reprima condutas semelhantes: afirmaram que discutiram sobre questões estruturais no setor da aviação civil, tais como, proposta do governo de criação da agência reguladora do setor, crise financeira do setor e a possibilidade de fusão entre as companhias.

Outro fator comprobatório foi a utilização da ferramenta ATPCO (Airline Tariff Publishing Company) como instrumento de coordenação e de fixação daqueles reajustes poucos dias após àquela reunião.

SOBRE O ATPCO

Sobre esse sistema, agilizador do consórcio ilícito, já tomaram posição os órgãos de instrução, pois a SDE/MJ adotou Medida Preventiva, a qual permanece em vigor até a presente data. Com essa Medida, o uso do programa informático ficou limitado com a proibição de utilização de algumas de suas ferramentas, como, por exemplo, a que possibilita propagar qualquer mecanismo de identificação de uma companhia aérea a outra, já que essas ferramentas eram utilizadas para troca de informações, tidas como anticompetitivas, entre os concorrentes. Tal medida seguiu exemplo do que ocorreu nos Estados Unidos, através dos órgãos de defesa da concorrência daquele país, por meio de ação civil contra a ATPCO e 08 empresas aéreas, em 10 de maio de 1994, com a assinatura de um consent decree (ato semelhante ao Compromisso de Cessação de Prática utilizado, definido no art. 53 da Lei antitruste brasileira). (fls. 3.358).

Ainda sobre a ATPCO, no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.002028/2002-24, instaurado para apurar possíveis condutas ilegais praticadas através desse sistema, foi firmado um Termo de Compromisso de Cessação, ad referendum do CADE, no qual a ATPCO comprometeu-se a não utilizar ferramentas como a que transmite informações tarifárias com uma primeira data de bilhete (first ticket date), não divulgar os distintivos de uma companhia aérea, assim como, de indicadores de nota de rodapé, alterações nas tarifas e outras determinações.

Em sede de parecer a SEAE/MF, fez uma análise sobre a aceitabilidade da utilização do sistema ATPCO para fixação de preços uniformes. Acerca dessa questão esclareceu que a utilização desse sistema para a obtenção de acordos de preços entre concorrentes “é um tema polêmico do ponto de vista da análise antitruste” (fls. 1.868), tendo em vista que a informatização de sistemas de troca de informações reduz em tempo muito rápido a comunicação entre concorrentes, prejudicando a participação dos consumidores na determinação do preço de mercado. Por isso, a SEAE/MF considerou que o sistema ATPCO “favorece, à revelia dos consumidores, a troca de informações entre concorrentes a respeito de variáveis de mercado” (fls. 1.869).

SOBRE A CONDUTA

Em 06 de agosto de 1999, portanto, alguns dias após a reunião entre os dirigentes das Representadas, a VARIG inseriu no sistema ATPCO sua alteração tarifária sobre o serviço prestado na ponte-aérea Rio/São Paulo, exatamente às 15h e 27min, elevando-a em 10% e alcançando o valor de R\$ 143,00. Esse reajuste foi divulgado pelo sistema ATPCO às 15h e 29min. No mesmo dia, a TAM alterou sua tarifa sobre o mesmo mercado em 10% e elevou o preço de suas passagens também para R\$ 143,00, quatro dias mais tarde, a TRANSBRASIL e a VASP divulgaram a alteração de suas tarifas, coincidentemente, em 10%, uniformizando preços.

A VARIG e TAM utilizaram a ferramenta de divulgação do início da vigência da alteração tarifária (denominada de first ticket date), ao indicarem em nota de rodapé do sistema ATPCO que a nova tarifa passaria a ser cobrada a partir do dia 09 de agosto daquele ano (fls. 3.053-3.126).

O Conselheiro-relator, por sua vez, considerou justificável o paralelismo de preços adotado pelas Representadas, com base nas informações técnicas obtidas sobre o sistema ATPCO que demonstraram a efetiva rapidez com que essa ferramenta pode divulgar para as companhias aéreas concorrentes e agências de turismo o reajuste de tarifas, inclusive o realizado pela VARIG e acompanhado pela TAM e demais empresas aéreas, justificando, portanto, o tempo mínimo de 50 minutos entre a primeira divulgação e a segunda, como ocorrido no presente caso.

Antes, porém de confirmar esta exposição reanimo a memória sobre as diversas formas utilizadas para um concerto imputado como conduta infracional, como o uso do sistema ATPCO, que foi um dos instrumentos, ou via para a efetivação do acordo, ou seja, seu uso realça o acordo.

Continuando.

A questão central que ora pontuo e que foi descartada pelo Relator, está no reajuste das tarifas, na mesma data e percentual, e sua divulgação se deu através do sistema ATPCO, que em muito se assemelha à fixação de preços por tabelas entre concorrentes, meio esse bastante reprimido pelos órgãos do sistema brasileiro de defesa da concorrência.

EMPRESA AÉREA	DATA DA ALTERAÇÃO TARIFÁRIA	HORÁRIO	VIGÊNCIA DA ALTERAÇÃO	PERCENTUAL DE ALTERAÇÃO UTILIZADO
VARIG	06/08/1999	15:27	09/08/1999	10%
TAM	06/08/1999	16:17	11/08/1999	10%
TRANSBRASIL	10/08/1999	13:47	11/08/1999	10%
VASP	10/08/1999	13:57	11/08/1999	10%

Para ilustrar essa divulgação feita pelas empresas Representadas através do sistema ATPCO faço uso da seguinte tabela, também utilizada no voto do Conselheiro-Relator (fls. 3.366):

O reajuste idêntico de 10%, divulgado entre as concorrentes através da utilização do sistema ATPCO, e a conduta concertada das mesmas sem a incidência do fenômeno da liderança de preço, caracteriza um acordo expresso, precedido ou não pela reunião realizada entre os dirigentes das representadas em 03 de agosto de 1999, dada a simultaneidade e a uniformidade do aumento fixado.

O fenômeno da liderança de preços ocorre quando num determinado mercado existe um mecanismo de práticas coordenadas entre os concorrentes, sem a existência de um acordo explícito, onde a líder ao alterar seus preços é seguida por suas concorrentes (fls. 2.982). As Representadas argumentaram que houve, no presente caso, a existência desse fenômeno, porque as empresas seguidoras do reajuste (Tam, Vasp e Transbrasil) seguiram o aumento praticado pela provável líder – a Varig.

Todavia, a SEAE/MF rejeitou a ocorrência desse fenômeno da liderança de preços, dado que, a Varig não teria participação no mercado suficiente para caracterizar a liderança de preços de empresa dominante, pois, as suas concorrentes teriam significativa participação, chegando a 55,8% do mercado. Além disso, no presente caso, a ausência de uma declaração prévia do aumento pela provável líder – a VARIG –, não possibilitaria um intervalo temporal mínimo ou razoável para que se verificasse a liderança de preços (fls. 1.852).

Segundo a SEAE/MF, a utilização do sistema ATPCO não permitiria esse intervalo razoável, dada a celeridade de troca de informações, permitida pela tecnologia.

Quanto ao fato de o reajuste ter ocorrido na mesma data e com mesmo percentual, a SEAE/MF com intuito de investigar

o valor reajustado de cada companhia Representada, solicitou das mesmas a relação de todos os bilhetes e seus valores emitidos na rota entre os aeroportos de Santos Dumont (RJ) e Congonhas (SP) nos dias 05, 06, 09 e 10 de agosto de 1999 e analisou estatisticamente qual o bilhete mais freqüente emitido por cada empresa – “bilhete padrão”. O resultado obtido pela SEAE/MF está demonstrado na tabela abaixo (fls. 1.011):

EMPRESA	05/08/1999 (R\$)	06/08/1999 (R\$)	09/08/1999 (R\$)	10/08/1999 (R\$)	PERCENTUAL DE ALTERAÇÃO UTILIZADO
VARIG	130,00	130,00	143,00	143,00	10%
TAM	130,00	130,00	143,00	143,00	10%
TRANSBRASIL	108,00	108,00	119,00	119,00	10%
VASP	108,00	108,00	119,00	119,00	10%

Fonte: SEAE/MF: calculado com base nos dados fornecidos pelas empresas (fls. 1.011).

O resultado foi que entre os dias 06 e 09 de agosto daquele ano (1999) houve uma elevação uniforme nos preços do “bilhete padrão”, a partir da redução de descontos sobre o preço da tarifa máxima. Assim, os preços das passagens aéreas da ponte aérea entre Rio de Janeiro e São Paulo ficaram 10% mais caros.

Importante destacar que a data divulgada para vigência da alteração tarifária (09.08.99 para a VARIG e 11.08.99 para a TAM, VASP e TRANSBRASIL), conforme descrito na primeira tabela, não coincide com a data em que os preços foram de fato reajustados (09.08.99 para todas as empresas), conforme constatado pela SEAE/MF através dos bilhetes emitidos pelas representadas (segunda tabela).

Ou seja, o reajuste em percentual idêntico foi efetuado por todas as empresas representadas no dia 09 de agosto de 1999, não justificando o argumento do Conselheiro-Relator de que “a mudança tarifária da Varig, tenha sido motivado pelo mecanismo de liderança de preço” (sic), pois, “a Transbrasil e a Vasp alteraram suas tarifas 4 dias após a divulgação antecipada dos reajustes da Varig e da Tam, via sistema ATPCO, e 2 dias após a vigência das novas tarifas das líderes” (fls. 3.366).

Houve, portanto, concerto entre as empresas.

Dessa forma, o aumento em percentual idêntico dos preços das passagens aéreas sobre o serviço prestado na rota entre Santos Dumont (RJ) e Congonhas (SP), realizado na mesma data (09.08.99) e seis dias após a reunião realizada entre os dirigentes das empresas Representadas caracterizam a prática de conduta infracional descrita na legislação antitruste.

O fato apurado somado à questão de o mercado relevante ser altamente concentrado, pois, as quatro empresas Representadas detinham 100% do mercado relevante definido, e possuir elevadas barreiras à entrada de novas empresas aéreas, considerando aspectos econômicos, técnico operacionais e administrativos, como bem analisado pela SEAE/MF em sede de parecer (fls. 2.742), demonstram a ocorrência de posição dominante.

