

Doutrina

APONTAMENTOS PARA FORMULAÇÃO DE UMA TEORIA JURÍDICA DOS CARTÉIS

CALIXTO SALOMÃO FILHO

1. As incertezas econômicas. 2. As incertezas jurídicas. 3. Teoria jurídica dos cartéis: 3.1 Definição do valor jurídico protegido; 3.2 Intenção passível de produzir efeitos cooperativos: 3.2.1 Comportamento individual irracional; 3.2.2 Relações contratuais de fato. 4. Conclusões.

A disciplina dos cartéis talvez seja o melhor exemplo da insuficiência da doutrina econômica e da superficialidade do tratamento jurídico em matéria de direito concorrencial.

De um lado, a doutrina econômica pretendeu, em matéria de cartéis, mais do que em qualquer outro campo do antitruste, incorporar um absoluto cientificismo, a partir de estudos matemáticos clássicos sobre oligopólios. Foram exatamente esses estudos que levaram a um *non liquet* da ciência econômica em matéria de cartéis. Como se verá mais adiante, todo o resultado de mais de um século de estudos econômicos dos oligopólios é que não existem critérios definitivos para identificar a presença de cartéis.

A resposta jurídica não foi mais inspirada. Constatada a insuficiência do raciocínio econômico, passou-se a buscar provas materiais da existência de cartéis, investigando reuniões, interpretando documentos etc. Relegou-se, portanto, a discussão sobre os cartéis a uma mera questão de prova, deixando-se completamente de lado a discussão sobre os critérios corretos para definição da *fattispecie*. O resultado só poderia ser, de um lado, a absoluta ineficácia

do controle dos cartéis e, de outro, uma série sucessiva de ilegalidades e desrespeito a direito individuais.

A razão de tudo isso é, na concepção defendida no presente trabalho, a absoluta falta de aprofundamento jurídico que tem pautado a discussão da matéria. É a essa lacuna que pretende fazer frente o presente trabalho.

1. As incertezas econômicas

O tema de oligopólios e cartéis foi um dos que mais cedo atraíram a atenção dos economistas – e particularmente dos economistas matemáticos – para o antitruste. Preocupavam-se estes, em particular, com o comportamento de mercados com número reduzido de participantes e, em especial, com a interdependência de suas atitudes. Essas situações de oligopólios que poderiam transformar-se em cartéis motivou estudos clássicos como o de Cournot, que já no século passado preocupava-se com o comportamento desses mercados.¹

1. O primeiro ensaio conhecido de teoria dos jogos, um dos principais instrumentais para a análise de cartéis, foi feito por Cournot a partir da análise

A discussão em termos propriamente concorrenciais, e não só econômicos, ganha fôlego apenas nos anos 60, em função da clássica disputa estruturalistas *versus* neoclássicos.

Os estruturalistas de Harvard² sempre acreditaram piamente que existia um comportamento típico oligopolista. Em 1962 D. Turner afirma que tal comportamento existe e é objetivamente identificável.³ Para ele a racionalidade oligopolista consiste em adotar comportamentos paralelos em relação aos preços. O poder recíproco dos participantes do mercado obriga seus componentes a agir dessa forma. Não há incentivo para que qualquer dos membros reduza seus preços, pois qualquer um sabe que seu comportamento será prontamente acompa-

do comportamento dos oligopolistas. Daí por que o *Nash-Equilibrium* também é conhecido como *Cournot-Nash-Equilibrium* (v., a respeito, D. Baird, C. Gertner e R. Picker, *Game Theory and the Law*, Cambridge/Massachusetts/London, Harvard University Press, 1994, p. 21, nota 8).

2. A Escola de Harvard, também chamada Escola Estruturalista, tem como principais representantes C. Keyser e D. Turner. Essa Escola dá ênfase ao estudo da estrutura de mercados individuais para a aplicação do direito antitruste. Para seus representantes a estrutura do setor determina predominantemente a *performance* da indústria respectiva. Em uma indústria concentrada as firmas estão protegidas da competição por barreiras à entrada, consistentes em economias de escala, exigências maiores de capital, *know-how* escasso e diferenciação de produtos.

Para esses pensadores, existindo apenas alguns vendedores no mercado, diminuem custos e as dificuldades de uma atuação concertada. Em tais estruturas industriais, através de acordos de atuação concertada tácita ou explícita, as firmas acabarão por diminuir a produção e aumentar os preços. A preocupação é muito menos com a eficiência e mais com a existência efetiva de concorrência.

A partir sobretudo do final dos anos 70 pode-se dizer que a "Escola de Harvard" simplesmente desaparece, já que seus representantes aceitam grande parte dos pressupostos da Escola de Chicago, que hoje domina a doutrina e tem enorme influência nas Cortes. Sobre os pressupostos da Escola de Chicago, v. nota 4, *infra*.

3. D. Turner, "The definition of agreement under the Sherman Act: conscious parallelism and refusals to deal", in *Harvard Law Review* 75/655 (1962).

nhado pelos outros participantes no mercado. Em consequência, ele não ganhará qualquer espaço, ou seja, não atrairá mais consumidores. A única consequência será, então, a perda de lucratividade para todos. O incentivo é, portanto, ao contrário, para um aumento paralelo e progressivo de preços, seguindo o comando (*price leadership*) de algum dos componentes do monopólio. A conclusão que segue é a impossibilidade de punição em sede de disciplina dos comportamentos, devendo ser sempre utilizada a resposta estrutural.

