

O cartel

Neide Teresinha Malard¹

Sumário: 1. A livre concorrência. 2. Condições favoráveis à cartelização. 3. As características do cartel. 4. O direito no contexto do cartel. 5. Comportamento uniforme sem conluio. 6. A prova da existência do cartel. 7. Conclusão. 8. Bibliografia.

1. A livre concorrência

O sistema capitalista sustenta-se sobre dois pilares: a propriedade privada e a livre iniciativa. O Estado, com a revolução burguesa, assume o papel de protetor desse sistema, que se desenvolve a partir da consagração da liberdade de apropriação de bens e dos meios de produção, liberdade que se mantém intangível até o princípio deste século, quando se pôs em questionamento a necessidade do bem-estar coletivo.

Corolário da liberdade de apropriação dos bens de produção é o atingimento da máxima eficiência, a minimização de dispêndios e a maximização de lucros. Trata-se de regra econômica que, em dado momento histórico, não sofria qualquer limite e nem se colocava à prova a sua legitimidade. Quanto maior fosse a empresa e quanto maior o seu poder econômico, mais sucesso era a ela atribuído, pois maior a sua capacidade de gerar capital, investir em novas tecnologias e maquinário, produzindo mais e promovendo a riqueza das nações. Vigorava a teoria preconizada por Adam Smith.

O agigantamento dos negócios era a medida de eficiência; o mercado auto-regulava-se através do mecanismo da concorrência, afastando tanto os fabricantes que elevassem indevidamente os seus preços quanto os trabalhadores que solicitassem altos salários.

O interesse pessoal e o desejo de melhorar a vida eram o lema do progresso econômico, impelindo o capitalista à maximização de lucros. Os mecanismos do mercado a oferta e a procura traduziam as aspirações do público, ou seja, que maiores ou menores quantidades de determinado produto fossem produzidas.

¹ A autora é pós-graduada pela Universidade de Estocolmo. Mestra em Direito pela Universidade de Londres e Conselheira do CADE.

A teoria mercadológica de Adam Smith mostrou, no decorrer do desenvolvimento do sistema capitalista, que não era suficiente para regular os mercados. A Revolução Industrial propiciou o surgimento de uma nova ordem econômica. O avanço tecnológico possibilitou a produção em série, conduzindo a enormes economias de escala, ocasionando, com isso, profundas transformações na concorrência dos mercados. As empresas detentoras de tecnologia, que se dedicavam à produção em economia de escala, foram, aos poucos, adquirindo posição dominante de mercado, porquanto tinham condições de produzir a custos mais reduzidos, tornando seus produtos mais baratos, e afastando, em consequência, seus concorrentes.

A dominação de mercados surgiu como um fato econômico normal, mera decorrência do crescimento interno da empresa, que buscava, segundo o mais genuíno espírito capitalista, obter a minimização de custos e a maximização de lucros.

A concentração do poder econômico era o traço característico da competitividade das economias de escala do final do século passado e início do atual. Acreditava-se que o princípio da livre concorrência estaria protegido enquanto assegurada estivesse a liberdade de entrar no mercado e nele competir. O estado liberal creditava à auto-regulamentação do mercado, a fórmula mágica de resolver seus próprios problemas, segundo os preceitos da lei da oferta e da procura.

O agigantamento dos negócios e a formação dos grandes conglomerados nos Estados Unidos da América não tardaram muito a demonstrar que o mercado não podia ficar à mercê da dogmática econômica e que a lei da oferta e da procura não vigorava em termos absolutos, comportando exceções.

A experiência deu-se com as linhas férreas americanas que, desfrutando de posição monopolística, à falta de competidores que dispusessem de recursos vultosos para investir no setor, o qual impunha, ainda, restrições ao próprio investimento em áreas densamente populadas, passaram a adotar práticas discriminatórias de preços, em relação a determinados clientes, além de elevar tarifas em rotas onde detinham posição dominante, e estabelecer preços predatórios nas linhas competitivas.

Outro caso veio, ainda, demonstrar que a liberdade do mercado não estaria assegurada pelas próprias regras. Foi o que ocorreu com a Standard Oil Company e o esquema por ela organizado para controlar um grande número de indústrias de vários setores, mediante o qual os acionistas das empresas envolvidas transferiam as suas ações para um depositário e, em troca, recebiam certificados que lhes asseguravam remuneração proporcional às suas ações no *pool* formado pelas empresas em questão. Ao esquema deu-se o nome de *trust*, que deu origem à expressão *antitrust*, que mais tarde passaria

a ser utilizada mundo afora para qualificar as legislações sobre abuso do poder econômico.

O exemplo da Standard Oil foi seguido por outras tantas empresas e grupos, com conseqüências as mais iníquas para a desregulada economia de mercado americana. Empresas foram forçadas a se retirar do mercado, cedendo às práticas predatórias². Inúmeras indústrias foram fechadas e seus empregados despedidos.

Muito embora fosse clamorosa a reação pública contra os trustes, muitos economistas ainda achavam que essas práticas faziam parte do jogo econômico e que o Estado não deveria intervir.

