

INFORME JURÍDICO

Ano XVI nº 686
10 a 16 de abril de 2015

PRÁTICAS ANTICORRENCIAIS: DESMISTIFICANDO A FIGURA DO CARTEL

Considera-se formação de cartel qualquer acordo entre empresas que vise uma limitação ou restrição da concorrência, dominação de mercado, aumento arbitrário de lucros ou exercício abusivo de posição dominante, nos termos do artigo 20 da Lei 8.884/94, além de ser previsto especificamente nos incisos I, II, III e VIII do artigo 21 da mesma lei. Para a Doutrina¹, cartel é a infração à ordem econômica consubstanciada no acordo entre concorrentes para o fim de fixar condições de mercado, destacando-se aí preço, quantidade e qualidade, visando aumentar margens de lucro, eliminando, assim, a concorrência em um dado mercado de bens e/ou serviços. Assim, para caracterizar uma determinada conduta como cartel, é imprescindível demonstrar que houve acordo entre concorrentes.

A prática tem mostrado que as denúncias apresentadas apontam como indícios de cartel três diferentes situações que podem estar presentes isolada ou cumulativamente: (i) prática de preços semelhantes (ou seja, pouca variabilidade de preços); (ii) aumento dos preços pelos revendedores em datas próximas; e (iii) preço ou margem de revenda superior em comparação com municípios vizinhos ou próximos. Além disso, são consideradas condutas anticoncorrenciais o *price leadership*, em que a empresa líder de mercado fixa seus preços e as demais a seguem, e a fixação de preços de revenda, onde o produtor negocia preços com o revendedor, para a operação de revenda feita por este.

Mas não é tão simples assim. Segundo a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, em mercados competitivos (com muitos

fornecedores) se verifica certa semelhança de preços, e até mesmo em mercados oligopolizados (com poucos fornecedores) isso também é possível, desde que as empresas atuantes fabriquem produtos homogêneos e utilizem o preço como variável estratégica. Nesse tipo de mercado, o preço praticado pelas empresas seria igual, mesmo diante de um duopólio (situação em que apenas duas empresas atuam no mercado).

Nesse contexto, aceitar a hipótese de semelhança de preços como indício de cartel poderia ser temeroso porque essa homogeneidade pode ser fruto da maior concorrência. Em outras palavras, estar-se-ia acusando revendedores que atuam dentro da legalidade de formarem um cartel.

Logo, muito embora os elementos citados possam eventualmente caracterizar a formação de um cartel, os mesmos, tão somente, não são suficientes para se caracterizar inequivocamente o ilegal instituto. De fato, há outros fatores lícitos que poderiam justificar a ocorrência dos elementos citados, o que, aliás, ocorre na grande maioria das vezes, e conhecer esses fatores é importante não só para se caracterizar o cartel como também para ajudar o denunciante a formular e enriquecer a denúncia, se for o caso.

O CADE e a Doutrina especializada sobre o assunto, por exemplo, entendem pela impossibilidade de condenações fulcradas somente no paralelismo e no reajuste simultâneo de preços. Transcrevemos trecho de Parecer da Procuradoria do CADE, bem como Trecho do Documento de Trabalho nº 40, da Secretaria

de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE/MF, que bem elucidam a questão:

Parecer ProCADE nº 160/2004²

“(…) Mais adiante, citou a doutrina do “plus factors”, segundo a qual a observação de condutas do mesmo padrão em concorrentes num mesmo mercado relevante não é suficiente para caracterização de cartel, que dependeria da ocorrência dos “plus factors” ou adicionais fatores.”

Documento de Trabalho nº 40 - SEAE/MF

“(…) 3.1. A semelhança dos preços de revenda de combustíveis é indicio de cartel?”

A resposta é não.

