

# Breve Delineamento Comparativo Da Doutrina E Da Jurisprudência Sobre Colusão Tácita Nos Estados Unidos E No Brasil

*Rodrigo de Camargo Cavalcanti*

*Túlio Augusto Tayano Afonso*

## Resumo

O presente trabalho busca realizar uma breve análise comparativa do instituto da colusão tácita nos Estados Unidos e no Brasil, tanto juristprudencial quanto doutrinariamente. Para tanto, explica-se primeiro o conceito de colusão tácita para, em seguida adentrarmos nas especificidades de cada país. Primeiro dos Estados Unidos, onde também abordaremos as Escolas de Chicago e de Harvard, e posteriormente o Brasil, para, após, salientarmos a teoria brasileira do jus-humanismo normativo e o Estado de Intervenção Necessária. Por fim, concluímos pela possibilidade de medidas estruturais como remédio contra a colusão tácita, além de cogitar a hipótese de aplicação dessa teoria, além do Brasil, também nos Estados Unidos, para a promoção e garantia dos direitos humanos em prol da dignidade da pessoa humana. Palavras-Chave: Análise Econômica do Direito. Eficiência. Equidade. Judiciário.

Palavras-Chave: defesa da concorrência; Estados Unidos; Brasil; colusão tácita; paralelismo consciente.

## Abstract

This article aims to make a brief comparative analysis of the institute of tacit collusion in the United States and Brazil, jurisprudential and doctrinally. To reach this goal, firstly, the concept of tacit collusion will be explained so that, subsequently, each country specificities can be investigated. Firstly the United States specificities, in which Harvard and Chicago Schools will also be approached, and, thereafter, Brazil, so the Brazilian theory of normative jus-humanism and the State of Necessary Intervention can be emphasized. Finally, this work will be concluded opening up to the possibility that structural measures can be made against tacit collusion, and cogitating the possibility of applying such theory not only in Brazil, but in the United States also, to the promotion and protection of Human Rights for the human dignity.

Keywords: Antitrust. United States of America. Brazil. Tacit collusion. Conscious parallelism. State Intervention.

## 1. INTRODUÇÃO

Os Estados Unidos foram pioneiros na criação de uma lei de defesa da

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado na Revista de Direito Público da Economia, ano 14, n. 53, com o título de Análise Comparativa da Doutrina e da Jurisprudência sobre Colusão Tácita nos Estados Unidos e no Brasil.

concorrência, sendo promulgado, em 1890, o Sherman Act. São um país, portanto, de longo histórico jurisprudencial e doutrinário no que diz respeito à matéria antitruste, configurando-se, assim, numa referência sobre o assunto. Teorias formuladas, e. g., pelas Escolas de Harvard e de Chicago, principalmente a partir da segunda metade do século XX, influenciam o mundo, consolidando o debate sobre os conceitos que envolvem as denominadas eficiências econômicas.

O Brasil, por sua vez, adota efetivamente uma política de defesa da concorrência com o processo de democratização advindo concomitantemente à Constituição de 1988, sendo promulgada, em 1994, a Lei 8.884, que estabeleceu um conjunto de normativas em prol de políticas antitruste denominado pela doutrina, jurisprudência e sociedade civil de Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) se tornou uma autarquia federal e se consolidou enquanto o órgão defensor da concorrência na economia brasileira, adquirindo, pelo menos formalmente, uma maior independência institucional, bem diferente do quadro anteriormente estabelecido no período ditatorial. Recentemente, a reformulação do SBDC pela lei 12.529/11 trouxe diversas importantes alterações, constituindo-se um Sistema mais enxuto, menos burocratizado e promotor de ações preventivas mormente em face dos atos de concentração.

Focando o presente trabalho na colusão tácita, urge salientar que, tanto pela experiência americana quanto a brasileira, o controle ex ante, ou seja, através da análise prévia dos atos de concentração, se mostra muito mais eficiente e preciso do que através de decisões de aplicação ex post. Para uma análise comparativa jurisprudencial e doutrinária do tratamento da defesa da concorrência em relação à colusão tácita de ambos os países, é necessário primeiramente conceituar este tipo colusivo para, em seguida, verificar os instrumentos utilizados por ambos para o controle destes atos.

## **2. COLUSÃO TÁCITA**

Colusão tácita, também chamada por alguns autores de “paralelismo consciente”, ou também “comportamento paralelo intencional”, para a Organização para

a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), se define da seguinte maneira:

“Colusão não envolve necessariamente um acordo explícito ou comunicação entre empresas. Em indústrias oligopolistas, empresas tendem a ser interdependentes em suas decisões de precificação e produção, de modo que as ações de cada uma impactam nas demais e resultam em uma resposta contrária por parte delas. Nessas circunstâncias, empresas oligopolistas podem levar as ações dos seus rivais em consideração e coordenar suas ações como se eles fossem um cartel sem um acordo explícito ou manifesto. Tal comportamento coordenado é frequentemente referido como colusão tácita ou paralelismo consciente”. (grifo do original; tradução nossa)

A colusão tácita, neste sentido, envolve a coordenação de ações, na mesma linha do cartel, só que sem um acordo explícito. Como salienta Marilena Filippelli, “em sua forma pura, colusão tácita é estabelecida e mantida pelo mecanismo de observação mútua e interação repetida, mesmo na ausência de comunicação entre as companhias” (tradução nossa).