Não é preciso grande esforço para verificar os vínculos do pensamento de Turner à chamada Escola Estruturalista de Harvard. Não por acaso, portanto, as principais críticas a essa teoria vêm dos representantes da Escola de Chicago.⁴

Em primeiro lugar, contestam-se dois de seus pressupostos fundamentais: a informação perfeita dos agentes e a reação imediata. Quanto à primeira, observa-se que é possível e freqüente que os oligopolistas dissimulem seu comportamento de modo a não permitir seu conhecimento ou, ao menos, pleno conhecimento de seus efeitos pelos concorrentes.⁵ Assim, por exemplo, a concessão de benefícios indiretos aos consumidores ao invés de reduções de preços. Mesmo se e quando o concorrente descobrir e avaliar os efeitos desse comportamento, ele pode não ter condições de rea-

4. Pode-se dizer que a chamada "Escola de Chicago" nasce nos anos 50 com os trabalhos de um economista chamado Aaron Director. Seu trabalho resume-se à aplicação, ainda bastante simplificada, da *price theory* ao direito antitruste em uma época em que os estudos econômicos sobre a matéria eram assistemáticos e descritivos. Nos anos 60 e 70 esse trabalho será desenvolvido sobretudo por R. Bork e R. Posner, com aplicação rigorosa da teoria marginalista ao estudo do direito antitruste. A principal característica dessa Escola é a ênfase à eficiência produtiva (significando primordialmente produção a baixo custo). Para esses autores a eficiência produtiva é sempre uma justificativa para obtenção ou manutenção de posições dominantes.

5. Cf. R. Posner e F. Easterbrook, *Antitrust - Cases, Economic Notes and Other Materials*, 2ª ed., St. Paul, West Publishing Co., 1981 cit. p. 333.

gir imediatamente. É o que ocorrerá se o agente econômico estiver no máximo de sua capacidade, sendo impossível um aumento a curto prazo de produção para fazer frente ao aumento da demanda.

Mas não é só. Segundo outros autores, os dados concretos também não demonstram que o comportamento paralelo em indústrias oligopolizadas seja a regra. Existem, ao contrário, muitos exemplos de alto grau de competição entre firmas com elevado grau de participação no mercado.⁶ Isso seria a prova de que cada empresa age independentemente e que, portanto, o alto grau de participação de cada uma seria poderoso fator de relativização do poder no mercado das demais. Os oligopólios não poderiam ser caracterizados (necessariamente) como cartéis tácitos, como querem muitos dos estruturalistas.

Evidentemente, essa última crítica contém uma boa dose de exagero. A existência de alguns exemplos de concorrência efetiva entre oligopolistas não pode levar a concluir pela existência de um comportamento necessariamente competitivo, tanto quanto – e aqui está o maior valor da crítica

6. R. Bork, *The Antitrust Paradox*, 2ª ed., New York, The Free Press, 1993, pp. 182 e ss. O autor fornece vários exemplos, alguns dignos de nota, outros nem tanto. Entre os últimos destacam-se os exemplos de indústrias monopolizadas que tiveram seus preços reduzidos pela entrada de um novo concorrente. Bork tenta usá-lo como argumento em favor dos oligopólios. Obviamente, o exemplo nada prova, pois é evidente que, em relação a uma situação de monopólio, o oligopólio representa uma melhoria comparativa. O oligopólio deve ser comparado – isso, sim – com a situação de concorrência perfeita. Exemplo mais interessante é o da indústria automobilística americana, que, apesar de bastante concentrada, teve ao longo do tempo comportamento competitivo, demonstrado pelas frequentes mudanças de participação dos oligopolistas (pp. 186 e ss.). Note-se que esse simples fato não afasta a possibilidade de existência de um acordo (explícito ou tácito) entre os produtores de não competir nos preços, mas apenas através da diferenciação dos produtos. Aliás, o fato de terem havido substanciais mudanças de participação no mercado sem guerra de preços reforça, ao invés de enfraquecer, a hipótese do acordo tácito.

ca neoclássica – não é possível admitir, como querem os estruturalistas, que o comportamento paralelo seja a regra. As imperfeições na transmissão de informações e na reação dos oligopolistas são circunstâncias muito prováveis, que aconselham cuidado quanto a esse tipo de conclusão.

É a esse impasse entre estruturalistas e neoclássicos tradicionais que a teoria dos jogos procura dar solução. E é exatamente da fixação posterior de toda a doutrina econômica (e muito da jurídica) no desenvolvimento específico que se observou na teoria dos jogos na segunda metade do século XX que decorrem todos os problemas ora discutidos.

Com efeito, o tratamento jurídico atual da colusão repousa primordialmente sobre a teoria dos jogos. Em matéria de oligopólios sua primazia é incontestada desde a atribuição do *Prêmio Nobel* a J. Nash⁷ pelo estudo dos jogos não-cooperativos e sua aplicação aos oligopólios.

Paradoxalmente, é exatamente a centralização (defendida por Nash) das atenções da teoria dos jogos e da teoria dos oligopólios com exclusividade em torno da idéia de jogo de estratégia individual uma das principais razões de seu pequeno poder explicativo, especialmente em setores regulados. Desde que von Neumann, em seu célebre livro *The Theory of Games and Economic Behaviour*,⁸ lançou a pedra fundamental para o estudo das relações econômicas a partir do raciocínio matemático, duas eram as vias possíveis de desenvolvimento.

Uma primeira via seria procurar determinar jogos que tivessem resultado matemático certo (ao menos no que tange à de-

7. Dois são os trabalhos, ambos de 1950, em que J. Nash expõe sua teoria: "The bargaining problem", in *Econometrica* 18/155, e "Equilibrium points in n-person games", *Proceedings of the National Academy of Sciences* (USA) 36/48.

8. J. von Neumann e O. Morgenstern, *The Theory of Games and Economic Behaviour*, Princeton, Princeton University Press, 1944.

finição de ponto de equilíbrio). Essa foi a única linha adotada pela teoria dos jogos desde o famoso artigo “The bargaining problem”, de J. Nash.⁹ A consequência foi, sem dúvida, tornar matematicamente mais rigorosa a análise do comportamento dos oligopólios. Sua utilidade como forma de previsão de comportamentos é, no entanto, muito limitada.

