

UC Berkeley

Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers

Title

Teoria Unificada da Colusão: Uma Sugestão de Regulação dos Cartéis

Permalink

<https://escholarship.org/uc/item/88s1056q>

Author

Gico Júnior, Ivo Teixeira

Publication Date

2007-05-01

Draft Version for Discussion
Please Do Not Quote

Versão Preliminar para Discussão
Por Favor Não Citar

**Teoria Unificada da Colusão: Uma Sugestão de Regulação dos
Cartéis**

**Unified Theory of Collusion: A Suggested Approach to Cartel
Regulation**

Ivo Teixeira Gico Junior¹

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Universidade Católica de Brasília – UCB

itg3@columbia.edu

¹ O autor é bacharel em Direito pela Universidade de Brasília, Mestre com Honra Máxima (*James Kent Scholar* e *Fulbright Scholar*) pela *Columbia Law School*, Doutor pela Universidade de São Paulo, advogado, Coordenador do Mestrado em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP e Professor da Universidade Católica de Brasília – UCB.

Resumo

A legislação concorrencial brasileira caracteriza toda e qualquer forma de abuso do poder econômico como uma infração à ordem econômica. A principal conduta delitiva é a formação de cartel. A maior dificuldade na implementação de uma política pública contrária à cartelização dos mercados é a caracterização jurídica de um acordo entre concorrentes, principalmente, no contexto oligopolístico. Nossa hipótese é a seguinte: se a lei brasileira não exige a presença de um acordo para a caracterização do delito administrativo, deveria ser juridicamente possível condenar a coordenação indevida de ações entre concorrentes mesmo na ausência de acordo. Não obstante, como a colusão tácita é fruto exclusivo da convergência de interesses (cooperação espontânea), não haveria como impor um remédio comportamental adequado, caso fosse condenada. Nossa Teoria Unificada da Colusão é proposta como um meio de superar parcialmente a referida limitação prática ao oferecer a possibilidade de tratamento uniforme, ainda que limitadamente. Ao final, um algoritmo heurístico de como lidar com casos de cartel e colusão tácita é oferecido.

Palavras-chave: Cartel. Colusão Horizontal. Fixação de Preços. Oligopólio. Teoria Unificada da Colusão. Intervenção do Estado no Domínio Econômico. Abuso do Poder Econômico.

Abstract

The Brazilian competition law establishes that every kind of economic power abuse is against the economic order, hence, anticompetitive. The classic example of anticompetitive conduct is price fixing or cartel. The main challenge regarding the implementation of a public policy against such horizontal collusions is to adequately show that an agreement among competitors exists, especially in oligopolistic markets. Our hypothesis is the following: if the administrative competition law does not require an agreement in order to label a conduct abusive, it should be legally possible to reach unwanted coordinated market behavior even in the absence of an agreement. However, as tacit collusion results exclusively from converging individual interests (spontaneous cooperation), there is no reasonable conduct order available to courts to remedy such evil in case of conviction. The Unified Theory of Collusion is proposed as a means to partially overcome the referred practical limitation, by offering a possibility of restricted, but uniform legal treatment. At the end, a step-by-step guideline for analysis of cartel and tacit collusion cases is provided.

Keywords: Cartel. Horizontal Collusion. Price Fixing. Oligopoly. Unified Theory of Collusion. Government Intervention in the Economic Domain. Economic Power Abuse.

1. Introdução

Há muito tempo um dos maiores desafios para o Direito Concorrencial é saber como lidar com os chamados casos de colusão tácita, nos quais as empresas em um mercado oligopolista seriam capazes de alcançar um resultado mercadológico supracompetitivo semelhante ao de um cartel ou monopólio, mas sem a necessidade de celebração de um acordo expresso. Atualmente, a comunidade jurídica tem debatido entre não adotar postura alguma ou simplesmente tratar a colusão tácita da mesma forma que um caso de cartel. Fato é que independentemente da posição adotada, as soluções propostas na doutrina e na jurisprudência têm se mostrado insatisfatórias e, em alguns casos, incompatíveis com a moderna teoria econômica.

O objetivo principal deste artigo é apresentar nossa Teoria Unificada da Colusão, que é uma tentativa de dar um tratamento sistemático e uniforme para todos os tipos de colusão horizontal em todos os cenários mercadológicos, do cartel no contexto polipolístico à colusão tácita no duopólio. Em todas as hipóteses, como do ponto de vista estritamente econômico e dos efeitos deletérios sobre o bem-estar do consumidor, não há diferença material, em tese, o tratamento jurídico deveria ser o mesmo. Não obstante, o tratamento igualitário parte do pressuposto que todas as condutas podem ser combatidas pelo Direito Concorrencial da mesma forma, obtendo-se os mesmos resultados positivos, o que não corresponde à realidade.

A implementação de uma política pública de concorrência legítima deve levar em consideração não apenas os efeitos danosos da conduta objeto, mas também os custos e os benefícios decorrentes da própria intervenção. Assim, o tratamento jurídico a ser dado às colusões horizontais em seus vários contextos deve ser isonômico apenas à medida que gere iguais benefícios sociais, do contrário, deve-se reconsiderar a legitimidade, conveniência e oportunidade da intervenção estatal. Dizemos isto porque, de início, temos uma diferença clara entre colusão expressa e tácita. Enquanto a primeira é facilmente remediável, basta encerrar a comunicação expressa que o mercado tende a retornar ao seu estado pré-colusão, a segunda não é tão facilmente solucionada. Não que a colusão tácita deva ser imunizada do Direito Concorrencial, apenas teremos de ajustar a implementação da política aos retornos dela racionalmente esperados. É o que passamos a propor.

2. Teoria Unificada da Colusão

2.1 Desenvolvimento e Aplicação

O poder de mercado gerado pelo monopólio ou pela cartelização do mercado leva ao desalojamento de recursos, não apenas expropriando o consumidor, mas também impondo perdas estáticas e dinâmicas à sociedade. A existência de colusão horizontal e os efeitos indesejados dela decorrentes legitimam a utilização do aparato repressivo estatal para combatê-la, o que é feito juridicamente pelo Direito Concorrencial. Como o resultado mercadológico socialmente indesejável é atribuível única e exclusivamente ao comportamento anticompetitivo, cessado este, cessarão os efeitos anticompetitivos, razão pela qual se pode dizer que a aplicação do Direito Concorrencial nesse cenário tende a incrementar o bem-estar do consumidor e reduzir os ônus sociais decorrentes das condutas impugnadas.

O mesmo rigor repressivo não se verte contra os monopólios legitimamente formados², apesar de efeitos danosos semelhantes, por serem o resultado natural da própria estrutura de mercado e por não haver remédios comportamentais adequados para controlar o monopolista impedindo-o de cobrar preços supracompetitivos. Normalmente, as alternativas consideradas viáveis para a resolução do problema são (i) a encampação estatal do monopólio; (ii) a imposição de regulação e controle de preços; ou (iii) a reestruturação do setor. Todas altamente questionáveis, pois os resultados duvidosos dessas políticas sobre o bem-estar do consumidor, combinados com os custos de sua implementação, jogam sérias dúvidas sobre a conveniência e legitimidade de sua adoção. Se opções adequadas para se lidar com o monopólio estivessem disponíveis, provavelmente o Direito já teria alterado sua posição leniente em relação à sua existência.

² BRASIL. Art. 20, § 1º da Lei nº 8.884, de 11 de junho, de 1994.

De acordo com a moderna Teoria dos Oligopólios³, não é possível se estabelecer *a priori* qual o comportamento esperado de um agente econômico oligopolista (não há um comportamento típico), sendo o resultado final dessa configuração mercadológica consideravelmente dependente da presença de uma série de fatores estruturais e culturais. Nos casos em que o oligopólio leva a resultados diversos do ótimo social (competitivo ou supracompetitivo), podem lhe ser associados – em maior ou menor grau – os mesmos resultados socialmente indesejáveis do monopólio, agravados pela ausência de benefícios geralmente subjacentes à existência de um monopólio fundado na eficiência. Os oligopólios podem ser divididos em não-cooperativos e cooperativos⁴, sendo os primeiros associados aos indesejados efeitos unilaterais, contra os quais não há possibilidade efetiva de remédios comportamentais; e os segundos, aos efeitos coordenados⁵, sendo que tal coordenação pode se dar de forma direta e expressa (colusão horizontal expressa ou cartel) ou indireta e tacitamente (colusão horizontal tácita).

Ao lidar com esse resultado intermediário entre concorrência perfeita e monopólio, o aplicador do Direito Concorrencial deve adotar uma solução intermediária entre a proibição pura e simples e a abstenção de intervenção. A intervenção estatal, quando ocorrer, deve ser devidamente ajustada ao caso concreto – atacando na medida do possível os fatores estruturais e culturais facilitadores do equilíbrio supracompetitivo –, e

³ Vide, a título de exemplo, FRIEDMAN, James W. *Oligopoly Theory*. (Cambridge Surveys of Economic Literature). Cambridge: Cambridge University, Reprinted, 1984; *passim*; idem, *Oligopoly and the Theory of Games*. *Advanced Textbooks in Economics*, Vol. 8. 2nd printing. Amsterdam: North-Holland, 1979 (1977), pp. 15-43; TIROLE, Jean. *The Theory of Industrial Organization*, London: MIT Press, 1988, pp. 204-238; SHAPIRO, Carl. *Theories of Oligopoly Behavior*. In: SCHMALENSEE, Richard e WILLIG, Robert D. (eds.). *The Handbook of Industrial Organization*. Vol. 1. Reprint. Amsterdam: Elsevier Science, 2005 (1989), pp. 333-352; VIVES, Xavier. *Oligopoly Pricing: Old Ideas and New Tools*. Cambridge: MIT Press, 2001 (1999), pp. 1-10 e 93-219; SCHERER, Frederic M. e ROSS, David. *Industrial Market Structure and Economic Performance*. 3rd ed. Boston: Houghton Mifflin, 1990, pp. 199-208; VISCUSI, W. Kip, VERNON, John M., HARRINGTON, Jr., Joseph E. *Economics of Regulation and Antitrust*. 3rd ed. 2nd printing. London: MIT Press, 2001; e CARLTON, Dennis W. e PERLOFF, Jeffrey M. *Modern Industrial Organization*. 3rd ed. Massachusetts: Addison Wesley, 1999.

⁴ Vide trabalho seminal de COURNOT, Antoine Augustin. *Researches into the Mathematical Principles of the Theory of Wealth (Reprints of Economic Classics)*. Trad.: Nathaniel T. Bacon (1897). *With an Essay "Cournot and Mathematical Economics" and a "Bibliography of Mathematical Economics" by FISHER, Irving*. New York: Kelley, 1971 (1927).

⁵ Sobre a distinção entre efeitos coordenados e efeitos unilaterais, vide EUROPE ECONOMICS. *Study on Assessment Criteria for Distinguishing between Competitive and Dominant Oligopolies in Merger Control – Final Report for the European Commission Enterprise Directorate General*, May, 2001; e DOJ e FTC. *Horizontal Merger Guidelines*. U.S. Department of Justice e Federal Trade Commission, revised version of April 8, 1997, principalmente Item 2 – *The Potential Adverse Competitive Effects of Mergers*, www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/hmg1.html, (consultado em 13/1/06).

devidamente calibrada de acordo com a posição real da conduta dentro desse espectro fenomenológico, se mais próxima de um ou de outro extremo.

Além de ter em mente essa escala teórica de possíveis configurações mercadológicas, devemos retomar o debate acerca da exigência legal ou não da presença de um acordo para a caracterização da colusão horizontal na legislação brasileira. Em outras palavras, se o acordo entre concorrentes é condição necessária para a configuração do ilícito. Essa questão está intimamente ligada à abordagem a ser adotada para solucionar o problema. Em outro momento⁶, tivemos a oportunidade de demonstrar que o Direito Concorrencial positivo brasileiro, em contraposição ao norte-americano e ao europeu, não está circunscrito a uma noção ou definição de acordo, não sendo, em tese, necessário doutrinária ou jurisprudencialmente demonstrar a sua existência inequívoca para a configuração do ilícito concorrencial. Nessa linha, o artigo 20 da Lei nº 8.884/94⁷ é eminentemente voltado para o combate aos efeitos socialmente indesejáveis, tendo o legislador tomado por bem adotar comando normativo genérico o suficiente para englobar mesmo as condutas regularmente não enquadráveis na noção de acordo.

A ausência da amarra **semântica** do acordo é mera alteração formal, cujo resultado não deve ser interpretado como alteração, em termos substanciais, dos requisitos necessários para configuração de uma infração à ordem econômica. A função dessa modificação meramente lingüística é (i) adotar uma postura teórica mais adequada à legislação brasileira, sem importarmos questiúnculas alienígenas; (ii) chamar a atenção para os argumentos materiais para a qualificação de uma dada conduta como ilícita ou não, eliminando ou mitigando-se os problemas meramente formais; e (iii) possibilitar o posterior alcance das práticas facilitadoras, mesmo unilaterais, sem esbarrar no problema teórico do “requisito” acordo para o ilícito. Apenas neste último caso – com razão – poder-se-ia alegar que a eliminação do acordo como requisito jurídico para a caracterização da colusão horizontal altera de maneira substancial o Direito.

O reconhecimento de que um mercado pode se organizar das mais variadas formas, sendo monopólio (cartel) e concorrência perfeita seus extremos, e o reconhecimento de que

⁶ Vide GICO, Ivo Teixeira Gico Junior. Cartel: Teoria Unificada da Colusão. São Paulo: Lex, 2006, pp. 125 - 160.

⁷ “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.”

a lei concorrencial brasileira – portanto, a política concorrencial subjacente – visa a maximizar o bem-estar do consumidor eliminando barreiras artificiais à alocação eficiente de recursos por meio do mecanismo preferencial mercado, impede um tratamento uniforme. O Direito Concorrencial deve, assim, iniciar seu combate pelo mais óbvio e vulnerável dos fronts, o cartel aberto, para então avançar sobre o espectro fenomenológico até ser duvidoso o resultado de sua intervenção, momento no qual se deve admitir suas limitações até a Ciência Econômica nos fornecer instrumentos analíticos suficientemente poderosos para que se continue com segurança.

Nesse contexto, libertos das amarras lingüísticas, ao invés de ficarmos tentando construir definições jurídicas cada vez mais amplas do que venha a constituir um acordo, devemos orientar nossas atenções para o foco dos reais problemas, qual seja, os potenciais efeitos anticompetitivos de algumas condutas no mercado e a capacidade de o Direito adequadamente lidar com eles. Os efeitos anticompetitivos podem resultar da adoção de condutas pelos agentes econômicos ou da própria estrutura do mercado. Como nossa preocupação aqui é o controle comportamental da colusão, i.e., adoção de comportamentos colusivos cujos resultados sejam potencialmente anticompetitivos, ignoraremos os efeitos unilaterais (oligopólios não-cooperativos) e centraremos nossas energias nas condutas propriamente ditas (cartel e colusão tácita).

Se a análise comportamental é o objeto de nossa preocupação, então, estamos diante de um desafio da Teoria da Cooperação⁸. Nossa abordagem deve refletir as seguintes indagações: quando e como os agentes econômicos egoístas maximizadores-rationais adotarão comportamentos cujos resultados são socialmente indesejáveis; como o Direito pode proibi-los ou torná-los economicamente desinteressantes; e, nas hipóteses em que não está claro se há uma cooperação a ser vetada, como o Direito pode fazer para garantir ou dificultar que a temida cooperação emerja, i.e., mitigar a convergência de interesses. É o que fazemos a seguir.

⁸ Nesse sentido, vide, por exemplo, AXELROD, Robert M. *The Evolution of Cooperation*. New York: Basic Books, 1984, p. 180.

2.1.1 Aplicação da Teoria aos Cartéis ou Colusão Expressa

Independentemente do mecanismo adotado, se expresso ou tácito, para se gozar razoavelmente de um equilíbrio supracompetitivo estável entre empresas concorrentes é necessário que estas sejam capazes de (a) identificar tal equilíbrio, (b) coordenar suas ações para alcançá-lo, e (c) criar condições para sua manutenção⁹. A identificação de um equilíbrio mutuamente benéfico envolve algum tipo de barganha entre os agentes (ainda que sem negociação)¹⁰, pois os mais eficientes, obviamente, tentarão impor preços mais baixos, enquanto os menos eficientes preços mais altos, ainda assim algum meio-termo terá de ser identificado. Uma vez identificado o equilíbrio almejado, é necessário comunicar essa informação aos demais e garantir o entendimento e a expectativa fundada de que todos adotarão a conduta. Do contrário, os incentivos ao comportamento oportunista desviante tendem a desestabilizar o equilíbrio supracompetitivo. A manutenção do equilíbrio supracompetitivo, por sua vez, é altamente dependente da criação e da implementação de mecanismos de monitoramento e retaliação¹¹. Tudo isso sob os olhos vigilantes do Direito Concorrencial.