Assim, as empresas podem se comunicar pelos meros instrumentos normais de atuação no mercado, como a realização pública de contratos, aumento ou diminuição de preços, oferta maior ou menor de determinado produto, movimentos estes em princípio inofensivos mas que podem, mormente num ambiente oligopolista, servir de base para os atos das demais empresas. Sendo assim, a fim de evitarem uma guerra de preços – natural em um ambiente competitivo – promovem ações coordenadas em prol de um mercado menos concorrencial e mais “cooperativo”, especialmente entre as empresas líderes. Esta estrutura de mercado é prejudicial aos consumidores e à toda coletividade, pois reduz a eficiência alocativa, já que as empresas são capazes de conduzir os preços em níveis superiores e a qualidade a um patamar inferior àquele de um mercado competitivo.

Para Paula A. Forgioni, o paralelismo consciente é fenômeno natural de conduta de mercado, principalmente se este for oligopolizado:

[...] a mera coincidência de comportamentos não configura prova suficiente para a condenação de agentes econômicos pela prática de cartel, porque essa identidade pode decorrer de fenômeno “natural” denominado “paralelismo consciente” de conduta; é indispensável a prova de que os agentes econômicos não agiram de forma espontânea ao traçar suas

estratégias de mercado.

É nesta abordagem, qual seja, a da necessidade de uma prova contrária a uma suposta atitude espontânea das empresas, que surge a teoria do “parallelism plus”, ou “plus factor”, originária do Direito norte-americano e que tem se reverberado em diversas decisões da autarquia brasileira de defesa da concorrência.

O “parallelism plus” caminha também no sentido de haver relevante dificuldade em se adotar critérios objetivos para a identificação da colusão tácita, tendo em vista que os atos promovidos pelas empresas para a realização deste ato colusivo são aqueles já esperados por qualquer empresa inserida em mercado com a mesma configuração, qual seja, a de oligopólio. Dizemos isso pois a colusão tácita é a realização de atos mediante a interpretação dos presentes, passados e possíveis atos futuros principalmente dos demais agentes econômicos detentores de poder de mercado. E isso é natural. Nenhuma empresa tem a possibilidade de auferir maiores lucros sem a observância e incorporação das estratégias dos concorrentes em suas próprias diretrizes.

Para Keith N. Hylton, que prefere se utilizar do termo “conscious parallelism”, diz que este é um

[...] parallel behavior that typically appears in markets with small numbers of sellers. It is not the result of an explicit agreement. It occurs because in markets with few sellers, firms take the reactions of competitors into account when deciding how much to produce or what price to set.

O ato colusivo tácito, desta forma, só se torna um problema quando dentro de um ambiente oligopolista, já que, sendo assim, um grupo pequeno de empresas detentoras de poder de mercado terminam por acordar, mesmo que implicitamente, na precificação e/ou demais características do produto em questão, entrando em cena uma cooperação absolutamente prejudicial aos consumidores, tendo em vista promover a acomodação dos supostos concorrentes em prelação à possibilidade de, e. g., de aumento da inovação e da tecnologia e de redução de preços, cenário este condizente a um mercado efetivamente competitivo.

### **3.O COMBATE À COLUSÃO TÁCITA NOS EUA**

A fim de combater a chamada Grande Depressão estadunidense, crise esta advinda da quebra da Bolsa de Nova York de 1929, Franklin Roosevelt inaugurou no início da década de 1930 uma série de políticas econômicas denominadas de New Deal. Neste programa, estava inclusa uma nova agenda de defesa da concorrência, bem diversa da anterior política de incentivo às fusões e aquisições para a expansão comercial de grandes empresas norte-americanas. Como salienta Marilena Filippelli,

In this framework, the presence itself of very big companies was perceived as the primary menace to competition; for this reason, Congress decided to enact a series of statutes intended to restore equilibrium between large and small companies, with the final aim of preserving correct market functioning.

Neste sentido, começaram a surgir as teorias da Escola de Chicago e da Escola de Harvard, cada uma com a sua proposta para o enfrentamento do problema da colusão tácita, tendo a primeira como expoente neste tema o trabalho de Richard A. Posner e a segunda os estudos de James Rahl e Donald F. Turner.

Para Rahl, na lição de Hylton, the conscious parallelism “might lead to the extension of conspiracy doctrine unto new areas that were best left as matters of private law” . E isso porque a jurisprudência do Sherman Act teria supostamente adotado a definição de “conspiração” da lei penal a fim de configurar infração à ordem econômica. Conspiração, assim, se valeria de três características: (i) acordo, ou seja, deve ser comprovado algum tipo de acordo para a caracterização da conspiração; (ii) dualidade, ou seja, o acordo deve envolver ao menos duas partes; e (iii) irrelevância da probabilidade de dano, ou seja, não há necessidade de comprovação da possibilidade de dano do ato, mas simplesmente de que havia a intenção de realizá-lo.

