

SOBRE AS CONDUITAS ANTICOMPETITIVAS DAS ASSOCIAÇÕES COMERCIAIS

*José Carlos da Silva Nogueira**

Introdução

O Direito Antitruste tem a sua base fincada na idéia de que apesar de existir um movimento de mercado em que a competição tende a ser reconhecida como a ferramenta essencial para o desenvolvimento tecnológico da sociedade, com todas as vantagens advindas desse processo, ações deletérias dos agentes econômicos transformaram-se em um dos principais receios daqueles para o qual esse mercado ágil e competitivo deve ser sempre estimulado e as condutas que possam servir de impedimento a esse objetivo devem ser sempre punidas com todo o rigor das leis adequadas à espécie.

Assim, pode-se dizer que as leis de proteção à ordem concorrencial obedecem ao princípio de que em um mercado competitivo, com a existência de um razoável número de fabricantes de um mesmo bem, ou prestadores de um mesmo serviço, os preços e a qualidade desses produtos serão sempre mais atraentes para os seus respectivos consumidores. Isso significa dizer que quanto maior for o número de competidores em um determinado mercado material e geográfico, maior será a vantagem outorgada aos consumidores via preço e qualidade.

Nesses termos, a política antitruste procura atingir a certos objetivos que visam garantir, por quatro amplos espaços dentro do universo econômico¹, o mercado competitivo, que por sua vez é capaz de promover um bem estar social a partir da oferta de produtos de boa qualidade a preços acessíveis. Nesse sentido, é certo que a política antitruste deve possibilitar o alcance de uma desejável performance econômica pelos agentes econômicos envolvidos no mercado específico, garantir a continuidade do processo competitivo no mercado relevante como um fim em si mesmo, estabelecer as regras para que o processo competitivo ocorra dentro dos princípios jurídicos básicos e, por fim, a prevenção quanto ao alargamento

* Mestre em Direito Comparado e Econômico pela University of San Francisco – CA

¹ Carl Kaysen & Donald F. Turner in *Antitrust Policy* 11-20 (1959).

dos agentes econômicos, evitando um indesejável aumento de poder de mercado.²

A política antitruste visa, portanto, dar garantias à concorrência considerando a expressão em causa como sendo a promoção que cada agente econômico busca fazer de sua empresa, com a finalidade de atingir ao lucro possível. Para dar garantias à concorrência, considerando que o mercado pensado em termos liberal clássico foi incapaz de assegurar a necessária competitividade, uma vez que foi possível perceber o incremento de certos grupos econômicos a nível monopolístico, estabeleceu-se parâmetros de comportamento para as firmas lançadas no mercado.

Carl Kaysen & Donald F. Turner, in *Antitrust Policy*, 1959 – Harvard University Press – comentam sobre os resultados econômicos desejáveis afirmando que esses são os resultados perseguidos na economia como um todo. Nesse ponto, os autores acima citados lembram que é importante encontrar (i) eficiência no uso dos recursos, ou seja, a realização do maior número de produtos a partir do número de recursos disponíveis, (ii) crescimento do total de produtos e desenvolvimento de tecnologias que permitam a produção desses produtos com menos custo possível, (iii) uma certa estabilidade entre produção e emprego e, por fim (iv) uma distribuição equilibrada de resultados.

Não sendo objeto de nossas preocupações os itens acima mencionados, consideramos apropriado avançarmos no tema de nosso trabalho apresentando, ainda, dentro dos quatro apontados espaços do universo econômico, a linha da política antitruste. Assim, devemos abraçar o entendimento usual sobre o segundo ponto comentado que revela a necessidade da promoção de um processo competitivo.

Nesse ponto, o que se pode afirmar é que a competitividade é um fim que deve ser buscado independentemente do resultado econômico que de sua prática possa advir. É verdade que esse tipo de entendimento não encontra unanimidade entre os especialistas na matéria, uma vez que as Escolas

² Poder de Mercado pode ser definido como a capacidade (ou o poder) que uma firma tem de para fixar preços acima do nível competitivo de forma significativa e persistente. É verdade que o Poder de Mercado definido como sendo relacionado a preço é apenas uma forma de reconhecimento dessa condição por ser a de mais fácil aplicação e entendimento. E isto porque o Poder de Mercado pode ser exercido de várias formas conforme demonstra o artigo 21 da lei nº 8.884, do ano de 1994.

promotoras dos estudos acerca da política antitruste (Harvard / Chicago) divergem desse contexto, o que resulta em significativas mudanças de rumo nas decisões dos órgãos responsáveis pelo sistema de proteção à ordem concorrencial. Porém, não é estranho afirmar que a linha de pensamento que abraça a idéia da concorrência como um fim em si mesmo tem sido a de maior impacto tanto no mercado internacional quando no sistema pátrio.³

De qualquer forma, o que se pode aferir da afirmação de que a competição deve ser um fim em si mesmo é a idéia de que agentes econômicos com significativo poder de mercado devem ser monitorados e a elevação desse poder de ser coibida para se conter práticas monopolísticas que possivelmente devem advir dessa condição de domínio. Um mercado competitivo, sob esse ponto de vista, estabelece que as empresas inseridas em um determinado setor trabalhem próximas a idéias de lucros obtidos em longo prazo ao invés de assegurar lucros monopolísticos contrários aos interesses do mercado, e, em circunstância final, contrários aos interesses do consumidor e da economia como um todo.