A questão, no entanto, passou a receber outro tipo de abordagem. Já não era mais a liberdade econômica que estava em jogo, mas o próprio poder político que se sentia ameaçado. Percebendo a fragilidade do governo em lidar com os poderosos grupos econômicos, o Presidente Woodrow Wilson sentenciou em termos históricos: "Se o monopólio persistir, irá sentar-se sempre ao leme do governo. Não espero ver o monopólio conter a si próprio. Se existem homens neste país suficientemente para serem donos do Governo dos Estados Unidos, eles não hesitarão em sê-lo".³

A resposta do Congresso norte-americano não tardou muito diante das pressões dos mais diversos setores da economia. Conforme afirmara o Senador Sherman, somente o Congresso poderia lidar com os trustes. Assim, em 1890, era promulgado o *Sherman Act*, declarando ilegal todo contrato, combinação ou conluio em restrição ao comércio, sujeitando os infratores a pesadas multas e ordenando a imediata dissolução do pacto.

Desta feita, os trustes e cartéis que, inicialmente, eram considerados por muitos como fenômenos normais do comércio, revestindo-se das necessárias formalidades legais, foram, em virtude da indignação popular, repudiados expressamente em lei.

Consagrava-se a total liberdade do mercado, que não mais ficaria reservado aos economicamente poderosos. Mercado livre passava a significar o mercado em que as oportunidades eram iguais para todos os concorrentes.

Com a expressa vedação legal, as técnicas que, às escâncaras, eram adotadas para se obter a maximização de lucros, à mais fiel obediência ao espírito capitalista, passaram, dali por diante, a serem seguidas de forma clandestina, dificilmente detectáveis.

2 O monopólio da Standard Oil foi conseguido mediante prática predatória, que consistia em baixar excessivamente o preço do querosene, aquém do custo de produção, até que seus competidores se viam forçados a fechar seus negócios. Obtida a posição monopolística, a Standard Oil colocou seus preços bem acima daqueles que vigoravam no mercado, antes da prática abusiva.

3 Cf. Heilbroner, p. 158

Na verdade, conforme o próprio Adam Smith já dizia, em 1776, em sua obra *A Riqueza das Nações*, as pessoas que se dedicam a um mesmo negócio às vezes se encontram para se divertirem, mas a conversa, em geral, termina num acordo para lesar o público ou num plano para aumentar os preços, sendo impossível à lei evitar, de forma consistente com a justiça e a liberdade, que esses encontros se realizem. Se a lei, no entanto, não pode proibir o encontro de pessoas que se dedicam à mesma atividade, também não deveria facilitar esses encontros e, muito menos, torná-los necessários.

O pensamento econômico evoluiu desde Smith, e hoje, as leis de defesa da concorrência, além de terem repugnado esses encontros, passaram a reprimir atos e condutas que deles decorram, impedindo a atuação livre das forças de mercado. Com efeito, o objetivo primacial das leis de defesa da concorrência é a manutenção da liberdade de atuação daquelas forças na formação dos preços.

Pode-se afirmar que é tríplice o sentido teleológico da defesa da concorrência. Num sentido econômico, promove-se a eficiência econômica, propiciando a correta alocação de recursos, evitando-se distorções na distribuição do produto nacional, na medida em que se garante o livre funcionamento dos mercados, sem necessidade de intervenção direta do Estado na economia⁴. Num sentido sociológico, propiciam-se as necessárias condições para que a decisão econômica seja tomada pelo consumidor, de forma livre e racional, assegurando-lhe o poder de decidir sobre suas reais necessidades, de sorte a escolher o que adquirir e a que preço. Por último, num sentido político, busca-se assegurar a independência do Poder Público em relação ao poder econômico, que tende a obter lucros cada vez maiores em detrimento do bem estar do consumidor.

Entre nós também não foi tarefa fácil a elaboração legislativa em defesa da concorrência. A primeira tentativa deu-se com o Decreto-Lei nº 7.666, de 28 de junho de 1945, que teve como mentor intelectual o Deputado Agamenon Magalhães, quando Ministro da Justiça. O aludido diploma teria causado muitas reações contrárias, tanto de natureza política quanto jurídica, terminando revogado, depois de poucos meses de vigência.

O mesmo Agamenon Magalhães interveio, de forma decisiva, para a inserção no texto constitucional de 1946, de norma que consagrasse a liberdade do mercado contra o abuso do poder econômico⁵. Tratava-se, no entanto, de norma-programa, que necessitava de elaboração legislativa.

4 Cf. Cabanellas, p. 37.

5 Cf. José Inácio Franceschini, p. 8.

Em 1948, Agamenon Magalhães, em mais uma investida contra o abuso do poder econômico, apresentou projeto de lei que, não conseguindo lograr qualquer êxito, terminou por ser arquivado.

Em dezembro de 1951, foi promulgada a Lei nº 1.521, de natureza penal. Esse tipo de repressão, todavia, não era suficiente ao combate da atuação sutil do poder econômico, até porque o nosso País não tinha qualquer tradição de punir os poderosos. Era, pois, necessário juntar-se à repressão penal, também a administrativa, a exemplo da lei americana que, naquela ocasião, já superara todas as dificuldades de sua implantação e era decantada no Brasil, como modelo ideal para a repressão dos trustes e cartéis.

Em 1956, já falecido Agamenon Magalhães, seu filho, na qualidade de Deputado Federal, reapresentou o projeto paterno, o qual, após seis anos de tramitação, foi convertido na Lei 4.137, de 1962, que criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

A Constituição de 1967 elevou à categoria de princípio da ordem econômica a repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, pela eliminação da concorrência e pelo aumento arbitrário dos lucros (art. 157). Essa mesma orientação foi seguida pela Emenda nº 1, em seu artigo 160.

O Constituinte de 1988, adotando melhor técnica jurídica, promoveu a livre concorrência à categoria de princípio da ordem econômica (art. 170), tratando a repressão ao abuso do poder econômico como mecanismo legal para se assegurar a realização do princípio.

