

ISSN 1022-4057

Português

English

Español



ECONOMIC ANALYSIS OF LAW REVIEW

abde
Associação Brasileira
de Direito e Economia

 Universidade
Católica de Brasília


EDITORA
universa

www.ealr.com.br

Economic Analysis of Law Review

Prova indireta de cartel no âmbito das associações: comportamento paralelo e *plus factors*

Amanda Athayde Linhares Martins
Universidade Federal de Minas Gerais

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar a aplicação da doutrina *plus factors* no âmbito das associações no direito antitruste brasileiro. O foco é na troca de informações comercialmente sensíveis e na adoção de comportamentos paralelos pelos associados. Estuda-se inicialmente a interação entre o princípio da livre concorrência e outros princípios constitucionais afins, como a livre associação, a liberdade de manifestação do pensamento e o direito de petição. Em seguida, são exemplificadas atividades associativas que podem ter efeitos pró-competitivos, bem como aquelas cujos efeitos são potencialmente anticoncorrenciais. Por fim, propõe-se a adoção dos seguintes requisitos para uma condenação de associações por formação de cartel baseada em prova indireta: (i) o paralelismo de condutas dos associados não explicado por justificativa economicamente plausível, adicionado a dois *plus factors*, quais sejam (ii) o contato prévio entre os membros associados e (iii) a existência de um instrumento de troca de informações comercialmente sensíveis.

Palavras-chave: cartel, associações, doutrina “*plus factors*”.

JEL: K21.

ABSTRACT

The present paper aims at analyzing the application of the *plus factors* doctrine in the context of business associations under Brazilian Antitrust Law. The focus is on the exchange of sensitive information and the adoption of parallel conduct by the associates. Initially, it is studied the interaction between the principle of free competition and other related constitutional principles, such as free association, freedom of expression of thought and the right to petition. Then, an exemplification of the pro-competitive as well as the potentially anticompetitive activities of the associations is made. Finally, it is proposed the adoption of the following requisites for a condemnation of business associations for cartel behavior based on indirect proof: (i) the parallel conduct of members, added with two *plus factors*, namely (ii) previous contact between associate members and (iii) the existence of an instrument of exchange commercially sensitive information.

Key words: cartel, associations, parallelism plus doctrine.

R: 13/9/10 **A:** 19/2/11 **P:** 5/7/11

1. Introdução

As associações,¹ entendidas em seu sentido amplo, exercem valioso e fundamental papel na sociedade, na medida em que constituem fórum de discussão e de troca de opiniões sobre questões de interesse comum. Apesar de sua principal função ser a prestação de serviços aos seus associados, elas também exercem outras importantes atividades, como promover padrões e boas práticas, definir termos e condições de venda, publicar e impor códigos de ética e auto-regulamentações, editar recomendações sobre questões comerciais e não comerciais, além de representar e proteger os interesses dos membros quanto à legislação, regulação, tributação e políticas que os afetem. Assim, já que muitas das suas atividades promovem o funcionamento eficiente do mercado, a existência e a atuação das associações são incentivadas e encorajadas no Brasil (OCDE, 2008)².

Por outro lado, o fato de as associações oferecerem oportunidades de encontros repetidos e de discussões entre concorrentes diretos pode desencadear, com maior facilidade, atividades ilegais e anticompetitivas em favor da colusão e da conduta exclusionária coordenada. Isso porque, mesmo que os objetivos perseguidos sejam legítimos, os encontros podem permitir que seus membros troquem informações comercialmente sensíveis, tais como preços, estratégias de mercado, quantidade produzida e clientes, que podem levar à formação de acordos e entendimentos informais, em clara violação às regras concorrenciais. (SDE, 2009).

Nesse contexto, as espécies típicas de preocupação antitruste são os acordos entre concorrentes para a fixação de preços ou de quantidade produzida, a divisão do mercado em função de critérios geográficos ou do tipo de consumidor³ e a fraude em licitações⁴. No entanto, acordos explícitos de constituição de cartel (i.e, colusão expressa com prova do acordo) tornaram-se raros, assumindo ou um modo expresso de colusão cujas provas são possíveis por evidências circunstanciais ou um modo tácito de colusão – sendo o primeiro desses tipos de prova (evidências circunstanciais), objeto de análise neste trabalho.

Gico Jr. (2007) bem explica essa divisão terminológica de colusão, com fundamento no importante *paper* de Kovacic (1993), *in verbis*:

[...] condutas paralelas podem ser classificadas como independentes e dependentes. As condutas paralelas dependentes, por sua vez, podem ser classificadas como casos de colusão expressa, quando há prova de um acordo (coordenação direta) ou evidências circunstanciais a demonstrar que tal conduta só seria possível na presença de algum tipo de coordenação direta e, colusões tácitas, quando o equilíbrio colusivo foi alcançado por coordenação indireta.

As associações podem obter ou influenciar referida colusão pela adoção ou influência de conduta comercial uniforme dos associados, que pode se concretizar, por exemplo, pelo estabelecimento indevido de regras restritivas para adesão e exclusão de membros, restrições de

¹ O termo “associações” advém da tradução livre da expressão “*trade associations*”, e abrange não apenas as associações de pessoas, de comércio e de profissionais, mas também as entidades sem fins lucrativos, as sociedades, as companhias de responsabilidade limitada, os empresários individuais, as empresas estatais e os órgãos de auto-regulação industrial.

² A OCDE é a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Para mais informações: <www.oecd.org> (último acesso em 4/8/2010).

³ “Divisão do mercado em função de critérios geográficos ou do tipo de consumidor” é tradução livre do termo “*allocation of consumers or territories*”.

⁴ A “fraude em licitações” é tradução livre do termo “*bid-rigging*”, que deve ser entendido como o acordo ilegal entre dois ou mais competidores, no qual uma parte do grupo de concorrentes é designada a ganhar a licitação/concorrência.

marketing, definição de padrões industriais exclusivos ou fechados ou outras práticas que limitam a habilidade dos membros associados de concorrer livremente no mercado. A associação, nesse contexto, estaria praticando conduta anticompetitiva prevista no art. 20, I c/c art. 21, II da Lei n. 8.884/94. Os associados, em decorrência da troca de informações sensíveis e da consequente adoção de um comportamento paralelo, também poderiam ser considerados infratores, com fundamento no art. 20, I c/c art. 21, II da mesma lei, pela prática de acordo com o concorrente, ainda que sem prova direta. (OCDE, 2008:7-41).

Por serem menos intensas, no entanto, tais práticas têm dificuldade de ser caracterizadas como cartel no Brasil, por não formarem um acordo propriamente dito⁵ com provas diretas. Isso porque, de acordo com o raciocínio restritivist, seria preciso ter evidências de um acordo expresso ou pelo menos evidências que tendam a excluir a possibilidade de que os acusados estivessem agindo de forma independente (FTC, 1990), já que “a prova de cartel deve consistir em evidência clara da combinação prévia, não podendo resumir-se em meras evidências circunstanciais”. (CADE, 1999).

Contrariamente, o que se propõe nesse trabalho é uma posição de vanguarda, segundo a qual evidências circunstanciais, isto é, prova indireta,⁶ sejam capazes de prover base para uma condenação por prática anticoncorrencial no Brasil. Importante esclarecer que utilizamos o conceito de prova indireta em contraposição ao que se considera prova direta - cópia de um acordo por escrito, testemunho, memorandos, circulares, etc. Esse tipo de prova, embora mais desejável para a apuração de infrações, dificilmente é conseguida, dado que as empresas envolvidas têm consciência da ilegalidade de sua conduta e da importância da prova para uma condenação.

A ideia central por detrás desse posicionamento de condenação por prova indireta, portanto, está na doutrina dos *plus factors*,⁷ proposta por Kovacic (1993) e chancelada por Hovenkamp (1994), que consiste na apresentação de condições necessárias e suficientes para inferir, a partir do paralelismo entre as condutas dos agentes e na ausência de evidências explícitas de acordo, a existência do último.

Conhecida em idioma português como “doutrina do paralelismo mais” (Gico Jr., 2007:315) esta doutrina propõe não ser necessária a prova da existência de um acordo ou de um mecanismo explícito de coordenação de preços para a configuração de um ilícito. Bastaria o comportamento paralelo, mesmo se interdependente, desde que houvesse um fator a “mais” para qualificar a conduta como anticompetitiva.

Aplicada referida doutrina no âmbito das associações, a propositura é que, a partir da verificação de um comportamento paralelo, não explicado por nenhum outro fator economicamente plausível, e configuradas as evidências circunstanciais de (i) contato prévio entre os membros associados e de (ii) instrumento de troca de informações comercialmente sensíveis entre estes, seja possível a inferência da conduta do cartel. Trata-se, portanto, de prova indireta para a condenação do cartel por meio do raciocínio indiciário.

⁵ Termo “acordo” entendido sob a ótica do direito comunitário europeu, definido como o resultado da expressão, pelas empresas participantes, da vontade comum de se comportar no mercado de uma maneira determinada (Cour de justice des communautés européennes, [CJCE], (1999). Anic, polypropylene).

⁶ Nos países onde o exercício da atividade antitruste alcança maior desenvolvimento, a identificação de cartéis em geral decorre da utilização de prova indireta, ou seja, quando só há uma explicação para o fato. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, [CADE]. (1999). Processo Administrativo 08000.015337/1997-48. (CSN/COSIPA/USIMINAS).

⁷ Segundo a teoria do *plus factors*, o comportamento paralelo sozinho não é prova de acordo, a não ser que se prove a existência de “outros fatores” que interferem fortemente na combinação. Hovenkamp, H. *Federal Antitrust Law*. St. Paul, Minn: West Publ. Co, 1994. p. 173, in: Schuartz, 2002:118-134.

