

PROVA ECONÔMICA DE CARTÉIS: REFLEXÕES A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA



Denis Alves Guimarães

Doutorando em Direito Econômico e Financeiro – USP; Especialista em defesa da concorrência e regulação econômica – EDESP/EESP – FGV; Coordenador-Geral Substituto de Assuntos Jurídicos (CGAJ) do Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE) da Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça

I – Provas Diretas e Indiretas; **II** – As Duas Vertentes de Investigação; **III** – Paralelismo *Mais* e Paralelismo de Preços; **IV** – Conclusões; **V** – Referências.

RESUMO

Este artigo tem como objetivo sintetizar e refletir sobre questões fundamentais no âmbito da investigação de cartéis, notadamente os *padrões de prova* e a *prova econômica*. Para tanto, é necessário rever os conceitos de prova direta e indireta, bem como os padrões de prova *comprovação da existência do acordo expresso entre concorrentes* e *paralelismo mais*. A conclusão principal é a de que o *sistema da persuasão racional* requer que as autoridades antitruste e judiciais revejam o modo tradicional de avaliar a *presunção de inocência* e o *ônus da prova*, de forma a dar atenção à necessidade econômica de combater os cartéis.

Palavras-chave: Padrão de prova; *paralelismo mais*; prova direta; prova circunstancial; prova indiciária.

ABSTRACT

This article aims to synthesize and consider important issues on cartel investigations, notably the *standards of proof for collusion* and the *economic evidence*. In this sense, it is necessary to revise the concepts of *direct* and *circumstantial* evidences and both *hard evidence* and *parallelism plus* standards of proof. The main conclusion is that the *rational persuasion* requires that antitrust and judicial authorities revise the traditional way of considering the *presumption of innocence* and the *burden of proof* in order to enhance the chances of deterring cartels.

Key words: cartel, economic evidence, standard of proof, hard evidence, parallelism plus.

I – PROVAS DIRETAS E INDIRETAS

A prova do cartel pode ser direta ou indireta¹⁻². A primeira comprova a existência do acordo expresso entre concorrentes, enquanto que a segunda se constitui de uma combinação de indícios que podem levar a autoridade à conclusão de que houve acordo expresso entre concorrentes.

Nota:

1 “Direta é a que demonstra a existência do próprio fato narrado nos autos. Indireta, a que evidencia um outro fato, do qual, por raciocínio lógico se chega a uma conclusão a respeito dos fatos dos autos. É o que se denomina também prova indiciária ou por presunção” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Citado por Ruy Santacruz, Conselheiro Relator no Processo Administrativo nº 08000.015337/97-48, que tratou de representação contra as empresas Cosipa, Usiminas e CSN por prática de cartel na comercialização de aço plano comum, p. 2/3. A doutrina sobre prova legal do cartel, desenvolvida no voto do Conselheiro, é por este atribuída a Áurea Regina Sócio de Queiroz Ramim, então Procuradora Autárquica do CADE).

2 “[O] Conselheiro do CADE é responsável pela valoração da prova

carreada aos autos, de modo a formar sua certeza ou convicção a respeito dos fatos litigiosos. Esta valoração da prova deve dar-se à luz do sistema da persuasão racional, segundo o qual o juiz deve apreciar livremente as provas coligidas nos autos para formar seu convencimento sobre a verdade dos fatos atendo-se, exclusivamente, àquelas que entender mais convincentes.

O moderno sistema processual não mais se pauta no critério legal de apreciação de provas, no qual a lei determinava restritivamente a hierarquia dos diferentes tipos de prova e onde a atividade do julgador se restringia a aferir o tipo de prova e fixar um resultado que era praticamente automático.

[...]

De toda sorte, é importante destacar que o sistema de provas, tanto no processo penal, civil ou administrativo, não se coaduna com a hierarquia das provas, de modo que não há um meio de prova melhor ou mais eficaz que outro, que tenha maior ou menor prestígio, que tenha maior valor de prova que outro.

Nesta linha de raciocínio, tem-se reconhecido sobejamente que a prova indireta tem o mesmo valor da prova direta.” (Ruy Santacruz, Conselheiro Relator no Processo Administrativo nº 08000.015337/97-48, p. 3. A doutrina sobre prova legal do cartel, desenvolvida no voto do Conselheiro, é por este atribuída a Áurea Regina Sócio de Queiroz Ramim, então Procuradora Autárquica do CADE.

O Conselheiro segue sua exposição citando MIRABETE, Júlio Fabrini. *Código de processo penal interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

São provas diretas, por exemplo: atas de reunião assinadas pelos participantes, que tenham por objeto restringir ou eliminar a concorrência em um determinado mercado relevante; contratos escritos e assinados pelas partes (com esse mesmo objeto); escutas telefônicas ³ que revelem a realização de um acordo com objetivo anticoncorrencial.