Para tanto, é preciso que existam condutas corretas e justas, adequadas às normas jurídicas vigentes já estabelecidas para garantir o mercado competitivo, e capazes de se contraporem às práticas abusivas daqueles que eventualmente possuem poder de mercado. Desse modo, tipicamente são identificadas como práticas abusivas àquelas que permitem o ganho de poder de mercado utilizando-se de práticas coercitivas, a partir de um poder de mercado já existente. Assim, práticas tidas usualmente como *business bargaining* podem resultar na compreensão de condutas prontas para açambarcar o mercado, inibindo possíveis entrantes e eliminando os agentes econômicos competidores.

³ Revista do IBRAC – volume 10 número 3/ 2003 – “Os objetivos das Políticas de Defesa da Concorrência: A Escola de Harvard e a Escola de Chicago” – “Escola de Harvard, hegemônica na orientação da política antitruste norte-americana e de outros países entre as décadas de 50 e de 80, cujo conjunto de propostas teórico normativas tem como pilar de apoio o modelo de estrutura-conduta – desempenho (ECD). De outro lado, se encontra a “Escola de Chicago”, também conhecida como efficiency school, cujas origens teóricas remontam ao início dos anos 50, mas que somente passou a exercer sua influência sobre as políticas de defesa da concorrência dos E.U.A – de outros países, como o Brasil – a partir do início dos anos 80. Cada uma dessas Escolas, apesar dos elementos comuns, tem propostas diferentes para os objetivos das políticas de defesa da concorrência, gerando um debate perene em torno das metas mais adequadas e dos seus efeitos sobre o bem estar econômico e social (Dewey, 1990).”

No entanto, todos os atos praticados pelos agentes econômicos que possam ter causado impacto negativo em seus concorrentes deverão ser analisados de acordo com as normas jurídicas e econômicas, identificando a possibilidade de práticas abusivas por parte daqueles detentores do poder de mercado para se avaliar o prejuízo produzido ao mercado e a competitividade, como elementos de controle social.⁴ Esses atos que podem vir a ser considerados anticompetitivos estão previstos, sem ser de maneira exaustiva, como se verá mais adiante, no próprio corpo da legislação pátria que se ocupa da defesa da concorrência.

Dentro dos quatro campos de atuação da política antitruste no universo econômico pode-se apontar o controle quanto às estruturas de mercado, em que se procura evitar o aumento desproporcional em relação ao mercado dos agentes econômicos que buscam o crescimento de suas firmas por meio de operações societárias capazes de incrementar o seu poder de mercado. Esse último campo de atuação está diretamente ligado à concepção de ser possível e desejável promover uma certa distribuição de controle social com a divisão do mercado entre firmas relativamente menores do que mercados em que grandes corporações estão em atividade⁵.

A concepção de controle das estruturas de mercado remonta o período de início da prática antitruste nos Estados Unidos da América no período Jeffersiano. À época, então, considerou-se que as firmas, de forma individualizadas, eram politicamente irresponsáveis, mantendo completamente afastado de seu centro de interesses um compromisso com o bem estar social e a evolução da sociedade, e que, por conseqüência, grandes firmas deveriam

⁴ As práticas anticompetitivas estão lançadas no artigo 21, e incisos, da Lei nº 8.884, do ano de 1994, em caráter exemplificativo. Por meio das condutas exemplificadas é possível perceber as várias formas com que agentes econômicos podem exercer um certo Poder de Mercado, a fim de garantir a predominância no mercado eliminando os seus concorrentes ou bloqueando a entradas de possíveis competidores.

⁵ Esse entendimento é decorrente da própria Lei 8.884/94 que estabelece como requisitos para a aprovação de atos de concentração a inovação tecnológica, com realocação de recursos, os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente, e não se elimine a concorrência, além de outros. Se hoje no Brasil não há um comprometimento por parte das autoridades antitruste com as regras insertas na Lei acima citada, pautando as suas decisões em uma linha estreita de eficiência-pura, grande prejuízo se está imputando a sociedade na medida em que não se alcança, em face da situação econômica brasileira, com defasagem na distribuição de renda e estrutura concentrada da propriedade, o que deveria ser o objetivo da Política Antitruste, ou seja, o bem estar social.

ser consideradas extremamente perigosas. De fato, a experiência tem demonstrado que estruturas excessivamente concentradas tendem a apresentar condutas, por parte das firmas, infrativas, visando a eliminação dos concorrentes ou então visando impedir a entrada de novos agentes no mercado específico.

Em face de tais condições pode-se notar que as legislações de defesa da concorrência, no âmbito nacional e no âmbito internacional, preocupam-se em impedir a concentração de mercado, via controle de poder econômico. De fato, a larga experiência demonstra que tanto melhor que reprimir as condutas consideradas anticompetitivas é impedir que condições se estabeleçam de forma a permitir que atos contrários à concorrência dominem o cenário econômico.

Por outro lado, em alguns mercados a excessiva concentração ocorre porque certos segmentos exigem uma alta concentração de investimentos, de tecnologia e técnicas de administração, não suportando, por conseqüência, um número acirrado de competidores⁶. Contudo, segundo entendimento consensual, independentemente das condições pouco propícias para um mercado de competitividade acelerada, tendo em vista as possibilidades de os agentes econômicos burlarem a regra de uma *fair competition*, devem valer as normas legais segundo as quais a concentração de mercado deve ser evitada, permitindo-se a existência do maior número de competidores possíveis, sendo a análise em relação ao mercado diferenciado⁷ uma exceção à regra principal.