Para se verificar a adequação da referida proposição, faz-se necessário, primeiramente, o estudo das associações sob a ótica concorrencial. No primeiro capítulo, portanto, será analisado o conceito de associação para fins antitruste, assim como a relação existente entre a livre concorrência e os outros princípios constitucionais afins, notadamente a livre associação, a liberdade de manifestação do pensamento e o direito de petição.

Em seguida, no segundo capítulo, será detalhado o espectro das atividades exercidas pelas associações, que podem ter efeitos pró-competitivos e também potencialmente anticoncorrenciais. Com isso será possível elencar, exemplificativamente, as práticas mais sensíveis à ocorrência de condutas colusivas, dando maior foco aos liames concorrenciais da troca de informações entre concorrentes membros das associações.

Adiante, com base na potencialidade de se configurar uma conduta anticoncorrencial pela troca de informações, serão detalhados os limites legítimos a essa comunicação. Propor-se-á, finalmente, a possibilidade de se utilizar, no Brasil, o paralelismo de condutas dos associados aliado às evidências circunstanciais de contato prévio e de um instrumento de troca de informações comercialmente sensíveis, como prova indireta de cartel.

2. Das associações no direito antitruste

2.1. Conceito de associação para o Direito da Concorrência e repressão de seus atos anticoncorrenciais

Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico [OCDE], “as regras antitruste se aplicam a qualquer pessoa física ou jurídica engajada a uma atividade econômica ou comercial, sendo irrelevante sua lucratividade ou sua natureza pública ou privada” (OCDE, 2008: 19). Disso decorre que as regras de concorrência se aplicam não apenas às sociedades, às companhias de responsabilidade limitada, aos empresários individuais, às empresas estatais e às entidades sem fins lucrativos, mas também aos órgãos de auto-regulação industrial e às associações, tanto de pessoas quanto de comércio e de profissionais.

O termo “associação”, em si, é muito amplo e inclui as várias formas de cooperação e interação entre indivíduos e empresas. Para o direito civil e constitucional brasileiro sua conceituação é basilar e já foi alvo de extensas teses.⁸ Para o direito antitruste, por outro lado, o conceito de associação (*trade associations*) é instrumental,⁹ geralmente referindo-se a todo tipo de organização

⁸ Nos dizeres do artigo 53 do Código Civil Brasileiro, “[c]onstituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos”. Pontes de Miranda, em posição restritivist, define associação como “toda coligação voluntária de alguma ou muitas pessoas físicas, por tempo longo, com o intuito de alcançar algum fim (lícito), sob direção unificante” (Miranda, P. de. & Cavalcanti, F. (1970). *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.1 de 1969*. (2ª ed). 6 volumes. São Paulo: RT.). José Afonso da Silva expande esse conceito ao sustentar que ele abrange tanto as associações em sentido estrito (coligações com fins não lucrativos) quanto às sociedades (coligações de fim lucrativo), além dos partidos políticos (espécie de associação prevista no art. 17 da Constituição da República Federativa do Brasil - CR) e das associações profissionais ou sindicais (art. 8º da CR) (Silva, 2007:266). Vide, também, Pereira (2007).

⁹ Digo “instrumental” na medida em que o Direito da Concorrência não se debruça à análise do conceito de associação em si, mas utiliza-se desse termo quando da repressão de uma conduta anticoncorrencial adotada por essa entidade.

composta por indivíduos ou empresas que se unem para defender interesses comerciais ou profissionais em comum (sejam eles econômicos ou não).¹⁰

Essa linha de raciocínio é adotada pela União Europeia, que não se atém à forma jurídica da associação, mas à adoção de uma coordenação pela entidade (Pietro, 2009/2010). É assim que se abrange no conceito não apenas as coligações sem fins lucrativos (ex: cartel do cimento) (TPICE, 2000), mas também as associações de fato (ex: os produtores independentes de cartolina no caso *Tetra Pak*) (CJCE, 2000), os grupos organizados, as organizações profissionais (ex: a ordem de advogados holandesa no caso *Wouters*, [CJCE], 2002), as federações (ex: a FIFA, [TPICE], 2005) e a Federação Francesa de Futebol (ACF, 2009), os sindicatos e as corporações de direito público (ex: cartel de carne bovina [CJCE], 2008).

Diante disso, tem-se o ditame genérico na maioria das jurisdições antitruste (OCDE, 2008: 20), de que o direito da concorrência será aplicável a uma associação caso dois elementos estejam presentes: o estrutural e o funcional. O elemento estrutural¹¹ requer que a associação tenha algum tipo de organização corporativa, sendo irrelevante sua forma, personalidade jurídica, objetivo lucrativo, natureza pública das funções exercidas, ou mesmo que seja uma associação de associações. O segundo elemento, por sua vez, é o funcional, e diz respeito à habilidade da associação de influenciar os integrantes de um dado mercado.

Nesse contexto, observa-se que o art. 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)¹² prevê o elemento funcional ora mencionado, na medida em que dispõe serem “*incompatíveis com o mercado comunitário e proibidas todas [...] as decisões de associações de empresas [...] que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados Membros e que tenham por objeto ou por efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência dentro do mercado comunitário [...]*”.¹³

No Brasil, por sua vez, tais entidades também se submetem às regras antitruste, segundo o art. 15 pela Lei n. 8.884/94, que dispõe mais claramente sobre o elemento estrutural das associações, nos seguintes termos: “[*e*]sta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal”.

A jurisprudência brasileira é sólida no combate às condutas anticoncorrenciais adotadas por associações e sindicatos, muito como resultado da rígida postura adotada pela Secretaria de Direito

¹⁰ (OCDE, 2008: 7). “*Trade associations consist of individuals and firms with common commercial interests, joining together to further their commercial or professional goals*”. Conceito também utilizado pela SDE, por exemplo, na Nota Técnica do Procedimento Administrativo 08012.010075/2005-94.

¹¹ O elemento estrutural é importante na medida em que distingue a entidade dos seus membros (e também a responsabilidade de cada um deles), além de diferenciar a associação de uma mera atividade conjunta entre empresas concorrentes.

¹² Antigo art. 81 do Tratado da União Europeia.

¹³ TFUE. Artigo 101 (antigo artigo 81 TCE). “1. *Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à: a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction, b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements, c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement, d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats*”.

Econômico (“SDE”) no combate a essas práticas anticoncorrenciais.¹⁴ No que tange à repressão de reuniões com objeto anticompetitivo, por exemplo, tem-se o cartel de combustíveis em Belo Horizonte (CADE, 2003). Já no que se refere ao estabelecimento de tabelas de preço, há a condenação da Associação de Auto Escolas de Campinas (CADE, 2008a) e das associações médicas. Quanto à adoção de códigos de ética restritivos, tem-se o caso da Associação Brasileira das Agências de Viagem/DF (CADE, 2008b). Há também conduta comercial uniforme contra não-membros da associação, reprimida no caso do Sindicato dos Condutores Autônomos de Veículos Rodoviários de Brasília (Sindicavir/DF) dentre outros julgados do Conselho (CADE, 2000).

Isso posto, tem-se que as associações, entendidas em uma noção ampla, devem se submeter às regras concorrenciais, não se admitindo que seus membros escapem à aplicação da lei antitruste quando agem por meio dessas entidades. Nesse sentido, uma associação pode ser responsabilizada juntamente com os seus afiliados se tiver uma função distinta da destes, seja sugerindo, orquestrando ou executando uma conduta ilegal. Por outro lado, ela não deve ser responsabilizada se a infração foi cometida pelos seus membros sem a sua ciência e participação. Ainda, pode haver o caso em que práticas anticoncorrenciais sejam de autoria da própria associação, sem que seja possível divisar clara participação de seus membros (SDE, 2009). Assim, o papel das associações nas infrações à ordem econômica pode variar significativamente, bem como a sua responsabilização pela conduta.

2.2. Limitações à livre concorrência em face dos princípios constitucionais relativos às associações

A atuação das associações, desde que lícita, é expressão das liberdades econômica, social e política, constitucionalmente protegidas. É assim que a liberdade de associação (art. 5º, XVII, e 8º da Constituição Federativa da República – “CR”), de manifestação do pensamento (art. 5º, IV, e art. 220 da CR) e o direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a” da CR), não podem desconsiderar outros princípios constitucionais, como a proteção ao consumidor (art. 170, V da CR), a livre iniciativa (art. 1º, IV e art. 170, *caput* da CR) e a livre concorrência (art. 170, IV da CR). Nesse embate entre princípios constitucionais é que Alexy (1993:47-55) propõe a técnica do sopesamento, já adotada no Supremo Tribunal Federal (STF),¹⁵ utilizada a seguir para o balanço do princípio da livre concorrência de um lado, e dos princípios da liberdade de associação, de manifestação do pensamento e o direito de petição, de outro.

2.2.1. Liberdade de associação x livre concorrência

Previsto nos arts. 5º, inciso XVII, e 8º da CR, tem-se como princípio o direito de associar-se livremente ou de se aderir a uma associação já existente. Nas palavras do Ministro Celso de Mello, “[n]a égide da vigente Carta Política, intensificou-se o grau de proteção jurídica em torno da liberdade

¹⁴ Uma demonstração da preocupação da SDE quanto às práticas anticoncorrenciais adotadas por associações e sindicatos se dá pela publicação da “Cartilha” com esse tema, da Coleção SDE/DPDE no 03/2009.