Essa posição, por sua vez, foi exercida com abuso pelas Representadas quando, intencionalmente, elevaram paralelamente os preços de suas passagens aéreas, através de ação concertada de seus dirigentes.

DISPOSIÇÃO

Nesse sentido, constatada a ocorrência do reajuste paralelo nos preços das passagens aéreas na rota Rio de Janeiro – São Paulo, não sendo essa prática devidamente justificada e, ademais, levando-se em consideração a efetiva existência do exercício do poder de mercado pelas Representadas, resta a conclusão de que essas empresas cometeram ato infracional previsto na Lei nº 8.884/94, verbis:

“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;

II – obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes.”

A hipótese prevista no art. 20 se relaciona ao fato denunciado através dos incisos I, II e IV, que dispõem:

“Art. 20. 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;

...

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.”

O reajuste concertado de preços e, independente dele, o exercício de posição dominante pelas empresas aéreas Representadas sobre o mercado relevante definido na ponte aérea Rio de Janeiro - São Paulo, que prejudica e limita a entrada de novos concorrentes e a livre iniciativa, permite responsabilizar de modo objetivo as Representadas, independente de culpa (art. 20, caput).

Por conclusão, condeno as empresas Viação Aérea Rio-Grandense – VARIG S.A., Transportes Aéreos Regionais S.A. – TAM, TRANSBRASIL Linhas Aéreas e Viação Aérea São Paulo S.A., nos termos do artigo 21, incisos I e II c/c 20, incisos I, II e IV da Lei nº 8.884/94, aplicando-lhes as seguintes penalidades:

- a) Aplicação de multa, para cada uma das empresas condenadas, de 1% (um por cento) sobre o valor do faturamento bruto referente ao exercício de 1999 (ano da infração), nos termos do art. 23, I c/c art. 27 e seus incisos da Lei nº 8.884/94, pela prática de infração da ordem econômica prescrita pelo art. 21, incisos I e II, c/c incisos I, II e IV do art. 20 da Lei nº 8.884/94;
- b) A obrigação de apresentar à Comissão de Acompanhamento das Decisões do CADE (CAD/CADE) os valores de seus respectivos faturamentos relativos ao exercício de 1999, para efeito de liquidação do valor da condenação, 15 (quinze) dias após a publicação do acórdão da presente decisão, sob pena de aplicação de multa diária de 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais de Referência - UFIR, nos termos do art. 26, caput da Lei nº 8.884/94;
- c) A obrigação de não mais fixar e divulgar aos seus concorrentes a redução paralela de descontos e reajustes aplicados, por qualquer meio de divulgação;
- d) Publicar, às suas expensas e sem prejuízo da multa aplicada, em meia página de jornal de grande circulação no mercado relevante definido, o teor do acórdão, por dois dias seguidos e em duas semanas consecutivas, conforme prescrição do art. 24, I da Lei nº 8.884/94;
- e) Aplicação, no caso de continuidade da conduta praticada ou de outra que configure infração da ordem econômica, e caso haja descumprimento das cominações enunciadas pelos itens (a), (c) e (d) acima, de multa diária no valor de R\$ 5.320,50 (cinco mil, trezentos e vinte reais e cinquenta centavos), correspondentes a 5.000 (cinco mil) UFIR, com fulcro no art. 25 da Lei nº 8.884/94;
- f) Comprovar, perante o CADE, o cumprimento das determinações supra, no prazo de 60 (sessenta) dias, a partir da publicação do acórdão da presente decisão.

É como voto.

Brasília (DF), 11 de agosto de 2004.

Luiz Alberto Esteves Scaloppe

Conselheiro-Relator

VOTO-VISTA DO CONSELHEIRO ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER

I – BREVE PANORAMA DOS FATOS

Nos termos do Relatório do Conselheiro Thompson Andrade, os presentes autos tratam de Processo Administrativo instaurado em 28 de março de 2000, por meio de Despacho nº 180/2000 do então Secretário de Direito Econômico da SDE/MJ, com o escopo de apurar as denúncias encaminhadas à Secretaria pela EMBRATUR, em 21 de janeiro de 1999 e pela SEAE (Nota Técnica nº 006/2000 SEAE/COGDC). No despacho que instaurou o Processo Administrativo, considerou a SDE as empresas incursas nos tipos esculpidos nos incisos I, III e IV do art. 20 e I, II e XXIV do art. 21 da Lei nº 8.884/94.

II – DAS PRELIMINARES

A VARIG e a TAM argüiram as seguintes preliminares que devem ser ventiladas: a) a Nulidade do Despacho de instauração do Processo Administrativo por vícios formais da SDE; b) desrespeito ao devido processo legal e ampla defesa; c) a incompetência do CADE para julgar processo no qual o DAC é o órgão regulador competente, inclusive para controle de condutas anticoncorrenciais e d) a incompetência da SDE e do CADE para controlar a política tarifária das empresas concessionárias.

II.1 – DA NULIDADE DO DESPACHO DA SDE

A TAM alegou que a nulidade do despacho advinha da falta de motivação e fundamentação. A fundamentação dos atos administrativos é dever determinada pelo princípio da legalidade imposta à administração pública pelo artigo 37 da Constituição Federal, reproduzido no art. 2º da Lei nº 9.784/99:

“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;”

Já a motivação deve seguir a dinâmica estipulada pelo artigo 50 da Lei nº 9.784/99:

“Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.”

A TAM escolheu o inciso VIII do artigo 2º da Lei nº 9.784/99 para fundamentar a nulidade. Contudo, percebe-se pelo despacho de fls. 1.020/1.021 que a autoridade da SDE, ao pronunciar seu despacho, acolheu integralmente a Nota Técnica de fls. 1.005/1.019, onde constavam todos as formalidades essenciais às garantias dos administrados.

Outrossim, a Requerente não propôs qualquer pedido de anulação do ato administrativo em questão, nos termos dos artigos 53 e 54 da Lei nº 9.784/99.

Além disso, os atos administrativos da SDE eivados de defeitos sanáveis, que não acarretaram em lesão ao interesse público ou prejuízo a terceiros, devem ser plenamente convalidados pelo CADE, nos termos do art. 54 da Lei nº 9.784/94:

“Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.”

“In casu”, tratou-se de despacho para a instauração de processo administrativo para a apuração de ato lesivo à concorrência. Neste ato está demarcada a afirmação o interesse público, e não sua lesão. Isto posto, não procede a preliminar levantada.

II.2 – DESRESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AMPLA DEFESA

O desrespeito ao devido processo legal e à ampla defesa é uma garantia fundamental prevista na própria Constituição da República Brasileira, nos incisos LIV e LV do art. 5º. Estas prerrogativas devem aderir ao administrado de forma cabal e intrínseca, principalmente nos processos administrativos.

Nos autos ora em análise, percebemos que as partes tiveram oportunidades de apresentar defesas, impugnações, pareceres, alegações finais, além de diversas petições protocoladas sobre todos os assuntos mencionados no processo. Não consta dos autos qualquer rejeição de petição ou cerceamento de defesa como mencionado.

II.2.1 – DO SISTEMA ATPCO

O sistema ATPCO (Airline Tariff Publishing Company) utilizado pelas companhias aéreas como uma de suas ferramentas operacionais foi, por diversas vezes, debatido nestes autos. Efetivamente não foi destacado na representação formulada pela SDE, às fls. 1.005/1.019 e tampouco no despacho de fls. 1.020/1.021 qualquer menção à análise deste sistema.

Neste sentido, para que sejam garantidos o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, e nos termos do parecer da Professora Ada Pelegrini, acostado às fls. 3.202/3.232, neste tocante, deixo de considerar o sistema ATPCO para a presente análise, sendo que sua abordagem no direito antitruste é objeto de outro Processo Administrativo de nº 08012.002028/2002-24.

II.3 – A INCOMPETÊNCIA DO CADE PARA JULGAR PROCESSO NO QUAL O DAC É O ÓRGÃO REGULADOR COMPETENTE

Apesar de ser um exercício diversas vezes repetido neste Egrégio Conselho, vale, para o presente caso, suscitar os fundamentos de competência e as incumbências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e da Secretaria de Direito Econômico - SDE.

II.3.1 – DA COMPETÊNCIA DO CADE E DA SDE

A Constituição Federal determinou a tutela da Defesa da Livre Concorrência, nos termos do art., 170, IV. Com fulcro na Constituição Federal, a Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994. Conhecido como lei da concorrência, estatuto dispôs, em seu artigo 3º sobre a transformação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia federal. E inclusive firmou competência do órgão acerca dos processos administrativos, em seu art. 7º, II e III. Foi além, determinou o ente que

faria a instrução destes procedimentos, nos termos do art. 14, III, VI, VIII e XII. Neste sentido, a lei é clara e cristalina ao demonstrar quem faria a apuração de eventuais danos à concorrência, no território nacional (vide art. 2º da Lei nº 8.884/94). Outrossim, o mesmo diploma também avoca ao CADE, a competência para aplicar a lei de forma indistinta, nos termos do art. 15:

“Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.”

Pelos argumentos acima, percebe-se que a Lei Antitruste impõe-se a toda e qualquer pessoa jurídica, ainda que exerça atividade sob o regime de monopólio legal (caso extremo), apurando e punindo as condutas prejudiciais à concorrência. Firmada esta premissa, é de se completar o argumento especificando que além das condutas lesivas ao sistema de competição, a Lei nº 8.884/94 ainda conferiu ao CADE o dever de resguardar o mercado de concentrações econômicas que possam limitar ou prejudicar a livre iniciativa ou a livre concorrência ou resultar em dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, como prescrito no art. 54 do mesmo documento legal. Apesar deste segundo item não ser diretamente ponto da presente análise, haverá de se demarcar as competências entre o Departamento de Aviação Civil e o próprio Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, inclusive para fins de jurisprudência deste E. Conselho.