A teoria baseada na estratégia individual contém pressupostos discutíveis e seguramente inaplicáveis a setores regulados. A maior razão para tanto é que pressupõe um moto único no comportamento dos indivíduos. Trata-se da estratégia individual, orientada a indicar a melhor decisão *em face da estratégia a ser adotada pelo competidor*. Pressupõe-se, portanto, uma orientação absolutamente individualista e estratégica do comportamento dos indivíduos.

As principais conclusões dessa vertente “individualista” da teoria dos jogos aplicada aos oligopólios são as seguintes.¹⁰ Em primeiro lugar, só é possível identificar um comportamento necessário dos participantes do mercado caso o “jogo” seja repetido uma só vez ou então um número finito de vezes. No primeiro caso a empresa sabe que, se aumentar o seu preço, seu concorrente manterá os seus preços baixos e ganhará fatias de mercado. Assim, ela mantém seu preço baixo. Note-se que a empresa só se pode comportar dessa maneira porque não precisa se preocupar com os efeitos de sua estratégia sobre uma nova “rodada” do “jogo”. Isso significa que nesse modelo teórico não existe a possibilidade de o primeiro concorrente retaliar, abaixando seus preços em resposta ao comportamento da segunda empresa. Ela pode, portanto, adotar uma estratégia individual, se-

melhante ao que se dá no “dilema do prisioneiro”.¹¹

O mesmo ocorreria caso o “jogo” fosse disputado um número finito de vezes. Os participantes do mercado não precisariam preocupar-se na última rodada com os efeitos de seus atos sobre futuras rodadas. Teriam, portanto, uma estratégia dominante na última rodada exatamente igual à estratégia descrita para o “jogo” que é disputado uma só vez.. Ocorre que essa estratégia dominante da última rodada influenciaria as rodadas anteriores. Assim, por exemplo, se os jogadores sabem que na última rodada a estratégia de cada um dos outros será (pelos motivos expostos acima) necessariamente a de manter os preços baixos, a antepenúltima rodada será equivalente à última, pois os participantes sabem que seu comportamento não influenciará a rodada sucessiva. E assim sucessivamente até a primeira rodada. Em termos mais simples, se o número de jogos fosse finito e conhecido

11. O “dilema do prisioneiro” é um dos primeiros modelos teóricos sobre os quais se estruturou a moderna teoria dos jogos. Sua estrutura é bastante simples. Imagine-se dois prisioneiros, a serem interrogados pela prática do mesmo crime, e suponha-se que a cada um deles é dito que se confessar e delatar o outro será perdoado e o outro terá a pena máxima (por hipótese, 20 anos), enquanto que se ambos confessarem e delatarem ambos terão a pena básica do crime (por hipótese, 10 anos). Por outro lado, se nenhum dos dois confessar serão aplicadas penas de 5 anos para cada um, relativas ao crime mais simples (por hipótese, único que é possível demonstrar sem a confissão). O comportamento estratégico individual leva ambos os jogadores a confessarem. Essa é seguramente a melhor estratégia individual, pois, qualquer que seja o comportamento do outro jogador (e imaginando-se sempre que o outro jogador adotará uma estratégia individual), o comportamento mais conveniente será sempre confessar (pois se o outro não confessar o primeiro jogador estará livre, e se o outro confessar o primeiro jogador terá evitado a pena máxima). O que ocorre é que nesse caso as estratégias individuais representam para os prisioneiros uma opção pior que o comportamento que visa à maximização da utilidade coletiva (que ocorreria se nenhum dos dois confessasse). V., a respeito do “dilema do prisioneiro”, D. Baird, C. Gertner e R. Pickner, *Game Theory and the Law*, cit., pp. 48-49.

9. In *Econometrica* 18/155 e ss., 1950 (original), consultado em H. Kuhn, *Classics in Game Theory*, Princeton, Princeton University Press, 1997, pp. 5 e ss.

10. Para uma descrição mais detalhada v. D. Baird, C. Gertner e R. Pickner, *Game Theory and the Law*, cit., pp. 166 e ss.

dos participantes cada um desenharia sua estratégia de modo a não perder sua participação no mercado, dado que a estratégia de ambos na última rodada será necessariamente manter os preços baixos. Não há, portanto, estímulo algum à cooperação entre os participantes do mercado.

Diferente é a situação tratando-se de um número infinito de rodadas ou, então, tratando-se de um número finito mas de duração incerta e desconhecida dos participantes. Note-se que essa é a única situação realmente relevante, pois é a única que se verifica na prática. Duas são as diferenças básicas em relação às situações anteriores. Em primeiro lugar, em todas as "rodadas" os participantes do mercado devem se preocupar com as conseqüências de suas estratégias sobre as rodadas sucessivas. O comportamento independente dos concorrentes é mais arriscado, pois se um determinado participante diminuir seu preço para aumentar sua participação no mercado seu concorrente poderá, no "lance sucessivo", reduzir também seu preço, fazendo-o ter prejuízos. Por outro lado, a própria perspectiva de inexistência de um final definido, e sobretudo da inexistência de um lance final do outro "jogador", faz com que o agente econômico direcione suas ações pelo comportamento imediatamente anterior de seu concorrente que, presume, irá se repetir. Assim sendo, a cooperação entre concorrentes, sobretudo através da aceitação tácita da *price leadership*, é muito mais provável.

De todo o exposto, a conclusão é única. Essa linha de raciocínio não leva a resultados conclusivos. E nem poderia levar. O que lhe falta é exatamente o dado valorativo, que permite transformar resultados possíveis de fatos econômicos em hipóteses legais de incidência. O legislador, como é sabido, freqüentemente contenta-se com possibilidades. É o caso da negociação comum que pode ou não existir em decorrência de uma sociedade de fato, mas que o legislador toma como indício para a existência desta última. É o que ocorre e deve ocorrer em matéria de cartéis.

Ainda mais quando, como no caso, a possibilidade é, de fato, uma forte probabilidade. Para ter certeza disto basta aprofundar um pouco a própria idéia central da teoria dos jogos e do *Nash-Equilibrium*, isto é, o fato de o ponto de equilíbrio ser obtido sempre com uma estratégia que leve em conta a do concorrente. A dependência recíproca sugere a necessidade do estudo das estratégias de cooperação.