Nota:

3 Aqui também não se está analisando a dificuldade existente para a obtenção deste tipo de prova (tanto da escuta telefônica quanto das outras provas exemplificadas no grupo das provas diretas), tampouco a possibilidade de contestação judicial da utilização deste tipo de prova (principalmente escutas telefônicas e documentos obtidos em operações de busca e apreensão).

Os exemplos citados têm sido considerados provas contundentes da ocorrência do acordo. Entretanto, a prova ⁴ da existência do acordo não deve ser suficiente para que as empresas (ou qualquer outra pessoa – física ou jurídica – ou associação, de fato ou de direito ⁵) sejam condenadas. É necessário que o acordo entre concorrentes possa produzir efeitos nocivos à Ordem Econômica, e para isso a agremiação resultante do acordo entre concorrentes deve possuir poder de mercado. A possibilidade da produção de efeitos nocivos à Ordem Econômica deve ser verificada em uma etapa posterior à prova do cartel, quando a autoridade deverá analisar a geração de possíveis eficiências ⁶, e ponderá-las em relação aos efeitos anticoncorrenciais observados. Deve ser feita, entretanto, a ressalva de que os prejuízos ao mercado têm sido presumidos nos casos de cartéis clássicos (*hard core cartels*), tendo em vista o amplo reconhecimento de sua nocividade ⁷. Nesses casos, portanto, não haveria a necessidade de uma fase posterior à prova do cartel para ponderação de possíveis eficiências em relação aos efeitos anticompetitivos, até porque o ônus da prova de eficiências é transferido para os representados. Se estes tiverem alegações de obtenção de eficiências a fazer, deve ser garantida a ampla defesa ⁸.

Nota:

4 Fato que dê ao conselheiro do CADE a certeza da existência de um acordo anticoncorrencial.

5 Nos termos do art. 15 da Lei nº 8.884/1994.

6 Ou outras justificativas para o acordo entre concorrentes (ex.: *cartéis de crise*).

7 Trata-se de uma *presunção relativa*, ou seja, aquela que admite prova em contrário. Cartéis clássicos são os casos em que há fixação de preços, restrição de quantidades, divisão de mercados e cartelização em licitações (*bid-rigging*). Note-se que todo cartel é um acordo entre concorrentes, mas nem todos consideram qualquer acordo entre concorrentes um cartel. A Resolução nº 20 do CADE (de 9 de junho de 1999, em seu Anexo I), por exemplo, ao conceituar os cartéis dá como exemplo destes apenas cartéis clássicos, não mencionando outros tipos de acordo entre concorrentes que podem ter efeitos positivos em termos de eficiência. O mesmo pode ser

observado no *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* (p. 8), elaborado pela Federal Trade Commission e pelo U.S. Department of Justice. Este guia, entretanto, relativiza a importância das conceituações ao afirmar que “ *(i)n any case, labeling an arrangement a ‘joint venture’ will not protect what is merely a device to raise price or restrict output; the nature of the conduct, not its designation, is determinative* ” (p. 9).

8 Em referência aos cartéis clássicos, o mesmo *Antitrust Guidelines* citado na nota anterior estatui que: “ *The courts conclusively presume such agreements, once identified, to be illegal, without inquiring into their claimed business purposes, anticompetitive harms, procompetitive benefits, or overall competitive effects. The Department of Justice prosecutes participants in hardcore cartel agreements criminally [...] If, however, participants in an efficiency-enhancing integration of economic activity enter into an agreement that is reasonably related to the integration and reasonably necessary to achieve its procompetitive benefits, the Agencies analyze the agreement under the rule of reason, even if it is of a type that might otherwise be considered per se illegal* ” (p. 8).

São provas indiretas ⁹, por exemplo: atas de reunião não assinadas, que tenham por objeto restringir ou eliminar a concorrência em um determinado mercado relevante; contratos escritos não assinados pelas partes (com este mesmo objeto); escutas telefônicas em que não fique explícito o propósito anticoncorrencial, mas que possam ensejar uma suspeita da ocorrência do acordo explícito entre concorrentes; a existência de uma reunião entre concorrentes (mesmo que não se conheça seu teor), principalmente, se esta ocorrer após um anúncio de aumento futuro de preços, época em que estariam ocorrendo negociações entre os fornecedores e seus clientes, com o intuito de determinar o percentual de aumento; paralelismo de preços em um mercado com estrutura oligopolística; testemunhos que denunciem a realização de um acordo com objetivo anticoncorrencial ¹⁰.

Nota:

9 Adota-se aqui a definição utilizada no referido voto do Conselheiro Ruy Santacruz, mesmo que possa parecer mais adequado o entendimento de que *a prova indireta é, na verdade, um conjunto de indícios (e não cada indício isoladamente considerado) que permite que o conselheiro, por raciocínio lógico, chegue a uma conclusão a respeito dos fatos dos autos*.

