

O CADE E A REGRA DA RAZÃO

A APLICAÇÃO DA REGRA DA RAZÃO PELO CADE E SUA ANÁLISE POR MEIO DO EXAME DE UM JULGAMENTO

Mauro Grinberg

Sumário: I. Introdução e Objetivo. II. O processo examinado. II-A. O processo administrativo examinado. II-B. Posição da SDE. II-C. Voto do Conselheiro-Relator JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA. II-D. Voto do Conselheiro-Presidente JOÃO GRANDINO RODAS. II-E. Voto da Conselheira HEBE TEIXEIRA ROMANO. II-F. Voto do Conselheiro CELSO FERNANDES CAMPILONGO. II-G. Voto do Conselheiro THOMPSON ANDRADE. II-H. Voto do Conselheiro AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO NETO. III. A regra *per se* e a regra da razão. III-A. Introdução. III-B. A regra *per se*. III-C. A regra da razão. IV. Brasil: regra da razão. V. O caso sob análise: regra *per se* ou regra da razão? VI. Conclusão.

I. INTRODUÇÃO E OBJETIVO:

1. Vamos iniciar dizendo o que não pretendemos ao escrever este artigo. Não existe o objetivo de apresentar uma análise crítica de uma decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). A decisão no processo em tela foi tomada pela autoridade competente e reflete a posição do colegiado da autarquia perante uma acusação de prática de conduta contrária à livre concorrência que o CADE entendeu ter sido configurada, razão pela qual aplicou a condenação. Agora podemos dizer o que efetivamente pretendemos, que é apenas analisar em que medida a decisão do CADE aplicou a chamada regra da razão ou a chamada regra *per se* ao julgar o caso em tela. Tomamos este caso específico como exemplo, sendo certo que vários outros processos poderão (e deverão) sofrer a mesma análise.

II. O PROCESSO EXAMINADO:

A. O processo administrativo examinado:

2. O processo administrativo é o de nº 08012.009118/98-26, cujo julgamento terminou em 27 de junho de 2001, e no qual foram Representadas Estaleiro Ilha S/A EISA e Marítima Petróleo e Engenharia Ltda.. Vale observar aqui que o signatário não tem nem teve qualquer relação profissional com as mencionadas empresas, sendo que o presente exame é feito exclusivamente com base no relatório e nos votos do julgamento.

3. Tratou-se da concorrência internacional nº 571.1.100296-1, referente à reforma da Plataforma Petrobrás 10, de propriedade da empresa Catlêia Oil Company, pertencente ao Grupo Braspetro, subsidiário da Petrobrás. Previamente a essa concorrência, as duas Representadas fizeram um acerto que contemplava as melhores aptidões de cada uma delas. Com efeito, uma delas tinha melhor conhecimento do componente naval da obra, enquanto a outra ostentava melhor aptidão para o componente da obra relativo à perfuração. Assim, fizeram um acordo pelo qual trocaram dados sobre as respectivas áreas de atuação. Resolveram que, se uma delas vencesse, a outra seria ressarcida dos custos da preparação da proposta. Esse ressarcimento tinha duas hipóteses, em valores distintos e decorrentes dos valores das propostas, de tal sorte que uma proposta vencedora superior ao limite fixado geraria um ressarcimento maior e, se inferior ao mesmo limite, geraria um ressarcimento menor. O acordo também implicava em que, se nenhuma delas vencesse, cada uma teria incorrido em custos menores.

4. O acerto em questão foi feito por escrito, tendo a Secretaria de Direito Econômico (SDE) esclarecido, em determinado ponto, que “não foi encontrada explicação plausível para a não formação de um consórcio entre as empresas representadas”. Esclareça-se aqui que a empresa vencedora (Marítima), apresentou sua proposta em consórcio com outra (Lisnave). É bem verdade que houve o distrato entre as duas Representadas, embora posterior à licitação.

