

PARALELISMO DE PREÇOS E O “CARTEL DA PONTE AÉREA”

*João Paulo G. Leal**

Introdução

Em 15 de setembro de 2004, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) condenou a Tam, Varig, Vasp e Transbrasil por formação de cartel, quando do aumento dos preços das passagens da ponte aérea “Rio–São Paulo”, ocorrido em agosto de 1999. Foi imposta a multa mínima, correspondente a 1% do faturamento bruto de então, obtido com a comercialização de passagens para aqueles destinos, entre outras penalidades de cunho não pecuniário (Processo Administrativo nº 08012.000677/1999-70). A decisão foi alcançada por quatro votos a dois: Conselheiros Luiz Prado, Luiz Scaloppe, Ricardo Cueva, Roberto Pfeiffer; sendo vencidos os votos dos Conselheiros Elizabeth Farina, presidente, e Thompson Andrade, relator do processo.

Os fatos investigados, transcorridos cerca de cinco anos desde a instauração do processo, parecem simples: (i) foi realizada em 3 de agosto de 1999 uma reunião em um hotel de São Paulo entre os presidentes das empresas; (ii) em 9 de agosto daquele ano os preços das passagens da ponte aérea aumentaram 10%.

Estão presentes aparentemente os elementos necessários à aplicação da “doutrina do paralelismo *plus*”: foi observado um comportamento (aumento de preço), que, por suas características, tais como uniformidade e proximidade dos reajustes, não poderia ser explicado por outros fatores, exceto pela existência (que se infere) de um acordo para sua adoção; e a reunião entre presidentes das empresas, dias antes do aumento, estabeleceria o *plus*, isto é, a vinculação entre o comportamento dos preços e o momento do suposto conluio.

A prática de cartel – sua definição e efeitos sobre o mercado são resumidos no item 1 abaixo – é de difícil comprovação (atas de reuniões, escutas telefônicas, testemunhos etc.), pois é algo sabidamente ilegal. Mas, na ausência de provas dessa natureza, a observação de “comportamentos paralelos” (coincidência temporal de aumentos de preços, por exemplo) é um indício, pois poderia ser o resultado de uma combinação entre concorrentes. A base do

* Economista da Edgard Pereira & Associados (EDAP). Opiniões de responsabilidade do autor.

paralelismo *plus* está no reforço mútuo proporcionado pela concomitância de elementos de natureza factual e comportamental.

Mas a aplicação da doutrina em investigações concretas enfrenta muitos obstáculos, como ilustra o “caso da ponte aérea”. Os fatos investigados nesse processo – a “mecânica” do aumento do preço e as dúvidas subjacentes – são bem mais complexos e, em grandes linhas, são apresentados no item 2¹. O item 3 é dedicado a algumas considerações sobre a decisão propriamente dita.

1. Breve caracterização econômica da conduta

Um cartel, definido em termos bastante amplos, é toda forma de coordenação de decisões entre empresas concorrentes que elimine a rivalidade entre elas e busque a obtenção de lucros mais elevados do que seriam auferidos na ausência do cartel.

A última frase, que qualifica o sentido de “coordenação de decisões”, é bastante dúbia. Todas as decisões coordenadas necessariamente eliminam a concorrência, desde que definida em um sentido mais amplo, como capacidade das empresas agirem independentemente², em condições de incerteza quanto às decisões e às reações dos concorrentes. Qualquer decisão coordenada, ademais, possivelmente objetiva criar condições para a obtenção de lucros mais elevados do que seriam obtidos sem a existência delas.

Deve-se distinguir, na prática, entre, de um lado, o cartel aceitável, que, por ter essa condição, não é chamado de cartel, mas de “colaboração entre competidores”, e, de outro, o cartel ilícito.

Os *Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors* (2000), da *Federal Trade Commission* e do *Department of Justice*, do governo norte-americano, trazem pormenorizada análise do tema, razão pela qual basta mencionar que na raiz da distinção entre o “bom” e o “mau” cartel encontra-se a presença ou a ausência de objetivos virtuosos, que versem *latu*

¹ Faz-se referência unicamente aos votos do Conselheiro-Relator e votos de vista proferidos nos autos e que estão disponíveis em <http://www.cade.gov.br>.

² “Agreements among competitors, often referred to as ‘horizontal’ agreements, are implicit or explicit agreements that restrict competitors’ ability to act independently. The term encompasses a broad range of conduct, from joint ventures, joint advertising or marketing, or trade association activities, to price-fixing and bid rigging.” OCDE / Banco Mundial (1998).

sensu sobre o uso mais eficiente dos recursos disponíveis entre os concorrentes. Na presença de efeitos compensatórios, a autoridade julgadora deve aplicar a regra da razão, procedendo ao balanço dos prós (eficiências almejadas e obteníveis) e contras (riscos de aumento de preços, redução da produção etc.) da colaboração entre concorrentes.

Em outros casos, quando se está diante de acordos que não tenham outros objetivos que não a supressão da concorrência e a criação de condições para o exercício de posição dominante, nos termos dos *Guidelines*, tais acordos são considerados ilegais *per se*:

“Agreements Challenged as Per Se Illegal. Agreements of a type that always or almost always tends to raise price or to reduce output are per se illegal. The Agencies challenge such agreements, once identified, as per se illegal. Types of agreements that have been held per se illegal include agreements among competitors to fix prices or output, rig bids, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce. The courts conclusively presume such agreements, once identified, to be illegal, without inquiring into their claimed business purposes, anticompetitive harms, procompetitive benefits, or overall competitive effects. The Department of Justice prosecutes participants in hard-core cartel agreements criminally.” (FTC/DOJ, 2000)

A menção à ilegalidade *per se* da prática de cartel foi feita propositalmente, tema caro e espinhoso no meio jurídico. Não pertencendo a ele, apenas participando dele, fica-se livre para uma simples opinião.

Há acordos analisados pela regra da razão, porque não estabelecem mecanismos de fixação de preços, divisão de mercado, entre outras restrições concorrenciais mencionadas acima e analisadas em detalhe nos *Guidelines*. Nesses casos é feito o cotejo de possíveis riscos à concorrência e ganhos de eficiência proporcionados pelo acordo.

Mas o que dizer de um acordo com as seguintes características?