A legislação brasileira

Com base nesses preceitos a legislação brasileira estampou as regras para a defesa da concorrência no País. A atual Lei de Defesa da Concorrência – nº 8.884, do ano de 1994 – atende às inclinações do direito internacional na matéria, e, ainda, aos preceitos estabelecidos na Constituição Federal, especialmente o artigo 173, parágrafo 4, que trata da repressão ao abuso de poder econômico⁸. A partir de então foram promovidos dois aspectos essenciais para a coordenação do sistema de proteção à ordem concorrencial e é nesses dois aspectos que se encontram os pilares da defesa da concorrência e as sua principais características.

⁶ Siderúrgicas e Aviação como exemplos.

⁷ Aquele que por força do alto grau de investimentos tecnológicos e financeiros impede a entrada de vários competidores no mercado relevante.

⁸ Comentar o que eu digo no meu artigo na página 214 sobre o artigo 170.

Os dois pilares existentes na Lei de Defesa da Concorrência são os dois instrumentos para a efetivação de seus objetivos, que são lançados da seguinte forma:

- (i) controle preventivo das estruturas de mercado concentradas;
- (ii) controle repressivo das condutas anticoncorrenciais.

O controle preventivo, estabelecido no artigo 54 da Lei n 8.884, do ano de 1994, tem o condão de impedir a concentração de mercado por meios artificiosos⁹. Assim, os negócios jurídicos articulados por agentes econômicos que tenham um faturamento bruto superior a R\$ 400.000,00 (quatrocentos milhões de reais), ou caso a operação em debate resulte em uma participação acima de 20% do mercado relevante, devem ser submetidos ao sistema de proteção à ordem concorrencial, a fim de se evitar que estruturas de mercados sejam consolidadas com poder de mercado capaz de impedir a competitividade do setor.

Nesse caso, os órgãos que compõem o sistema de proteção à ordem econômica, procurando assegurar um ambiente competitivo, evitando o surgimento de estruturas que ponham em risco esse ambiente desejável, promovem uma avaliação das operações societárias nos exatos termos do parágrafo 3 do artigo acima mencionado, estando as firmas envolvidas na operação obrigadas a apresentar o negócio realizado dentro de um determinado período de tempo (quinze dias úteis).

De qualquer forma, não parece interessante desenvolvermos essa primeira ferramenta do sistema de proteção à ordem concorrencial por não se tratar do objeto de nossa presente análise. De fato, o presente trabalho

⁹ Ganho de poder de mercado considerado natural, ou seja, decorrentes de uma conduta produtiva em matéria tecnológica – patentes, por exemplo -, além de talento administrativo, não deve ser considerado prejudicial pelo setor de proteção à competitividade. Ao contrário, o ganho natural deve ser entendido como o prêmio que o agente econômico detentor de significativa capacidade empresarial deve receber pelos seus esforços e criatividade. Além do mais certas concentrações não representam prejuízos potenciais para o mercado se houver, sob uma perspectiva econômica, uma razoável elasticidade da demanda. Nesse sentido, Posner (1992: 300) esclarece que: “so the greater the elasticity of demand, the smaller the ratio of the monopoly to the competitive price, and the less monopoly power the firm will have.”

prende-se, com mais vigor, as condutas anticoncorrenciais, segundo pilar da Lei n 8884, do ano de 1994. E o controle repressivo tem por objetivo coibir as práticas anticompetitivas tanto de natureza vertical – ao longo da cadeia produtiva – quanto aquelas de natureza horizontal – dentro de um mesmo mercado -, por parte de empresas que detém o Poder de Mercado¹⁰.

Evidentemente, as operações e as práticas que podem acarretar, em tese, prejuízo ao mercado – em face de um Poder de Mercado existente -, e que estão previstas nos artigos 20 e 21 da Lei comentada, deverão ser analisadas de forma cuidadosa¹¹. A verificação de ganhos significativos de eficiência econômica, por exemplo, que tragam vantagens para o bem comum, agregando valor ao mercado existente, deve prevalecer para que se possa obter uma aplicação eficiente da legislação aplicável à espécie.

As possíveis práticas anticoncorrenciais das associações comerciais

É no cenário das práticas anticompetitivas que podemos encontrar alguns atos patrocinados pelas associações comerciais possíveis de serem considerados indicadores de conduta concertada. De acordo com a literatura nacional e internacional, bem como decisões prolatadas no Brasil e nos Estados Unidos da América, pouca dúvida resta quanto ao entendimento de que as associações comerciais podem contribuir para atacar o mercado ou mesmo prejudicar um cenário de competitividade dentro de um determinado segmento mercadológico¹².

¹⁰ Nesse ponto é importante notar que a análise de certos elementos do mercado (mercado relevante, posição da empresa no mercado, barreiras à entrada etc) merece verificação para se avaliar a capacidade de um determinado agente econômico produzir prejuízos para o mercado a partir de práticas tidas, em um primeiro momento, como anticoncorrenciais. É certo, porém, que certos atos serão considerados ilegais *per se* independentemente da estrutura do mercado dada a sua malignidade para a concorrência, como o caso de práticas cartelizadas.

¹¹ É importante apontar que em termos gerais pode-se dizer que as condutas previstas no artigo 21 conduzem ao cenário estampado pelos incisos lançados no artigo 20.

