

ASSOCIAÇÕES SETORIAIS E A CARTELIZAÇÃO NO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO

Edward Nogueira

Conteúdo: 1. *Introdução*; 2. *Associações setoriais: conceito*; 3. *O cartel no direito brasileiro*; 4. *Associações setoriais como forma de cartelização empresarial*; 5. *Limites da legalidade das associações setoriais*; 6. *Atuação do CADE na análise de casos de cartel envolvendo associações setoriais*; 7. *Conclusões; Bibliografia*.

1. INTRODUÇÃO

“A superação histórica dos regimes militares que predominaram como forma de Estado na América Latina por pelo menos duas décadas, provocou, num primeiro momento, um clima de alegria e esperança a essa porção do Terceiro Mundo. Mal sabíamos que estávamos apenas transmitindo para a exacerbação de uma forma de dominação que se aperfeiçoa incessantemente, dia após dia, desde o surgimento do capitalismo industrial: a ditadura do mercado”¹.

Deste cenário desenhado por MORAES se pode notar a fundamental relevância do direito antitruste como regulador do “jogo” do mercado, não permitindo que haja abusos nem injustiças, protegendo a *fair competition*. Do contrário, o mercado estaria à mercê de uma ditadura que falseia a concorrência, escondendo por trás do manto do direito de liberdade, a imposição da vontade dos mais poderosos.

As autoridades que promovem a aplicação das legislações em todo o mundo são o último reduto encontrado pelos governos de regimes capitalistas para manter a mínima disciplina no mercado, face ao movimento de desestatização das atividades econômicas, anteriormente exercidas pelos governos protecionista. Dentre as funções destas autoridades está a de evitar o acerto entre concorrentes, falseando o estado de concorrência no mercado.

Diante da dinâmica da vida privada, principalmente no âmbito comercial, o legislador, sem poder prever as situações que estão por surgir, adota, nas legislações que tratam de direitos transindividuais, termos e

1 Antônio Carlos de Moraes. Crônica de uma situação crônica: a ditadura do mercado. p. 171.

preceitos de interpretação extensiva, possibilitando ao aplicador emoldurar diversas hipóteses sob a égide de um único dispositivo legal². Com isso, há que se examinar, caso a caso, as ocorrências previstas em lei para que não se cometam injustiças, imputando infrator quem não o é e excluindo o verdadeiro infrator das severidades da lei.

A escolha da análise das associações setoriais diante do processo de cartelização no direito antitruste brasileiro se deu em função de sua relevância pragmática e, também, pela carência de atenção da bibliografia especializada.

2. ASSOCIAÇÕES SETORIAS: CONCEITO

Associações setoriais são pessoas jurídicas de direito privado, constituindo-se, no mais das vezes na forma de associação civil sem fins lucrativos. Nestas associações estão congregadas empresas representantes de setores econômicos (*e.g.* automotivo, supermercados etc.). As associações têm personalidade autônoma, vale dizer, não se confundem com a existência de seus associados³.

Após pesquisa de cerca de 20 associações setoriais brasileiras⁴ dos mais variados setores da indústria e da prestação de serviços, pode-se afirmar que a função declarada da maioria destas associações é a congregação de participantes do mercado com o propósito de promover troca de experiência e tecnologia, discussões acerca de conflitos de interesse com as políticas do Estado, avaliação do mercado etc., com o interesse central sempre voltado para a melhoria no atendimento ao consumidor final com um produto melhor e mais competitivo.

2 Analogamente, foi o que ocorreu quando da elaboração do Código de Defesa do Consumidor, o qual consiste em um conjunto de normas, muitas delas genéricas, que tutelam interesses dos consumidores, tendo em vista a hipossuficiência destes em relação aos fornecedores (cf. Cláudia Lima Marques. *Contratos no código de defesa do consumidor*. p. 116 ss.).

3 “A conseqüência imediata da personificação da sociedade é distingui-la, para efeitos jurídicos, dos membros, que a compõem. Pois que cada um dos sócios é uma individualidade e a sociedade uma outra, não há como lhes confundir a existência”. pg. 183 (BEVILAQUA: 1956).