(i) todos os concorrentes em dado mercado estão próximos da plena utilização de suas respectivas fábricas, e o mercado segue em crescimento, lento, mas contínuo, (ii) é estabelecido entre todos os concorrentes um cronograma de ampliação da capacidade produtiva (por exemplo, primeiro um, depois o outro e assim sucessivamente), bem como regras de compensação entre as empresas envolvidas.

O exemplo refere-se a um tipo de divisão de mercado. O aspecto fundamental da concorrência entre capitais, que é o investimento (e não só o pre-

ço!), deixa de existir. Em compensação evita-se que o retardamento de decisões individuais comprometa o abastecimento do mercado (com elevação dos preços). Do mesmo modo, elimina-se o problema que ocorreria caso cada empresa independentemente ampliasse sua capacidade produtiva, de modo que, no todo e no fim, haveria baixa utilização da capacidade instalada total e, conseqüentemente, desperdício de recursos e aumento do custo médio de produção.

O que se afirma, e que pode parecer ingênuo, é que é tênue a distinção entre acordos lícito e eventualmente ilícito³. No exemplo acima, o busílis talvez recaia apenas sobre o caráter secreto ou público do acordo. Como um contrato submetido ao escrutínio das autoridades competentes, um acordo com aquelas características pode ser visto sob ótica diferente. Todo acordo/contrato que trate de temas quaisquer de natureza concorrencial deve ser analisado sob a regra da razão (e o será na prática), sem atender a qualquer posição dogmática preestabelecida. Vale a redundância: só não devem ser analisados os argumentos de defesa quando estes, na prática, são inexistentes.

Retomando o curso da caracterização econômica dos cartéis, esses são equiparados a um monopólio para efeito de determinação de impactos sobre o bem-estar dos consumidores do(s) produto(s) ou serviço(s) comercializado(s). Como ilustra o gráfico abaixo (já que se trata de análise econômica), em um mercado perfeitamente competitivo a oferta de cada firma considerada é tão pequena que, variando individualmente, não é jamais capaz de alterar as condições de equilíbrio dadas pelo mercado⁴.

³ Calixto Salomão (2001) afirma que o valor jurídico a ser preservado contra a prática de cartel é a concorrência. “É, portanto, o objetivo realizável de dominar o mercado através de ajuste entre empresas fator chave para caracterização da antijuridicidade.” Parece haver concordância sobre a necessidade de uma abordagem menos esquemática, que privilegie a análise caso a caso, orientada, acima de tudo, para a manutenção da concorrência. Pode-se até pinçar a seguinte frase no referido artigo: “Isso não significa tender a uma regra per se sobre cartéis que impeça qualquer tipo de acordo.” Em se tratando de um acordo entre concorrentes, quanto ou que tipo da concorrência pode ser supressa em favor da obtenção de níveis mais elevados de eficiência (em consonância com o § 1º do art. 54 da Lei 8.884/94)?

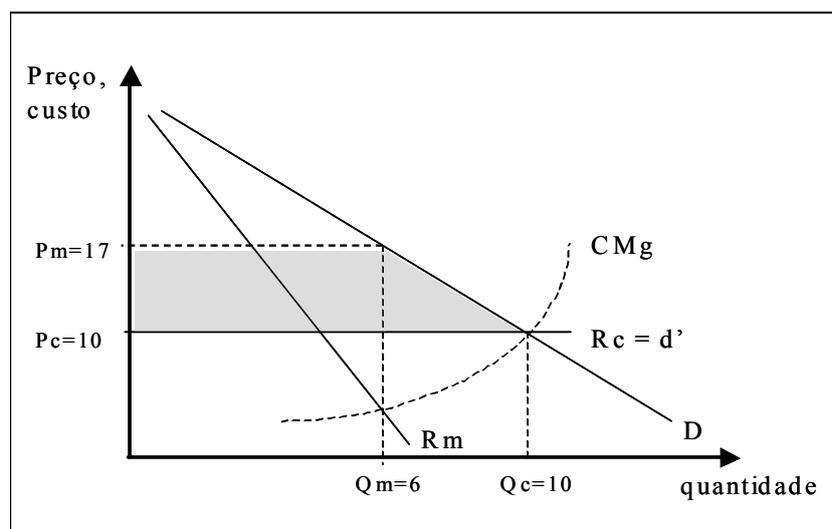
⁴ Esse “modelo” depende crucialmente de hipóteses restritivas acerca, por exemplo, do comportamento dos custos até o limite da capacidade de produção da empresa (que não podem ser ao menos constantes; têm de ser crescentes), do comportamento dos consumidores diante dos produtos ofertantes (eles têm de ser indiferentes às marcas ou qualquer outra forma de apelo comercial, subjetivo ou objetivo, associado ao produto, que, assim, seria perfeitamente homogêneo para os consumidores). Não são hipóteses apenas simplificadoras, formuladas para facilitar e apreender o essencial da análise. Se deixadas de lado, os resultados do “modelo” caem por terra, inclusive para fins normativos, mas isso é outra discussão.

Assim, o mercado como um todo apresenta a curva de demanda D , mas a empresa tem a curva de demanda d' , perfeitamente elástica para o preço de equilíbrio $P_c = 10$ (a esse preço, a empresa poderia aumentar indefinidamente sua própria oferta atomística, sem provocar uma redução do preço de mercado). A empresa competitiva, então, deve limitar-se a ajustar a quantidade produzida de forma a igualar sua receita marginal R_c (igual a $P_c = 10$) ao seu custo marginal CM_g , em $Q_c = 10$. O preço $P_c = 10$, portanto, é um preço de equilíbrio, com o qual a empresa competitiva auferir lucros “normais” ou, justamente, lucros competitivos.

Não há estímulo para aumentar a quantidade vendida, pois o aumento da receita obtida com a 11ª unidade vendida (e seguintes) não compensaria o aumento do custo incorrido com a produção dessa unidade (e as seguintes). De maneira semelhante, não seria racional restringir vendas, pois, mantido inalterado o preço de mercado, a redução dos custos por unidade não produzida não compensaria a perda de receita por unidade não comercializada.

No mercado competitivo, a rigor, verifica-se muito pouca concorrência, identificada como estratégias individuais que visem aumentar vendas, lucros ou qualquer outro objetivo. Exceto pelas mudanças nas condições impessoais e exógenas, que dizem respeito a todo o mercado demandante e/ou ofertante, as empresas competitivas limitam-se a ajustar quantidades a serem produzidas ao preço dado pelo mercado.