Houve pouquíssimo desenvolvimento dessa idéia, a segunda linha de desenvolvimento possível da teoria dos jogos: a análise de como, quando e por quê os agentes econômicos cooperam.

Ora, é fácil entender por que a experiência em mercados que tenham características estruturais (barreiras à entrada e outras) propícias à formação e manutenção de oligopólios leva a um jogo cooperativo, e não de estratégia individual.

Nesses mercados o efeito do comportamento de cada um dos agentes sobre os demais é tão grande e potencialmente tão danoso que há a necessidade de cooperação explícita e não de colusão eventual como mera decorrência de comportamentos estratégicos individuais convergentes. A ameaça de concorrência predatória tem efeito direto na compreensão do agente econômico. Este passa a entender que qualquer comportamento não-cooperativo pode levá-lo a uma guerra predatória com conseqüências extremamente negativas. A cooperação explícita e formal é, então, necessária exatamente porque a percepção da existência de liberdade para concorrer pode devolver os agentes a uma situação de concorrência predatória, inconveniente para todos.

A observação do comportamento dos agentes no passado faz, portanto, concluir pela necessidade de cooperação. Faz descobrir a realidade. É de sua compreensão que surgem os padrões de comportamento.

A teoria dos jogos, a partir do estudo empírico dos comportamentos, de sua sistematização e organização, é mais apta, por-

tanto, a fornecer dados para elaboração de uma teoria do conhecimento, e não para uma teoria dos comportamentos – ou seja, serve para que os agentes entendam como se dá a interação econômica nos mercados e qual a melhor maneira de se comportarem. Não indica, no entanto, uma forma de comportamento necessária e nem tampouco desejável.

Uma vez compreendido esse postulado óbvio de comportamento econômico, isto é, que o agente primeiro adquire conhecimento para só então orientar seu comportamento, é possível entender utilidade e limitações da teoria dos jogos no campo econômico. A forma de atuação no mercado do agente econômico não pode ser predefinida. É preciso primeiro que o indivíduo descubra o modo de funcionamento do mercado para depois definir sua forma de atuação (individualista ou cooperativa). O conhecimento que se tem da realidade – esse, sim – é determinado pela observação dos comportamentos alheios e de sua comparação. A partir dele o indivíduo montará sua estratégia.

Ora, essas constatações servem para desmistificar o *non liquet* econômico em matéria de cartéis. Dada uma determinada estrutura de mercado e compreendido que a estratégia de atuação é determinada em função do conhecimento específico adquirido sobre aquele determinado mercado, então é possível concluir que em determinadas situações a cooperação é mais que possível, é provável. O impasse econômico está, portanto, resolvido. Cumpre agora agregar o dado jurídico, único capaz de definir as hipóteses legais de incidência. É o que se verá a seguir.

2. As incertezas jurídicas

Apesar da existência de reflexão jurídica, a preocupação com os cartéis não tem ensejado, do ponto de vista dos aplicadores do Direito, qualquer preocupação com uma formulação teórica e sistemática da *fattispecie* “cartel”.

Ao contrário, a preocupação tem sido exclusivamente a prova. Procura-se, ao invés de descobrir o significado jurídico dos termos “acordo” ou “conluio”, apenas aperfeiçoar a forma de demonstrá-lo.¹²

Em função disso, a disciplina só se enfraquece. De um lado, a *fattispecie* ganha definição formal e não sistemática. Torna-se necessariamente restrita, pois passa a englobar apenas as hipóteses de acordo expresso e formalizado.

De outro, para compensar essa restrição, a tendência é e tem sido ampliar enormemente aquilo que pode ser considerado prova de acordo. Sequer são necessários

12. Uma importante evidência dessa preocupação é a medida provisória que ampliou os poderes investigatórios da Secretaria de Direito Econômico (SDE). A Medida Provisória 2.055, de 11.8.2000, inseriu no art. 35 da Lei 8.884, de 1994, os seguintes parágrafos, representativos da preocupação existente com a questão da prova:

“§ 2º. Respeitado o objeto de averiguação preliminar, de procedimento ou de processo administrativo, compete ao Secretário da SDE autorizar, mediante despacho fundamentado, a realização de inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, notificando-se a inspecionada com pelo menos vinte e quatro horas de antecedência, não podendo a diligência ter início antes das seis ou após as dezoito horas.

“§ 3º. Na hipótese do parágrafo anterior, poderão ser inspecionados estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos, podendo-se extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos.”

O *acordo de leniência*, figura introduzida em nossa legislação antitruste através dessa medida provisória, também é representativo dessa tendência (v., nesse sentido, art. 35-B). As propostas de alteração da Lei 8.884, de 1994, apresentadas em anteprojeto de lei da Casa Civil que cria a Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência (ANC), são ainda mais radicais. Pretende-se eliminar qualquer tipo de discussão sobre acordos lícitos e ilícitos entre concorrentes. A nova legislação classifica os atos adotados mediante acordo, arranjo ou conluio entre concorrentes como infrações absolutas (nova proposta de redação do art. 20), ou seja, como ilícitos *per se*. A classificação das condutas em absolutas e relativas (e a classificação dos acordos entre concorrentes como condutas absolutas) nada mais é senão uma tentativa de superar os problemas relativos à prova.

indícios. Bastam, com frequência, suposições. Com isso, de um lado, direitos individuais diversos passam a ser desrespeitados e, de outro, as investigações são com frequência infrutíferas.

Observe-se, por exemplo, o que pode ocorrer caso se pretenda assumir que toda reunião entre os concorrentes é uma prova (ou indício) de existência de cartel:¹³ os agentes serão punidos pelo simples fato de se reunirem. Há, em primeiro lugar, claro desrespeito ao direito constitucional de reunião – que se configura exatamente pela restrição à reunião em si, sem preocupação com o seu conteúdo.¹⁴ De outro, não há tutela do valor protegido, que é a concorrência, e não a ausência de contato entre concorrentes.