Após quase trinta anos de vigência, a Lei nº 4.137, de 1962, sofreu substanciais alterações, introduzidas pela Lei nº 8.158, de 1991, que atribuiu à Secretaria Nacional de Direito Econômico - SDE, do Ministério da Justiça, a competência para apurar as práticas restritivas da concorrência, mantido o CADE como órgão judicante.

O novo diploma alterou, ainda, a tipologia legal, apenas exemplificando algumas condutas abusivas, ao invés de exauri-las como fez a Lei nº 4.137, de 1962, estabelecendo que “constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não seja alcançados”.

Mal havia sido testada, a Lei nº 8.158, de 1991, foi revogada pela Lei nº 8.884, de junho de 1994, esta, sem dúvida, a mais imperfeita lei antitruste que o Brasil já teve.

Na verdade, o País não precisava naquela ocasião de uma nova lei antitruste, mas sim do que ainda necessita agora: condições materiais, em

termos de recursos humanos e financeiros, para aplicar as leis que já vigoravam.

O novo diploma legal, ao revogar a Lei nº 4.137, de 1962 e não contemplar as situações nela previstas, facilitou as concentrações econômicas, passando a não ser mais ilícitas *per se* as operações e transações concentracionistas que pudessem eliminar total ou parcialmente a concorrência.

2. Condições favoráveis à cartelização

A concorrência perfeita⁶ requer uma maior difusão do mercado, de sorte que as decisões individuais não afetem a produção agregada e os preços. Cada agente econômico há de ter plena consciência de sua independência em relação aos seus concorrentes, certo de que o comportamento destes em nada afetará a sua rentabilidade e vice-versa. Prevalece, assim, o anonimato e a impessoalidade das forças do mercado.

O equilíbrio da empresa e a maximização do seu lucro dependem crucialmente da estrutura do mercado. Numa estrutura competitiva a empresa se submete ao preço de mercado, que lhe permite vender as quantidades que desejar. Devido ao elevado número de partícipes nesse mercado, a participação de cada um é reduzida.

Embora o mercado possa absolver qualquer nível de produção, as quantidades que a empresa pode vender estão limitadas à sua capacidade instalada, e a empresa buscará o nível de produção que lhe assegure o maior lucro, qual seja, aquele em que for maior a diferença entre os custos totais e a receita total.

Nos mercados oligopolistas, onde é reduzido o número de vendedores, as condições de entrada e de expansão de empresas pequenas é limitada; inexistem, em geral, grande diferenciação entre os produtos, inclusive no tocante à qualidade; e os compradores são numerosos, encontrando dificuldade de se organizarem, no sentido de forçar a redução de preços.

Sendo relativamente poucos os concorrentes, existe um conhecimento recíproco entre eles. Assim, sempre que um altera o seu preço, modifica o seu produto ou adota qualquer estratégia de venda, a manobra é percebida e seu impacto sentido pelas outras poucas empresas congêneres do mercado, que poderão ser induzidas a uma reação.⁷

6 Cliente da dificuldade de se obter a concorrência perfeita, J.M. Clark, professor da Universidade de Colúmbia, cunhou a expressão "workable competition", que pode ser traduzida como "concorrência factível", que significa a concorrência possível, estimulada por meio de medidas públicas e privadas.

7 Cf. Dorfman, p. 215.

Por isso, o oligopolista, em geral, avalia cuidadosamente as vantagens e os inconvenientes de suas estratégias, muito antes de adotá-las.

Há duas variantes dessa estrutura de mercado: o oligopólio diferenciado e o oligopólio indiferenciado. No oligopólio diferenciado, os produtos das várias empresas são claramente distinguíveis, e os compradores têm, entre eles, preferências definidas. Esse tipo de oligopólio é mais facilmente encontrável nos mercados de produtos que se destinam ao consumidor final.

Em um oligopólio indiferenciado, mais comum em mercados de produtos de uso industrial, os compradores não manifestam preferências acentuadas por qualquer produto.

Na medida em que os produtos se diferenciam, refletindo uma elevação de preços, os compradores a quem não interessa essa diferenciação, buscam alternativas em outras marcas, de qualidade até inferior.

Por isso que os oligopólios são compelidos a introduzir políticas de *marketing* para alcançar a preferência dos consumidores, bem como a aprimorar o produto para diferenciá-lo do concorrente.

Os lucros do oligopolista não dependem, assim, somente de suas ações, mas também do comportamento de seus concorrentes⁸. Ocorre, pois, nesse tipo de mercado, uma relação de **interdependência**. Embora tendo antagônicos interesses, cada participante de um oligopólio exerce sobre o outro influência significativa, disputando um verdadeiro jogo de estratégia.

Se um oligopolista reduz seu preço, seus concorrentes se porão em dúvida quanto ao seu comportamento: não sabem ao certo se ele está tentando alterar a estrutura de preço da indústria ou se objetiva a conquista de parcela adicional do mercado. A redução de preço, ainda que calculada e planejada, pode desencadear, se mal-avaliada pelos concorrentes, uma verdadeira guerra de preços.

As estratégias mais comumente utilizadas para se prevenir essa guerra é a redução do preço mediante descontos e a introdução de pequenos melhoramentos, sem que os custos respectivos sejam repassados aos preços.

De qualquer forma, as incertezas quanto à reação do concorrente e o risco potencial da guerra de preços fazem com que o oligopolista adote uma postura hesitante no que respeita a mudanças, tornando o mercado rígido e refratário a estímulos.