¹⁵ Supremo Tribunal Federal, [STF]. (2002). Pedido de Intervenção Federal 2915-5/SP, voto do Min. Gilmar Mendes. “[...] diante das antinomias de princípios, quando em tese mais de uma pauta lhe parecer aplicável à mesma situação de fato, ao invés de se sentir obrigado a escolher este ou aquele princípio, com exclusão de outros que, *prima facie*, repute igualmente utilizáveis como norma de decisão, o intérprete fará uma ponderação entre os *standards* concorrentes (...), optando, afinal, por aquele que, nas circunstâncias, lhe pareça mais adequado em termos de otimização de justiça”

de associação, na medida em que, ao contrário do que dispunha a Carta anterior, nem mesmo durante a vigência do estado de sítio se torna lícito suspender o exercício concreto dessa prerrogativa”. (STF, 2007)

Uma importante consequência desse princípio na esfera antitruste é a conclusão de que as atividades de uma associação não são ilícitas *per se*, muito porque abarcadas pelo direito fundamental de associar-se. Assim, o simples fato de ela agir em nome de seus membros a fim de exercer uma atividade legalmente prevista em seu escopo não pressupõe a prática de uma conduta anticoncorrencial. Ademais, “*ser membro e participar das atividades da associação não deve ser visto como uma violação das regras antitruste por si só, nem como evidência suficiente para a prova de uma conspiração*” (OCDE, 2008:7-41).

No entanto, há que se pontuar que, se o membro sabe que foi convocado para uma reunião com fins anticoncorrenciais, este está sujeito à repressão antitruste. Também, se o membro foi à reunião sem saber da discussão de objeto anticoncorrencial, mas quando presente e diante de tal situação não afirmou sua desconformidade com o posicionamento, sua presença é condenável, pois o fato de não ter se distinguido publicamente possivelmente “dá forças” à perpetuação da conduta. A potencialidade de efeitos anticoncorrenciais em uma reunião associativa, assim, será detidamente analisada no Capítulo 3.

2.2.2. Liberdade de manifestação do pensamento x livre concorrência

Garantida nos artigos 5º, IV, e 220 da CR, a liberdade de manifestação do pensamento “é o direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pense em ciência, religião, arte, ou o que for”, permitindo a qualquer um “participar a outros seus conhecimentos, suas crenças, sua concepção do mundo, suas opiniões políticas ou religiosas, seus trabalhos científicos”, sendo vedada qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (Silva, 1993:219-221).

A manifestação do pensamento, em si, não resulta necessariamente em violação à livre concorrência. Ela pode, em verdade, promover e prosperar a concorrência, na medida em que possibilita o acesso a informações (especialmente em estruturas de informação concentrada e/ou assimétrica), bem como a formação de opiniões por parte dos envolvidos e a conscientização dos consumidores (Salomão, 2009:305-323). No âmbito das associações, especificamente, essa liberdade de manifestação se efetiva por meio da troca de ideias e opiniões nas reuniões, que é meio idôneo e essencial para que os interesses comuns dos associados possam ser representados pela entidade. A simples manifestação do pensamento pelos associados para a formação de um interesse comum da categoria, relativo à própria atividade empresarial, nada tem de contrário, a *priori*, à ordem econômica.

Nesse contexto, o princípio da livre concorrência não pode objetivar restringir sistematicamente a manifestação do pensamento pelos associados, a não ser que se verifique a ocorrência de uma reunião anticompetitiva ou a troca de informações sensíveis, ou seja, evidências circunstanciais relevantes, a serem analisados mais profundamente no Capítulo 3.

Diante do exposto, é possível verificar que na colisão de princípios ora analisada, os princípios da liberdade de associação e de manifestação limitam o espectro extenso e “ilimitado” da livre concorrência, sem que com isso diminua a sua importância ou eficácia na ordem econômica brasileira, a fim de proteger a própria lógica das associações e do exercício de suas atividades precípuas. Outro direito que também limita a livre concorrência é o de petição, essencialmente democrático, a ser analisado a seguir.

2.2.3. Direito de petição x livre concorrência

O direito de petição, presente em todas as Constituições brasileiras e atualmente previsto no art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a” da CR, qualifica-se como importante prerrogativa de caráter democrático. É definido como “o direito que pertence a uma pessoa de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma questão ou uma situação” (Colliard, 1972:131) seja para denunciar uma lesão concreta e pedir a reorientação da situação, seja para solicitar uma modificação do direito em vigor no sentido mais favorável à liberdade (Rivero, 1977: 245). Ele é assegurado a todos (seja pessoa física ou jurídica, indivíduo ou grupo de indivíduos, nacionais ou estrangeiros), perante todos os poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) (Silva, 1993:443).

O possível confronto entre o direito de petição e a livre concorrência não é questão recente, já que em algumas circunstâncias as regras antitruste devem se harmonizar com a capacidade dos cidadãos de requer ação do governo, mesmo que essa ação resulte em redução do nível competitivo (FTC, 2006). A ideia subjacente reside no fato de que, se é lícito ao Estado legislar restringindo a competição, não se pode impedir o particular de levar ao Estado seus argumentos e postulação nesse sentido.

A doutrina norte-americana em Noerr teve o mérito, nesse contexto, de identificar que injunções privadas, no sentido de sensibilizar o Estado à tomada de determinadas providências, estariam fora do âmbito de abrangência do antitruste, ainda que capazes de limitar a concorrência (FTC, 2006). Nas palavras de Sullivan (1987:361):

Noerr is a Justice Black opinion about the scope of some basic freedoms, and has the vitality and the breaches that you would expect from that jurist on such a topic. The interests it identifies are as plain as they are important: Government can restrain trade if it wants to. That being so, in a representative democracy, people, alone or in concert, can urge it to do so – and by later extension in Pennington and Motor Transport – can utilize administrative or judicial media to procure the advantage for themselves of law that may already have done so. To sum it all up, *petitioning government just is not restraint of trade: the antitrust laws simply do not apply to it. Noerr does not create an antitrust exemption – it identifies conduct that is not within the ambit of antitrust* (grifo nosso).

Assim, no confronto entre a prerrogativa democrática de peticionar e os eventuais impactos concorrenciais adversos, decide-se, nos Estados Unidos, em favor do direito de petição, garantido pela Primeira Emenda à Constituição Americana, reconhecido como um direito democrático de manifestação e de expressão que garante a eficiência do mercado (University of California Law Review, 1273). A OCDE, por sua vez, sustenta que “*o lobby para o governo para a modificação de leis que podem reduzir a competição não pode ser considerado uma violação das leis antitruste*” (OCDE, 2008: 7-41).

Nesse sentido também caminham os juízes brasileiros, que já entenderam que o lobby não é uma prática ilegal *per se*, mas sim uma prerrogativa decorrente do direito constitucional de petição, impossível de repreensão (JF-DFa). Nas palavras do douto juiz, em julgamento sobre a pressão exercida por uma associação sindical no Poder Legislativo Distrital (que inclusive infirmou condenação pelo CADE), “*o lobby exercido perante autoridades públicas para que determinada atividade seja regulamentada, mesmo que causando prejuízos a outros agentes econômicos, não pode se configurar em infração à ordem econômica, ainda mais se o Poder Público, acatando tal pretensão, regulamentar a matéria*” (JF-DFb).

Sendo, portanto, uma prerrogativa democrática (Moraes, 2005), na medida em que viabiliza o acesso do cidadão ao processo legislativo, garantido a todos (com exceção das forças militares), não se considera ilícito o exercício do direito de petição pelas associações. Se o pleito dessas entidades será ou não acatado pelo Legislativo, outra é a questão, pois caberá aos legisladores avaliar a proposta e sopesar o interesse pleiteado com a eventual restrição da concorrência.

O ex-Conselheiro do CADE, César Mattos, a seu turno, em importante precedente no Processo Administrativo nº. 08012.004989/2003-54, (CADE, 2010a) relativo ao alegado acordo entre concessionárias de ônibus do município de São Paulo com o fim de atuar coordenadamente para elevar os preços das tarifas, firmou entendimento sobre os limites concorrenciais do *lobby*. Com fundamento na jurisprudência norte-americana na matéria, sustentou, *in verbis*:

A conclusão para o presente caso que se pode extrair da jurisprudência norte-americana reside em que há obrigatória atuação do SBDC quando a formatação da atividade do lobby for contrária à lei concorrencial. Ou seja, especialmente na ausência de uma normatização, o uso do lobby, ainda que incidentalmente, como subterfúgio para alinhar interesses comerciais é objeto de necessária avaliação concorrencial. Não se trata de avaliar o mérito da ação pública decorrente do lobby, mas de verificar se o lobby, em si, não foi formatado de forma ilegal – especialmente (i) na ausência de regulação da atividade e da subsequente supervisão ativa, bem como (ii) quando há formas alternativas de garantir a atividade lobista com o concomitante respeito às normas concorrenciais.

Uma abordagem primária e, quiçá, a única a que as autoridades concorrenciais teriam, a priori, acesso, seria, justamente, o conjunto de documentos submetidos pelos lobistas aos agentes públicos e as atas de reuniões. A depender dos dados apontados, da forma com que eles foram apresentados (agregados ou desagregados) e do agente da agregação (entidade independente ou por um dos concorrentes, as autoridades concorrenciais teriam elementos para condenar a troca de informações comerciais ou para monitorar com maior atenção a atividade daquele setor.

Percebe-se, portanto, que o direito de petição é resguardado na decisão do CADE, mas não de forma a conceder uma imunidade total ao *lobby*. Entende-se que, se o *lobby* estiver de forma estruturado e/ou se for exercido de modo a revestir de “legalidade” uma prática anticoncorrencial de fato, ela deve ser objeto de análise pelo Direito da Concorrência.

Por fim, importante ressaltar a celeuma atual sobre a possibilidade de se definir limites ao direito de petição na esfera judiciária, fundamentada na teoria de *sham litigation* (CADE, 2010b). Genericamente, considera-se como *sham litigation* a prática de ajuizamento de litígios desprovidos de base objetiva – *objective baseless* [critério objetivo] e que representam uma tentativa de interferir diretamente nos negócios de um concorrente ao invés de almejar resultado de tal processo [critério subjetivo], consoante jurisprudência norte-americana (SCNA, 1993) e recentes decisões da autoridade antitruste brasileira (CADE, 2010d).