4 Dentre as diversas associações contatadas, podem ser citadas: Associação Brasileira da Indústria Gráfica (ABIGRAF), Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica (ABINEE), Associação Brasileira de Polímeros (ABPOL), Associação Brasileira da Indústria de Máquinas e Equipamentos (ABIMAQ) e Associação Brasileira de Circuitos Impressos (ABRACI).

Conforme ensina BULGARELLI⁵, em sua obra sobre as cooperativas, estas têm 7 princípios básicos que, analogamente, podem ser aplicados às associações setoriais: (i) adesão livre e voluntária; (ii) controle democrático pelos sócios; (iii) participação econômica dos sócios; (iv) autonomia e independência; (v) educação, treinamento e informação; (vi) cooperação entre cooperativas; e (vii) preocupação com a finalidade.

O primeiro princípio, o da *adesão livre e voluntária*, é um híbrido da autonomia da vontade⁶ com o direito constitucional da livre associação. Previsto no art. 5º da Constituição Federal, incisos XVII, XVIII, XIX, XX e XXI, o direito de associar-se, permanecer associado ou deixar a associação é, dentro dos limites constitucionais, gozado de forma plena por todos. Ressalte-se que a CF prevê vedação à interferência estatal no exercício deste direito, cuja inobservância pode acarretar responsabilização estatal nas esferas penal, administrativa e civil⁷.

Quanto ao controle pelos sócios, seguindo princípio constitucional norteador da Federação, a administração deverá ser realizada de forma democrática, permitindo o exercício de voto a todos os associados a fim de que a associação possa se dizer realmente digna representante dos interesses de seus associados. Este princípio parece óbvio, tendo em vista a natureza de representatividade de interesses coletivos, que é inerente ao conceito das associações.

As associações podem promover eventos e atividades que as capitalizem. Não obstante, deverão os associados auxiliar na manutenção da entidade, arcando com seu custo. A eventual aplicação de capital na associação não lhe priva do caráter autônomo perante os associados.

5 Waldirio Bulgarelli. *As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica*. p. 18.

6 Acerca da relevância da vontade para o negócio jurídico VENOSA assevera: “Muito antes de ser [a vontade] exclusivamente um elemento do negócio jurídico, é questão antecedente, é um pressuposto do próprio negócio, que ora interferirá na sua validade ora na sua eficácia, quando não na própria existência, se a vontade não houver sequer existido. Um contrato no qual a vontade não se manifestou gera, quando muito, uma mera aparência de negócio, porque terá havido, quiçá, uma simples aparência de vontade”. (p. 66)

7 Vale conferir o que leciona MORAES: “A interferência arbitrária do Poder Público no exercício deste direito individual pode acarretar responsabilidade tríplice: (a) de natureza penal, constituindo, eventualmente, crime de abuso de autoridade, tipificado na Lei nº 4.898/65; (b) de natureza político-administrativa, caracterizando-se, em tese, crime de responsabilidade, definido na Lei nº 1.079/50 e (c) de natureza civil, possibilitando aos prejudicados indenizações por danos materiais e morais”. (p. 94)

No que tange à autonomia e independência, há dois níveis. No primeiro, a associação deve manter autonomia e independência com relação aos membros que a compõem e, numa segunda perspectiva, estas condições devem prevalecer diante de organismos externos, governamentais ou não.

Princípio que se traduz em função é o da educação, treinamento e informação. Já doutrinava BEVILAQUA⁸ que as associações têm por *objeto o estudo, a defesa e o desenvolvimento dos interesses gerais da profissão, e os meramente profissionais de seus membros*. Assim, o desenvolvimento da cultura de mercado e o desenvolvimento tecnológico e científico são funções basilares das associações setoriais.

O princípio da cooperação entre associações não parece ser utilizado. Não por haver qualquer vedação legal, mas por não haver grande interesse em manter mais de uma associação por setor.