B. Posição da SDE:

5. No curso da investigação levada a efeito pela SDE, resultou claro que o edital da referida concorrência internacional foi adquirido por onze empresas, sendo que apenas as duas Representadas compareceram na data marcada e apresentaram propostas, não tendo sido demonstrada a existência de conhecimento de que as demais nove empresas não apresentariam suas propostas e/ou conheciam o teor do acordo entre as Representadas.

6. A SDE entendeu que “no caso em análise, embora a competição não tenha cessado, visto que as empresas apresentaram propostas de preços heterogêneas, a concorrência foi limitada pela existência de ressarcimento à empresa perdedora, capaz de reduzir a competitividade de ambas” (fls. 1.324). Concluiu que as Representadas incidiram na infração prevista no inciso I (“limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”), do art. 1º (“Constituem infração de ordem econômica, independentemente de culpa, os atos, sob qualquer forma manifestados, que tenham por objetivo ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”) da Lei nº 8.884, de 1994 (Lei de Defesa da Concorrência),

por meio da conduta prevista no inciso VIII (“combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa”) do art. 21 (“As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração de ordem econômica”).

C. Voto do Conselheiro-Relator JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA:

7. Do voto do Conselheiro-Relator JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA consta o seguinte: “O que se pode deduzir, a partir do contrato escrito de ajuste (...) é que houve, por parte de ambas as empresas, um ajuste de garantias e vantagens, com reflexo na fixação do preço, para fazer face a uma concorrência pública”, sendo que “esse ajuste de vantagens produz o falseamento e o prejuízo da livre concorrência e, assim, configura hipótese de infração prevista no art. 20, inciso I, da Lei de Defesa da Concorrência. Isto porque considero que as representadas acertaram ressarcimento, como bem demonstra o instrumento citado, não em contrapartida à qualidade e à quantidade de transferência de conhecimentos técnicos entre as empresas, mas em função do vencedor e do valor total da concorrência” (fls. 1.404).

8. A respeito da não apresentação de propostas pelas outras nove empresas adquirentes do edital, diz o voto do Conselheiro-Relator JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA: “Não interessa indagar sobre a razão de sua desistência, sobre as intenções que as guiaram para assim proceder. O critério para se aferir o afastamento de concorrentes é objetivo, decorre simplesmente dos fatos” (fls. 1.405).

9. Sobre as intenções das Representadas, diz o voto do Conselheiro-Relator JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA: “Não há de se indagar sobre a intenção ou sobre a efetividade do dano” (fls. 1.410).

D. Voto do Conselheiro-Presidente JOÃO GRANDINO RODAS:

10. Do voto (pela não caracterização da infração) do Presidente JOÃO GRANDINO RODAS extrai-se: “O que se pode verificar, das provas produzidas nos autos (...), é que as mesmas não permitem formar juízo objetivo, nem positivo, nem negativo. (...) Ocorre que a maneira correta de interpretação (...) é aquela pautada na boa-fé das partes. Sob essa ótica, a única conclusão possível é aquela a favor do benefício da dúvida” (fls. 1.987).

E. Voto da Conselheira HEBE TEIXEIRA ROMANO:

11. A Conselheira HEBE TEIXEIRA ROMANO pergunta inicialmente, se “o acordo impediu que outras empresas participaram do certame”, respondendo negativamente, lembrando que adquiriram o edital onze empresas, das quais três estrangeiras (uma norte-americana, uma italiana e uma espanhola) e oito empresas brasileiras, entre as quais as duas representadas (fls. 1.993).

12. Pergunta, em seguida, a Conselheira HEBE TEIXEIRA ROMANO se o acordo impediu a participação das representadas no certame, respondendo negativamente aqui também (fls. 1.993).

13. Terceira pergunta da Conselheira HEBE TEIXEIRA ROMANO: “O acordo foi feito de forma sub-reptícia ou às escondidas, com alguma cláusula ilegal?” Aqui também a resposta é negativa (fls. 1.993).

