Pedro Yuhimitsu Ribeiro Tohyeun:

*CALIXTO SALOMÃO FILHO*

# *DIREITO CONCORRENCIAL*

MALHEIROS EDITORES

Espera-se ter demonstrado que esse tipo de afirmação corresponde a uma visão estática, não estratégica, do direito concorrencial. Como visto no subitem 3.2.7.2, supra, havendo interdependência entre os concorrentes, a moderna teoria dos comportamentos estratégicos, fazendo uso da teoria dos jogos, sugere que haverá tendência a comportamentos paralelos dos concorrentes, até que o mercado esteja totalmente verticalizado e fechado à concorrência.

Caso o mercado dos produtores se encontre oligopolizado, a integração vertical de um deles incentivará os demais a procurarem integrar-se verticalmente. Caso a oligopolização ocorra no mercado dos distribuidores e ou/fornecedores haverá também o incentivo à oligopolização, com a única diferença de que, então, a iniciativa partirá desse último mercado.

Mas não basta a oligopolização dos mercados. É necessário também que existam mínimas barreiras à entrada no mercado que concedeu a exclusividade (dos distribuidores e/ou fornecedores). O termo "mínimas" faz todo sentido. A verticalização, por si só, representa em teoria importante barreira à entrada, já que exige que o novo potencial concorrente se estabeleça em dois níveis de mercado, e não em um, para ter chances de competir.

O que é preciso, então, é apenas demonstrar que a verticalização é uma efetiva barreira, isto é, que o estabelecimento dos produtores no nível da distribuição e/ou fornecimento não é excessivamente fácil e barato. Se assim fosse não haveria que se falar em barreira adicional representada pela verticalização, e, consequentemente, seria mais difícil vislumbrar efeito anticoncorrencial na conduta.

O último dos requisitos é a inexistência de justificativas. Esse requisito também deve ser corretamente interpretado. Exatamente como no caso da recusa de contratar, em presença de demonstração estrutural de risco de dominação do mercado a demonstração da existência de justificativas incumbe ao agente econômico acusado de conduta anticoncorrencial.

Mais ainda. É preciso provar que as potenciais eficiências são o único objeto possível da conduta. Assim, caso estejam presentes as condições estruturais para a dominação, deve-se demonstrar que a conduta serve a um objetivo exclusivamente defensivo.

pp. 60 e ss., admitindo expressamente a filiação do seu raciocínio nesse aspecto à Escola de Chicago (v. p. 61, nota 3).



No caso típico relatado no subitem 3.2.7.1 – proteção contra o *free-riding* – é fundamental a demonstração de que este já vem ocorrendo e vem distorcendo as condições de competição, isto é, o concorrente vem sendo capaz de abocanhar fatias do mercado não em função de maior eficiência produtiva, mas por causa do aproveitamento do investimento de outrem. A eficiência assume aqui, portanto, mais uma vez, um significado claramente pró-competitivo.

## *4. Colusão*

### *4.1 Colusão vertical e horizontal*

O segundo grande grupo de condutas que podem levar à dominação de mercado é o das condutas colusivas.

Quando se fala em *condutas colusivas* é natural que venha à mente o acordo entre concorrentes, a chamada "formação de cartel". O "jogo conjunto" (colusão) é conatural à relação entre concorrentes.

A colusão não se resume a isso, no entanto. A razão é clara. Conforme discutido anteriormente, a partir do trabalho pioneiro de Coase, é resultado bastante aceito da teoria econômica moderna que as relações na linha vertical entre produtor e distribuidor ou fornecedor acarretam enormes custos de transação. Esse resultado é pacífico, ainda que se esteja longe de ter clareza a respeito da exata relevância que deve ter sua eliminação para o direito concorrencial.

Ora, se isto é verdade, e se a eliminação dos referidos custos é conveniente para os concorrentes, então, (a) os agentes tenderão a tentar eliminá-los, fazendo acordos na linha vertical, e (b) é preciso que o direito concorrencial se ocupe de tais acordos, seja para sancioná-los ou admiti-los, quando pró-concorrenciais.

Na linha vertical existe ainda um outro problema além daquele identificado na linha horizontal: com frequência os acordos levam também à exclusão de empresas do mercado, sejam elas concorrentes do produtor ou do distribuidor. Surge, então, naturalmente, a pergunta: por que não tratá-los como condutas de exclusão? A resposta é simples. A exclusão é apenas um efeito colateral da conduta. Não é esse, no entanto, o efeito que preocupa. O efeito imediato, anticoncorrencial, é o do ajuste de comportamentos entre participantes do mercado.[124]

124. Aqui ocorre, portanto, o exato inverso da hipótese de colusão involuntária que decorre da adoção da cláusula de exclusividade. Ali a conduta é claramente de

É o que ocorre nas hipóteses de discriminação entre concorrentes e imposição de condições de revenda. Por razões diversas. Na discriminação entre concorrentes é necessário o elemento jurídico, o acordo entre determinados participantes do mercado para discriminar.

De um lado, não é ilícita a mera discriminação fática entre concorrentes. Por outro lado, na discriminação o efeito anticoncorrencial está no próprio acordo que implica privilégios para determinado distribuidor ou fornecedor em prejuízo de seus concorrentes.

Como se verá, é necessário verdadeiro planejamento empresarial tendente a eliminar de maneira estável a tensão contratual característica da relação comprador/vendedor (ou, para utilizar a terminologia econômica, "eliminar os custos de transação"). Daí por que essa hipótese pode ser equiparada à integração vertical.

Na segunda hipótese, imposição de preços de revenda, não há o acordo, mas, sim, o paralelismo de comportamentos (ainda que imposto) entre revendedores e distribuidores.

Em ambos os casos, por razões diversas, há um elemento comum.[125] A colusão – voluntária ou imposta – é o fator central que leva ao aumento de participação no mercado e/ou à exclusão de concorrente. Consequentemente – e essa é a característica mais importante notada acima –, tais atos não poderiam ser punidos como anticoncorrenciais caso não fossem entendidos como colusivos, já que conduta de exclusão não há.

É exatamente com base nesse raciocínio que em doutrina encontra difusa ressonância[126] e na jurisprudência da Corte Europeia é bem pacífica a aplicabilidade do art. 81 do Tratado de Roma (que trata de acordos entre concorrentes) às relações verticais.[127]

exclusão – a proibição de contratar com concorrente –, e a colusão (involuntária) a consequência.

125. Observe-se que também aqui a colusão vertical guarda paralelismo com a horizontal. Como se verá mais adiante, também na linha horizontal as hipóteses genéricas de ilícito são o acordo expresso e o comportamento paralelo dos concorrentes.

126. Cf. E. J. Mestmäcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, cit., p. 190.

127. A afirmação explícita dessa posição ocorreu pela primeira vez na ação movida pelo Governo Italiano contra o Regulamento 19/1965. Argumentava o reclamante que o art. 1, inciso I, do referido regulamento requeria a aplicação do art. 81 a acordos verticais, o que seria contra o espírito do Tratado. A Corte Europeia decidiu pela manutenção do regulamento, afirmando que em nenhum momento o Tratado previa a não aplicação seja do art. 81, seja do art. 82, a acordos ou restrições verticais (decisão de 13.7.1966, "Governo Italiano *vs.* Comissão", 32/65 *Slg.* XII, 68, cit. in



### *4.2 Colusão horizontal*

Por *colusão horizontal* deve-se entender qualquer tipo de acordo, expresso ou tácito, firmado entre concorrentes. As várias formas de acordo que essa definição implica e suas especificidades serão analisadas a seguir. Aqui, à guisa de introdução, importa apenas mencionar os diferentes objetos que referidos acordos podem ter.

Para entendê-los corretamente é preciso fazer uma ressalva. A colusão horizontal aqui tratada restringe-se às hipóteses de acordo puro, em que o objetivo é, primordialmente, a fixação conjunta de uma das variáveis concorrenciais. Não serão tratados, pelas razões já expostas, aqueles casos em que o acordo sobre variáveis concorrenciais é parte de uma mudança estrutural das relações entre os concorrentes, que passam a cooperar com objetivos que excedem (ou podem exceder) os interesses concorrenciais. Essas hipóteses, que podem e devem ser objeto de preocupação concorrencial, são tratadas dentro do controle das estruturas.

Se os acordos aqui tratados são os puros, seus objetos só podem ser as principais variáveis concorrenciais. São elas, sem dúvida, *preço*, *quantidade*, *qualidade* e *mercado*. Acordos sobre preço e quantidade são substancialmente equivalentes, pois, como nos ensina a Microeconomia, são reciprocamente determinantes.

Já, os acordos tecnológicos merecem classificação diversa. Não se trata, aqui, de discutir as associações para promoção de investimentos em tecnologia. Essas também são parte do controle das estruturas. Aqui o objeto é um acordo para repartição da tecnologia utilizada e criação de produtos de diferentes qualidades. Trata-se, portanto, de forma indireta de repartição de mercado, através da criação de produtos diversos, com diversas tecnologias.

A última forma de acordo puro é aquele que diretamente divide os mercados, seja do ponto de vista geográfico ou dos produtos. Note-se que esse também pode assumir distintas formas. A repartição pode ser do mercado consumidor, em seu aspecto geográfico, de produto ou ambos. Pode ainda consistir numa repartição dos fornecedores. As possibilidades são tantas quantas são as possibilidades de variação da concorrência no mercado.

E. J. Mestmäcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, cit., pp. 190-191). A partir daí seguiu-se uma série de decisões, sendo hoje pacífica a aplicação do art. 81 a acordos verticais (v., a título exemplificativo, as inúmeras decisões citadas por U. Immenga, in Immenga e Mestmäcker, *EWG – Wettbewerbsrecht Kommentar*, vol. I, München, Beck, 1997, sub art. 85, Abs. 1, p. 144, nota 150).

É à análise dos requisitos e hipóteses de ilicitude dos referidos acordos que se dedicarão os próximos tópicos. A referência a hipóteses de ilicitude é proposital. É hoje conclusão pacífica e resultado adquirido do Direito Brasileiro o não tratamento de qualquer conduta como um ilícito *per se*. Todas estão sujeitas a algum critério de racionalidade que as possa vincular à produção de algum efeito. Essa concepção foi consagrada na lei brasileira pela correlação necessária imposta pelo art. 36 da Lei Concorrencial brasileira entre as condutas descritas no art. 36, § 3º, e os efeitos descritos no *caput* do art. 36.