¹² No caso *American Column and Lumber Co. v. United States* a Suprema Corte dos Estados Unidos da América reconheceu haver violação da legislação antitruste a partir da divulgação de preços entre os competidores. Na verdade foi identificado que os membros daquela associação encontravam-se frequentemente para discutir preços, métodos de benefícios e incentivos, quantidades para serem comercializadas e para ficarem em estoque. Existia, no caso, inclusive penas impostas para aqueles que não se comportassem de acordo com as normas estabelecidas, evidenciando um verdadeiro “gentlemen’s agreement”.

Como se sabe, as associações comerciais são entes jurídicos de direito privado. É de se notar que as empresas que compõem o ente em questão não se confundem com a sua própria estrutura, na medida em que cada associado tem a sua própria individualidade, não sendo possível, pois, confundir a existência jurídica das pessoas envolvidas. Assim, é verdade que as associações têm a sua própria individualidade, a sua própria autonomia, não se confundindo com a personalidade de seus membros afiliados.

As associações comerciais se propõem a uma série de atividades que no mais das vezes não podem ser consideradas como restritivas ou ameaçadoras à ordem concorrencial. Na verdade, em sua grande maioria as atividades das associações são extremamente benéficas, tanto para os seus associados quanto para aqueles que se utilizam dos serviços e/ou produtos lançados por seus membros, podendo-se apontar dentre essas atividades as reuniões para melhor orientar os seus associados sobre o nível de serviço ou produtos lançados no mercado, arbitragem entre os seus afiliados e consumidores diretos e indiretos, defesa dos interesses da categoria perante autoridade e publicação de periódicos sobre as atividades de seus componentes.

As associações comerciais também costumam promover outros tipos de atividades que muitas das vezes são objetos de análise tanto pelos órgãos de proteção à concorrência quanto pelo Ministério Público Federal. Essas atividades costumam levantar suspeita pelos órgãos acima comentados por força da divulgação de dados acerca de preços, condições de compra e venda de mercadorias, produção e outras informações sobre o cenário do mercado envolvido. A partir disso, dúvidas sobre o comportamento dos membros da associação podem surgir na medida em que certas informações podem ser usadas para práticas anticompetitivas.

O CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – tem apresentado decisões no sentido de condenar associações comerciais por atentarem contra a ordem econômica, conforme se verifica do voto proferido pela i. professora Lúcia Helena Salgado, Conselheira daquela Autarquia à época, quando esclarece no Processo Administrativo nº 155/94 que:

“A jurisprudência brasileira, contudo, é clara quanto à conduta de imposição de tabelas de preços entre concorrentes. Em 14 de fevereiro de 1996 o Conselho Administrativo de Defesa Econômica decidiu pela procedência da representação da Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados contra

a Associação Médica Brasileira¹³, aplicando multa e determinando a cessação da prática, além das seguintes providências entre outras: 1. abster-se de divulgar ou recomendar tabela de honorários médicos e serviços hospitalares ou instrumento similar que promova a uniformização dos preços de tais serviços; 2. comunicar à entidades associadas ou vinculadas que a tabela existente não poderia ser utilizada nem reajustada; 3.- determinar às entidades vinculadas ou associadas que comuniquem a decisão do CADE às entidades prestadoras de serviços médicos ou intermediários que adotam a tabela da AMB.”

Ainda nessa linha de entendimento, podemos verificar a jurisprudência firmada pela Autarquia competente no Processo Administrativo 121, do ano de 1992, contra o Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino no Estado de São Paulo, em que o Conselheiro- Relator Marcelo Soares frisou o seguinte:

“As orientações tomadas em Assembléia Geral Extraordinária como também os contratos que nela se baseiam demonstram a existência de um agente com poderes suficientes para influenciar e induzir a adoção de conduta uniforme entre concorrentes, em detrimento do livre mercado e dos consumidores, esses últimos tolhidos no seu direito de escolha.”

Divulgação de informações (inclusive para fins de cartelização)

De fato, as associações comerciais, por meio da divulgação de certas informações, podem contribuir significativamente com a competitividade do setor quando apresentam dados que permitem os seus membros saberem em que níveis devem estabelecer os seus preços de forma a poder competir de forma eficiente. As informações sobre as matérias primas e/ou os estoques também podem ser significativas e importantes porque são capazes de oferecer condições para os associados conhecerem os preços e as quantidades antes de negociarem a mercadoria.

Contudo, as informações sobre preços também podem servir para a adoção de práticas concertadas, como o cartel, que necessita de algumas condições propícias para ser implementado¹⁴. Nessa seara, a associação

¹³ Processo Administrativo nº 61/92.