As duas primeiras características, na identificação da colusão tácita, não são atendidas, e isso porque: a primeira, qual seja, o acordo, não poderia ser comprovado, já que inexistente pois implícito em atos regulares das empresas observadas; e a segunda, a dualidade, também se encontra ausente, pois os atos que levam à colusão tácita são individualmente determinados e estabelecidos pela estratégia da empresa, não havendo qualquer envolvimento com outra(s) parte(s).

Uma das soluções expostas por Rahl seria a de flexibilizar a prova de acordo, consoante feito nos casos do judiciário norte-americano Interstate Circuit e American Tobacco.

No primeiro caso, as empresas Interstate Circuit (hereinafter, IC) e Texas Consolidated Theatre (hereinafter, TCT), film exhibitors, enviaram mensagem a certos distributors para que aumentassem o preço dos ingressos e proibissem a exibição de filmes de estréia junto com outros longa-metragens. Todos os distribuidores que receberam a mensagem seguiram o requisitado. Sendo assim, se identificou a situação das empresas exhibitors em coordenar vertical agreements between them and the distributors. Ainda, o Poder Judiciário norte-americano também identificou acordo horizontal entre os distribuidores, mesmo sem ter ocorrido qualquer comunicação expressa entre eles. No que diz respeito a este acordo horizontal, seguem os termos da decisão da Suprema Corte:

[...] we think that in the circumstances of this case such agreement for the imposition of the restrictions upon subsequent-run exhibitors was not prerequisite to an unlawful conspiracy. [...] Each distributor was advised that the others were asked to participate; each knew that cooperation was essential to successful operation of the plan... It's elementary that an unlawful conspiracy may be and often is formed without simultaneous action or agreement on the part of the conspirators...

Essa decisão, do final da década de 1930, é paradigmática, pois abriu portas para a identificação da colusão tácita mediante prova indireta (o que configura o posteriormente denominado parallelism plus), e também sob a regência da norma exarada do Sherman Act Section 1, cuja redação é a seguinte:

Section 1. Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

Rahl, neste sentido, interpreta a decisão judicial como um abrandamento da

doutrina da conspiração, sendo esta, para o autor, influencia do direito penal para a norma antitruste.

As hermenêuticas doutrinárias americanas também foram espaço de debate para a sanção de paralelismos conscientes pelo Sherman Act Section 2, cuja redação é a seguinte:

Section 2. Monopolizing trade a felony; penalty

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

Sendo assim, o outro caso analisado por Rahl é o *American Tobacco v. United States*, de 1946. Neste caso, alguns produtores de cigarro foram acusados de conspirar para monopolizar parte da indústria de tabaco e estabilizar preços acima do nível de um mercado competitivo. Nas palavras de Eugene V. Rostow,

In the Tobacco case, the conclusion that a forbidden degree of monopoly power existed was based on the market influence of three major tobacco companies which together produced between 70% and 90% of the standard sized cigarettes. These companies followed the policy of price leadership which would be expected in a market so organized [...]. [...] the jury inferred from the conduct of the defendants that there was a conspiracy to monopolize a part of the tobacco industry [...]. [...] The evidence, however, on which this inference of combination was based, was almost exclusively that each of the Big Three companies, entirely aware of their common stake in concerted action, moved in parallel lines. It was the kind of market behavior to be predicted analytically in any market organized in this pattern. And it is the kind of market behavior commonly found in such situations. (grifo nosso)

Como se verifica, a situação de colusão tácita foi novamente interpretada como conspiração e sob a normativa do Sherman Act. A importância deste caso advém do fato de que não fora necessário prova direta da realização do conluio para a responsabilização das empresas de tabaco. Sendo assim, construiu caminho, junto com o outro caso suprarreferido, para a formulação e consolidação das teorias das Escolas de Chicago e de Harvard concernete aos atos de concentração e à defesa da concorrência, e

por consequência, também, para o que nos importa no momento, à colusão tácita.

No que diz respeito à Escola de Harvard, cujo suporte basicamente é a teoria estruturalista, Donald F. Turner, um dos seus expoentes, já salientou, no que se refere ao paralelismo consciente, que

I have been discussing the possible forms of injunctive relief, and have found them so wanting as to indicate that it is inappropriate to condemn oligopoly pricing as an unlawful price-fixing agreement. There is another form of remedy besides injunction - dissolution or divestiture of the dominant firms -which would avoid the supervisory problems arising from an injunctive decree.

Ou seja, dito autor, um dos maiores representantes desta Escola, tende a salientar a importância do mercado oligopolizado para a ilicitude da colusão tácita. Neste sentido, parte do pressuposto da importância em se controlar a eficiência alocativa das empresas, mormente em situações de oligopólio, a fim de evitar o conluio entre os agentes econômicos dominantes de determinado setor de mercado.