14. A quarta pergunta feita pela Conselheira HEBE TEIXEIRA ROMANO é a que reputamos mais importante: “O acordo levou as empresas a exercer de forma abusiva posição dominante?”. Resposta: “Não, MARÍTIMA e EISA não são as maiores empresas desse mercado e não controlam parcela significativa do mercado relevante de plataformas de petróleo” (fls. 1.993).

15. Em seguida: “O acordo levou as empresas a auferirem lucros abusivos?” Resposta: “Não, MARÍTIMA e EISA tiveram que ajustar para menor os valores de suas propostas ao valor disponível pela Petrobrás, diminuindo custos e dando descontos” (fls. 1.993).

16. A sexta pergunta é a que a Conselheira HEBE TEIXEIRA ROMANO considera a mais importante: “O acordo se consumou?”. Resposta: “Não, MARÍTIMA e EISA não só participaram do certame separadamente, provando que não estavam em conluio, eis que suas propostas eram diferentes, realizaram ‘distrato’ do anteriormente acordado em razão dos ajustes com a Petrobrás no que concerne aos valores das propostas” (fls. 1.994).

17. Para concluir que não foi afetada a livre concorrência, diz, entre outros itens, a Conselheira HEBE TEIXEIRA ROMANO: “Acreditar que as demais empresas não tiveram coragem de participar do certame em razão de um acordo de menos de 1% do total proposto seria subestimar o mercado de plataformas marítimas formado por empresas de altíssimo porte econômico (...)” (fls. 1.996). Prossegue o raciocínio: “Onde estão os concorrentes prejudicados pela proposta milionária? Por que não se apresentaram para que o CADE possa realmente auferir o prejuízo ao mercado, se é que houve prejuízo? A impossibilidade da resposta demonstra que nem o mercado nem a concorrência foram afetados” (fls. 1.997).

F. Voto do Conselheiro CELSO FERNANDES CAMPILONGO:

18. No voto do Conselheiro CELSO FERNANDES CAMPILONGO encontramos o seguinte: “Quando a competição se transforma em cooperação e a concorrência ganha a forma de uma parceria – do tipo ‘quem ganhar com proposta acima de determinado valor quadruplicará o pagamento ao perdedor’ – cria-se entre os concorrentes uma estratégia, cimentada pela troca de informações, que limita, falseia e prejudica a livre concorrência. Insustentável a tese de que o acordo visaria criar melhores condições de competitividade entre as Representadas. Trata-se, aqui, de uma licitação. A descoberta da melhor oferta depende da comparação das vantagens entre os competidores. Se as diferenças são eliminadas, frustram-se os objetivos não só da licitação, mas também as metas da concorrência” (fls. 2.001).

19. Prossegue o voto do Conselheiro CELSO FERNANDES CAMPILONGO: “Não é preciso que o resultado seja alcançado. Daí não aliviar a situação das Representadas o fato de que outros licitantes poderiam ter apresentado propostas, de que tenha ou não obtido um aumento de preços, de que o acordo foi ineficaz ou desfeito. Numa licitação dificilmente se tem absoluta certeza, na véspera, de quantas propostas serão apresentadas. O fato concreto é que apenas as Representadas permaneceram no certame e possuíam uma referência comum e artificial – claramente anticoncorrencial – de preço. Pouco importam as razões do afastamento dos demais concorrentes. O que interessa, em termos concorrenciais, é que a permanência, até o final da licitação, apenas das Representadas, condensou e fez emergir, cristalinamente, a potencialidade limitadora, falseadora e prejudicial à livre concorrência. O caráter restritivo da concorrência materializou-se com a apresentação das duas únicas propostas acordadas” (fls. 2.002).

G. Voto do Conselheiro THOMPSON ANDRADE:

20. Em seguida encontramos o voto do Conselheiro THOMPSON ANDRADE (que, entre outras considerações, faz brilhante explanação a respeito da aplicação da teoria dos jogos); para ele “o acordo assinado por ambas as empresas naturalmente induziria que as propostas que seriam apresentadas estariam dentro de uma faixa de preço”; ainda de acordo com o mesmo voto, a forma encontrada pelas duas Representadas para calcular o ressarcimento da eventualmente vencedora para com a eventualmente perdedora “apresenta alguma funcionalidade no direcionamento das propostas apresentadas à PETROBRÁS” (fls. 2.012).