Finalmente, a função social da propriedade é traduzida no princípio da preocupação com a comunidade. Tal tradução se dá tanto na preocupação com o consumidor final dos produtos ou serviços dos associados quanto na atuação direta da associação na persecução do bem-estar da comunidade que permeia suas atividades. O empresário não deve perseguir cegamente os lucros, mas objetivá-los pelas lentes da solidariedade e da função social de seu negócio⁹.

Tem-se, então, que a associação setorial representa, em tese, a reunião de empresas de mesmo setor, que congregam esforços, recursos materiais, capital etc., para atingir fim **lícito**, previamente estabelecido, de interesse comum¹⁰.

3. O CARTEL NO DIREITO BRASILEIRO

O sistema brasileiro de defesa da concorrência tem, fundamentalmente, duas formas de atuação previstas em lei: preventiva e repressiva.

A atuação preventiva consiste na análise dos atos de concentração entre empresas. Estes atos, conforme a disposto na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, podem ser sob qualquer forma manifestos, desde que

8 Op. Cit. p. 184.

9 WHITAKER, Maria do Carmo; INGLEZ DE SOUSA, Ricardo Noronha. A conduta ética do empresário brasileiro e os princípios propostos pelo The Conference Board. Passim.

10 Nicolau Balbino Filho, Contratos de sociedades civis, p. 145.

produzam, ou possam produzir, efeitos anticoncorrenciais¹¹. Nestas condições submetem-se, obrigatoriamente, ao crivo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)¹².

Outra finalidade do CADE é a repressão das condutas infrativas da ordem econômica, adotadas pelos empresários e pelas empresas. Dentre as diversas condutas possíveis, a legislação brasileira da concorrência lista a adoção de comportamentos uniformes entre concorrentes como exemplo de conduta anticoncorrencial, na medida em resultem em limitação ou qualquer prejuízo à livre concorrência ou livre iniciativa, dominação de mercado relevante, aumento arbitrário de lucros ou no exercício abusivo de posição dominante¹³.

Pode-se dizer, então, que se distingue o objeto de análise nas formas de atuação do CADE, sendo que na primeira hipótese o objeto de análise será a *concentração* entre empresas, enquanto que a repressão visa repudiar a *cooperação* danosa¹⁴.

Apesar de menos difundidos pela mídia, os processos administrativos levados ao CADE representaram, entre maio de 1996 e dezembro de 1997, 89% (oitenta e nove por cento) contra 11% (onze por cento) de atos de concentração¹⁵. Atualmente, com a interpretação peculiar que o Plenário do CADE vem dando aos dispositivos legais, esta proporção pode ser alterada.

11 Define Ato de Concentração na doutrina nacional CARVALHO: “Concentração de empresas é todo ato de associação empresarial, seja por meio de compra parcial ou total dos títulos representativos de capital social (com direito a voto ou não), seja através da aquisição de direitos e ativos, que provoque a substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle empresarial – quer este controle seja exercido efetivamente ou não...” (p.92); No mesmo sentido a doutrina européia, aqui representada por BRIONES et al, estabelece que: “sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, define como concentraciones las operaciones que provocan un cambio duradero en la estructura de las empresas afectadas”. (p.35)

12 Há dois critérios objetivos para apresentação de operações de concentração econômica previstos no § 3º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, quais sejam o critério do faturamento e o da participação de mercado.

13 cf. Lei nº 8.884/94, art. 20 e incisos.

14 Calixto Salomão. Direito Concorrencial – as estruturas. p. 227 ss.

15 Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Relatório Anual de 1997. p.56

Não obstante, o tema cartel está, a cada dia que passa, mais em pauta. Recentemente, o Governo Federal editou duas medidas provisórias¹⁶ que incrementaram o poder do CADE na análise de condutas empresariais, fato largamente noticiado pelos periódicos¹⁷.