II.3.2 – DA COMPETÊNCIA ESPECÍFICA DO DEPARTAMENTO AVIAÇÃO CIVIL

A Constituição Federal garantiu o direito da União sobre os serviços aeroviários da seguinte forma, na alínea “c”, do inciso XII do art. 21. Por sua vez, o Departamento de Aviação Civil é o órgão governamental do setor aeroviário, funcionando como Agência reguladora, para os casos de outorga e permissão das atividades aeronáuticas. Subordinado ao comando da aeronáutica – Ministério da Defesa, o DAC tem por objetivos estudar, orientar, planejar, controlar, incentivar e apoiar as atividades da Aviação Civil pública e privada, além de manter o relacionamento com outros órgãos no trato dos assuntos de sua competência. Seu estatuto básico de procedimentos é o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA), Lei nº 7.565 de 19 de dezembro de 1986.

O CBA dispôs acerca dos Serviços Aéreos Públicos no Capítulo III, do Título IV do diploma aeroviário, arts. 180 e seguintes. Neste artigo inicial, em especial, é firmada a competência do DAC acerca da atividade das empresas aeronáuticas:

Pelo dispositivo, a competência do órgão relaciona-se estritamente à concessão da possibilidade de exploração de serviços. A análise feita pelo órgão não perquire a atuação econômica das empresas, mas tão somente os requisitos materiais, enumerados nos inciso do art. 181 do CBA:

“Art. 181. A concessão somente será dada à pessoa jurídica brasileira que tiver:

I - sede no Brasil;

II - pelo menos 4/5 (quatro quintos) do capital com direito a voto, pertencente a brasileiros, prevalecendo essa limitação nos eventuais aumentos do capital social;

III - direção confiada exclusivamente a brasileiros.”

Pelos requisitos, percebe-se que os itens analisados não levam em consideração a potencialidade de dano ao instituto da concorrência. A concessão de exploração de atividade exclusiva da união faz uma análise enfocada em bens jurídicos outros que os tutelados pela Defesa da Concorrência.

II.3.3 – DAS CONCLUSÕES

Colocadas as competências à voga, inclusive no tocante ao DAC, verificamos que, quanto à matéria de instauração, instrução e julgamento de Processo Administrativos, definitivamente há que se concordar, pelos artigos 7º, 14 e 15 da Lei nº 8.884/94, a SDE e o CADE tem as efetivas prerrogativas de foro. O DAC não se presta a esta verificação antitruste, inclusive considerando o setor aéreo como regulado que admite a concorrência.

Entretanto, mais importante do que demarcar esta máxima acima suplantada é mister fixar que na matéria de concentração de empresas, o DAC e o CADE tem funções distintas. A competência da agência aeroviária está restrita à verificação técnica, prévia à análise concorrencial, que deverá ser feita pelo SBDC. Ou seja, nos casos de fusões de empresas, a interpretação hermenêutica dos artigos do CBA, coadunada com os dispositivos da Lei Antitruste (no caso, os artigos 54 e seguintes), leva ao entendimento de que o DAC concederá seu aval, quanto às habilidades técnicas dos requerentes, enquanto que a SDE deverá instruir a análise antitruste da operação e o CADE dará a outorga final da concentração, declarando sua aprovação ou não. Não há uma exclusão de competência, mas uma complementação de quesitos a serem analisados.

Finalmente, não há qualquer disposição do Código Brasileiro de Aeronáutica que conceda ao DAC atribuição de repressão a infrações contra a ordem econômica.

Desta maneira, afasto mais esta preliminar levantada.

II.4 – A INCOMPETÊNCIA DA SDE E DO CADE PARA CONTROLAR A POLÍTICA TARIFÁRIA DAS EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS

Da análise dos autos, não vislumbro por parte da SDE ou do CADE, qualquer determinação em relação ao controle da política tarifária do setor aéreo. Os órgãos governamentais, no exercício de suas funções, procederam com a análise de possível ilícito à concorrência. Não houve qualquer determinação em relação à fixação dos preços ou margem de lucro das Companhias. Ou seja, nem o CADE, nem a SDE exerceram o suscitado controle.

Portanto, tampouco há que se acatar esta última preliminar.

III – DO MÉRITO

Analisadas as preliminares, devemos passar ao mérito, que constitui o cerne da questão. Ato contínuo, passo ao enfrentamento dos tipos atribuídos às empresas, descritos nos incisos I, III e IV do art. 20 e I, II e XXIV do art. 21 da Lei nº 8.884/94. Notamos, entretanto, pelo caput do artigo 21 que deve haver uma combinação entre os dispositivos para sua real imputação. Assim, decidimos por optar pela análise combinada do art. 20 e seus incisos, com o 21, quando oportunamente enfrentarmos os temas.

III.1 – DO MERCADO RELEVANTE ONDE OCORRERAM AS SUPOSTAS CONDUTAS

O mercado relevante em relação ao qual teriam efeitos as supostas condutas pode ser demarcado, geograficamente, pela ponte-aérea Rio de Janeiro – São Paulo, especificamente os trajetos do Aeroporto Santos Dumont ao de Congonhas. Na dimensão do produto, considero como o mercado de serviços de transporte aéreo regular na rota Santos Dumont/Congonhas, nos termos dos pareceres da SEAE e SDE.

Seguindo os passos dos mencionados pareceres, os principais usuários deste produto são executivos de empresas que percorrem este transcurso para fins negociais, que utilizam este meio de transporte principalmente pela facilidade e rapidez, uma vez que ambos aeroportos situam-se nas áreas metropolitanas das cidades. Em função disso, duas características que se depreendem inicialmente são: a baixa elasticidade da demanda, uma vez que o valor é repassado à empresa responsável pelo serviço a ser realizado durante a viagem negocial; e a outra é a inexistência de substituto, uma vez que o transporte Rodoviário não traria a rapidez do aéreo e o ferroviário é inexistente neste caso.

Outras características do mercado são os três níveis de barreiras à entrada: as legais, as físicas e as econômicas. As barreiras legais, algumas acima mencionadas, são as exigências feitas pela Agência Reguladora do setor aeronáutico para a concessão de outorga de exploração de serviço aéreo regular em determinada rota. As barreiras físicas mencionadas referem-se ao espaço nos aeroportos, seja pelo tamanho do aeroporto em relação aos vôos que chegam e saem, seja pela disponibilidade de espaço no atendimento e depósito alfandegados. As barreiras econômicas são os necessários investimentos para exercer a atividade, seja em função da aquisição de aeronaves (geralmente por *leasing*), taxas de instalação nos aeroportos, custos com a difusão da marca na publicidade e *marketing*, a disponibilização de informações e reservas via sistemas operacionais de voz ou eletrônicos.

Verifique-se também, como fez o Conselheiro Thompson Andrade, que estas e outras condições do referido mercado favorecem à adoção de conduta concertada entre os concorrentes, pela elevada homogeneidade do produto, reduzido número de ofertantes e estrutura de custo similar para prestação do serviço.

Além disso, ao tempo das supostas infrações, as Representadas apresentavam quase 100% da oferta de assentos no índice C4.

Considerados os estudos da SEAE e da SDE acerca do tema, passo à análise das condutas imputadas às Representadas, para efetiva conclusão sobre a infração à concorrência.

III.2 – DO ENQUADRAMENTO DA CONDUTA NO TIPO DO ART. 20, I E DO ART. 21, I E II DA LEI Nº 8.884/94

“Art. 20. 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;”

“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;

II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;”

As condutas acima descritas tratam, basicamente, a imputação de formação de cartel e foram subsumidas no despacho instaurador no inciso I do art. 20 do estatuto antitruste. A conduta conclusiva pode ser definida como um acordo expresse celebrado entre os concorrentes, não englobados, portanto, os acordos tácitos. Pelo caso analisado, teríamos a suposta conduta conclusiva por parte das empresas. Pelo Relatório da SDE, esta conduta estaria evidenciada no paralelismo de preços das passagens aéreas, nas condições favoráveis para uma conduta concertada no setor, nas ferramentas do sistema ATPCO que facilitariam uma combinação de preços por parte da Representadas (que como expusemos acima não será tocado nesta análise) e pelo fato do acontecimento de uma reunião realizada em 3 de agosto de 1999, poucos dias antes do aumento conjunto. Colocados os fatos, passo a analisar a questão jurídica.

É certo que configurar a existência de um Cartel no direito antitruste Brasileiro não é tarefa fácil a nenhum julgador. Desde a configuração da prova da colusão(1), até a aplicação da devida multa, o aplicador do direito deve passar por um esforço enorme para conseguir confeccionar uma decisão adequada.

Nota:

(1) “Não é fácil obter provas baseadas em contratos, atas de assembléias, acordos assinados e outras evidências, como as colhidas em audiências de instrução, escutas e inspeções nas empresas, o que faz com 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.” Andrade, Thompson, in Revista de Direito da Concorrência nº 1. Brasília: IOB/CADE, 2004, p. 14.

Por isto, é necessário uma verificação na instrução probatória, para se averiguar a existência de provas diretas e indiretas (no caso, entendidos como indícios) que demonstrem a conduta uniforme das Representadas.

III.2.1 – DOS INDÍCIOS EXISTENTES NOS AUTOS

É de se partir da premissa inicial que o paralelismo de preços entre as empresas é evidente, o que não é negado em momento algum pelas Representadas(2).

Nota:

(2) Inclusive, muito se debateu nestes autos acerca da liderança de preços, para demonstrar que o paralelismo consciente das Representadas era fruto de uma conduta oligopolística e de forma alguma colusiva.

No voto do Conselheiro Luiz Alberto Esteves Escaloppe, de opinião condenatória, os fatos relevantes apontados como “indícios”, ou “plus factors”, para o seu convencimento foram: a reunião ocorrida no dia 03 de agosto de 1999 e a comunicação via sistema ATPCO para a fixação de Tarifas. O Conselheiro fundamentou seus argumentos sobre estas duas pilastras para proferir a condenação.

Entendo que efetivamente a reunião do dia 03 de agosto de 1999, na qual os representantes das Requeridas participaram, deva ser aceita como indício da existência de conluio. Esta reunião realizou-se no Hotel Sofitel na cidade de São Paulo e foi paga e agendada pela VASP. A reunião ocorreu apenas seis dias antes da efetivação do aumento dos preços.