Outro exemplo flagrante é o de associações entre concorrentes. Já está mais do que consagrada na doutrina antitruste a convicção de que associações dentre concorrentes não são e não podem ser *per se* ilícitas.

13. V. nota 12, supra, sobre a nova proposta de redação do art. 20 da Lei 8.884, de 1994, apresentada pela Casa Civil da Presidência em anteprojeto de lei que cria a ANC.

14. O direito de reunião (art. 5º, XVI, da CF de 1988), além de condição para exercício de outros direitos (direito de petição, liberdade de manifestação de pensamento, liberdade política), é também um direito em si (José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros Editores, 1997, p. 240). Em virtude disso, seu exercício independe do conteúdo da reunião. Portanto, o mero impedimento ao encontro físico das pessoas, seja ele direto ou indireto, já contraria a proteção constitucional. Nesse sentido, esclarecedora é a observação de Pontes de Miranda: “O que importa é o fato de se reunirem as pessoas, porque, se se quer apreciar o conteúdo do que se discute, ou que vão ou vêm fazer, já se introduz elemento novo. Entra em causa, forçosamente, outra liberdade, e.g., a de pensamento, ou a de não emitir pensamento” (*Comentários à Constituição de 1967*, t. V, São Paulo, Ed. RT, 1968, p. 558). Logo, a reunião (cujos elementos definidores são os seguintes: (i) pluralidade de participantes, (ii) duração limitada e caráter episódico e (iii) propósito determinado – v. Jean Rivero, *Les Libertés Publiques*, v. 2, Paris, PUF, 1989, p. 335) não pode ser considerada *per se* indício de conluio (incluída aqui a reunião entre concorrentes), sob pena de violação da Constituição.

tas.¹⁵ Aliás, em face da lei brasileira tais associações devem estar sujeitas a controle estrutural.¹⁶ Decorrencia disso é que, uma vez estruturalmente escrutinados os estatutos de tais associações, o exercício normal por elas de seus deveres estatutários não pode ser considerado ilícito concorrencial. A interferência estatal, em desrespeito ao direito constitucional de associação,

15. A jurisprudência do CADE mais antiga já reconhecia a legitimidade das associações entre concorrentes. Nesse sentido, v. Processo Administrativo 58 (1987) e Processo Administrativo 94 (1990), nos quais são manifestados, respectivamente, os seguintes entendimentos: as cooperativas só poderão ser condenadas quando houver uma distorção dos objetivos cooperativistas; e a ocorrência de abuso de poder por parte das cooperativas também enseja condenação. A jurisprudência mais recente tem seguido esse entendimento. V., nesse sentido, as decisões nos Processos Administrativos 61/92, 155/94 e 26/96, que apontam que a proteção constitucional às associações de classe confere a essas licitude, desde que as mesmas não estejam ferindo a lei de defesa da concorrência. Nesse mesmo sentido, vale citar teor da decisão proferida em 1997 nos autos do Processo Administrativo 145/93: “Não estão incluídas nas prerrogativas constitucionais da entidade sindical atentar contra a ordem econômica, servindo de intermediário para que as empresas concorrentes no mercado de produtos e serviços hospitalares negociem, discutam e concertem suas estratégias de mercado, notadamente através da fixação uniforme de preços”. De outro lado, toda a construção do art. 85 do Tratado CEE, base explícita do art. 54 da nossa lei, é no sentido de reconhecer a regra da razão para estruturas de cooperação, incluindo associações. Ora, isso é absolutamente incompatível com a aplicação da regra de ilicitude *per se* para associações (cf. nota 14, supra).

16. “A formação em si da cooperativa ou associação está sujeita, como não poderia deixar de ser, ao art. 54. Dependendo do seu objeto, é possível que sequer se caracterize qualquer prejuízo à concorrência. Imagine-se, por exemplo, uma associação sem fins lucrativos destinada a promover a pesquisa tecnológica para seus membros, e que não inclui em seu objeto acordo sobre a posterior utilização comercial das descobertas. Tal associação, por mais que seus membros tenham em conjunto poder no mercado, não implica nenhuma limitação à concorrência entre eles. Desse modo, está isenta de qualquer suspeita de ilicitude. O mesmo ocorre com as situações em que não há sequer a ameaça de formação de posição de poder no mercado” (Calixto Salomão Filho, *Direito Concorrencial – As Estruturas*, São Paulo, Malheiros Editores, 1998, p. 319).

configurar-se-ia através da *decisão pela ilicitude de associação* legalmente constituída e cujos estatutos já foram regularmente aprovados. Aqui o raciocínio é inverso do direito de reunião. A existência de escrutínio prévio (dado pelo controle estrutural) do conteúdo da associação é que configura a inconstitucionalidade da intervenção caso a associação comporte-se nos estritos limites de seu objeto (já pré-aprovado),¹⁷ ao

menos nos casos em que a ilicitude é identificada na própria existência ou objeto social da associação, e não em comportamento posterior.

Esse exemplos bem demonstram que a procura da definição de uma *fattispecie* através de uma reflexão jurídica sobre suas provas, se já teoricamente incorreta, é, na prática, desastrosa. Cumpre, então, encontrar outras vias para a reflexão jurídica.

3. Teoria jurídica dos cartéis

3.1 Definição do valor jurídico protegido

Na verdade, a construção de uma teoria jurídica dos cartéis prescinde totalmente de elucbrações sobre conteúdo de documentos e teorias conspiratórias a respeito de reuniões de concorrentes. Basta ter clareza sobre os valores a serem protegidos. É só assim que o momento jurídico de elaboração da norma ganha justificativa e corpo capazes de superar as incertezas econômicas.

Não há dúvida de que este momento valorativo centra-se na idéia de concorrência. Até aí, nada mais se disse que o óbvio. É preciso dar concretude a esse valor, definindo seu significado no campo das condutas e mais especificamente da repressão aos cartéis.