Cartel consiste, conforme ensina Benjamin M. Shieber¹⁸, em todo acordo e ajuste entre empresas *cuja função ou cujo resultado é restringir a concorrência*. Não há dúvida porém, que esta definição ampla de cartel está atrelada a um exame da situação de fato usando a *regra da razão*¹⁹.

A autoridade norte-americana, no guia para avaliação da colaboração entre concorrentes, esclarece que a colaboração entre concorrentes em certo mercado relevante é considerada, em diversos casos, como fusão entre os participantes do acordo²⁰.

Há que se esclarecer que o ajuste ou acordo entre empresas não se restringe às empresas concorrentes entre si (*formação igualitária*), mas inclui em suas definições os acordos entre empresas fornecedoras e clientes entre si (*formação hierárquica*)²¹.

A existência de poucas empresas no mercado²², a homogeneidade entre produtos ou empresas, a disponibilidade de informações relevantes sobre

16 Utilizando-se do poder de império, largamente repudiado pelos administrativistas e constitucionalistas brasileiros, o Presidente da República editou as medidas provisórias n.ºs. 2.055 e 2.056, ambas de 11 de agosto de 2.000, que alteram dispositivos na Lei n.º 8.884/94, 9.478/97 e 9.847/99. Estas medidas foram adotadas, precipuamente, para coibir o alegado cartel dos combustíveis.

17 Medidas dão novo fôlego na guerra contra abusos. O Estado de S. Paulo, 13-08-2000, p. B-3.

18 Benjamin M. Shieber. Abusos do Poder Econômico. p. 86.

19 Nuno T.P. Carvalho, Op. Cit., p. 70 ss.

20 Federal Trade Commission e U.S. Department of Justice. Antitrust Guidelines for collaborations Among Competitors. p.5. Nesta recente publicação (abril de 2000), as autoridades estrangeiras definem os critérios para avaliação como sendo: “(a) the participants are competitors in the relevant market; (b) the formation of the collaboration involves an efficiency-enhancing integration of economic activity in the relevant market; (c) the integration eliminates all competition among the participants in the relevant market; and (d) the collaboration does not terminate within a sufficiently limited period by its own specific terms”.

21 Carlos Barbieri Filho. Disciplina jurídica da concorrência. p. 142.

22 A quantidade de empresas não impossibilita a formação de cartel, mas dificulta. A doutrina alienígena demonstra preocupação semelhante, SULLIVAN (p. 162) afirma: “If the number of firms in the industry is too large, these necessities may prove too complex to be workable – especially when, as a result of legal restraints, participants

concorrentes, a existência de condutas que restringem a rivalidade entre as empresas são fatores apontados pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, que favorecem a coordenação de decisão entre concorrentes²³.

A prova dos cartéis é feita mais freqüentemente através de indícios que com provas materiais. Condutas uniformes, tais como: preços iguais, aumentos iguais, ao mesmo tempo, práticas comerciais de venda idênticas, rotatividade periódica nas licitações públicas etc., são fortes indícios de infração à ordem econômica, mediante o ajuste entre concorrentes²⁴. Esta sistemática probatória é fundamental ao direito da concorrência, tendo em vista que dificilmente encontrar-se-á documento assinado entre os partícipes de cartel afirmando expressamente a intenção do ajuste²⁵.

A jurisprudência do CADE tem demonstrado que o indício mais marcante de ajuste entre concorrentes é o de nivelar preços do produto ou serviço ofertado, seja através da conduta uniforme entre concorrentes ou pela adoção de tabela de preços exarada por entidade de classe²⁶.

4. ASSOCIAÇÕES SETORIAIS COMO FORMA DE CARTELIZAÇÃO EMPRESARIAL

Cumpra, agora, conectar os conceitos acima descritos: associações de classe e o cartel no direito antitruste brasileiro. Citando Arreda & Kaplow, CARVALHO²⁷ afirma que, para o ajuste de condutas entre as empresas, seria necessário, basicamente, reunir os seguintes fatores: (i) possibilidade de arranjo de preço²⁸; (ii) possibilidade de comparação de conduta entre as partícipes; (iii) mais que a comparação, há que haver a possibilidade de

must not only be willing to deliberately break the law, but must be capable of successfully handling all of organizational problems in secret”.