3. Atividades pró-competitivas e atividade potencialmente anticoncorrenciais praticadas por associações

3.1. Atividades pró-competitivas

As associações têm sua origem nas corporações de mercadores da Idade Média (Butler, 1991; Bissoli, 2000) e desde então têm representado um papel chave no desenvolvimento das profissões e das atividades comerciais, contribuindo para a riqueza e para o sucesso de várias economias ao redor do mundo. Concomitantemente essas entidades relacionam-se, inexoravelmente, com a implementação das regras antitruste (OCDE, 2008, p.15), vez que existem atividades e funções que

não conseguem ser eficientemente exercidas por um único agente no mercado e que são mais bem satisfeitas pelo esforço coletivo. Essas atividades, que em muitas ocasiões aumentam o bem estar do consumidor, podem ser coletivamente perseguidas pelas associações.

São consideradas pró-competitivas atividades como a organização de seminários, treinamentos, feiras, shows, a publicação de *newsletters*, relatórios e jornais, a coleta, a compilação e disseminação de informações estatísticas sobre a indústria, a padronização de produtos, a harmonização e a promoção de boas práticas comerciais, o suporte aos interesses comerciais perante os governos e as agências públicas, a definição de códigos de ética para profissionais, a promoção, representação e proteção dos interesses dos membros no que se refere à legislação, regulação, tributação e políticas comerciais, dentre outros.

3.2. Atividades potencialmente anticoncorrenciais das associações

Apesar das várias atividades pró-competitivas, as associações permanecem, pela sua própria natureza, expostas aos riscos antitruste. Isso porque há ampla possibilidade de encontros regulares entre concorrentes, com discussões de negócios de interesse comum, bem como trocas de visões sobre o mercado, que podem facilmente culminar em coordenação ilegal. Discussão casual de preços e de quantidades e estratégias de negócios futuros, por exemplo, podem levar à formação de acordos ou entendimentos informais, em clara violação às regras antitruste. Por essa razão, considerando que “qualquer ato ou ação que envolva uma associação pode, em tese, resultar em restrição à concorrência”, e que o art. 20 da Lei 8.884/94 trata como infração econômica “os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”, averiguar-se-á a seguir, exemplificativamente, algumas das hipóteses de atividades associativas potencialmente anticoncorrenciais.

3.2.1. Fixação de preços

Várias são as maneiras pelas quais uma associação pode fixar preços. Pode-se acordar a manutenção do preço atual do produto ou do serviço, ou de um dos seus componentes (como o nível de descontos ou concessões, a taxa de transporte, os valores de entrega ou o nível de pagamento para serviços adicionais, termos de crédito ou outras garantias).

Além disso, pode-se atingir o mesmo resultado ao se fixar a meta de preço ou preço mínimo, coordenar a taxa de aumento de preços ou obrigar o associado a não informar o preço a um consumidor sem consultar antecipadamente a associação ou os seus membros.. Além desses, as empresas também competem nos termos e nas condições de venda, de forma que a obrigação de ofertá-los da mesma forma inevitavelmente é uma restrição à concorrência¹⁶

Sendo assim, essa coordenação é combatida pelos órgãos antitruste ao redor do mundo - a não ser que se tenha como justificativa uma política pública¹⁷, o que ainda assim é questionável.

¹⁶ Office of Fair Trading, *Trade associations, professions and self-regulation bodies*. Competition Law Guidelines. Dezembro 2004.

¹⁷ Para a Professora Isabel Vaz é importante trabalhar com a ideia de política pública quando se tem que aquilatar o peso de uma fusão ou concentração, ou quando da análise de uma conduta, já que algumas destas podem ser suscetíveis de justificação dependendo do contexto político ou econômico. As políticas públicas, assim, precisam estar ancoradas na Constituição para justificarem uma restrição à livre concorrência. Também há que se pensar na função da autoridade antitruste, como um órgão de Estado ou como um aplicador da política de governo, ambas amparadas na Constituição

Dessa forma, se uma associação fixar, direta ou indiretamente, preços de um produto ou de um serviço que são disponibilizados pelos seus membros no mercado em regime de concorrência, essa conduta tende a restringir significativamente a concorrência no mercado (OCDE, 2000), sendo considerada por autoridades antitruste como ilícita *per se*, por se tratar de um cartel *hard core* (Schuartz, 2002: 118-134).

No Brasil se questiona essa caracterização do cartel como ilícito *per se* devido à adesão do nosso direito concorrencial à regra da razão. Schwartz, em posição minoritária, sustenta que mesmo o mais fanático defensor do dogma da inadmissibilidade da regra *per se* deveria, se minimamente informado, sentir certo embaraço ao invocar supostos “ganhos de eficiência” na defesa de um acordo explícito de fixação de preços (Schuartz, 2002, p. 118-134). Outros doutrinadores, no entanto, rechaçam esse posicionamento. Isabel Vaz¹⁸, sustenta que a *per se condemnationem* não encontra respaldo legal ou constitucional no Brasil, visto que nega vigência aos princípios constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV da CR) e do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV). Nesse sentido também seguiu o recente Termo de Compromisso de Cessação (TCC) firmado em sede do Processo Administrativo n. 08012.006504/1997-11, (CADE, 2010c), que confirma a adesão brasileira à regra da razão, em detrimento da regra do ilícito *per se*. Nesse caso, em que se discutia a negociação do direito de transmissão do campeonato brasileiro pela Rede Globo, considerou-se que a fixação conjunta de preços pelo Clube dos 13 era eficiente.

3.2.2. Divisão do mercado em função de critérios geográficos ou do tipo de consumidor

Um acordo para a divisão de mercados tem, em termos econômicos, efeito similar a uma fixação de preços, particularmente quando os produtos e serviços são homogêneos (OCDE, 2000: 31). Isso porque os consumidores pagarão preços mais altos por um determinado produto ou serviço em face à exclusividade dada a determinado fornecedor naquele mercado, seja em função de critérios geográficos, seja em função do tipo de consumidor, individual ou coletivamente considerado.

Esse é o caso, por exemplo, do cartel dos cimentos na União Europeia (TPICE, 2000), em que os produtores e sua associação acordaram na regra comum de que cada competidor venderia apenas no seu mercado doméstico e a exportação do excesso de produção se daria em termos pré-estabelecidos. Também na jurisprudência norte-americana tem-se tal repreensão, visto que no caso *United States v. Topco* uma associação cooperativa de supermercados foi repreendida por alocar geograficamente um segmento da marca “Topco”, de modo que um, e somente um, dos seus membros pudesse utilizar a marca em determinada área (SCNA, 1972).

Diante disso, a atuação da associação, seja auxiliando as empresas ou mesmo orquestrando a divisão do mercado, é elemento chave para a repreensão da conduta, na medida em que sua estrutura é fornecedora dos meios para eventual monitoramento do comportamento e aplicação dos acordados meios de coerção. A associação, nesse contexto, estaria praticando uma conduta anticoncorrencial prevista no art. 20, I c/c art. 21, II da Lei n. 8.884/94 (“*obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes*”). Os associados, por sua vez, poderiam ser

(ponderações quando da defesa do presente trabalho em sede de monografia na Universidade Federal de Minas Gerais, em 18.04.2011).

¹⁸ Ponderações da Prof. Isabel Vaz quando da defesa do presente trabalho em sede de monografia na Universidade Federal de Minas Gerais, em 18.4.2011.

condenados com fundamento no art. 20, I c/c art. 21, II da mesma lei, pela fixação ou prática de acordo com o concorrente.

3.2.3. Fraude em licitações

O elemento chave do processo licitatório é a preparação e submissão das propostas, pelos concorrentes, de forma independente, sem prévio contato ou troca de informações. Entretanto, sabe-se que licitações são um ambiente propício à atuação dos cartéis, que podem agir de várias formas: (a) fixação de preços; (b) direcionamento privado da licitação; (c) divisão de mercado; (d) supressão de propostas; (e) apresentação de propostas “pro forma”; (f) rodízio; e (g) subcontratação (SDE, 2009).

Nesse contexto, sabendo da potencialidade de as associações funcionarem como um “secretariado” para um eventual cartel na licitação, por meio da coleta das informações e da estipulação aos seus membros de que uma determinada metodologia deve ser adotada na formulação das propostas, tais entidades devem ter especial atenção para não se tornar tal “foro de discussões” e serem, posteriormente, investigadas pelo SBDC.

Isso ocorreu no Cartel das Britas, em que o CADE condenou dezoito empresas, além do sindicato, pela prática de cartel (cartel para fixar preços, alocar consumidores, restringir a produção e fraudar licitações no mercado de pedra britada), utilizando-se de software sofisticado para direcionar as vendas e fiscalizar o cumprimento do acordo. (CADE, 2006)

3.2.4. Reuniões

Reuniões entre concorrentes, seja nas sedes de associações e sindicatos, ou fora delas, geram preocupações concorrenciais. Não que participar de reuniões seja, *per se*, anticompetitivo, mas os associados devem tomar extrema cautela para não se envolver em práticas ilícitas nessas situações.

Mesmo que os objetivos perseguidos na reunião sejam legítimos, o encontro pode permitir a troca de informações comercialmente sensíveis, o que pode levar à formação de acordos e entendimentos informais, em violação às regras concorrenciais (SDE, 2009).

Nesse sentido, a SDE recomenda que as associações tenham agendas públicas de reuniões, com temas claros e precisos, que sejam elaboradas atas que abordem a totalidade da discussão da reunião e que arquivem tais documentos, com o intuito de demonstrar a licitude das discussões (e principalmente, por constituir uma difícil prova negativa de ato ilícito). Por fim, recomenda a Secretaria que os representantes de cada empresa nas reuniões não sejam funcionários do departamento comercial ou de vendas, e que os dirigentes da associação sejam independentes, afastando-se da direção empresarial (SDE, 2009).