Porém, deve ser enfrentada a alegação aduzida pelas Representadas de que na aludida reunião foram apenas discutidas questões ligadas às empresas de transporte aéreo, principalmente em virtude de projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, para alterar o Código Brasileiro de Aeronáutica e criar uma Agência Nacional de Aviação Civil.

Entretanto, chamamos a atenção para duas matérias jornalísticas de domínio público referentes a este encontro, uma juntada pela SEAE às fls. 633, publicado no “GLOBO”, no dia 04 de agosto de 1999 e outra trazida pelas Representadas, e publicada na revista “Isto é” de 11 de agosto de 1999, p. 90/91, sob o título: “Vai dar Casamento – Estimuladas pelo Governo, companhias aéreas estudam fusões para evitar perdas e se tornarem competitivas”.

Na reportagem do jornal “O GLOBO” encontramos o seguinte trecho:

“(…) Além de discutir possíveis formas de associação, os executivos também teriam conversado sobre a crise que o setor enfrenta e a forma como negociarão com o Governo o pagamento de indenizações por perdas desde o Plano Cruzado.” (GN)

Já na matéria da Revista “ISTO É” chama a atenção a seguinte passagem:

“(…) Para discutir as saídas que podem ser trilhadas, as quatro companhias se reuniram, na terça-feira 3, num hotel de São Paulo durante mais de três horas. O encontro contou com apenas dez participantes, entre eles (...). Resultado: os participantes juram que foi descartada a possibilidade de fusões, em favor de uma política de cooperação.” (GN)

Fica, assim, ainda mais evidenciado o papel de indício desempenhado por esta reunião, dada a percepção de que nela foram discutidas “possíveis formas de associação” e “política de cooperação”. Ademais, como restará mais claro adiante, a data da reunião, três dias antes do anúncio do aumento (vide petição da Varig fls. 1.241) e seis dias antes de sua implementação uniforme é bastante significativa, representando um indício suplementar sobre o concerto entre as empresas.

Os seminários públicos que envolvem o setor devem ser fomentados, entretanto, as reuniões a portas fechadas, como ocorreu no hotel em São Paulo já não podem ser interpretadas desta forma. Pergunta-se: caso a reunião fosse efetivada para discutir questões de ordem geral e de interesse público, como a alegada necessidade de uma nova regulamentação legal no setor, qual o motivo de ter sido secreta, fechada ao público e à imprensa? Isso denota que as companhias aéreas tinham um canal direto de comunicação secreta, o que também representa indício de colusão. Note-se que com isto não se deseja criar um indevido empecilho ao direito de reunião, constitucionalmente amparado em sua versão pública (art. 5º, XVI da CF). No entanto, na presente hipótese nota-se que a reunião foi secreta e ocorreu nas vésperas do aumento, dela se extraindo

comentários sobre colaboração entre os agentes. Ademais, o fato aludido como a principal justificativa – a autorização de aumento pelo DAC – fora efetivado dois meses antes e apenas seis dias após a ocorrência da reunião ele foi implementado. Assim, são estes os motivos determinantes (e não apenas a ocorrência da reunião, que pode perfeitamente ocorrer caso não envolva discussões sobre os aspectos concorrenciais sensíveis, tais como preço) que levam à conclusão de que ela constitui um indício. Entretanto ele não é suficiente por si só para embasar a condenação, devendo estar aliado aos outros elementos a seguir destacados.

Um outro indício a ser destacado foi a comunicação antecipada do aumento efetivada pela VARIG, que informou aos seus agentes, via telex, que iria, em três dias, iniciar o reajuste de suas tarifas, fato que caiu no domínio público, sendo de efetivo conhecimento das suas concorrentes (vide petição VARIG fls. 3.261/3.272). Esta comunicação antecipada pode ser vista como um sinal aos demais concorrentes que podiam segui-la ou não. Assim, caso elas não efetivassem o aumento, ainda haveria tempo hábil para a VARIG retroceder na sua decisão.

Deixo, no entanto, de considerar como indícios as comunicações via sistema ATPCO. Reitero que a forma como o referido sistema foi utilizado não será fundamento do presente voto ou sequer enfrentado, em razão dos ditames do devido processo legal, como já salientado no tópico próprio.

Considerando que o paralelismo consciente⁽³⁾ de preços era evidente, encaminho a minha análise ao paralelismo e os “*plus factors*”.

Nota:

(3) “O paralelismo consciente tem sido descrito como sendo o processo, não ilegal per se, pela qual as empresas de um Mercado concentrado acabam por dividir o poder de monopólio, fixando seus preços numa maximização de lucros em nível supraconcorrencial reconhecendo sua divisão econômica de interesses e sua interdependência relativa a preços e outras decisões” In “Conscious Parallelism – Is it really just price-fixing” de Jablo, Robert.

III.2.2 – DO PARALELISMO DE PREÇOS

A partir dos fatos narrados verificamos um inegável paralelismo de preços de passagens aéreas, inclusive citado e comprovado nas notas técnicas das Secretarias. Contudo, o paralelismo, em si só, não tem o condão de configurar uma conduta cartelizada. Precisamos buscar nos autos outras fontes que permitam a condenação por tal conduta. Neste passo, utilizo a teoria do “paralelismo plus”, já adotado anteriormente por este E. Conselho. Note-se que só deve ser imputada a conduta cartelizada caso não haja outra explicação mais racional para a conduta das Representadas, como já pregava o Conselheiro Ruy Santa Cruz⁽⁴⁾.

Nota:

(4) “Se uma situação de mercado só puder ser explicada pela formação de cartel, este restará configurado. Entretanto, se houver outra explicação mais racional para o procedimento das empresas ou para o que aconteceu no mercado, a infração não estaria configurada.” Conferir o Processo Administrativo nº 08000.015337/1997-48, representada: Cia Siderúrgica Nacional - CSN.

Devo então analisar outros fatores apresentados que poderiam configurar, junto com o paralelismo, a citada conduta anticoncorrencial. Assim como no Brasil, as autoridades estadunidenses enfrentaram extremas dificuldades para configurar a existência de conduta cartelizada, ou colusiva, dentro de seu sistema de concorrência. A conduta cartelizada entre concorrentes não costuma deixar em seu rastro qualquer documento ou evidência direta de que houve um acordo expresso entre os competidores. A Jurisprudência Norte-Americana, até 1940, apenas admitia a condenação por uma conduta cartelizada em face de prova direta da ocorrência do fato (documental, depoimento de testemunhas ou escuta telefônica). Note-se que, naquele país, a conduta cartelizada é punível com reclusão dos dirigentes das empresas.

Em 1946, foi julgado pela Suprema Corte Estadunidense o caso da “American Tobacco Co. et al. V the U.S. 328 U.S. 781”. Neste julgamento a Suprema Corte desenvolveu, sob a égide do Sherman Act (lei antitruste norte-americana), a “conscious parallelism doctrine” (doutrina do paralelismo consciente) pela qual entendia-se que não era necessário um acordo formal para constituir uma conspiração ilegal. A conspiração poderia ser depreendida em alguns negócios celebrados pelas partes ou mesmo na troca de comunicação entre as empresas, especificamente em condutas nas quais os carterizados tinham um objetivo único, um desejo comum ou um encontro de pensamentos. Esta constituiu a primeira condenação por conspiração contra o Sherman Act (cartel), baseada exclusivamente em presunções e indícios que possibilitaram à Corte concluir o efetivo conluio entre os participantes do mercado de tabaco⁽⁵⁾. A teoria evoluiu, posteriormente não sendo necessário apenas o paralelismo consciente, mais também outros elementos que caracterizassem a violação à livre concorrência.

Nota:

(5) In Ackter, Lucy e Church, Brian – “Competitiveness and price settings in dealer markets”, p. 4.

Por esta teoria, o paralelismo consciente, per se, não constitui a colusão, devendo ser observada na existência dos “plus factors”, traduzidos principalmente em evidências circunstanciais da ausência de racionalidade econômica na adoção da conduta. Ou seja, o paralelismo consciente deve ser seguido de outros fatores. Nesta linha de pensamento escreveu William Kovacic:

“As cortes geralmente tem entendido que uma conduta de ‘paralelismo consciente’ ou interdependência oligopolística, por si só, não permite a presunção de conspiração... em geral, as cortes requerem que os Representantes que alegam a conduta paralela devem apresentar fatos adicionais, conhecidos como ‘plus factors’ para justificar a presunção de ação conjunta”(6).

Nota:

(6) “[c]ourts generally have held that a pattern of ‘conscious parallelism’ or oligopolistic interdependence, without more, does not permit an inference of conspiracy... on the whole, courts require plaintiffs who emphasize parallel conduct to introduce additional facts, often termed ‘plus factors’, to justify an inference of collective actions”.

Vale trazer à tona a Resolução CADE nº 20/99 que dispõe em seu anexo II, B:

“1.2. Verificação da existência de evidências suficientes da conduta nos autos.

A adequada instrução do processo supõe que os autos reúnam evidências suficientes da prática em questão, que não precisam restringir-se à prova documental, inclusive evidências circunstanciais como a ausência de racionalidade econômica para a adoção de conduta que não a da prática ilícita.”