A possibilidade de entrada de novos concorrentes no mercado oligopolista é sempre contemplada, esforçando-se as empresas incumbentes para manter preços que lhe sejam lucrativos, mas não o suficiente para atrair novos competidores.

8 *Idem.*

Em condições oligopolistas, as empresas têm a aptidão de exercer controle discricionário sobre a produção e preços, de vez que, isoladas das forças de mercado, não se sentem compelidas a buscar maior eficiência.

A ineficiência econômica decorrente de um mercado oligopolista pode ser aferida tanto pelo percentual de elevação do preço acima do nível competitivo, quanto pelo percentual de redução da quantidade produzida.

Os mercados oligopolistas, não só em razão do reduzido número de vendedores e do alto grau de concentração, mas ainda em virtude das características acima mencionadas, possibilitam a adoção de condutas colusórias por parte de seus participantes.

A dificuldade que têm os oligopólios de fixar seus preços individualmente constitui, talvez, uma das principais razões que os levam a entrar em conluio para obter a principal vantagem do monopólio, que é a fixação do preço que maximiza seus lucros.

Quanto mais concentrado o setor industrial, maior é a tendência dessa ação concertada e menor é o incentivo para que os agentes busquem políticas individuais para competir.

As colusões nem sempre assumem uma forma explícita, aparecendo, predominantemente, em acordos tácitos, muitas vezes facilitados pela troca de informações em relação a custos, produção e políticas de preços.

3. As características do cartel⁹

O cartel é constituído por um grupo de empresas que disputam o mesmo mercado, na condição de concorrentes, sujeitas às leis da livre concorrência, buscando a preferência dos consumidores no preço e na qualidade de seus produtos. A partir de um dado momento, verificam que podem obter lucros mais elevados se fixarem um preço único para seus produtos ou se dividirem entre si os mercados consumidores, ou ainda, se estabelecerem uma estratégia conjunta para explorar suas atividades.

Os membros do cartel mantêm a sua autonomia jurídica e financeira, estabelecendo, no entanto, estratégias operacionais comuns que vão disciplinar a interdependência de suas relações.

Constituem-se os cartéis por prazo determinado ou indeterminado, de acordo com as circunstâncias e as características dos mercados onde atuam, bem como do objetivo específico que perseguem.

⁹ Trata-se aqui do cartel ilícito, organizado com o propósito de lesar a concorrência, estabelecendo limites à atividade econômica individual de cada um de seus membros. O trabalho não contempla os consórcios lícitos, organizados com uma finalidade específica, que a lei pode eventualmente proteger em razão dos benefícios que proporcionam à economia nacional e ao bem comum.

O principal objetivo da cartelização é a obtenção de vantagens idênticas às do monopólio, quais sejam, a maximização de lucros. Buscam, assim, os cartéis a eliminação de concorrentes indesejáveis, que se colocam no caminho de suas pretensões.

Para atingir esse objetivo, o cartel orienta as suas condutas tanto no sentido horizontal - fixando preços, dividindo mercados, ou promovendo acordos com o objetivo de controlar a inovação de produto, estabelecer prazos de entrega, discriminar preços, uniformizar serviços que podem ser prestados ao consumidor, entre outras práticas, quanto no sentido vertical - fixando preço de aquisição de matérias-primas ou serviços, impondo a venda casada, organizando esquemas de distribuição, dentre outras estratégias.

O cartel é um fenômeno coletivo que, embora agindo de forma organizada, com objetivos claros e bem definidos, não se apresenta nem formal, nem materialmente estruturado¹⁰. Trata-se de organização informal e clandestina, sancionada pelo ordenamento jurídico positivo como conduta criminosa e danosa ao interesse público, repugnada pela sociedade, a maior vítima de suas condutas.

Sua função é inteiramente econômica. Seu mecanismo de poder é a exploração da classe consumidora e seu modo de racionalidade é a maximização de lucros.

O cartel tem plena consciência da ilegalidade de sua existência e das condutas que perpetra. Todavia, adota um conceito próprio de licitude, extraindo a pretensa jurisdição de suas ações, do princípio da liberdade de concorrência, que defende ser a livre atuação dos diversos segmentos do mercado, sem qualquer intervenção do Estado. Nessa linha de pensamento, considera danoso à economia qualquer obstáculo à maximização de lucros, que entende ser a única força motriz da economia e mote da cartelização.

O grupo cartelizado é predominantemente pequeno, dele participando, em geral, não mais que uma dezena de empresas. Cartéis com um número maior de componentes são raros, pois a clandestinidade de suas operações exige contatos rápidos e decisões imediatas, que se tornam cada vez mais difíceis quanto maior for o número de empresas envolvidas. Os cartéis mais numerosos costumam atuar através de associações, cuja existência legal serve de subterfúgio à atividade ilícita.¹¹

10 No Brasil, ainda é possível encontrar o cartel formalmente organizado através de associações. Na medida em que a legislação de defesa da concorrência é efetivamente aplicada, a tendência do cartel é a clandestinidade.

11 McElroy and Siegfried mencionam uma pesquisa realizada por Hay e Kelley, em que se concluiu que, dentre os cartéis condenados nos Estados Unidos por fixação de preço, o número médio de membros era de 7,25%, com 79% dos cartéis envolvendo dez ou menos participantes. Cf. *in* "Economic Analysis and Antitrust Law", Terry Calvani and John Siegfried, p. 140.