A forma mais básica e eficiente de se alcançar um consenso e estabelecer um equilíbrio supracompetitivo é pela negociação explícita entre concorrentes. Nesses casos, teríamos o chamado **cartel** ou **colusão horizontal expressa**, cujo elemento distintivo é a coordenação direta entre concorrentes, ausente qualquer tipo significativo de integração

⁹ Sobre revisão da literatura econômica sobre cada fator, inclusive com estudos empíricos, cf. ASCH, Peter e SENECA, Joseph J. *Characteristics of Collusive Firms*, *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 23, nº 3, March, 1975, pp. 223-237; GROUT, Paul A. e SONDEREGGER, Silvia. *Predicting cartels. Economic discussion paper, Report prepared for the Office of Fair Trading*, March, 2005, pp. 20-36; DICK, Andrew R. *When are Cartels Stable Contracts?* *Journal of Law and Economics*, Vol. 39, April, 1996, pp. 241-283; AYRES, Ian. *How Cartels Punish: a structural theory of self-enforcing collusion*, *Columbia Law Review*, Vol. 87, March, 1987, pp. 295-323; GRIFFEN, James M. e XIONG, Weiwen. *The Incentive to Cheat: An Empirical Analysis of OPEC*, *Journal of Law & Economics*, Vol. 40, nº 2, October, 1997, pp. 289-319; GROSSMAN, Peter Z. (org.) *How cartels endure and how they fail: studies of industrial collusion*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004; OCDE. *Oligopoly. Organisation de Coopération et de Développement Economiques, Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, Committee on Competition Law and Policy*, distribuído em 21/10/99, DAF/CLP(99)25, pp. 20-31; NERA. *Merger appraisal in oligopolistic markets. Prepared for the Office of Fair Trading by the National Economic Research Associates*, *Research paper nº 19*, UK, November, 1999, pp. 33-56; TIROLE, Jean; et alii. *The Economics of Unilateral Effects. Interim Report for DG Competition, European Commission, Final Draft*, IDEI, Toulouse, November, 2003; CARLTON e PERLOFF, op.cit., pp. 126-141; e EUROPE ECONOMICS, op.cit., pp. 27-37.

¹⁰ Em sentido semelhante, FELLNER, William J. *Competition Among the Few – Oligopoly and Similar Market Structures. (Reprints of Economic Classics)*. New York: Augustus M. Kelley, 1965 (1949), pp. 23 e 24.

¹¹ STIGLER, George Joseph. *A Theory of Oligopoly*, *Journal of Political Economy*, Vol. 72, nº 1, February, 1964, *passim*.

contratual. A comunicação expressa e direta serve a inúmeros propósitos. Primeiro, não há meio mais eficiente para se negociar preços. A troca direta de informações permite a comparação das estimativas de demanda, de capacidade instalada, a discussão de curvas de custos, a uniformização de políticas de expansão e mesmo políticas de pesquisa e desenvolvimento. O diálogo é a melhor estratégia para a resolução de diferenças e para o alcance de um equilíbrio mutuamente aceitável. Em cenários em que não é possível se acordar em um único preço, compensações podem ser ajustadas entre os agentes cartelizadores. A comunicação direta também é uma boa forma de deixar clara a intenção de se aderir ao esquema colusivo, o que pode facilitar sua implementação a depender da reputação dos negociadores presentes.

Além de facilitar a coordenação do equilíbrio supracompetitivo, a comunicação expressa permite o desenvolvimento de mecanismos de monitoramento e punição mais eficientes, sendo possível se identificar mais facilmente potenciais ameaças de comportamento desviante. Para produtos homogêneos, pode-se fixar um preço único ou uma faixa de preços aceitáveis. Para produtos diferenciados em que os elementos de diferenciação como grau de pureza, qualidade, prazo de validade, etc. variam, uma fórmula única de preços pode ser o mecanismo mais adequado. Se o custo de entrega corresponde a uma parcela substancial do preço final, para facilitar a uniformização, pode-se adotar um sistema referencial de preços. Para os produtos demasiadamente diferenciados para os quais a fixação direta de preços é muito custosa ou impraticável, uma alternativa é simplesmente dividir o mercado por região, por clientela ou por linha de negócio, sendo cada qual livre para cobrar o preço de monopólio em sua alocação.

Como a Lei nº 8.884/94 transformou os cartéis em ilícitos administrativos e a Lei nº 8.137/90 em ilícitos penais, em tese, não deveríamos mais conviver com cartéis abertos na economia brasileira. No entanto, eles ainda existem¹².

Um exemplo clássico de cartel aberto são as tabelas de honorários dos profissionais da área de saúde, principalmente médicos, enfermeiros e dentistas, sendo os mais conhecidos os referentes às Unimed das mais variadas regiões do país. Há, atualmente, uma quantidade considerável de casos no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

¹² Vide, por exemplo, tabela de honorários mínimos “imposta” pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (e.g. Resolução DF nº 04, de 15 de dezembro de 2005 c/c art. 41 do Código de Ética e Disciplina da OAB c/c art. 34 do Estatuto). Há, no SBDC, duas consultas sobre o assunto em andamento: Consulta nº 08700.000768/2004-30 e Consulta nº 08700.000447/2005-16.

julgados ou penderes de julgamento envolvendo cooperativas médicas ou hospitais fixando preços dos serviços prestados por seus associados mediante a adoção e imposição de tabelas de honorários uniformes. No caso dos profissionais de saúde, os cartéis têm sido reiteradamente condenados¹³, todavia, ainda há abundante número de tabelas de honorários sendo impostas, sem que façam questão de ocultá-las, por isso as consideramos, para fins ilustrativos, um cartel aberto.

Em todo mercado competitivo existe o incentivo à cartelização, pois o equilíbrio supracompetitivo quase universalmente gerará mais lucros do que o comportamento independente. A principal vantagem da legislação concorrencial é eliminar, ou ao menos tornar mais custosa, a principal forma de se alcançar tal equilíbrio, proibindo e criminalizando a comunicação direta entre concorrentes para a obtenção de resultados anticompetitivos. O resultado natural dessa proibição é levar os cartéis, que na ausência da lei seriam abertos, a serem ocultados por seus participantes. Temos, pois, que os cartéis podem ser abertos ou secretos. Os cartéis secretos gozam das mesmas vantagens decorrentes da comunicação direta associada aos cartéis abertos. No entanto, como a atividade é claramente ilícita, seus membros não podem adotar mecanismos de coordenação, manutenção e retaliação publicamente detectáveis. A impossibilidade de se utilizar o aparato estatal para fazer valer o acordo anticoncorrencial e a necessidade de mantê-lo secreto – espera-se – reduzem consideravelmente a eficácia desses esquemas, todavia ainda há vários casos de cartel altamente organizados.

O Cartel das Britas é o exemplo paradigmático de como se organiza um cartel secreto. Nesse caso, alguns produtores de britas da região metropolitana de São Paulo se reuniram no Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo (Sindipedras) e decidiram instalar um sistema de compartilhamento de informações, fixação de preços, alocação de clientes, monitoramento e imposição de retaliações em casos de descumprimentos¹⁴. Para esse propósito, as empresas cartelizadoras instalaram um complexo sistema de processamento de informações no Sindicato e forneciam todos os seus dados comerciais relevantes constantemente. Havia uniformização dos contratos

¹³ Em 2005, nos PA nº 08000.005351/97-42 e nº 08012.003664/2001-92, o CADE sinalizou que talvez mudasse seu entendimento, criando uma curiosa imunidade concorrencial, pois absolveu as representadas. Essa tendência foi revertida em importante julgamento no PA nº 08012.007042/2001 -33, em 2006.

¹⁴ PA nº 08012.002127/2002-14. Representante: SDE *ex officio*. Representadas: Sindipedras; Basalto Pedreira e Pavimentação Ltda.; Constran S.A. – Construções e Comércio; *et alii*. Conselheiro-Relator: Luiz Carlos Delorme Prado. Julgado em: 13/7/05.

comerciais; programas de treinamento para os empregados das empresas participantes (“Curso Avançado de Vendas”); elaboração de lista de clientes e detalhadas regras sobre como proceder com cada tipo (a “Bíblia”); reuniões quinzenais para a avaliação da evolução do cartel (“Reuniões de *feedback*”); fiscais que faziam auditorias locais aleatórias para confirmar a idoneidade das informações fornecidas (candidamente apelidados de “Sombra”); um regimento interno do cartel e a previsão expressa de penalidades para os vários tipos de desvios possíveis. Em suma, o cartel tomou todas as medidas para superar os problemas associados à coordenação de ações. Interessante notar que o cartel detinha apenas 55% do mercado relevante e, ainda assim, devido à estrutura do mercado, era capaz de implementar suas políticas comerciais uniformes.

A implementação de todo o aparato de controle, monitoramento e punição estabelecido pelo Cartel das Britas demonstra claramente que mesmo na presença de comunicação direta, um cartel pode não lograr êxito em alcançar o equilíbrio supracompetitivo. Como defendido por Stigler¹⁵, existem vários fatores dificultadores que podem simplesmente tornar a colusão impraticável. Alguns estudos empíricos analisam os tipos de elementos necessários para a sobrevivência dos cartéis¹⁶, sendo relativamente comum encontrar registros de cartéis, mesmo formais, cuja duração foi diminuta e o resultado obtido pífilo¹⁷. Se a intenção delituosa não é condição suficiente nem necessária para a configuração de infração à ordem econômica – e está empiricamente demonstrado que nem todo cartel consegue sobreviver ou produzir por tempo significativo seus efeitos danosos, uma vez identificado o cartel, aberto ou secreto –, que mais deve ser comprovado? Deve o órgão de defesa da concorrência ser obrigado a demonstrar a existência de efeitos ou a potencialidade de sua existência?

De acordo com o Artigo 20 da Lei nº 8.884/94, o critério único para a caracterização de uma conduta como infração à ordem econômica é a potencialidade dos efeitos. Nesse sentido, a presença de potencialidade de efeitos é condição necessária e deve estar devidamente comprovada nos autos para a constituição do ilícito, mesmo que haja provas robustas de um acordo anticompetitivo. Nossa lei não contempla um ilícito

¹⁵ Vide STIGLER, op.cit., *passim*.

¹⁶ Vide nota 9 acima.

¹⁷ Para um interessante estudo acerca das dificuldades de implementação e manutenção de um cartel patrocinado pelo Governo no mercado leiteiro, vide SOUZA, Francisco Araújo Salles de. O Estado e o Cartel do Leite no Brasil. Brasília: Horizonte, 1980. Para um conjunto de estudos sobre as condições necessárias à sobrevivência dos cartéis, vide GROSSMAN, op.cit., *passim*.

concorrencial de mera conduta (i.e., o acordo como condição suficiente); a teoria adotada foi a do risco e, como tal, este deve ser caracterizado pela demonstração da existência estrutural da potencialidade de efeitos¹⁸.

Essa posição está plenamente em consonância com a jurisprudência majoritária do CADE, segundo a qual, mesmo na presença de acordos claramente anticompetitivos, como nos casos extremos de cartéis comprovados por acordos expressos ou nos quais os agentes não negam a existência do acordo, ainda assim é necessário – por força do comando legal – averiguar “se o acordo [...], pela dimensão do **poder de mercado** das empresas envolvidas, teria capacidade de tornar irrelevantes os possíveis danos concorrenciais advindos da união entre elas.”¹⁹ Em outras palavras, “[u]ma vez constatada a prática do ato, deve-se perquirir pela capacidade do ato em conduzir à produção de efeitos anticoncorrenciais. Em havendo essa capacidade, ainda que não verificados seus efeitos, o ato é tipicamente infracional.”²⁰

A questão relevante é, no entanto, não o que se deve provar, mas o quanto se deve provar.

No nosso entender, presente demonstração inequívoca da intenção delitativa, basta os órgãos de defesa da concorrência demonstrarem delibatoriamente a possibilidade, ainda que remota, da produção dos efeitos para satisfazer o critério essencial da potencialidade. Caberia aos investigados o ônus de demonstrar a impossibilidade peremptória de geração de **qualquer** efeito²¹. Note-se, não é a demonstração da ausência de efeitos, mas da impossibilidade de efeitos (não há potencialidade). O sarrafo jurídico é estabelecido em nível muito baixo a favor dos aplicadores do Direito propositalmente para incluir a maior quantidade possível de condutas, deixando-se o espaço para a exclusão apenas das ocorrências patentemente incapazes de gerar qualquer dano ao consumidor. Algo

¹⁸ GICO, op. cit., pp. 125-160.

¹⁹ PA nº 08012.006989/1997-43. Representante: SDE *ex officio*. Representada: Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro, Viação N. Sa. de Lourdes e outras. Conselheiro -Relator: Luiz Alberto Esteves Scallope. Julgado em: 15/6/2005. Voto do Relator, p. 4. Em sentido contrário na doutrina, sugerindo a transposição da regra norte-americana de ilícito de mera conduta (*per se*), vide SCHUARTZ, Luis Fernando. Ilícito Antitruste e Acordo entre Concorrentes. In: POSSAS, Mario Luiz (org.). Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência. São Paulo: Singular, 2002, *passim*.

²⁰ PA nº 08012.004086/2000-21. Representante: Sinduscon/SP e Secovi-SP. Representada: Gerdau S/A, Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira e Siderúrgica Barra Mansa S/A. Conselheiro -Relator: Luiz Alberto Esteves Scallope. Julgado em: 23/9/2005, voto vogal do Conselheiro Roberto Pfeiffer, p. 7.

²¹ Cf., em sentido próximo, PA n.º 08012.007042/2001-33. Representante: UNIDAS (antigo CIEFAS). Representadas: COOPANEST-BA, Cooperativa do Grupo Particular de Anestesia S/C Ltda – GPA. Voto-Vista: Conselheiro Luis Fernando Schuartz. Julgado em: 26/04/2006.

semelhante ao crime impossível. Essa flexibilidade, ainda que restrita, serve para mitigar a preocupação de afogamento do SBDC com casos desprezíveis, enquanto, simultaneamente, evita a complicação desnecessária para a condenação de cartéis já suficientemente demonstrados por provas diretas.

Na presença de evidência inequívoca de um acordo ou de intenção delitiva, a utilidade da teoria econômica é meramente residual, circunscrita principalmente à análise sumária acerca da potencialidade dos efeitos. Lembrando-se sempre que o ônus dessa demonstração deve ser atribuído ao agente cartelizador e, na dúvida sobre a potencialidade, a conduta deve ser condenada (*in dubio pro societates*), pois, na esmagadora maioria das vezes, não há ganhos sociais associados a esse tipo de comportamento, não havendo ônus social relevante – que não o de implementação da política – na eventual condenação de casos duvidosos. Mais uma vez, repita-se, o problema não é a presença de cooperação entre concorrentes em si, mas a cooperação eliminadora ou mitigadora da concorrência despida de qualquer forma substancial de integração contratual (eficiências) razoavelmente associável à prática, de forma a permitir a inferência de que seus eventuais efeitos serão anticompetitivos (presunção relativa).

Em resumo, do ponto de vista jurídico, estará constituído o ilícito concorrencial cartel quando houver um acordo expresso entre concorrentes cujo objetivo é exclusivamente eliminar ou mitigar a concorrência, em qualquer aspecto, ausente qualquer forma substancial de integração contratual, salvo nos casos em que a potencialidade de efeitos (condição necessária) não existe.

Como já dito, uma vez que a coordenação direta entre concorrentes no intuito exclusivo de eliminar ou mitigar a concorrência sem qualquer forma de integração contratual é ilícito penal e administrativo, as empresas cartelizadoras são forçadas a tornar seus acordos secretos e possuem incentivos para destruir todas as evidências de sua existência. Reconhecendo-se esse fato, a jurisprudência do CADE é clara no sentido de admitir a possibilidade de inferência de colusão expressa a partir de provas circunstanciais (indiretas)²². Em outras palavras, há o acordo, todavia, não foi possível obter prova direta

²² Vide, a título de exemplo, PA nº 08000.15337/97-48. Representante: SDE *ex officio*. Representadas: Usiminas, Cosipa e CSN. Julgado em 27/10/99, Item VI do Voto do Conselheiro -Relator: Ruy Santacruz, fls. 1.578-1.581); e PA nº 08012.000677/99-70. Representantes: SDE *ex officio* e SEAE. Representados: Viação Aérea Rio-Grandense – VARIG S/A, Transportes Aéreos Regionais S/A – TAM, TRANSBRASIL S/A Linhas Aéreas e Viação Aérea São Paulo S/A – VASP, e seus administradores. Relator: Conselheiro Thompson Andrade. Julgado em: 15/9/04; e, sob a égide da lei antiga, PA nº 02/91. Representante: SDE *ex*

de sua existência (v.g., a colusão pode ter sido expressa, mas oral). É neste contexto em que os modelos econômicos de comportamento oligopolista discutidos passam a ser mais úteis, pois, muitas vezes, essas provas circunstanciais são de natureza econômica.

A estrutura analítica utilizada pelo Conselho para determinar se as circunstâncias permitem a inferência acerca da existência de colusão expressa é conhecida como doutrina do paralelismo mais. A dita doutrina tem por objetivo precípua tentar diferenciar os casos de mero paralelismo de condutas, ainda que consciente (i.e., sua racionalidade depende da adoção pelos demais concorrentes), dos casos em que a conduta só pode ser justificada pela existência de coordenação direta (acordo), por isso cartel. Para tanto, a análise perpassa três questões básicas: (i) se há paralelismo de condutas; (ii) qual a racionalidade do agente econômico ao adotar a referida conduta; e (iii) se a racionalidade depende da adoção de conduta semelhante pelos demais concorrentes (racionalidade dependente). Se o resultado dessas três indagações for positivo, ainda assim não estará configurado o ilícito; será necessária a identificação de elementos adicionais a demonstrar que a conduta decorre de um acordo. Explica-se.

A análise se inicia pela perquirição de existência de paralelismo de condutas por um motivo óbvio: se os concorrentes atuam cada um de forma diferente, não é logicamente possível se inferir a existência de um acordo das circunstâncias²³. Não que não haja tal acordo, ele pode existir e não estar funcionando adequadamente; contudo, do ponto de vista jurídico, não é possível se inferir sua existência das circunstâncias, seria necessário prova direta. Daí o porquê de nos casos em que a prova direta existe não se cogita a busca de paralelismo de condutas, basta mera potencialidade estrutural de efeitos.