21. Prossegue o voto: “Poder-se-ia pensar que a forma de retribuição estipulada no acordo não teria qualquer interesse ou sentido de reforçar a tendência no sentido de que os dois concorrentes, Marítima e EISA, apresentassem propostas no mesmo patamar de preços. O fato concreto entretanto, é o de que eles foram os únicos concorrentes na licitação realizada pela PETROBRÁS e as suas propostas estavam viciadas pelo acordo que assinaram. Com esta intenção ou não, as suas propostas, ao invés de serem intrinsecamente independentes e estarem fundamentadas em capacidades diferenciadas de fazer uma oferta baseada em custos menores resultantes de diferentes níveis de eficiência produtiva, estavam aditivadas por um acordo que reforçava o interesse de apresentar uma proposta acima ou igual ao patamar de US\$ 33 Milhões” (fls. 2.012 e 2.013).

22. Estende-se o voto do Conselheiro THOMPSON ANDRADE a respeito da não participação das demais nove empresas que haviam adquirido o edital: “A esta altura é bem provável que já soubessem que muitas das onze empresas que tinham adquirido cópia do edital não apresentariam propostas. Afinal, esta não é uma informação sigilosa para a empresa que tenha desistido de participar; para ela não existe nenhum incentivo em ocultar o fato de que não mais irá participar de uma licitação” (fls. 2.013).

H. Voto do Conselheiro AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO NETO:

23. Finalmente votou o Conselheiro AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO NETO: “Deve-se reconhecer, portanto, que mesmo

sendo os quantitativos de custos unitários apenas um dos componentes formadores do preço pelo qual as empresas pretenderiam concorrer, eles seriam um diferencial importante na concorrência pelo objeto da licitação. Ora, mas se cada empresa pretendia concorrer independentemente na licitação, qual é a razão para revelar à outra justamente as variáveis de custo da sua especialidade, que poderiam fazer a diferença entre as duas propostas de preço? A empresa que tem informações precisas de custos unitários sempre poderá fazer uma estimativa mais segura dos custos totais e, com isso, livre do risco de erro de avaliação, pode reduzir o preço com que participa da licitação e aumentar suas chances de vencer” (fls. 2.018).

24. Prossegue o Conselheiro AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO NETO analisando as cláusulas do acordo, para concluir que não se tratou de remuneração por serviço de consultoria, até porque fora assinado na véspera da licitação, quando as propostas já deveriam estar prontas, e pergunta: “Em suma, as cláusulas do contrato fazem sentido sem contar a possibilidade de que as duas empresas estivessem envolvidas na transação com um grau de parceria maior do que a alegada?” (fls. 2.018).

25. Mais adiante, faz o Conselheiro AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO NETO importante consideração a respeito da delimitação do mercado relevante: “Conforme o mecanismo de apresentação das ofertas permita ou não aos candidatos habilitados saberem de antemão quais deles efetivamente irão submeter propostas, o mercado relevante será, portanto, menos ou mais amplo. Se o mecanismo de submissão das propostas for tal que seja impossível para cada candidato habilitado saber quais dos outros candidatos efetivamente submeterão propostas, então o mercado relevante deve incluir a oferta de todos os candidatos previamente habilitados. Se, de outro modo, o mecanismo de submissão de propostas permitir que cada candidato habilitado descubra quais dentre eles apresentarão propostas, então o mercado relevante deve incluir somente a oferta destes últimos” (fls. 2.021). “Assim, as estratégias de colusão seriam viabilizadas caso Marítima e EISA soubessem antecipadamente que estariam sozinhas como as únicas participantes habilitadas na licitação. Caso não soubessem, então os incentivos para a colusão ficariam diluídos já que, mesmo que combinassem não concorrer entre si com a intenção de aumentar os preços, continuariam a correr o risco de perder a licitação para outro concorrente que oferecesse preço menor” (fls. 2.023).