Os membros do cartel têm, em geral, características comuns: são firmas de porte semelhante, igualmente eficientes em termos de produção, sendo os seus produtos de qualidade comparável, possuindo, muitas vezes, uma estrutura de custos semelhantes. Participam de um mercado oligopolista, em que os preços, via de regra, são mais elevados do que aqueles que predominam num mercado mais competitivo.

Como todo grupo que busca uma certa organização, o cartel se defronta com algumas dificuldades de cuja superação depende o sucesso ou insucesso do acordo. Não é fácil, por exemplo, chegar a um bom termo nas questões relativas à divisão de quotas de mercado, pois está sempre presente o temor de que os benefícios obtidos com a cartelização conduzam à entrada de novas firmas no mercado, tornando-o mais concorrencial.

Outra dificuldade a ser superada pelo cartel é a fixação do preço ideal para o produto ou serviço, principalmente quando as empresas têm diferentes estruturas de custos e níveis de produção. Difícil, ainda, de contornar é a desconfiança mútua entre os membros do cartel, que decorre da própria situação de concorrente que cada um se encontra em relação ao outro.

Muitas vezes o acordo é intermediado por uma agência central, associação ou órgão similar, que se mantém neutra em relação aos membros individualmente considerados, podendo, assim, negociar as cláusulas do acordo de forma a beneficiar a todos, ainda que os benefícios sejam desiguais.

O processo de negociação que quase sempre precede a formação do cartel é, em geral, complexo, quando os membros não dispõem das mesmas características. Na fase negocial, as empresas que têm menor custo de produção buscam convencer os membros do grupo no sentido de fixar preços mais baixos, que certamente lhes propiciarão um maior volume de vendas, enquanto que aquelas que produzem a custos mais elevados pugnarão por um preço mais alto e conseqüente redução das quantidades a serem produzidas.

A fixação do preço comum não é, pois, tarefa fácil. Se o preço refletir o custo médio ou mínimo dos participantes, certamente não compensará para algumas empresas. Se refletir o custo máximo, por certo contentará a todos, mas se os preços forem fixados em patamares muito elevados, poderão atingir fatalmente a clientela, inviabilizando a cartelização.

Na fase de negociação, cada empresa discorre sobre seus problemas e dificuldades, expondo suas expectativas e as vantagens que pretendem auferir com o acordo. Nem sempre o jogo é aberto, pois iminente a suspeita da não adesão e até de eventual traição.

Em suas relações com terceiros, o cartel pode se fazer representar por uma associação, especialmente constituída para esse fim. Em razão, porém,

do cerco erguido pelas leis de defesa da concorrência, essas relações têm sido mantidas de forma individual pelos membros.

4. O direito no contexto do cartel

O cartel é regido por um acordo de cavalheiros, inteiramente informal, pactuado à margem da lei e mantido em segredo.

Em momento anterior à vigência das leis antitruste, tanto no Brasil quanto no exterior, os acordos entre as empresas, objetivando o controle dos mercados, eram feitos por escrito, revestidos de todas as formalidades legais. A partir da entrada em vigor daquelas leis, esses acordos passaram a ser combatidos e punidos. Sua adoção, contudo, não foi totalmente abandonada. Com a proibição, passaram a ser realizados de forma clandestina, nada se documentando a seu respeito.

O acordo do cartel objetiva, basicamente, a uniformização do preço do produto ou serviço colocado no mercado. Daí decorre, muitas vezes, a necessidade de se convencionar o nível de produção de cada participante, a padronização do produto, o esquema de delimitação dos mercados e outras condições que se fizerem necessárias ao pleno êxito do acordo.

Os membros do cartel convivem sob a égide de dois ordenamentos distintos: o regulamento do cartel e o ordenamento estatal que o profbe. Ao cumprir as normas internas do cartel, os membros transgridem o ordenamento jurídico estatal, enquanto que a atuação conforme os preceitos daquele constitui infração às normas internas do cartel.

Tanto a transgressão da ordem estatal quanto a infração ao regulamento do cartel são motivadas pelo mesmo fator, qual seja, a obtenção de lucros cada vez maiores. Se, num dado momento, o cartel é o meio hábil de maximização de vantagens, quando deixa de sê-lo, não há a preocupação quanto ao seu desfazimento. O membro que vislumbra maiores vantagens em outro tipo de conduta não hesita em adotá-la: aumenta sua produção, reduz o preço de seu produto, vende fora de sua área, enfim adota a estratégia que lhe propicia maiores vantagens do que aquelas auferidas através do acordo.

A transgressão às normas do cartel importa, muitas vezes, sanções impostas pelos demais membros do grupo, que variam desde a simples imposição de multas até a adoção das mais variadas práticas que conduzem à total eliminação do concorrente do mercado.

Houve um caso em que o cartel, organizado por um sindicato, eliminava de seus quadros o sócio que infringisse a tabela imposta, recomendando,

ainda, aos demais associados, a completa cessação de atividades comerciais com o infrator.¹²

Outro cartel, organizado por transportadores de café, previa multa pecuniária ao membro que tomasse a clientela do outro.¹³

Num outro caso, o cartel, organizado pelo sindicato representativo das empresas envolvidas, fixou em assembléia geral os preços que seriam cobrados pelos seus associados e, inconformado com fato de que uma das empresas não adotasse aqueles preços, fez contra ela publicar na imprensa um "comunicado de inidoneidade".¹⁴

A desconfiança mútua é fator preponderante na relação entre os membros do cartel, desde os momentos iniciais de sua formação, constituindo uma das principais causas de sua desintegração. Os membros, concorrentes entre si, num mercado em que há poucos participantes no jogo econômico, têm como objetivo principal a formação do lucro desproporcional. Por isso, mesmo depois de formado o cartel, a tendência de cada membro é lutar pela realização daquele objetivo, tanto de forma coordenada, na cumplicidade do ato ilegal, quanto individualmente, ao abrigo da legalidade, no processo da livre concorrência.