23 Item 77 do Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração, criado através da Portaria nº 39, de 29 de junho de 1.999.

24 Esta tendência não é exclusiva da experiência nacional, na Comunidade Européia este entendimento é difundido e aplicado. Foi assim na decisão que envolveu a associação setorial Product Group Paperboard, na qual o cartel foi identificado através de indícios evidenciados pela atuação uniforme dos concorrentes (Wilmer, Cutler & Pickering. nº 35, p. 15 ss.).

25 Benjamin M. Shieber. Abusos do poder econômico. p. 87.

26 PA nº 145/93, DOU de 08 de outubro de 1997; PA nº 159/94 e 172/94, DOU. 20 de julho de 1997; e, PA nº 08000.0099797/96-56, DOU. de 18 de julho de 1996.

27 Nuno T. P. Carvalho, Op. cit. p. 61-62.

28 SULLIVAN faz uma ressalva: “the cartel must do more than set price”. (p. 163)

controle para evitar “trapaceiras”; e (iv) deter parcela suficiente para dominar o mercado.

Como se pode notar, os itens (ii) e (iii) acima demandam a disponibilidade de informações entre as empresas em conluio. Esta troca pode se dar das mais variadas formas, em reuniões secretas, através de troca de mensagens, publicidade, enfim, um sem número de hipóteses. Evidentemente há hipóteses que são anticoncorrenciais *per se*, não necessitando de nenhuma forma de instrução para a mensuração de sua ilicitude (*e.g.* ata de reunião entre concorrentes que estabelece divisão geográfica do mercado). Não obstante, há outras formas que não podem ser consideradas, peremptoriamente, ilícitas, devendo ser utilizada a regra da razão para averiguar a prejudicialidade destas condutas à concorrência.

Destarte, uma associação setorial não pode, ser considerada, *per se*, como meio de conluio entre empresas. Pelo contrário, há que se reconhecer nestas entidades a função de propiciar o desenvolvimento tecnológico e o fortalecimento da indústria²⁹. Não obstante, as associações não estão livres de serem utilizadas como meio para atingir o nível de monopólio compartilhado em um dado mercado³⁰.

Não exclui tal possibilidade o fato de serem as associações setoriais, em sua grande maioria, sociedades sem fins lucrativos. Embora haja entendimentos no judiciário de que a falta da finalidade do lucro exime a possibilidade de prejudicar a concorrência³¹, não parece ser este o

29 O FTC e o USDJ afirmaram que: The Agencies recognize that consumers may benefit from competitor collaborations in a variety of ways. For example, a competitor collaboration may enable participants to offer goods or services that are cheaper, more valuable to consumers, or brought top market faster than would be possible absent the collaboration. A collaboration may allow its participants to better use existing assets, or may provide incentives for them to make output-enhancing investments that would not occur absent the collaboration. The potential efficiencies from competitor collaborations may be achieved through a variety of contractual arrangements including joint ventures, trade or professional associations, licensing arrangements, or strategic alliances”.(grifos nossos) Federal Trade Commission e U.S. Department of Justice. Antitrust Guidelines for collaborations Among Competitors. p. 6.

30 CARVALHO (p. 54) fala do monopólio compartilhado entre empresas em um oligopólio que seria um caso semelhante ao presente; sobre o tem vale a pena consultar SALOMÃO FILHO (p. 127) e NUSDEO (p. 308).

31 O STF decidiu, na ADIMC-2054 / DF, cujo Ministro Relator era o ilustre Ilmar Galvão, em votação unânime que: “Ente que não se dedica à exploração de atividade econômica, não podendo, por isso, representar ameaça de dominação dos mercados,

entendimento do CADE³², nem tampouco o mais coerente pois, a despeito da ausência do lucro, a associação pode ser meio, ou instrumento, pelo qual se concertam as empresas.