Dois casos da jurisprudência do CADE ilustram bem a razão dessa preocupação. Primeiramente, no caso das farmácias do Distrito Federal associadas à “Rede da Economia” (CADE, 2009), constatou-se que as drogarias se reuniam para estabelecer o tamanho do desconto máximo que deveria ser dado ao consumidor, o que foi considerado prejudicial à concorrência e aos consumidores. Um segundo caso, referente ao “cartel dos genéricos” (CADE, 2007) também contou com a realização de reuniões, dessa vez com o objetivo de criar dificuldades à entrada dos genéricos no mercado.

Necessário frisar, nesse diapasão, que caso um representante de empresa esteja em uma reunião da associação para a qual foi convocado, cujo objeto inicial era uma discussão legítima, mas que em seu curso da reunião passe a ser anticoncorrencial, a simples “inércia” não exime a sua responsabilidade como pessoa física nem a da empresa na conduta, devendo este representante

retirar-se da reunião e fazer constar em ata o motivo de sua saída (“distanciamento público”) (CJCE, 1999). Embora seja faticamente difícil verificar tal comportamento, a jurisprudência na União Européia vem reafirmando que esta seria a única defesa aceitável.

Portanto, as associações devem estar atentas para que suas reuniões não se tornem fóruns para a discussão de temas comercialmente sensíveis, pois senão estará sujeita à repressão antitruste como entidade que auxilia à prática de condutas antitruste.

3.2.5. Tabelas de preços ou de honorários

A elaboração, a divulgação e a implementação de tabelas de preços ou de honorários por sindicatos e associações podem, dadas as particularidades de determinados mercados, configurar ilícitos concorrenciais, visto que podem facilitar e influenciar a adoção de preço uniforme entre concorrentes (SDE, 2009). É nesse sentido que a SDE recomenda a não elaboração, divulgação ou adoção de tais tabelas, mesmo que apenas indicativas (esse posicionamento é evidente nos casos de associações médicas em instrução na SDE).

Foi esse o fundamento de condenação, inclusive, no caso da Associação de Auto Escolas de Cuiabá (CADE, 2008), da Associação Nacional dos Armazéns Gerais (Franceschin, 1996), do Sindicato dos Despachantes Aduaneiros de Santos (CADE, 1998), e de pelo menos outras dez mais (Fonseca, 2009). Por fim, cumpre lembrar que a questão da tabela de honorários da OAB, está sob análise da SDE (CADE, em andamento).

3.2.6. Códigos de ética

Códigos de ética são conjuntos de regras voluntárias que influenciam a forma como os concorrentes atuam no mercado (SDE, 2009). Tais códigos também têm a função de indicar ao consumidor que os membros de um sindicato ou associação têm padrões mínimos de qualidade ao prover um produto ou serviço. São, portanto, em sua maioria, benéficos ao mercado e ao consumidor, estando em linha com o interesse público.

Entretanto, a SDE indica que, se esses códigos contiverem regras relativas a: (i) preços, política de descontos, clientes e margem; (ii) participação em licitações públicas; (iii) limitação de tipos de produtos e serviços; (iv) previsões de empresas que podem ou não participar do mercado e (v) restrições de propaganda e marketing, podem configurar ilícitos concorrenciais (SDE, 2009). Exemplo dessa violação concorrencial é o caso do cartel holandês no setor da construção civil (CJCE, 1995), em que associações holandesas instituíram regras impositivas e códigos de conduta com o intuito de organizar a concorrência nesse ramo da indústria.

Diante disso, tem-se que o estabelecimento de um código de ética por uma associação, mesmo que resulte em potenciais benefícios aos consumidores (ex: transparência dos procedimentos dos seus membros ou a vedação de determinadas condutas contrárias ao interesse coletivo), deve ser objeto de cuidadosa análise, a fim de não abarcar uma das cinco hipóteses restritivas elencadas pela SDE.

3.2.7. Regras restritivas de adesão e exclusão de membros e tratamento dispensado a não-membros

A maioria das empresas que opta por se associar a um sindicato ou associação faz isso levando em conta os benefícios a ela oferecidos (SDE, 2009). A adesão deve ser voluntária, com base em critérios transparentes, objetivos (TPICE, 2001) e qualitativos (Vaughan & Nigro, 1996: 55-66). Entretanto, caso as regras para adesão, suspensão ou expulsão em uma associação permitam à entidade e/ou a seus membros o poder arbitrário de excluir novos membros potenciais dos benefícios da membresia, tais regras podem ter efeito negativo na concorrência (OCDE, 2000: 33).

A *rule of reason* deve ser aplicada na ponderação sobre essas regras de membresia, devendo-se proceder à análise dos serviços oferecidos pela associação, sua disponibilidade pelos concorrentes não-associados e a importância dessa entidade no mercado, vez que elementos chave para avaliar se as restrições de acesso tornam extremamente custosa a entrada de terceiros no mercado (OCDE, 2000). Por fim, frise-se que os sindicatos e associações não podem servir para provocar conduta comercial uniforme contra empresas não filiadas ou associadas ou contra entrantes no mercado. Assim, toda vez que estas entidades fornecerem serviços considerados essenciais para que os agentes econômicos compitam em condições iguais no mercado, deve ser garantido acesso aos não-membros, em condições razoáveis (SDE, 2009).

3.2.8. Definição de padrões e programas de certificação

As associações estão frequentemente envolvidas no estabelecimento e na promoção de padrões técnicos de segurança e qualidade na indústria. Além disso, podem conduzir programas de certificação para garantir que os produtos e os serviços oferecidos pelos seus membros obedeçam tais padrões, elaborar estudos técnicos, certificar, sistematizar e normalizar padrões produtivos (OCDE, 2000).

A SDE reconhece que tais atividades podem ter efeitos positivos ao mercado e ao consumidor, ao aumentar a transparência das informações e a segurança do produto, incentivar avanços tecnológicos e reduzir as barreiras à entrada no mercado (SDE, 2009). A OCDE também vê potenciais efeitos pró-concorrenciais, como a redução dos custos de informação, o favorecimento da interoperabilidade e a criação de novos produtos (OCDE, 2000).

Contudo, a padronização pode gerar problemas concorrenciais caso o resultado desse esforço conjunto dos associados for a privação dos consumidores ou exclusão de uma parcela destes consumidores do acesso a um determinado produto, a eliminação da concorrência com qualidade, a exclusão de produtores rivais, a prevenção da comercialização de produtos inovadores e mais baratos, ou simplesmente a facilitação do estabelecimento de preços oligopolísticos (Taffet, 1996). Assim, para determinar se um determinado padrão pode resultar em restrição à concorrência, os fatores abaixo devem ser considerados (European Commission Notice, 2001).

O primeiro é a forma de participação no processo de padronização, pois para que tenha efeitos pró-concorrenciais, o padrão estabelecido deve ser fruto de uma ampla discussão na indústria e apoiado por um amplo consenso. O segundo é a cobertura desse padrão no mercado, pois este só levantará preocupações se for suficientemente abrangente. O terceiro é o seu escopo, pois padrões que afetam aspectos irrelevantes na atividade comercial dos membros têm efeito insignificante no mercado concorrencial. O quarto fator é o voluntarismo ou a vinculação a tais padrões, na medida em que não deve haver uma obrigação em obedecê-los, já que potenciais efeitos restritivos dependem

da inabilidade dos membros de desenvolver tecnologias alternativas ou produtos com ferramentas que não obedecem ao padrão acordado. Finalmente, o quinto e último fator é a análise do benefício aos consumidores, pois em mercados complexos, em que a informação é imperfeita ou incompleta (como o da saúde), a padronização pode ser positiva por garantir segurança.

A padronização e a certificação, portanto, são elementos valiosos para o consumidor, mas, muitas vezes, imediatamente, podem servir como método restritivo à concorrência.

3.2.8. Publicidade

A publicidade facilita a concorrência por informar e educar os consumidores sobre os atributos e características dos diferentes produtos, permitindo a comparação e a escolha dos que melhor se adequam às suas necessidades. Não é incomum, no entanto, o estabelecimento de regras, pelas associações, regulando as atividades de marketing, promoção e publicidade dos seus membros, sendo que em alguns casos são até mesmo proibidas. (Farris & Reibstein, 1997:139-141)

Essas restrições podem gerar problemas concorrenciais na medida em que diminuem o acesso às informações pelos consumidores e sua capacidade de discernimento na escolha dos produtos e serviços no mercado. Em alguns casos, porém, essas restrições tendem a ser justificadas justamente pela assimetria de informações entre os fornecedores e os consumidores (por exemplo, no caso de serviços médicos, odontológicos e advocatícios) (FTC, 1982). De outro lado, a existência de severas restrições à publicidade pode tornar mais difícil aos consumidores a determinação do preço semelhante de um determinado produto ou serviço, contribuindo com a sua ignorância (OCDE, 2000).

3.2.9. Aquisições conjuntas

Alguns sindicatos e associações estabelecem um sistema comum para aquisição de produtos e serviços para seus membros, permitindo acesso a maiores volumes e variedade do produto a preços mais baixos. Contudo, esse mesmo sistema pode configurar uma infração à ordem econômica caso os membros do sindicato ou da associação detenham poder de mercado e o utilizem em detrimento dos fornecedores, sem a geração de eficiências no mercado ou para concorrentes não-membros do sindicato.

Assim, um eventual sistema comum para aquisição de produtos e serviços deve ser adotado com cautela à luz das condições existentes em cada setor.