Assim, é normal que os membros do grupo, motivados por vendas cada vez mais rentáveis, reduzam por conta própria o preço pactuado, de sorte a obter um maior volume de vendas. Essa oscilação de preço/quantidade, que é um fenômeno normal do mercado livre, é, no entanto, prejudicial ao cartel e constitui infração aos termos pactuados, podendo conduzir à total desintegração do conluio.

Outro ponto de desagregação do cartel é a invasão de área delimitada do mercado, destinada ao concorrente. A política de maximização de lucros do cartel importa, muitas vezes, na diminuição da escala de produção. Não é raro algum membro sentir-se tentado pelo sucesso obtido em seu mercado e aumentar a produção para atender às necessidades do mercado do concorrente onde, em razão dos custos operacionais daquele, a produção mantém-se baixa.

Se o cartel funciona na forma esperada por seus organizadores, duas situações devem ocorrer: vende-se menos e os lucros obtidos são os esperados.

O sucesso do cartel constitui, paradoxalmente, o incentivo à sua desintegração, pois é precisamente o elemento de sua integração a maximização de lucros que induzirá seus membros a infringirem as normas por eles próprios estabelecidas. Assim, o sucesso das vendas individualmente realizadas incentivará determinado membro a ultrapassar suas quotas, conceder

12 Francheschini, p. 413.

13 Idem, nº 468, p. 409.

14 Processo Administrativo nº 109/92.

descontos especiais para certos clientes, inclusive a alguns pertencentes ao mercado do concorrente, e a adotar outras práticas prejudiciais aos demais integrantes do grupo.

5. Comportamento uniforme sem conluio

Em razão da interdependência característica dos oligopólios, cada empresa percebe a demanda por seu produto com elevado grau de incerteza, pois depende da ação das rivais. Assim, hesita em alterar seu preço com receio das reações que sua prática possa desencadear nas concorrentes. Resiste fortemente à redução do preço, mesmo quando as condições da demanda indicam que estes devam ser rebaixados, preferindo, ao invés, usar descontos, publicidade, diferenciação de produto. Teme, sobretudo, a guerra de preços que possa ser desencadeada.

Essa interdependência, talvez a principal característica dos oligopólios, indispensável à compreensão do comportamento dos mercados em que atuam, faz com que cada uma das empresas leve em conta as possíveis reações de suas concorrentes ao decidir sobre seu próprio comportamento.¹⁵

Tais condicionantes do mercado oligopolizado propiciam, no decorrer do tempo, o estabelecimento de um padrão de comportamento, fruto de observação mútua, que é adotado pelas empresas integrantes desse mercado, mediante estratégias comuns de formação de preços. Esse padrão, uma vez estabelecido, tende a se repetir, com forte resistência a mudanças.

Assim, muitas vezes, a coincidência de preços entre as empresas de certo mercado pode decorrer das próprias condições do mercado, sem que haja combinação prévia.

Um desses padrões de comportamento é a liderança de preço, que consiste, especificamente, na formação do preço de mercado pela empresa líder, exigindo, para a sua ocorrência, algumas condições: a coexistência de um número reduzido de pequenas empresas com uma ou mais grandes empresas; produto geralmente homogêneo e existência de uma empresa capaz de fazer prevalecer seu preço, seja em função de menor custo, seja por dominar uma parte substancial do mercado.

A prática se justifica pela interdependência entre as empresas, em relação às respectivas vendas. Em geral, uma delas é suficientemente grande e controla uma parte substancial do mercado, de sorte que a sua ação individual é capaz de afetar as vendas das concorrentes. Assim, a expansão, ainda que moderada, na produção de uma das empresas pode reduzir as vendas das rivais de forma considerável.

¹⁵ Cf. Kelvin Lancaster, p. 154.

Uma empresa proeminente, em geral, mas nem sempre a maior da indústria, é aceita pelas demais como a responsável para dar início às alterações de preço que as demais seguirão. Essa empresa serve de guia às concorrentes, mas se o seu movimento não se apresentar vantajoso para as demais, ela não será seguida.

A manutenção da liderança depende, em grande parte da distribuição das quotas de mercado. Se alguma empresa não estiver satisfeita com a sua participação relativa no mercado, lutará com vigor para obter uma parcela mais significativa, enquanto que outras buscarão sua própria subsistência, tornando, assim, frágil a condição da líder.

Não se pode definir com certeza a estratégia adotada pelas líderes de preços. Segundo Dorfman, uma hipótese plausível, embora difícil de ser confirmada, é a de que os líderes de preços agem como monopolistas, em proveito da totalidade da indústria. Cientes da curva de procura da indústria e conhecedores das curvas de custo da empresa média, procuram estabelecer um preço que proporcione a essa última os maiores lucros possíveis. A estratégia, contudo, há de considerar preços que possam ser seguidos pelos concorrentes.