Em matéria de condutas a tradução do valor *concorrência* é dada por um binômio: é necessário um objetivo anticoncorrencial e é fundamental que esse objetivo seja realizável. Esse binômio é a tradução jurídica do que os economistas costumam chamar de *racionalidade econômica*.¹⁸ Note-se, de

análise estrutural não cria uma imunidade para a associação, mas cria uma imunidade anticoncorrencial para o estatuto. Apenas por condutas anticoncorrenciais, em desacordo com o estatuto, a mesma pode ser condenada.

18. A discussão sobre a racionalidade dos agentes permeou quase toda a história da Filosofia e tem sido objeto de embate entre os filósofos até os dias atuais. Esse mesmo debate foi incorporado pela Economia moderna através da discussão acerca da

17. A liberdade de associação é garantida constitucionalmente no art. 5º, XVII, da Constituição Federal. Segundo tal dispositivo, a intervenção estatal no funcionamento das associações está vedada pela Constituição se o fim das mesmas for lícito. Note-se que a exegese desse artigo não deve estar restrita à licitude do documento constitutivo da associação nos termos definidos pelo direito civil. Não se trata, aqui, somente da problemática da nulidade do contrato caso o objeto do mesmo seja ilícito, pois não basta que o objeto da associação seja lícito e o contrato seja válido para que a imunidade constitucional esteja garantida. Essa sutileza é bastante evidenciada pelo direito concorrencial, como nos mostra T. Ascarelli: "liceità dei contratti di consorzio, nelle loro varie forme, discende dalla liceità generalmente ammessa nel nostro diritto dei contratti di concorrenza (...). Il riconoscimento della liceità del contratto di consorzio in linea di principio non esclude naturalmente la possibilità che determinati contratti siano illeciti nel caso concreto o che siano illecite determinate clausole del contratto di consorzio o che siano, nel caso concreto, illeciti quei contratti e quelle clausole che il consorzio suole concludere con i propri acquirenti e fornitori, a danno di quanti non partecipano al consorzio" (*Consorzio Volontari tra Imprenditori*, Milano, Giuffrè Editore, 1937, p. 29). O objetivo do controle estrutural é exatamente fazer essa análise, ou seja, verificar se os termos do acordo não permitem condutas que possam prejudicar a livre concorrência, violando o *caput* do art. 20 da Lei 8.884, de 1994. Uma vez aprovada a associação, ou seja, reconhecido seu fim lícito do ponto de vista concorrencial, começa a valer sua imunidade em relação aos órgãos de defesa da concorrência. A intervenção posterior, nesse caso, apenas é constitucionalmente aceita se práticas posteriores da associação forem ilícitas. Nunca tal intervenção pode versar sobre o conteúdo do estatuto já aprovado. A contradição é clara: os termos de um estatuto previamente aprovado pelo controle concorrencial prévio não podem posteriormente ser considerados ilícitos, sob pena de contradizer a decisão anterior do próprio órgão. Conforme dito anteriormente, lícita é a intervenção no caso de práticas subseqüentes da associação que venham a desconfigurar o estatuto e ferir a Lei 8.884, de 1994. Portanto, entenda-se: a

resto, que estes são exatamente os requisitos estabelecidos no art. 20, *caput*, da lei concorrencial (objetivo e efeito potencial).

No assunto que ora nos interessa – a cooperação econômica – é necessário determinar aqueles comportamentos que só fazem sentido, isto é, só são racionais, se baseados em uma estratégia cooperativa. Ou, então, compreendidos de outra forma, aqueles comportamentos que supostamente serão direcionados a um fim cooperativo realizável capaz de levar à dominação do mercado. É, portanto, o objetivo realizável de dominar o mercado através de ajus-

existência ou não de uma racionalidade própria dos agentes econômicos. Os pressupostos dessa teoria encontram-se em F. Y. Edgeworth, seu precursor, e em Adam Smith, seu fundador. Desde Adam Smith inúmeras têm sido as formulações acerca disso. A título de sistematização, definem-se quatro modelos principais, cujos pressupostos fundamentais seriam: (i) os agentes buscam a maximização de seus objetivos; (ii) os agentes buscam a maximização dos benefícios desejados; (iii) os agentes buscam a maximização de seu auto-interesse; (iv) os agentes buscam a maximização de seu bem-estar. Vale notar que as duas últimas acabam por conferir um conteúdo determinado às formulas genéricas expressas nas duas primeiras formulações. Importa notar que a noção de consistência está presente em praticamente todas as possíveis formulações de racionalidade dos agentes econômicos, e ela se expressa através da exigência de adequação entre, ou correspondência entre, aquilo que se tenta obter e o modo ou instrumento usado para atingir tal objetivo. Atualmente os principais representantes da doutrina da racionalidade econômica – se é que se podem denominar suas diversas variantes sob um mesmo título – são Gary Becker, Paul Samuelson e George Stigler. Tal orientação, entretanto, não passa incólume pela ciência econômica. Desde o início estudos empíricos têm tentando demonstrar que em diversas situações os agentes econômicos não agem de maneira racional. Além disso, estudos críticos tentam solapar os pressupostos teóricos que sustentariam a possibilidade de afirmação da existência de uma racionalidade econômica. Nesse linha, vale citar Herbert Simon e Amartya Sen (v. Herbert A. Simon, *Models of Bounded Rationality: Empirically Grounded Economic Reason*, Cambridge, Mit Press, 1997; para uma análise crítica dessa evolução v. Amartya Sen, “Rational fools: a critique of the behavioural foundations of economic theory”, in *Choice, Welfare and Measurement*, Cambridge/Massachusetts/London/England, Harvard University Press, 1997, pp. 84-108).

te entre empresas fator-chave para caracterização da antijuridicidade.