¹⁴ Para a implementação dos Cartéis certas condições estruturais costumam existir de

comercial pode servir de instrumento ou orientadora de práticas ilícitas¹⁵ na medida em que as informações que advêm de suas reuniões, de suas deliberações, ou mesmo de encontros informais, podem estar disponibilizadas exatamente para a condução de políticas concertadas por parte de seus membros.¹⁶ Portanto, o raciocínio legal para a responsabilização de associações comerciais por práticas contrárias à concorrência é no sentido de que apesar do permissivo constitucional à livre associação (artigo 5, inciso XVII da Constituição Federal)¹⁷ deixar evidenciado a legitimidade do agrupamento de entes privados, o mesmo não autoriza a adoção de práticas

forma a estimular o seu desenvolvimento. Assim, podemos apontar (i) uma elevada concentração da produção e da venda, uma vez que a negociação, implementação e monitoramento de acordos de preços é mais fácil em tal situação; (ii) elevadas barreiras à entrada, fazendo com que o acordo entre as firmas envolvidas no processo de cartelização não seja prejudicado por novos entrantes; (iii) a presença de sunk costs elevados, evitando a entrada do tipo “hit and run” por parte de potenciais entrantes; (iv) a presença de significativa economia de escala (evitam também a entrada de pequenos concorrentes e se atende a idéia de um mercado concentrado); (v) elevada homogeneidade do produto, pois assim se encontra maior facilidade de monitoramento entre as firmas praticantes da atividade colusiva; (vi) ausência de diferenças significativas entre as empresa envolvidas em termos de economia de escala e tecnologia (a diferenciação acaba por resultar em uma maior dificuldade de implementação do acordo, uma vez que as firmas avançadas não seriam atraídas em função de terem posição de destaque no mercado); (vii) demanda com pequenas flutuações.

Esses pontos apenas indicam condições estruturais que podem ser propícias à prática cartelizada, mas outros resultados de mercado devem ser analisados para se verificar os indícios da prática anticompetitiva.

¹⁵ No caso U.S vs Container Corp. of America restou estabelecido que: “when the market is inelastic and the number in it is small, the exchange of price information tends to restrain trade and restrict competition”

¹⁶ Como se sabe, as práticas ilícitas não costumam estar estampadas em atas de reuniões, sendo incomum que pessoas tendentes a estabelecer atos anticompetitivos promovam registros de suas deliberações sabendo-se que tal documento constituiria prova irrefutável de sua conduta criminosa. É por essa razão, e por serem as associações entes jurídicos reconhecidos constitucionalmente que todos os atos denunciados e investigados pelos órgãos de proteção à concorrência merecem uma análise, em geral, com base na regra da razão (isso significa que as medidas adotadas pelas associações não podem ser consideradas ilegais per se).

¹⁷ O artigo 5, inciso XVII da Constituição Federal estabelece que: “é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar.

que afrontam outro preceito constitucional; o que estabelece o princípio da livre concorrência (artigo 170, inciso IV da Constituição Federal)¹⁸.

Destarte, é fundamental que as associações reconheçam os seus limites como entidades jurídicas, capazes que são de fomentar o mercado, contribuir para a eficiência de seus membros, mas não podem, sob pena de responderem perante os órgãos de proteção à concorrência e ao Poder Judiciário por atos ilícitos contrários ao sistema de competição estabelecido pelo princípio da livre concorrência, patrocinar condutas que venham a açambarcar o mercado e restringir a competitividades do setor¹⁹.

Em decisões da Suprema Corte Americana podemos perceber a linha adotada pelos órgãos internacionais acerca das condutas das associações comerciais e seus limites como provedoras de informações e entidade atuante a favor dos interesses de seus associados. No caso *National Society of Professional Engineers* a Suprema Corte Americana decidiu, ainda que de forma indireta, que a associação era capaz e responsável por conspirar, combinar e acordar práticas anticompetitivas que contrariavam as regras norte americanas (*Sherman Act*), e que, por conseqüência, não era sustentável a defesa no sentido de que a associação, pelo seu caráter legítimo, reconhecido pela ordem legal, estaria isenta das responsabilidades insertas nas regras do antitruste²⁰.

E a respeito da troca de informações sobre preços, o caso *U.S vs. Container Corp. of America* é emblemático²¹. Nesse caso, em razão de haver uma inelasticidade da demanda, a troca, ainda que informal, de informações a respeito dos preços praticados pelos agentes econômicos do mercado relevante analisado apontava para uma conduta concertada na medida em que os preços findaram por aparecer, em um determinado período de tempo, de forma semelhante. E essa prática foi compreendida pela Suprema Corte como uma conspiração para fixação de preços.

¹⁸ O artigo 170 da Constituição Federal estabelece que: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV – livre concorrência.

¹⁹ A bem da verdade, a restrição do mercado não pode ser interessante para uma associação legítima, na medida em que, ao menos em tese, quanto maior o número de associados maior será a sua receita e poder de convencimento perante às autoridades para obter benefícios do interesse da categoria.

²⁰ 435 U.S. 679 (1978)

²¹ 393 U.S. 333 (1969)

A decisão do Juiz Douglas reconheceu que a prática adotada pelos Container Manufacturers conduzia a uma estabilização indesejada dos preços por meio de um acordo informal de preços. Em parte de sua decisão o Juiz em questão assentou que:

“The result of this reciprocal exchange of prices was to stabilize prices though at a downward level. Knowledge of competitor’s price usually meant matching that price. The continuation of some price competition is not fatal to the Government’s case. The limitation or reduction of price competition brings the case within the ban, for as we held in *United States v. Socony – Vacuum Oil Co.*, supra, 310 U.S at 224, n 59, interference with the setting of price by free market forces is unlawful per se. Price information exchanged in some markets may have no effect on a truly competitive price. But the corrugated container industry is dominated by relatively few sellers. The product is fungible and the competition for sales is price. The demand is inelastic, as buyers place orders only for immediate, short-run needs. The exchange of price data tends toward price uniformity. For a lower price does not mean a larger share of the available business but a sharing of the existing business at of § 1 of the Sherman Act. As we said in *United States v. Socony- Vacuum Oil Co.* “in terms of market operations, stabilization is but on form of manipulation.” The inferences are irresistible that the exchange of price information has had an anticompetitive effect in the industry, chilling the vigor of price competition. The agreement in the present case, though somewhat casual, is analogous to *American Column & Lumber Co. v. United States*, 257 U.S. 377; *United States v. American Linseed Oil. Co.*, 262 U.S. 371.