A liderança de preços não importa, necessariamente, em preços idênticos, o que ocorre apenas em oligopólios cujos produtos são homogêneos e os preços respectivos são transparentes. Havendo alguma diferenciação de produto, o preço poderá variar entre os concorrentes. Nesse caso, o percentual de reajuste tende a ser o mesmo, mantendo-se os preços alinhados com o da líder. A transparência dos preços do oligopólio é fator imprescindível para que a liderança se estabeleça.

A líder de preços pode ser a empresa de menor custo que, por tolerar preços menores, tem condições de fazer prevalecer o seu, que é seguido pelas demais concorrentes. A estas resta a opção de aderir ao preço da líder ou correr o risco de perder sua fatia do mercado. A aceitação do preço da líder institui, pois, estratégia de mercado para as empresas que conseguem produzir àquele preço.

Pode também a liderança de preço ser exercida pela empresa dominante no mercado, caso em que seu preço será compatível com a maximização de seu lucro. As empresas menores o seguirão, em parte, porque satisfeitas com o lucro auferido e, em parte, pelo receio de ser praticado pela líder preço ainda menor do que o seu. Por outro lado, seria inviável a prática de preços superiores aos da líder, pois importaria queda imediata nas vendas. A liderança de preço nesse caso previne a guerra de preço. A propósito, observa Robert Awh, baseado em estudos realizados nos Estados Unidos, na década de cinquenta, que a liderança de preço em indústrias de larga escala desen-

volveu-se a partir da experiência anterior de guerra de preços e das flutuações violentas de preços e lucros dela decorrentes.¹⁶

A liderança de preço reflete um certo respeito pela parcela de mercado da rival e pela continuidade dos padrões de preços e da concorrência que vem existindo na indústria.

Se os produtos forem homogêneos caso mais freqüente de liderança de preço o preço de venda tende a se tornar idêntico ao da líder de preço. Havendo alguma diferenciação de produto, o preço poderá variar entre os concorrentes e o percentual de ajuste (não o preço) tende a ser o mesmo, mantendo-se os preços alinhados com o da empresa líder.

Machlup inclui os seguintes comportamentos como casos possíveis de liderança de preço: os preços da empresa líder são seguidos pelos demais vendedores; os demais vendedores respondem às variações de preços da líder, de forma a que o referencial de preços se mantenha; os demais vendedores alteram os seus preços na mesma direção das mudanças empreendidas pela líder.¹⁷

A literatura cita, ainda, a líder de preço barométrica, aquela que toma a iniciativa de alteração de preços, quando ocorrem mudanças que afetam substancialmente as condições de oferta e de demanda no mercado. As demais empresas seguem seus preços porque acreditam que a empresa barômetro seja capaz de interpretar mais corretamente as variações do mercado e indicar os preços adequados à nova conjuntura.¹⁸

A liderança de preço é uma conduta típica do mercado oligopolizado. O comportamento da líder é observado pelas demais empresas do setor e por elas deliberadamente seguido¹⁹. Ao contrário da conduta cartelizada, não se estabelece por intimidação ou mediante combinação, mas, sim pela busca espontânea de um padrão de comportamento que conduz à estabilidade no mercado.

Pode-se, pois, afirmar que a identidade de preços em um mercado oligopolizado decorre, com freqüência, de prática comercial normal e, muitas vezes, previne a concorrência predatória que conduz à eliminação de concorrentes, aumentando, ainda mais, o índice de concentração do mercado.

A liderança de preço é conduta comum, observada em todos os tipos de oligopólios. Desde que não se verifique a existência de conluio, a prática é tida como legal nos Estados Unidos²⁰. Entre nós, a inexistência de combi-

16 Cf. Robert Awh, p. 314.

17 Cf. Machlup, Fritz, p. 493.

18 Cf. Robert Awh, p. 313.

19 Idem p. 492.

20 Cf. Joe Bain, p. 282.

nação prévia também afastaria a ilicitude da conduta. Observe-se que não é o poder econômico que se pune, mas sim sua expressão abusiva.²¹

6. A prova da existência do cartel

A Lei nº 8.884, de 1994, previu os três tipos tradicionais de condutas colusórias: fixação de preços e condições de venda (art. 21, I); divisão de mercados (art. 21, III); e conluio em licitação pública (art. 21, VIII). Além dessas hipóteses clássicas, previu a lei duas outras: a promoção de conduta concertada (art. 21, II) e a regulação de mercados (art. 21, X).

A conduta cartelizada exige, por óbvio, uma pluralidade de agentes. Por tratar-se de conduta transgressora da ordem jurídica, o cartel atua de forma sub-reptícia, evitando deixar vestígios da prática ilícita. Não é de se esperar, pois, que o acordo venha expresso e pelos seus membros assinado. Ao contrário, tudo farão os integrantes do cartel, para delir o menor traço que possa servir de prova da conduta colusória. Assim, as provas indiretas - as presunções e os indícios - aliadas às regras da experiência, de pleno conhecimento dos especialistas na matéria, são as que mais ajudarão na formação da convicção de que a conduta colusória existe ou existiu efetivamente.

O indício é o fato conhecido, devidamente provado, que, por inferência, pode conduzir ao fato desconhecido. Sob o aspecto jurídico, constitui-se na causa ou efeito do fato probando. Já a presunção é o resultado do processo lógico dessa operação, que parte do fato conhecido, para se deduzir a existência do fato que se quer provar.²²

Preços idênticos, num certo setor industrial, podem ser o fato conhecido a indicar que as empresas daquele setor acordaram aquele preço. O preço idêntico é, pois, o indício do fato que se quer provar, qual seja, o acordo colusório.