Isso significa, de um lado, que é necessário que existam as condições estruturais que permitam ao participantes do acordo assegurar a dominação. Assim os tradicionais critérios econômicos do reduzido número de participantes e da existência de barreiras à entrada. A ligação desse requisito ao valor *concorrência* é direta. O valor jurídico a ser protegido não é a inexistência de contato ou mesmo de acordo entre concorrentes. O valor protegido é a concorrência, isto é, a existência de alternativas para o consumidor. Desse modo, apenas o acordo que possa levar à dominação é juridicamente relevante.¹⁹

Resta, então, determinar quais são as hipóteses de acordos juridicamente relevantes. É o ponto mais relevante e menos tratado pela doutrina econômica tradicional.

Duas são as hipóteses possíveis. Em primeiro lugar, pode o acordo ser explícito. Deve, nessa hipótese, estar refletido de forma expressa no documento ou na reunião entre os participantes do acordo. O único requisito a ser verificado é se o acordo versa ou não sobre variáveis concorrenciais. Como visto, a simples existência de reunião ou associação entre concorrentes não pode e não deve, do ponto de vista

19. Essa observação é relevante, pois evidencia a absoluta confusão quanto ao valor jurídico protegido que permeia a elaboração do projeto de alteração da lei concorrencial. A criação de uma infração absoluta, de um lado, deixa de tratar do ponto onde deveria haver mais rigor (v. infra, item 3.2.2) e trata com rigor injustificado os acordos que são ilícitos mesmo sem que seus participantes tenham poder no mercado (v. nova proposta de redação do *caput* do art. 20 da Lei 8.884, de 1994, apresentada através do anteprojeto de lei que cria a ANC, que reza: “Constituem infração absoluta da ordem econômica, independentemente de culpa, e são nulos, os atos sob qualquer forma manifestados, adotados mediante acordo, arranjo ou conluio entre concorrentes, que tenham por objeto ou possam produzir quaisquer dos seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados...” – leia-se: mesmo sem que haja qualquer efeito potencial sobre o mercado).

constitucional, ser considerada ilícita, a não ser que sirva de instrumento para coordenação de posição em matéria concorrencial (isto é, ajuste de preços, quantidades produzidas, padrões de desenvolvimento tecnológico etc.). Nessa hipótese, portanto, o raciocínio é direto, não havendo qualquer elucubração jurídica ou econômica a ser feita.

Não assim quando inexistir acordo expresso. Nessa hipótese a existência ou não de ajuste só pode ser dessumida do comportamento das partes. E é exatamente à construção de uma teoria que permita determinar quando é possível dos comportamentos dessumir a existência de um ajuste que se deve dedicar a reflexão jurídica.

3.2 *Intenção passível de produzir efeitos cooperativos*

Para isso é preciso determinar a existência da chamada intenção passível de produzir efeitos cooperativos. Trata-se nada mais nada menos que do binômio intenção-efeito, mencionado há pouco.

Seu significado pode ser aproximado de duas formas distintas, mas convergentes.

3.2.1 Comportamento individual irracional

De um lado, é possível tentar determinar a existência de intenção de se comportar de forma coordenada a partir da ilogicidade de sua alternativa, isto é, tentar demonstrar que uma estratégia individual não faria sentido ou não seria racional no caso concreto.

É esse o caminho que tem sido mais freqüentemente seguido pela doutrina.²⁰ As hipóteses de ilogicidade do comportamento individual são tradicionalmente identificadas nos oligopólios que têm condições

estruturas (barreiras à entrada etc.) para sua manutenção e que apresentam um comportamento paralelo padrão. Imagine-se, então, a manutenção de preços em período de queda de demanda, tendo como dado que a elasticidade-preço daquele mercado é inferior a 1. Esse comportamento não tem sentido algum para um agente econômico que se comporta dentro de uma lógica exclusivamente individual. Esse agente deveria necessariamente procurar reduzir preços – e, assim, ganhar mercado. Só o agente que formula sua estratégia prevendo o comportamento paralelo dos demais pode assim agir. A estratégia individual não faz, em princípio, sentido.

Esse dado, ainda que bastante lógico em teoria, é insuficiente na prática. Tudo porque, como visto acima, a cooperação, ainda que provável, não é certa. Conseqüentemente, a teoria econômica conclui pela impossibilidade de, a partir daí, afirmar a existência de cartel.

Ocorre que a investigação da intenção passível de produzir efeitos cooperativos não se esgota na indagação da ilogicidade de seu oposto. Requer também a indagação da possibilidade de sua própria ocorrência (que é, aliás, o caminho logicamente mais direto). Ora, inúmeros são os critérios desenvolvidos pela doutrina jurídica para essa determinação.

3.2.2 Relações contratuais de fato

De há muito a doutrina vem se indagando sobre a possibilidade e as hipóteses em que seria razoável presumir de fatos encadeados a existência de acordo.

A questão é mais discutida e mais discutível tratando-se de teoria geral do direito civil. Seu ponto de partida e sua denominação são dados pela doutrina alemã nos anos 40 por famoso trabalho de G. Haupt (“Über faktische Vertragsverhältnisse”).²¹

20. Esse critério negativo de verificação do objetivo de cooperar é utilizado por dois autores clássicos do tema: D. Turner, “The definition of agreement”, 75 *Harvard Law Review* 655, cit. (pp. 705-706), (conclusões) e E. J. Mestmäcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, München, Beck, 1974, p. 217.

21. *Festschrift für Heinrich Siber*, v. II, 1943, pp. 5 e ss.

Ali procura-se formular uma verdadeira teoria geral das relações contratuais de fato, “comportamentos sociais” capazes de fazer surgir a relação contratual independentemente da existência de vínculo formal. O grande problema dessa tentativa, como vem destacando a doutrina, é a utilização de critérios díspares para identificação dos casos que constituem relações contratuais de fato.²²

Essa crítica não faz invalidar a teoria, e sim apenas tentar encontrar um elemento unificador. Isso significa que não se contesta que a disciplina contratual deva ser aplicada a essas situações. O que se afirma é apenas que tais comportamentos não excluem a declaração negocial, devendo ser capazes de fazer presumir a existência de declaração.