Gráfico



Fonte: Elaboração própria.

A situação de um monopólio ou de um cartel constituído por todas as empresas atuantes no mercado em questão é expressa pelo “reconhecimento” da verdadeira curva de demanda do mercado. A empresa monopolista ou o cartel tem ciência de que, ao variar as quantidades ofertadas, o preço varia na direção inversa, mas não na mesma proporção, o que é expresso graficamente pela receita marginal Rm negativamente inclinada. O equilíbrio da firma (igual ao do mercado) passa a ocorrer na quantidade $Q_m = 6$, em que a receita marginal igual o custo marginal, ao preço $P_m = 17$.

Na ausência de efeitos compensatórios aceitos como válidos, a cartelização traz perdas de bem-estar para o conjunto dos consumidores dos produtos em questão. Em relação a um mercado perfeitamente competitivo, como na ilustração acima, a perda do chamado excedente do consumidor é igual (desconsiderando a transferência de renda para os produtores) à área em cinza no gráfico, correspondente tanto à diminuição da quantidade consumida (de $Q_c = 10$ para $Q_m = 6$), quanto ao preço maior pago pela quantidade consumida remanescente (de $P_c = 10$ para $P_m = 17$).

Cartéis, para concluir, sempre significam a eliminação de “alguma” concorrência (e quanto mais abrangente esse conceito, maior o escopo do que há para ser eliminado). De um lado, podem ser identificados os acordos que trazem suas restrições de natureza concorrencial como algo acessório ou instrumental para se alcançar objetivos defensáveis. Justamente por terem *a priori* tais características, muitas vezes são públicos e tornados públicos de livre e espontânea vontade.

De outro, quando o acordo não foi previamente submetido ao escrutínio público e quando não há evidências formais que demonstrem cabalmente sua ilicitude, as investigações tendem a deixar de lado considerações sobre efeitos compensatórios e eficiências do acordo, até porque as próprias empresas envolvidas não trazem à tona essa discussão, que poderia ser interpretada como uma confissão de culpa. Ainda assim, como regra, não se deve presumir (por razões de ordem econômica e, possivelmente com mais acerto, por razões jurídicas) a ilegalidade dos acordos sobre preços, quantidades ou divisões de mercado (para citar os casos clássicos).

2. O “caso da ponte aérea” – SÍNTESE dos fatos

Já se mencionou que o comportamento paralelo investigado diz respeito ao aumento em 10% do preço das passagens da ponte aérea, realizado em 9 de agosto. Esse aumento, cronologicamente, foi precedido por uma reunião, ocorrida no dia 3 de agosto, entre os presidentes das empresas envolvidas.

De acordo com as defesas apresentadas, segundo síntese contida no voto do Conselheiro Thompson (relator), a Varig informou ao sistema ATPCO sobre o aumento exatamente às 15h27 do dia 6 de agosto (sexta-feira), a vigorar a partir do dia 9 de agosto (segunda-feira). A segunda empresa a anunciar o aumento, com um intervalo de 50 minutos, foi a Tam, às 16h17 do dia 6 de agosto.

A precisão das horas e minutos é possível pela existência do sistema ATPCO (*Airline Tariff Publishing Company*). Controlado por 24 empresas aéreas, coleta informações sobre cerca de 700 empresas aéreas em todo o mundo e as distribui *on-line* para companhias aéreas e agências de viagens. Considerações mais detalhadas sobre esse sistema encontram-se no item 3.

Tabela

Empresa	Anúncio do Aumento	Horário	Vigência	Percentual de Aumento
Varig	6/ago/1999	15h27	9/ago/1999	10%
Tam	6/ago/1999	16h17	11/ago/1999	10%
Transbrasil	10/ago/1999	13h47	11/ago/1999	10%
Vasp	10/ago/1999	13h57	11/ago/1999	10%

Fonte: Voto do Conselheiro-Relator, Thompson Andrade.

A Seae procedeu, então, à estimação do intervalo de tempo necessário para que, uma vez identificado o aumento da Varig, fosse tomada a decisão pela Tam de também aumentar o preço, e o resultado foi 35 minutos:

a) 2 minutos para o deslocamento do funcionário que tomou ciência do aumento até a vice-presidência; b) 15 minutos para a tomada de decisão pelo vice-presidente; c) mais 2 para deslocamento do funcionário até a gerência de tarifas; d) outros 16 minutos para inserção de dados no sistema e outras providências.

À primeira vista seria perfeitamente possível que a Tam tivesse tomado ciência do aumento via ATPCO e decidido segui-lo no intervalo de até 50 minutos (pois 35 minutos seria o tempo mínimo necessário). Esse resultado, todavia, depende da coincidência temporal entre a entrada do aumento da Varig no sistema e seu conhecimento pela Tam (ou qualquer outra empresa).

Na presunção de que o acesso à informação sobre o aumento só poderia ocorrer pela consulta ativa ao sistema, isto é, que nenhuma informação do próprio ATPCO teria sido enviada a qualquer empresa, a Seae con-

cluiu ser improvável que o intervalo transcorrido entre o anúncio da Varig e seu seguimento pela Tam pudesse ser igual a 50 minutos.

De acordo com depoimentos trazidos aos autos, o sistema ATPCO era consultado pela gerência de tarifas da Tam de 3 a 4 vezes por dia. Tendo em vista que as operações dessa gerência eram de 12 horas por dia, a análise feita pela Seae pode ser assim resumida: a probabilidade de o anúncio do aumento ter sido identificado no exato minuto em que foi feito é igual a 1 em 720, multiplicado por 4, pois a jornada da gerência de tarifas tem 12 horas ou 720 minutos e são feitas 4 checagens por dia, o que resulta em 0,556%. Sob essas premissas, a probabilidade do anúncio ter sido percebido nos primeiros 15 minutos é igual a 8,333% (ou seja, $15 \times 0,556\%$). Desse modo, sob as premissas acima, a probabilidade de a decisão da Tam ter sido tomada em 50 minutos (15 minutos de intervalo até a identificação do aumento da Varig, mais 35 minutos para “resposta” da Tam) seria igual a 8,3%.

Todavia, como relatou o Conselheiro-Relator, o próprio sistema ATPCO anunciava ativamente as mudanças ocorridas 4 vezes ao dia (às 5h30, às 11h, às 15h e às 20h) e precisamente no dia 6 de agosto, quando a Varig anunciou o aumento às 15h27, houve um atraso na divulgação ativa feita pela ATPCO, que ocorreu às 15h29.