Cite-se também:

“Talvez o mais importante ‘plus factor’ seja aquele que tenham tendência a evidenciar que a conduta sob análise seria considerada de interesse próprio dos supostos conspiradores, se todos agissem da mesma maneira, mas contrariamente ao seu interesse próprio, se agissem independentemente. Neste sentido, as Cortes freqüentemente examinam se cada um dos supostos participantes teve uma atitude negocial racional para sua conduta. No entendimento da Corte no caso Matsushita, por exemplo, ‘se [os supostos participantes] agirem conforme outras, com explicações igualmente plausíveis, a conduta não levanta suspeitas acerca de conspiração’. Num entendimento similar, algumas cortes questionam se a conduta sob análise seria desvantajosa para cada suposto participante se não houvesse um acordo. Onde a conduta em questão traduzir o melhor interesse independente de cada Representada, nenhuma evidência de conspiração poderá ser presumida. Por outro lado, as evidências de oportunidade de conspiração por correspondência, encontros ou outros meios de comunicação geralmente tem recebido menos importância das Cortes na configuração de ‘plus factor’.” (7)(gn)

Nota:

(7) “Perhaps the most important plus factor are those that tend to show that the conduct at issue would be in the alleged conspirators’ self-interest if all acted in the same way, but would be contrary to their self-interest if they acted independently. Thus, courts frequently examine whether each alleged participant had a rational business justification for its conduct. According to the Matsushita Court , for example, ‘if [the alleged participants’] conduct consistent with other, equally plausible explanations, the conduct does not give rise to an inference of conspiracy’. In a similar vein, some courts ask whether the conduct at issue would have worked to the disadvantage of each alleged participant had there been no agreement. Where the conduct in question is in each defendant’s independent best interests, no finding of conspiracy will be made. In contrast, evidence of the mere opportunity to conspire through correspondence, meetings or other communications generally has received very little weight from courts as a plus factor.”

Na Antitrust Analysis of the Suburban O’Hare Commission’s Allegations Regarding Anticompetitive Conduct in the Airline Industry. Statement of James F. Rill, Howrey Simon Arnold & White, LLP, on behalf of American Airlines, Inc. before the Committee on the Judiciary United States House of Representatives concerning Competition in the Airline Industry. June 23th 2003. Washington, DC.

Pela citação acima, percebe-se que os “ *plus factors* ” principais que devem ser considerados na imputação de uma conduta cartelizadora a uma empresa, não são simplesmente as reuniões, ou troca de correspondência casual entre as empresas, mas sim um questionamento acerca da própria racionalidade econômica da conduta das sociedades envolvidas. Isto não quer dizer que reuniões e trocas de correspondências não devam ser consideradas como indícios suplementares ao paralelismo para a conclusão da formação do cartel. Apenas que elas, isoladamente, sem se perquirir acerca da racionalidade da conduta, não são suficientes, de “ *per se* ”, para a conclusão da ilicitude da conduta. No entanto, sempre que possível demonstrar que a explicação da conduta está aduzida a um conluio, a existência de reunião ou de comunicação antecipada de preço constitui importante indício fático apto a amparar decreto condenatório.

Mencione-se ainda que William Kovasic enumera alguns itens determinantes na análise de conduta paralela permeada pelos ‘ *plus factors* ’:

- a) A existência de um motivo racional para o comportamento coletivo das representadas.
- b) Atitudes contrárias aos próprios interesses das representadas, em função de uma ação coletiva.
- c) Fenômeno de Mercado que não pode ser racionalmente explicado a não ser como fruto de ação concertada
- d) Registros de colusões passadas da Representada em violação ao sistema antitruste.
- e) Evidências de encontros entre as empresas ou outras formas de comunicação direta entre os alegados conspiradores.
- f) A utilização de práticas facilitadoras de colusão por parte das Representadas.
- g) Características estruturais da indústria que complicam ou facilitam o afastamento da concorrência
- h) Fatores de performance da indústria que sugerem a dedução de colaboração horizontal.” (8)

Nota:

(8) Kovasic, William. In “The Identification and Proof of Horizontal Agreements under the Antitrust Laws” – Antitrust Bulletin 5. 1993

Notamos que aplicando a análise de Kovasic ao caso em tela, temos quase todos os itens enumerados, corroborando os argumentos aqui defendidos. Assim, como acima sustentamos, o “plus factor”, para que seja efetivo, deve denotar também a análise da racionalidade da conduta adotada, para constituir indício de conluio. Por isso, temos que combinar as evidências com o comportamento econômico do agente, para uma firme conclusão acerca do indício.

III.2.3 – DAS RAZÕES APRESENTADAS PELAS EMPRESAS PARA O AUMENTO DE PREÇOS

Uma vez acusada de prática ilícita à concorrência, a empresa deve, antes de avaliar os elementos adjacentes relativos ao mercado e aos concorrentes, explicar por que das decisões tomadas não justificam os fatos imputados. Se analisarmos, no mesmo caminho percorrido pela SDE, as alegações prestadas pelas empresas aéreas para os aumentos, chegamos ao seguinte resultado:

- a.1) Varig (fls. 1.230) – aumento de jan/99: a desvalorização cambial ocorrida na primeira quinzena de janeiro foi o principal fator para o aumento, pois os preços dependiam da moeda americana. a.2) Varig (fls. 1.240/1.241) – aumento de ago/99: autorização de reajustes de tarifas em 10,9% por parte do DAC em 09 junho de 1999 (fls. 626); os custos acumulados, e na qualidade de líder de mercado, a necessidade das outras companhias pelo aumento de 10%.
- b.1) TAM (fls. 1.323 e 1.331) – aumento de jan/99: a desvalorização cambial ocorrida na primeira quinzena de janeiro foi o principal fator para o aumento, pois os preços dependiam da moeda americana. b.2) TAM (fls. 1.333) – aumento de ago/99: a necessidade de redução dos descontos, a autorização de reajustes de tarifas em 10,9% por parte do DAC em junho e a necessidade de seguir a Varig como líder do mercado para não deflagrar uma guerra tarifária.
- c) VASP (fls. 1.165) – só mencionou o aumento de ago/99: a necessidade de seguir as outras companhias que reduziram os descontos e não ter sido a primeira a aumentar.
- d) TRANSBRASIL (fls. 1.063) – só mencionou sobre agosto: a autorização do DAC para aumento na tarifa líquida de referência por quilômetro em junho.

Apesar do aumento de janeiro ser compreensível, dada a desvalorização cambial, os aumentos de agosto não foram suficientemente explicadas, pois além de não estarem vinculados a nenhuma pressão de aumento de custos uniforme (que poderia explicar a coincidência em seu percentual) alegado pelas representadas, deveriam, caso incidisse apenas o fenômeno de liderança de preços (e não uma conduta cartelizada) ter sido efetivados imediatamente após a autorização do DAC, em 09 de agosto de 1999 (fato que não foi explicado). Se a situação das empresas aéreas era tão sufocante, não há como explicar por que a líder de preços preferiu passar mais dois meses em recessão (sem responder aos anseios das concorrentes), do que aumentar imediatamente após a autorização da Agência Regulatória do Setor. Efetivamente, não foram suficientes as explicações dadas para o aumento uniforme. Vale mencionar que a SEAE em sua Nota Técnica nº 006/2000 SEAE/COGDC, às fls. 621/631, chega às mesmas conclusões, só que baseada nas respostas de ofícios das companhias, que responderam ainda diferentemente em outras ocasiões. Cite-se:

“Todas as empresas confirmaram o reajuste de preços de 10% (por meio da redução dos descontos), mas nenhuma

das empresas justificou fundamentadamente a escolha do percentual adotado ou a escolha da data de 9 de agosto de 1999". (Parecer da SEAE, fls. 625)

Portanto, efetivamente as justificativas não foram suficientes para explicar a coincidência do percentual de aumento e de sua data de efetivação. Para a comprovação do indício, devemos analisar se haveria uma conduta diversa possível.

III.2.4 – DAS DECISÕES DAS EMPRESAS

Efetivamente, o ato de seguir a VARIG não era a única opção racional das empresas aéreas (e nem a mais provável do ponto de vista individual, como abaixo mencionaremos). O fato de VARIG ter procedido com um aumento deixava às demais três possíveis estratégias: seguir o aumento, manter os preços ou dar maiores descontos. Devemos lembrar que as Companhias mencionaram que ou haviam aumentado o número de assentos por quilometro percorrido (para o que efetivaram investimentos em ampliação de sua oferta) ou detinham uma capacidade ociosa excedente que poderia ser utilizada. Neste sentido, podemos citar a petição da TRANSBRASIL, fls. 1.061 que apresenta uma capacidade ociosa de 30% em média em 1999, sendo que no mesmo período de 1998, sua capacidade ociosa era o dobro mas vinha se reduzindo a cada mês (o que demonstra o fenômeno da migração de consumidores). Outro exemplo é apresentado pela TAM, em petição protocolada em 24 de maio de 2000, sendo que à fls. 1.316/1.317 apresenta o aumento do número de assentos oferecidos e a capacidade ociosa de quase 50%. Inclusive, à citada petição foram juntadas tabelas, às fls. 1.373, que não só apresentam o aumento do número de assentos ofertados por todos, como também a capacidade ociosa existente (variando de 35% a 50% entre as companhias aéreas).

Ocorre que, na hipótese analisada, não obstante tenham as companhias (a) efetivado em ano anterior investimentos para aumento de oferta; (b) tivessem ampla capacidade ociosa; e (c) já tivessem recuperado os impactos da desvalorização cambial com o aumento de janeiro de 1999, todas seguiram a VARIG em sua decisão. Inclusive no mesmo percentual de aumento. Contudo, esta não seria a estratégia mais plausível aos administradores das outras empresas (a não ser que existisse uma combinação prévia que permitisse a certeza de que todas efetivariam o aumento uniforme).

Com efeito, dada a capacidade ociosa e a primeira movimentação da VARIG, as outras poderiam conseguir a migração dos consumidores descontentes com o aumento da VARIG apenas mantendo os mesmos preços. Ora, à época também enfrentavam uma situação de crise as companhias dos executivos que faziam viagens a negócios (as grandes empresas faziam cortes de gastos em todos os setores possíveis). Dado o produto homogêneo ofertado pelas Companhias Aéreas(9), e a necessária redução nos gastos, por parte de todos, se as companhias se mantivessem estáticas, nada impediria uma migração de consumidores da VARIG para as outras. Inclusive, esta migração seria sem qualquer ônus, nem mesmo a necessidade de investir em publicidade.

Nota:

(9) Urge considerar aqui que a passagem aérea da rota Rio – São Paulo é insubstituível pelo transporte rodoviário (o executivo não irá viajar de ônibus, devido ao fator tempo) e independe da Companhia, uma vez que todas oferecem assentos de dimensões próximas, serviço de bordo parecido, vôos a todas as horas e programa de fidelidade, podendo, portanto, considerar a produto verdadeiramente homogêneo. Assim, nada impede que um passageiro migre para outra companhia aérea caso haja, por parte de apenas uma delas, um aumento de preço.