10 Na nota de rodapé nº 2, viu-se que o Conselheiro Relator Ruy Santacruz, no voto do Processo Administrativo nº 08000.015337/97-48, afirmou que não existe hierarquia entre as provas diretas e indiretas. Na exemplificação feita no texto principal deste trabalho, a respeito de quais seriam as provas diretas e indiretas, também não se pretende estabelecer qualquer hierarquia entre elas. Como será visto adiante, mesmo quando a autoridade obtém um documento considerado como prova contundente da existência de um acordo explícito entre concorrentes, a instrução do processo pode ser complexa, cabendo a utilização dos dois tipos de prova.

Como visto, cada um destes exemplos de provas indiretas, se observados isoladamente, não poderão levar a autoridade antitruste a concluir pela existência de um cartel.

Assim como nos casos em que é obtida prova direta do cartel, quando este é comprovado indiretamente (prova indireta), há a possibilidade de que a prova do acordo não seja suficiente para caracterizar sua ilicitude. Isto porque (repita-se) pode ser necessário ponderar se eventuais eficiências não compensariam as restrições à concorrência.

II – AS DUAS VERTENTES DE INVESTIGAÇÃO

No tocante à prova dos cartéis, pode-se dizer que há duas vertentes de investigação (e ambas vêm sendo utilizadas pelas autoridades antitruste brasileiras): a de comprovação da existência do acordo explícito entre concorrentes (o que somente pode ser feito por meio de prova direta) e a que foca o paralelismo de preços (o que alguns autores chamam de *prova econômica*).

Fala-se em “comprovação” do acordo no sentido de que as provas coligidas não deixariam qualquer dúvida sobre a existência do cartel, isto é, existiriam provas diretas da existência do acordo, não sendo necessária a realização de um *raciocínio lógico para se chegar a uma conclusão a respeito dos fatos dos autos* (vide nota de rodapé nº 1).

Exemplos da primeira vertente de investigação no Brasil são os casos do “cartel de Florianópolis ¹¹”, do “cartel de Lages ¹²”, do “cartel de Belo Horizonte ¹³” e do “cartel de Brasília ¹⁴”.

Nota:

11 Processo Administrativo nº 08012.002299/00-18 (Rel. Conselheiro Afonso Arinos). No parecer da SEAE, foram observadas características do mercado que facilitariam o conluio: homogeneidade do produto com diferenciação locacional de marca; semelhança de estrutura e nível dos custos dos revendedores; semelhança do tamanho e da eficiência dos revendedores; presença de barreiras institucionais à entrada de novos ofertantes (autorização para funcionamento da ANP e licenças municipais); atuação da Petrobras como único fornecedor primário da gasolina; inexistência de bens substitutos próximos e existência de demanda atomizada. Foco da análise: provas da intenção de restringir a concorrência e da possibilidade da ocorrência de efeitos anticompetitivos. O argumento de racionalidade da conduta também é levantado, mas ocupa um lugar lateral na decisão. Embora este caso tenha sido citado como exemplo da vertente de investigação de comprovação da existência do cartel, observe-se que ele traz estudos econômicos, o que foi feito para comprovar os efeitos nocivos do cartel (ainda que a Lei nº 8.884/1994 não exija esta comprovação, sendo possível uma condenação baseada na potencialidade dos efeitos do acordo) por meio de um mapeamento da evolução dos preços no segundo semestre de 2001.

12 Processo Administrativo nº 08012.004036/01-18 (Rel. Conselheiro Thompson Andrade).

13 Processo Administrativo nº 08012.007515/00-31 (Rel. Conselheiro Miguel Tebar).

14 Processo Administrativo nº 08000.024581 (Rel. Conselheiro Roberto Pfeiffer).

Quanto à segunda vertente, são exemplos os casos do “cartel do aço ¹⁵” e do “cartel da aviação civil ¹⁶”.

Nota:

15 Processo Administrativo nº 08000.015337/97-48 (Rel. Conselheiro Ruy Santacruz). O Conselheiro Relator Ruy Santacruz apontou em seu voto os processos administrativos nos 02/1991 (que tratava de indícios de prática concertada entre fornecedores de selos de alumínio em licitação realizada pela Fundação para o Remédio Popular – FURP) e 07/1991 (que investigou indícios de conluio entre empresas fornecedoras de vale-alimentação decorrente de coincidência de oferta em licitação pública), relatados, respectivamente, pelos Conselheiros Neide Teresinha Malard e Carlos Eduardo Vieira de Carvalho.

16 Processo Administrativo nº 08012.000677/1999-70 (Rel. Conselheiro Thompson Andrade).

Note-se que as duas vertentes de investigação não são excludentes, mas complementares. Poder-se-ia pensar que a comprovação da existência do acordo seria mais eficiente, no sentido de que a autoridade poderia impor uma condenação com grau de certeza em menos tempo, já que um único documento poderia comprovar a existência do cartel, restando à autoridade apenas o dever de comprovar a potencialidade de dano ao mercado (e talvez a ocorrência efetiva de efeitos danosos) ¹⁷. Todavia, não é tão simples assim. No intuito de realizar uma investigação completa, em que ao final da fase instrutória seja possível afirmar a comprovação da existência do acordo (fazendo-se com que uma alegação de que o conselheiro valeu-se de alguma presunção para inferir a existência do acordo não seja possível), a autoridade pode buscar outras provas ou indícios, bem como elementos que permitam a aferição do prejuízo imposto ao mercado. Isso faz com que a instrução processual seja complexa, mesmo na presença de provas diretas. Outro fator que faz com que a autoridade vise a uma instrução o mais completa possível é a insegurança perante a recepção do Poder Judiciário em relação a essa matéria, pois este não tem jurisprudência consolidada sobre o assunto.