Sobre a reunião realizada entre os presidentes das empresas em questão, ainda de acordo com o Relator (p. 10), “a SEAE e a SDE não lograram encontrar nenhum indício concreto de que na ocasião tenha sido tratada a questão do reajuste tarifário na ponte aérea Rio–São Paulo”.

3. Considerações sobre a decisão

No “caso da ponte aérea” são feitas várias referências à “doutrina do paralelismo *plus*”⁵: a presença de “indícios factuais” (o *plus*) e a observação de uma conduta comum aos concorrentes, que, não podendo ser explicada

⁵ “Na falta de evidência inequívoca da realização do acordo, o desempenho do mercado pode servir de evidência da infração se e somente se o acordo entre concorrentes for condição necessária para o desempenho observado. Nesse caso, há que se descartar explicações alternativas para o desempenho do mercado, em termos de preços e de práticas comerciais.” (Conselheira Farina, p. 2).

“Contudo, o paralelismo, em si só, não tem o condão de configurar uma conduta cartelizada [...] Note-se que só deve ser imputada a conduta cartelizada caso não haja outra explicação mais racional para a conduta das Representadas.” (Conselheiro Pfeiffer, p. 10)

racionalmente ou não encontrando outra justificativa lícita, permitiria concluir, então, pela existência de alguma forma de combinação entre concorrentes.

Antes que se possa aprofundar a análise, é importante mencionar o Processo Administrativo nº 08000.015337/97-48, que investigou a coordenação do aumento do preços dos três fabricantes brasileiros de aços planos e que é o principal (senão único) precedente no Cade de aplicação do “paralelismo *plus*”.

Em resumo, a CSN, em 17 de julho de 1996, comunicou aos clientes (fax-circular) o reajuste de preços a vigorar em 1º de agosto daquele ano. Em 22 de julho, Cosipa e Usiminas fizeram comunicado de mesmo teor (percentuais semelhantes de reajuste), cuja data de vigência também seria 1º de agosto. Houve a decisão de seguir o aumento anunciado (com um intervalo de dias), assim como no processo da ponte aérea (com um intervalo de minutos), o que, em si só, não bastava para a caracterização da ilicitude do aumento. Como afirmou o Conselheiro-Relator Ruy Santacruz, relator daquele processo:

“De fato, como será comentado com mais vagar adiante, a prova econômica, indireta, só é aceitável se não houver uma explicação dentro da própria teoria econômica para o fato analisado. Ou seja, se uma situação de mercado só puder ser explicada pela formação de cartel, este restará configurado. Entretanto, se houver outra explicação economicamente racional para o procedimento das empresas ou para o que aconteceu no mercado, a infração não estaria configurada. Assim, se há uma explicação econômica para uma situação de mercado ou para uma conduta empresarial, é necessária uma prova adicional que evidencie a formação de cartel.” (Conselheiro Ruy Santacruz, p. 16).

O *plus* nesse caso foi a reunião realizada no dia 30 de julho de 1996 (entre os anúncios dos aumentos pelas empresas e a data de início de sua aplicação), em que os representantes das empresas e do IBS (Instituto Brasileiro de Siderurgia) comunicaram à Seae o reajuste a vigorar no dia 1º de agosto.

“O que chama a atenção para o processo de reajuste de preços de agosto de 1996 é justamente o fato de que na data da reunião com a SEAE – solicitada pelo setor através do IBS, da qual participaram os diretores comerciais das Representadas – os preços ainda não haviam entrado efetivamente em vigor. Os preços estavam sendo negociados no mercado, caso a caso, individualmente. Dessa forma, os responsáveis pelas políticas comerciais das três usinas brasileiras de aços planos comuns, sob o patrocínio ou não do IBS, não importa, entraram em contato para conversar sobre um reajuste de preços em andamento. Acertaram ir na SEAE ‘explicar’ o aumento de preços, a necessidade do repasse de custos incorridos. Ao manterem contato direto para tratar do reajuste dos preços – não importa se sob o patrocínio do IBS ou não, repito

– os responsáveis pela política comercial das três únicas fornecedoras do mercado suprimiram dos clientes as alternativas de mercado, impondo-se em bloco.” (Conselheiro Ruy Santacruz, p. 28)

Em ambos os casos, e não poderia ser de outro modo, há duas questões principais a serem analisadas: (i) o do *plus* em apreço; e (ii) a existência (ou não) de uma explicação alternativa para o aumento verificado, que afaste o acordo ilícito como condição *sine qua non* para o paralelismo verificado.

3.1. Sobre a reunião realizada no dia 3 de agosto

No caso dos aços planos, o tema da audiência realizada na Seae era conhecido: a comunicação de um aumento de preços ao órgão do governo, que sucedeu vários outros conselhos, comissões e secretarias responsáveis pelo controle de preços. Mas é certo também que o aumento do preço era sabido por todas as empresas envolvidas e que havia um hábito arraigado de prestação de contas aos órgãos governamentais afeitos ao controle de preços. Fatos que justamente ensejaram a marcação da reunião. Atribuir-lhe uma natureza conspiratória⁶ é uma questão de juízo de valor, cujo mérito não compete questionar aqui.

Já no caso da ponte aérea, o Conselheiro-Relator, como se viu, foi categórico ao afirmar que as investigações não produziram nenhuma evidência acerca de que o tema *preços* tenha sido objeto de análise na reunião.

O Conselheiro Scaloppe foi bastante sucinto ao afirmar que a “comprovação dessa prática [de cartel] se deu, primeiramente, a partir da constatação de relação existente entre a reunião realizada em 03 de agosto de 1999 pelos dirigentes das companhias aéreas representadas e o reajuste concertado praticado pelas mesmas” (p. 2).

O Conselheiro Pfeiffer, aludindo às defesas apresentadas⁷, mencionou duas matérias publicadas em jornal nos dias 4 e 11 de agosto, em que se

⁶ “Assim, a reunião na SEAE é um indício incontestável de que as empresas conversaram sobre preços antes do reajuste ter sido praticado. Na verdade, a reunião em si não é o mais grave. O mais grave é que para marcarem a reunião na SEAE para comunicar o reajuste, os três únicos fornecedores de aços planos comuns no país entraram em contato para debater um tema que parecem considerar trivial: PREÇOS. Aliás, se o processo de negociação estava em curso, como foram as empresas comunicar os percentuais de reajuste, que teoricamente eram desconhecidos?” (Conselheiro Ruy Santacruz, p. 28) É razoável supor que a comunicação seria feita sobre o chamado preço de lista e não sobre os novos preços negociados com cada um dos clientes.