Seguindo essa lógica, a análise da ilicitude que se fará a seguir implicará o estudo dos tipos de condutas e das condições (estruturais) necessárias para que os efeitos da colusão horizontal se produzam. Finalmente, serão analisadas as justificativas que podem levar à admissão de tais condutas.

### 4.2.1 Condutas colusivas

A colusão na linha horizontal pode ocorrer tanto por acordo expresso como pelo chamado "comportamento paralelo intencional", que, como se verá, pode ser entendido como uma espécie de acordo tácito.

Ambas as formas encontram-se previstas em nosso direito positivo. A Lei Concorrencial brasileira prevê, com efeito, a ilicitude tanto da fixação (acordo expresso) quando da prática (acordo tácito) de preços ou condições de venda uniformes entre concorrentes (art. 36, § 3º, I, da Lei 12.529/2011).

A característica básica a diferenciar ambas as figuras não é apenas a existência de um acordo escrito ou expresso. Além disso ou até talvez mais importante que isso é o conteúdo do acordo.

*4.2.1.1 Acordos expressos* – A principal e mais perigosa característica do acordo expresso está na sua relativa estabilidade. Como destaca a doutrina, esses acordos normalmente acabam por unificar ou permitir a previsão da política empresarial dos concorrentes.[128]

O acordo pode ter por conteúdo a troca de informações sobre a política de preços dos concorrentes. Nessas hipóteses o mais frequente

128. Cf. E. J. Mestmäcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, cit., p. 189. No mesmo sentido, cf. H. Hovenkamp, *Economics and Federal Antitrust Policy*, St. Paul, West Publishing Co., 1985, p. 108, destacando o risco representado pelas chamadas "listas de preços".



indício de acordo está no pré-anúncio de elevação de preços, feito geralmente pelo líder do cartel, para que os demais o acompanhem.

A lista de possíveis acordos e formas mais comuns de tentar encobri-los é quase infindável. A casuística – sobretudo na jurisprudência norte-americana – é bastante rica nesse aspecto.[129] Mais que estudar ou descrever essa casuística, em sede doutrinária é preciso entender o conteúdo concorrencial desses acordos.

*a) Existência e prova de acordo:* Para tanto, é preciso entender até que ponto se pode – ou se deve – estar falando em acordos no sentido a eles atribuído pelo direito privado. Nada há que impeça a utilização dos conceitos de direito privado. Ao contrário, essa utilização é conveniente. Não no sentido formalista de verificar a presença de requisitos de validade e eficácia do negócio jurídico de modo a assegurar a exigibilidade das prestações nele previstas, mas, sim, de seus requisitos de existência.

Existindo o acordo, sejam quais forem suas consequências ou efeitos jurídicos do ponto de vista civil, há uma certificação jurídica ao menos do intento de dar durabilidade e extensão suficiente ao vínculo que se está criando para que as empresas possam dessa situação se aproveitar. A ideia da durabilidade, essencial para a noção concorrencial de acordo, está bem presente na legislação concorrencial brasileira, que utiliza a expressão "fixar preços, em acordo com concorrente" (art. 36, § 3º, I, "a").

Assim, pode-se ter a certeza de que o vínculo que se está criando tem relevância para o direito concorrencial. Portanto, prova importante é a existência de convergência expressa, verbal ou escrita, de vontades, e não a forma como essas vontades se expressam. Daí a razão da – por vezes caricatural – busca de provas fáticas de concerto de intenções em direito concorrencial, como encontros furtivos ou coisas do gênero.[130]

129. V., a respeito da casuística americana, a detalhada análise de P. Areeda e H. Hovenkamp, *Antitrust Law – An Analysis of Antitrust Principles and their Application*, vol. VI, New York, Aspen Law and Business, 1986.

130. Não soa exagerada, portanto, a seguinte construção de P. Areeda e H. Hovenkamp: "Suppose, for example, that one entrepreneur invites his major rivals and their spouses to dinner. After dinner, the host announces his future price intentions and one or more of the guests does the same. The only objection to finding an agreement to exchange this information is the guest's claim that they were taken by surprise. But we can reject this objection, because the guest had an option: although it might have been socially unconformable, the guests could have departed as soon as the host began to transform the social occasion into a conspiratorial one. The dinner guest can fairly be held to have entered an information exchange agreement when

Note-se, no entanto, que essa busca de provas, natural e necessária, pode levar a problemas jurídicos de monta. Recentemente essa tem sido a tendência da prática brasileira. Investigações de cartéis têm-se resumido à busca de prova de acordo.

Em função disso, a disciplina só se enfraquece. De um lado, a *fattispecie* ganha definição formal e não sistemática. Torna-se necessariamente restrita, pois passa a englobar apenas as hipóteses de acordo expresso e formalizado.

De outro, para compensar essa restrição, a tendência é – e tem sido – ampliar enormemente aquilo que pode ser considerado prova de acordo. Sequer são necessários indícios. Bastam, com frequência, suposições. Com isso, de um lado, direitos individuais diversos passam a ser desrespeitados e, de outro, as investigações são, com frequência, infrutíferas.

Observe-se, por exemplo, o que pode ocorrer caso se pretenda assumir que toda reunião entre concorrentes é uma prova (ou indício) de existência de cartel: os agentes serão punidos pelo simples fato de se reunirem. Há, em primeiro lugar, claro desrespeito ao direito constitucional de reunião – que se configura exatamente pela restrição à reunião em si, sem preocupação com seu conteúdo.[131] De outro lado, não há tutela do valor protegido, que é a concorrência, e não a ausência de contato entre concorrentes.

he choose to remain" (*Antitrust Law – An Analysis of Antitrust Principles and their Application*, cit., vol. VI, p. 24). O uso do termo "conspiração", ao lado de acordo, no sistema americano é bem revelador do conceito específico, concorrencial, que se deve dar à hipótese em análise.

131. O direito de reunião (art. 5º, XVI, da CF de 1988), além de condição para exercício de outros direitos (direito de petição, liberdade de manifestação de pensamento, liberdade política), é também um direito em si (José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 36ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2013, p. 266). Em virtude disso, seu exercício independe do conteúdo da reunião. Portanto, o mero impedimento ao encontro físico das pessoas, seja ele direto ou indireto, já contraria a proteção constitucional. Nesse sentido, esclarecedora é a observação de Pontes de Miranda: "O que importa é o fato de se reunirem as pessoas, porque, se se quer apreciar o conteúdo do que se discute, ou que vão ou vêm fazer, já se introduz elemento novo. Entra em causa, forçosamente, outra liberdade, *e.g.*, a de pensamento, ou a de não emitir pensamento" (*Comentários à Constituição de 1967*, t. V, São Paulo, Ed. RT, 1968, p. 558). Logo, a reunião (cujos elementos definidores são os seguintes: (a) pluralidade de participantes, (b) duração limitada e caráter episódico, (c) propósito determinado – v. J. Rivero, *Les Libertés Publiques*, vol. 2, Paris, Presses Universitaires de France/PUF, 1989, p. 335) não pode ser considerada *per se* indício de conluio (incluída aqui a reunião entre concorrentes), sob pena de violação da Constituição.



Outro exemplo flagrante é o de associações entre concorrentes. Já está mais que consagrada na doutrina antitruste a convicção de que associações entre concorrentes não são, e não podem ser, *per se* ilícitas.[132] Aliás, em face da lei brasileira tais associações devem estar sujeitas a controle estrutural. Decorrência disso é que, uma vez estruturalmente escrutinados os estatutos de tais associações, o exercício normal por elas de seus deveres estatutários não pode ser considerado ilícito concorrencial. A interferência estatal, em desrespeito ao direito constitucional de associação, configurar-se-ia através da *decisão pela ilicitude de associação* legalmente constituída e cujos estatutos já foram regularmente aprovados. Aqui o raciocínio é inverso ao do direito de reunião. A existência de escrutínio prévio (dado pelo controle estrutural) do conteúdo da associação é que configura a inconstitucionalidade da intervenção caso a associação se comporte nos estritos limites de seu objeto (já pré-aprovado),[133] ao menos nos casos em que a ilicitude é identificada na

132. A jurisprudência mais antiga do CADE já reconhecia a legitimidade das associações entre concorrentes. Nesse sentido, v. PA 58 (1987) e PA 94 (1990), nos quais são manifestados, respectivamente, os seguintes entendimentos: as cooperativas só poderão ser condenadas quando houver uma distorção dos objetivos cooperativistas; e a ocorrência de abuso de poder por parte das cooperativas também enseja condenação. Jurisprudência mais recente tem seguido esse entendimento. V., nesse sentido, a decisão nos PA 61/1992, 155/1994 e 26/1996, que apontam o fato de que a proteção constitucional às associações de classe confere a elas licitude desde que as mesmas não estejam ferindo a lei de defesa da concorrência. Nesse mesmo sentido vale citar teor da decisão proferida em 1997 nos autos do PA 145/1993: não está incluído "nas prerrogativas constitucionais da entidade sindical atentar contra a ordem econômica, servindo de intermediário para que as empresas concorrentes no mercado de produtos e serviços hospitalares negociem, discutam e concertem suas estratégias de mercado, notadamente através da fixação uniforme de preços". De outro lado, toda a construção do art. 81 do Tratado CEE, base explícita do art. 88 da nossa lei, é no sentido de reconhecer a regra da razão para estruturas de cooperação, incluindo associações (v. art. 90, IV, da nova Lei Concorrencial). Ora, isso é absolutamente incompatível com a aplicação da regra de ilicitude *per se* para associações (cf. nota 131, supra).

133. A liberdade de associação é garantida constitucionalmente no art. 5º, XVII, da CF. Segundo tal dispositivo, a intervenção estatal no funcionamento das associações está vedada pela Constituição se o fim das mesmas for lícito. Note-se que a exegese desse artigo não deve estar restrita à licitude do documento constitutivo da associação nos termos definidos pelo direito civil. Não se trata, aqui, somente da problemática da nulidade do contrato caso seu objeto seja ilícito, pois não basta que o objeto da associação seja lícito e o contrato seja válido para que a imunidade constitucional esteja garantida. Essa sutileza é bastante evidenciada pelo direito concorrencial, como nos mostra T. Ascarelli: "Liceità dei contratti di consorzio, nelle loro varie forme, discende dalla liceità generalmente ammessa nel nostro diritto dei

própria existência ou objeto social da associação, e não em comportamento posterior.