Nota:

17 Como já afirmado na nota de rodapé nº 7, o dano tem sido tratado como *presunção relativa* nos casos de cartéis clássicos (*hard core cartels*), tendo em vista o amplo reconhecimento de sua nocividade. Cartéis clássicos são os casos em que há fixação de preços, restrição de quantidades, divisão de mercados e cartelização em licitações (*bid-rigging*).

Entretanto, não se deve afirmar que a divisão em duas vertentes de investigação tem caráter meramente didático. Analisando-se a jurisprudência, nacional e estrangeira, é possível identificar que na maioria das vezes a investigação foi para

um lado ou para o outro.

III – PARALELISMO MAIS E PARALELISMO DE PREÇOS

A complementaridade das duas vertentes fica mais evidente no momento em que analisamos as decisões que tiveram foco no paralelismo de preços. Dado que o paralelismo não é suficiente para demonstrar a existência de cartel¹⁸, uma vez que um mercado oligopolizado caracteriza-se pela forte interdependência entre os agentes econômicos (que precisam levar em consideração a atuação dos seus concorrentes para tomar as próprias decisões), foi desenvolvido o padrão de investigação *paralelismo mais*¹⁹ (ou *paralelismo plus*, para usar a expressão mais comum), que consiste na verificação da ocorrência do paralelismo de preços *mais* alguns indícios de que este paralelismo seja fruto de um acordo explícito entre concorrentes²⁰. Estes *indícios* são mais comumente chamados de *plus factors*.

Nota:

18 No caso “American Tobacco” (AMERICAN TOBACCO CO. v. UNITED STATES, 328 U.S. 781 – 1946), a Suprema Corte norte-americana inferiu a existência de acordo entre concorrentes somente com base no paralelismo de preços. Segundo Luis Fernando Schuartz, desde 1939, quando do julgamento do caso *Interstate Circuit, Inc. v. United States* (que, aliás, foi o primeiro a ter um padrão de prova baseado em indícios, e não na comprovação da ocorrência do acordo), a Suprema Corte norte-americana não reconhece o mero paralelismo de preços como circunstância capaz de, isoladamente, caracterizar a ocorrência do acordo entre concorrentes. Todavia, o autor aponta um caso em sentido contrário, mas em decisão proferida por uma corte inferior: *Petroleum Products, 9th Circ., 1990* (*Ilícito Antitruste e Acordo entre Concorrentes*, p. 28, nota de rodapé nº 55).

19 Isto ocorreu no caso “Theatre Enterprises” (THEATRE ENTERPRISES v. PARAMOUNT, 346 U.S. 537 – 1954), julgado pela Suprema Corte norte-americana. Entretanto, com o passar do tempo, a jurisprudência norte-americana passou cada vez mais a ter foco na busca da comprovação da ocorrência do acordo.

20 Segundo Massimo Motta, “[t]he ‘parallelism plus’ rule, which consists of finding illegal behaviour whenever price parallelism is accompanied by a facilitating factor (such as for instance resale price maintenance, best price clauses, or exchange of information) is not more convincing either, unless it can be proved that firms have coordinated in order to introduce or keep the facilitating practice at stake. In other words, if there is no proof that they have agreed on a particular practice, the very fact that they have followed that practice should not be proof of collusion. For instance, in the Wood pulp decision, the EC saw a facilitating practice in the fact that producers of pulp for paper production announced their price changes with the same advance. Together with parallel price movements, this was seen as evidence of collusion. However, the ECJ found that the wood pulp sellers introduced this practice at the request of their customers, the paper producers, who wanted to have more price transparency as well as to be informed in time about input price changes, so as to take the appropriate steps to face them. Accordingly, the ECJ quashed the EC decision (...) Similarly, in the Ethyl case in the US, a Court of Appeal ruled that the pricing practices adopted by Ethyl had been introduced when it was still a monopoly, and that other firms had later independently adopted them” (*Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge University Press, 2004. Disponível em: www.iue.it/Personal/Motta/chapter4.pdf, p. 50. Acesso em: 21/04/2007).

Todavia, antes de se analisar o padrão de investigação *paralelismo mais*, é necessário apontar que o paralelismo de preços é característico de um mercado em equilíbrio, tenha este mercado uma estrutura atomizada ou oligopolizada. No caso específico de mercados oligopolizados, como dito, há forte interdependência entre os agentes econômicos, o que pode levá-los a adotar um comportamento paralelo no contexto de um processo de liderança de preços. Uma estrutura oligopolista favorece este comportamento, tendendo os preços a ficarem estabilizados em um nível supracompetitivo, o que levaria a lucros também supracompetitivos.