Deve-se perquirir, no entanto, se, num mercado competitivo, em que operassem normalmente as forças da oferta e da procura, os preços seriam diferentes. Isto porque os preços iguais podem decorrer também da existência de vigor concorrencial no mercado, a exigir das empresas a maior redução possível de seus custos, o que pode conduzir a uma uniformização de preços.

Deve-se pesquisar, ainda, a relação custo/lucro das empresas envolvidas bem como os movimentos dos preços em relação aos custos. Enfim, o que se deve buscar é o motivo real que levou cada empresa a adotar a mesma conduta.

21 O Conselho Administrativo de Defesa Econômica apreciou a questão da liderança de preço no Processo Administrativo nº 2/90, instaurado contra West do Brasil S.A. e outras empresas do ramo de fabricação de tampinhas para medicamentos.

22 Cf. Joe Bain, p. 282

Pode-se inferir o acordo a partir da conduta das partes envolvidas no contexto do mercado em que atuam. O paralelismo consciente - adoção de conduta idêntica à da concorrente, cada qual ciente das ações da outra - demonstra que as empresas estão perseguindo objetivos previamente definidos. É, pois, forte indício de cartelização.

Vários são os meios utilizados pelas empresas para repassar as informações, de sorte a manter a conduta paralela. Os mais comuns são as entrevistas concedidas aos meios de comunicação, os encontros organizados por associações ou entidades de classe, os eventos culturais, técnicos ou sociais. O sucesso do acordo depende da eficácia da disseminação da informação.

Outros fenômenos podem sinalizar a existência do cartel, tais como a rotatividade de participantes e propostas nas licitações públicas; a repentina capacidade ociosa da indústria coincidente com a elevação de preços, sem o correspondente declínio da demanda e a estabilidade da participação relativa das empresas no mercado.

Após analisar todos esses elementos, se houver uma explicação econômica razoável para a conduta, como a liderança de preço, por exemplo, ou qualquer outra decorrente da interdependência característica do oligopólio, é de se afastar a hipótese colusória.

7. Conclusão

Na economia de mercado, o risco relativo ao capital investido e a concorrência, constituem os maiores desafios a serem enfrentados pelos agentes econômicos, sendo artificial qualquer mecanismo que inibe as forças naturais que propulsam a atividade empresarial.

Os mercados concentrados não são, necessariamente, anticoncorrenciais. Os oligopólios podem certamente escolher entre a concorrência e o conluio. A uniformidade de conduta não decorre sempre de uma ação colusória, podendo ser justificada por outras causas.

A dificuldade de sobrevivência do cartel está menos na ilegalidade de sua existência do que na duplicidade de condutas que seus membros tendem a adotar. Isto porque vantagens podem ser auferidas não apenas mediante operações clandestinas, mas igualmente através de práticas legais, compatíveis com as regras de mercado.

Ademais, a ordem normativa estabelecida pelo cartel, não se apresenta suficientemente eficaz para ser aceita, sem reservas, por seus destinatários. Ainda que homogêneo o grupo, as diferenças entre as empresas que, inicialmente, são aparentes, tornam-se reais, e a ordem normativa que, em princípio, traria ao grupo a harmonia necessária ao atingimento de seus

objetivos demonstra-se frágil diante da ordem estatal. Não conseguindo conviver com as duas ordens antagônicas, o cartel, mais cedo ou mais tarde, tende a desintegrar-se.

8. Bibliografia

- AWH, Robert Y. *Microeconomia: teoria e aplicações*. Livros Técnicos e Científicos Editora, 1979.
- BAIN, Joe S. *Price theory*. John Wiley & Sons, Inc. 1952., p. 282.
- CABANELLAS, Guillermo. *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*. Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 1983.
- CARBONNIER, Jean. *Sociologia jurídica*. Coimbra, Livraria Almedina, 1979.
- DORFMAN, Roberto. *Preços e mercados*. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1977.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga e FRANCESCHINI, J. L. de Azevedo. *Poder econômico: exercício e abuso*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1985.
- GELLHORN, Ernest. *Antitrust law and economics*. 3rd ed. St. Paul, Minn., West Publishing Co, 1986.
- GURVITCH, Georges. *Sociologia jurídica*. Rio de Janeiro, Livraria Kosmos Editora.
- HEILBRONER, Robert L. *A formação da sociedade econômica*. 5ª ed. Rio de Janeiro, Ed. Guanabara, 1980.
- HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust*. St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1986.
- LANCASTER, Kelvin. *A economia moderna: teoria e aplicações*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Zahar Ed., 1979.
- LEWINSON, Richard. *Trustes e cartéis: suas influências na economia mundial*. Porto Alegre, Livraria Globo Editora.
- McELROY, Katherine Maddox, e SIEGFRIED, John J. *The economics of price fixing; in Economic analysis and antitrust law*. 2nd. ed. Terry Calvani and John Siegfried, Little, Brown and Company Ltd., 1988.
- MACHLUP, Fritz. *The economics of sellers' competition: model analysis of sellers' conduct*. Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1952.
- ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 14ª ed.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 3ª ed. , 2º vol. São Paulo, Max Limonad, 1969.

STIGLER, George. *The Kinky Oligopoly Demand Curve and Rigid Prices*,
in G. J. Stigler e K. E. Boulding (orgs.), *Readings in Price Theory*.
(Homewood, Ill.: Irwin, 1952).

SULLIVAN, Lawrence Anthony. *Handbook of the Antitrust Law*. West
Publishing Company, 1977.