*b) Potenciais efeitos do acordo:* Se assim é, a discussão jurídica sobre os acordos não pode se esgotar na questão de sua prova. Deve-se pesquisar seu significado preciso. Para entender de forma precisa a noção jurídica de *acordo* no âmbito do direito concorrencial é necessário ter presente algo mais. Se o acordo, para ser relevante para o direito concorrencial, tem de ser qualificado pelo efeito, obviamente o efeito não está nele contido, mas lhe é externo. Esse efeito ulterior (ou a potencialidade de sua obtenção) pode tanto estar contido no plano empresarial da sociedade como derivar das condições estruturais de mercado.

Aqui é preciso recordar o que foi dito no Capítulo I (subitem 3.1) desta Parte III a respeito de intenção, efeito e seu mútuo relacionamento. Existe certo grupo de casos em que *intenção* e *efeito* claramente se distinguem. Daí por que, em matéria de colusão, ao lado das condutas em si são também analisados os aspectos estruturais.

As primeiras nos dão a chave para a verificação das intenções, e os últimos para a possibilidade de produção de efeitos. Assim, uma mera discussão de preços entre empresas sem qualquer poder no mercado não gera qualquer risco para a concorrência, por lhes faltar qualquer capaci-

contratti di concorrenza (...). Il riconoscimento della liceità del contratto di consorzio in linea di principio non esclude naturalmente la possibilità che determinati contratti siano illeciti nel caso concreto o che siano illecite determinate clausole del contratto di consorzio o che siano, nel caso concreto, illeciti quei contratti e quelle clausole che il consorzio suole concludere con i propri acquirenti e fornitori, a danno di quanti non partecipano al consorzio" (*Consorzi Volontari tra Imprenditori*, 2ª ed., Milano, Giuffrè Editore, 1937, p. 29). O objetivo do controle estrutural é exatamente fazer essa análise, ou seja, verificar se os termos do acordo não permitem condutas que possam prejudicar a livre concorrência, violando o *caput* do art. 36 da Lei 12.529/2011. Uma vez aprovada a associação – ou seja, reconhecido seu fim lícito do ponto de vista concorrencial –, começa a valer sua imunidade em relação aos órgãos de defesa da concorrência. A intervenção posterior, nesse caso, apenas é constitucionalmente aceita se práticas posteriores da associação forem ilícitas. Nunca tal intervenção pode versar sobre o conteúdo do estatuto já aprovado. A contradição é clara: os termos de um estatuto previamente aprovado pelo controle concorrencial prévio não podem posteriormente ser considerados ilícitos, sob pena de contradizer a decisão anterior do próprio órgão. Conforme dito anteriormente, lícita é a intervenção no caso de práticas subsequentes da associação que venham a desconfigurar o estatuto e ferir a Lei 12.529/2011. Portanto, entenda-se: a análise estrutural não cria uma imunidade para a associação, mas cria uma imunidade concorrencial para o estatuto. Apenas por condutas anticoncorrenciais em desacordo com o estatuto a associação pode ser condenada.



dade de dano ao bem jurídico *concorrência*. Para que o acerto de preços entre essas empresas possa ser ilícito é preciso que elas detenham um mínimo poder no mercado (para a discussão do conceito de *poder no mercado*, aqui relevante, v., infra, subitem 4.2.2.2). Sem ele o acerto não apresenta qualquer risco e não pode ser punido, simplesmente porque o resultado mais provável é que as empresas se autodestruirão, perdendo totalmente o mercado, se tentarem alçar seus preços em função desse acordo.

Há casos, no entanto, em que do acordo e das intenções a ele implícitas é possível deduzir o risco para a concorrência. São esses os casos limítrofes – talvez os mais numerosos –, que aqui interessa analisar. Nessas hipóteses a possibilidade de obtenção desse efeito ulterior deriva de características específicas do acordo. São elas: (a) a estabilidade, isto é, sua permanência, sobretudo se comparada a uma mera reação fática à conduta alheia que se verifica no comportamento paralelo intencional; e (b) seu conteúdo, que deve tornar previsível a política empresarial das empresas envolvidas.

Em presença dessas características, e admitida a teoria da incipiência (v., a respeito, supra, nesta Parte III, o Capítulo II, subitem 2.3), é preciso reconhecer que o acordo, mesmo em ausência de elementos estruturais a garantir de forma absoluta a dominação do mercado, cria o razoável risco de gerá-la. Anunciadas ou disponíveis aos concorrentes uma ou mais políticas empresariais de agentes econômicos, e havendo garantia de sua durabilidade, há verdadeiro convite à adesão ao incipiente cartel.

Assim, mesmo que os participantes atuais não tenham, em conjunto, poder no mercado e não existam barreiras relevantes à entrada de concorrentes, é possível deduzir o risco à concorrência.

Esta é a razão por que a doutrina tradicionalmente afirma que, quanto mais extenso e mais estável o acordo, menor é a necessidade de utilização de elementos estruturais que demonstrem o risco de dominação do mercado.[134] Ao contrário, inexistindo acordo expresso, essas condições estruturais são fundamentais.

134. Cf. K. Kühn, *Abgestimmtes und sogennantes bewusstes Parallelverhalten auf Oligopolmärkten – Bedeutung, Unterscheidungsproblematik und Konsequenzen für die Wettbewerbspolitik*, Zürich, Deutsch, 1978, p. 195. Observe-se que essa postura não é idêntica à posição – bastante pragmática – assumida por R. Bork quanto aos acordos entre concorrentes. O autor americano afirma que qualquer acordo, mesmo aqueles entre concorrentes sem qualquer poder no mercado, deve ser proibido. A razão é, simplesmente, evitar que as autoridades responsáveis pela aplicação do direito

Levando essa teoria às suas consequências extremas, pode-se afirmar que bastaria o acordo ou, então, bastaria a estrutura oligopolista, respectivamente nos casos de acordo expresso puro e comportamento paralelo intencional, para caracterizar o ilícito.

Expressa dessa forma, essa afirmação peca pelo simplismo. Acabaram de ser analisados os requisitos para que esse "acordo expresso puro" possa por si só caracterizar o ilícito. Quanto ao comportamento paralelo intencional, a caracterização do ilícito com meros fundamentos estruturais é duvidosa e arriscada. É o que se passará a estudar a seguir.

*4.2.1.2 Comportamento paralelo intencional* – A questão central em matéria de acordo tácito é a que indaga do fundamento para considerar anticoncorrencial o acerto tácito de posições concorrenciais no mercado.

Essa verificação é fundamental em face da lei brasileira. Como já visto, o art. 36, § 3º, I, da Lei Concorrencial traz um fundamento formal para a caracterização do ilícito. O dispositivo refere-se não apenas à fixação, em acordo com concorrente, de condições de mercado, mas também à "prática" dessas condições.

*a) Relações contratuais de fato:* Essa dicção da lei brasileira é correta do ponto de vista teórico.

De há muito a doutrina vem se indagando sobre a possibilidade e as hipóteses em que seria razoável presumir, de fatos encadeados, a existência de acordo.

A questão é mais discutida e mais discutível tratando-se de teoria geral do direito civil. Seu ponto de partida e sua denominação são dados

concorrencial tenham de fazer os complicados cálculos que permitem avaliar o poder no mercado e, assim, poder aferir quais são os acordos que trazem e aqueles que não trazem risco para a concorrência (v. R. Bork, *The Antitrust Paradox: a Policy War with Itself*, cit., 1978, pp. 267-268). Existe aqui uma razão bastante dogmática para afirmar que certo tipo de acordo cria por si só o risco de dominação do mercado, que nada tem a ver com a pragmática postura *per se* de Bork. O que ocorre é que, caso o acordo permita a previsão da política concorrencial e do planejamento empresarial do concorrente, ele é por si só capaz de gerar dominação incipiente. Imagine-se um acordo de preços entre duas padarias que não têm qualquer poder no mercado. É absolutamente despido de efetividade. Não há sequer a chance de obter a dominação do mercado. Ao contrário. A consequência mais provável de um acordo desse tipo é a perda de mercado por parte das padarias, e seu eventual desaparecimento. Imagine-se, por outro lado, que as duas padarias, além de acordar seus preços, passem a anunciar sua política de preços. Isso permite um planejamento empresarial por parte das demais. É um convite à adesão das demais, ainda que não as envolva.



pela doutrina alemã nos anos 1940 por famoso trabalho de G. Haupt ("Über faktische Vertragsverhältnisse").[135] Ali se procura formular verdadeira teoria geral das relações contratuais de fato, "comportamentos sociais" capazes de fazer surgir a relação contratual independentemente da existência de vínculo formal. O grande problema dessa tentativa, como vem destacando a doutrina, é a utilização de critérios díspares para identificação dos casos que constituem relações contratuais de fato.[136]

Essa crítica não faz invalidar a teoria, e, sim, apenas tentar encontrar um elemento unificador. Isso significa que não se contesta que a disciplina contratual deva ser aplicada a essas situações. O que se afirma é, apenas, que tais comportamentos não excluem a declaração negocial, devendo ser capazes de fazer presumir a existência de declaração.

Essa crítica serve, na verdade, para resolver dois problemas formais. Em primeiro lugar, eliminar o paradoxo intrínseco à expressão "relação contratual de fato".[137] As variadas formas de relação de fato não se equiparam às contratuais, constituindo mero indício de existência de declaração negocial.

Até aí a diferença parece apenas teórica, mas não é. A crítica serve também para garantir a existência de critério único – a declaração negocial –, ao qual todos os indícios de fato devem se referenciar. Isso permite a não aplicação – ao menos integral – da disciplina contratual aos casos em que os indícios fáticos não permitirem presumir a existência de declaração.

Essa presunção é tão mais passível de ser feita quanto mais for possível demonstrar que os atos ou fatos jurídicos são racionalmente endereçados ou podem levar a um fim único.[138] É o encadeamento de atos e sua ordenação a um objetivo potencial que fazem presumir a existência de declaração negocial ou de comportamento socialmente típico.

É exatamente a lei a criar essa presunção em matéria comercial. O comportamento socialmente típico é, na verdade, comportamento

135. G. Haupt, "Über faktische Vertragsverhältnisse", in *Festschrift für Heinrich Siber*, vol. II, 1943, pp. 5 e ss.

136. V., a respeito, N. Nery Jr (org.), *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1999, p. 297, com interessantes referências bibliográficas.