Para isso, Turner parte do princípio de que é impossível condenar as empresas por agirem consoante a observação do mercado e de seus concorrentes. Essa impossibilidade advém do questionável enquadramento do ato colusivo tácito na legislação antitruste; além de ser inócua a tentativa de impor sanções para a não realização do paralelismo consciente, tendo por base que pode ser de difícil conclusão definir com certidão a permanência e existência de tal conluio prejudicial ao mercado. Assim, diz Turner que “the conclusion that noncompetitive oligopoly pricing is not unlawful means that mere interdependence of basic price decisions is not conspiracy” .

Importa reconhecer, ainda, as palavras de Turner de que adotar o remédio de dissolução dos oligopólios a fim de evitar o conscious parallelism

[...] is virtually to concede that the finding of liability on the ground of conspiracy is dubious at best. If effective and workable relief requires a radical structural reformation of the industry, this indicates that it was the structural situation, not the behavior of the industry members, which was fundamentally responsible for the unsatisfactory results.

Ou seja, para o autor, assumir que há a necessidade de uma modificação estrutural no mercado para a solução da situação de paralelismo consciente é o mesmo que admitir a ineficácia de uma solução comportamental.

Diferente perspectiva, porém, é a adotada por Richard Posner, um dos principais expoentes da Escola de Chicago na linha de pensamento denominada Análise Econômica do Direito. Conforme já nos referimos em outro momento sobre a teoria formulada por este autor,

Consciente de que a justiça não se reduz à eficiência – fato que ele frisa em sua obra *Economic analysis of law* – Posner busca interpretar muitos dos fenômenos normalmente abordados pela hermenêutica jurídica, condicionada normalmente pela leitura tecnicopositivista ou até jusnaturalista, através das denominadas “rational choices”, ou, em suas palavras, “de como os seres racionais moldam seu comportamento em face dos incentivos e restrições que nem sempre têm uma dimensão monetária”. Nesse molde, a Análise Econômica do Direito propõe “pecuniarizar” os custos e benefícios não pecuniários.

Ou seja, ao analisar economicamente tais fatos, questões que em princípio não têm qualquer relação com o valor em dinheiro são traduzidas em valores monetários. Monetiza-se, por exemplo, a demissão em massa de funcionários a fim de se ter uma base comparativa em face dos benefícios trazidos pela empresa X à sociedade, em determinado setor da economia, na forma de bem-estar coletivo – e isso é feito visando a maior “eficiência econômica”.

Sendo assim, o principal mote introduzido, pelo menos teoricamente, pela Análise Econômica do Direito é a tentativa de comunhão da eficiência alocativa com a eficiência produtiva do mercado. Dizemos “teoricamente” pois, conforme veremos a seguir, também com base na lição de Robert Bork, importante doutrinador desta linha jurídico-hermenêutica, a colusão tácita é tomada com grande dubiedade no que diz respeito aos seus pré-requisitos de formação ou até à sua própria existência. Senão, vejamos:

Posner, em seus termos, salienta que

We can see that oligopoly or seller concentration has a double significance in the analysis of the secret cartel. It facilitates the initial formation of the cartel by reducing the immense practical difficulties of conducting complex negotiations clandestinely, and it facilitates the maintenance of the cartel in the face of the inherent erosive tendencies by making it possible to detect cheating without elaborate policing efforts that the authorities would be bound to detect. [...] The difference is that the interdependent theorists tend to leap from the sound proposition that concentration is a necessary condition of tacit collusion to the unsound proposition that it is a sufficient condition.

Neste sentido, o autor elenca 17 aspectos que entende servirem como critérios para a concentração de forças das agências antitruste na busca por evidências da existência de colusão, tanto na forma de um cartel quanto tácita. Ainda assim, elenca outros 14 tipos de evidências econômicas pelas quais seria possível demonstrar evidências de precificação colusiva. O oligopólio, portanto, não seria premissa suficiente para a realização da colusão tácita. Haveria ainda a necessidade de se conjugar certos fatores para a identificação de sua ocorrência.

Robert Bork, por sua vez, sendo mais radical ainda, afirma haver uma “incerteza na premissa de que colusão tácita é um fenômeno importante, ou até que é um fenômeno verdadeiro”. Nos seus dizeres,

“It is hard to say with certainty that such collusive pricing does or does not occur, since, by definition, we have not detected it. The difficulty of maintaining small-number cartels based upon detailed communication and agreement should, however, make us dubious that concerted action without explicit collusion is likely to be at all common or successful”.

A colusão tácita, portanto, na doutrina de Chicago, no mínimo não deve ser tratada como uma questão simplesmente estrutural do mercado oligopolista. Não haveria motivo, portanto, para se inviabilizar o oligopólio por conta da possibilidade de existência deste tipo de ato colusivo, o que é uma conclusão bem diversa daquela demonstrada de Donald F. Turner.