Na ausência de um acordo explícito entre concorrentes, os oligopolistas podem tentar encontrar outro meio de maximizar seus lucros (pois o referido acordo é ilegal), como a liderança de preços, que é “um conjunto de praxes na indústria segundo a qual as mudanças de preços são anunciadas pela firma aceita como líder pelas outras, que lhe seguem nas suas decisões de reajustes”²¹. Geralmente, a empresa líder é a que detém a maior participação de mercado, mas outros fatores podem determinar a liderança, como o fato de determinada empresa ter sido a primeira a introduzir um produto no mercado ou ter custos mais baixos.

Nota:

21 Voto do Conselheiro Relator Ruy Santacruz no Processo Administrativo nº 08000.015337/97-48, p. 22. O autor continua: “[é] usual distinguir três tipos de liderança de preços: liderança da firma dominante, liderança colusiva e liderança barométrica”.

O fato de existir uma empresa reconhecida como líder pelas outras é fundamental para o processo de liderança de preços. Se não há a clara definição de quem é a líder, não pode haver um processo de liderança colusiva²² que garanta a maximização dos lucros das empresas, pois a liderança colusiva é “um processo de comunicação, que deve ser suficientemente claro para não passar uma mensagem dúbia ou equivocada que possa resultar em reação não cooperativa no interior da indústria”²³.

Nota:

22 Fala-se aqui em liderança colusiva porque esta é a forma de liderança de preços associada a um acordo tácito (diz-se *tácito* considerando que a autoridade não detenha provas da existência de um acordo expresso) entre concorrentes em uma estrutura oligopolista. A chamada *liderança da firma dominante* não tem lugar em uma estrutura de mercado oligopolista. Quanto à liderança barométrica, observe-se que esta geralmente não é associada a um acordo tácito entre concorrentes; todavia, há autores que afirmam que às vezes é bastante difícil diferenciá-la da colusiva: “a liderança barométrica de preços ocorre quando a empresa líder age como um barômetro das condições de mercado. Scherer observa ser difícil diferenciar os casos reais de liderança barométrica e colusiva e que essa distinção apóia-se em critérios de conduta e desempenho. No domínio do desempenho a liderança é chamada colusiva quando facilita a obtenção de preços monopolísticos, enquanto é barométrica se não atua nesse sentido. Entretanto, o autor ressalta que essa distinção não é muito útil e pode ter utilidade negativa quando empregada irrefletidamente para estereotipar práticas de mercado ‘boas’ ou ‘más’” (Voto do Conselheiro Relator Ruy Santacruz no Processo Administrativo nº 08000.015337/97-48, p. 23, citando F. M. Scherer, *Preços industriais: teoria e evidências*, Campus, RJ).

23 Voto do Conselheiro Relator Ruy Santacruz no Processo Administrativo nº 08000.015337/97-48, p. 23.

Esse *processo de comunicação* pode ser operacionalizado de várias maneiras, como, por exemplo, por meio de declarações de executivos pela imprensa, ou por meio de um sistema que permita o monitoramento constante das ações das rivais²⁴. Enfim, o que o caracteriza é a existência de algum tipo de “facilitador” de troca de informações entre os agentes econômicos.

Nota:

24 Como, por exemplo, o sistema ATPCO, utilizado por companhias aéreas, que possivelmente foi um instrumento a favor de sua coordenação. “[A] utilização do sistema ATPCO proporciona transparência às estratégias entre as rivais, favorecendo respostas coordenadas (...) a disponibilidade do sistema ATPCO aumenta a transparência das estratégias de preço, reduz o custo da informação e aumenta a velocidade de resposta à firma líder” (voto da Presidente do CADE, Dra. Elizabeth Farina, no Processo Administrativo nº 08012.000677/1999-70).

Não podendo fazer um acordo explícito, muitas vezes os agentes acabam por fazê-lo tacitamente, pois isso é possibilitado pela própria estrutura do mercado, bem como pelo referido processo de comunicação. Caberia então indagar: se há um acordo tácito e se este tem efeitos nocivos sobre preços, por que não condenar as empresas envolvidas por formação de cartel?²⁵⁻²⁶ Uma condenação deste tipo não é desejável porque muitas vezes isto equivaleria a proibir que a empresa agisse de forma economicamente racional. Se é de percepção geral que existe uma empresa líder e esta, por exemplo, promove um aumento de preços para compensar diversos aumentos de custos incorridos e ainda não repassados aos preços²⁷ (e supondo que os preços vigentes ainda fossem suficientes para cobrir os custos dessas empresas), as outras oligopolistas teriam basicamente duas alternativas: seguir a líder e aumentar os preços (o que aumentaria a margem de lucro das empresas e, portanto, seria uma decisão economicamente racional) ou manter os preços para tentar ganhar participação de mercado da empresa líder. O problema dessa segunda opção é que ela provocaria uma reação imediata da líder, que possivelmente baixaria seus preços a um nível inferior ao anterior ao aumento de preços, ou seja, uma guerra de preços estaria deflagrada, com prejuízo para todas as empresas. Fica claro, então, que pode não ser adequada a decisão de punir um acordo tácito entre concorrentes. Diz-se que *pode* não ser adequada esta decisão, pois acreditamos que há situações em