137. Cf., nesse sentido: K. Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7ª ed., München, Beck, 1989, pp. 534-536; e A. Junqueira Azevedo, *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, São Paulo, S. N., 1986, p. 45.

138. Cf. K. Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, cit., 7ª ed., p. 334.

legalmente típico. Particularmente a habitualidade da relação entre comerciantes sempre foi considerada indício de contratação. Assim, já o Código Comercial brasileiro de 1850 estabelecia em seu art. 122 que os livros dos comerciantes constituíam prova de existência de contratação. Evidentemente, aqui o acento está na habitualidade da relação. Sendo a exigência não necessariamente de lançamentos recíprocos (que por si sós denotariam a existência de acordo de vontades), o lançamento unilateral não tem valor enquanto tal, mas, sim, como comprovação de uma relação continuada. É na continuidade da relação, evidenciada nos livros do comerciante, que está a vinculação a um fim determinado – e, portanto, o indício de contratação. Também o art. 131 dava conta desta tendência quando previa que o fato dos contraentes, posterior ao contrato, que tivesse relação com o objeto principal seria a melhor explicação da vontade que as partes tinham no ato da celebração do mesmo contrato.

Se em matéria de teoria geral dos contratos já há essa tendência, o que não dizer quando se trata de relações associativas? Nesse tema, muito mais que nas relações de permuta, é a continuidade da relação o elemento socialmente relevante. Tão relevante a ponto de se falar, em matéria societária, em disciplina de uma atividade, e não de atos isolados. Os atos ganham conteúdo não enquanto tais, mas apenas enquanto momento inicial esclarecedor daquela determinada atividade.[139] Assim, por exemplo, com o estatuto social ou determinada assembleia de acionistas. O encadeamento e a ordenação a um fim são fundamentais em matéria de relações associativas. Não por acaso é a relação associativa o espaço natural do reconhecimento das relações de fato. Encontravam guarida expressa no CComercial, arts. 304 e 305, as chamadas "sociedades de fato". Hoje estão disciplinadas nos arts. 986 e ss. do CC, sendo-lhes reconhecido expressamente o caráter societário.

Não há por que não aplicar a teoria das relações contratuais de fato e os critérios para identificação das sociedades de fato à formação de cartéis. Esses podem ser vistos, na verdade, como sociedades de fato, pois há a conjunção de objetivos e repartição de proventos (ainda que de forma indireta, como consequência dos movimentos conjuntos e comuns de preços), desde que haja continuidade e habitualidade da conduta.

Consequentemente – e este é um resultado jurídico bastante relevante –, a conduta habitual de movimentos idênticos de mercado, acompanhada da existência de condições estruturais para dominação do

139. Cf. P. F. Luzzi, *I Contratti Associativi*, Milano, Giuffrè Editore, 1976, p. 215.



mercado, possibilita, sim, presumir a existência de cartéis. Como sempre em matéria de comportamentos sociais típicos, não se trata de ter certeza de que a única racionalidade para tais comportamentos é a cooperação (daí por que os raciocínios econômicos têm pouca utilidade). Não se trata de um juízo lógico de certeza, e nem tampouco de probabilidade. Exatamente como na sociedade de fato, podem existir outras explicações para o comportamento.

Se assim é, centrais para a identificação de relação contratual de fato em matéria concorrencial são o paralelismo de comportamentos e o dado estrutural. Analisemo-los, um a um.

*b) Configuração do paralelismo:* Nem toda prática de preços semelhantes é direcionada a restringir a concorrência. Ela pode ser, ao contrário, sobretudo em estruturas monopolistas, sintoma de intensa concorrência entre as partes. A lei brasileira confirma esse entendimento ao afirmar, logo em seguida, que a prática deve ser por acordo entre concorrentes. Essa afirmação não constitui uma contradição em termos, exigindo o retorno à noção de acordo expresso para caracterizar a ilicitude. Constitui – isto, sim – um adendo necessário para deixar claro que a mera semelhança de preços não é indício suficiente para a ilicitude.[140]

A movimentação paralela de preços, a formação comum de estoque ou, ainda, a manutenção de participação relativa no mercado são, todos

140. Não por outra razão o Conselho Administrativo de Defesa Econômica/CADE insistentemente arquiva processos em que há acusação de acordo de preços onde a prova é a proximidade – ou igualdade – de preços no mercado. O fundamento é exatamente a impossibilidade – econômica e jurídica – de fazer qualquer inferência a partir simplesmente da proximidade dos preços praticados. Sobre este ponto há importante decisão do CADE, datada de 18.6.1997, no julgamento do PA 3/1991, envolvendo o Departamento de Abastecimento e Preços do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento (como representante) e as empresas *Goodyear do Brasil – Produtos de Borracha Ltda.*, *Pirelli Pneus S/A*, *Indústria de Pneumáticos Firestone Ltda.* e *Cia. de Pneumáticos Michelin Indústria e Comércio* (representadas). Constou da ementa do julgamento: "Conduta uniforme – Prática concertada de preços – Setor oligopolizado – Pneumáticos – Insuficiência ao reconhecimento da infração – Controle governamental de preços". Segundo o entendimento do CADE, "o simples fato de o setor de pneus ser oligopolizado (formado por três ou quatro empresas) não é suficiente para caracterizar conduta uniforme ou concertada entre os concorrentes" (J. I. G. Franceschini, *Lei da Concorrência conforme Interpretada pelo CADE*, cit., p. 313). Também no julgamento do PA 0.8000.014677/94-18 e da AP 08000.004493/97-00 o CADE decidiu pelo arquivamento dos mesmos, por entender que somente a constatação de preços semelhantes praticados pelas empresas não consistiria indício suficiente a comprovar a colusão tácita destas, bem como a existência de cartel.

eles, exemplos clássicos de comportamento paralelo entre os agentes econômicos. Não são, no entanto, nem suficientes nem necessários para caracterizar a intenção. Só evidenciam o comportamento paralelo. Não é possível ter certeza se o comportamento é intencional, visando a eliminar a concorrência interna, ou se consiste apenas em um comportamento determinado pelas circunstâncias de momento ou pela racionalidade dos agentes que atuam como verdadeiros concorrentes. Tratando-se de concorrentes em um mesmo mercado a pressão dos custos é frequentemente idêntica para todos, o que força a simultânea movimentação para cima dos preços.

A movimentação comum de preços só pode ser considerada indício suficiente para caracterizar o acordo tácito quando ela se faz persistentemente em um só sentido – isto é, o aumento dos preços – e quando não é justificada por qualquer mudança significativa nos custos de todos os participantes. Essa situação é incompatível com a existência de competição, já que nesse caso é comum que os agentes no mercado se utilizem da diminuição de preços para ganhar fatias de mercado, sendo imediatamente seguidos pelos seus concorrentes.

Por outro lado, o persistente aumento paralelo e injustificado de preços de concorrentes dotados em seu conjunto de poder no mercado indica – para utilizar o raciocínio da teoria dos jogos – que os jogadores estão adotando comportamento visando a um fim coletivo, e não individual. Trata-se, portanto, de um comportamento cooperativo.

Ora, o elemento-chave para determinar a característica cooperativa, ou não, de um jogo é a duração – determinada ou indeterminada – que os agentes econômicos nele distinguem.[141] O comportamento dos jogadores

141. As principais conclusões da teoria dos jogos de estratégia individual aplicada aos oligopólios são as seguintes (para uma descrição detalhada, v. D. Baird, C. Gertner e R. Picker, *Game Theory and the Law*, cit., 1994 – 6ª reimpr., 2003 –, pp. 166 e ss.). Em primeiro lugar, só é possível identificar um comportamento necessário dos participantes do mercado caso o "jogo" seja repetido uma só vez ou, então, um número finito de vezes. No primeiro caso a empresa sabe que, se aumentar seu preço, seu concorrente manterá os seus preços baixos e ganhará fatias de mercado. Assim, ela mantém seu preço baixo. Note-se que a empresa só se pode comportar dessa maneira porque não precisa se preocupar com os efeitos de sua estratégia sobre uma nova "rodada" do "jogo". Isso significa que nesse modelo teórico não existe a possibilidade de o primeiro concorrente retaliar, abaixando seus preços em resposta ao comportamento da segunda empresa. Ela pode, portanto, adotar uma estratégia individual, semelhante ao que se dá no *dilema do prisioneiro*. O mesmo ocorreria caso o "jogo" fosse disputado um número finito de vezes. Os participantes do mercado não precisariam preocupar-se na última rodada com os efeitos de seus atos sobre futuras rodadas. Teriam, portanto, uma estratégia dominante na última rodada exatamente igual à estratégia descrita para o "jogo" que é disputado uma só vez. Ocorre que essa estratégia dominante da última rodada influenciaria as rodadas anteriores. Assim, por exemplo, se os jogadores sabem que na última rodada a estratégia de cada um dos outros será (pelos motivos expostos acima) necessariamente manter os preços baixos, a antepenúltima rodada será equivalente à última, pois os participantes sabem que seu comportamento não influenciará a rodada sucessiva. E assim sucessivamente, até a primeira rodada. Em termos mais simples, se o número de jogos fosse finito e conhecido dos participantes, cada um desenharia sua estratégia de modo a não perder sua participação no mercado, dado que a estratégia de ambos na última rodada será necessariamente manter os preços baixos. Não há, portanto, estímulo algum à cooperação entre os participantes do mercado. Diferente é a situação tratando-se de um número infinito de rodadas ou, então, de um número finito mas de duração incerta e desconhecida dos participantes. Note-se que essa é a única situação realmente relevante, pois é a única que se verifica na prática. Duas são as diferenças básicas em relação às situações anteriores. Em primeiro lugar, em todas as "rodadas" os participantes do mercado devem preocupar-se com as consequências de suas estratégias sobre as rodadas sucessivas. O comportamento independente dos concorrentes é mais arriscado, pois se determinado participante diminuir seu preço, para aumentar sua participação no mercado, seu concorrente poderá, no "lance sucessivo", reduzir também seu preço, fazendo-o ter prejuízos. Por outro lado, a própria perspectiva de inexistência de um final definido e, sobretudo, de inexistência de um lance final do outro "jogador" faz com que o agente econômico direcione suas ações pelo comportamento imediatamente anterior de seu concorrente, que, presume, irá se repetir. Assim sendo, a cooperação entre concorrentes, sobretudo através da aceitação tácita da *price leadership*, é muito mais provável.



que sempre aumentam os preços e têm resistência a reduzi-los demonstra a compreensão por todos de que uma redução de preços só pode ser lucrativa naquela mesma rodada, tornando-se imediatamente deficitária na seguinte, em face da redução de preços do outro jogador.