3.2.10. Troca de informações

A disponibilidade de informação no mercado é fator crítico no desenvolvimento de um ambiente competitivo (Kuhn, 1995). A troca de informações pode promover tanto efeitos benéficos para os consumidores quanto danosos, e essa distinção depende das características da informação compartilhada e da natureza da concorrência no mercado (Nitsche & Hinten-Reed, 2004).

O tipo de informação, sua especificidade, o período de tempo a que se refere, sua agregação ou individualização, a disponibilização pública ou privada da informação, a natureza da interação estratégica na indústria, bem como a substituíbilidade e a complementariedade do produto são fatores que influenciam na distinção dos efeitos pró e anticompetitivos dessa troca de informações (Nitsche & Hinten-Reed, 2004).

Os benefícios da troca de informações podem ser extensos (Vives, 2003). O intercâmbio informacional melhora as decisões de investimento e o conhecimento organizacional, promove ajustes de produtividade,¹⁹ cria um mecanismo de descobertas na economia de mercado, reduz os custos de pesquisa, promove a alocação eficiente de bens, ajuda na seleção das empresas mais eficientes e mitiga o problema de sub ou sobre estimação de custos em licitações²⁰. O raciocínio, pois, é por exclusão, já que, se a troca de informações não der margem a riscos concorrenciais, ela quase sempre fortalecerá o bem estar (Nitsche & Hinten-Reed, 2004: 10).

Por outro lado, essa troca pode dar margem a comportamento colusivo, o qual requer que as partes sejam capazes de acordar uma estratégia comum, mesmo que tacitamente, com o devido monitoramento do comportamento das firmas colusionárias. Presume-se que, para tanto, exista a habilidade de aplicação de uma punição ao membro transgressor da colusão, com custos reduzidos, de forma a remover o incentivo a violação do acordo (Nitsche & Hinten-Reed, 2004: 23-29).

Assim, sindicatos, associações e seus membros devem tomar extrema cautela quando coletam e disseminam informações comercialmente sensíveis, como preços atuais e futuros, participações de mercado, custos, clientes, níveis de produção, estratégias empresariais futuras, planos de marketing, planos de crescimento, política de descontos, entre outros, pois com isso pode-se levar à formação de acordos e entendimentos informais (SDE, 2009).

Em muitas jurisdições estrangeiras os critérios a serem obedecidos por um programa de troca de informações (seja através de uma associação ou por intercâmbio direto) foram estabelecidos pela jurisprudência, como nos Estados Unidos (SCNA, 1921, 1923 e 1925) e na União Europeia (Comissão Europeia, 1992).

A OCDE (no âmbito internacional) e a SDE (no contexto brasileiro), por sua vez, publicaram valiosos estudos sobre o tema, os quais demonstram que variados são os fatores pelos quais se verifica se determinada troca de informações tende a restringir a concorrência. A OCDE informa sete fatores (OCDE, 2000):

- a. O tipo e a natureza da informação, já que informações comercialmente sensíveis não podem ser compartilhadas;
- b. O nível de detalhe da informação, na medida em que um alto nível de detalhe possibilita aos competidores maior capacidade de prever a conduta futura do concorrente e o seu ajuste tácito (concorrencialmente reprimido). Por isso é que a disponibilização de informações agregadas ou estatísticas pela associação não gera discussões antitruste, porque não permite a identificação de uma empresa individualmente;
- c. Quanto ao período de referência da informação, a troca de dados sobre estratégias futuras é considerada problemática, diferentemente do compartilhamento de dados históricos: a primeira apresenta maior capacidade de indução à ação concertada, enquanto o segundo já perdeu boa parte desta capacidade²¹. Assim, a não ser que o setor seja muito estagnado com variáveis que pouco se alteram, dados históricos (i.e., com mais de um ano) não devem produzir impacto relevante;

¹⁹ “Ajustes de produtividade” como tradução livre da expressão *output adjustments*.

²⁰ “Problema de sub ou sobre estimação de custos em licitações” como tradução livre da expressão *winners curse*, descrita como: “Observation that often a winning bidder is the one who (in the case of a construction or supply contract) underestimates the overall cost, or (in the case of an auction purchase) overestimates the value of the auctioned item. Disponível em: <<http://www.businessdictionary.com/definition/winner-s-curse.html#ixzz0ytz0H7xx>>.

²¹ Background Note by the Secretariat for the Roundtable on Price Transparency, DAFPE.CLP(2001)22.

- d. A frequência dessa troca, já que um intercâmbio frequente de informações permite às empresas a adaptação eficiente à estratégia do concorrente, sendo, portanto, mais tendente a gerar efeitos anticoncorrenciais;
- e. A concentração do mercado relevante, já que quanto mais concentrado for um mercado, mais fácil será para o competidor alcançar e implementar a coordenação. Por essa razão as agências reguladoras dos Estados são particularmente cautelosas quando da revisão das informações que aumentam a transparência em mercados oligopolísticos, ainda mais se protegidos por altas barreiras à entrada;
- f. A natureza dos produtos, na medida em que é mais fácil para as empresas coordenar condutas em relação a um único produto (ainda mais se homogêneo) do que em vários produtos diferenciados;
- g. O beneficiário da troca da informação, pois normalmente ela só aumenta o conhecimento do vendedor no mercado, e não dos demais agentes. Assim é que, considerando o potencial anticoncorrencial da transparência assimétrica de preços, é aconselhado que as associações compartilhem o mais amplamente qualquer dado sensível de preço que seja coletado, por meio, por exemplo, da mídia ou de publicação, a fim de que a informação seja acessível tanto pelos membros quanto pelos não-membros e consumidores.

Nesse sentido também caminha a SDE (SDE, 2009):

- a. coletar apenas dados “históricos”. Geralmente os dados com mais de um ano de idade são considerados históricos, podendo haver exceção, a depender da dinâmica de cada mercado;
- b. disseminar a informação apenas de forma agregada, já que as informações não devem permitir a identificação de dados de empresas individuais;
- c. adotar mecanismo confidencial de coleta das informações sensíveis sob responsabilidade de auditoria externa e independente (*black box*). A identificação das empresas participantes e de seus dados deve ser mantida sob absoluto sigilo pela empresa de auditoria, que deverá obrigar-se a observar a confidencialidade por meio de um contrato;
- d. não coagir associados a fornecer informações comercialmente sensíveis;
- e. disponibilizar as estatísticas oriundas da coleta de dados ao público (a um valor monetário razoável, se aplicável), ou seja, a membros e a não-membros do sindicato ou da associação.

Adotando as referidas precauções, a associação não corre – pelo menos em tese – o risco de se tornar um fórum de discussões anticompetitivas. Diante do exposto, considerando que a troca indevida de informações comercialmente sensíveis no âmbito das associações pode fornecer o incentivo para a adoção de comportamento paralelo pelos concorrentes, utilizar-se-á da doutrina estrangeira do *plus factors* para se definir, com precisão, os limites à troca de informações e, finalmente, um método de configuração de prova indireta de cartel.

4. Troca de informações no âmbito das associações, paralelismo de comportamento e prova indireta de cartel – doutrina do *plus factors*

4.1. Paralelismo e doutrina do *plus factors*

Nem toda prática de preços semelhantes é direcionada a restringir a concorrência (Salomão, 2003: 273-285). Ela pode ser, ao contrário, sintoma de intensa concorrência entre as partes. Em vários ordenamentos jurídicos, como nos Estados Unidos (SCNA, 1939), na União Europeia (CJCE, 1988) e também no Brasil (CADE, 1997a) o paralelismo em si é considerado um padrão de comportamento lícito.²²

O paralelismo ocorre quando concorrentes adotam uma mesma política comercial, como preços, condições de venda, financiamento, fórmulas de preços, formas de entrega, qualidade dos produtos, etc (Turner, 1962:656). Segundo Turner, o critério jurídico para a determinação da licitude de uma dada conduta seria a existência de paralelismo acrescida de evidência (e não suposição) de que a conduta seria absolutamente irracional, salvo na presença de um acordo.

Essa doutrina, conhecida como “paralelismo mais”, ou no inglês *parallelism plus doctrine*, sustenta que não é necessário se provar a existência de um acordo ou de um mecanismo explícito de coordenação de preços para a configuração de um ilícito. Basta o paralelismo não ser suficientemente explicável pela interdependência.

A orientação básica, pois, para a identificação dos referidos fatores adicionais nos casos concretos pode ser expressa na fórmula da “exclusão da explicação alternativa em termos não cooperativos” (Schartz, 2002:118-134). Isto é, se a hipótese do comportamento colusivo for a única explicação plausível para o paralelismo observado, então é possível inferir a existência de um acordo. Caso exista uma hipótese alternativa, racionalmente consistente, esta serviria de condição suficiente para uma conclusão *pro reo*. Assim, não basta o comportamento paralelo, pois é necessário haver algum fator a “mais” para qualificar a conduta como anticompetitiva.

No Brasil a jurisprudência do CADE é clara no sentido de admitir a possibilidade de inferência de colusão expressa a partir de provas circunstanciais (indiretas), como ocorreu nos casos do Cartel do Aço (CADE, 1999), do Cartel da Ponte Aérea (CADE, 2005), dos Selos de Alumínio (CADE, 1992) e da Licitação da Serpro (CADE, 1991). Assim, ainda que não se possa dar uma lista exaustiva ou mesmo obrigatória desses *plus factors* na jurisprudência brasileira, existem alguns pontos de referência na literatura especializada, tanto de caráter estrutural quanto comportamental.