Price is too critical, too sensitive a control to allow it to be used even an informal manner to restrain competition.”

Em decisão que acompanhou a Corte, o Juiz Fortas reconhece que a simples troca de informações sobre preços não pode ser considerada violação *per se* da regras antitruste. Contudo, como no caso em apreço, a ação adotada pelas firmas do setor revela-se inapropriada em termos de controle da concorrência, e, por conseqüência, ilegal. O Juiz em questão apontou em sua decisão que a troca de informações possibilitou uma regulação indesejável de preços a partir do acordo informal realizado pelos agentes econômicos envolvidos no caso. Assim, asseverou o i. magistrado:

“In summary, the record shows that the defendants sought and obtained from competitors who were part of the arrangement information about the competitors’ prices to specific customers. “In the majority of instances,” the District Court found, once a defendant had this information he quoted substantially the same price as the competitor, although a higher or lower price would “occasionally” be quoted. Thus the exchange of prices made it possible for individual defendants confidently to name a price equal to that which their competitors were asking. The obvious effect was to “stabilize” prices by joint arrangement – at least to limit any price cuts to the minimum necessary to meet competition. In addition, there was evidence that in some instances, during periods when various defendants ceased exchanging prices exceptionally sharp and vigorous price reductions resulted.

On this record, taking into account the specially sensitive function of the price term in the antitrust equation, I cannot see that we would be justified in reaching any conclusion other than that defendants’ tacit agreement to exchange information about current prices to specific customers did in fact substantially limit the amount of price competition in the industry. That being so, there is no need to consider the possibility of a per se violation.”

Como se vê, na decisão em causa a Corte deixou evidenciado que em um cenário de mercado com demanda inelástica não existe razão para esse tipo de acordo que não seja regular preços, motivo suficiente para haver a repreensão da Corte para os agentes econômicos daquele mercado. O acordo informal revelado no caso analisado demonstrou haver um interesse por parte dos agentes econômicos envolvidos em permanecer adotando preços regulados a partir das revelações obtidas pelas informações colhidas entre as firmas condenadas. É importante notar que esse mercado se apresentava como um mercado em desenvolvimento, com crescimento significativo de empresas no setor, em função de baixas barreiras à entrada existentes, ainda que com uma demanda inelástica, mas ainda assim, devido às evidências de um mercado concentrado em padrão preço, a Corte resolveu apontar a ilicitude do acordo informal realizado para a troca de informações de preços praticados.

A padronização de condutas promovida pelas associações

Em outra linha de atuação concertada, na esteira das hipóteses acima levantadas, a literatura internacional aponta para a padronização de condutas

diferenciadas de fixação de preços. Para não fugirmos do ponto importante para a nossa análise convém não estabelecermos discussão sobre se a prática de padronização de comportamento diferenciada de preço está mais próxima de uma análise de fixação de preços ou de um grupo de boicote²².

Na ação concertada para estabelecer padrões de comportamento não vinculado a preços, os órgãos de proteção à concorrência tendem a fazer uma análise racional do mercado, verificando as condições estruturais do segmento em questão, para compreender se a prática tem como consequência a restrição do mercado por meios artificiosos, condenando, eventualmente, as condutas restritivas²³. No caso *Chicago Board of Trade v. United States* – 246 U.S. 231, 38 S. Ct. 242, 62 L.Ed. 683, a Suprema Corte do Estados Unidos da América considerou não haver nenhuma violação aos comandos antitruste por ter sido estabelecida uma simples padronização de horário para a negociação de grãos. Restou estabelecido que uma regulação mínima não pode ser considerada uma infração, sendo certo que para a Corte o teste de legalidade passava por verificar se a restrição apresentada pela formalidade feita pela associação promovia a competitividade ou a eliminava. Considerando que a associação estabeleceu que depois de uma determinada hora o valor do grão estaria determinado de acordo com a cotação do final do dia, mas que nada impedia de o agente econômico, caso quisesse pagar um preço menor, esperasse pelo dia seguinte, a Corte entendeu não haver risco para a competição do setor, que somente afetava o mercado de Chicago e de forma ínfima.

O Juiz Brandeis lançou os seguintes comentários finais sobre o caso:

²² Essa diferenciação é de suma importância porque a fixação de preços será considerada ilegal per se enquanto que uma acusação de grupo de boicote deverá, em regra, seguir o princípio de uma análise antitruste baseada na regra da razão

²³ Em *Sullivan – Antitrust* – p. 275, o autor comenta o caso *National Macaroni Manufacturers Association v. FTC* com a seguinte nota: “the case is perhaps unique in predicating liability almost solely upon the standardization program. There, a disastrous growing season had driven up the price of durum wheat and manufacturers of macaroni had agreed to a standardized reduction of about fifty percent in the use of this flour in their products. All these aspects of the recipe were not standardized; it was anticipated that less expensive wheats than durum would be utilized in its stead. The court viewed this concerted activity, which directly tended to reduce the market for durum wheat and to depress its price and which manifestly had that purpose, as tantamount to price fixing and it held the program unlawful.”