Identificado o paralelismo de condutas, o próximo passo é determinar a razão motivadora (racionalidade) da conduta. Mais uma vez, aplicando-se o pressuposto de que os agentes econômicos são egoístas racionais-maximizadores, o objetivo aqui é identificar como a conduta melhora a situação do agente em relação à situação anterior (ou em relação à situação provável ausente a conduta). Essa etapa é analiticamente diversa e antecessora da seguinte, quando se investiga se a racionalidade é absolutamente individual ou está

officio. Representadas: West do Brasil Com. e Ind. Ltda.; *et alii*. Conselheira-Relatora: Neide Teresinha Malard. Julgado em: 9/9/1992; e PA nº 07/91. Representante: Serviço Federal de Processamento de Dados – SERPRO. Representada: Ticket Serviços Comércio e Administração Ltda. e outras. Conselheiro-Relator: Carlos Eduardo Vieira de Carvalho. Julgado em: 16/12/1992, fls. 1.249.

²³ Nesse sentido, vide PA nº 08012.006539/97-97. Representante: Promotoria de Justiça de Pilar do Sul. Representadas: Padaria Nova Pilar; Pães e Doces Marcelo; *et alii*. Conselheiro-Relator: Roberto Pfeiffer. Arquivado por ausência de paralelismo de condutas em 9/3/05, pp. 4 e 5.

condicionada à adoção de conduta semelhante por seus concorrentes (racionalidade dependente), todavia, na operacionalização do modelo provavelmente haverá junção de ambas.

Se, apesar de paralela, a racionalidade da conduta investigada independe da ação dos demais concorrentes – isto é, a conduta seria adotada tenham os demais agentes econômicos a adotado ou não (racionalidade independente) –, então, a análise deve se encerrar por aqui, pois não há comportamento cooperativo de qualquer espécie. Como disse Turner, não passa de reações semelhantes de agentes econômicos em situações semelhantes a fatores econômicos semelhantes. Mais uma vez, é possível se cogitar da possibilidade teórica da existência de um acordo, porém, o Direito não permite a sua inferência sem a presença de provas diretas. Da mesma forma, quando há evidência inequívoca da cooperação expressa sem integração contratual (acordo), não se indaga acerca da racionalidade da conduta do ponto de vista estritamente individual, basta a potencialidade de efeitos.

Algumas vezes, esse tipo de comportamento é equivocadamente denominado de **paralelismo consciente**²⁴, como, por exemplo, no famoso precedente *Theatre Enterprises*, no qual a Suprema Corte norte-americana afirmou que “evidências circunstanciais de comportamento paralelo consciente podem ter adquirido importância substancial no trato judicial tradicional de conspiração, mas o ‘paralelismo consciente’ ainda não subtraiu inteiramente a palavra conspiração da lei [concorrencial].”²⁵

A necessidade premente da distinção teórica e prática aparece com mais nitidez se levarmos em consideração que casos como *Theatre Enterprises* não se enquadrariam na definição econômica de interdependência oligopolística e o uso indevido da expressão paralelismo consciente poderia levar a empregos confusos de pouco ou nenhum conteúdo semântico distintivo, em frases como “paralelismo consciente o **suficiente para estabelecer um acordo**” (grifo nosso)²⁶.

²⁴ Tribunais norte-americanos também confundem algumas vezes colusão tácita com comportamento independente, nesse sentido, vide POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2nd ed. Chicago: University of Chicago, 2001, p. 100.

²⁵ “[C]ircunstancial evidence of consciously parallel behavior may have made heavy inroads into the traditional judicial attitude towards conspiracy; but ‘conscious parallelism’ has not yet read conspiracy out of the Sherman Act entirely.” 346 U.S. 537, 541 (1954) (nota omitida).

²⁶ “Once conscious parallelism sufficient to establish an agreement has been found [...]”, vide VASKA, Michael K. *Conscious Parallelism and Price Fixing: Defining the Boundary*, Comment, *University of Chicago Law Review*, Vol. 52, Spring, 1985, p. 509.

Por outro lado, se a racionalidade econômica da conduta paralela é dependente da adoção de conduta semelhante por seus concorrentes (racionalidade dependente), aí sim, provavelmente – mas não necessariamente – estaremos diante de um caso de “paralelismo consciente”. Lembre-se, todo comportamento oligopolístico estático ou dinâmico é interdependente. O qualificativo consciente na expressão paralelismo consciente deriva do fato de os agentes econômicos adotarem a referida conduta cientes de que seus concorrentes – também cientes de sua existência – possivelmente adotarão condutas semelhantes e vice-versa. Como todo paralelismo consciente, por definição, envolve um comportamento cuja racionalidade depende da ação adotada pelos demais concorrentes, todas as hipóteses se enquadram na definição econômica de interdependência oligopolística, seja a conduta cooperativa ou não. E aqui convém fazermos uma ressalva terminológica.

A expressão paralelismo consciente não é muito precisa, pois chama a atenção para o fato de as empresas estarem cientes da existência e estratégias potenciais de seus concorrentes²⁷. Ora, mesmo em um mercado perfeitamente competitivo, espera-se que as empresas estejam cientes da existência e estratégia de seus concorrentes, aliás, esse é um dos pressupostos do modelo, informação perfeita²⁸. Além disso, parece sugerir a possibilidade de um paralelismo inconsciente, o que é improvável, para não se dizer impossível, mesmo na presença de independência de racionalidade. Para refletir melhor a verdadeira natureza do que queremos expressar quando qualificamos uma conduta de “paralelismo consciente” – ou seja, que além de paralela sua racionalidade é dependente da adoção da mesma ou semelhante conduta pelos demais (ou um número significativo de) agentes –, utilizaremos a expressão **paralelismo dependente**, em contraposição às condutas paralelas cuja racionalidade é independente da adoção pelos demais.

Nesse sentido, condutas paralelas podem ser classificadas como independentes e dependentes. As condutas paralelas dependentes, por sua vez, podem ser classificadas como casos de colusão expressa, quando há prova de um acordo (coordenação direta) ou evidências circunstanciais a demonstrar que tal conduta só seria possível na presença de

²⁷ O termo paralelismo consciente já é assente na jurisprudência do CADE desde 1990, como, por exemplo, no caso de selos de alumínio. Vide PA nº 02/91. Representante: SDE *ex officio*. Representadas: West do Brasil Com. e Ind. Ltda.; *et alii*. Conselheira-Relatora: Neide Teresinha Malard. Julgado em: 9/9/1992. Em especial, o voto do Conselheiro José Matias.

²⁸ Cf. BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; e PICKER, Randal C. *Game Theory and the Law*. 3ª tiragem. Cambridge e Londres: Harvard University, 1998, pp. 9, 10 e 312.

algum tipo de coordenação direta e, colusões tácitas, quando o equilíbrio colusivo foi alcançado por coordenação indireta.

Feita essa observação, retomemos a revisão da estrutura analítica da doutrina do paralelismo mais para identificarmos cartéis por meio de provas circunstanciais. A qualificação de uma determinada conduta como racionalmente dependente não é condição suficiente para atribuir-lhe a pecha de infração à ordem econômica; da mesma forma, a existência de uma estrutura oligopolística não é suficiente para garantir a presença de mero paralelismo dependente tácito.

Como defendido por Chamberlin²⁹, Turner³⁰ e referendado pela moderna Teoria dos Jogos, em uma estrutura de mercado oligopolizada, seria irracional o agente econômico não levar em consideração a provável resposta de seus concorrentes no momento de estabelecimento de sua política comercial, é o que normalmente se denomina de interdependência oligopolística. Essa conduta paralela dependente não pode e não deve ser considerada ilícita pelo simples fato de possuir racionalidade dependente. Em um contexto oligopolístico, há espaço para a convergência de interesses e, nesse caso, a conduta individualmente racional tende a ser confundir com a conduta coletiva ou cooperativa. Dessa forma, para que o agente econômico aja racionalmente, como a sociedade espera que aja, deve adotar a conduta maximizadora coletiva, à medida que é individualmente racional.

Não obstante, Fellner³¹, Stigler³², Posner³³ e a mesma Teoria dos Jogos nos lembram que a obtenção de um equilíbrio supracompetitivo depende de vários outros fatores, além da mera existência de concentração na indústria, e, portanto, a ausência de condições suficientes pode ser empregada pelo operador do Direito para diferenciar casos de paralelismo claramente decorrentes de um acordo (cartel) de paralelismo provavelmente decorrentes de mera interdependência oligopolística (colusão tácita).

Em suma, a existência de uma estrutura oligopolista não é condição suficiente para imunizar determinados comportamentos do Direito Concorrencial. Deve-se averiguar se as

²⁹ CHAMBERLIN, Edward Hastings. *The Theory of Monopolistic Competition*. 7th ed. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1960 (1933), pp. 46 e 47, vide também pp. 30-32.

³⁰ TURNER, Donald F. *The Definition of Agreement under the Sherman Act: conscious parallelism and refusal to deal*, *Harvard Law Review*, Vol. 75, February, 1962, pp. 656 e ss.

³¹ FELLNER, op. cit., pp. 130-136, Capt. V a VII.

³² STIGLER, *The Organization of Industry*. Reprint. Chicago: University of Chicago, 1968, p. 30 e ss.

³³ POSNER, Richard A. *Oligopoly and the Antitrust Laws; A Suggested Approach*, *Stanford Law Review*, Vol. 21, n° 6, June, 1969, pp. 1.562-1.606; e Idem, *Antitrust...*, p. 57 e ss.

condições necessárias para o equilíbrio supracompetitivo ter sido obtido na ausência de coordenação expressa estão presentes; do contrário, estará caracterizado o cartel, ainda que demonstrado por provas circunstanciais. Mesmo assim, caso os elementos estruturais necessários para o paralelismo dependente estejam presentes, deve-se averiguar se não há algum elemento que – além da dúvida razoável – demonstre a incompatibilidade da conduta com a inexistência de coordenação direta. Em outras palavras, mesmo estando presentes todos os elementos teóricos para a existência de mero paralelismo dependente tácito, excepcionalmente, a conduta pode ser condenada se houver evidência (não indício) suficiente para eliminar a dúvida razoável de que a conduta não decorreu de um acordo.

Os dois exemplos clássicos na jurisprudência de fatores demonstrativos da existência de coordenação direta – mesmo tendo sido reconhecida a presença das condições teóricas necessárias para o paralelismo dependente tácito –, são (i) a reunião na SEAE com os três representantes das siderúrgicas **antes** do efetivo aumento de preços no mercado, no caso do Cartel do Aço; e (ii) o ajuste de preços da TAM ter sido anunciado “apenas” 50 minutos após o anúncio de aumento de preços da Varig, e todas as empresas (incluindo Vasp e Transbrasil) terem anunciado seus preços em dias diversos, contudo implementado o aumento da tarifa no mesmo dia.

O objetivo dessa etapa é diferenciar os comportamentos racionalmente dependentes que podem ou não decorrer de um acordo secreto, não devendo ser condenados como cartéis caso haja dúvida, daqueles preponderantemente possíveis apenas na presença de um acordo, sendo razoável lhes atribuir a pecha de colusão expressa. Na presença das condições estruturais adequadas, colusão expressa e tácita são, a princípio, indistinguíveis do ponto de vista do observador externo e, portanto, as autoridades concorrenciais devem adotar cautela adicional para não chegar a conclusões precipitadas perante um comportamento paralelo qualquer no mercado. Nessa situação, na presença de dúvida razoável, não estará configurado o cartel (*in dubio pro reo*).

O benefício da dúvida é atribuído ao administrado não apenas porque nos parece injusto a imposição de penalidade por cartelização em casos nebulosos, mas também, e talvez este seja o argumento mais importante, porque uma regra atributiva de responsabilidade concorrencial por cartelização mais ampla tenderia a gerar muitos erros de administração do Direito (falsos positivos). O principal efeito da possibilidade potencializada de resultados equivocados decorrentes de regras dúbias é causar medo e confusão no setor privado, tendendo a gerar comportamentos defensivos ineficientes nas

empresas a fim, única e exclusivamente, de eliminar tal risco. Comportamentos socialmente desejáveis deixarão de ser incorridos por conta desse temor e o custo operacional das empresas (e.g., seguro contra responsabilização, estratégias comerciais mais conservadoras ou mesmo não-maximizadoras) tende a aumentar, não havendo, em contrapartida, um ganho substancial de eficácia da política de concorrência.

A aplicação da máxima *in dubio pro reo* encontra respaldo na jurisprudência do CADE. No caso Sabesp, por exemplo, o processo no qual houve claro paralelismo de preço, com aumento substancial e repentino, foi arquivado, pois “embora os pontos apresentados pelas Representadas não justifiquem de forma contundente o aumento de preço verificado, não há como se negar que existe um certo grau de razoabilidade em parte dos argumentos expostos por elas.”³⁴ O critério “certo grau de razoabilidade” ou “sérias dúvidas” já aparecia na jurisprudência do CADE quando se fazia referência à “explicação plausível”³⁵ ou “explicação razoável”³⁶ para a conduta investigada.

Na mesma linha, no Cartel do Aço, o Conselheiro Ruy Santacruz afirmou que “[s]e 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. [...] **[S]em coordenação explícita**, sem acordo entre concorrentes, não fica caracterizada a infração à ordem econômica.”³⁷ (grifo nosso). No exato mesmo sentido, o Conselheiro Roberto Pfeiffer afirmou que “[a] conduta colusiva pode ser definida como um acordo expresso celebrado entre os concorrentes, **não englobados, portanto, os acordos tácitos.**” (grifo nosso)³⁸.

³⁴ PA nº 08000.004436/1995-04. Representante: Companhia de Saneamento Básico São Paulo (Sabesp); Representadas: Produtos Químicos Guaçu Inds. Com. Ltda.; *et alii*. Conselheiro-Relator: Cleveland Prates Teixeira. Arquivado em 12/5/04, p. 49.

³⁵ Vide PA nº 02/91. Representante: SDE *ex officio*. Representadas: West do Brasil Com. e Ind. Ltda.; *et alii*. Conselheira-Relatora: Neide Teresinha Malard. Julgado em: 9/9/1992.

³⁶ PA nº 07/91. Representante: Serviço Federal de Processamento de Dados – Serpro. Representada: Ticket Serviços Comércio e Administração Ltda. e outras. Conselheiro -Relator: Carlos Eduardo Vieira de Carvalho. Julgado em: 16/12/1992, fls. 1.236 e 1.252.

³⁷ Vide PA nº 08000.15337/97-48. Representante: SDE *ex officio*. Representadas: Usiminas, Cosipa e CSN. Julgado em 27/10/99, Item VI do Voto do Conselheiro -Relator: Ruy Santacruz, pp. 16 e 21. Mesmo antes da Lei nº 8.884 de 1994, sob a égide da Lei nº 8.158 (art. 3º) de 1991, o CADE já reconhecia que paralelismo de conduta só constituiria um ilícito concorrencial se fosse a única explicação para a conduta investigada. Vide, a título de exemplo, PA nº 07/91, nota 36 acima, fls. 1.251.

³⁸ Vide e PA nº 08012.000677/99-70. Representantes: SDE *ex officio* e SEAE. Representados: Viação Aérea Rio-Grandense – VARIG S/A, Transportes Aéreos Regionais S/A – TAM, TRANSBRAZIL S/A Linhas Aéreas e Viação Aérea São Paulo S/A – VASP, e seus administradores. Relator: Conselheiro Thompson Andrade. Julgado em: 15/9/04, Voto-Vista do Conselheiro Roberto Pfeiffer, p. 5.

A jurisprudência do CADE não difere substancialmente de casos julgados no exterior. Na União Européia, por exemplo, posição semelhante foi sustentada pela Corte de Justiça Européia em *Dyestuffs*³⁹:

Pela sua própria natureza, então, a prática concertada não possui todos os elementos de um contrato, contudo pode *inter alia* surgir da coordenação que se torna aparente do comportamento dos participantes. Apesar de comportamento paralelo poder não ser por si só identificado com prática concertada, pode entretanto constituir forte evidência de tal prática, se leva a condições de concorrência que não respondem às condições normais do mercado, levando-se em consideração a natureza dos produtos, o número e o tamanho das empresas, o volume do dito mercado. Este é o caso especialmente onde o comportamento paralelo é tal que permita às partes buscar um equilíbrio de preços a um nível diferente daquele que teria resultado da concorrência, e cristalizar o *status quo* em detrimento da efetiva liberdade de movimento de produtos no Mercado Comum e livre escolha dos fornecedores por parte dos consumidores.

Da mesma forma, no Direito norte-americano, como visto em *Theatre Enterprises* e em precedentes mais modernos, como *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Corp*, segundo o qual⁴⁰:

Colusão tácita, algumas vezes denominada de coordenação oligopolística de preço ou paralelismo consciente, descreve o processo, não em si mesmo ilegal, pelo qual em presas em um mercado concentrado podem, na prática, compartilhar poder de monopólio, estabelecendo seus preços em um nível supracompetitivo, maximizador de lucros, mediante o reconhecimento de seus interesses econômicos compartilhados [i.e., convergência de interesses,] e sua interdependência com relação a decisões de preço e quantidade.