26. Ainda sobre a delimitação do mercado relevante há no voto duas observações que aparentemente apresentam uma dicotomia. A primeira delas faz referência à resposta dada por uma das adquirentes do edital, que não apresentara proposta: “A declaração da Petroserv é uma evidência de que a ocasião da apresentação das propostas em geral permite a obtenção da informação sobre quais serão os participantes que oferecerão propostas” (fls. 2.024). Mais adiante: “Apesar de não haver prova nos autos de que as representadas tivessem sabido previamente que seriam as únicas participantes da licitação, há indícios de que esse conhecimento era perfeitamente possível” (fls. 2.025).

27. O Conselheiro AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO NETO também faz referência à questão da intenção: “Assim, com efeito, é possível demonstrar que as cláusulas do contrato, por si só, têm o condão de reduzir a concorrência na licitação, independentemente da sua intenção. O contrato se torna assim, independentemente das segundas intenções dos contratados, um fator anti-concorrencial.

O contrato, por um lado, caracteriza um ajuste de vantagens em concorrência pública ou administrativa, e por outro, tem a capacidade autônoma de produzir limitação, falseamento ou prejuízo à livre concorrência” (fls. 2.027).

III. A REGRA *PER SE* E A REGRA DA RAZÃO:

A. Introdução:

28. Neste ponto devemos fazer uma pequena digressão a respeito da regra *per se* e da regra da razão, para em seguida verificar se o direito brasileiro filiou-se a alguma delas e em que medida os votos seguiram essa regra.

B. A regra *per se*:

29. A regra *per se*, conforme definida originalmente nos Estados Unidos, é desta forma caracterizada pela monografia nº 23 da American Bar Association, Section of Antitrust Law: “To establish liability under the *per se* rule, the government or a private plaintiff need only prove that the conduct (setting aside, of course, affirmative defenses and issues related to antitrust injury and standing). Application of the *per se* approach frees the court from an inquiry into whether the arrangement at issue has actually harmed consumers or thwarted free market competitive forces. The plaintiff need not show that the challenged conduct had an adverse impact on competition, and the defendant is not permitted to demonstrate that the conduct was justified and procompetitive business interests” (página 3).

30. Explicação também é dada por SÉRGIO VARELLA BRUNA: “Segundo a regra da ilegalidade *per se*, alguns tipos de conduta – tais como algumas espécies de acordos entre concorrentes – são consideradas ilícitas, independentemente do contexto em que foram praticadas, ou mesmo dos efeitos obtidos, sejam eles danosos ou benéficos à concorrência. Quando a regra da ilegalidade *per se* é aplicada, a prática é considerada ilegal sem que para isso seja necessário investigar-se a estrutura do mercado ou o poder econômico detido pelo agente, que pode até ser nenhum” (“O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício”, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, pág. 155).

31. Falando sobre eficiências, diz HERBERT HOVENKAMP: “The widespread application of the *per se* rule to agreements among competitors has often blinded courts to some of these economies. For example, it is not generally a defense to a price fixing charge that the cartel members did not hold enough market power to reduce output profitably. If an urban market contains 50 similar grocers and three of them jointly run a newspaper advertisement quoting retail prices, the arrangement would reduce advertising costs for each of the three. Furthermore, three grocers out of 50 could not plausibly fix prices – customers would respond to their price increase by buying from the other 47. In such a case the inference that the arrangement creates efficiency is very strong, while the inference of price fixing is very weak. Nevertheless, a court might hold that the *per se* rule prevents it from considering both the argument that the defendants had no market power and that their agreement produced

cost reductions that would benefit consumers” (“Economics and Federal Antitrust Law”, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1985, págs. 110/111).

32. O mesmo HERBERT HOVENKAMP explica em quais situações deve ser aplicada a regra *per se*: “A *per se* rule is generally appropriate only after judges have had long experience with a certain practice, and have concluded that the practice produces many pernicious results and almost no beneficial ones” (obra citada, pág. 143).