Diante do exposto, apesar de não ser, *per se*, infração à ordem econômica, a associação não pode se furtar à competência da Lei da Concorrência. A submissão das associação à égide da competência do CADE está fundamentada na possibilidade de serem as entidades de classe usadas como instrumento do cartel. Assim, dolosamente ou não, as associações podem propiciar ambiente favorável ao conluio maquiavélico entre empresas.

Neste sentido orientaram-se as autoridades europeias, em 1998, ao analisar processo envolvendo o *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali*, associação italiana de agentes. A Comissão entendeu que, por peculiaridades da legislação italiana, o CNSD estaria livre para agir segundo o interesse dos profissionais a ele associados, não agindo, portanto, como entidade independente³³.

5. LIMITES DA LEGALIDADE DAS ASSOCIAÇÕES SETORIAIS

Aqui cabe lugar a doutrina do Prof. Carlos Ari Sundfeld³⁴, que com clareza desvendou o âmago da dicotomia: direito público *versus* direito privado. Demonstra o mencionado doutrinador que o direito concede competência à autoridade pública que poderá exercê-la perante o administrado, significando tanto limitação aos direitos do particular quanto às possibilidades de atuação do Estado. Metaforicamente, poder-se-ia afirmar que o Direito dá com uma das mãos o poder para o Estado atuar, limitando o direito do indivíduo social, tirando com a outra, uma vez que limita o uso do poder concedido nos limites e finalidades estabelecidos em lei, ou seja, no interesse da coletividade.

de eliminação da concorrência e de aumento arbitrário de lucros, práticas vedadas pelo último dispositivo constitucional sob enfoque [art. 173, CF]”.

32 “Admitir a imunidade das associações e entidades que congregam produtores e vendedores de bens ou prestadores de serviços seria o mesmo que autorizar a institucionalização do cartel” PA nº 61/92, DOU de 28 de fevereiro de 1996.

33 Wilmer, Cutler & Pickering. nº 36, p. 2 ss.

34 Carlos Ari Sundfeld. Fundamentos de direito público. p. 131 ss.

Estes limites aos direitos das pessoas³⁵ é aplicado de forma excepcional, mas não encontra limitação nos direitos e garantias fundamentais³⁶. O direito à livre associação (art. 5ºXVII, CF) deve ser respeitado na medida em que não implique em desrespeito a outro direito de igual soberania, tal como é o direito à livre concorrência (art. 170, IV, CF).

Além de não poder ter finalidade ilícita, nem sequer caráter paramilitar, as associações civis não podem, seja através de seus estatutos ou como resultado de sua conduta, gerar conseqüências ilícitas.

Não obstante, as associações merecem atenção especial, além de representar a congregação de entes com direitos individuais próprios, representa-os coletivamente em diversos processos judiciais que têm repercussão para todos seus congregados. Exemplo disto é a legitimidade ativa das associações para propor mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, b), CF). Por isso, é fundamental a tutela das associações setoriais pois são, indubitavelmente, instrumento de persecução da justiça social.

Destarte, há que se respeitar o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF). Não há que se fazer qualquer limitação ao direito de livre associação, mesmo entre empresas, mas deve-se observar a subordinação desta associação aos limites estabelecidos pela CF e pela legislação ordinária vigente.

6. ATUAÇÃO DO CADE NA ANÁLISE DE CASOS DE CARTEL ENVOLVENDO ASSOCIAÇÕES SETORIAIS.

Há vasta jurisprudência do CADE sobre condutas envolvendo associações setoriais, notadamente no setor da saúde³⁷. Neste sentido,

35 O termo “pessoas” aqui é usado em sentido amplo, englobando as pessoas naturais, jurídicas de direito público ou privado, de direito ou de fato, todo aquele capaz de assumir direitos e obrigações.

36 “Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados o art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito”. Alexandre Moraes. Ob. cit. p. 58.