⁷ “...deve ser enfrentada a alegação aduzida pelas Representadas de que na aludida

faz referência à reunião do dia 3, na qual se teria discutido “formas de associação” e “política de cooperação”. Diante disso, questiona o Conselheiro: “qual o motivo de ter sido secreta, fechada ao público e à imprensa?” (p. 9).

A reunião não foi propriamente secreta, tanto que foi noticiada no dia seguinte pela imprensa, que, portanto, teve ciência dela no mesmo dia em que foi realizada. Ademais, há inúmeras razões para uma reunião ser fechada ao público. A principal delas, provavelmente, é a manutenção da privacidade, para que os participantes possam fazer suas reflexões, por exemplo, sobre a política governamental para o setor, sem ferir suscetibilidades.

Enfim, parece não haver uma prova irrefutável de que o aumento de preços tenha sido debatido na reunião em questão⁸. Mesmo o Conselheiro Pfeiffer, que concluiu pela existência do ilícito, qualifica-a como um “indício”:

“Fica, assim, ainda mais evidenciado [considerando o conteúdo, já referido, das notícias publicadas na imprensa sobre a reunião] o papel de indício desempenhado por esta reunião, dada a percepção de que nela foram discutidas ‘possíveis formas de associação’ e ‘política de cooperação’” (conselheiro Pfeiffer, p. 9)

A intenção não é hierarquizar indícios, conjecturas e juízos de valor estabelecidos em dois processos diferentes, mas apenas indicar alguns pontos de contato e diferenças encontrados nos casos dos aços planos e da ponte aérea. Neste caso, haveria um pequeno intervalo de tempo entre a realização da reunião (o dia 3 de agosto) e o aumento verificado (dia 9 de agosto). Não foi produzida nenhuma prova sobre o conteúdo da reunião. No caso anterior, o momento da conspiração pode ser definido como o da própria reunião realizada na Seae ou se inferir, como parece ter sido feito, que a comunicação entre as empresas deu-se previamente, em torno dos preparativos para a reu-

reunião foram apenas discutidas questões ligadas às empresas de transporte aéreo, principalmente em virtude de projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional, para alterar o Código Brasileiro de Aeronáutica e criar uma Agência Nacional de Aviação Civil.” (p. 8).

⁸“Da análise dos elementos trazidos aos autos, não restou comprovado, por documento ou testemunho, que um acordo para a elevação coordenada das tarifas tivesse sido firmado na reunião realizada em 03 de agosto de 1999, em São Paulo, da qual participaram os presidentes das companhias aéreas que operavam à época na ponte aérea. A reunião poderia servir, no entanto, como evidência acessória na tentativa de limitar a concorrência.” (Conselheira Farina, p. 3).

nião na Seae. Não há dúvida de que o tema *preços* foi objeto da reunião. O histórico de controle de preços e as atávicas convocações para prestação de esclarecimentos parece não ter sido considerados ou não foram suficientes para retirar-lhe o suposto caráter conspiratório.

3.2. *Sobre o comportamento paralelo*

Os fatos investigados, tal como apresentados no voto do Conselheiro-Relator, levaram-no a concluir que:

“Ficou evidente que a rapidez com que o sistema ATPCO divulgou para o mercado (companhias aéreas e agências de turismo) o reajustamento da tarifa da Varig permitiu à TAM realizar o *matching* 50 minutos depois, sendo acompanhadas pelas demais empresas (Transbrasil e Vasp) 4 dias depois, sendo justificável o paralelismo de preços neste mercado. Tampouco foi provado que o uso da ferramenta *first ticket date* tenha facilitado qualquer acordo anticompetitivo, tendo em vista que não houve tempo hábil para troca de informações e nem houve alteração da tarifa definida inicialmente.” (Conselheiro Thompson, p. 10)

São vários os questionamentos encontrados nos votos dos demais Conselheiros, entre os quais são destacados os que seguem: (i) possibilidade material de a Tam ter tomado conhecimento do aumento da Varig e anunciado seu próprio aumento no sistema ATPCO no intervalo verificado de 50 minutos; (ii) utilização do *first ticket date* para comunicação prévia entre concorrentes; (iii) ausência de justificativa para o aumento do preço; (iv) existência da liderança de preços pela Varig; e (v) racionalidade da Tam e das demais empresas ao seguirem o aumento anunciado pela Varig.

(i) Tempo de reação da Tam

Como visto, o Conselheiro-Relator afirmou que a Seae determinara em 35 minutos o tempo mínimo necessário para a reação da Tam (anúncio do próprio aumento). Consta do seu voto também que o sistema ATPCO comunicou ativamente às companhias aéreas o reajuste da Varig às 15h29 e, portanto, houve tempo hábil para que a Tam tomasse ciência do fato e decidisse seguir o aumento no intervalo de 50 minutos.

A análise dos votos dos Conselheiros Scaloppe e Pfeiffer não permitiu identificar informação ou arrazoado que negasse a possibilidade material de o aumento anunciado pela Varig ter sido seguido pela Tam em 50 minutos.

(ii) *Comunicação via ATPCO*

A utilização do Sistema ATPCO ou, mais propriamente, do instrumento do *first ticket date*⁹ para fins de coordenação das decisões entre as empresas envolvidas foi considerada no voto do Conselheiro-Relator (“ao possibilitar o acesso a informações quase instantâneas sobre a implementação das estratégias comerciais das rivais, torna mais fácil o esboço de uma reação, ampliando os incentivos para a realização de acordos anticompetitivos.” – p. 7). Sua característica mais preocupante reside na possibilidade de determinada empresa fazer o anúncio do aumento para entrada em vigor em data futura, abrindo um intervalo de tempo para que as empresas concorrentes adiram ao aumento ou, ao contrário, para que a própria empresa que primeiro o anunciou recue de sua intenção, sem ônus e sem qualquer tipo de efeito prático sobre o mercado¹⁰.