Os seguintes fatores “plus” têm natureza estrutural: (a) elevado grau de concentração do lado da oferta; (b) relativa pulverização no lado da demanda; (c) homogeneidade dos produtos; (d) nível elevado de barreiras à entrada e (e) transparência e fácil acesso às informações sobre preços correntes e futuros. No que se refere ao padrão de comportamento dos agentes, os “plus” seriam (f) estabilidade dos *market shares* e (g) estrutura rígida de preços. E no que tange à existência dos “mecanismos facilitadores”, i.e., *facilitating devices*, (h) a difusão de informativos, análises de mercado, etc., que contenham dados sensíveis do ponto de vista concorrencial; (i) a viabilização – institucionalizada ou não – de encontros periódicos entre concorrentes nos quais exista a oportunidade de troca de informações, e (j) a implementação de acordos verticais de imposição ou sugestão de preços de revenda (Schuartz, 2002:118-134).

²² Por essa razão o CADE vem insistentemente arquivando processos em que há acusação de acordo de preços onde a prova é a proximidade – ou igualdade – de preços no mercado (Processo Administrativo n. 08000.014677/94-18 e Averiguação Preliminar 08000.004493/97-00).

Percebe-se, portanto, que a função do *plus factors* é justamente a de legitimar a inferência de conduta anticoncorrencial em face do paralelismo previamente constatado, que será estudado a seguir especificamente no caso das associações.

4.2. Comportamento paralelo consciente e *plus factors*: prova indireta de cartel no âmbito de associações

De aumentos paralelos de preço nenhuma conclusão pode ser derivada (Salomão, 2003: 273-285). De acordo com a doutrina do *plus factors*, no entanto, existem condições necessárias e suficientes para inferir, a partir do paralelismo entre as condutas dos agentes e na ausência de evidências explícitas de acordo, a existência do último.

Essa posição reflete o precedente *Theatre Enterprises*,²³ em que a Suprema Corte norte-americana estabeleceu que para a caracterização de um acordo dentro do significado da Lei Sherman seria necessário demonstrar algo além de mero paralelismo de condutas. Esses fatores adicionais serviram para distinguir entre mera interdependência e ações concertadas.

Esse também é o entendimento adotado no Direito Comunitário da Concorrência, ao reprimir a conduta da prática concertada, que se caracteriza pelo “paralelismo de comportamentos no mercado das empresas concorrentes cujo cálculo econômico racional não consegue explicar” (Decocq & Decocq, 2004:286-336). Nesse contexto, a prova de um contato prévio entre as empresas concorrentes e a verificação do paralelismo de comportamentos destas levaria à presunção do nexo de causalidade da prática concertada (até prova em contrário) (CJCE, 2004). Dessa jurisprudência comunitária extraem-se três elementos para a caracterização de uma conduta como prática concertada.

O primeiro é o paralelismo de comportamentos (CJCE, 1972), que não seja resultado da sorte ou de decisões tomadas de maneira autônoma por cada uma das empresas e que não tenha outra explicação economicamente plausível (CJCE, 1984). O segundo é a existência de uma prova de contato direto ou indireto entre as empresas, previamente à verificação do comportamento paralelo. E o terceiro é a disparidade entre o comportamento real (atual) do mercado e aquele que resulta da livre concorrência, levando em conta a natureza e a importância dos produtos, o número de empresas e o volume do mercado relevante (CJCE, 1975).

No Brasil, a doutrina do paralelismo se fez presente no caso do Cartel do Aço, em que Usiminas, Cosipa e CSN formavam um oligopólio de aços planos. Era comum na indústria haver anúncios antecipados de aumento de preços por uma empresa, que era posteriormente acompanhada pelas demais concorrentes (liderança de preços e paralelismo). Em 1996, no entanto, após o anúncio de aumento realizado pela CSN, que foi seguido pelas demais, representantes das três empresas e do Instituto de Siderurgia Brasileira reuniram-se com a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) para explicar a necessidade do aumento e do seu valor exato, antes de o mercado ser “informado”. As empresas foram então condenadas por formação de cartel, e a reunião considerada fator adicional a desqualificar o paralelismo.

A dita doutrina tem por objetivo, portanto, diferenciar os casos de mero paralelismo de condutas, ainda que consciente, dos casos em que a conduta só pode ser justificada pela existência de coordenação direta. Para tanto, segundo Gico Jr. (2007:359) a análise perpassaria três questões básicas: (a) se há paralelismo de condutas; (b) qual a racionalidade do agente econômico ao adotar a referida conduta; e (c) se a racionalidade depende da adoção de conduta semelhante pelos demais

²³ Estados Unidos. *Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp.*, 346 U.S. 537 *1954.

concorrentes – racionalidade dependente. Se o resultado dessas três indagações for positivo, ainda assim não estaria configurado o ilícito, pois é necessária a identificação de elementos adicionais a demonstrar que a conduta decorre de um acordo.

Diante de todo o exposto, com fundamento na doutrina do *plus factors*, desta vez aplicada aos associados, propõe-se a definição de três requisitos para que um paralelismo de comportamentos seja considerado prova indireta de cartel no Brasil:

- i. O paralelismo de comportamentos dos associados, sem outra explicação economicamente viável (CADE, 1999);
- ii. A existência de um sistema institucional de troca de informações adotado pela associação, seja por meio de um software ou, um funcionário responsável por ligar aos associados e coletar os dados, entre outros, desde que se permita que informações sensíveis (preços, volumes e estratégias comerciais), detalhadas (não agregadas ou estatísticas) e futuras (não históricas) sejam intercambiadas entre os associados;
- iii. Evidências circunstanciais de prévio contato, direto ou indireto, entre os concorrentes, viabilizado por encontros periódicos, como a participação dos membros da associação a uma reunião, almoço, lanche, jantar, conversa no clube, etc.

Percebe-se que os dois últimos requisitos, quais sejam, o mecanismo institucionalizado de troca de informações e as evidências circunstanciais de contato prévio entre os concorrentes ora associados seriam os *plus factors* aplicados especificamente ao âmbito das associações, que justamente legitimam a inferência de conduta anticoncorrencial em face do paralelismo já previamente constatado.

Assim, vez que o art. 20 da Lei n. 8.884/94 considera infração à ordem econômica os atos sob qualquer forma manifestados que tenham por objeto ou que possam produzir os efeitos elencados nos seus incisos, ainda que os efeitos não sejam alcançados, independentemente de culpa, o paralelismo de comportamentos dos concorrentes membros de associações, não explicado por nenhum outro fator tecnicamente plausível, adicionado a dois *plus factors*, quais sejam, a troca de informações comercialmente sensíveis e o contato prévio entre estes, configuram, na proposição desse trabalho, as condições necessárias e suficientes para concluir pela existência de acordo, ou seja, constituem provas indiretas que permitem a inferência da conduta do cartel no âmbito das associações brasileiras.

5. Conclusão

“Pessoas no mesmo ramo comercial raramente se encontram, ainda que seja meramente para entretenimento e diversão, sem que a conversa termine em uma conspiração contra o povo ou em algum tipo de acordo para aumentar os preços” (Smith, 1776). Tal afirmativa de Adam Smith, proferida em 1776, embasa o núcleo deste trabalho.

Os membros das associações são pessoas no mesmo ramo comercial, e em uma situação de concorrência ideal eles possivelmente não se encontrariam. Faticamente, no entanto, esse contato entre os concorrentes pode ser facilitado por serem eles membros de uma dada associação. O simples fato de ser associado não infere a prática de conduta anticoncorrencial, por estarem os membros e a própria associação no exercício de uma prerrogativa constitucional, que é a liberdade de associação. A troca de informações também não pode ser considerada como sempre inadequada, pois em alguns casos pode inclusive gerar eficiências. O paralelismo de comportamentos entre os concorrentes,

tampouco, é entendido como condição suficiente para que se caracterize acordo entre os membros associados.

É nesse sentido que se propõe que, utilizando-se da doutrina do *plus factors* e da jurisprudência comunitária europeia da prática concertada, seja considerado como prova indireta de cartel o paralelismo de comportamentos dos membros associados adicionado ao mecanismo institucionalizado de troca de informações e às evidências circunstanciais de contato prévio entre os concorrentes.

Referências

- 17ª Vara da Seção judiciária da Justiça Federal de 1ª instância do Distrito Federal [JF-DFa]. *Processo n. 2005.34.00.012752-0*.
- 17ª Vara da Seção judiciária da Justiça Federal de 1ª instância do Distrito Federal [JF-DFb]. *Processo n. 2005.34.00.024524-7*.
- Autoridade de Concorrência Francesa. ACF, (2009). *Fédération Française de Football avec Sportive*, 09-D-01.
- Alexy, R. (1993). *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bissocoli, E. (2000). *Trade Associations and Information Exchange under US and EC Competition Law*. *World Competition* 23(1), 79-106.
- Butler, D. S. (1991). *Trade Associations and Self-Regulation*. 20 Sw U.L.Rev. 289
- Colliard, C. A. (1972). *Libertés publiques*. Paris: Dalloz.
- Comissão Europeia, (1992), *UK Agriculture Tractor Registration Exchange*.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica. [CADE], (1991). Processo Administrativo n. 0007/1991.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica. [CADE], (1992). Processo Administrativo n. 0002/1991.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica, [CADE]. (1997a). Processo Administrativo n. 08000.020787/1996-62.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica, [CADE], (1997b). Processo Administrativo n. 08000.014677/94-18.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica, [CADE], (1998). Averiguação Preliminar 08000.004493/97-00.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica, [CADE], (1998). Processo Administrativo n. 08000.000125/95-02.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica, [CADE], (1999). Processo Administrativo n. 08000.015337/1997-48.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica, [CADE], (2000). Processo Administrativo n. 08000 011 517/94-35.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica, [CADE], (2003). Processo Administrativo n. 08012.007515/2000-31.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica. [CADE], (2005). Processo Administrativo n. 08012.000677/99-70.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica. [CADE], (2006). Processo Administrativo n.08012.002127/2002-14.