33. Nos Estados Unidos, “price fixing is a *per se* offense” (RICHARD POSNER: “Antitrust Law, an Economic Perspective”, University of Chicago Press, 1976, página 135). Aliás, em decorrência disso, “meaning that the only issue to be decided is whether the defendant in fact engaged in the practice, the government and other antitrust plaintiffs are constantly pressing the courts to place practices in the *per se* category on the ground that they are the equivalent of price fixing” (RICHARD POSNER: obra e página citadas).

C. A regra da razão:

34. A mesma monografia da American Bar Association, Section of Antitrust Law, apresenta a definição da regra da razão do Juiz da Suprema Corte Brandeis como “quintessential”: “The true test of illegality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that question the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied: its condition before and after the restraint was imposed; the nature of the restraint and its effect, actual or probable. The history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end thought to be attained, are all relevant facts” (obra citada, página 5).

IV. BRASIL: REGRA DA RAZÃO:

35. Estabelecem o artigo 20 e quatro incisos da Lei nº 9.884, de 1994: “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”: “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”; “dominar mercado relevante de bens ou serviços”, “aumentar arbitrariamente os lucros” e “exercer de forma abusiva posição dominante”.

36. O CADE editou a Resolução nº 20, de 1999, dispondo, de forma complementar, sobre o processo administrativo de apuração e punição de condutas contrárias à livre concorrência; deve ser examinado o alcance de tal resolução.

37. Explica HELY LOPES MEIRELLES que “*resoluções* são atos administrativos expedidos pelas altas autoridades do Executivo (mas não pelo Chefe do Executivo, que só deve expedir decretos) ou pelos presidentes de tribunais, órgãos legislativos e colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua

competência específica. (...) As resoluções, normativas ou individuais, são sempre inferiores ao regulamento e ao regimento, não podendo inová-los ou contrariá-los, mas unicamente complementá-los e explicá-los. Seus efeitos podem ser internos ou externos, conforme o campo de atuação da norma ou os destinatários da providência concreta” (“Direito Administrativo Brasileiro”, Malheiros Editores, São Paulo, 2000, pág. 174).

38. Trata-se, sem dúvida, de norma que, embora de hierarquia inferior, deve ser obedecida, sobretudo pelo órgão que a expediu, desde, obviamente, que não conflite com norma hierarquicamente superior.

39. Assim, o CADE, por meio de sua Resolução nº 20, de 1999, e ao conceituar os cartéis (Anexo I: “Práticas Restritivas: definições e Classificação”; seção A: “Práticas Restritivas Horizontais”), apresentou o que pode ser considerada a interpretação oficial (e obrigatória, já que se trata de ato normativo) a respeito da escolha entre a regra *per se* e a regra da razão: “acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio”.

40. Conclui a mesma resolução (Anexo II: “Critérios Básicos na Análise de Práticas Restritivas”, seção B: “Detalhamento”): “Como já mencionado, a análise da conduta específica, baseada no princípio da razoabilidade, conclui-se com a ponderação entre os efeitos anti-competitivos e os possíveis benefícios ou eficiências identificados e avaliados nos passos anteriores, com o objetivo de verificar se estes últimos são suficientes para compensar aqueles, permitindo considerar lícita a conduta em questão. Dada a dificuldade de mensuração desses efeitos, seja porque muitos deles são apenas potenciais, seja pelos problemas intrínsecos de mensuração dos custos de transação (presentes nos benefícios potenciais de quase todas as práticas verticais), é inevitável que a análise seja em grande parte qualitativa, devendo entretanto ser procedida de forma minuciosa e criteriosa”.

41. Para GESNER OLIVEIRA, não existe dúvida de que tal resolução consagrou a regra da razão; “Por fim, a Resolução n. 20/99 consagrou a interpretação de que não há infração *per se* na legislação brasileira. Tanto as práticas horizontais quanto as verticais devem ser analisadas caso a caso, levando em consideração não apenas os custos decorrentes do impacto, mas também o conjunto de eventuais benefícios dele decorrentes, a fim de apurar seus efeitos líquidos sobre o mercado e o consumidor” (“Concorrência – Panorama no Brasil e no Mundo”, Editora Saraiva, São Paulo, 2001, página 13).