No presente caso, o anúncio do aumento pela Varig foi feito simultaneamente para clientes (agentes de viagens) e concorrentes, não tendo sido realizada a comunicação prévia e exclusiva entre concorrentes. A Conselheira Farina, por exemplo, afirma que:

“Esse mecanismo [o sistema ATPCO] funcionaria como instrumento do acordo se ficasse restrito às empresas aéreas e estas pudessem testar várias estratégias de preços. No entanto, a VARIG divulgou sua decisão simultaneamente para o sistema ATPCO e para as agências de viagens, como consta nos autos às fls. 2855, não tendo utilizado, portanto, o mecanismo do *first ticket*

⁹ O Conselheiro Pfeiffer faz menção também à comunicação pela Varig, via telex para seus agentes, do aumento a ser realizado em três dias: “Esta comunicação antecipada pode ser vista como um sinal aos demais concorrentes que podiam segui-la ou não. Assim, caso eles não efetivassem o aumento, ainda haveria tempo hábil para a VARIG retroceder em sua decisão.” (Conselheiro Pfeiffer, p. 10). Essa comunicação via telex, tendo sido feita a três dias do aumento do preço, foi posterior ao anúncio do aumento via sistema ATPCO, que permanece sendo a única questão relevante.

¹⁰ Em maio de 1994 foi concluída uma investigação nos Estados Unidos da América, cujos termos do acordo estabeleciam que o ATPCO impossibilitaria o conhecimento antecipado por concorrentes de aumentos futuros, entre outras providências. No âmbito do Processo Administrativo em consideração foi adotada pela SDE medida preventiva de teor semelhante ao da decisão norte-americana e no Processo Administrativo nº 08012.002028/2002-24, instaurado para apurar possíveis condutas ilegais praticadas pela ATPCO, foi firmado um Termo de Compromisso de Cessação, *ad referendum* do Cade, no qual a ATPCO comprometeu-se a adotar as medidas necessárias à restauração da livre concorrência.

date. Além disso, não se encontra nos autos um histórico de variações de preços que indicasse o uso desse mecanismo para coordenar as decisões dos rivais, como exigiria a metodologia do *paralelismo plus*, configurando uma estratégia de liderança colusiva de preços.” (Conselheira Farina, p. 4)

Deve-se observar que essa característica (aumento anunciado ao mercado) também está presente no caso dos aços planos. Aqui, o anúncio do aumento pela CSN foi feito diretamente aos clientes e exclusivamente a eles, o que o diferencia do anúncio feito pela Varig e coloca a questão da forma de disseminação da informação para os concorrentes no mercado de aços planos. O estabelecimento, posteriormente, de negociações individuais não invalida o princípio geral: à medida que a informação é passada ao mercado, mesmo em se tratando de um aumento a vigorar no futuro, há um comprometimento por parte da empresa e qualquer recuo resulta em ônus. Não é trivial supor que, apesar disso, o anúncio seja tornado público apenas para “tomar o pulso” dos concorrentes, que podem validar ou não o movimento do rival.

(iii) Justificativa para o aumento do preço

O Conselheiro Pfeiffer menciona que, como o DAC (Departamento de Aviação Civil) havia autorizado um aumento de 10,9% no preço da passagem já em 9 de junho de 1999, não haveria justificativa para que o aumento fosse efetivado pela Varig (e depois seguido pelos concorrentes) apenas em 9 de agosto de 1999:

“Se a situação das empresas aéreas era tão sufocante, não há como explicar por que a líder de preços preferiu passar mais dois meses em recessão (sem responder aos anseios das concorrentes), do que aumentar imediatamente após a autorização da Agência Regulatória do Setor” (p. 14)¹¹

Cabe uma especulação. Embora o DAC tenha autorizado o aumento em junho, talvez a protelação estivesse associada ao aumento sazonal da demanda no mês subsequente. É possível que em julho, por ser um período de férias, houvesse uma alteração do perfil dos passageiros, cuja demanda pode ser mais sensível ao nível de preços.

¹¹ O Conselheiro cita ainda o parecer da Seae: “Todas as empresas confirmaram o reajuste de preços de 10% (por meio da redução dos descontos), mas nenhuma das empresas justificou fundamentalmente a escolha do percentual adotado ou a escolha da data de 9 de agosto de 1999” (p. 14).

De qualquer modo, parece que o questionamento envereda para um tema que não é propriamente o de uma investigação de cartel. Não se trata de justificar cada aumento em si, mas a racionalidade dos comportamentos paralelos como um todo. Dito de outro modo, busca-se identificar os elementos que permitam concluir pela existência de um conluio¹², caso contrário, isto é, analisado cada aumento de preço individualmente, sem conexão com os demais, o que fatalmente acontecerá é que a primeira empresa a reajustar seus preços (que havia sido autorizado e, portanto, seria legítimo a qualquer tempo) pode ter tido a livre iniciativa de fazê-lo; as demais justificam seus reajustes justamente a partir do primeiro aumento do preço.

(iv) A liderança de preços

Os Conselheiros Scaloppe e Pfeiffer, citando a Seae, questionam a própria liderança de preço exercida pela Varig:

“Todavia, a SEAE/MF rejeitou a ocorrência desse fenômeno da liderança de preços, dado que, a Varig não teria participação no mercado suficiente para caracterizar a liderança de preços de empresa dominante, pois, as suas concorrentes teriam significativa participação, chegando a 55,8% do mercado.” (Conselheiro Scaloppe, p. 3)

O Conselheiro Ruy Santacruz, no processo dos aços planos, desenvolveu raciocínio semelhante e a alternância da liderança de preços então verificada foi um dos elementos considerados para a condenação das empresas envolvidas:

“No reajuste de 1996, a CSN anunciou primeiro sua intenção de reajuste e marcou data para efetivá-lo. Sua concorrente Usiminas seguiu o anúncio e mar-

¹² “Ocorre infração à ordem econômica na forma de cartel mesmo que o aumento de preços vise a repassar custos. Aumentos de preços alcançados através do acordo entre concorrentes são abusivos, sendo impostos aos consumidores privados de alternativas. Mesmo supondo que o reajuste de preços significa um repasse de custos aos clientes, a questão é que o montante do repasse depende não apenas da variação do custo, mas das condições do mercado, das condições da oferta e da demanda. Imposto através do conluio, o repasse é maior do que o que seria obtido sem a conduta anticompetitiva. De fato, demonstrado o conluio, torna-se desnecessário até mesmo verificar se o aumento de preços foi efetivamente superior ao que teria ocorrido na sua ausência, pois este é o próprio objetivo do acordo” (Conselheiro Ruy Santacruz, p. 5-6).