Posner, portanto, é favorável à investidura contra a colusão, porém mediante sanções comportamentais, e não estruturais. Ou seja, punição ao *modus operandi* da

empresa ao invés da reestruturação dos mercados oligopolizados à formação de um ambiente mais competitivo. Isso porque tanto Posner quanto Bork não vêem uma relação direta entre oligopólio e ausência de competitividade. Apesar de que seria injusto com a teoria de Turner dizer que este também não entende assim. Na verdade, Turner compreende, diferentemente dos autores da Escola de Chicago, que a ausência de eficiência alocativa é condição sine qua non para a colusão tácita e, diante da dificuldade de se sancionar as empresas por estarem agindo “naturalmente”, ou seja, de forma condizente numa situação interdependente de mercado, se concluiria pela necessidade de mudanças estruturais em prol de uma maior quantidade de agentes econômicos efetivamente competitivos.

As Horizontal Merger Guidelines, conforme emitidas em agosto de 2010 pelo U. S. Department of Justice juntamente à Federal Trade Commission, em subcapítulo específico, salientam as principais evidências de que um market is vulnerable to coordinated conduct. Algumas são as seguintes:

(i) if firms representing a substantial share in the relevant market appear to have previously engaged in express collusion affecting the relevant market, unless competitive conditions in the market have since changed significantly. (ii) if each competitively important firm’s significant competitive initiatives can be promptly and confidently observed by that firm’s rivals. (iii) if a firm’s prospective competitive reward from attracting customers away from its rivals will be significantly diminished by likely responses of those rivals. (iv) A market is more apt to be vulnerable to coordinated conduct if the firm initiating a price increase will lose relatively few customers after rivals respond to the increase. Similarly, a market is more apt to be vulnerable to coordinated conduct if a firm that first offers a lower price or improved product to customers will retain relatively few customers thus attracted away from its rivals after those rivals respond. (v) Coordination generally is more profitable, the lower is the market elasticity of demand.

Tendo em vista que as Guidelines acima referenciadas não fazem qualquer diferença entre a identificação da colusão tácita e da explícita, trazendo diversos critérios para evidenciar a possibilidade de existência de atos colusivos, verifica-se que traduzem muito mais um pensamento associado à doutrina de Chicago do que à de Harvard, principalmente nas diretrizes adotadas pela lição de Richard Posner. Conforme já expusemos em outro momento, consoante a Análise Econômica do Direito,

A dificuldade em obter segurança e previsibilidade em comportamentos

tacitamente colusivos seria um dos pontos relevantes para se desconsiderar o tratamento do oligopólio como prejudicial ao bem-estar dos consumidores. Isso porque o cartel – sendo colusão explícita e, portanto, mais facilmente identificável – seria fortemente combatido com métodos estratégicos muitas vezes eficazes, enquanto a [própria] existência da colusão tácita seria de difícil execução. Entretanto, utilizando-se dos termos de Robert Dorfman, Bork argumenta que “[...] a quite general tendency is for some kind of modus vivendi among the competing firms to be established; it is the only alternative to an intolerable state of perpetual brinkmanship. Each firm is conceded its traditional share of the market”.

Apesar de Bork chegar a duvidar da existência da colusão tácita, admite haver, em ambientes oligopolizados, some kind of modus vivendi among the competing firms. A jurisprudência norte-americana não chega a tanto, mas se espelha em muito na doutrina de Richard Posner e do parallelism plus, conforme acima já referido.

#### **4.O COMBATE À COLUSÃO TÁCITA NO BRASIL**

Sobre a colusão tácita no Brasil, vale a pena observarmos as diretrizes mais atuais do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, regulado atualmente pela lei 12.529/11 mas implantado desde 1994 – recente, portanto, principalmente em comparação com a legislação norte-americana –, e citarmos dois casos emblemáticos que indicam a tendência brasileira a uma abordagem consoante o parallelism plus e a Análise Econômica do Direito de Posner, acompanhando a jurisprudência e a doutrina majoritária americana. Por fim, cabe expor brevemente sobre a doutrina brasileira do jus-humanismo normativo e como entendemos sua aplicação em face deste tipo colusivo.

Assim como os Estados Unidos possuem as diretrizes denominadas Horizontal Merger Guidelines, o Brasil conta com o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, regulado atualmente pela Portaria Conjunta SEAE/SDE N° 50/2001 .

Como critério base, o Guia propõe que somente seja emitido um parecer favorável se o ato de concentração em análise tenha um efeito líquido não-negativo sobre o bem-estar econômico. Dito efeito é gerado por concentrações que:

- (a) que não gerarem o controle de uma parcela substancial de mercado; ou
- (b) que gerarem o controle de parcela substancial de mercado em um mercado em que seja improvável o exercício do poder de mercado; ou
- (c) que gerarem o controle de parcela substancial de mercado em um mercado em que seja provável o exercício do poder de mercado, mas cujos potenciais efeitos negativos, derivados da possibilidade de exercício do poder de mercado, não sejam superiores aos potenciais incrementos de bem-estar gerados pela concentração.

Ou seja, mesmo se houverem efeitos negativos derivados da possibilidade de exercício potencial do poder de mercado, o ato de concentração deve ser aprovado desde que tais efeitos não sejam superiores aos efeitos positivos potenciais de serem gerados. Conforme veremos mais adiante, a Constituição Federal prescreve que a finalidade da ordem econômica é garantir a todos existência digna, porém, logo se observa a influência americana no controle brasileiro dos atos de concentração, tendo em vista o ponto referenciado de observância de um balanceamento sobre critérios de eficiência – efeitos positivos e negativos – com o objetivo de maior bem-estar.