37 PA nº 155/94, DOU de 04 de julho de 1996; PA nº 173/94, DOU de 18 de dezembro de 1996; PA nº 08000.0099797/96-26, DOU de 18 de julho de 1996; e PA nº 08000.0008994/94-96.

ilustrativamente, tomar-se-á como exemplo o PA nº 61/92, DOU de 28 de fevereiro de 1996, que envolveu a Associação Médica Brasileira – AMB.

No referido processo, ficaram estabelecidos e esclarecidos alguns conceitos tratados neste trabalho. Dentre estes conceitos, sobre a questão da dicotomia entre o direito à livre associação e o direito à livre concorrência, a Conselheira Neide Teresinha Malard afirmou que: “O direito de livre associação pressupõe a finalidade lícita, e lícito é aquilo que a lei não proíbe. Não se admite no Estado de Direito, a associação corporativa, protegida pelo Estado e, muitas vezes, por ele organizada para conceder privilégios e monopólios a determinadas categorias ou classes de cidadãos”.

Mais adiante, a Relatora demonstra que a idéia de que somente as práticas comerciais podem inibir a concorrência é equivocada, chegando a afirmar que admitir tal assertiva, imunizando as associações setoriais do alcance da Lei da Concorrência, seria o mesmo que institucionalizar o cartel do Brasil.

Não foi esquecida da análise a questão da compilação de informações relevantes feita pelas associações. Neste sentido, destacou a Conselheira o *relevante papel que desempenham para a melhor performance do mercado, ao disseminarem as necessárias informações do setor produtivo, incrementando as possibilidades de novos negócios (...) tornando o mercado (...) mais competitivo.*

Por outro lado, não se olvidou de frisar o fato de que os associados são concorrentes entre si e que se encontram periodicamente, tendo a oportunidade de compartilhar informações e conversar sobre seus negócios, facilitando, assim, o **acerto de condutas**³⁸.

Demonstrando sensibilidade à utilização da regra da razão, distingue condutas de associações setoriais e afirma: “Não raro, porém, essas associações se afastam dos objetivos de sua criação, para se dedicarem a práticas anticoncorrenciais, como fixação de preços, divisão de mercados e uniformização de condutas, de sorte a restringir [a concorrência] entre os associados, em prejuízo dos consumidores”³⁹.

38 Neste sentido, o ex-Conselheiro Ruy Santacruz votou o famoso PA nº 08000.015337/94-48 (“Cartel do Aço”), afirmando: “Scherer & Ross (op. cit.) também ressaltam o papel freqüentemente representado pelas associações de classe na coordenação de mercados. Segundo esses autores, tão citados pelas requerentes nas suas defesas, “Seus encontros são veículos para acordos sobre preços, volume de produção, participações de mercado, etc.”.

39 Vale mencionar a nota elaborado pelo ex-Conselheiro Ruy Santacruz, no já referido caso do Cartel do Aço, em que afirma: “Ações paralelas de mercado são

Pela amostra acima, nota-se que o CADE se mostra(ou) sóbrio e sensível na análise de condutas concertadas entre empresas. A repressão das infrações à livre concorrência, livre iniciativa etc., conduz ao mercado mais igualitário e competitivo, o que beneficia todos que nele se envolvem (e.g. fornecedores, concorrentes e consumidores).

6. CONCLUSÕES

Primeiramente, constata-se que qualquer argumento tendente a excluir as associações setoriais da aplicação da Lei nº 8.884/94 deve ser afastado por carecer de fundamento lógico-jurídico. Nada diz a referida lei que possa dar embasamento a tal assertiva. Sem embargo, a Lei da Concorrência se utiliza de termos genéricos justamente para evitar exclusão de qualquer forma que produza ou possa produzir efeitos anticoncorrenciais.

As associações que promovem a congregação entre empresas de mercado específico a fim de desenvolver a indústria e beneficiar o consumidor não podem ser consideradas, *per se*, infrações à ordem econômica. Não obstante, conforme ressaltado na explanação acima, estão aptas a formar cartéis através de encontros camuflados, circulares “indicativas”, estatísticas de preços de fornecedores etc. Podem, portanto, gerar, mesmo que implicitamente, o paralelismo de condutas entre os associados e, com isso, falsear a concorrência.