Essa crítica serve, na verdade, para resolver dois problemas formais. Em primeiro lugar, eliminar o paroxismo da expressão “relação contratual de fato”.²³ As variadas formas de relação de fato não se equiparam às contratuais, constituindo mero indício de existência de declaração negocial.

Até aí a diferença parece apenas teórica, mas não é. A crítica serve também para garantir a existência de critério único – a declaração negocial –, ao qual todos os indícios de fato devem ser referencial. Isso permite a não-aplicação – ao menos integral – da disciplina contratual aos casos em que os indícios fáticos não permitirem presumir a existência de declaração.

Essa presunção é tão mais passível de ser feita quanto mais for possível demons-

trar que os atos ou fatos jurídicos são racionalmente endereçados ou podem levar a um fim único.²⁴ É o encadeamento de atos e sua ordenação a um objetivo potencial que fazem presumir a existência de declaração negocial ou de comportamento socialmente típico.

E nada mais nada menos que a lei cria essa presunção em matéria comercial. O comportamento socialmente típico é, na verdade, comportamento legalmente típico. Particularmente a habitualidade da relação entre comerciantes sempre foi considerada indício de contratação. Assim, já o Código Comercial Brasileiro de 1850 estabelecia em seu art. 122 que os livros dos comerciantes constituem prova de existência de contratação. Evidentemente, aqui, o acento está na habitualidade da relação. Sendo a exigência não necessariamente de lançamentos recíprocos (que por si sós denotariam a existência de acordo de vontades), o lançamento unilateral não tem valor enquanto tal, mas sim como comprovação de uma relação continuada. É na continuidade da relação, evidenciada nos livros do comerciante, que está a vinculação a um fim determinado – e, portanto, o indício de contratação. Também o art. 131 dá conta desta tendência ao prever que o fato dos contraentes, posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal será a melhor explicação da vontade que as partes tiveram no ato da celebração do mesmo contrato.

Se em matéria de teoria geral dos contratos já há essa tendência, o que não dizer quando se trata de relações associativas? Nesse tema, muito mais que nas relações de permuta, é a continuidade da relação o elemento socialmente relevante. Tão relevante a ponto de se falar, em matéria societária, em disciplina de uma atividade e não de atos isolados. Os atos ganham conteúdo não enquanto tais, mas apenas enquanto momento inicial esclarecedor da-

22. V., a respeito, Néelson Nery Júnior (org.), in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Brasileiro – Comentado*, São Paulo, Forense Universitária, 1999, p. 297, com interessantes referências bibliográficas.

23. Cf., nesse sentido: Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7ª ed., München, Beck, 1989, p. 333; e A. Junqueira Azevedo, *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, São Paulo, s.n., 1986, p. 45.

24. Cf. Karl Larenz, *Allgemeiner Teil ...*, cit., p. 333.

quela determinada atividade.²⁵ Assim, por exemplo, com o estatuto social ou determinada assembléia de acionistas. O encadeamento, a ordenação a um fim são fundamentais em matéria de relações associativas. Não por acaso é a relação associativa o espaço natural do reconhecimento das relações de fato. Encontram guarida expressa no Código Comercial, arts. 304 e 305, as chamadas sociedades de fato.

Não há por que não aplicar a teoria das relações contratuais de fato e os critérios para identificação das sociedades de fato à formação de cartéis. Esses podem ser vistos, na verdade, como sociedades de fato, pois há a conjunção de objetivos e repartição de proventos (ainda que de forma indireta, como conseqüência dos movimentos conjuntos e comuns de preços), desde que haja a continuidade e habitualidade da conduta.

Conseqüentemente – e este é um resultado jurídico bastante relevante –, a conduta habitual de movimentos idênticos de mercado, acompanhada da existência de condições estruturais para dominação do mercado, possibilita, sim, presumir a existência de cartéis. Como sempre, em matéria de comportamento sociais típicos, não se trata de ter certeza de que a única racionalidade para tais comportamentos é a cooperação (daí por que os raciocínios econômicos têm pouca utilidade). Não se trata de um juízo lógico de certeza, e nem tampouco de probabilidade. Exatamente como na sociedade de fato, podem existir outras explicações para o comportamento. Mas aqui como ali a existência de um interesse jurídico maior a proteger (aqui, a concorrência e os consumidores; no caso das regras societárias sobre as sociedades de fato, os credores) leva a fazer presumir de uma

mera possibilidade a existência da relação associativa. Ao prejudicado incumbirá a demonstração da inexistência da figura.

4. Conclusões

Nas presentes linhas não se procurou – e nem se poderia procurar – elaborar uma teoria geral dos cartéis. Ainda assim, os apontamentos superficiais ora alinhavados permitem algumas conclusões.

A disciplina dos cartéis não deve buscar certezas, mas possibilidades, até porque certezas não existem no campo das ciências sociais. As referidas possibilidades devem ser selecionadas a partir de valores jurídicos.

Sendo o valor jurídico básico e óbvio a defesa da concorrência, a disciplina tem de ser endereçada aos cartéis que possam ameaçá-la. Isso não significa tender a uma regra *per se* sobre cartéis que impeça qualquer tipo de acordo. Tal regra, por um lado, não serve a preservar tal valor. Por outro lado, incentiva a sanção exclusiva a acordos expressos, o que também é inconveniente, por duas razões.

De um lado, porque incentiva excessiva concentração sobre a demonstração da existência de acordos. Essa busca, se não for bem ponderada, pode implicar ferimento a direitos fundamentais como liberdade de reunião e associação.

De outro lado, porque tira o foco da mais importante linha de investigação concorrencial, a busca dos acordos tácitos. Esses podem e devem ser identificados a partir de regras gerais dos contratos e dos contratos associativos. Construções como a das “relações contratuais de fato” e particularmente sua subespécie “sociedade de fato” são particularmente úteis para esse fim.

25. Cf. P. Ferro Luzzi, *I Contratti Associtivi*, Milano, Giuffrè Editore, 1976, p. 215.