Além do mais, há o que o Guia denomina de “condições negativas”. Se forem atendidas ditas condições, se deduzirá que não existe a probabilidade do exercício natural de poder de mercado. São elas: as importações devem ser um remédio efetivo contra o exercício do poder de mercado; a entrada de concorrentes for provável, tempestiva e suficiente; ou se houver uma efetiva rivalidade entre as empresas existentes no mercado. Fora isso, é necessário, adicionalmente, que existam no mercado “outros fatores que favoreçam a coordenação de decisões”.

Este adicional acaba por trazer certa subjetividade à análise, além de ser um indutor para que o ato de concentração seja observado sobre a teoria do *parallelism plus*. Vale salientar que entendemos que o Guia brasileiro diz respeito mormente à análise prévia dos atos de concentração e as suas possíveis consequências, e não sobre a licitude ou não de atos decorrentes efetivamente do comportamento da empresa no mercado. Porém, ao considerar, e. g., que mesmo não havendo rivalidade entre as empresas do

mercado é necessária a introdução de outros fatores que favoreçam ações coordenadas, o Guia está inevitavelmente adotando a ideia de que somente a resposta positiva aos critérios possíveis para a identificação do paralelismo não são suficientes para a intervenção do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE –, agência reguladora competente.

A lei 12.529/11 que regula o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência prescreve, em seu artigo 36, que 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; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

Dito isto, cabe discorrer brevemente sobre dois exemplos brasileiros.

O primeiro que vale citar é o do denominado Cartel do Aço, em que, “em 1999, o CADE condenou as empresas CSN, COSIPA e USIMINAS pela prática de cartel”. A Procuradoria-Geral do CADE já salientou que esse “foi o primeiro caso em que CADE, aplicando sofisticada análise econômica, condenou um cartel constituído de empresas de grande porte em um mercado importantíssimo para a economia nacional (construção civil)”. Conforme leciona Ivo Gico Júnior, um dos representantes brasileiros da Análise Econômica do Direito,

Era comum na indústria haver anúncios antecipados de aumento de preços por uma empresa, via de regra, acompanhados pelas demais concorrentes (liderança de

preços e paralelismo). No entanto, em 1996, após o anúncio de aumento realizado pela CSN e seguido pelas demais, representantes das três empresas [Usiminas, Cosipa e CSN] e do Instituto de Siderurgia Brasileira (ISB) reuniram-se com a SEAE para explicar a necessidade do aumento e seu valor exato, antes de o mercado ser “informado” dos valores. As empresas foram condenadas por formação de cartel e a reunião foi considerada um fator adicional a desqualificar o paralelismo. Vale notar que o Cade já havia decidido, em precedentes anteriores, que o mero paralelismo de condutas não constituía prova suficiente da existência de uma infração à ordem econômica, desde que houvesse outra explicação plausível para a conduta, mas – até onde vai o nosso conhecimento – não havia feito referência expressa à doutrina.

Ou seja, o paralelismo de condutas não era (e ainda não é) identificado como infração da ordem econômica, sendo comum na indústria brasileira especialmente durante toda a década de 1990, período de intenso processo de privatização e globalização das empresas brasileiras. Somente é considerado infração o paralelismo acompanhado de outro(s) fator(es), ou que se formalize o acordo, confluindo, portanto, no cartel..

O segundo caso é o Processo Administrativo nº 08012.000677/1999-70, instaurado em março de 2000, em que as empresas aéreas Varig, Vasp, Tam e Transbrasil, e seus respectivos administradores, foram acusados de infrações à ordem econômica por conduta colusiva tácita, tendo a Varig sido acompanhada pelas demais no aumento das tarifas para os voos na Ponte Aérea Rio de Janeiro-São Paulo.

O então conselheiro do CADE Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, em seu voto-vista, fundamentou o seguinte:

[...] a Varig não poderia exercer o papel de líder de preços, não só em função de sua participação no mercado, mas principalmente em vista de sua situação de crise. Era notório que a companhia vivia momento delicado, muito onerada com dívidas, inclusive com possibilidades de quebra. Considerar a Varig líder de e segui-la, neste contexto, seria extremamente arriscado. [...] Outrossim, indiferente se tratou-se de aumento e não de diminuição, uma vez que o ato poderia ser reflexo de uma política interna de aumento de receita. Postas estas considerações, somos forçados a verificar

que as empresas aéreas tinham outras possíveis atitudes, muito mais vantajosas dentro da estratégia do negócio e não eram obrigadas a seguir a VARIG, que sequer tinha um papel de líder consolidado e perene. Ou seja, existência de indícios e dos “plusfactors” além do paralelismo consciente.