³⁹ “By its very nature, then, the concerted practice does not have all the elements of a contract but may *inter alia* arise out of coordination which becomes apparent from the behaviour of the participants. Although parallel behaviour may not itself be identified with a concerted practice, it may however amount to strong evidence of such practice if it leads to conditions of competition which do not respond to the normal conditions of the market, having regard to the nature of the products, the size and number of the undertakings, and the volume of the said market. Such is the case especially where the parallel behaviour is such as to permit the parties to seek price equilibrium at a different level from that which would have resulted from competition, and to crystallise the status quo to the detriment of effective freedom of movement of products in the Common Market and free choice by consumers of their suppliers’ .” Case 48/69 [1972] ECR 619, [1972] CMLR 557, § 65 e 66.

⁴⁰ “Tacit collusion, sometimes called oligopolistic price coordination or conscious parallelism, describes the process, not in itself unlawful, by which firms in a concentrated market might in effect share monopoly power, setting their prices at a profit-maximizing, supracompetitive level by recognizing their shared economic interests and their interdependence with respect to price and output decisions .” *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 227 (1993).

Do acima exposto podemos concluir que, uma vez identificada a conduta paralela e sendo esta de racionalidade dependente, o próximo passo é identificar a presença ou não das condições suficientes para a ocorrência de mero paralelismo dependente tácito. Não havendo tais condições, a conduta pode ser caracterizada como decorrente de cartelização do mercado. Por outro lado, havendo as referidas condições, então, excepcionalmente, pode ser condenada uma conduta paralela dependente como resultante de cartelização se, e **somente se**, houver evidência condutora à conclusão de que aquele equilíbrio supracompetitivo não poderia ter sido alcançado por mera ação e reação endógenas ao mercado, exigindo algum tipo de coordenação direta. Tais evidências são denominadas simplesmente **fatores adicionais**.

Pode parecer desnecessário, contudo a experiência demonstra o valor de reforçarmos uma distinção. Os fatores adicionais podem não comprovar diretamente o cartel, sua existência será inferida das circunstâncias, contudo as provas dessas circunstâncias devem ser diretas e inquestionáveis. Não se pode utilizar suposições, presunções ou suspeitas de indícios no lugar de provas circunstanciais.

A jurisprudência do CADE não é vasta o suficiente para termos uma base sólida do que poderia ser considerado um fator adicional para fins de caracterização de um cartel, no entanto, os exemplos do Cartel do Aço e da Ponte Aérea nos fornecem algum indicativo de como o Conselho pode proceder, conquanto, neste último caso, os fatores considerados tenham valor questionável. Além disso, fatores como: (a) reuniões entre concorrentes; (b) oportunidades de comunicação⁴¹; (c) a existência de um motivo racional para o comportamento coletivo das representadas; (d) atitudes contrárias aos próprios interesses das representadas, em função de uma ação coletiva; (e) fenômeno de mercado que não pode ser racionalmente explicado a não ser como fruto de ação concertada; (f) registros de colusões passadas das representadas em violação ao Direito Concorrencial; (g) evidências de encontros entre as empresas ou outras formas de comunicação direta entre os alegados conspiradores; (h) a utilização de práticas facilitadoras de colusão por parte das representadas; (i) características estruturais da indústria que complicam ou facilitam o afastamento da concorrência; e (j) fatores de desempenho da indústria que sugerem a

⁴¹ Vide PA nº 08012.006539/97-97. Representante: Promotoria de Justiça de Pilar do Sul. Representadas: Padaria Nova Pilar; Pães e Doces Marcelo; *et alii*. Conselheiro-Relator: Roberto Pfeiffer, p. 4.

dedução de colaboração horizontal⁴², já foram citados em voto – porém não aplicados – como sendo potencialmente utilizáveis a título de fatores adicionais para fins de descaracterização do paralelismo dependente tácito e da qualificação da conduta como cartelizadora.

Os itens (a), (b) e (g), na realidade, se referem ao mesmo fenômeno, isto é, à possibilidade de os agentes terem trocado informações relevantes diretamente. Obviamente, esse tipo de fator deve ser considerado com *granus salis*, pois a utilização indiscriminada de comunicação entre concorrentes como evidência de cartelização equivaleria a tornar ilícita a própria comunicação, não apenas violando o direito constitucional de assembléia (inc. XVI, art. 5º da Constituição Federal)⁴³, mas desestimulando trocas de informação que podem ser legítimas e socialmente desejáveis. A grande questão aqui não é a possibilidade ou a existência de troca de informação (que no mundo moderno tende a ser ubíqua), antes sim, a forma de disseminação, o conteúdo da informação e o seu impacto sobre a concorrência, não sendo razoável – apesar do que prevê Adam Smith desde os primórdios da Ciência Econômica⁴⁴ – presumir qualquer conteúdo malicioso do simples fato da existência de comunicação ou sua potencialidade.

Os itens (c) e (d) parecem se referir à mesma idéia e podem falecer igualmente de validade enquanto fatores adicionais, pelo menos como formulados⁴⁵. Primeiro, todo o Direito Concorrencial é construído sobre a premissa de que os agentes econômicos são racionais e, portanto, maximizadores de seu bem-estar; logo, toda conduta adotada será necessariamente racional do ponto de vista individual, salvo a hipótese de erro. *A fortiori*, toda conduta coletiva será necessariamente racional, do contrário, não seria adotada. Todo

⁴² Fatores citados pelo Conselheiro Roberto Pfeiffer em seu voto no Cartel da Ponte Aérea (nota 38 acima), pp. 7 e 8, com base no artigo de KOVACIC, William. *The Identification and Proof of Horizontal Agreements under the Antitrust Laws*, *Symposium on Tacit Collusion*, *Antitrust Bulletin*, Vol. 38, nº 1, *Spring*, 1993, pp. 37-55.

⁴³ Nesse sentido, na jurisprudência, vide PA nº 58/92. Representante: Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados. Representadas: Belprato S/A, Bhering Ind. de Produtos Alimentícios S/A, *et alii*. Conselheiro-Relator: João Bosco Leopoldino da Fonseca. Julgado em: 5/4/2000; e na doutrina, SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Conduas*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 266 e 267.

⁴⁴ “Pessoas do mesmo negócio raramente se encontram juntas, mesmo para festividades ou divertimento, contudo as conversações terminam em conspiração contra o público, ou em algum mecanismo para aumentar preços”. No original: “*People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices.*” SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Edited and with an Introduction, Notes, Marginal Summary, and Index by Edwin Cannan. With a new preface by George J. Stigler. Chicago: University of Chicago, 1976 (edited version of 1904), p. 144.

⁴⁵ Para uma proposta “plenamente” jurídica de interesse próprio, vide PIRAINO Jr., Thomas A. *Regulating Oligopoly under the Antitrust Laws*, *Minnesota Law Review*, Vol. 89, *November*, 2004, pp. 40 e 41.

cartel é racional para o agente cartelizador, do contrário, os incentivos ao comportamento desviante o levaria a abandonar o conluio. Segundo, partindo-se da premissa de que os agentes econômicos são egoístas e, portanto, são indiferentes aos ganhos e perdas de seus concorrentes, exceto à medida que afetem os seus próprios, não se espera que haja no mercado qualquer conduta contrária aos interesses próprios das “representadas”. Com maior razão ainda no contexto oligopolista em que, como amplamente discutido, a presença de interdependência leva à convergência de interesses. O critério “atitudes contrárias aos próprios interesses” pode ser reduzido a nada pela simples e desconcertante resposta de que o agente econômico não estava concorrendo porque não era do seu melhor interesse concorrer – o que não será muito difícil demonstrar⁴⁶.

Um refinamento interessante à regra do interesse próprio como fator adicional é proposto por Gregory J. Werden, incorporando os ensinamentos do modelo de Stigler e da Teoria dos Jogos, e afastando-se de sua interpretação mais restritiva do que chamou de fantasma de Chamberlin–Fellner, segundo os quais o resultado monopolístico seria o resultado natural no contexto oligopolístico. De acordo com a proposta, interesse próprio seria definido a partir de uma análise econômica do equilíbrio estático (jogo de rodada única) em um dado mercado, e esse equilíbrio – se fosse único – serviria de referencial para a possível inferência da existência de um acordo. Se houver um único equilíbrio não-cooperativo de Nash⁴⁷ para um dado jogo de rodada única, como ocorre na maioria dos modelos estáticos, esse resultado seria o único compatível com a ausência de coordenação e, portanto, representaria inequivocamente a única alternativa de conduta em interesse próprio⁴⁸. Todas as demais alternativas não seriam consistentes com esse pressuposto. Daí se conclui que “[a]ção contrária ao interesse próprio é um ‘fator adicional’ crítico usado para se fazer a inferência econômica de acordo, e praticamente não há tal coisa se definido com relação a jogos infinitamente repetidos.”⁴⁹

⁴⁶ POSNER, *Antitrust...*, p. 100.

⁴⁷ Cf. NASH, John F. *Non-cooperative Games*, *Annals of Mathematics*, Vol. 54, 1951, pp. 286-295. In: KUHN, Harold William (edit.). *Classics in Game Theory*. (*Frontiers of Economic Research*) Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1997, pp. 14-16.

⁴⁸ WERDEN, Gregory J. *Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust Law With Oligopoly Theory*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 71, 2004, p. 770.

⁴⁹ “Action contrary to self-interest is the critical ‘plus factor’ used to make an economic inference of agreement, and there is practically no such thing if it is defined with respect to infinitely repeated games.” WERDEN, op. cit, pp. 779 e 780.

Werden reconhece a existência de limitações significativas às inferências possíveis a partir da análise de um jogo de rodada única, principalmente porque o equilíbrio depende fundamentalmente das regras do modelo. Além disso, há o reconhecido problema de implementação empírica confiável de tal solução, uma vez que a distinção entre preços Cournot ou Bertrand e preços monopolísticos pode exigir estimativas mais precisas da demanda e custo do que normalmente possível em casos concretos⁵⁰. Assim, a Teoria dos Oligopólios nem sempre forneceria prognósticos robustos o suficiente para descrever, com precisão, as ações de concorrentes no mundo real em busca de seus “interesses próprios” (equilíbrio não-cooperativo de Nash estático), todavia, seria suficiente para informar que o preço monopolístico não é consistente com o jogo de uma rodada, exceto na presença de monopólio ou acordo, por exemplo⁵¹.

Enfim, mesmo o refinamento proposto por Werden não seria suficiente para a utilização do critério sugerido como fator adicional, pelo menos não no quadro analítico que desenvolvemos. A idéia subjacente ao critério sugerido em (c) e (d) parece ser a noção de que a racionalidade dependente da conduta poderia ser considerada como um fator adicional⁵², quando, ao contrário, tal dependência é característica intrínseca de todo comportamento paralelo dependente, sendo imprestável logicamente para diferenciar entre condutas cartelizadoras e condutas tacitamente coordenadas⁵³. Por outro lado, nesse sentido específico, ao invés de fator adicional, a existência de racionalidade dependente pode servir de critério para descaracterizar, de plano, a possibilidade de não haver um acordo, por exemplo, no contexto polipolístico, contudo – insista-se mais uma vez – não como fator adicional, cuja finalidade é refinar a análise para diferenciar entre colusões tácitas e expressas.

O item (e) requer um pouco de aprimoramento. Quando se diz que um fenômeno de mercado não pode ser racionalmente explicado a não ser como fruto de ação concertada,

⁵⁰ Sobre as dificuldades práticas de realizar essa comparação, inclusive criticando a análise realizada pela Comissão Européia em alguns casos, vide PHILIPS, Louis. *Competition policy: a game-theoretic perspective*. Glasgow: Cambridge University, 1995, pp. 124-150.

⁵¹ WERDEN, op.cit, p. 780.

⁵² Nesse sentido, vide nota 42, p. 7, afirmando que o mais importante fator adicional para a caracterização de um cartel talvez seja a racionalidade dependente.

⁵³ A sugestão de Werden parece direcionada a superar o problema típico do ordenamento jurídico norte-americano, de ordem meramente processual, representado pelo ônus do demandante demonstrar a existência de “comportamento contrário ao interesse próprio” para evitar um julgamento sumário desfavorável em uma ação indenizatória fundada em responsabilidade civil concorrencial, nos moldes do artigo 29 da Lei nº 8.884/94. Vide WERDEN, op.cit, pp. 751 -759, 778 e 779.

mais uma vez, tal critério não se presta a diferenciar entre colusão tácita e expressa, à medida que a primeira – por definição – também é fruto de coordenação, concerto, entre os agentes, tão-somente tal coordenação se opera sem comunicação direta. Assim, na realidade, devemos buscar os elementos demonstrativos de que aquele resultado mercadológico não seria alcançável ou de que a conduta como um todo não se coaduna com a coordenação indireta (tácita). Dessa forma, a não ser que se defina “concerto” como coordenação direta ou expressa, o fator apontado não possuiria validade distintiva.

O item (f) pode e deve ser utilizado como evidência apenas à medida que demonstre a possibilidade real de cartelização do mercado, isto é, que é possível a manutenção de um equilíbrio supracompetitivo naquele mercado. O referido fator não deve – a nosso ver – ser utilizado como atenuante do grau probatório para a caracterização do ilícito pelo fato de as empresas envolvidas terem sido condenadas anteriormente. Em outras palavras, a suspeita de reincidência não autoriza o órgão concorrencial a adotar critérios probatórios mais relaxados, serve tão-somente para corroborar com a potencialidade de efeitos e, quiçá, com a caracterização da intenção delituosa (*animus abutendi*), o que seria de pouca utilidade em um sistema baseado na Teoria do Risco nesta última hipótese. Além do mais, a existência de histórico de colusão não se presta como fator adicional, pois absolutamente inútil para distinguir entre colusão tácita e expressa. Ao contrário, a experiência de uma condenação pretérita teoricamente teria ensinado aos agentes econômicos que tipo de conduta não poderiam adotar, reforçando-se a hipótese de colusão tácita.

A presença de práticas facilitadoras – item (h) – requer um pouco mais de atenção no contexto de análise dos fatores adicionais. A rigor, qualquer medida adotada para se alcançar um acordo entre concorrentes é uma prática facilitadora, sendo a principal delas a comunicação direta. Assim, tais práticas devem ser definidas de forma rigorosa para não perder sua utilidade distintiva. Aqui, a expressão **prática facilitadora** será utilizada para significar apenas comportamentos que individual e isoladamente são incapazes de constituir um acordo puro e simples de restrição à concorrência, mas cujo efeito prático é facilitar a obtenção ou manutenção de um equilíbrio supracompetitivo.

Como mostra a moderna Teoria dos Oligopólios, para a obtenção de um resultado supracompetitivo sem a necessidade de um acordo, condições propícias de mercado (fatores facilitadores) devem estar presentes. Na presença de algum fator dificultador e sendo a comunicação direta um ilícito, os agentes econômicos possuem incentivos para

adotar comportamentos mitigadores ou mesmo eliminadores de tais fatores dificultadores, as chamadas práticas facilitadoras. Tais práticas, conquanto possam facilitar a colusão – expressa ou tácita –, muitas vezes são concorrencialmente neutras ou mesmo associadas a efeitos pró-competitivos e, portanto, não podem ser automaticamente vinculadas a efeitos negativos sobre o bem-estar do consumidor.

Pelo exposto, no presente contexto analítico, para fins de caracterização da colusão expressa, uma prática facilitadora só poderá ser considerada um fator adicional se, **e somente se**, for fruto de um acordo entre concorrentes, se não lhes for possível associar qualquer eficiência e se for possível associar o resultado colusivo claramente à existência da prática. Em tais hipóteses, na realidade, a prática facilitadora tal como definida acima estaria desconfigurada e estaríamos diante de uma colusão expressa pura e simples, ainda que travestida de mera prática facilitadora. Não obstante, mesmo nos casos em que a prática facilitadora envolve algum tipo de eficiência é possível ser impugnada pelo Direito Concorrencial se for desarrazoada, todavia não estaremos mais tratando de cartel e sim de um caso de colusão tácita. Essa questão será mais bem trabalhada adiante, quando analisarmos a Teoria Unificada da Colusão aplicada ao comportamento paralelo dependente.

Já o item (i) poderia, a princípio, ser considerado como um fator adicional para se distinguir entre colusão expressa e tácita. Não obstante, a rigor, do ponto de vista do processo analítico tal como desenvolvido acima, a aferição da presença de tais condições deve ocorrer antes da aplicação dos fatores adicionais, pois, na ausência de tais condições, não há que se falar em colusão tácita, logo, não haverá dúvidas. Em certo sentido, pode-se afirmar que nossa análise percorre duas etapas, a da identificação da possibilidade da colusão tácita, e nessa etapa, o item (i) é fundamental; seguindo, em caso positivo, da eliminação de tal possibilidade quando da presença de fatores adicionais descaracterizadores.

Por fim, o item (j) tem validade limitada por dois aspectos. Primeiro, pela dificuldade de se demonstrar economicamente com algum grau de segurança que o mercado está operando acima do equilíbrio competitivo, ainda mais se tal demonstração tiver de ocorrer no curso de um processo jurídico. Qual critério deve ser adotado como referencial? O equilíbrio estático ou o ótimo social? E mais: como se determinar se a margem extra obtida na indústria não é um fator de remuneração necessário para que os agentes econômicos aloquem seus recursos naquela indústria dado seu fator de risco?

Essas e outras complicações teórico-econômicas são recrudescidas ainda mais pelo resultado distintivo prático pífio que se pode derivar de tal exercício.

A comprovação econômica razoável de que um mercado está operando acima de determinado nível referencial (digamos, o estático), ou seja, a demonstração da presença de um equilíbrio supracompetitivo em nada auxilia na distinção entre colusão tácita e expressa, mas tão-somente entre equilíbrio estático e dinâmico. Essa distinção pode vir a ser útil para os advogados de defesa na tentativa de descaracterizar a conduta, caso tenda ao equilíbrio estático, todavia não para fins de utilização como um fator adicional pelo operador do Direito.