Ressalte-se, ainda, que a circunstância das companhias aéreas terem investido em aumento da sua oferta de assentos e operarem com significativa capacidade ociosa é contraditória com o aumento de tarifa. Isto porque, obviamente, quem aumenta a oferta e possui capacidade ociosa deseja o incremento de passageiros, enquanto o aumento de tarifas aponta para consequência distinta.

Poderíamos ainda considerar a hipótese das duas maiores (VARIG e TAM) aumentarem os preços inicialmente e as outras duas manterem ou abaixarem as tarifas, o que renderia uma migração ainda maior para as menores.

Assim, resta claro que outras possibilidades que (caso não houvesse conluio) seriam mais racionais para as concorrentes (que poderiam auferir um ganho com a migração) foram descartadas em detrimento de um ganho conjunto e uniforme por parte de todas (ou seja, cada uma delas apenas aumentou a tarifa à partir da certeza de que as demais também aumentaria, única hipótese em que todas ganhariam). Ademais neste contexto (crise no setor, investimentos passados e alta capacidade ociosa), seria muito arriscado o movimento da VARIG, caso não ocorresse a adesão dos concorrentes pois, sem a adesão uniforme, a VARIG teria de reconsiderar o seu aumento e abaixar novamente o preço das suas passagens.

Com isso, é possível a conclusão de que: (i) a Varig deveria estar muito certa de que seria seguida em sua decisão, para arriscar o aumento; (ii) nenhuma das outras Companhias poderia querer se aproveitar da situação para esperar o aumento das outras e ficar com os preços mais desejados pelos consumidores, conseguindo a migração; e (iii) as duas Companhias de menor participação no mercado (VASP e TRANSBRASIL), também não deveriam estar dispostas a concorrer mais acirradamente. No mesmo diapasão concluíram os órgãos pareceristas. Assim, afirmou a SEAE (fls. 1.871):

“Conclui-se, portanto, de acordo com a análise implementada, que o aumento paralelo de preços no mercado de serviços de transporte aéreo entre os aeroportos centrais de São Paulo e Rio de Janeiro em agosto de 1999, seis dias após uma reunião fechada entre os presidentes das companhias aéreas, não apresenta justificativas plausíveis para

sua ocorrência.”

Por seu turno, afirmou a SDE (fls. 3.036):

“Por todo exposto, estão presentes nos autos várias provas diretas e indiretas da ocorrência de ação concertada por parte das representadas, concluindo-se pela configuração de infração à ordem econômica. De fato, as representadas praticaram um reajuste de forma concertada, para com isso eliminar os riscos que teriam se aumentassem seus preços de forma isolada.”

Finalmente, transcrevo o seguinte trecho do parecer da ProCADE (fls. 2.788/2.789):

“Do exposto, conclui-se que estão presentes as características que facilitam a existência de cartel. Acrescido a tal fato, constatou-se o paralelismo de conduta em 09 de agosto de 1999, consistente na diminuição dos descontos na ponte aérea Santos Dumont/Congonhas. (...) Nesse sentido, forçoso admitir que existem evidências factuais adicionais que corroboram a hipótese de que o paralelismo foi motivado por acordo.”

Feita a análise, conclui-se que o aumento seguido pelas concorrentes é outro forte indício de uma conduta colusiva. Outras condutas de maior racionalidade e vantajosas (sem o conluio, obviamente) às concorrentes eram possíveis e administrativamente mais lógicas, na perspectiva individual. Assim, a conduta da elevação de preços no mesmo patamar na mesma data, somente seria racional, no presente caso, se adotada de forma concertada. Resta, finalmente, analisar o tema da liderança de preços.

III.2.5 – DA LIDERANÇA DE PREÇOS

A Liderança de Preços é um comportamento verificado num mercado no qual uma empresa, geralmente o concorrente dominante no setor, lidera a forma de determinação do preço do produto, enquanto os outros “*players*” simplesmente o seguem. Segundo a teoria de F M Scherer, postulada no livro “Industrial Market Structure and Economic Performance” de 1990, há três formas de Liderança de Preços: a liderança da firma dominante, liderança colusiva e liderança barométrica.

A Liderança Barométrica postula que um líder de preços de certo setor responde mais rápido que seus competidores às mudanças nos custos e nas condições de demanda. Este líder de preços age como um barômetro das condições do mercado fixando os preços próximos daqueles que existiriam sob condições competitivas.

A Liderança da Empresa Dominante e diretamente competitiva pressupõe uma empresa firmada no mercado com a maioria absoluta do “*market share*” e que compete diretamente com outras empresas muito menores que ela, que provém um produto substituto perfeito do oferecido pela primeira. A empresa dominante fixa seu preço com base na demanda industrial, sem considerar seus concorrentes. Não é esta, à toda evidência, a hipótese analisada nos presentes autos.

A Liderança de preços colusiva deve ocorrer em um mercado extremamente oligopolizado e deve ser entendida sob a ótica da teoria dos jogos. Estamos tratando de um mercado onde as empresas têm pouca disparidade no tamanho, vigoram produtos altamente substituíveis, existência de barreiras à entrada, demanda pouco elástica e custos de produção parecidos. O comportamento de fixação de preços, neste caso, passa a ser exercido por uma das firmas, que não precisa necessariamente ser a maior, mas que tenha algum fator que permita que as outras a identifiquem como líder, como tradição no setor, inovações tecnológicas, custos mais baixos. Uma vez firmado este pressuposto, a empresa deve ser seguida sistematicamente para o melhor desempenho de todos no setor. Ou seja, há um claro processo de comunicação entre os *players*, que deve ser dotado de informações claras, caso contrário, dá origem a uma guerra de preços dentro do segmento, que pode ser danosa para o jogo. Note-se que o efeito danoso relaciona-se à margem de lucro do mercado em jogo, que, conforme o desentendimento dos concorrentes, pode tornar-se muito baixa. Há que se ressaltar, outrossim, que a liderança colusiva também não constitui infração à ordem econômica, como já destacou muito bem o ex-Conselheiro Ruy Santa Cruz:

“Apesar do efeito nocivo sobre os preços, os acordos tácitos na forma de liderança de preços não são enquadrados como infração à ordem econômica.”⁽¹⁰⁾

Nota:

(10) Processo Administrativo nº 08000.015337/97-48, Representada: Cia. Siderúrgica Nacional - CSN.

O mercado de aviação civil, como analisado nos relatórios da SEAE e SDE, agrega características da liderança de preços colusiva. Senão, vejamos:

a) Trata-se de um mercado evidentemente oligopolizado. Nos termos do parecer da SDE, à época, apenas quatro empresas detinham 100% das ofertas de assentos;

b) A elasticidade da demanda é baixa, uma vez que 71% (período de 1980 a 1996) das viagens são de caráter negocial, e que estes consumidores são menos sensíveis às altas de preços. Contudo, deve ser ressaltado que a relativa insensibilidade dá-se apenas em relação à utilização do serviço em si (ou seja, a maioria continua a utilizar-se do transporte aéreo). No entanto, isto não quer dizer que os consumidores não sejam sensíveis a preço no que diz respeito a migrarem para outras companhias caso uma delas, isoladamente, aumente o preço;

c) As barreiras à entrada também são relativamente altas neste mercado. Há barreiras regulatórias, físicas e econômicas. As barreiras regulatórias impõem-se uma vez que o setor segue a regulação do Departamento de Aviação Civil (DAC). Assim, para atuar no setor, devem apresentar uma série de requisitos, inclusive previstos no Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA). As barreiras físicas detectadas referem-se à infra-estrutura aeroportuária.

Tanto o espaço para as aeronaves é escasso, como a disponibilidade de intervalos para pousos e decolagens e portões de embarque (slot e gate). As barreiras econômicas relacionam-se ao custo de aquisição e/ou de um arrendamento mercantil de uma aeronave, além das necessárias manutenções a que uma aeronave se submete, envolvendo inclusive peças de reparos. Por fim, temos como barreira também os sunk costs (custos adicionais necessários), aplicados em publicidade, marketing e em sistemas de informação para a venda de passagens;

d) Os custos para a produção das empresas também são muito parecidos, em relação a tarifas aeroportuárias, folha de salários, aquisição e manutenção de aeronaves, etc.

Entretanto, a Varig não poderia exercer o papel de líder de preços, não só em função de sua participação no mercado (já que as demais empresas, juntas, possuíam mais de 50% de market share), mas, também, em vista de sua situação de crise. Considerar a Varig líder de preços e segui-la envolveria um risco a ser sopesado, já que o perfil já que o perfil de sua dívida era notório e aquele ato poderia até estar sinalizando um agravamento de crise. Os “price leaderships” devem estar em uma posição consolidada no mercado para ditar os preços. Também desta forma concluíram as entidades pareceristas do SBDC, como a SEAE (fls. 1.864):

“No entanto, embora seja até cogitar um eventual poder de determinação tarifária por parte da VARIG, atribuir a essa companhia a liderança incontestável, fixa e natural é, além de um exagero, uma inconsistência teórica. O quadro 1 utilizado no tópico 3.10 analisou a participação de mercado na Ponte Aérea entre os aeroportos Congonhas e Santos Dumont levando em conta a oferta de assentos. A participação da VARIG chegou a 44,2% em 1998, conforme demonstram os dados. Este percentual está, portanto, longe da situação acima descrita, caracterizadora da liderança de preços de firma dominante. Malgrado *market share* elevado da VARIG, as firmas concorrentes têm significativa participação chegando a 55,8% do mercado, ou seja, mais da metade do *market share* .”

Cumpramos igualmente citar a decisão da SDE (fls. 2.436):

“Conclui-se, assim, que a liderança de preços não é um argumento capaz de justificar as ‘coincidências’ presentes no caso em análise.”

Postas estas considerações, verifica-se que as empresas aéreas tinham outras possíveis atitudes mais racionais dentro da estratégia individual do negócio, com a devida vênia de entendimentos diversos. Assim, tal aspecto, aliado aos demais indícios, é suficiente para configurar os “*plus factors*”. A conduta colusiva está clara para o ambiente antitruste.