Caso os agentes econômicos tenham poder de mercado e financeiro bem semelhantes, eles podem presumir a possibilidade infinita de reação dos concorrentes e, portanto, entender o jogo como de duração indeterminada. Nessa hipótese a estratégia individual claramente não é a preferível. O "jogo" tende, portanto, a ser cooperativo.

Em ausência desse aumento constante, paralelo e positivo dos preços dos oligopolistas, é necessário aliar ao comportamento suspeito outros indícios que permitam presumir a intencionalidade da conduta.

Pré-requisito para que haja comportamento paralelo é a existência de um sistema de informações que permita a cada concorrente saber prontamente qual será o comportamento do outro. Por esse motivo, muitas vezes as associações de comércio, ao menos aquelas que visam a fornecer aos produtores – e só a eles (com exclusão dos consumidores)

– informações sobre preços e quantidades vendidas pelos demais, são vistas como formas de facilitar o comportamento paralelo entre concorrentes.[142]

A razão para tanto é simples, e novamente aqui nos é dada pela aplicação coerente da teoria dos jogos. Em ausência de um sistema institucional de troca de informações um cartel é absolutamente instável.

Imagine-se, por exemplo, que, em função da falta de informações, o concorrente "A" se engana e interpreta uma redução de preços de "B", motivada por um problema instantâneo, como uma defecção do acordo tácito. Seu contragolpe poder ser mal-entendido como uma defecção e gerar uma reação por parte de "B", e assim sucessivamente. Um único erro, em ausência de informação adequada, pode levar a um comportamento não cooperativo para sempre.[143]

Esse tipo de cooperação é, portanto, eminentemente instável. De aumentos paralelos de preço nenhuma conclusão pode ser derivada.[144]

142. Em dois casos famosos e já bastante antigos a Suprema Corte americana tratou do problema. No primeiro, "American Column and Lumber Co. *vs.* United States" (257 *U.S.* 377 (1921)), tratava-se de saber se a *American Hardwood Manufacturers Association*, associação comercial que congregava mais de 400 fabricantes, infringia a legislação antitruste ao coletar e disseminar informações detalhadas de preço e quantidades produzidas por seus membros, inspecionando as fábricas dos associados, e publicar – para uso de seus membros – detalhado informe sobre as condições de mercado. A Corte considerou esse tipo de comportamento violador das normas concorrenciais, que essa não poderia ser a conduta de competidores reais, mas, sim, de agentes econômicos de competidores unidos em um acordo expresso ou tácito. Quatro anos mais tarde, em "Flooring Manufacturers Association *vs.* United States" (268 *U.S.* 563 (1925)), a Corte exprimiu opinião exatamente contrária, afirmando que só a troca de informações não bastava para caracterizar o acordo de preços. Hoje a doutrina se inclina a considerar esse tipo de troca de informação, sobretudo quando não estendida aos consumidores, indício de existência de acordo. Para a prova definitiva é necessária a presença de elementos estruturais, que serão estudados a seguir (cf. D. Baird, C. Gertner e R. Pickner, *Game Theory and the Law*, cit., p. 177).

143. D. Baird, C. Gertner e R. Pickner, *Game Theory and the Law*, cit., p. 174.

144. É interessante notar que ideia semelhante é expressa na doutrina alemã através do conceito de *Geheimwettbewerb* ("concorrência oculta"). Afirma-se que se deve proteger a concorrência oculta, isto é, a possibilidade de o agente econômico estar concorrendo sem que o outro possa disso ter conhecimento prévio. Esse conceito é de pouca utilidade como forma geral de translação da proibição de colusão para o conceito de *concorrência*, já que para tanto basta entender que fundamental à noção de concorrência é a liberdade de definição de comportamentos no mercado. Talvez por esse motivo tenha caído em desuso na própria doutrina alemã (v., a respeito, U. Immenga e E. J. Mestmäcker, *GWB Kommentar*, cit., 2ª ed., sub § 1º, Rdn. 213-215, p. 117). Mais interessante é, talvez, observar que o conceito de *concorrência oculta* é útil para aquelas situações em que há coerção à colusão. Trata-se de hipótese em que a colusão é involuntária. A prática é de exclusão, já que o agente econômico tem seus meios de concorrer tolhidos pelo concorrente. A situação é simples. Imagine-se que determinado concorrente "A" quer aumentar seus preços, mas sabe que se o fizer perderá mercado, pois "B" aumentará sua produção. "A" pode optar por forçar "B" à colusão. Para isso, tem que conhecer todas as estratégias competitivas de "B". Se "B" for dependente da distribuição, poderá dificultar-lhe o caminho a essa, forçando-o à colusão (v., a respeito, J. Baker, "Developments in antitrust economics", *Journal of Economic Perspectives* 13/181, 1999, esp. p. 186). Nessas hipóteses a estratégia será tão menos efetiva quanto de mais formas, desconhecidas de "A", "B" dispuser para concorrer. A *Geheimwettbewerb* é, então, útil, mas, ainda aqui, apenas como conceito descritivo e não normativo, já que para a disciplina dessa situação os ilícitos e, sobretudo, o princípio geral por trás da negociação compulsória são suficientes para disciplinar os comportamentos.

145. Cf. D. Baird, C. Gertner e R. Pickner, *Game Theory and the Law*, cit., p. 176.

146. Cf. J. Baker, "Recent developments in economics that challenge Chicago School views", *Antitrust Law Journal* 58/649-650 (1989).

147. Cf., respectivamente sobre os períodos de expansão econômica e de guerra de preços: J. Rotemberg e G. Saloner, "A supergame-theoretic model of price



Outro elemento que pode agir como qualificador de comportamentos paralelos é a reação imediata dos agentes econômicos aos movimentos de seus pares. A rapidez da mudança de preços no mercado é também um bom indicador da existência desses comportamentos, porque demonstra que os aumentos não são decorrentes de pressões de demanda, mas de um bem estruturado sistema de troca institucional de informações[145] (diz-se "institucional" para evitar a confusão com os acordos expressos, já tratados). Aqui, portanto, a reação imediata é apenas um indício do elemento inicial, a troca reiterada de informações.

Essas observações estão longe de esgotar a questão do ponto de vista lógico. Analisados os requisitos suficientes para caracterização da intenção, cumpre indagar se eles são sempre necessários. Em especial, é preciso questionar se o comportamento colusivo tem de ser sempre repetido, ou o objetivo colusivo é desqualificado pela existência de guerras ocasionais de preços.

Tradicionalmente, e em especial nos meios mais influenciados pelas ideias chicagoanas, esses episódios eram considerados prova da dificuldade de levar adiante cartéis de preços nesses mercados.[146] Essas ideias encontram-se, hoje, superadas. Estudos econômicos relevantes demonstram que tais episódios, muito comuns em épocas de grande depressão econômica ou de grande aumento de atividade econômica, são compatíveis com a cooperação.[147]

O que ocorre, simplesmente, é que nesses períodos o ganho imediato dos agentes econômicos é tão grande com uma estratégia individual, mesmo se consideradas as perdas que virão após a reação, que os concorrentes têm tendência a agir de forma não cooperativa. Dito em outras palavras: o agente econômico transforma o superjogo (jogo com duração infinita ou indeterminada de rodadas ou, ainda, jogo repetido indefinidamente) em um subjogo de duração definida ao comparar ganhos com perdas.

Mesmo sabendo que não poderá repetir o comportamento (por hipótese, redução de preços) e que os concorrentes o acompanharão, o agente econômico reduz seus preços na expectativa de ganhos extraordinários momentâneos que superem as perdas futuras.

Resta claro, portanto, que o requisito do comportamento paralelo, ainda que necessário, não exclui a existência de breves episódios de guerra de preços. Em presença dos demais fatores aqui descritos, esses episódios, desde que rapidamente levem a um retorno ao comportamento paralelo, antes que desqualificar, acabam por reforçar a hipótese de colusão.

Posto isso, é necessário, então, indagar: por que os elementos até aqui arrolados são capazes de demonstrar a existência de intenção? Para responder é preciso retornar à definição de *intenção* proposta no primeiro capítulo desta Parte III (subitem 3.1). Trata-se do plano empresarial destinado a atingir determinado objetivo anticoncorrencial.

Ora, na medida em que é possível deduzir destes comportamentos que a empresa aprendeu qual a forma de atuação mais lucrativa e que essa atuação é a colusão, é inegável a existência de um planejamento empresarial nesse sentido. Note-se que, nesse caso, não é sequer necessário que os administradores saibam e/ou tenham a intenção de coludir. Importa – isso, sim – que a empresa tenha aprendido e incluído no seu plano empresarial a noção de colusão.

### 4.2.2 Requisitos estruturais

Antes de tratar dos requisitos estruturais, é preciso bem entender sua finalidade. São eles formas de demonstração da possibilidade de produção de efeitos. Particularmente no caso dos comportamentos paralelos intencionais eles são relevantes. Em matéria de acordos expressos os requisitos estruturais serão relevantes toda vez que o acordo, por si, não for capaz de dar estabilidade e possibilidade de expansão ao acerto entre os concorrentes (v., a respeito, supra, subitem 4.2.1).

wars", *American Economic Review* 76/390 (1986); J. Baker, "Identifying cartel policy under uncertainty: the U.S. Steel Industry, 1933-1939", *Journal of Law and Economics* 32/47 (1989).



Nesses casos, não havendo acordo expresso, só é possível presumir a possibilidade de produzir qualquer efeito a partir da análise do estudo dos elementos estruturais. Sequer a intencionalidade pode ser aqui caracterizada sem a presença desses requisitos.

A razão é que nenhuma empresa definiria sua prática de preços em função da política dos concorrentes se não pudesse racionalmente imaginar que essa poderia afetá-la.

Cumpre, aqui, analisar dois requisitos básicos. Em primeiro lugar, a existência efetiva de oligopólio. É nele, e só nele, que o comportamento paralelo intencional pode se realizar. A seguir, a efetiva existência de poder no mercado ou de ameaça de dominação pela estrutura criada. Nesse item, de particular importância será o estudo das barreiras à entrada.