O argumento do paralelismo plus foi utilizado, neste caso, em face da suposta existência de outras atitudes possíveis muito mais vantajosas do que a adotada, caracterizando a ausência de plus factors além do paralelismo identificado. Porém, tendemos a discordar do voto do então conselheiro tendo em vista a lição de Gico Júnior, conforme por nós já exposto em outro momento:

(i) de acordo com o voto e tomando seus pressupostos como corretos, a conduta racional das empresas seria não aumentar seus preços para roubar mercado da Varig; contudo,

(ii) se as empresas não acompanhassem o aumento, o próprio conselheiro reconhece que a Varig teria de retornar a patamares anteriores de preço, ou perderia mercado; logo,

(iii) as empresas estavam diante de duas opções claras: (a) não acompanhar os preços e aguardar a Varig retornar aos preços anteriores, auferindo apenas os lucros de curtíssimo prazo durante esse período; ou (b) acompanhar os preços e, dessa forma, passar a cobrar mais e auferir mais lucros por período indeterminado, já que a elasticidade da demanda é baixa. Como podemos concluir, o que, à primeira vista, parece ser o comportamento irracional, na realidade, revela-se a única conduta adequada.

Ou seja, considerando que o mote das empresas é a obtenção de lucro, não há como discordar que a opção mais vantajosa com certeza era acompanhar os preços da Varig, mantendo a relação entre oferta e demanda ao mesmo tempo em que se aumenta a lucratividade por conta do aumento dos preços. Outrossim, essa análise das vantagens e desvantagens no que se refere a escolhas táticas de mercado é dotada de certa vagueza, tendo em vista que a empresa pode trilhar caminho menos vantajoso a curto prazo mas com a ciência de que vai ganhar a longo prazo. Sendo assim, a exigência de um plus factor além do paralelismo consciente para a intervenção da agência de defesa da concorrência não nos parece lógica, já que os prejuízos advindos do paralelismo aos consumidores vão continuar vigentes, relegando a segundo plano os pressupostos do bem-estar e da dignidade consumerista.

## **5. BREVES LINHAS SOBRE O CONCEITO DE ESTADO DE INTERVENÇÃO NECESSÁRIA: O JUS-HUMANISMO NORMATIVO NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA**

O jus-humanismo normativo é linha doutrinária brasileira criada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP – que tem como alguns de seus expoentes Thiago Lopes Matsushita, Lauro Ishikawa e Túlio Augusto Tayano Afonso. Utilizando como paradigma os três círculos do jurista mexicano Eduardo Garcia Maynez, em que o direito ideal seria a intersecção entre o círculo do direito intrinsecamente justo, do formalmente válido e do direito positivo, o jus-humanismo normativo salienta que a resposta ideal seria aquela da intersecção entre os direitos humanos, o realismo jurídico (que, na lição de Matsushita, é composto pela doutrina e pela jurisprudência) e o direito positivo. Neste sentido, a decisão deve compor essas três linhas hermenêuticas pelo seu adensamento, consoante preza o princípio da proporcionalidade, sem deixar nenhuma de fora.

Sendo assim, o Estado de Intervenção Necessária seria um caminho intermediário entre o liberalismo e o intervencionismo total, prezando pelo compromisso com os direitos humanos, nas suas três dimensões, além dos outros círculos já expostos.

Exige, desta forma, a aplicação dos direitos humanos a todas as decisões públicas, ou seja, nas relações verticais, assim como nas relações horizontais – esfera privada –, consolidando, a nosso ver, o Direito Econômico como um ramo dos Direitos Humanos, já que direitos como o de propriedade e a liberdade de contratar são pressupostos advindos diretamente da primeira dimensão da Revolução Francesa de 1789.

Assim, tendo em vista dita aplicação dos direitos humanos, a dignidade da pessoa humana, direito objetivo teleológico daqueles, deve ser o mote da defesa da concorrência. Além do que, enseja a economia a se direcionar no sentido das eficiências alocativas e produtivas para resultar em maior competitividade.

Assim, conforme já nos referimos acima, a Escola Chicago prega adotar pressupostos em prol de ambas as eficiências. Porém, ao praticamente inviabilizar a adoção de medidas não-paliativas contrárias à colusão tácita, tendemos a considerar que esta Escola, pelo menos na doutrina de alguns de seus maiores expoentes – Posner, Bork e Gico Júnior –, tem prelação à eficiência produtiva.

Além do que, para a melhor aplicação do Direito, de acordo com nossa perspectiva sobre o jus-humanismo normativo, importante seria a agência responsável adotar critérios para a aprovação ou não dos atos de concentração compatíveis com o princípio da proporcionalidade, ou seja, tentando equilibrar os ganhos ao mesmo tempo em que dirime as perdas, especialmente através de acordos entre os atores privados afetados, com supervisão e controle do Estado para não infringirem os Direitos Humanos.