“The restraint imposed by the rule is less severe than that sustained in *Anderson v. United States*, 171 U.S. 604. Every board of trade and nearly every trade organization imposes some restraint upon the conduct of business by its members. Those relating to the hours in which business may be done are common, and they make a special appeal where, as here, they tend to shorten the working day or, at least, limit the period of most exacting activity. The decree of the District Court is reversed with directions to dismiss the bill.”

Grupo de boicote

Em casos envolvendo recusa por parte de agentes econômicos, competidores, em tese, entre si, em comercializar com outras firmas existentes no mercado, as decisões apontam para o reconhecimento de que práticas dessa natureza, submetidas à regra da razão²⁴, podem ser consideradas como atos contrários ao princípio da livre concorrência. Esse tipo de conduta, quando entre competidores, tem a natureza de uma infração em nível horizontal. Em uma segunda possibilidade existe a relação de natureza vertical, que se revela quando um determinado grupo de firmas força um fornecedor ou distribuidor a romper relações comerciais com um competidor daquele grupo. Ainda que o resultado seja em nível horizontal o acordo foi realizado em linha vertical²⁵.

O grupo de boicote clássico procura proteger os seus membros da competitividade que pode ser estabelecida por agentes econômicos não pertencentes ao grupo associado. E a forma pela qual grupos de boicote agem é por meio de ações concertadas, que impedem a entrada de potenciais concorrentes no mercado, ou padronizando comportamentos que podem eliminar as firmas competidoras que não atendem as expectativas daquele determinado grupo. Sullivan, in *Antitrust*, ed. West Group, à página 230, esclarece, em poucas palavras, as condições propostas por um grupo de boicote da seguinte forma:

²⁴ Pelas regras norte americanas poderá se verificar que o ato praticado merece ser considerado ilegal per se o que resultará em uma não apreciação de possíveis benefícios econômicos advindos da prática analisada.

²⁵ Nesse sentido, poder-se-ia definir o Grupo de Boicote como um grupo de firmas que agem de maneira concertada para restringir o mercado impedindo que outros concorrentes participem ou sejam excluídos do setor envolvido garantido assim o seu Poder de Mercado.

“The boycotting group members, in effect, say to their suppliers or to their customers, *“if you don’t stop dealing with non-group members, we will stop dealing with you”*. If continued trade with group members is more important to a supplier or customer than is trading with non-group members, this threat will be effective. And if all suppliers or customers reached in this manner are, in the aggregate, of significant commercial importance to the non-group members, the boycott will be successful and the victims of the boycott will have been foreclosed from competing with the perpetrators of the boycott.”

No julgamento da *Associated Press v. United States* – 326 U.S 1 (1945) restou decidido que quando firmas que competem entre si estabelecem, de forma concertada, por meio de deliberações e/ou resoluções, que outras firmas, do mercado direto ou indireto, não poderão usufruir dos seus produtos, existe a violação da legislação antitruste. No caso em apreço, a associação processada tentava evitar que outras firmas existentes no mercado e competidoras de seus associados recebessem informações produzidas em seu estabelecimento, bem como impedia a inscrição de certas firmas em sua associação impedindo a sua afiliação²⁶.

O raciocínio que permeia o caso acima mencionado é de que existe a liberdade de negociar e isso é inquestionável. Contudo, essa liberdade não assegura o direito de, de forma concertada, restringir acesso de outras firmas aos produtos lançados por associação de classe, sendo certo que nas condições existentes apresenta-se uma violação à legislação antitruste, não sendo necessário nem mesmo a existência de uma estrutura de mercado monopolizada para a sua condenação, na medida em que não se deve esperar a concretização de tal condição para se apontar o ataque à livre concorrência.

Evidentemente, o grupo de boicote encontra variadas formas de solapar a concorrência, produzindo não somente as ameaças diretas aos seus fornecedores e/ou consumidores, mas, também, cooptando parte dos agentes econômicos não pertencentes ao grupo, convencendo-os, por meios ardilosos

²⁶ Em seu relatório sobre o caso, o Juiz Black aponta que: “The heart of the government’s charge was that appellants had by concerted action set up a system of By-Laws which prohibited all AP members from selling news to non-members, and which granted each member powers to block its non-member competitors from membership. These By-Laws to which all AP members had assented, were, in the context of the admitted facts, charged to be in violation of the Sherman Act (...)”

e/ou fraudulentos, de que os agentes econômicos indesejáveis representam uma ameaça à imagem de todos aqueles inseridos no mercado afetado. Outra forma de cooptação é por meio de oferta de vantagens que somente são proporcionadas aos membros do grupo, mas que podem ser proporcionadas a alguns excluídos como forma de retribuição pelo atendimento às determinações do grupo infrator.

Movimentos de influência

Em outro caso bastante significativo – *Eastern Railroad President's Conference v. Noerr Motor Freight Co.*²⁷ – a Corte americana fez valer a posição de que propostas de leis apresentadas ao Congresso que de alguma forma restrinjam atividades comerciais não podem ser consideradas uma violação à legislação antitruste. No julgamento em questão, certas firmas de caminhão moveram uma ação contra a ferrovia e a associação de seus representantes alegando que a proposta enviada ao Congresso, socorrida por uma campanha difamatória e viciada, seria um ato ilícito por ser uma tentativa dissimulada de restringir a competitividade entre os segmentos de mercado envolvidos na disputa (viagens de longa distância).