Outros fatores citados na jurisprudência estrangeira como potencialmente caracterizadores de cartelização são a padronização artificial de produtos e o aumento de preços em período de baixa demanda⁵⁴. Interessante notar que – mesmo em jurisdições nas quais a prática do Direito Concorrencial é mais antiga e ampla, inclusive com discussões em todas as instâncias do Poder Judiciário – os tribunais enfrentam alguma discordância acerca do que deve constituir um fator adicional⁵⁵.

Um problema que não pode ser desprezado pelo operador do Direito Concorrencial nacional, ao transpor sem maiores critérios eventuais fatores considerados adicionais no estrangeiro, é a diferença entre os sistemas jurídicos. Apesar de poder haver algum precedente no exterior a considerar um dos itens listados como fator adicional, sendo o Direito norte-americano consuetudinário, sua construção está íntima e indissociavelmente vinculada aos fatos do próprio caso. A tentativa de utilizá-los sem especial atenção e sem condicioná-los à presença dos mesmos fatos, ou seja, sem analisar e aplicar o caso à maneira consuetudinária, seria um erro básico e perigoso, vigorosamente combatido por qualquer tribunal anglo-saxão⁵⁶. A necessidade imperiosa de manutenção da

⁵⁴ Vide, para o primeiro fator, *C-O-Two Fire Equip. Co. v. United States*, 197 F.2d 489, 497 (9th Cir.), cert. denied, 344 U.S. 892 (1952), e para o segundo, *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781, 805 (1946) e também *C-O-Two Fire*.

⁵⁵ Nos Estados Unidos, a título de exemplo, compare *In re Plywood Antitrust Litig.* 655 F.2d 627, 634, 637 (5th Cir. 1981), onde foi permitida a inferência de conspiração de conduta paralela acrescida de oportunidade de conspirar, como também parece sugerir o voto do Conselheiro Alberto Scaloppe no Cartel da Ponte Aérea no Brasil, com *Weit v. Continental Ill. Nat'l Bank & Trust Co.*, 641 F.2d 457, 463 (7th Cir. 1981), a sustentar que os elementos acima não seriam suficientes se rebatidos com justificativas de negócio independentes.

⁵⁶ Para um exemplo de mera reprodução assistemática e absolutamente desnecessária de jurisprudência estrangeira pelo CADE, vide o voto do Conselheiro-Relator (fls. 808-815) no PA nº 08012.004712/2000-89. Representante: SDE/DPDE *ex officio*. Representada: Sindiposto – GO e José Batista Neto. Conselheiro-Relator: Roberto Pfeiffer. Julgado em: 3/7/2002.

especificidade dos fatos associados a um dado fator adicional reduz sobremaneira a eventual utilidade que a referida lista poderia vir a ter na aplicação do Direito brasileiro.

No Brasil, os poucos casos em que houve condenação por conta da existência de paralelismo dependente e fatores adicionais, estes poderiam ser interpretados como uma tentativa de reduzir substancialmente ou mesmo eliminar a probabilidade de o comportamento constituir mero paralelismo dependente (v.g., uma reunião antes do preço de mercado ser efetivamente estabelecido e existência de reunião próxima ao aumento). Em casos futuros, é aconselhável que o Conselho enfatize mais esse papel dos fatores adicionais e registre, de forma clara e precisa, como tais fatores contribuem para a descaracterização de uma colusão tácita. A mera citação de alguns outros fatores utilizados na jurisprudência estrangeira, ainda que não aplicados em um primeiro momento, deve ser evitada, à medida que pode gerar confusões e riscos operacionais desnecessários. Com maior razão se compreendermos que a fonte invariável de tais citações, a jurisprudência norte-americana, é altamente criticada pelos especialistas.

Nos Estados Unidos, a aplicação da doutrina do paralelismo mais a casos concretos se dá muitas vezes de forma mecânica e descuidada, não sendo incomum uma corte de Direito, quando se depara com a presença de paralelismo dependente, simplesmente se voltar para a lista “comum” de fatores adicionais, como a apresentada acima, e concluir que, se há um deles, há acordo. Não há uma discussão economicamente informada do valor relativo de cada fator para o caso concreto e nem uma avaliação ponderada do resultado final agregado. De acordo com o professor de Direito da Universidade de George Washington e, mais recentemente Advogado Geral da Comissão Federal do Comércio norte-americana, William Kovacic, “[t]ais opiniões emprestam um grau de impressionismo para o processo de decisão das cortes distritais e de apelação[, i.e., federais,] nesta área”⁵⁷. Uma das possibilidades para se explicar esse tipo de comportamento – elocubra o autor, em seguida – é que, uma vez tendo a corte desenvolvido uma **intuição** acerca da existência de comportamento coletivo, exigirá menos fatores adicionais; se sua intuição for pendente para o comportamento unilateral, exigirá mais fatores antes de caracterizar a conduta como cartel.

⁵⁷ “Such opinions lend a degree of impressionism to district and appellate court decisionmaking in this area.” Vide FREED, Michael; KOVACIC, William E. *et alii*. *The Detection and Punishment of Tacit Collusion*, *Loyola Consumer Law Reporter*, Vol. 9, 1997, p. 156; e, em sentido próximo, KOVACIC, *op.cit.*, p. 80.

Obviamente, esse tipo de abordagem, conquanto meramente sugerida na jurisprudência do CADE até o momento, não deve ser seguida. A estrutura analítica anteriormente sugerida por nós – plenamente compatível com a jurisprudência do próprio Conselho – parece ser mais focada e confiável, logo superior ao desorganizado experimentalismo judicial norte-americano. O objetivo da análise dos fatores adicionais deve ser sempre descaracterizar, com um grau de segurança jurídica razoável, a presunção de colusão tácita, uma vez identificadas as condições suficientes para o paralelismo dependente, não pode servir meramente para justificar intuições de aplicadores do Direito acerca da suposta realidade, sejam eles técnicos do SBDC, Conselheiros do CADE ou juízes. Além disso, já demonstramos à exaustão que, do ponto de vista econômico, o comportamento paralelo dependente (interdependência oligopolística), tácito ou expresso, é simultaneamente a melhor conduta individual e coletiva praticável e, dessa forma, possui natureza cooperativa, no sentido de convergência de interesses, não da Teoria dos Jogos e, portanto, coletiva.

Uma possível forma de mitigar essa tendência natural dos julgadores seria tentar relacionar os fatores adicionais aos três elementos básicos identificados pelos economistas para que empresas consigam conluiar com sucesso⁵⁸: (i) alcançar um consenso (coordenação); (ii) detectar comportamentos desviantes (monitoramento); e (iii) ameaça crível de reversão para configurações desfavoráveis (sustentabilidade). De certa maneira, essa abordagem sugerida é incorporada no modelo analítico por nós proposto não como análise dos fatores adicionais, mas como um passo anterior de identificação de possibilidade teórica de existência de mero paralelismo dependente tácito.

De um jeito ou de outro, a compreensão economicamente informada dessas três etapas tende a facilitar a identificação de elementos potencialmente descaracterizadores da colusão tácita.

⁵⁸ Vide FREED; KOVACIC; *et alii*, op.cit., p. 157. Em KOVACIC, op.cit., pp. 80 e 81, há sugestão de uma maior aproximação entre a análise estrutural de mercado em Atos de Concentração, na qual os tribunais analisariam a relevância de cada fator e lhes atribuiria um valor relativo, com a avaliação de fatores adicionais.

2.1.2 Aplicação da Teoria à Colusão Tácita

Se o Direito Concorrencial visa a combater os efeitos indesejados gerados por qualquer ato potencialmente anticompetitivo, independentemente de culpa, e não há condicionamento formal ou positivo de sua aplicação às hipóteses em que há um acordo, em uma abordagem unificada da Teoria da Colusão, porque deveria o Direito Concorrencial diferenciar condutas claramente decorrentes de um acordo (colusão expressa) daquelas em que os mesmos resultados são obtidos, todavia sem comunicação direta ou acordo (colusão tácita)? Não seriam essas condutas ainda mais perigosas se nem mesmo comunicação direta é necessária para sua existência? Se os efeitos socialmente indesejáveis são os mesmos, por que a abordagem jurídica deveria ser diversa? Qual razão nos leva a tamanho esforço para diferenciar entre colusão tácita e expressa?

Nossa principal justificativa para a não equalização da colusão tácita (equilíbrio supracompetitivo obtido sem comunicação direta) à colusão expressa (equilíbrio supracompetitivo obtido com comunicação expressa, apenas demonstrada direta ou indiretamente – doutrina do paralelismo mais), nos remete à posição de Turner⁵⁹ e não satisfatoriamente superada por Posner⁶⁰. Uma vez condenadas as empresas, haveria o problema de como definir qual conduta a ser seguida pelos agentes oligopolistas a fim de que não fossem considerados em desconformidade com a decisão do CADE em comportamentos posteriores. A condenação não pode se resumir à imposição de multa: uma mudança comportamental clara e racional deveria ser informada e imposta ao administrado para que os resultados anticompetitivos cessem. É necessário informar a conduta a ser seguida dali em diante.

No caso da colusão expressa, como a obtenção e/ou manutenção do equilíbrio supracompetitivo depende da comunicação direta (acordo), basta encerrarmos este canal de cooperação (remédio comportamental) que as próprias forças do mercado devem se encarregar de levar os agentes econômicos de volta ao equilíbrio competitivo possível. Uma vez dada e cumprida a ordem, cessam os efeitos potencialmente anticompetitivos proscritos pela lei.

⁵⁹ Cf. nota 30 acima.

⁶⁰ Cf. nota 33 acima.

Por outro lado, no caso das colusões tácitas é questionável se falar em abuso de posição dominante ou de falseamento da concorrência, uma vez que todos os agentes econômicos estão agindo de acordo com seus interesses individuais, tendo em vista a presença de convergência de interesses. Além disso, a conduta sob análise é idêntica a do agente perfeitamente competitivo e a do monopolista, apenas estão agindo e reagindo às condições de mercado, sendo difícil – se não impossível – elaborar uma ordem capaz de forçá-los a ignorar a ação e reação provável de seus concorrentes na hora de elaborar suas próprias políticas comerciais e que possa ser cumprida. Não se quisermos que as empresas continuem funcionando como a sociedade espera que funcionem. A proibição de se levar em consideração o comportamento potencial e efetivo de seus concorrentes no momento de formulação de políticas comerciais e, portanto, de se considerar o mercado, retiraria do agente econômico qualquer referência razoável acerca de como estabelecer suas políticas comerciais, a não ser o próprio custo marginal e sua demanda residual. No contexto oligopolístico, mesmo assim a interdependência condiciona tais fatores à provável conduta dos concorrentes, sendo impossível racionalmente desconsiderá-la.

Além da dificuldade de implementação por parte do administrado, o resultado prático de uma ordem como essa seria a necessidade de o órgão de defesa da concorrência passar a monitorar e controlar os preços das empresas condenadas a fim de estabelecer se sua decisão estaria sendo cumprida, se os preços são “adequados”. Ora, é contra o próprio espírito do Direito Concorrencial substituir o mecanismo legítimo de alocação de recursos mercado pelo controle estatal, ainda que tal mecanismo não esteja oferecendo os melhores resultados teoricamente possíveis⁶¹. O Direito Concorrencial não pode ser utilizado para transformar os órgãos em agências reguladoras de preços indiscriminadamente. Assim, a colusão tácita não deve ser igualada à colusão expressa, não porque seus efeitos sejam diversos em natureza ou magnitude, mas porque o Direito possui limitações, as quais levariam a intervenção estatal, nesses casos, a ser mais danosa à concorrência e ao bem-

⁶¹ A postura defendida acima, de que o papel do Direito Concorrencial é fundamentalmente de proteção do mercado como legítimo mecanismo alocador de recursos, é mais próxima da tradição norte-americana. As legislações nacionais européias sugerem, sem qualquer embaraço, controles de preços, impostos ou voluntários ou outras formas de controle estatal. A legislação e a política de defesa da concorrência brasileira parece vagar entre esses dois extremos, cuja distância na prática hodierna já não é tão significat iva. Sobre essa diferença, vide SCHWARTZ, Louis B. *New Approaches to the Control of Oligopoly*, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 109, November, 1960, pp. 42-47; e HARDING, Cristopher e JOSHUA, Julian. *Regulating Cartels in Europe: A Study of Le gal Control of Corporate Delinquency*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

estar do consumidor do que à própria conduta impugnada. O custo da implementação da política tende a ser superior aos potenciais ganhos dela decorrentes, retirando-lhe legitimidade.

Se analisada a questão estritamente do ponto de vista dos efeitos da conduta sobre o bem-estar do consumidor, não há um argumento razoável para se realizar qualquer distinção jurídica entre colusão tácita e expressa. Ambas levam aos mesmos efeitos socialmente indesejáveis: transferência de renda do consumidor, perdas estáticas e dinâmicas. Por essa razão, mesmo em sistemas jurídicos em que a existência de um acordo é necessária, a doutrina tem tentado desenvolver fórmulas para alcançar esse tipo de comportamento (tácito) pelo Direito Concorrencial.

No ordenamento jurídico brasileiro, do ponto de vista positivo formal, esse tipo de abordagem contaria com a legitimação adicional do direito positivo (art. 20), que proscreevê condutas potencialmente tendentes aos efeitos anticompetitivos sem exigir um acordo. No entanto, o calcanhar-de-aquiles de tais propostas reside em sua invariável necessidade de se basear em modelos econômicos fundados na análise de custos marginais, ou outro aspecto mais amplo de fatores econômicos, a fim de identificar o equilíbrio supracompetitivo e fornecer uma solução adequada para o problema. Até onde vai o nosso conhecimento, nenhum ordenamento jurídico aceitou arriscar propostas nesse sentido, e os poucos experimentos acadêmicos a testar a viabilidade desse tipo de abordagem não obtiveram resultados satisfatórios.

O professor de Economia do *European University Institut*, Florença, Louis Phlips, por exemplo, desenvolveu estudos teóricos dos jogos sobre a viabilidade de implementação de uma política pública de concorrência baseada na ilicitude de equilíbrios não-cooperativos de Nash dinâmicos (colusão tácita e expressa). Seus estudos foram elaborados com base em modelos razoáveis e utilizando-se de informações disponíveis aos órgãos de defesa da concorrência, bem como tomando como pressuposto a assimetria de informação entre particulares e governo. Algo próximo à proposta de Posner e Markovits, mas talvez mais sofisticado. Não obstante, a comparação da casuística com o modelo elaborado levou a resultados insatisfatórios, demonstrando inclusive um descasamento entre a teoria e a prática europeia no tocante à fundamentação de algumas decisões relevantes⁶². Esses experimentos reforçam nossa impressão de que – pelo menos por ora –

⁶² PHLIPS, op.cit., pp. 124 e 148.

o Direito não é capaz de lidar com a colusão tácita nos mesmos moldes que a colusão expressa; sendo inadequado tornar ilícita a mera existência de um equilíbrio supracompetitivo.

O Direito Concorrencial não é capaz de resolver comportamentalmente os efeitos socialmente indesejáveis decorrentes da colusão tácita, não sendo adequado se exigir do agente econômico comportamentos irracionais ou que seja imposto o controle de preços. Em substituição às alternativas comportamentais, só nos restam as estruturais e regulatórias, ambas largamente criticadas e indesejadas.

Problema de natureza semelhante é enfrentado no exterior. Na União Européia, v.g., a Comissão tem lutado contra o comportamento oligopolístico cooperativo ora pelo caminho do acordo e práticas concertadas – artigo 81 –, ora na tentativa de expandir a doutrina da Dominação Coletiva (*Collective Dominance*) – artigo 82 –, que não exige comprovação de um acordo entre os concorrentes, contudo, até o momento, sem muito sucesso perante a Corte Européia de Justiça⁶³. Nos Estados Unidos, tentativas de expandir por meio da doutrina do “monopólio coletivo” a aplicabilidade da Seção 2 da Lei Sherman, normalmente associada a casos de monopolização e tentativa de monopolizar⁶⁴, também não tiveram muito sucesso, muito menos propostas de reestruturação do setor por baixo desempenho econômico, independentemente da existência de uma violação da ordem econômica⁶⁵.

Em conclusão, nossa principal oposição à qualificação da colusão tácita como ilícito concorrencial não decorre da presença ou não do acordo, mas de limitações práticas ao âmbito de atuação do Direito Concorrencial para solucionar o problema. Caso tal conduta fosse considerada uma infração à ordem econômica nos mesmos moldes do cartel,

⁶³ Vide WHISH, Richard. *Competition Law*. 5th ed. LexisNexis Butterworths, 2003, pp. 518-543; e RODGER, Barry J. *The Oligopoly Problem and the Concept of Collective Dominance: EC developments in the light of U.S. trends in antitrust law an policy*, *Columbia Journal of European Law*, Vol. 2, Winter, 1996, pp. 37-47.

⁶⁴ Vide GOLDMAN, Lee. *Oligopoly Pricing and the Ethyl Corp. Case*, *Oregon Law Review*, Vol. 65, 1986, pp. 90-97.