que seria possível punir um “acordo tácito entre concorrentes” simplesmente com base no paralelismo de preços: o parâmetro para tal decisão seria exatamente o mesmo que também justificaria uma não condenação, qual seja, a racionalidade econômica dos agentes. Assim, se uma elevação de preços, em que se observe o comportamento paralelo dos agentes, não tiver uma explicação racional na ausência de acordo entre concorrentes, mesmo que a autoridade não tenha obtido nenhum indício da ocorrência de um acordo expresso²⁸, caberia a condenação²⁹⁻³⁰, com base na *presunção da ocorrência de um acordo expresso entre concorrentes*. Assim, se uma alegação razoável sobre a existência de alguma racionalidade econômica para explicar o paralelismo de preços é suficiente para garantir o arquivamento do processo administrativo em favor das representadas, a carência de uma alegação razoável acerca da existência de racionalidade econômica também seria suficiente para a condenação das empresas, com base na referida presunção de ocorrência de um acordo expresso entre concorrentes.

Nota:

25 A Resolução nº 20 do CADE, de 9 de junho de 1999, em seu Anexo I, define os cartéis como “*acordos explícitos ou tácitos* entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio”.

26 Referindo-se ao caso “American Tobacco” (AMERICAN TOBACCO CO. v. UNITED STATES, 328 U.S. 781 – 1946), abordado na nota de rodapé nº 18, Ruy Santacruz (em seu voto no referido processo administrativo) acrescenta: “[d]ecisões subsequentes na década de 40, nos EUA, envolvendo as indústrias de cimento e de aço também consideraram o paralelismo de conduta na fixação de preços violação à lei antitruste. Segundo o entendimento da *Federal Trade Commission*, nesse período, ‘quando um número de empresas segue um curso paralelo de ação, com todas tendo conhecimento de que estão agindo como se tivessem formado um acordo explícito, o fato óbvio é o de que o efeito econômico de preços idênticos alcançados através de ação paralela consciente é o mesmo alcançado através de colusão explícita, e, por essa razão, a Comissão tratou o paralelismo consciente de ação como violação do *Federal Trade Commission Act*’” (Scherer & Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, citados pelo autor no voto do referido processo administrativo, p. 24).

27 “A firma líder não anuncia mudanças nas tabelas de preços com demasiada freqüência. Isso porque cada gesto comporta um risco de que a mudança seja mal interpretada ou incompreendida. Assim, os empresários parecem inclinados a abster-se de modestos aumentos de lucros, associados a ajustes de preços diante de reduzidos aumentos de custos ou alterações na demanda, a fim de reduzir o risco de falhas de comunicação e descoordenação. Diante disso, o líder só anunciará mudanças em respostas a alterações significativas nas condições de custos e demanda, reconhecidas por toda a indústria.” (Voto do Conselheiro Relator Ruy Santacruz no Processo Administrativo nº 08000.015337/97-48, p. 23)

28 Embora pareça improvável que nenhum *plus factor* esteja presente.

29 “[O] paralelismo de conduta não tipifica conclusivamente um acordo que viola a lei.

Isso não quer dizer, entretanto, que toda e qualquer ação paralela de mercado é legal. Ações paralelas de mercado são legais quando refletem condições de oferta e demanda, de custos, ou outras condições de mercado. Nesse sentido, elevações de preços através de paralelismo de condutas numa indústria em períodos de queda de demanda e de custos, por exemplo, seria forte evidência de violação da lei antitruste.” (Voto do Conselheiro Relator Ruy Santacruz no Processo Administrativo nº 08000.015337/97-48, p. 24)

30 “[A] formação de cartel fica provada quando empresas concorrentes fixam preços sem qualquer racionalidade econômica em detrimento do comprador. Ou seja, a prova indireta (prova econômica) do cartel só é válida se o reajuste de preço investigado não apresentar lógica econômica, não puder ser explicado pela teoria econômica.” (SANTACRUZ, Ruy. Cartel na lei antitruste: o caso da indústria brasileira de aços planos. In: MATTOS, César. (Org.) *A revolução antitruste no Brasil – a teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003. p. 417)

Dado que a racionalidade ou irracionalidade econômica é tão importante para definir a licitude ou não da conduta, uma investigação que esteja seguindo a vertente do paralelismo de preços deve focar esta questão, ao mesmo tempo em que deve perquirir sobre a existência dos chamados *plus factors*.