Assim, como apresentado, infringiram as Representadas o art. 20, I combinado com o 21, I e II da Lei nº 8.884/94, por prejudicarem a livre concorrência, por acordo de preços dos concorrentes e pela adoção de conduta comercial concertada entre concorrentes.

III.3 – DO ART. 21, XXIV, DA LEI Nº 8.884/94

“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.”

O tipo acima suscitado refere-se a uma imposição excessiva de preços no bem ou no serviço. Esta imposição só é cabível incorrendo em um aumento arbitrário nos lucros das Representadas. Ou seja, o art. 21, XXIV deve se subsumir ao artigo 20, III, para que seja considerada uma infração à Lei nº 8.884/94.

Devemos questionar se houve efetivamente uma imposição excessiva de preços. Não restou, no entanto, comprovado que os aumentos de preços das tarifas (ou as reduções nos descontos) foram excessivos, pela análise dos autos. Com efeito, o parágrafo único do art. 21 da Lei nº 8.884/94 exige a presença dos seguintes requisitos para a configuração do preço excessivo:

“Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:

I - o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade;

II - o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais;

III - o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis;

IV - a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos.”

Nota-se, assim, que ao longo do processo nenhuma prova foi efetivada neste sentido. Desta forma, não há uma perfeita adequação do tipo enunciado ao presente caso. Portanto, esta imputação deve ser afastada das Representadas, arquivando-se o Processo Administrativo em relação a esta conduta por insuficiência de provas. Assim, afasto a incursão das Representadas o art. 21, XXIV e no seu correspondente art. 20, III da Lei nº 8.884/94, determinado, neste particular, o arquivamento do Processo Administrativo, por insuficiência de provas. No entanto, obviamente, resta configurada a infração do art. 20, I, por ter sido efetivado um reajuste uniforme de maneira colusiva.

IV – DA IMPOSIÇÃO DE MULTA

Adoto a multa aplicada pelo Conselheiro Luiz Alberto Esteves Escaloppe.

É como voto.

Brasília, 1º de setembro de 2004.

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer

Conselheiro do CADE

VOTO-VISTA DA PRESIDENTE ELIZABETH MARIA MERCIER QUERIDO FARINA

I – DOS FATOS

1. Trata-se de Processo Administrativo, instaurado sob o nº 08012.000677/1999-70, em 27 de março de 2000, com base na instrução de Averiguação Preliminar realizada pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE), decorrente da representação formulada pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), para investigar a ocorrência de infração à ordem econômica decorrente da diminuição de descontos praticados nas passagens aéreas pelas Representadas (VARIG, TAM, VASP e Transbrasil) em agosto de 1999, no trecho Santos Dumont/Congonhas (“ponte aérea”).

2. Em sua representação, a SEAE relatou que, em 03 de agosto de 1999, os presidentes das Representadas se reuniram no hotel Sofitel para discutir a criação da Agência Nacional da Aviação Civil, a crise no setor e eventual cooperação na área operacional, segundo noticiado pela imprensa. No dia 09 de agosto do mesmo ano, os preços das passagens aéreas na ponte aérea subiram 10% (dez por cento), como resultado da redução dos descontos.

3. Tanto a SEAE quanto a SDE utilizaram-se do critério do *paralelismo plus*, baseando-se nos depoimentos das empresas a respeito da reunião realizada em 03 de agosto, e concluíram que houve infração à ordem econômica.

II – MERCADO RELEVANTE E CONDIÇÕES ESTRUTURAIS DO SETOR

4. No que tange a definição de mercado relevante, adoto a definição estabelecida nos pareceres da SEAE e SDE, qual seja, a rota aérea Santos Dumont/Congonhas.

5. Já no que se refere à análise das condições estruturais do mercado, adoto as definidas nos termos dos pareceres da SEAE e SDE. Trata-se de um oligopólio, com elevadas barreiras à entrada, especialmente de caráter institucional, presença de custos irrecuperáveis (*sunk costs*), e baixa diferenciação do produto. Conforme reconhecido pelos pareceres, tais condições estruturais favorecem estratégias cooperativas, mas não são condições suficientes para se concluir pela existência da prática de conluio.

III – CRITÉRIO DE IDENTIFICAÇÃO DE CONLUIO

6. A mobilização de meios para realizar acordo visando a conduta uniforme dos concorrentes é condição suficiente, mas não necessária, para caracterizar a infração à Lei nº 8.884/94.

7. As infrações caracterizadas pela Lei nº 8.884/94, art. 20, inciso I, e art. 21, incisos I e II, podem ser identificadas quando há evidência inequívoca:

(i) da mobilização de meios para “fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços” e assim “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”, sejam tais iniciativas bem sucedidas ou não; e/ou

(ii) dos resultados alcançados pelo acordo entre concorrentes, materializado no comportamento dos preços e condições de venda vigentes no mercado.

8. A mobilização de meios para realizar acordo visando a conduta uniforme dos concorrentes é condição suficiente para cara caracterizar infração no direito econômico. Entretanto, não se trata de condição necessária. Na falta de evidência inequívoca da realização do acordo, o desempenho do mercado pode servir de evidência da infração se e somente se o acordo entre concorrentes for condição necessária para o desempenho observado. Nesse caso, há que se descartar explicações alternativas para o desempenho do mercado, em termos de preços e de práticas comerciais.

9. Os oligopólios caracterizam-se pela interdependência estratégica entre os concorrentes. Isto significa que cada empresa adotará a melhor estratégia, dada sua expectativa sobre a reação dos rivais. Quando tais estratégias estão baseadas em decisões autônomas, embora interdependentes, estamos diante de processos competitivos, não-cooperativos e que não envolvem conluio. O problema aparece quando as decisões autônomas são substituídas por objetivos compartilhados e que envolvem alguma forma de negociação em processos decisórios de caráter coletivo.

10. A interação estratégica não-cooperativa pode assumir várias características, tais como as descritas em modelos conjecturais de estratégia simultânea, como os de Cournot, Bertrand, ou seqüencial, como de Stackelberg, onde se inclui a liderança de preços.

11. A metodologia de identificação empírica de ações coordenadas, denominada de paralelismo plus, implica em mostrar que um determinado comportamento observado de mercado não pode ser explicado por estratégias competitivas não-cooperativas.

IV – DAS EVIDÊNCIAS CONSTANTES DOS AUTOS

12. Da análise dos elementos trazidos aos autos, não restou comprovado, por documento ou testemunho, que um acordo para a elevação coordenada das tarifas tivesse sido firmado na reunião realizada em 03 de agosto de 1999, em São Paulo, da qual participaram os presidentes das companhias aéreas que operavam à época na ponte aérea. A reunião poderia servir, no entanto, como evidência acessória na tentativa de limitar a concorrência.

13. Complementarmente, avalia-se que a elevação paralela dos preços pode ser resultado de:

- (i) conluio entre as empresas, e portanto, resultante em infração prevista na Lei nº 8.884/94; ou
- (ii) interação estratégica oligopolista não cooperativa, em que cada empresa implementou sua estratégia ótima, dadas as ações adotadas pelas rivais. Nessa hipótese, não haveria infração à ordem econômica, pois a conduta revelada seria decorrente da própria estrutura do mercado e do jogo não cooperativo entre as empresas. O fenômeno da liderança de preços produz paralelismo de condutas, sem que haja a formação de cartel ou acordo formal ou informal entre as firmas rivais.

14. Dois conjuntos de análise foram trazidos aos autos para fundamentar a hipótese de interação estratégica: (i) elementos que procuram mostrar que a liderança de preços é a estratégia que melhor descreve o comportamento do setor (ii) a estimação empírica de um modelo que procura mostrar que o desempenho do mercado é consistente com estratégias não cooperativas.

15. A análise empreendida pela SEAE procurou descartar a hipótese de liderança não cooperativa de preços baseando-se:

- (i) na impossibilidade material da liderança de preços se efetivar em intervalo de tempo tão curto quanto o observado entre os anúncios do aumento realizados pelas quatro empresas;
- (ii) na indefinição de uma empresa líder de mercado, uma vez que a empresa com maior participação detinha menos da metade do mercado e que em outras ocasiões empresas menores tomaram a iniciativa de alterar as condições vigentes no mercado; e
- (iii) na inexistência de sinalização externa, provida pelo DAC, por meio da fixação das Tarifas de Referência, ou por choque nos custos das empresas.

16. Quanto ao primeiro elemento, as empresas alegam que o sistema ATPCO permite o monitoramento constante das ações das rivais, o que reduz significativamente o tempo de resposta às ações dos concorrentes. Não se determinou objetivamente qual é o “intervalo razoável” para uma reação a uma iniciativa qualquer dos concorrentes, utilizando-se o sistema ATPCO. De modo geral, essa velocidade de resposta depende de rotinas gerenciais adotadas pelas empresas e da tecnologia utilizada para implementá-las.

17. Deve-se reconhecer, contudo, que a utilização do sistema ATPCO proporciona transparência às estratégias entre os rivais, favorecendo respostas coordenadas. Certamente, a entrada da Varig no sistema ATPCO no final de 1998, conforme informado no processo, facilitou a interrupção da guerra de preços, especialmente no contexto da desvalorização cambial e de prejuízos generalizados entre as empresas. Além disso, se esse instrumento reduz o custo de obter informação sobre estratégia dos rivais, dispensaria o resultado de reunião entre os presidentes das empresas para definir um conluio para elevar preços, por meio da redução dos descontos.

18. Em resumo, a disponibilidade do sistema ATPCO aumenta a transparência das estratégias de preço, reduz o custo da informação e aumenta a velocidade da resposta à firma líder. Argumentam SEAE e SDE que o sistema teria sido usado como mecanismo de conluio porque houve anúncio antecipado da redução de desconto pela VARIG no dia 06 de agosto para vigorar a partir do dia 09. Esse mecanismo funcionaria como instrumento do acordo se ficasse restrito às empresas aéreas e estas pudessem testar várias estratégias de preços. No entanto, a VARIG divulgou sua decisão simultaneamente para o sistema ATPCO e para as agências de viagens, como consta nos autos às fls. 2.855, não tendo utilizado, portanto, o mecanismo do *first ticket date*. Além disso, não se encontra nos autos um histórico de variações de preços que indicasse o uso desse mecanismo para coordenar as decisões dos rivais, como exigiria a metodologia do *paralelismo plus*, configurando uma estratégia de liderança conclusiva de preços.