cou a mesma data para a sua efetivação – sem saber se a líder de fato reajustaria seus preços e em que montante. Em 1997, novamente a CSN anunciou sua intenção de reajuste e foi seguida nisso pela Usiminas. Entretanto, Usiminas marcou seu reajuste antes do reajuste da CSN. Ou seja, sem esperar para tomar ciência de quanto seria o reajuste efetivamente praticado pela CSN, líder de preços, anunciou e praticou seus novos preços. Isso não guarda nenhum sentido com toda [sic] as explicações apresentadas pelas defesas, nem com a teoria econômica disponível. Usiminas não seguiu líder algum. Não houve processo de liderança de preços a partir da CSN.” (Conselheiro Ruy Santacruz, p. 26)

A liderança de preços, no entanto, é um fenômeno complexo. Não há necessariamente identidade entre a empresa que toma a iniciativa de aumentar seu preço (a líder de preço) e a empresa que possui maior participação no mercado (a líder de mercado)¹³. Essa é a conclusão a que chegou a Conselheira Farina:

“20. Em relação à indefinição da liderança no mercado, há que se distinguir dois sentidos da expressão. Em geral, entende-se por ‘líder’ a empresa que detém participação no mercado suficiente para influenciar a determinação dos preços dos concorrentes e eventualmente para punir condutas mais agressivas das rivais. Entretanto, ‘líder’ também designa a empresa que toma a iniciativa de alterar radicalmente o ambiente competitivo. Os modelos simplificados de liderança de preços supõem muitas vezes que o detentor da maior parcela de mercado é quem tem mais condições materiais de ditar os preços: o líder fixa os preços e a franja acompanha, para evitar estratégias punitivas. Entretanto, trata-se de um modelo abstrato. Não há uma relação necessária entre deter a maior parcela do mercado e tomar a iniciativa na implementação de estratégias.

21. Com isso, o fato de as empresas se alternarem na tomada de iniciativas não refuta a possibilidade da liderança de preços.” (Conselheira Farina, p. 4)

É mais improvável ainda que a liderança de preços seja estabelecida a partir da participação de determinada empresa em um mercado relevante

¹³ De acordo com Scherer (1970), não há regra estabelecida, isto é, não há um atributo específico que torne determinada empresa a “líder de preços”, nem mesmo o fato de deter a maior participação no mercado. Em sua análise da indústria siderúrgica norte-americana, o autor faz menção ao aumento de preços verificado em 1958 (p. 176): “Eventually Armco, with roughly 4.4 percent of industry capacity, announced an increase, which was followed by US Steel and the rest of the industry.”

específico. Na citação acima, é mencionada participação de mercado da Varig e das demais empresas especificamente com relação ao mercado relevante definido para a investigação: o da ponte aérea “Rio–São Paulo” (vale notar, de qualquer modo, que, se três outras empresas somavam 55,8% de participação nesse mercado relevante, a Varig sozinha respondia por 44,2%).

A importância da ponte aérea é grande, sem dúvida, mas não contempla o conjunto das atividades das empresas em questão, inclusive no exterior, onde a importância da Varig foi tradicionalmente mais elevada. A decisão sobre “seguir ou não seguir o aumento do líder” deve levar em conta, por exemplo, os lucros que podem ser obtidos com o reajuste igual ao do líder ou, na hipótese de uma “guerra de preços”, os lucros e os custos associados a ela. Em linhas gerais (pois essas considerações são retomadas à frente), não é só o comportamento do mercado (demanda, elasticidade etc.) que tende a pautar a decisão de seguir o líder, mas também as perspectivas quanto às reações de todas as empresas atuantes no mercado caso uma delas decida não adotar o comportamento paralelo.

(v) Racionalidade do paralelismo

O Conselheiro Pfeiffer traz à berlinda a racionalidade da adoção do aumento uniforme dos preços pelas demais empresas, que seguiram o aumento efetivado pela Varig:

“Com efeito, dada a capacidade ociosa e a primeira movimentação da VARIG, as outras poderiam conseguir a migração dos consumidores descontentes com o aumento da VARIG apenas mantendo os mesmos preços [...] Dado o produto homogêneo ofertado pelas Companhias Aéreas, e a necessária redução nos gastos, por parte de todos, se as companhias se mantivessem estáticas, nada impediria uma migração de consumidores da VARIG para as outras. Inclusive, esta migração seria sem qualquer ônus, nem mesmo a necessidade de investir em publicidade.” (Conselheiro Pfeiffer, p. 15)

A Conselheira Farina, acertadamente, chama a atenção para a complexidade dos cálculos e das estimações necessárias para se determinar, simplesmente com base em expectativas de lucros futuros, qual seria a situação mais conveniente para as demais empresas: aumentar também seus preços, auferindo lucro unitário mais elevado ainda que sobre um total de passagens comercializadas menor; ou manter o preço inalterado, com aumento da volume total de lucros obtidos.

“23. O argumento de que duas empresas não teriam incentivos para seguir a líder, em virtude da baixa taxa de ocupação, depende de hipóteses auxiliares e do conhecimento da estrutura de custos das empresas. Não se determinou em quanto a taxa de ocupação deveria aumentar para compensar o aumento de 10% nas tarifas. Assim, a inferência de que, em vista dos altos custos fixos, ‘seria bem mais vantajoso se essas empresas praticassem reajustes menores ...’ (fls. 2.765 dos autos, página 94 da Nota Técnica da SDE) não decorre somente das informações constantes dos autos, mas de suposições sobre as elasticidades da demanda e sobre as curvas de custo das empresas. Além disso, não há um histórico suficiente de reações de preço que afastem o comportamento não cooperativo, conforme recomenda a metodologia *paralelismo plus*.” (p. 5)

Em complementação, cabe enfatizar outro elemento pouco explorado no exame de decisões sobre aumentar ou não o preço diante do aumento realizado por empresa concorrente. O paralelismo de conduta pode ser resultado de um acordo prévio, com também pode ser expressão da racionalidade de empresas atuando em mercados concentrados e que sabidamente têm decisões interdependentes. Não é apenas a expectativa de lucro que se tem sob as hipóteses de seguir ou não o aumento já realizado que dita a decisão das demais empresas, que também têm de considerar os riscos de associados a comportamentos disruptivos, que venham a alterar as condições de equilíbrio alcançadas no mercado.