*4.2.2.1 Existência de interdependência* – A razão pela qual os oligopólios são o berço do raciocínio sobre comportamento paralelo intencional é bastante óbvia. Ali está a condição estrutural fundamental para que se verifique o comportamento paralelo: a interdependência entre os agentes. É ela, e não a própria existência do oligopólio, o primeiro requisito estrutural para configurar em cada conduta específica a possibilidade de produção de efeitos anticoncorrenciais.

Nos anos 1960 acreditava-se que era até mesmo possível identificar um comportamento racional único do oligopolista e que justificaria uma intervenção estrutural. A interdependência entre os agentes era considerada grande a ponto de justificar o tratamento conjunto com o monopólio.

Em 1962 D. Turner afirmava categoricamente que tal comportamento racional único existia e era objetivamente identificável.[148] Para ele, a racionalidade oligopolista consiste em adotar comportamentos paralelos em relação aos preços. O poder recíproco dos participantes do mercado obriga seus componentes a adotar comportamentos paralelos.

Não há incentivo para que qualquer dos membros reduza seus preços, pois sabe que seu comportamento será prontamente acompanhado

148. D. Turner, "The definition of agreement under the Sherman Act: conscious parallelism and refusals to deal", *Harvard Law Review* 75/655 (1962).

pelos outros participantes no mercado. Em consequência, ele não ganhará qualquer espaço no mercado. A única consequência será a perda de lucratividade para todos. O incentivo é, portanto, ao contrário, para um aumento paralelo e progressivo de preços, seguindo o comando (*price leadership*) de algum dos componentes do monopólio.

Outros comportamentos típicos dos oligopolistas seriam a diferenciação entre produtos e a manutenção de participações estáveis no mercado.

O primeiro deles é decorrência direta do desaparecimento da competição de preços. Em ausência dessa competição, as diferenças entre os participantes no mercado devem ser estabelecidas e os estímulos aos consumidores devem ser dados através de diferenciação dos produtos. Essa diferenciação de produtos e o desaparecimento da competição nos preços levam à criação de diversos "nichos de mercado", ou seja, diversos mercados exclusivos para cada um dos oligopolistas, e, consequentemente, à estabilização das participações.

Segundo Turner, esses comportamentos são tão inerentes aos oligopólios que é impossível evitá-los através de sanções pecuniárias – já que não é possível constranger os agentes de mercado a adotar um comportamento para eles completamente irracional. A única solução seria a intervenção direta para decompor essas estruturas.

Não é preciso grande esforço para verificar os vínculos desse pensamento à chamada Escola Estruturalista de Harvard.[149] Não por acaso, portanto, as principais críticas a essa teoria vêm dos representantes da Escola de Chicago.

Em primeiro lugar, contestam-se dois de seus pressupostos fundamentais: a informação perfeita dos agentes e a reação imediata. Quanto à primeira, observa-se que é possível e frequente que os oligopolistas dissimulem seu comportamento de modo a não permitir seu conhecimento ou, ao menos, o pleno conhecimento de seus efeitos pelos concorrentes.[150]

Assim, por exemplo, a concessão de benefícios indiretos aos consumidores, ao invés de reduções de preços. Mesmo quando o concorrente descobrir – se o fizer – e avaliar os efeitos desse comportamento, ele pode não ter condições de reagir imediatamente. É o que ocorrerá se o

149. Entre cujos principais representantes figura exatamente D. Turner (v., a respeito, nesta Parte III, o Capítulo I, subitem 2.1).

150. Cf. R. Posner e F. Easterbrook, *Antitrust – Cases, Economic Notes and Other Materials*, 2ª ed. St. Paul, West Publishing Co., 1981, p. 333.



agente econômico estiver no máximo de sua capacidade, sendo impossível um aumento a curto prazo de produção para fazer frente ao aumento da demanda.

Mas não é só. Segundo outros autores, os dados concretos também não demonstram que o comportamento paralelo em indústrias oligopolizadas seja a regra. Há, ao contrário, muitos exemplos de alto grau de competição entre firmas com elevado grau de participação no mercado.[151] Isso seria a prova de que cada empresa age independentemente e que, portanto, o alto grau de participação de cada uma seria poderoso fator de relativização do poder no mercado das demais. Os oligopólios não poderiam ser caracterizados (necessariamente) como cartéis tácitos, como querem muitos dos estruturalistas.

Evidentemente, essa última crítica contém boa dose de exagero. A existência de alguns exemplos de concorrência efetiva entre oligopolistas não pode levar a concluir pela existência de um comportamento necessariamente competitivo. Da mesma forma – e aqui está o maior valor da crítica neoclássica –, não é possível admitir, como querem os estruturalistas, que o comportamento paralelo seja a regra. As imperfeições na transmissão de informações e na reação dos oligopolistas são circunstâncias muito prováveis, que aconselham cuidado quanto a esse tipo de conclusão.

Além disso, a própria formação dos oligopólios traz consigo elementos que podem contradizer em parte a necessidade da colusão de condutas. Ao contrário do que originariamente se supunha, hoje se considera a heterogeneidade dos produtos, antes que uma consequência natural da estrutura oligopolista, um fator que dificulta substancialmente

151. Cf. R. Bork, *The Antitrust Paradox: a Policy War with Itself*, 1978, pp. 182 e ss. O autor fornece vários exemplos, alguns dignos de nota, outros nem tanto. Entre os últimos destacam-se os exemplos de indústrias monopolizadas que tiveram seus preços reduzidos pela entrada de novo concorrente. Bork tenta usá-los como argumento em favor dos oligopólios. Obviamente, o exemplo nada prova, pois é óbvio que em relação a uma situação de monopólio o oligopólio representa uma melhoria comparativa. O oligopólio deve ser comparado – isso, sim – com a situação de concorrência perfeita. Exemplo mais interessante é o da indústria automobilística americana, que, apesar de bastante concentrada, teve ao longo do tempo comportamento competitivo, demonstrado pelas frequentes mudanças de participação dos oligopolistas (pp. 186 e ss.). Note-se que esse simples fato não afasta a possibilidade de existência de um acordo (explícito ou tácito) entre os produtores de não competir nos preços, mas apenas através da diferenciação dos produtos. Aliás, o fato de terem havido substanciais mudanças de participação no mercado sem guerra de preços alguma reforça, ao invés de enfraquecer, a hipótese do acordo tácito.

o comportamento paralelo entre os agentes econômicos. Isso porque, para que determinado acordo entre os produtores efetivamente aumente o poder do mercado do grupo como um todo, é necessário que os participantes atuem paralelamente não apenas no sentido de igualar os preços, mas também no sentido de padronizar o produto.[152]

Em um mercado em que os bens são perfeitamente substituíveis a ordem natural das coisas cuida da padronização. O acordo entre os oligopolistas pode, então, limitar-se à fixação dos preços. Inversamente, quanto mais heterogêneos forem os produtos,[153] mais complexo deve ser o acordo, e menos provável seu cumprimento. Portanto, é mais provável que os oligopolistas, caso queiram realmente aumentar seu poder no mercado, sejam obrigados a partir para uma padronização de condições de venda e produção bastante explícita, que acabe por caracterizar o acordo expresso.

Tudo isso demonstra que a estrutura, por si só, está longe de dar qualquer indicação definitiva a respeito da conduta. Ela é apenas um qualificador de condutas, e como tal deve ser tratada.

Dessa constatação sai uma outra conclusão. Não tendo a estrutura do mercado a força imaginada – ou seja, não podendo ser ela a responsável única ou, mesmo, principal pelo comportamento dos agentes –, não é possível, como defende parte da doutrina (e não exclusivamente aquela de inspiração institucionalista), desenvolver sanções estruturais para esse tipo de conduta. Argumenta-se que, existindo o comportamento paralelo e sendo possível demonstrar que o agente econômico "aprendeu" a forma mais lucrativa de agir, cooperando com o concorrente (jogo cooperativo, portanto), nenhuma forma de controle comportamental seria efetiva. Seria necessário um controle constante de preços.[154] Assim,

152. Para a demonstração dessa hipótese em termos econômicos, v. F. Scherer, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Chicago, Rand McNally, 1970, pp. 186-192.

153. A heterogeneidade pode decorrer tanto da natureza dos produtos quanto das necessidades dos consumidores. O exemplo mais evidente desse último caso é o de produtos complexos, feitos sob encomenda. Para esses casos afirma F. Scherer: "When two orders are never exactly alike or when there is a freeway for deviations from the buyer's product specification in hundreds of particulars, tacit coordination on joint profit maximizing strategies becomes virtually impossible to achieve" (*Industrial Market Structure and Economic Performance*, cit., p. 187).

154. Esse é o argumento de P. Areeda e H. Hovenkamp (*Antitrust Law – An Analysis of Antitrust Principles and their Application*, cit., vol. VI, pp. 174-175), que, distanciando-se bastante de seus antecessores estruturalistas de Harvard, defendem, com base nesse argumento, a tese de que não deveria haver qualquer sanção – comportamental ou estrutural – à conduta.



para alguns seria conveniente um controle estrutural dos oligopólios que dessa forma se comportassem.[155]

Essa afirmação não pode ser admitida sem críticas. A mesma teoria dos jogos, invocada para demonstrar o comportamento paralelo intencional e seus riscos, pode ser aqui utilizada para demonstrar a efetividade da intervenção da autoridade antitruste.

Com efeito, havendo sanção comportamental uma vez verificados os indícios retrodescritos, os agentes econômicos compreenderiam que existe um outro "jogador" no mercado, que é exatamente a autoridade antitruste, que reage a seus comportamentos. Assim, uma atuação tendente a evitar o comportamento paralelo, depois de iniciada a conduta, pode ser extremamente eficaz, pois não apenas evitará o comportamento oligopolista naquela situação específica como, também, desincentivará o comportamento paralelo futuro. Também em futuros "jogos" os oligopolistas resistirão muito mais à ideia de seguir qualquer atitude de seu concorrente. Para usar a terminologia da teoria dos jogos, o jogo transformar-se-á de duração infinita ou indeterminada em jogo de duração finita (e o fim é exatamente a intervenção da autoridade antitruste). Haverá, portanto, incentivo ao comportamento independente (estratégico individual) dos oligopolistas no futuro.

*4.2.2.2 Participação no mercado* vs. *poder no mercado* – Como sabido, *poder no mercado* e *participação no mercado* não se confundem, em absoluto. Para que de uma alta participação no mercado se possa chegar à certeza sobre a existência de poder, ou mesmo perspectiva de vir a adquirir esse poder, é preciso ter certeza de que os participantes do mercado estão protegidos por altas barreiras à entrada de novos concorrentes, isto é, que inexiste possibilidade econômica de entrada de novos concorrentes no mercado como consequência de um aumento de preços por parte do grupo acusado de cartelização. Só assim qualquer estratégia de cartelização, expressa ou tácita, poderá ter sucesso.