(…)

Entretanto, a mera semelhança de preços não pode ser encarada como um indicio robusto do cartel, não sendo suficiente para motivar uma denúncia. O motivo para essa constatação também não é de difícil entendimento, uma vez que, em algumas situações, a igualdade de preços é um resultado esperado caso o mercado apresente determinadas características.

3.2. Nem mesmo o reajuste simultâneo dos preços dos combustíveis é indicio suficiente de cartel?

A exemplo da situação descrita no tópico anterior, o reajuste simultâneo ou em datas próximas na revenda de combustíveis também não constitui indicio forte de cartelização no segmento. Isso porque o mero paralelismo de conduta não é – e nem pode ser considerado – ilícito à concorrência, ainda mais levando-se em consideração a dinâmica presente no mercado de combustíveis.

Assim, em mercados que apresentem produtos homogêneos, com poucos produtores e vários revendedores, o único aspecto que varia, alterando as fatias de mercado, é o preço. Logo, podemos retirar as experiências do CADE com relação à fixação e alterações de preço para obter nossas conclusões.

O paralelismo de preços, em mercados com essas características, nos parece até natural de acontecer; pois, se um fornecedor apresentar preços muito vantajosos com relação ao concorrente, ele passará a atender a uma maior fatia do mercado, com notável prejuízo para o outro. E, se o preço for abusivamente reduzido, poderemos entrar na seara de outras medidas anticoncorrenciais (*dumping*, p. ex.), o que não é o objeto do presente estudo.

Assim, repetimos, seria temerário chegar à conclusão de que movimentos paralelos de condutas devam ser sempre entendidos como reflexos de acordo

colusivo entre empresas concorrentes. Em mercados oligopolizados, outros indícios são necessários para configurar um ilícito concorrencial, valendo destacar, nesse sentido, as opiniões de Vasconcelos & Vasconcelos (2005), Mello (2002), Correa (2001) e Motta (2004).

Para sustentar um caso de cartel em mercados oligopolizados, é necessário demonstrar que o paralelismo de conduta não teria explicação racional, a não ser a hipótese de cartel. A literatura antitruste refere-se a essa hipótese como a doutrina do “paralelismo *plus*”, sendo certo que já existe jurisprudência do CADE aplicando a mesma. No Processo Administrativo nº 08000.015337/97-48, foi reconhecida a existência de Cartel, pois as TRÊS maiores empresas de um mesmo setor reajustaram seus preços em datas e percentuais próximos após uma reunião. Nesse caso, o CADE entendeu que havia indícios de que as empresas teriam de fato acordado o reajuste, uma vez que não foram identificadas possibilidades lógicas de a prática ter ocorrido em razão de outros fatores que a justificaria do ponto de vista legal. Ou seja, somente um acordo explicaria o paralelismo no reajuste dos preços. Outro exemplo é das Companhias Aéreas, que foram acusadas de reajustarem seus preços dias após seus dirigentes terem se reunido. Em seu julgamento, o CADE entendeu que as explicações apontadas como possíveis causas para o reajuste de preços simultâneo não se sustentariam. Ou seja, seria necessário que fosse demonstrado um fator adicional comprovando que a única explicação para o paralelismo de conduta seria o conluio.

Assim, por todo o exposto, entendemos que as alterações de preço de serviços não caracteriza, pelo menos a uma primeira vista, a formação de um cartel. Para que se caracterize a cartelização de determinado segmento, é imprescindível que se ateste a ocorrência de colusão (acordo malicioso entre duas ou mais partes com o objetivo de fraudar terceiros). Outrossim, tal acordo, caso existente, eventualmente seria tácito (não escrito, sem formalização) e com comprovação impossível de ser realizada, por razões óbvias.

Cada caso deve ser analisado de forma individualizada, coletando-se maior quantidade possível de dados, instruindo a denúncia e assim obtendo-se um parecer favorável do órgão competente. Caso contrário, nada será obtido.

1. COELHO, Fabio Ulhoa. *Direito Antitruste Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

2. Processo Administrativo nº 08012.004086/2000-21.