“When firms know they are highly interdependent, how can competition authorities help ensure they compete instead of find various ways to co-operate? That, in essence, is the ‘oligopoly problem’ confronting competition offices everywhere, especially in markets where collusion is particularly profitable and easy. Obviously, part of the solution is to prosecute and heavily sanction explicit collusion. Unfortunately, the more effective this is, the more firms interested in colluding will tend to substitute other means of co-operation which do not produce the kind of evidence prosecutors need to win a cartel case. To a limited extent such behaviour can be addressed with an expanded definition of what constitutes an agreement. This approach will eventually, however, reach limits beyond which it becomes a largely futile attempt to make firms ignore their interdependence and refrain from acting as rational profit-maximisers.” [OCDE – Committee of Competition Law and Policy (1999)]

Esse parágrafo encerra toda a perplexidade causada ao se observar a estrutura de mercado (oligopólio) que, por inúmeras razões baseadas na racionalidade econômica, persevera em adotar, em condições normais, compor-

tamentos cooperativos ou, principalmente, não destrutivos – o que é diferente e muito mais significativo para as empresas inseridas em mercados concentrados.

Viu-se anteriormente que o comportamento de um cartel consiste em suprimir a concorrência em preço entre as empresas participantes (para mencionar o caso mais clássico). Pode-se estabelecer um único preço uniforme a ser observado ou um gradiente de preços a serem praticados. Não importa. O que interessa a um cartel é que o preço ou os preços mais elevados não sofram mudanças uns em relação aos outros, alterando participações de mercado e desestabilizando o próprio acordo. Em mercados oligopolistas, os preços de cada empresa, decididos autonomamente, tendem a observar a mesma regra: não provocar reações dos rivais, cujo alcance se desconhece¹⁴.

As chaves para a compreensão da “compulsão cooperativa” das empresas oligopolistas são a interdependência de suas decisões, bem como a simetria de poder de mercado detido por cada uma delas. Nada que possam fazer passará despercebido dos concorrentes. Ao contrário da empresa “robinsoniana” da concorrência perfeita, cuja dimensão, tão pequena, torna suas ações imperceptíveis para os demais, qualquer esforço competitivo empregado por uma empresa oligopolista é prontamente reconhecido e, dependendo de sua natureza e das circunstâncias, ensejará reações altamente adversas. As armas detidas por uma (*e.g.*, poder para financiar uma longa e custosa guerra de preços) têm o mesmo calibre das armas dos concorrentes.

Cooperar não significa necessariamente, por exemplo, aumentar preços conjuntamente para que todas as empresas ganhem. Cooperar normalmente significa “não fazer marola” ou, mais formalmente, manter o equilíbrio do mercado, que é o resultado histórico de um sem-número de interações entre as empresas estabelecidas. Cooperar é manter o *status quo*. Mais imperativo ainda do que obter lucros mais elevados (cooperando), é evitar que ações destemperadas levem os concorrentes a adotar comportamentos destrutivos, iniciando um percurso de perdas generalizadas, cujo resultado final é desconhecido e, portanto, deve ser evitado. Entendida a “cooperação” não como uma ação afirmativa, mas como “inação”, torna-se ainda mais complexo lidar com o “problema do oligopólio”.

¹⁴ Há vários excelentes trabalhos sobre a formação de preços em oligopólios. Por trazerem concepções algo diferentes, sugere-se a leitura de Stigler (1964) e Scherer (1970).

Considerações finais

Está-se novamente diante da “doutrina do paralelismo *plus*”. Primeiro, identificar indícios de “paralelismos de conduta” a partir da observação do comportamento de empresas. Segundo, distinguir entre os que são aceitáveis, expressão de comportamentos racionais e interdependentes e, por isso, inerentes aos mercados concentrados, e os que se constituem em desvios, em níveis mais elevados de colaboração, que só podem ser obtidos mediante acordos prévios, formais ou informais, entre os concorrentes. Finalmente, como se trata de distinção extremamente complexa, estabelecer nexos de causalidade entre o comportamento observado e indícios factuais de conspiração (o *plus*).

É inegável que a decisão no “caso da ponte aérea”, quanto vista de uma perspectiva mais ampla, caminha na direção correta, ao confirmar a jurisprudência brasileira ainda incipiente, que afirma a necessidade da presença daqueles dois elementos factuais e comportamentais para a afirmação da existência de um cartel. Porém, os elementos coligidos nos votos favoráveis e contrários à condenação das empresas envolvidas permitem identificar um padrão pouco rígido de afirmação tanto de uma coisa, quanto de outra.

Sabe-se que houve uma reunião – noticiada no dia seguinte pela imprensa – entre presidentes das empresas envolvidas. Não se sabe ou, mais precisamente, não se estabeleceu nos autos nenhuma prova acerca de seu conteúdo, sobre o qual apenas se especula ou se faz uma valoração subjetiva. Demonstrou-se que o paralelismo identificado foi material ou cronologicamente possível e, portanto, realizável na prática sem a necessária combinação entre as partes. No sentido da probabilidade econômica, o “debate” trazido nos votos proferidos parece indicar que, sim, havia uma explicação alternativa para o paralelismo, baseada na racionalidade econômica subjacente à liderança de preços.

Referências bibliográficas

Federal Trade Commission / Department of Justice (2000). Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors. Disponível em <http://www.ftc.org>.

OCDE / Banco Mundial (1998). *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy.* Disponível em <http://www.oecd.org>.

OCDE – Committee of Competition Law and Policy (1999). “Background

Note”. OCDE (1999) *Oligopoly*.

Salomão, Calixto (2001). “Apontamentos para Formulação de uma Teoria Jurídica dos Cartéis”. *Revista de Direito Mercantil*, vol. 121.

Scherer, Frederic (1970). *Industrial Market Structure and Economic Performance*. Boston, Houghton Mifflin Company, 1980 (2ª edição).

Stigler, George (1964). “A Theory of Oligopoly”. *Journal of Political Economy*. Vol. LXXII, nº 1. Reimpresso em: *The Organization of Industry*. Chicago, The University of Chicago Press, 1968.

João Paulo G. Leal

proleal@yahoo.com.br

Edgard Pereira & Associados