- Conselho Administrativo de Defesa Econômica. [CADE], (2007). Processo Administrativo n. 08012.009088/1999-48.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica, [CADE], (2008a). Processo Administrativo n. 08012.007238/2006-32.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica, [CADE], (2008b). Processo Administrativo n. 08000.007754/95-28.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica. [CADE], (2009). Processo Administrativo n. 08012.006241/1997-03.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica. [CADE], (2010a). Processo Administrativo n.0812.004989/2003-41.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica. [CADE], (2010b). Processo Administrativo n. 08012.004484/2005-51.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica. [CADE], (2010c). Processo Administrativo n. 08012.006504/1997-11.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica. [CADE], (2010d). Processo Administrativo n. 08012.004283/2000-40.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica. [CADE], (em andamento). Processo Administrativo n. 08012.006641/2005-63.
- Cour de justice des communautés européennes, [CJCE], (1972), *ICI, Cartel dos materiais colorantes*.
- Cour de justice des communautés européennes, [CJCE], (1975), *Suiker Unie*, 40/73.
- Cour de justice des communautés européennes, [CJCE], (1984). *Royal Austurienne ds Mines et Rheinznk*.
- Cour de justice des communautés européennes, [CJCE], (1988). *Wold Pulp*.
- Cour de justice des communautés européennes, [CJCE], (1991). *Petrofina*.
- Cour de justice des communautés européennes, [CJCE], (1995). *Commission, Banques authichiennes*.
- Cour de justice des communautés européennes, [CJCE], (1999). *Anic, polypropylene*.
- Cour de justice des communautés européennes, [CJCE], (2000). *C-298/98, Tetra Pak. Cartel da cartolina*.
- Cour de justice des communautés européennes, [CJCE], (2002). *C-309/99, Wouters, Ordem dos Advogados da Holanda*.
- Cour de justice des communautés européennes, [CJCE], (2003). *C-194/99, Thyssenstahl*.
- Cour de justice des communautés européennes, [CJCE], (2008). *C-101/07, FNSEA*.
- Cour de justice des communautés européennes, [CJCE], (2009). *T-Mobile*.
- Decocq, A. & Decocq, G. (2004). *Droit de la concurrence interne et communautaire*. (2ªed). Paris: L.G.D.J.
- European Commission Notice. (2001). *Guidelines on the applicability of article 81 of the EC Treaty to Horizontal Cooperation Agreements*, OJ 2001 C 3/2, Chapter 6.
- Farris. P. W. & Reibstein. D. J. *Consumer Prices and Advertising* (1997). Encyclopedic Dictionary of Business Ethics, P. H. Werhane and R. E. Freeman, Blackwell Publishers Inc.
- Federal Trade Commission. [FTC]. (1980). *United States v. Realty Multy-List Inc*. 629 F.2d 1351, 1373.
- Federal Trade Commission. [FTC], (1921). *American Column and Lumber Co v. United States*, 257 US 377 394-95.

- Federal Trade Commission, [FTC]. (1923). *United States v. American Linsed Oil Co*, 262 US 371
- Federal Trade Commission. [FTC]. (1925). *Maple Flooring Manufactures Association v. United States*, 268 US 563
- Federal Trade Commission. [FTC]. (1965). *Bates v. State Bar of Arizona*. 4333 U.S. 350
- Federal Trade Commission. [FTC]. (1982). *American Medical Association v. FTC*, 455 U.S. 676.
- Federal Trade Commission. [FTC]. (1985). *Northwest Wholesale Stationers v. Pacific Stationary & Printing Co.*, 472 U.S. 284, 298
- Federal Trade Commission. [FTC]. (1988). *Massachusetts Board of Registration of Optometry*, 110 F.T.C. at 604.
- Federal Trade Commission, [FTC], (1990). *Service & Training, Inc. v. Data General Corp.*
- Federal Trade Commission. [FTC]. (1991). *Marrese v. American Academy of Orthopaedic Surgeons*, - 1 Trade Ca. 69,398 (N.D. III, 1991).
- Federal Trade Commission. [FTC]. (1999). *California Dental Association v. FTC*, 119 S.Ct. 1604
- Federal Trade Commission, [FTC], (2006). *Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine*.
- Fonseca, J. B. L. da (2009). *Tabela de honorários ou justa remuneração?* Revista do IBRAC, Vol. 16, n. 1. São Paulo: IBRAC.
- Forgioni, P. (2005). *Os fundamentos do antitruste*. (2ª ed). São Paulo: RT.
- Franceschini, J. I. G. (1996). *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros.
- Gico Jr., I. T. (2007). *Cartel – Teoria Unificada da Colusão*. São Paulo: Lex Editora.
- Hovenkamp, H. (1994). *Federal Antitrust Law*. St. Paul, Minn: West Publ. Co.
- Kovacic, W. (1993). *The identification and proof of horizontal agreements in antitrust laws*. Antitrust Bulletin, vol. 38, n. 5.
- Kühn, K.-U., Vives, X. (1995). *Information exchange among firms and their impact on competition*. Luxemburgo: Office of the Official Publications of the European Community.
- Miranda, P. de. & Cavalcanti, F. (1970). *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.1 de 1969*. (2ª ed). 6 volumes. São Paulo: RT.
- Moraes, A. de. (2005). *Direito Constitucional*. (18ª ed.). São Paulo: Atlas.
- Nitsche, R. & Hinten-Reed, N. (2004). *Competitive impacts of information exchange*. Bruxelas: CRA.
- Organization for Economic Co-Operation and Development, [OCDE], (2008). *Potential pro-competitive and anti-competitive aspects of trade/business associations*. p. 7-41. Disponível em: < <http://www.oecd.org/dataoecd/40/28/41646059.pdf> >.
- Organization for Economic Co-Operation and Development, [OCDE], (2000). *Roundtable on Competition in Professional Services, Background Note by the Secretariat*. DAFEE/CLP
- Pereira, C. M. da S. (2007). *Instituições de Direito Civil*, Vol. I. (12ª ed). Rio de Janeiro: Forense, vol. 1
- Pietro, C. (2009/2010). *Aulas magistrais da disciplina de Direito Comunitário da Concorrência proferidas na Université de Paris I – Panthéon Sorbonne*
- Rivero, J. (1977) *Les libertés publiques: I – Les droits de l'homme*. Paris: PUF.
- Salomão, C., Filho. (2003). *Direito Concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros.
- Salomão, C., Filho. (2009). *A paralisia do antitruste*. Revista do IBRAC. Vol. 16, n.1. São Paulo: IBRAC.

- Schuartz, L. F. (2002). *Ilícito antitruste e acordo entre concorrentes*. In: Ensaios sobre Economia e Direito da Concorrência. São Paulo: Ed. Singular.
- Secretaria de Direito Econômico [SDE], (2010). Nota Técnica do Procedimento Administrativo 08012.010075/2005-94.
- Secretaria de Direito Econômico [SDE], (2009). Cartilha. *Combate a cartéis em sindicatos e associações*. Coleção SDE/DPDE, 03/2009.
- Silva, J. A. (2007). *Curso de Direito constitucional positivo*. Malheiros: São Paulo.
- Silva, J. A. (1993). *Curso de direito constitucional positivo*. (9ª ed). Malheiros: São Paulo.
- Smith, A. (1776). *A riqueza das nações*. Vol. 1, Lisboa: Edições Calouste Gulbenkian.
- Sullivan, L. A. (1987). *Developments in the Noerr Doctrine*. 56 Antitrust Law Journal 361.
- Suprema Corte Norte-Americana [SCNA]. (1939). *Interstate Circuit, Inc. v. United States*
- Suprema Corte Norte-Americana [SCNA] (1972). *United States v. Topco Assocs.*
- Suprema Corte Norte-Americana [SCNA], (1921), *American Column and Lumber Co v. United States*, 257 US 377 394-95.
- Suprema Corte Norte-Americana, (1939), *Interstate Circuit, Inc. v. United States*.
- Suprema Corte Norte-Americana [SCNA], (1923), *United States v. American Linsed Oil Co*, 262 US 371.
- Suprema Corte Norte-Americana [SCNA], (1925), *Maple Flooring Manufactures Association v. United States*, 268 US 563.
- Suprema Corte Norte-Americana [SCNA], (1993), *Professional Real Estate Investor (PRE) vs. Columbia Pictures Industries*, 508 U.S. 49.
- Supremo Tribunal Federal, [STF]. (2007). *Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 3.045*, voto do Min. Celso de Mello, julgamento em 10.08.2005, Plenário, DJ de 01.06.2007.
- Supremo Tribunal Federal, [STF]. (2002). Pedido de Intervenção Federal 2915-5/SP.
- Taffet, R. S. (1996). *Antitrust and Product Standardization and Certification Activities*, em American Bar Association, Seção de Antitruste, Antitrust and Trade Associations: How Trade Regulation Laws Apply to Trade and Professional Associations.
- Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes, [TPICE], (1992). *UK Agriculture Tractor Registration Exchange case. Commission*.
- Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes, [TPICE], (2000). *T-25/95, Cartel do cimento*.
- Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes, [TPICE], (2001). *T-206/99, Metropole Télévision v. Commission*.
- Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes, [TPICE], (2005). *T-193/02, Piau, aff. FIFA*.
- Turner, D. F. (1962). The definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusal to Deal. Harvard Law Review, vol. 75, February.
- Vaz, I. (1993). *Direito Econômico da Concorrência*. São Paulo: Forense.
- Vaughan, P. M. & Nigro Jr., B. A. (1996). *Membership*, em American Bar Association, Seção de Direito Antitruste. Antitrust and Trade Associations: How Trade Regulation Laws Apply to Trade and Professional Associations.
- Vives, X. (2003). *Transparency and Competition*. Apresentação na Conferência da CRA sobre “The role of Economics in European Competition Policy”, em Londres.