⁶⁵ Nos EUA, essas medidas foram todas abandonadas devido ao ceticismo pós -1970 em relação a grandes intervenções estatais na economia. Sobre as propostas legislativas, principalmente a *Hart Bill*, vide BLAKE, Harlan M. *Legislative Proposals for Industrial Deconcentration*. In: GOLDSCHMID, Harvey J.; MANN, Michael H.; e WESTON, Fred J. (eds.). *Industrial Concentration: The New Learning*. Columbia University Center for Law and Economic Studies. Boston: Little, Brown and Company, 1974, pp. 340-360; NOTE. *The Industrial Reorganization Act: An Antitrust Proposal to Restructure the American Economy*, *Columbia Law Review*, Vol. 73, nº 3, March, 1973, pp. 635-676; e KOVACIC, William E. *Failed Expectations: The Troubled Past and Uncertain Future of Sherman Act as a Tool for Deconcentration*, *Symposium: The Sherman Act's First Century: A Historical Perspective*, *Iowa Law Review*, Vol. 74, July, 1989, pp. 1.105-1.150.

as empresas seriam condenadas, multadas, e, no dia seguinte, tudo voltaria a ser como se nada houvesse acontecido, ou, se tentássemos resolver o problema em definitivo, os benefícios decorrentes da intervenção estatal provavelmente seriam inferiores aos malefícios de simplesmente se deixar a colusão tácita ocorrer, razão suficiente – nos parece – para garantir a não intervenção nos mesmos moldes.

A indagação que se faz, então, é em que moldes deve atuar o operador do Direito Concorrencial se, para as colusões tácitas, os remédios tradicionais não são adequados? Sabendo que o Direito Concorrencial normalmente não alcança os casos de colusão tácita, as empresas passam a ter incentivos para desenvolver mecanismos cada vez mais sutis e eficazes de coordenação e/ou explorar de forma mais eficiente as possibilidades da interdependência oligopolística, diminuindo o bem-estar do consumidor. Na realidade, o problema é tão grave que estudantes de Administração de Empresas são efetivamente ensinados, nas universidades, a como identificar e implementar tais práticas sem violar o Direito Concorrencial tradicionalmente aplicável apenas aos casos de colusão expressa. Nesse sentido, um dos “gurus” da Administração, o professor de Estratégia Competitiva da *Harvard Business School*, Michael Porter, por exemplo, ensina para os futuros administradores de empresas do mundo práticas como anúncios unilaterais para sinalização, campanhas de publicidades específicas para disciplinar concorrentes recalcitrantes, mecanismos de liderança de preços e advoga a padronização para simplificar as variáveis decisórias da indústria e para facilitar a identificação de pontos focais⁶⁶.

Apesar de não ser capaz de interromper a cooperação em si, por ser esta indireta e baseada na reciprocidade, o ambiente oligopolístico supracompetitivo ainda oferece algum espaço de atuação *ex post* para os órgãos da concorrência em duas frentes específicas e diversas: (i) a advocacia da concorrência; e (ii) o combate aos mecanismos artificiais adotados para facilitar a colusão tácita. Se o Direito Concorrencial não é instrumento suficientemente apto para eliminar o tipo de cooperação socialmente indesejável representado pela colusão tácita, ao menos, não há qualquer razão para que o facilite ou permaneça passivo. A idéia é aumentar, o máximo possível, os custos de coordenação atacando as práticas facilitadoras e/ou outros elementos, por vezes estruturais, para dificultar a obtenção e manutenção de um equilíbrio supracompetitivo, eliminando ou

⁶⁶ Vide PORTER, Michael E. *Competitive Strategy: Techniques for Analyzing Industries and Competitors. With a New Introduction*. 1st Free Press ed. Free Press, 1998 (1980), pp. 76 -87 e 91-106.

mitigando-se a convergência de interesses. Esse tipo de atuação não traria consigo qualquer das oposições discutidas acima e dificilmente seria capaz de gerar malefícios ao bem-estar do consumidor ou ao social.

A advocacia concorrencial serviria para combater os fatores facilitadores decorrentes de atuação do Poder Público e prevenir a adoção de políticas públicas tendentes a eliminar ou mitigar fatores dificultadores da colusão horizontal. Além do papel educativo perante as empresas, a advocacia concorrencial requer a adoção de um papel pró-ativo preventivo e ofensivo dos órgãos de defesa da concorrência perante os órgãos reguladores, o Congresso Nacional, o Poder Judiciário, enfim, perante qualquer instância do Poder Público, para (a) remover estruturas artificiais que facilitem a colusão tácita e (b) promover novas estruturas que a dificultem. A advocacia concorrencial pode estar voltada tanto para a diminuição dos custos de entrada de novas empresas⁶⁷, como para a remoção de barreiras impostas por políticas públicas concorrentes⁶⁸.

Importante ressaltar que a promoção da concorrência não decorre de uma falsa crença no paradigma “grande é ruim, pequeno é bom”, antes sim na posição economicamente informada de que a alteração de alguns fatores pode afetar de forma substancial o desempenho de algumas indústrias oligopolizadas, melhorando-o.

Como a operacionalização do conceito de advocacia concorrencial é mais voltada para a Ciência Política e não envolve *a priori* a aplicação do Direito Concorrencial em si, não desenvolveremos mais a idéia, todavia, fica o registro da alternativa sugerida.

A segunda possível frente de combate são os mecanismos artificiais utilizáveis pelas empresas para superar ou mitigar as dificuldades de coordenação, as chamadas práticas facilitadoras, que podem ser impugnadas enquanto tais pelo próprio Direito Concorrencial. Essa alternativa foi explorada inicialmente pela Comissão Federal do Comércio norte-americana (FTC, do inglês), durante a administração Jimmy Carter no final da década de 1970, no agora famoso caso *Ethyl Corp.*⁶⁹. Esse precedente é de

⁶⁷ Vide GAL, Michal S. *Reducing Rivals' Prices: Government-Supported Mavericks as New Solutions for Oligopoly Pricing*, *Stanford Journal of Law, Business, and Finance*, Vol. 7, Autumn, 2001, pp. 73-102.

⁶⁸ Para um interessante estudo sobre potencial divisão tácita do mercado de cimento no Brasil e a adequação de se diminuir os custos de importação de produtos concorrentes, por exemplo, reduzindo obrigações *anti-dumping*, vide SALVO, Alberto. *Inferring Conduct under the Threat of Entry: The Case of the Brazilian Cement Industry. (Job Market Paper) Extended Version with Figures and a Data Appendix*, *London School of Economics and STICERD*, October, 2004.

⁶⁹ *Ethyl Corp.*, 101 F.T.C. 425 (1983), *vacated sub nom. E.I. Du Pont De Nemours & Co. v FTC*, 729 F.2d 128 (2d Cir. 1984). O caso envolvia um tipo de aditivo químico à gasolina utilizado em pequenas quantidades para retardar a combustão, permitindo a absorção mais eficiente da energia liberada. Os únicos

particular importância para nossos estudos, pois, ao invés de se alegar que as práticas facilitadoras questionadas constituíam ou decorriam de um acordo – expresso ou tácito – entre concorrentes em violação à Seção 1 ou 2 da Lei Sherman, a Comissão alegou tratar-se de “prática comercial injusta” em violação à Seção 5 da Lei da Comissão Federal do Comércio⁷⁰, cuja linguagem mais ampla, como o nosso artigo 20, não exige a presença de acordo. A teoria proposta era a de que a proibição de tais práticas tornaria mais difícil a coordenação entre as empresas e o resultado seria maior concorrência no mercado objeto.

Em *Boise Cascade*, uma corte federal norte-americana já havia reconhecido ser juridicamente possível a adoção uniforme de uma prática facilitadora constituir uma violação do Direito Concorrencial, mesmo na ausência de demonstração de acordo, desde que fosse satisfatoriamente demonstrada a presença de efeitos anticompetitivos decorrentes da prática impugnada⁷¹. Assim, a teoria proposta encontrava algum respaldo nos precedentes, todavia sua propositura foi considerada inovadora e agressiva.

A dúvida acerca do real alcance da teoria e a necessidade de uma cuidadosa avaliação dos fatos levaram a Comissão a realizar uma análise completa da razoabilidade das referidas práticas e considerá-las ilegais apenas se fosse identificado um “claro dano à concorrência”. Para tanto, o seguinte teste foi proposto, uma prática seria considerada ilegal se: (i) a análise econômica demonstrasse que o mercado é propenso a precificação oligopolística; (ii) houvesse prova substancial de que o desempenho do mercado fosse claramente não condizente com concorrência vigorosa; (iii) houvesse um “claro nexo” entre o desempenho da indústria e a prática analisada; e (iv) não houvesse comprovação da existência de efeitos pró-competitivos associados à prática compensando os efeitos deletérios⁷².

Aplicando-se os critérios enunciados acima, a Comissão entendeu que a adoção de certas práticas comerciais (e.g., vendas apenas pelo preço de entrega, adoção de cláusulas de nação mais favorecida nos contratos-padrão, realização costumeira de comunicados à imprensa, anúncios antecipados de alterações de preços), naquele contexto (estrutura e

produtores domésticos eram Ethyl Corporation, E.I. Du Pont de Nemours and Company, PPG Industries, Inc. e Nalco Chemical Company, e os dois primeiros respondiam por 70% do mercado.

⁷⁰ 101 F.T.C. at 427, 428, 593, 605 e 606.

⁷¹ *Boise Cascade Corp. v. FTC*, 637 F.2d 573, 577 (9th Cir. 1980).

⁷² 101 F.T.C. at 602-606.

desempenho), constituía uma prática comercial injusta e, portanto, ilícita. Ato contínuo, uma ordem de cessação de prática foi dada às empresas investigadas⁷³.

Apesar da aplicação de uma abordagem mais detalhada e ponderada (regra da razão), a ordem foi cassada *in totum* pelo Judiciário em grau de apelação, *inter alia*, por não constar dos autos evidências suficientes de um “claro nexó” entre o desempenho supracompetitivo da indústria e as práticas impugnadas, ou seja, restou insatisfeito o critério proposto pela própria Comissão, e por a corte ter entendido ser necessária a presença de “alguns indícios de opressão” como evidência de intenção anticoncorrencial ou de “ausência de legítimas razões de negócio independentes”⁷⁴. Como é comum em casos como esse, a doutrina não é unânime sobre seu alcance e significado, variando entre considerar *E.I. Du Pont* um retrocesso no Direito Concorrencial⁷⁵, apontar a inadequação do critério de “claro nexó” adotado pela Comissão⁷⁶ e reconhecer que, independentemente da teoria, o caso simplesmente era fraco, pois várias inconsistências factuais devidamente comprovadas nos autos foram desconsideradas pela Comissão⁷⁷.

E.I. Du Pont arrefeceu por mais de uma década o ímpeto da Comissão Federal em fazer uso de sua Teoria das Práticas Facilitadoras e apenas em 1992 um novo caso contra práticas facilitadoras no mercado de fórmulas infantis para lactentes em moldes semelhantes a *Ethyl* foi testado. Parte desse novo ímpeto pode ser atribuído ao resultado favorável obtido em *Petroleum Products*, já na década de 1990, segundo o qual a ausência de justificativa comercial válida para uma conduta paralela constituiria fator adicional suficiente para construir um caso de conspiração (colusão expressa)⁷⁸.

Em *Petroleum Products*, a prática comercial das principais empresas de petróleo em anunciar com antecedência aumentos em um futuro próximo de preços às distribuidoras

⁷³ 101 F.T.C. at 607-639 e 683-686.

⁷⁴ *E.I. Du Pont De Nemours & Co. v FTC*, 729 F.2d at 141 e 142. Para uma discussão mais detalhada do caso, vide GRIMMOND, Jeanine. *E.I. Du Pont de Nemours v. FTC: Facilitating Practices under FTC Act Section 5, Comment*, *Iowa Law Review*, Vol. 70, May, 1985, pp. 1.045-1.060; VITA, Michael G. *Fifteen Years after Ethyl: The Past and Future of Facilitating Practices*, *Symposium: Antitrust at the Millennium (Part II)*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 68, 2001, pp. 991-1.005; CLARK, Donald S. *Price-Fixing Without Collusion: An Antitrust Analysis of Facilitating Practices after Ethyl Corp*, *Wisconsin Law Review*, 1983, pp. 887-952; KATTAN, Joseph. *Beyond Facilitating Practices: Price Signaling and Price Protection Clauses in the New Antitrust Environment*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 63, 1994, Fall, pp. 133-151; e GOLDMAN, op.cit., pp. 98-114.

⁷⁵ GRIMMOND, op.cit., p. 1.060.

⁷⁶ GOLDMAN, op.cit., p. 104.

⁷⁷ VITA, op.cit., pp. 998 e 999.

⁷⁸ *In re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Prods. Antitrust Litig.*, 906 F.2d 432 (9th Cir.1990), *cert. denied*, 500 U.S. 959 (1991).

teria como único propósito informar os concorrentes, inexistindo uma justificativa legítima⁷⁹. Note-se que executivos de algumas empresas envolvidas reconheceram em testemunho que os preços eram anunciados publicamente “com o propósito de informar rapidamente os concorrentes de [uma] alteração no preço na expressa expectativa de que os concorrentes seguiriam o movimento.”⁸⁰ Ora, ao se igualar uma conduta facilitadora de cooperação **unilateralmente** adotada, já que não foi alegado o anúncio ser fruto de acordo ou uma conspiração para fins da Seção 1 da Lei Sherman, a corte estabeleceu uma ponte entre casos de colusão expressa e tácita. Na realidade, se formos rigorosos, a fundamentação do caso está equivocada, pois, se não há acordo, não pode haver colusão expressa; tratar-se-ia, então, de um ótimo exemplo de colusão tácita alcançável pelo Direito Concorrencial, mas não de um cartel⁸¹.

Com novo ânimo, a Comissão tornou a questionar, em 1992, práticas facilitadoras nos casos *Infant Formula*. Três principais produtores norte-americanos de fórmulas infantis para lactentes (Abbott Laboratories, Mead Johnson e American Home Products) foram acusados de trocar informações sobre práticas comerciais futuras e, em um caso, de terem conluiado expressamente⁸². A representação contra a Abbott incluía acusações relacionadas ao processo licitatório de aquisição de fórmulas infantis para lactentes a serem destinadas ao programa para mulheres, jovens e crianças do Departamento de Agricultura em Porto Rico e uma conduta unilateral. A Abbott teria revelado publicamente informações com intenção anticompetitiva ou sem justificativa comercial legítima que esclareceram os concorrentes acerca de suas preferências e intenções de forma a afetar negativamente o resultado da licitação. A eliminação ou mitigação das incertezas ínsitas ao mercado teria “reduzido, restringido ou eliminado” a pressão competitiva⁸³. As representações contra a Mead e American Home continham acusações de fornecimento

⁷⁹ 906 F.2d at 446 e 448.

⁸⁰ No original, “[...] for the purpose of quickly informing competitors of [a] price change in the express hope that these competitors would follow the move.”, 906 F.2d at 446.

⁸¹ No mesmo sentido, vide AREEDA, Phillip E. e HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Law*, ¶ 1436'd at 971, 973 (Supp.1991), citado por KATTAN, op.cit., nota 32, p. 141.

⁸² *FTC v. Abbott Laboratories*, Civ. Action No. 92-1364 (D.D.C. filed June 12, 1992) (representação); *FTC v. Mead Johnson & Co.*, Civ. Action No. 92-1366 (D.D.C. filed June 11, 1992) (representação e termo de compromisso); e *FTC v. American Home Prods. Corp.*, Civ. Action No. 92-1367 (D.D.C. filed June 11, 1992) (representação e termo de compromisso).

⁸³ *Abbot Complaint*, ¶¶ 11-14, 17 e 19.

unilateral de informações semelhantes, sendo que, com relação à Mead, ainda havia acusações de troca de informações com outros produtores e de sinalização de preços⁸⁴.

As representações contra a Mead Johnson e American Home foram encerradas por acordo no mesmo dia do protocolo mediante a restituição de mais de 1,5 milhão de quilos de fórmulas infantis para lactentes ao Departamento de Agricultura. O compromisso de cessação de prática com a Mead Johnson incluía também proibições de certos tipos de troca de informações futuras e abertura antecipada de lances em licitações. Já no caso da Abbott, o processo judicial foi arquivado, pois se considerou que a representada teria justificativas comerciais legítimas para a conduta impugnada⁸⁵, enquanto o processo administrativo independente foi encerrado com a celebração de um acordo de não colaboração com concorrentes para restringir propaganda aos consumidores⁸⁶.

Na mesma linha, os casos envolvendo trocas de informação pelas empresas aéreas norte-americanas continham acusações contra prática facilitadoras enquanto tais⁸⁷, sendo, inclusive, algumas curiosamente defendidas por associações de consumidores e agentes de viagens. Aqui, em contraposição aos casos anteriores, a presença de uma justificativa legítima de negócio não foi considerada conclusiva para se estabelecer a licitude da conduta, os efeitos negativos da prática sobre o mercado foram ponderados com tais justificativas para se aferir a sua razoabilidade. Apesar de reconhecer o “mérito superficial” das impugnações apresentadas pelos opositores do compromisso de cessação de prática (*Consent Decree*), em juízo de homologação, a corte distrital aprovou o compromisso arguindo que tais justificativas teriam sido levadas em consideração pelos órgãos de defesa da concorrência⁸⁸. O resultado prático da homologação foi impedir as empresas aéreas de adotarem unilateralmente práticas facilitadoras cuja justificativa comercial existia, porém, cujo efeito líquido provável sobre os consumidores seria pernicioso⁸⁹.

⁸⁴ *Mead Complaint*, ¶¶ 8, 14 e 15.

⁸⁵ NAGATA, Ernest A. e DESANTI, Susan S. *Competitor Communications: Facilitating Practices or Invitations to Collude? An Application of Theories to Proposed Horizontal Agreements Submitted to Antitrust Review*, *Antitrust Law Journal*, *American Bar Association*, Vol. 63, 1994, pp. 101-103.