A legislação brasileira é das mais precisas do mundo, sendo que prevê de forma a abranger a maior parte das práticas infrativas atualmente existentes, deixando brecha para o aplicador da norma poder enquadrar futuras construções jurídico-comerciais que venham a aparecer.

O CADE, assim como o FTC e a Comissão da Concorrência da Comunidade Européia, tem se demonstrado sensível à questão do cartel. As recentes medidas provisórias, apesar de terem objetivos pragmáticos, são demonstração desta tendência. A autoridade norte-americana editou, inclusive, guia para que os administrados pudessem mensurar se suas condutas estariam infringindo as normas da concorrência, iniciativa, sem dúvida, louvável.

Finalmente, tendo em vista que para se caracterizar infração à ordem econômica, independe da existência de dolo, as associações setoriais devem

legais quando refletem condições de oferta e demanda, de custos, ou outras condições de mercado. Nesse sentido, elevações de preços através do paralelismo de conduta numa indústria em períodos de queda de demanda e de custos, por exemplo, seria forte evidência de violação da lei antitruste”.

tomar certas precauções para não correrem risco de sofrerem sanções legais impostas pelo CADE. E, por outro lado, o CADE deve estar atento as atividades das associações setoriais que, em certos casos, funciona como verdadeira “irmandade” entre os concorrentes, buscando, pelo ótica da regra da razão constatar os casos que merecem ser repreendidos.

BIBLIOGRAFIA

BALBINO FILHO, Nicolau. *Contratos de sociedades civis*. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

BARBIERI FILHO, Carlos. *Disciplina jurídica da concorrência*. São Paulo: Resenha Tributária, 1984.

BULGARELLI, Waldirio. *As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

BRIONES, Juan; FOLGUERA, Jaime; FONT, Andrés et al. *El control de concentraciones en la Unión Europea* [O Controle de Concentrações na União Européia]. Madrid: Marcial Pons, ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1999.

CARVALHO, Nuno T. P. *As concentrações de empresas no direito antitruste*. São Paulo: Resenha Tributária, 1995.

Conselho Administrativo de Defesa econômica. *Relatório anual de 1997*. Brasília: Imprensa Nacional, 1998.

Federal Trade Commission e U.S. Department of Justice (Estados Unidos da América). *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*. Estados Unidos da América, 2000.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE*. São Paulo: Singular, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3ª ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 7 ed., rev. amp. e atual., São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Antônio Carlos de. *Crônica de uma situação crônica: a ditadura do mercado*. In: Pesquisa & Debate 9, vol. 7, n. 9, São Paulo: Programa de Estudos Pós-Graduação em Economia Política e do Departamento de Economia da Faculdade de Economia e Administração da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1996.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual da monografia jurídica*. 2 ed., rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 1999.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SALGADO, Lúcia Helena. *A política antitruste e o mundo real*. Revista de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Brasília, janeiro a março de 1996.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

SULLIVAN, Lawrence Anthony. *Handbook of the law of antitrust*. St. Paul: West Publishing Co., 1977.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Teoria geral dos contratos*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1997.

WHITAKER, Maria do Carmo; INGLEZ DE SOUSA, Ricardo Noronha. *A conduta ética do empresariado brasileiro e os princípios propostos pelo The Conference Board*. In: *Second ISBEE World Congress – Business, Economics and Ethics*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2000.

Wilmer, Cutler & Pickering. *Competition Law Report No. 35*. [Relatório da Lei da Concorrência nº 35]. Bruxelas: Wilmer Cutler & Pickering, 1º de abril a 30 de junho 1998.

_____. *Competition Law Report No. 36*. [Relatório da Lei da Concorrência nº 36]. Bruxelas: Wilmer Cutler & Pickering, 1º de julho a 30 de setembro 1998.