Em um primeiro momento, a Corte local (District Court in Pennsylvania) foi favorável à medida legal patrocinada pela indústria de caminhões, atendendo toda a sua alegação e reconhecendo que o grupo ferroviário pretendeu, por meio de um expediente disfarçado, causar um dano à livre concorrência. Em seqüência, em seara de apelação, a Suprema Corte revisou a decisão reconhecendo que não se pode considerar como violação à legislação antitruste um simples pedido para o Governo de edição de uma lei. Nesse caso, a Suprema Corte entendeu que independentemente da forma de publicidade utilizada pelo grupo ferroviário, esse não era um caso em que a campanha poderia ser considerada como uma violação ao Sherman Act, especialmente porque o grupo caminhoneiro não conseguiu provar haver uma deliberada intenção de prejudicar a concorrência.

O Juiz Black lançou as razões finais no julgamento da questão comentada da seguinte forma:

²⁷ 365 U.S.127 (1961)

“In rejecting each of the grounds relied upon by the courts bellow to justify application of the Sherman Act to the campaign of the railroads, we have rejected the very grounds upon which those courts relied to distinguish the campaign conducted by the truckers. In doing so, we have restored what appears to be the true nature of the case – a “no-holds-barred-fight” between two industries both of which are seeking control of a profitable source of income. Inherent in such fights, which are common place in the halls of legislative bodies, is the possibility, and in many instances even the probability, that one group or the other will get hurt by the arguments that are made. In this particular instance, each group appears to have utilized all the political powers it could muster in an attempt to bring about the passage of laws that would help it or injure the other. But the contest itself appears to have been conducted along lines normally accepted in our political system, except to the extent that each group has deliberately deceived the public and public officials. And that deception, reprehensible as it is, can be of no consequence so far as the Sherman Act is concerned.

Reversed.”

No corpo de sua decisão, o ilustre magistrado também ressalta que a mera combinação para conseguir um resultado que pode prejudicar a uma das partes envolvidas na contenda não é ilegal simplesmente porque existem mais de uma pessoa para patrocinar a prática tida como ilícita (uma Associação demandando uma Lei ao governo que ao final poderá trazer prejuízo para um outro grupo). E também reconhece que uma campanha disfarçada para conseguir alcançar a restrição de um mercado pode ser considerada violação a legislação antitruste, mas que, sem dúvida, é preciso haver provas bem fundamentadas dessas alegações²⁸.

Conclusão

Portanto, não se pode pensar que as associações comerciais, por serem entidades reconhecidas constitucionalmente, não se submetem aos

²⁸ No caso *Rangen, Inc. v Sterling Nelson and Sons, Inc.*, 351 F.2d 851 (9th Circuit 1965) o Tribunal considerou haver violação a legislação antitruste quando se provou que os processados haviam subornado certos agentes governamentais para conseguirem obter benefícios comerciais.

princípios insertos na legislação antitruste. As associações comerciais são entes alcançáveis pela citada legislação, sendo certo que os casos acima expostos configuram apenas exemplos de atos que patrocinados pelas respectivas entidades resultaram ou em condenação ou absolvição à luz da legislação de proteção à ordem concorrencial americana.

Nessa linha de raciocínio é importante frisar que concernente a Lei nº 8.884, do ano de 1994, especialmente o seu artigo 21, e incisos, as hipóteses de condutas anticompetitivas previstas são de caráter meramente exemplificativo. Isso significa dizer que outras condutas, ainda que não previstas literalmente no ditame legal, podem ser passíveis de análise por parte dos órgãos de proteção à concorrência.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica tem seguido a linha de pensamento dos órgãos internacionais, reconhecendo a capacidade de articulação das associações comerciais para promoverem atos muitas vezes condenáveis nos termos da legislação analisada. De fato, decisões importantes têm sido proferidas pelo órgão antitruste no sentido de apontar que o papel das associações pode ser elemento aglutinador de concorrentes que, conhecendo informações relevantes do setor, estabelece padrões de comportamento altamente condenáveis em termos concorrenciais.

Em que pese a seriedade e responsabilidade com que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica tem atuado nessas questões, utilizando-se da regra da razão para julgar as condutas investigadas, é fundamental que as entidades representativas de setores do mercado compreendam que de acordo com a legislação em referência não existe a necessidade de intenção de prática restritiva para haver uma condenação. Conforme estabelece a Lei nº 8.884, e farta jurisprudência a respeito, para haver a condenação em seara antitruste basta acontecer a possibilidade de um dano ao mercado, ou, ainda, que ocorrido o dano, este não decorra de uma intenção por parte daquele que o levou a cabo.

E conforme já comentado no corpo do presente artigo, as autoridades antitruste costumam ser bastante atentas aos indícios capazes de apontar as práticas infratoras, considerando extremamente importante toda estrutura do mercado para iniciar a representação administrativa, que poderá se converter em um processo, com uma eventual condenação caso todos os caminhos indiquem ter havida uma conduta colusiva. As autoridades governamentais não se restringem a análise de documentação produzida pelas associações, pois, como sabe, atos ilícitos não costumam estar estampados em contratos ou acordos, ou mesmo em atas de assembleias, uma vez que,

em sendo verificado documentos dessa natureza, o grau de possibilidade de uma condenação torna-se bastante elevado.