⁸⁶ Vide 5 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶23, 488 (Oct. 28, 1993) (*consent order*); e KATTAN, op.cit., p. 143.

⁸⁷ As principais peças do processo estão disponíveis no endereço <http://www.usdoj.gov/atr/cases/dir23.htm> (consultado em 13/1/06).

⁸⁸ *United States v. Airline Tariff Publishing Co.*, 836 F.Supp. 9, 13 (D.D.C. 1993).

⁸⁹ KATTAN, op.cit., pp. 144 e 145.

Apesar das derrotas passadas, a Comissão continua testando novas formas⁹⁰, inclusive versões modificadas da teoria, para alcançar tais práticas no contexto oligopolístico. O certo é que ainda não há uma posição formada acerca da questão e muitos pontos permanecem em aberto. A doutrina tem contribuído relativamente pouco, todavia de forma relevante, para esse debate.

Com base no caso administrativo (*In re Ethyl Corp.*) e antes da revogação pelo Judiciário, Donald Clark, então assessor do Comissário Douglas, defendeu que a ponderação dos efeitos líquidos decorrentes de uma determinada prática facilitadora deveria envolver os seguintes passos: (i) uma avaliação estrutural do mercado a fim de se averiguar a presença ou não das condições suficientes para a colusão tácita, isto é, a identificação de fatores dificultadores; (ii) à luz desses fatores, dever-se-ia determinar se a prática sob análise facilitaria substancialmente a coordenação pela associação entre um dado fator dificultador e um dos efeitos práticos da prática facilitadora, e pela aferição do grau de adoção da prática no mercado, se generalizada ou localizada; (iii) a identificação de eventuais efeitos pró-competitivos compensadores resultantes da prática; (iv) a análise do desempenho da indústria em questão; (v) a ponderação da razoabilidade da prática tal como implementada quando comparados potenciais efeitos positivos e negativos; e, por fim, (vi) a viabilidade e utilidade de formas alternativas de solução deveriam ser consideradas⁹¹.

A abordagem sugerida por Clark é uma clássica aplicação da regra da razão às práticas facilitadoras e, apesar de não incluir expressamente o quesito claro nexos de causalidade entre a prática e o desempenho do mercado, tal quesito parece estar implícito na análise. Uma das críticas à *Ethyl* é que a Comissão teria considerado apenas nominalmente as eficiências associadas às práticas facilitadoras, a análise não teria sido séria⁹². Apesar de menção às eficiências na estrutura proposta, o exato mesmo defeito pode ser identificado no trabalho de Clark, cuja discussão acerca de possíveis eficiências das práticas facilitadoras é – na melhor das hipóteses – perfunctória.

⁹⁰ Para tentativas de atribuir efeitos monopolizadores no mercado de saúde a cláusulas de cliente mais favorecido, vide KATTAN, op.cit., pp. 146-150; e para uma discussão da teoria de tentativa de colusão, vide NAGATA e DESANTI, op.cit., pp. 103-108.

⁹¹ CLARK, op.cit., pp. 894 e 895; e sugerindo abordagem um pouco diversa HAY, op.cit., *passim* (George Hay serviu de experto para a Comissão no julgamento de *E.I. Du Pont* perante o Judiciário).

⁹² VITA, op.cit., pp. 1.002 e 1.003.

A inclusão de um “claro nexos” entre a prática sob análise e o baixo desempenho do mercado pela Comissão no teste de legalidade também foi duramente criticada, pois, em uma indústria oligopolística, seria impossível se demonstrar que “exceto pela” prática, o mercado se comportaria competitivamente. Além disso, a análise econômica detalhada da estrutura-conduta-desempenho do mercado em todos os casos de práticas facilitadoras resultaria em investigações excepcionalmente longas e custosas, minando a viabilidade da solução⁹³. Apesar dessas limitações, haveria mérito no ataque às práticas facilitadoras, não como panacéia contra os oligopólios, mas como estratégia eficaz de se limitar a coordenação tácita, pois a eliminação de algumas dessas práticas poderia tornar a coordenação mais difícil ou mesmo impossível em alguns mercados, melhorando o seu desempenho ou mesmo forçando empresas cartelizadoras a adotarem condutas mais facilmente detectáveis. Para evitar os custos de uma análise aprofundada, Lee Goldman, professor de Direito da Universidade de Detroit, sugere uma abordagem mais restrita e simplificada. Uma prática comercial poderia ser impugnada como facilitadora de colusão se: (i) o mercado relevante fosse um oligopólio; (ii) houvesse paralelismo de preços; e (iii) não houvesse justificativa pró-competitiva para a prática.

Oligopólio seria definido como qualquer mercado no qual as quatro maiores empresas controlam 70% da produção e o paralelismo de preços permitiria a presunção de efeitos anticompetitivos, presunção esta rebatível apenas com a demonstração de efeitos pró-competitivos substanciais e indissociáveis da prática. A utilização da participação de mercado no lugar de uma análise completa do mercado seria superior, já que um claro nexos quase nunca poderia ser demonstrado satisfatoriamente, bem como traria previsibilidade e reduziria custos de litigância, à medida que evitaria intermináveis batalhas entre expertos economistas⁹⁴.

O autor reconhece que a existência de estrutura oligopolística e a presença de paralelismo de preços são tão consistentes com a hipótese de colusão quanto com a de concorrência, todavia, seu alcance excessivo não seria um problema porque (a) apesar de não ser um requisito, o desempenho do mercado serviria de guia para a Comissão escolher seus casos; (b) a intervenção representaria apenas pequenos custos modificativos à empresa investigada; (c) a regra isentaria todas as práticas eficientes e, portanto, na pior

⁹³ Vide GOLDMAN, op.cit., pp. 104, 111, 112 e 117.

⁹⁴ GOLDMAN, op.cit., pp. 113 e 115-117.

das hipóteses afetaria práticas neutras; e (d) na ausência de eficiências, haveria o incentivo para se interromper a prática a fim de se evitar o risco de um processo por colusão expressa. A manutenção da prática sem uma eficiência justificadora apenas reforçaria a inferência de resultado supracompetitivo⁹⁵.

Obviamente (a) e (b) não são justificativas aceitáveis. Primeiro, uma regra jurídica não pode basear seu valor na aplicação parcimoniosa dos órgãos de defesa da concorrência, muitas vezes, excessivamente ansiosos por condenar práticas que não compreendem. A regra de direito existe exatamente para que todos, Poder Público inclusive, saibam de antemão até aonde vai e como será aplicada a lei. Segundo, a idéia de que a solução envolve pequenos custos de implementação não é necessariamente verdade, várias práticas facilitadoras podem estar associadas a eficiências ou a um melhor funcionamento do mercado, do contrário não seriam utilizadas por monopólios e por empresas em mercados polipolísticos supostamente competitivos. A idéia de que muitas práticas sem qualquer justificativa existem nos parece equivocada. Já os argumentos (c) e (d) são mais razoáveis, lembrando-se que a regra seria, então, aplicada apenas em casos muito específicos.

A proposta de Goldman tem vários aspectos interessantes, mas não avança mais profundamente na relação entre fatores facilitadores e dificultadores, o que é essencial neste contexto. A investigação acerca do necessário nexos de causalidade deve se dar com relação a tais fatores de maneira clara. Em uma investigação de cartel mais ampla parece ser teoricamente viável a aferição da razoabilidade das práticas, expandindo um pouco a regra de Goldman e se aproximando mais do modelo de *Ethyl*. Por outro lado, a adoção de práticas facilitadoras sem qualquer justificativa comercial válida, na ausência das condições suficientes para a colusão tácita, poderia ser igualada à presença de um acordo pela doutrina do paralelismo mais, como em *Petroleum Products*, eliminando em parte a necessidade de se construir uma nova teoria.

Mais de duas décadas depois de *Ethyl*, a viabilidade de se impugnar práticas facilitadoras ainda constitui objeto de discórdia. Há quem argua que esse tipo de ação pertence ao passado e não ao futuro do Direito Concorrencial, basicamente por duas razões: (a) a necessidade de se demonstrar razoavelmente que o mercado está se

⁹⁵ GOLDMAN, op.cit., pp. 118-120.

comportando de forma anticompetitiva; e (b) o desempenho anticompetitivo deve ser logicamente ligado à prática impugnada, o que seria quase impossível⁹⁶.

Com relação à primeira dificuldade, os avanços alcançados na teoria econômica nos mais de vinte anos após *Ethyl* podem ajudar a diferenciar um mercado oligopolista que está se comportando de maneira competitiva (não-cooperativa) de um que está se comportando anticompetitivamente (cooperativo)⁹⁷, ainda que com ressalvas⁹⁸. Já a dificuldade de se associar indubitavelmente o equilíbrio supracompetitivo à presença da prática facilitadora permanece sem solução satisfatória⁹⁹. A proposta de Goldman é justamente evitar essa dificuldade teórica atacando apenas as práticas sem justificativas, apesar de – como já dito – a ausência de eficiências associadas poder levar à condenação da prática como colusão expressa. Diante da premência de se atacar o problema do oligopólio e em uma tentativa de tratamento o mais uniforme possível das espécies de colusão horizontal, entendemos que uma solução de compromisso um pouco mais refinada pode ser desenvolvida e adotada.

Nesse sentido, a colusão tácita deve ser alcançável quando os agentes envolvidos adotaram medidas evitáveis cujo efeito preponderante é possibilitar ou facilitar o comportamento coordenado. Tais medidas podem tanto resultar do acordo entre concorrentes quanto da evolução histórica do próprio mercado (adoção unilateral), além de poderem ter algum tipo de efeito pró-competitivo associado. A presença de eficiências plausíveis exige uma avaliação completa do impacto preponderante da prática sobre o mercado (efeitos líquidos). Tal análise é ainda mais necessária se lembrarmos que tais práticas não são objetáveis em todas as circunstâncias, como é o caso, por exemplo, da padronização de produtos.

⁹⁶ VITA, op.cit., pp. 996, 1.004 e 1.005.

⁹⁷ O comportamento não-cooperativo se refere ao equilíbrio Nash em um jogo de rodada única, e o comportamento cooperativo (que para a Teoria dos Jogos permanece não-cooperativo) se refere ao mesmo equilíbrio Nash, em contexto de superjogos ou jogos repetidos, e superior ao equilíbrio estático.

⁹⁸ Vide PORTER, Robert H. *A Study of Cartel Stability: The Joint Executive Committee, 1880-1886*, *The Bell Journal of Economics*, Vol. 14, nº 2, Autumn, 1983, pp. 301-314, especialmente p. 302; e para uma visão mais otimista, vide WERDEN, op.cit., *passim*.

⁹⁹ VITA, op.cit., p. 1.005; e GOLDMAN, op.cit., p. 104.

Como mostra a literatura econômica¹⁰⁰, a homogeneidade do produto é um dos fatores mais relevantes na análise das colusões horizontais. Quando a padronização de um produto é fruto não das características do mercado ou de sua evolução histórica, mas de um comportamento coordenado entre os concorrentes; implica a redução do escopo da concorrência (e.g., ao eliminar o *design* como fator competitivo) e, sob certas condições estruturais, pode facilitar a colusão tácita. Com a redução da diferenciação entre os produtos, a variável concorrencial mais relevante se torna o preço, diminuindo o número de variáveis sobre as quais consenso precisa ser obtido e as quais devem ser monitoradas pelos agentes coludentes.

Por outro lado, em algumas estruturas mercadológicas, a padronização pode facilitar a comparação de produtos pelo consumidor, diminuindo os custos de procura e forçando os concorrentes a acompanharem preços mais competitivos. Lembre-se, um dos pressupostos do modelo de concorrência perfeita é a existência de produtos homogêneos possibilitando a pronta troca de fornecedor se este cobrar preços supracompetitivos. A padronização de produtos também pode possibilitar a criação ou antecipação da criação de um mercado como, por exemplo, no caso de estabelecimento de padrões tecnológicos e a decorrente possibilidade de se viabilizar economicamente o produto uniforme pelos ganhos de escala decorrentes da própria padronização. E, em alguns casos, a padronização pode ser o resultado de normas de segurança e higiene, inclusive decorrentes de auto-regulação.

A duplicidade de potenciais efeitos exige uma análise econômica mais refinada do mercado para fins de determinação dos prováveis efeitos líquidos desse tipo de conduta. A análise das práticas facilitadoras enquanto elementos perpetuantes da colusão tácita envolve, portanto, uma ponderação completa dos efeitos líquidos sobre o bem-estar do consumidor decorrentes de sua adoção, em outras palavras, uma avaliação de sua razoabilidade, cuja aferição independe em tese de ser a prática fruto da evolução histórica do mercado ou de um acordo entre concorrentes (e.g., troca de informações).

¹⁰⁰ Cf., a título de exemplo, STIGLER, *The Organization...*, pp. 40 e 41; ROSS, Thomas W. *Cartel stability and product differentiation*, *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 10, nº 1, March, 1992, pp. 1-13; LAMBERTINI, Luca; PODDAR, Sougata e SASAKI, Dan. *Standardization and the stability of collusion*, *Economics Letters*, Vol. 58, nº 3, March, 1998, pp. 303-310. Para uma lista de estudos sobre diferenciação de produtos, vide POSADA, Pedro. *Cartel Stability and Product Differentiation*. University of Warwick, April, 2000, mimeo, p. 19. Em sentido contrário, por exemplo, vide RAITH, Michael. *Product Differentiation, Uncertainty and the Stability of Collusion*. ECARE, Université Libre de Bruxelles, July, 1996, mimeo.

Nesse sentido, a aplicação da Teoria Unificada da Colusão aos casos de colusão tácita deve ser acompanhada da consciência de que, o ônus de demonstrar a inadequação da prática impugnada está sobre os ombros dos órgãos de defesa da concorrência, não do administrado. A presunção nesse contexto é a de que as práticas possuem alguma eficiência ou são concorrencialmente neutras, o que tende a restringir a aplicabilidade dessa teoria a casos excepcionais, nos quais o impacto anticompetitivo da prática é relativamente evidente e compense litigar para eliminá-la. Certamente a aplicação restritiva está longe de ser uma panacéia para a solução do problema do oligopólio, todavia, o aplicador do Direito deve compreender as limitações práticas do sistema e, na impossibilidade de desenvolver mecanismos de superação, confortar-se na adoção da conduta – mesmo omissiva – que melhor protege o interesse jurídico tutelado.

A seguir, passamos a desenvolver as questões discutidas acima dentro do arcabouço teórico fornecido pela Teoria Unificada da Colusão para tentar estabelecer um modelo analítico (algoritmo) para se lidar com as colusões tácitas.

2.1.2.1 Arcabouço da Teoria Unificada da Colusão

A primeira etapa é a análise da estrutura do mercado a fim de se identificar os eventuais fatores dificultadores da obtenção e manutenção do comportamento cooperativo. O objetivo imediato é determinar quais características mercadológicas presentes dificultariam, em tese, a colusão tácita, i.e., o grau extra de coordenação necessário para uma convergência de interesses relativamente estável. Alguns desses fatores são gerais¹⁰¹ e devem, com outros fatores específicos do mercado, ser relacionados diretamente aos pressupostos básicos da colusão tácita (interação reiterada, poder de mercado e interdependência), bem como às condições de sua obtenção: coordenação, monitoramento e sustentabilidade.

De acordo com o quadro analítico de aplicação desenvolvido para a colusão expressa no item anterior, o estudo mais aprofundado do mercado deveria ocorrer somente se: (a) não houvesse prova direta da existência de comunicação expressa; (b) estivesse

¹⁰¹ São eles: homogeneidade do produto; simetrias das empresas; estabilidade das condições de demanda (grau de incerteza do mercado); amplitude de contato; capacidade ociosa; poder de mercado do comprador; e probabilidade e significância de punição pelo Direito Concorrencial. Para uma breve discussão de cada um desses elementos, cf. GICO, op. cit., pp. 272 -292.

presente comportamento paralelo; (c) esse comportamento paralelo fosse racionalmente dependente; e (d) não houvesse fator adicional a descaracterizar, de pronto, a possibilidade de colusão tácita. Não obstante, adiamos o tratamento de uma etapa analítica essencial e anterior ao item (d) por ser germana à análise estrutural em busca de fatores dificultadores, que passamos a fazer agora.

Sendo a potencialidade de efeitos requisito necessário de uma infração à ordem econômica, para a configuração desta a presença daquela deve estar satisfatoriamente demonstrada¹⁰². Na presença de prova inequívoca da intenção delitiva, essa demonstração poderia ser meramente delibatória pelas razões apontadas acima; já para a demonstração da colusão por provas circunstanciais, a apreciação da potencialidade precisaria ser mais aprofundada. Do ponto de vista lógico, a análise estrutural mais aprofundada acerca da potencialidade de efeitos é condição precedente à própria averiguação de fatores adicionais, pois, ausente a potencialidade, descaracterizada estaria a conduta delitiva a despeito de existirem tais fatores.

Como a aferição de potencialidade se baseará em larga escala nos mesmos fatores que a análise estrutural de suficiência das condições para o comportamento paralelo dependente tácito, na operacionalização da teoria, ambas as etapas tendem a ser realizadas simultaneamente, todavia, a rigor, são questões diversas. Para fins de exposição rigorosa da teoria, essa diferença se refletirá no algoritmo elaborado mais adiante.