Essa importância das barreiras à entrada, bastante assentada no campo do direito antitruste, leva a uma visão mais aprofundada das estruturas de mercado. Essas estruturas deixam de ser meramente estáticas, passando a ser dinâmicas. Os mercados não são tomados como eles são,

155. Cf. K. Kühn, *Abgestimmtes und sogenanntes bewusstes Parallelverhalten auf Oligopolmärkten – Bedeutung, Unterscheidungsproblematik und Konsequenzen für die Wettbewerbspolitik*, cit., p. 195.

para determinação do grau de poder no mercado, mas, sim, como podem ser em função da concorrência potencial existente. O mercado é "contestável" exatamente porque existe uma série de empresas que podem nele adentrar e contestar a prevalência das que já ali se encontram.[156] Essa possibilidade determina o comportamento das empresas que estão no mercado e, em última análise, também sua estrutura.

Para que o mercado funcione segundo as regras concorrenciais não é necessária, portanto, sua aderência ao irreal modelo de concorrência perfeita. Basta – isso, sim – garantir a maior proximidade possível à perfeita contestabilidade. Para os teóricos dos mercados contestáveis, nesse tipo de mercado as empresas comportam-se exatamente como em concorrência perfeita.

Define-se *mercado perfeitamente contestável* como sendo aquele em que a entrada é absolutamente livre e a saída não importa relevantes custos para o produtor. A expressão "entrada absolutamente livre" não significa que ela é fácil ou não importa custos, mas, sim, que a nova empresa não sofre desvantagem alguma em termos de técnica produtiva ou qualidade percebida de seu produto ao entrar no mercado.[157] Além disso, a entrada é considerada livre também porque a saída não importa custos irrecuperáveis (*sunk costs*). São essas as mais importantes barreiras à entrada de concorrentes no mercado.

Já há muito reconhecida na teoria jurídica concorrencial, especialmente aquela de inspiração ordoliberal,[158] a consideração da importância das barreiras à entrada na teoria econômica é bem mais recente. Relegada a segundo plano no pensamento neoclássico,[159] foi só com o pensamento pós-chicagoano que sua relevância foi redescoberta.

156. A teoria dos mercados contestáveis foi exposta inicialmente nos seguintes escritos: W. J. Baumol, J. Panzar e R. D. Willig, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, New York, 21982; e W. J. Baumol, "Contestable markets: an uprising in the theory of industry structure", *American Economic Review* 72/1-15 (1982).

157. Nesse sentido, v. W. J. Baumol, "Contestable markets: an uprising in the theory of industry structure", cit., *American Economic Review* 72/3-4.

158. Cf. M. Streit, "Economic order, private law and public policy: the Freiburg School of law and economics in perspective", *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 148/677, 1992 (esp. p. 681).

159. R. Bork afirma que as empresas são incapazes de erigir barreiras à entrada sem ajuda do governo, e que se o fazem é apenas através de condutas anticoncorrenciais. Se estas não foram até então punidas é porque as barreiras são eficientes (*The Antitrust Paradox*, p. 329).



Com ele ganhou nova importância a escala como barreira à entrada. A necessidade de competir em escala muito acentuada sempre foi renegada, por se colocar o acento em um conceito bastante estrito de *custos irrecuperáveis*, isto é, exclusivamente aqueles que não podem ser recuperados no momento da saída do mercado.

A mudança de atitude ocorre ao se verificar que a própria escala pode consistir indiretamente em um custo irrecuperável. Naquelas indústrias em que uma grande escala é necessária para competir (isto é, é indispensável para tornar seu custo marginal competitivo) – o que ocorre frequentemente nos oligopólios (exatamente por serem oligopólios) –, o próprio fato da entrada já é suficiente para reduzir os preços a valores provavelmente inferiores aos custos marginais.[160]

Isso significa que aquele investimento não será recuperado por lucros subsequentes. O conceito de *custos irrecuperáveis* passa, portanto, necessariamente a dever abranger também os custos, neles incluídas as reduções de lucro não recuperáveis durante a vida da empresa.

Ora, a empresa operando de forma racional não entrará em um mercado onde seus preços pós-entrada esperados não são superiores aos custos marginais. Esse raciocínio é ainda estendido para constituir a base da teoria da prevenção estratégica da entrada (*strategic entry deterrence*).[161]

Se as empresas puderem convencer seus competidores de que a entrada levará à queda de preços, estes não entrarão. Isso pode ser feito através de estratégias custosas mas eficazes, como, por exemplo, a manutenção de capacidade ociosa de baixo custo, publicidade elevada etc.

Essa teoria, sem dúvida, demonstra com bastante ênfase o risco de dominação do mercado representado pelas estruturas oligopolistas e em todas aquelas indústrias em que a escala é um elemento competitivo relevante. Reforça, portanto, a presença do elemento estrutural necessário para qualificar o comportamento paralelo intencional nos casos de oligopólio e nos casos de acordo expresso realizado em setor que tem na escala de produção um substancial fator de redução de custos.

160. Cf.: S. Salop, "Measuring ease of entry", *Antitrust Bulletin* 31/551, 1986 (esp. p. 563); e também J. Baker, "Recent developments in economics that challenge Chicago School views", cit., *Antitrust Law Journal* 58/651.

161. Cf. S. Salop, "Strategic entry deterrence", *American Economic Review* 69/335 (1979).

### 4.2.3 A extensão da colusão: mercados singulares e colusão multimercado

Algo importante a ser entendido a respeito da colusão é que, seja por acordo ou por comportamento paralelo intencional, ela não deve se dar necessariamente em um único mercado.

Ela pode ocorrer através de contatos multimercados. Nesse caso, ela pode ser, inclusive, muito mais difícil de ser descoberta que a colusão unimercadológica.

Conhecida como "colusão através de contatos intermercados" (*multimarket contact that facilitates collusive forbearance*),[162] baseia-se na extrema reatividade das empresas ao comportamento previsto das demais. Ao contrário do que se imaginava, o fato de certas empresas competirem em mercados diversos (imagine-se empresas que vendem pasta de dente, *shampoo* e detergente) pode ter efeito direto sobre seu comportamento cooperativo em cada um dos mercados.[163]

Ainda que um deles seja competitivo, as empresas podem temer não cooperar com determinado concorrente em um mercado, pois este pode retaliar em outro mercado. Essa ameaça impede ou dificulta a defecção nos cartéis e demonstra, portanto, que o risco de colusão nesse tipo de estrutura de mercado é muito mais real do que poderia parecer. Clama, portanto, por maior atenção aos comportamentos cooperativos em situações desse gênero.

### 4.2.4 Possíveis justificativas para a colusão

Os acordos ou comportamentos tratados neste tópico são exclusivamente aqueles que não implicam qualquer alteração estrutural na relação entre as empresas envolvidas.

Dessa forma, aqui se trata de examinar os acordos ou comportamentos que incidem diretamente sobre as variáveis concorrenciais. Se assim é, reduz-se substancialmente o campo das justificativas para referidos acordos ou condutas.

Algumas justificativas são até imagináveis. Trataremos de três básicas. Em primeiro lugar, que o acordo sobre preços, quantidades a serem

162. V., a respeito, J. B. Baker, "Recent developments in economics that challenge Chicago School views", CIT., *Antitrust Law Journal* 58/650-651.

163. A admissão dessa possibilidade representa, sem dúvida, o reavivar das preocupações com os conglomerados não em sede estrutural, mas comportamental – e, portanto, ainda uma vez a superação dos preconceitos chicagoanos.



produzidas ou repartição dos mercados seja necessário para proteger o setor de crises conjunturais. É preciso entender que nessas hipóteses só será pró-concorrencial o acordo abrangente, que auxilie as empresas na superação da crise.[164]

Assim, só é possível afastar a ilegalidade do acordo caso as empresas se comprometam a realizar as demais condições necessárias para que o referido acordo permita efetivamente resolver a crise (isto é, a medida preventiva – *ex* art. 84 nos casos cabíveis – ou o compromisso de cessação – *ex* art. 85 da Lei 12.529/2011 – devem conter essa obrigatoriedade, fixando os limites – temporais e de conteúdo – que pode ter o acordo).

Bastante eficaz nesses casos é a necessidade de especialização da produção que permita a cada um dos agentes ter redução de custos e que leve, ao mesmo tempo, à diminuição da oferta excessiva no mercado.

Respeitadas essas salvaguardas, o acordo não pode ser considerado ilícito. O objetivo é apenas a sobrevivência, e não a dominação do mercado. O efeito também não será a dominação, sendo o poder no mercado criado apenas em grau suficiente para compensar o poder do lado da demanda naquele momento decorrente da crise de superprodução.

A segunda hipótese de acordo pró-concorrencial é aquele que visa a evitar a dispersão de preços. Fenômeno muito comum em indústrias com grande base de consumo de expressiva difusão, a dispersão de preços pode causar expressivos prejuízos ao consumidor e ao sistema concorrencial. Basta notar que expressivas crises de superprodução ou, ao inverso, preços supraconcorrenciais podem ser gerados por dispersão de preços.

A dispersão de preços caracteriza-se pela existência de vendas muito dispersas e às vezes realizadas em regiões bastante isoladas. Isso significa que diferentes revendedores podem comercializar o mesmo produto a preços bastante diversos e que inexiste comunicação entre os consumidores. Essa situação é mais recorrente do que se pode imaginar. A consequência é que o produtor ou prestador de serviço e os distribuidores passam a ter informações completamente desencontradas a respeito da demanda por seu produto. A curva de demanda, já de difícil formulação, é, então, inteiramente falseada.

164. Por essa razão, os cartéis de crise são sistematicamente mais bem tratados dentro do estudo das estruturas concorrenciais (v., a respeito de seu tratamento estrutural, Parte II, Capítulo II, subitem 4.2.1.2). Como não é de se afastar, no entanto, que dentro de uma situação emergencial de crise as empresas recorram a um imediato e simples acordo de preços, sua discussão dentro do controle das condutas é de rigor.