19. Não é possível, portanto, nessas condições, rejeitar a hipótese da estratégia de liderança de preços não conclusiva. Isto é, que decisões autônomas das firmas tenham sido suficientes para explicar o comportamento paralelo dos preços.

20. Em relação à indefinição da liderança no mercado, há que se distinguir dois sentidos da expressão. Em geral, entende-se por “líder” a empresa que detém participação no mercado suficiente para influenciar a determinação dos preços dos concorrentes e eventual mente para punir condutas mais agressivas das rivais. Entretanto, “líder” também designa a empresa que toma a iniciativa de alterar radicalmente o ambiente competitivo. Os modelos simplificados de liderança de preços supõem muitas vezes que o detentor da maior parcela de mercado é quem tem mais condições materiais de ditar os preços: o líder fixa os preços e a franja acompanha, para evitar estratégias punitivas. Entretanto, trata-se de um modelo abstrato. Não há uma relação necessária entre deter a maior parcela do mercado e tomar a iniciativa na implementação de estratégias.

21. Com isso, o fato de as empresas se alternarem na tomada de iniciativas não refuta a possibilidade da liderança de preços(1).

Nota:

(1) "Boyer and Moreaux have shown that, in a static framework and for a duopoly with a homogeneous product and a strategy space composed of prices and quantities, if technologies are sufficiently different, then there will be collusion between the duopolists: The firm having less efficient technology (higher costs) will act as leader, and the firm having the more efficient technology (lower costs) will act as follower. This result illustrates the errors of systematically labeling as "dominant" those firms having price leadership. Many authors have nevertheless adopted this point of view." in Boyer, M. e Moreaux, M. "Distribution des rôles et espaces de strategies dans la théorie du duopole de Stackelberg", Cahier 8318, Université des Sciences Sociales de Toulouse, citado por Jacquemin, A. "The New Industrial Organization – Market Forces and Strategic Behavior", MIT, 1987.

22. Também é equivocada a interpretação de que a empresa líder tenha poderes quase absolutos para impor condutas às rivais. O fenômeno da liderança é relativo, dinâmico e dependente do contexto em que se dá a competição. O fato de a empresa líder ter anunciado sua intenção e ter aguardado para observar a reação dos concorrentes (fls. 2.762 dos autos, página 91 da Nota Técnica da SDE) não invalida a possibilidade de liderança de preços.

23. O argumento de que duas empresas não teriam incentivos para seguir a líder, em virtude da baixa taxa de ocupação, depende de hipóteses auxiliares e do conhecimento da estrutura de custos das empresas. Não se determinou em quanto a taxa de ocupação deveria aumentar para compensar o aumento de 10% nas tarifas. Assim, a inferência de que, em vista dos altos custos fixos, "seria bem mais vantajoso se essas empresas praticassem reajustes menores ..." (fls. 2.765 dos autos, página 94 da Nota Técnica da SDE) não decorre somente das informações constantes dos autos, mas de suposições sobre as elasticidades da demanda e sobre as curvas de custo das empresas(2). Além disso, não há um histórico suficiente de reações de preço que afastem o comportamento não cooperativo, conforme recomenda a metodologia paralelismo plus (Kovacic, 1993)(3).

Nota:

(2) O artigo de Oliveria & Tuolla, discutido a seguir, estima a elasticidade preço própria média em -0,755 e a elasticidade cruzada média em +0,610, contrariando as afirmações constantes dos autos de que a variável preço não tem poder explicativo sobre as variações de venda de assentos. No entanto, como os custos marginais são constantes, reduções de preço provocariam reduções de receita e lucro.

(3) Kovacic, W. (1993), "The identification and proof of horizontal agreements in antitrust laws", 38 Antitrust Bulletin, 5.

24. Em parecer técnico juntado aos autos às fls. 3.089 a 3.101, foi desenvolvido um modelo para inferir a conduta das empresas a partir do desempenho observado no mercado. O modelo permite determinar a probabilidade de que o resultado observado decorra de uma estratégia não-cooperativa (competitiva) ou se cooperativa (colusiva). Uma versão mais robusta e elaborada do parecer está disponível em Oliveira & Tuolla(4).

Nota:

(4) Oliveira, A. V. e Tuolla, F. A., "Competição, Colusão e Antitruste: Estimação da Conduta Competitiva de Companhias Aéreas, Revista Brasileira de Economia" (no prelo). A versão constante juntada aos autos como parecer técnico, por exemplo, trabalhava com preços médios de dois grupos de empresas: Varig, RioSul e TAM, de um lado, e Vasp e Transbrasil de outro, o que não parece ser um procedimento adequado. Na segunda versão do artigo esse problema foi sanado.

25. O modelo determina um coeficiente α , que é o parâmetro que mede o comportamento cooperativo (base de um conluio) das empresas, cujo valor indicaria um ajustamento do tipo Bertrand (alta rivalidade), Cournot (equilíbrio não cooperativo) ou Coalizão (equilíbrio cooperativo). Com base em estimativa econométrica das funções preço e quantidade, os autores mostram que não se pode rejeitar a hipótese de comportamento não-cooperativo (price-taking) para todos os períodos estimados. Da mesma forma, rejeita-se a hipótese de comportamento cooperativo (price-matching) para os mesmos períodos. Para todos os períodos, incluindo o do segundo semestre de 1999, o valor de α é bastante baixo, atingindo um valor máximo de 0,370 e mínimo de - 0,053, quando da entrada da Gol em 2001, que resultou em uma rodada de descontos.

26. Como todo modelo e toda estimação, os resultados estão sujeitos a limitações associadas aos pressupostos do modelo e à estimação empírica. Em particular, os autores utilizam os preços publicados na ATPCO do dia 15 de cada mês. São preços médios do dia, ponderados pela quantidade de assentos associados a horários de pico e horários de baixa. No entanto, segundo os depoimentos das empresas, assim como os documentos constantes dos autos, a velocidade de reação a mudanças de preços pode ser de horas ou poucos dias. Isso significa que os valores estimados tenderiam a subestimar o valor de \square .

27. Adicionalmente, as empresas, por meio de seus representantes legais, reiteraram repetidas vezes que a liderança de preços é a regra de formação de preços nesse mercado. Isso significa que as empresas tomam decisão sobre seus preços, conhecendo, com rapidez, as decisões dos rivais. Como o modelo pressupõe ajustes simultâneos, poderia haver um problema de identificação na estimação dos parâmetros e subestimação do valor de \square .

28. Em resumo, embora as estimações de Oliveira e Turolla mostrem que não é possível rejeitar a hipótese de comportamento não-cooperativo (competitivo), o modelo parece subestimar o valor de \square , em virtude dos pressupostos do modelo (estratégias simultâneas e não seqüenciais) e da estimação empírica (preços utilizados). Embora as estimações consigam captar variações de \square no sentido esperado(5), os problemas de estimação não nos dão segurança para usar os resultados apresentados.

Nota:

(5) O parâmetro \square aumenta no período sob investigação e no período de prática de code-share entre a TAM e a Transbrasil, reduzindo-se substancialmente com a entrada da Gol. Com a desvalorização de 2001, \square volta a crescer respondendo a um choque de custo que afeta de maneira semelhante todas as empresas.

V – CONCLUSÃO

29. Diante todo o acima exposto, e com base nas informações e análises constantes dos autos, conclui-se que:

a) Não há prova suficiente de conluio entre as Representadas, decorrente da reunião realizada em 03 de agosto entre seus presidentes, via combinação de elevações de preços. No entanto, ainda que houvesse, essa é uma evidência que seria suficiente, mas não é necessária para caracterizar a infração.

b) As evidências de comportamento de preços e os depoimentos constantes dos autos não permitem rejeitar a hipótese de interdependência estratégica não-cooperativa entre as rivais. Mais precisamente, não é possível afirmar que a liderança de preços seja de caráter conclusivo.

30. Por essas razões, meu voto é pelo arquivamento do processo administrativo.

É como voto.

Brasília, 15 de setembro de 2004.

ELIZABETH MARIA MERCIER QUERIDO FARINA

Presidente

VOTO VOGAL DO CONSELHEIRO LUIZ CARLOS THADEU DELORME PRADO

Depois de muita reflexão venho apresentar considerações sobre a dosimetria da pena do Processo Administrativo nº 08012.000677/99-70.

O artigo 27 da Lei nº 8.884/94, em seus incisos I, V e VI estabelece os fatores que devem ser levados em conta para a aplicação das penas, quais sejam: a gravidade da inflação; os efeitos econômicos negativos produzidos para o mercado e; a situação econômica do infrator.

Embora continue sustentando a convicção que houve infração nos termos apresentados pelos Conselheiros Pfeiffer e Scallope, desde minha primeira manifestação considerei excessivamente elevada a multa imposta aos infratores.

Considerando-se que a citada infração realizou-se há cinco anos, em uma situação de mercado particular, depois da rápida desvalorização do real de 1999, quando todas as empresas passaram por grandes dificuldades financeiras; que essas empresas, ainda, não se recuperaram dessas dificuldades, sendo que inclusive uma dessas não mais existe e; que não é o papel do CADE inviabilizar a operação das empresas, mas contribuir para a preservação de um ambiente competitivo, entendo ser mais adequado dado as peculiaridades desse caso, restringir a pena a 1% do mercado relevante, isto é, da venda de passagens da ponte aérea no ano de 1998.

Portanto, reformulo meu voto, alterando apenas a pena imposta, para 1% do faturamento da Ponte Aérea no ano de 1998.

É o voto.

Brasília – DF, 15 de setembro de 2004.

LUIZ CARLOS THADEU DELORME PRADO

Conselheiro do CADE