O resultado da análise da suficiência de condições, por sua vez, pode ser tanto positivo quanto negativo. Quando o resultado for positivo – ou seja, quando a análise estrutural indicar a presença de fatores teoricamente suficientes para a conduta *sub judice* decorrer de mero paralelismo dependente tácito –, aí sim se deve ir adiante para a aferição da presença ou não de fatores adicionais. Excepcionalmente, se tais fatores adicionais estiverem presentes, estará caracterizada a colusão expressa e a conduta deve ser condenada como cartel. Por outro lado, se não houver fatores adicionais, em princípio, o escrutínio concorrencial deveria se encerrar e os agentes investigados, inocentados, uma vez que se trata de mero comportamento paralelo dependente tácito.

¹⁰² Mesmo nos casos nos quais a intenção delitiva é relativamente clara, a jurisprudência demonstra a necessidade de uma análise da potencialidade de efeitos da conduta, v.g., voto do Conselheiro-Relator Roberto Pfeiffer, fls. 803-808, nota 56 acima. Curiosamente, nesse mesmo caso, o Conselheiro-Relator confunde em seu vasto voto (fls. 817) potencialidade de efeitos da conduta anticompetitiva com fator adicional (*plus*).

Apesar disso, mesmo na presença de condições suficientes para a colusão tácita, é possível se cogitar teoricamente da presença concomitante de práticas facilitadoras, cuja finalidade nesse contexto não seria viabilizar o comportamento cooperativo em si, já estruturalmente possibilitado, mas facilitá-lo, tornando-o mais estável, por exemplo, ou mesmo viabilizando equilíbrios supracompetitivos mais próximos do monopolístico.

Nesta etapa, as práticas sob análise devem ser identificadas e deve-se estabelecer claramente o nexos de causalidade entre um fator dificultador encontrado na etapa anterior e o efeito facilitador alegadamente decorrente da prática. O objetivo imediato é esclarecer como a prática *sub judice* ameniza ou elimina um determinado fator dificultador previamente identificado. Na ausência de nexos de causalidade relevante, não há mais que se falar em prática facilitadora, pois não favorece a convergência de interesses. Caso nexos de causalidade suficiente esteja presente, então, deve-se avançar a análise para a aferição dos resultados líquidos sobre o bem-estar do consumidor e a concorrência.

Assim, conquanto não seja mais possível se falar em cartelização do mercado, permanece o espaço para a atuação potencial do Direito Concorrencial na mitigação da convergência de interesses resultante de práticas facilitadoras não essenciais, se existentes. Dessa forma, se (i) presentes as condições suficientes para a colusão tácita; (ii) ausentes fatores adicionais; e (iii) ausentes práticas facilitadoras, o caso deve ser arquivado. De outra forma, se (i) e (ii) estiverem satisfeitos, todavia houver tais práticas, estas poderão ser impugnadas se desarrazoadas, o que se discutirá mais adiante.

Por outro lado, quando o mercado em questão não apresenta as condições estruturais mínimas para o comportamento paralelo dependente ser potencialmente atribuível a uma colusão tácita (i.e, o resultado da análise estrutural é negativo), a conduta paralela em questão só não constituirá juridicamente colusão expressa, circunstancialmente demonstrada, se a carência de tais condições estruturais estiver sendo suprida por práticas facilitadoras legítimas¹⁰³. Explica-se: se a análise economicamente informada indica que aquele mercado é estruturalmente inóspito a eventuais tentativas de coordenação tácita e, mesmo assim, estamos diante de comportamento paralelo dependente, então, das duas uma: ou há um acordo entre os concorrentes revelado indiretamente pela impossibilidade

¹⁰³ Argüindo que se a coordenação não pode ser espontânea e a interdependência não pode ser totalmente casual, então, os esforços necessários para coordenação, manutenção e sustentabilidade devem ser suficientes para servir de evidência de cartelização, vide ELZINGA, Kenneth G. *New Developments on the Cartel Front, The Antitrust Bulletin*, Vol. 29, Spring, 1984, p. 25.

de colusão tácita; ou a ausência de condições estruturais suficientes está sendo suprida por algum tipo de mecanismo não estrutural (práticas facilitadoras). Na primeira hipótese, estar-se-á diante de um cartel indiretamente comprovado, enquanto, na segunda, deve-se avançar na análise da prática facilitadora em si.

Nesse contexto, o próximo passo deve ser indagarmos se a prática facilitadora é o resultado de um acordo expreso entre concorrentes ou se decorre da evolução histórica do mercado com adoções unilaterais, cuja motivação pode ser inclusive acompanhar a concorrência. Assim, se (a) ausentes as condições estruturais suficientes para o mero comportamento paralelo tácito; e (b) tal deficiência é suprida por mecanismos artificiais adotados pelos concorrentes; contudo (c) a adoção dessa(s) prática(s) facilitadora(s) não decorre de um acordo expreso (i.e., foi adotada unilateralmente por cada concorrente), então, (d) deve-se investigar a existência ou não de efeitos pró-competitivos substanciais associados a tais práticas.

Caso a prática facilitadora, mesmo unilateralmente adotada, não puder ser razoavelmente associada a qualquer efeito pró-competitivo (ausência de integração contratual), então, deve **a prática** ser condenada, pois seu único impacto concorrencialmente relevante é possibilitar o comportamento paralelo dependente tácito. A adoção da prática em si não deve ser considerada um cartel, uma vez que não há demonstração de coordenação expressa, mas mera coordenação tácita cujo resultado é possibilitar o equilíbrio supracompetitivo. Já se for possível associar a prática facilitadora unilateralmente adotada a algum tipo de efeito pró-competitivo, então, é necessário realizar juízo de ponderação da tendência de seus efeitos negativos e positivos a fim de se averiguar a razoabilidade concorrencial de sua manutenção. Importante ressaltar que, de acordo com o estágio atual da Ciência Econômica, a quantificação minimamente razoável de qualquer eficiência é, no mínimo, questionável, sendo mais adequado focar a análise no aspecto qualitativo dos efeitos considerados e de sua **tendência** sobre o bem-estar do consumidor.

Alternativamente, se (a) e (b) estão satisfeitos, e (c) a adoção dessa(s) prática(s) facilitadora(s) decorre de um acordo expreso, v.g., compartilhamento de informações por meio de uma associação, então, a análise será semelhante à realizada acima, todavia, as conseqüências jurídicas podem ser diversas. Na hipótese de a prática adotada por acordo não puder ser associada razoavelmente a qualquer efeito pró-competitivo, então, é possível caracterizar juridicamente a conduta como colusão expressa, pois concorrentes estariam

adotando mediante acordo práticas cujo resultado é única e exclusivamente dominar o mercado. Agora, se mesmo sendo o resultado de um acordo, a prática facilitadora for associada a algum efeito pró-competitivo, não poderemos mais falar em cartel, sendo aferível apenas a razoabilidade da prática.

A aferição da razoabilidade se baseia largamente no paradigma estrutura-conduta-desempenho normalmente utilizado para a análise de condutas anticompetitivas. Essa estrutura analítica, apesar de desenvolvida e refinada por outros autores, foi desenvolvida originalmente pelo professor de Economia da Universidade da Califórnia, Berkeley, Joe Staten Bain Jr., em 1959¹⁰⁴. Como já dito antes, de início, nas hipóteses em que a razoabilidade das práticas facilitadoras deve ser aferida, deve-se considerar primeiro a estrutura do mercado, o que já terá sido feito nas etapas anteriores tanto para medir a potencialidade de efeitos quanto para estimar a existência de condições suficientes.

Além disso, de acordo com as características do mercado e os fatores dificultadores identificados, deve-se isolar o impacto potencial da prática sobre aqueles, i.e., estabelecer o nexos causal esperado entre a prática enquanto fator facilitador e os fatores dificultadores presentes no mercado. Note-se, diferentemente da abordagem sugerida por Clark e adotada pela Comissão Federal do Comércio em *Ethyl*, o objetivo aqui não é estabelecer uma ligação entre o resultado supracompetitivo e a prática em si, o que seria muito difícil, mas estabelecer como a prática poderia mitigar ou eliminar um fator dificultador com base na teoria econômica. O papel facilitador da prática depende da sua natureza, se elimina ou mitiga um fator dificultador, e depende do grau de sua extensão, se implementada por um número suficiente de atores ou se por apenas alguns poucos. Insista-se, o nexos de causalidade deve ser estabelecido não com os efeitos anticompetitivos propriamente ditos (análise “exceto por”), e sim com os fatores dificultadores (potencialidade).

Por fim, as eficiências ou melhorias do mercado decorrentes da prática devem ser identificadas e, a medida do possível, mensuradas. A avaliação dos efeitos pró-competitivos dificilmente gerará um valor absoluto a ser diretamente pesado contra os malefícios decorrentes da colusão tácita, não obstante, esse exercício é útil ao permitir uma

¹⁰⁴ BAIN Jr., Joe Staten. *Industrial Organization*. New York: John Wiley & Sons, 1959; e, no mesmo sentido, WEISS, Leonard W. *The Structure-Conduct-Performance Paradigm and Antitrust*, *University of Pennsylvania Law Review*, *Symposium on Antitrust Law and Economics*, Vol. 127, April, 1979, p. 1.104. Sobre o referido paradigma, vide ainda o trabalho seminal de MASON, Edward S. *Price and Production Policies of Large-Scale Enterprise*, *The American Economic Review*, Vol. 29, nº 1, *Supplement, Papers and Proceedings of the Fifty-first Annual Meeting of the American Economic Association*, March, 1939, pp. 61-74.

análise mais refinada de em que medida a prática é necessária e seus benefícios tendem a compensar os malefícios. Obviamente, na presença de alternativas razoáveis cujo papel mitigador seja menor, estas devem ser impostas.

Para auxiliar a avaliar o impacto sobre a concorrência decorrente da prática facilitadora pode ser útil analisar o desempenho da indústria. Algumas condições normalmente associadas ao baixo desempenho são: (i) níveis de preços e lucros persistentemente altos; (ii) uniformidade considerável nos preços cobrados e na movimentação de níveis de preços; (iii) participações de mercado entre empresas relativamente estáveis, principalmente diante de demanda declinante; e (iv) alterações de preços e lucros não consistentes com as condições de oferta e demanda¹⁰⁵. É importante notar que esses fatores podem ser ambíguos em várias circunstâncias e a função dessa etapa analítica é apenas reforçar a presença de um equilíbrio supracompetitivo a incrementar a sensibilidade do aplicador do Direito. Quanto mais o mercado se comportar anticompetitivamente, mais sensível deve ser o operador na revisão de uma possível prática facilitadora. No entanto, é importante frisar: o desempenho mercadológico por si só não é capaz de estabelecer o nexo de causalidade entre uma prática facilitadora e um fator dificultador, não servindo, portanto, como evidência de efeitos anticompetitivos¹⁰⁶.

Por fim, identificados os fatores dificultadores, os efeitos facilitadores da prática, estabelecido o nexo de causalidade provável entre ambos, de acordo com o grau de sensibilidade ajustado pelo desempenho do mercado (v.g, mais ou menos competitivo), cabe ao operador do Direito ponderar a razoabilidade da prática facilitadora e a viabilidade de sua manutenção, tal como implementada ou mesmo com alterações. Interessante notar que, quanto mais difícil a coordenação, maior a relevância da facilitação, e quanto mais fácil, menor a relevância da presença de tais práticas, pois menos necessárias, sendo que, nos extremos, teríamos a coordenação possível apenas mediante comunicação direta (cartel) e a coordenação possível independentemente de qualquer prática (coordenação tácita pura).

A aplicação do arcabouço teórico desenvolvido acima fornece uma abordagem jurídica sistemática da colusão horizontal, seja ela expressa ou tácita, e, na medida das possibilidades ditadas por questões de implementação de uma política da concorrência

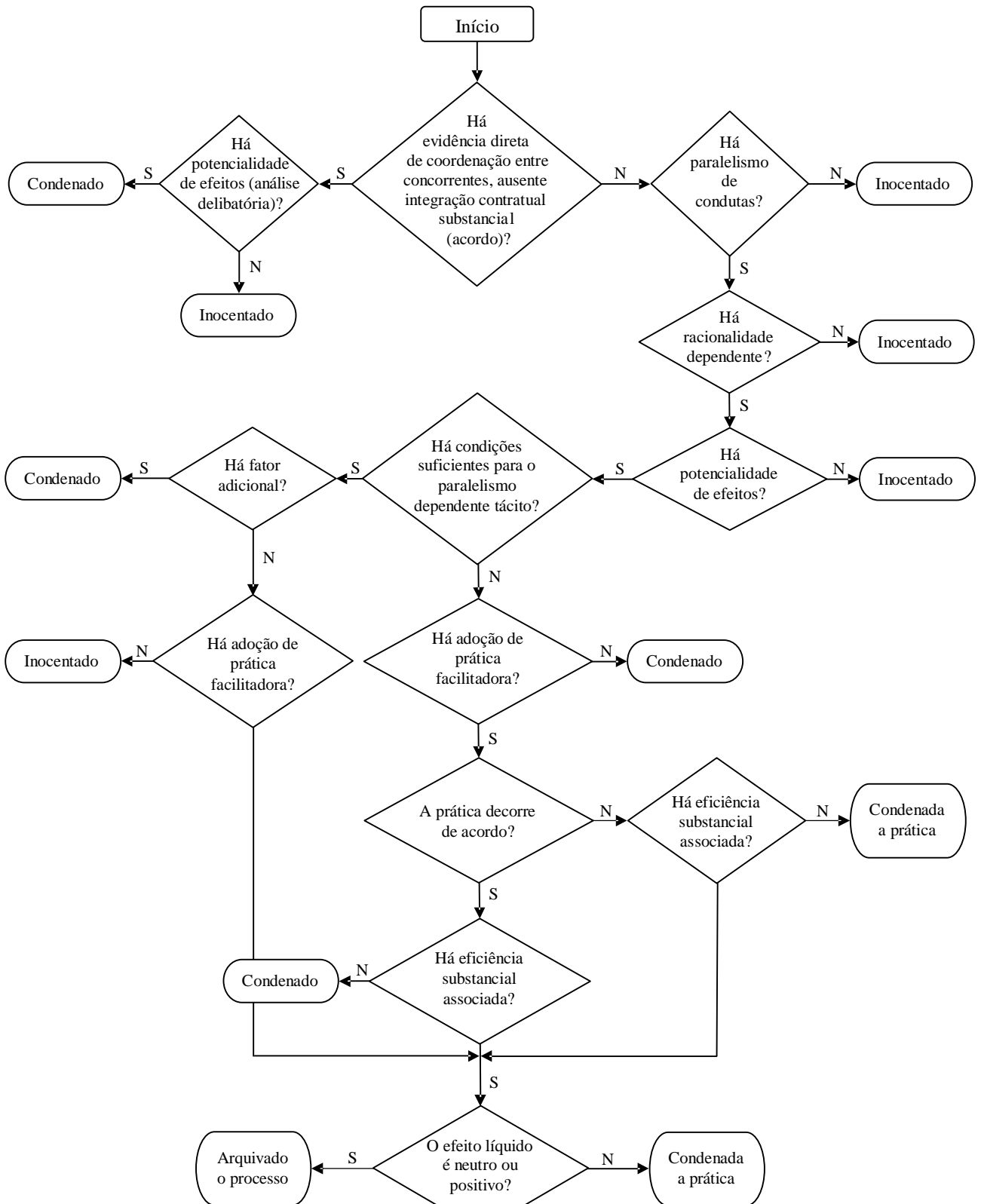
¹⁰⁵ CLARK, op.cit., p. 904.

¹⁰⁶ Em sentido diverso, vide CLARK, op.cit., p. 904.

coerente, mantém a sua linearidade e adequação com a teoria econômica atual. A Teoria Unificada da Colusão é plenamente compatível com o direito positivo e parece não encontrar decisões em sentido contrário na jurisprudência dos órgãos de defesa da concorrência, razão pela qual nada obsta à sua imediata implementação.

Obviamente, uma estrutura que teoricamente pode fazer sentido, na prática pode se revelar de difícil operacionalização. Reconhecemos as atuais limitações materiais e técnicas dos órgãos de defesa da concorrência à implementação plena da teoria como proposta (incluindo colusão tácita), o que poderia levantar inquietações relacionadas à segurança jurídica, contudo, tais limitações não parecem ser substanciais a ponto de inviabilizar a proposta. Será muito interessante se pudermos testar a Teoria Unificada da Colusão empiricamente, mas isso, só o futuro dirá. Para fins de facilitação do entendimento, apresentamos a seguir um algoritmo heurístico de como deve funcionar a aplicação da teoria na prática concorrencial. A justificativa e racionalidade de cada etapa já foram devidamente discutidas acima, não devendo o algoritmo ser interpretado de qualquer forma diversa do exposto.

Figura 5.1:
Aplicação da Teoria Unificada da Colusão



Por todo o exposto e pelas diferenças materiais entre colusão expressa e tácita, apesar de ambas serem espécies de colusão horizontal e da identidade de efeitos, entendemos que os casos de colusão horizontal tácita não deveriam ser juridicamente enquadrados como cartel. O não-enquadramento das práticas facilitadoras se justifica se lembrarmos que a solução para as ditas práticas será simplesmente uma ordem prospectiva (*ex nunc*), sem qualquer aplicação das demais penalidades previstas no artigo 23 da Lei nº 8.884/94. Se de um jeito ou de outro, ao final do processo, o resultado for simplesmente a cessação da prática, então, a justificativa para o tratamento discriminatório não mais estará presente. É muito mais racional que a prática possa ser interrompida de imediato pela celebração de um Termo de Compromisso de Cessação, economizando, assim, os escassos recursos da administração pública e evitando o ônus excessivo ao administrado de ter de arcar com o infrutífero processo até o fim.