Pode-se apontar algumas circunstâncias que justificariam um aumento paralelo de preços, ou seja, haveria racionalidade econômica a justificar o comportamento paralelo (sem que houvesse razão para suspeitar da existência de um acordo explícito entre os concorrentes) quando, por exemplo: (i) houve pressão de aumento de custos uniforme, ou seja, para todos

os concorrentes (o que pode justificar também a coincidência dos percentuais de aumento); (ii) aumentos de preços efetivados imediatamente após a autorização do órgão regulador, quando for o caso; (iii) ausência de capacidade ociosa, pois a manutenção de um preço mais baixo do que o fixado pela empresa líder não poderia ser compensada pela obtenção de novos consumidores, que não poderiam migrar da líder para a empresa que não aumentou os preços; (iv) as empresas podem alegar em sua defesa que não há alternativa racional senão seguir a líder, pois isto pode provocar uma guerra de preços, etc. Os exemplos i, ii e iii servem para, de modo inverso, indicar circunstâncias que podem ser encaradas como irracionais economicamente, não justificáveis, portanto, na ausência de um acordo entre concorrentes: (i) paralelismo de preços que não guarde correspondência com aumentos de custos; (ii) aumentos de preços autorizados pelo órgão regulador e que só vêm a ser efetivados, por todos os concorrentes, após longo tempo; (iii) existência de capacidade ociosa por parte de uma empresa, pois a capacidade excedente pode possibilitar a migração dos clientes da líder para esta empresa, que pode optar por não segui-la no aumento dos preços; (iv) realização de investimentos em um passado próximo, o que revelaria que a empresa buscava expansão da quantidade produzida e/ou ofertar preços mais baixos, o que poderia fazer parte de uma estratégia de captação de clientes das concorrentes – seguir a líder poderia então ser irracional (se não houvesse acordo entre os concorrentes), etc.

Quanto aos *plus factors*, são exemplos: (i) anúncio antecipado da elevação de preços; (ii) existência de um histórico de acordo de preços; (iii) estabilidade das participações de mercado; (iv) estrutura rígida de preços; (v) a difusão de informativos e análises de mercado (etc.) que contenham dados sensíveis do ponto de vista concorrencial; (vi) a viabilização – institucionalizada ou não – de encontros periódicos entre concorrentes nos quais exista a oportunidade de troca de informações; (vii) a implementação de acordos verticais de imposição ou sugestão de preços de revenda, etc.³¹.

Nota:

31 Quanto aos itens *iii* e *iv*, observe-se que Luis Fernando Schuartz classifica-os no grupo dos *plus factors* referentes ao padrão de comportamento dos agentes e, quanto aos itens *v*, *vi*, e *vii*, no grupo dos *mecanismos facilitadores* (*Ilícito antitruste e acordo entre concorrentes*, p. 29-30).

Note-se que a interpretação acerca do que pode constituir um *plus factor* varia muito: muitos classificariam como *plus factors* o que foi referido no penúltimo parágrafo deste texto como *circunstâncias que podem ser encaradas como irracionais economicamente, não justificáveis, portanto, na ausência de um acordo entre concorrentes*. Todavia, a complexidade dos conceitos não prejudica sua utilização, pois esperamos ter deixado clara a proposta (que nada tem de inédita) para a abordagem do tema: em alguns casos, a decisão de punir um acordo tácito entre concorrentes pode não ser adequada; em outros, seria possível punir esse tipo de acordo simplesmente com base no paralelismo de preços³², pois o parâmetro para tal decisão seria exatamente o mesmo que também justificaria uma não condenação, qual seja, a racionalidade econômica dos agentes. Recordando o que foi exposto:

Nota:

32 Como vimos, muitos classificam a própria ausência de racionalidade econômica (na ausência de um acordo expresso entre concorrentes) como um *plus factor*. Para estes, a proposta aqui explicitada não seria nada mais do que a simples utilização do padrão de prova *paralelismo mais*.

Assim, se uma elevação de preços, em que se observe o comportamento paralelo dos agentes, não tiver uma explicação racional na ausência de acordo entre concorrentes, mesmo que a autoridade não tenha obtido nenhum indício da ocorrência de um acordo expresso, caberia a condenação, *com base na presunção da ocorrência de um acordo expresso entre concorrentes*. Assim, se uma alegação razoável sobre a existência de alguma racionalidade econômica para explicar o paralelismo de preços é suficiente para garantir o arquivamento do processo administrativo em favor das representadas, a carência de uma alegação razoável acerca da existência de racionalidade econômica também seria suficiente para a condenação das empresas, com base na referida presunção de ocorrência de um acordo expresso entre concorrentes.

Isso não viola a presunção de inocência nem a regra sobre ônus da prova. Apenas enfatiza o referido sistema da persuasão racional³³. É tão-somente o reconhecimento da necessidade de consideração da *prova econômica*, que não deve ser repudiada apenas por ser diferente das tradicionalmente utilizadas em nosso ordenamento jurídico.

Nota:

33 Vide nota de rodapé nº 2.

deve negligenciar o estudo de um tema como a prova econômica de cartéis.