Em tal enfoque prevalece a noção de que os ganhos de eficiência econômica, seja alocativa ou produtiva, não devem ser os únicos parâmetros para a intervenção do Estado sobre a concorrência. E isso porque o Estado não parte somente de prerrogativas advindas da economia, mas deve também sustentar seus atos e decisões sobre os pressupostos do Direito, instrumento social manifestamente embasado em valores e, por isso, subjetivo ao mesmo tempo em que arbitrário, provocando teleologicamente a salvaguarda de conceitos como justiça, equidade, liberdade e harmonia social. Sendo assim, seguimos a lição de Robin Paul Malloy, para quem

La tradición en derecho y economía ha buscado también reconocimiento, en referencia a la economía, por ser un acercamiento al derecho más específico y más científico. Su estructura positiva de investigación y argumentación tiene como función irradiar una sensación de objetividad, un sentimiento de separación existencial entre la norma legal y las meras riñas normativas de filósofos, politólogos, sociólogos y demás partícipes “superficiales” en el discurso social. Como consecuencia de este posicionamiento, el enfoque tradicional en derecho y economía ha censurado, ignorado o declarado como ajeno a su campo de estudio los planteamientos normativos sobre cuestiones de equidad, justicia, diversidad e inclusión.

A exclusão, portanto, das premissas axiológicas da própria linguagem diretamente vinculadas à necessidade intrínseca do trabalho hermenêutico sobre o Direito e também sobre a Economia, com a finalidade de tentar dotar a leitura do

mercado de objetividade e segurança, leva à dissociação do Estado, enquanto interventor na economia, de sua função irremediável de promoção da dignidade da pessoa humana, sendo que esta, na teoria do jus-humanismo normativo, corresponde ao adensamento dos direitos humanos em prol da emancipação independente e portanto autônoma do indivíduo e de toda a sociedade.

Assim, a perspectiva jus-humanista sobre o mercado nos parece urgente se quisermos prelacinar a justiça social em face da intenção pura e simples de manutenção do mercado que caminha, naturalmente, em prol do desnivelamento de poder e da exclusão social.

No Brasil, tal enfoque é possível por evocação dos direitos humanos e pela adoção constitucional de seus pressupostos na ordem econômica, já que a Constituição Federal brasileira, em seu artigo 170, regra matriz de dita ordem, prescreve que esta é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Nos Estados Unidos, por sua vez, através especialmente da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que expressa, em seu artigo 22, que todo ser humano tem direito “à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade”. obrigando-o a adotar critérios decisórios de ordem econômica que garantam a dignidade e o livre desenvolvimento dos consumidores, o que só pode ser alcançado mediante um mercado competitivo e não sujeito a qualquer forma de colusão. Vale salientar, ainda, que tal normativa cabe enquanto a 9ª Emenda da Constituição americana prescreve que “the enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people”.

## **6. CONCLUSÃO**

O Brasil importou majoritariamente a doutrina da Análise Econômica do Direito, constituída inicialmente na Escola norte-americana de Chicago, assim como o

teor material da jurisprudência daquele país. Tendo em vista essa Escola ter prelação pelas medidas comportamentais, raros são os casos em que as agências brasileiras adotam medidas estruturais para correção do mercado. Nos Estados Unidos também encontramos raras situações de aplicação de medidas estruturais. Tanto é assim que, quando ocorrem, chamam a atenção da mídia em todo o mundo, como por exemplo foram os casos envolvendo a Microsoft e a AT&T.

Dizemos isso pois tal situação se agrava principalmente nos casos de identificação de atos colusivos tácitos.

Tendo em vista que o oligopólio é condição essencial para a realização da colusão, e em face da impossibilidade de se impor sanções comportamentais que sejam realmente efetivas, vemos que a única solução é a dissolução do mercado oligopolista e a facilitação da entrada de novos competidores, ou seja, medidas estruturais para a prelação de um mercado competitivo e, portanto, benéfico aos consumidores. Outrossim, entendemos que a teoria jus-humanista normativa, que almeja a introdução material, e não só formal, de um Estado de Intervenção Necessária, é aquela que melhor se adequa aos reclames dos direitos humanos e do direito econômico, já que ambos devem teleologicamente à dignidade da pessoa humana.

## **7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova York: The Free Press, 1993.

CAVALCANTI, Rodrigo de C. *CADE: o oligopólio no Estado brasileiro de Intervenção Necessária*. 196 f., Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

FILIPPELLI, Marilena. *Collective Dominance and Collusion. Parallelism in EU and US Competition Law*. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2013.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HYLTON, Keith N. Antitrust Law: economic theory and common law evolution. New York: Cambridge University Press, 2003.

MATSUSHITA, Thiago L. A verificação do tridimensionalismo do Direito Econômico na regra matriz da ordem econômica. In: SCALQUETTE, Ana Cláudia S.; SIQUEIRA NETO, José Francisco. (cords.); CAMILLO, Carlos Eduardo N.; SMANIO, Gianpaolo P. (orgs.) 60 Desafios do Direito. Direito na Sociedade Contemporânea. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 21-29.

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Glossary of industrial organization economics and competition law. Disponível em: <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

POSNER, Richard A. Antitrust law. 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. E-Book.

ROSTOW, Eugene V., Monopoly Under the Sherman Act: Power or Purpose?, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1-1-1949.

TURNER, Donald F. The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, Harvard Law Review, Vol. 75, No. 4 (Feb., 1962), pp. 655-706.

U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION (USA). Horizontal Merger Guidelines 2010. 2010. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>>. Acesso em 19 ago. 2014.