Daí por que muitas vezes o preço resultante é excessivo, outra vezes a oferta é superdimensionada. O problema com a dispersão de preços como justificativa para acordos é que a premissa não leva necessariamente à conclusão. Isto é, o objetivo de evitar a dispersão de preços é, sem dúvida, um objetivo concorrencial desejável. Ocorre que para atingir esse objetivo não é necessário o acordo rígido de preços. Basta, em geral, a indicação de preços aconselhados, visível ao consumidor.

O preço não deve, portanto, ser obrigatório para o revendedor ou distribuidor, mas apenas sugerido.[165] Isso já é suficiente para permitir a correta visualização da demanda, ao mesmo tempo em que permite uma flexibilidade concorrencial. Para que haja a obrigatoriedade de prática dos referidos preços – isto é, o acordo em senso próprio – é necessária a existência de algum relevante motivo de ordem concorrencial.

O fenômeno da dispersão de preços permite uma generalização a respeito da troca de informações entre concorrentes. Como visto, a troca de informações é um elemento potencialmente bastante nocivo. Serve, via de regra, para facilitar a construção e a permanência de cartéis de preço. Ela só será permitida quando puder ser individuada como uma forma de construção de um mercado, e não como um meio de cartelização.

Isso ocorre exatamente quando há dispersão de preços. Nessa hipótese não há um mercado único que respeite as leis de oferta e demanda, congregando todos os ofertantes e compradores em torno da formação de um preço que representa a escassez relativa de um produto. Há, sim, vários mercados para um mesmo produto que podem se comportar de forma monopolista, exatamente porque estão separados geograficamente, ou por dificuldade de acesso à informação pelos consumidores.

Neste caso, a indicação ou a lista de preços, desde que compartilhada pelos consumidores, é pró-concorrencial. Permitirá que as preferências dos consumidores de todo o País ou região geográfica influenciem o preço do produto, e não exclusivamente as preferências do mercado relevante em que está localizado o vendedor.

Nessa hipótese, portanto, não estão presentes os requisitos para a caracterização do ilícito. O plano empresarial não é eliminar a concorrência, mas apenas criar um verdadeiro mercado concorrencial, reduzindo imperfeições e evitando crise. Não há a intenção de dominar o mercado, e nem tampouco é possível produzir esse efeito.

165. Com base nesta justificativa o CADE autorizou a empresa *Kibon* a manter preços indicativos para os sorvetes em padarias. Sem eles – argumentou a empresa, e aceitou o CADE – os preços tenderiam a aumentar. A justificativa econômica foi exatamente que, existindo grande número de estabelecimentos e dispersão geográfica entre eles, os comerciantes desconheceriam o ponto de equilíbrio ideal. Haveria, portanto, dispersão de preços (PA 184/1994).



Uma terceira hipótese a ser discutida é a dos acordos para concessão de descontos. A discussão a seu respeito nasce basicamente no Direito Alemão, onde a lei previu esse tipo de cartel (*GWB*, § 3). Segundo a regra alemã, tais cartéis podem ser submetidos à aprovação da autoridade antitruste. Desde que preenchidas certas condições,[166] é possível aprová-los. São submetidos, portanto, a um controle estrutural. A razão básica alegada para introdução dessa regra foi evitar a discriminação entre consumidores e as guerras de preços, proporcionando ao mesmo tempo uma vantagem ao consumidor.[167]

Esse dispositivo foi criticado, com acidez, na doutrina alemã,[168] a ponto de levar os tribunais a restringir substancialmente o âmbito de aplicação da norma.[169] Argumentou-se – com razão – que um tal tipo

166. Prevê a *GWB* em seu § 3 (*Rabattkartelle*): "(1) § 1 gilt nicht für Verträge und Beschlüsse über Rabatte bei der Lieferung von Waren, soweit diese Rabatte ein echtes Leistungsentgelt darstellen und nicht zu einer ungerechtfertigt unterschiedlichen Behandlung von Wirtschaftsstufen führen, die gegenüber den Lieferanten bei der Annahme von Waren erbringen".

Mais abaixo o legislador esclarece os critérios estabelecidos no inciso I:

"(3) Verträge und Beschlüsse der in Absatz 1 bezeichneten Art werden nur wirksam, wenn die Kartellbehörde innerhalb einer Frist von drei Monaten seit Anfang der Anmeldung nicht widerspricht. Die Kartellbehörde hat zu wiedersprechen, wenn:

"1. nicht nachgewiesen ist, daß die in Absatz 1 bezeichneten Voraussetzungen vorliegen und daß *die* Wirtschaftsstufen gehört worden sind, für die die Rabattregelung gelten soll, oder

"2. der Vertrag oder Beschluß offensichtlich schädliche Wirkungen für den Ablauf von Erzeugung oder Handel oder für die angemessene Versorgung der Verbraucher hat, insbesondere die Aufnahme der gewerblichen Tätigkeit in einer Wirtschaftsstufe erschwert, oder

"3. Marktbeteiligte innerhalb eines Monats nach Bekanntmachung der Anmeldung (§ 10 Abs. 1) nachweisen, dass sie durch den Vertrag oder Beschluß ungerechtfertigt unterschiedlich behandelt werden."

167. Cf. U. Immenga e E. J. Mestmäcker, *GWB Kommentar*, cit., 2ª ed., sub § 3, Rdn. 2, p. 223.

168. Cf., por todos, E. J. Mestmäcker, *Der verwaltete Wettbewerb – eine vergleichende Untersuchung über den Schutz von Freiheit und Lauterkeit im Wettbewerbsrecht*, cit., p. 285.

169. Hoje são admitidos apenas na jurisprudência alemã e europeia os *Funktionsrabatte* e os *Gesamtumsatzrabatte*. Os primeiros são aqueles concedidos a distribuidores em função das vendas (os chamados "prêmios de eficiência"). Os últimos são aqueles concedidos aos consumidores por quantidade de compras

de acordo leva a uma redução substancial da concorrência de preços. É, com efeito, um convite à composição de posições entre concorrentes. Refrear o desconto, que é exatamente o elemento concorrencial por excelência, acaba com qualquer possibilidade de comportamento individual, deixando aos concorrentes (em especial nos oligopólios) só a via da coordenação de comportamentos.

Se assim é, os acordos sobre descontos só são admissíveis em duas hipóteses muito restritas. A primeira, quando sejam indispensáveis à sustentação de um cartel de crise. Nessa hipótese é necessário, como visto, que sejam acompanhados das medidas estruturais necessárias para superar a crise.

A segunda alternativa é que tais cartéis sirvam para contrabalançar situações de grande desigualdade entre concorrentes, permitindo, e não afastando, a concorrência. É o que ocorre quando o acordo é do tipo de volume total (o que os alemães chamam de *Gesamtumsatzkartell*). Nesse tipo de acordo o desconto é concedido em função da quantidade adquirida do produto perante qualquer dos componentes do acordo.

Esse tipo de acordo pode permitir que pequenos concorrentes possam se beneficiar da escala maior de outros concorrentes, fornecendo a clientes que, para obter desconto, normalmente só comprariam de grandes comerciantes. Evidentemente, para que não sejam discriminatórios, é preciso que possam dele se beneficiar todos os produtores de determinado mercado.[170] Também não podem ser admitidos em mercados oligopolizados, a não ser que existam substanciais diferenças entre os produtos, que sejam igualadas por força do acordo e permitam – ao menos em tese – concorrência mais efetiva entre seus membros.[171]

Aqui também é possível fazer um raciocínio análogo ao desenvolvido para as hipóteses anteriores. Apesar de configurarem uma das hi-

em qualquer dos membros do acordo (v., a respeito, E. J. Mestmäcker, *Europäisches Wettbewerbrecht*, cit., pp. 246-247).

170. Nesse sentido se orientaram, já de há muito, a jurisprudência alemã e a comunitária (v. E. J. Mestmäcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, cit., pp. 246-247).

171. Esse parece ser o caso da aviação civil, onde os acordos de milhagem entre as empresas podem ou não ser anticoncorrenciais. Caso – como com frequência ocorre – sejam celebrados entre empresas que operam em regiões bastante diversas, passam a permitir que o consumidor se aproveite de mais trechos para conseguir um desconto (ou uma nova passagem). Nas rotas em que as empresas competem tornam, portanto, o produto mais homogêneo e a concorrência possível. Caso, no entanto, sejam celebrados entre empresas operando nas mesmas regiões geográficas, servem apenas para facilitar a colusão de comportamentos, sendo, portanto, anticoncorrenciais.



póteses do art. 36, § 3º, I (fixação por acordo de condições de venda), os acordos para concessão de desconto em função de quantidade, incluindo todos os produtores e sendo realizados em indústria em que há grandes diferenças de escala entre os produtores ou grandes diferenças na qualidade dos produtos, permitem aproximar os produtores, ampliando o mercado e aumentando a concorrência em preços. Não têm, portanto, a potencialidade de gerar dominação do mercado.

### *4.3 Colusão vertical*

Serão analisadas basicamente duas hipóteses de colusão vertical. Em primeiro lugar, o acordo puro e simples na linha vertical, tendente a privilegiar um concorrente em prejuízo de outros. Em seguida será analisada a chamada *manutenção de preços ou condições de revenda*.

É importante observar que o enquadramento sistemático dessas práticas, denominadas na doutrina econômica "restrições verticais", é diverso do tradicionalmente proposto. A mesma teoria neoclássica costuma enquadrar tais ilícitos entre as práticas de exclusão de concorrentes.

Ao enquadrar tais práticas entre as condutas colusivas a intenção é bem diversa. Trata-se de atribuir relevância às restrições verticais propriamente ditas, por sua importância tanto para a concorrência entre produtores como para a concorrência entre distribuidores. Não tratar as restrições verticais como condutas tendentes à exclusão (do concorrente de quem a pratica), mas sim como colusão (entre produtor e revendedor, ou entre revendedores imposta pelo produtor), significa dar mais valor concorrencial a esta esfera (vertical) de relacionamento econômico. Isto porque ínsita à ideia de exclusão está a preocupação exclusiva com os efeitos horizontais das condutas.

Como se procurará demonstrar, os efeitos verticais existem, são demonstráveis e perigosos. Ocorre que as restrições verticais têm, como se verá, consequências estruturais sobre a concorrência (nas várias esferas) que lhes darão relevância concorrencial própria. É o que se procurará demonstrar a seguir.

#### 4.3.1 Práticas discriminatórias

Os acordos verticais têm estrutura bastante diversa da dos horizontais. Seu objetivo não é eliminar a concorrência, mas, sim, eliminar a oposição de interesses entre seus membros.