IV – CONCLUSÕES

Como indicado já no título do presente artigo, a análise feita teve como base a jurisprudência, especialmente a nacional. Com isso, é importante mencionar que deixaram de ser analisados diversos métodos econômicos de prova de cartéis idealizados na literatura de Organização Industrial Empírica e ainda não utilizados em análises de casos concretos.

Com o objetivo de sintetizar afirmações/conclusões que foram expostas ao longo deste artigo, deve-se destacar:

- i) O poder de mercado deve ser entendido como requisito para uma condenação por formação de cartel, quer dizer, a agremiação resultante do acordo entre concorrentes deve ter poder suficiente para produzir danos ao mercado.
- ii) A observação isolada de uma prova indireta não deve levar a autoridade antitruste a concluir pela existência de um cartel.
- iii) As chamadas *duas vertentes de investigação* de cartéis (a da *comprovação da existência do acordo explícito entre concorrentes* e a do *paralelismo de preços / prova econômica*) não são excludentes, mas sim complementares. Isso fica evidente a partir da análise das decisões que tiveram foco no paralelismo de preços, onde pode ser observado o desenvolvimento do padrão de investigação *paralelismo mais*.
- iv) A autoridade antitruste deve visar a uma instrução o mais completa possível em razão da insegurança perante a recepção do Poder Judiciário em relação a essa matéria, pois este não tem jurisprudência consolidada sobre o assunto.
- v) O mero paralelismo de preços não deve ser interpretado como suficiente para uma condenação por prática de cartel. O paralelismo não caracteriza somente um processo de liderança de preços em que há um acordo tácito entre concorrentes, mas também mercados em equilíbrio, tenham esses mercados estruturas atomizadas ou oligopolizadas. Todavia, mesmo no caso de um processo de liderança de preços, uma condenação por prática de cartel, baseada exclusivamente na observação do paralelismo, seria equivocada, pois muitas vezes o comportamento paralelo pode ser fruto somente da ação economicamente racional dos agentes.
- vi) Entretanto, acredita-se que há situações em que seria possível punir um acordo tácito entre concorrentes simplesmente com base no paralelismo de preços. Isto porque, se a observação da racionalidade econômica dos agentes é tão importante a ponto de afastar uma condenação por prática de cartel, o mesmo parâmetro, analisado de forma inversa, qual seja, a falta de racionalidade econômica na ausência de um acordo entre concorrentes, deve ser suficiente para impor uma condenação. Assim, como dito, *se uma elevação de preços, em que se observe o comportamento paralelo dos agentes, não tiver uma explicação racional na ausência de acordo entre concorrentes, mesmo que a autoridade não tenha obtido nenhum indício da ocorrência de um acordo expresso, caberia a condenação, com base na presunção da ocorrência de um acordo expresso entre concorrentes*.
- vii) Diante da constatação da enorme importância da racionalidade ou irracionalidade econômica para definir a licitude ou não da conduta, acredita-se que uma investigação que esteja seguindo a vertente do paralelismo de preços deve focar esta questão, ao mesmo tempo em que deve perquirir sobre a existência dos chamados *plus factors*.
- viii) A proposta explicitada no item *vi* acima não viola a *presunção de inocência* nem a regra sobre *ônus da prova*, mas apenas enfatiza o sistema da persuasão racional, que analisado em um contexto de prova econômica requer que as autoridades antitruste e judiciais revejam o modo tradicional de avaliar aqueles conceitos, de forma a dar atenção à necessidade de combater os cartéis.

V – REFERÊNCIAS

Artigos

SANTACRUZ, Ruy. Cartel na lei antitruste: o caso da indústria brasileira de aços planos. In: MATTOS, César (Org.). *A revolução antitruste no Brasil – a teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003.

SCHUARTZ, Luis Fernando. *Ilícito antitruste e acordo entre concorrentes*. 36 p. Consultado no original digitado.

Guia de Análise

FEDERAL TRADE COMMISSION; U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*. April 2000.

Jurisprudência dos EUA

AMERICAN TOBACCO CO. v. UNITED STATES, 328 U.S. 781 (1946)

THEATRE ENTERPRISES v. PARAMOUNT, 346 U.S. 537 (1954)

Livro

MOTTA, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge University Press, 2004. Disponível em: www.iue.it/Personal/Motta/chapter4.pdf. Acesso em: 21.04.2007.

Processos Administrativos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (em ordem cronológica de instauração – número do processo)

Processo Administrativo nº 08000.015337/97-48 (Rel. Conselheiro Ruy Santacruz).

Processo Administrativo nº 08000.024581 (Rel. Conselheiro Roberto Pfeiffer).

Processo Administrativo nº 08012.000677/1999-70 (Rel. Conselheiro Thompson Andrade).

Processo Administrativo nº 08012.002299/00-18 (Rel. Conselheiro Afonso Arinos).

Processo Administrativo nº 08012.007515/00-31 (Rel. Conselheiro Miguel Tebar).

Processo Administrativo nº 08012.004036/01-18 (Rel. Conselheiro Thompson Andrade).