42. Em adição ao raciocínio acima, deve ser levado em conta o artigo 2º da Lei nº 9.784, de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”. Destes, os princípios da legalidade, moralidade e eficiência – além dos princípios da impessoalidade e da publicidade, que obviamente devem ser aplicados ao processo administrativo – já se encontravam previstos no art. 37 da Constituição Federal.

43. Vê-se, assim, que o princípio da razoabilidade, inserido no direito legislado brasileiro pelo art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999, constitui novidade legislativa. Explica MARCELO HARGER: “O significado do princípio da razoabilidade, em um primeiro momento, pode ser extraído da própria denominação. (...) O padrão é dado pelos *standards* vigentes na sociedade. Vale dizer, o administrador não pode atuar mediante critérios subjetivos, mas sim de acordo com a conduta e os valores de um homem mediano. Fazendo uma comparação com a figura do ‘bom pai de família’ do Direito Civil, poder-se-ia falar do ‘bom administrador’” (“Princípios Constitucionais do Processo Administrativo”, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2001, página 113).

44. A inserção do princípio da razoabilidade na Lei nº 9.784, de 1999, reforça a idéia de que o direito brasileiro acolhe, na investigação das acusações das práticas contrárias à livre concorrência – avultando aqui os cartéis -, a chamada regra da razão; este se manifesta, assim, na utilização dos chamados *standards* vigentes na sociedade.

45. Pode-se argumentar, todavia, que a expressão “independentemente de culpa”, constante do art. 20 da Lei nº 8.884, de 1994, leva a interpretação diversa. Ou seja, não se necessitaria da investigação da consequência, real ou potencial, para a economia; bastaria que se comprovar a conduta, sem qualquer demonstração da intenção das partes. Seria, enfim, a aplicação da regra *per se*, na qual, como já se viu, basta que se comprove a conduta, independentemente do dano, real ou potencial. Acrescente-se: independentemente da intenção das partes.

46. O § 4º do art. 173 da Constituição Federal não permite tal entendimento: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. A expressão “que vise a” indica intenção, objetivo, meta; conseqüentemente, a expressão “independentemente de culpa” é inconstitucional. SÉRGIO VARELLA BRUNA chega a dizer que, com tal regra constitucional, a investigação a respeito da regra da razão no direito brasileiro é até desnecessária, pois “o mesmo objetivo poderia ser alcançado por outra via, qual seja a análise do que se deve entender por *abuso* no exercício do poder econômico, já que, entre nós (e sempre foi assim), somente ato abusivo é incriminado. Vale dizer, uma vez afastada a ilicitude *per se*, não precisamos mais da *regra da razão*” (obra citada, pág. 157).

47. Quando o autor acima aludido diz que “sempre foi assim”, verificamos o texto do art. 148 da Constituição Federal de 1946: “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”. A Lei nº 4.137, de 1962, estabelecia, em seu art. 2º, inciso I, alínea “a” (para ficar somente no que tange aos cartéis): “Consideram-se formas de abuso do poder econômico” “dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de” “ajuste ou acordo entre empresas (...)”.

48. BENJAMIN SHIEBER, analisando os dispositivos constitucional e legal acima, diz: “(...) impõe-se a conclusão de que a lei deve ser interpretada pelo CADE como se a expressão ‘de propósito’ modificasse as palavras ‘dominar’ e ‘eliminar’ (...) da lei” (“Abusos do Poder Econômico”, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1966, págs. 35/36).

49. Assim, o direito concorrencial brasileiro certamente acolheu a regra da razão, não se podendo falar da aplicação entre nós da regra *per se*.

V. O CASO SOB ANÁLISE: REGRA *PER SE* OU REGRA DA RAZÃO?

50. Voltando agora ao caso sob análise, vemos que, dentre os onze possíveis concorrentes, todos adquirentes do edital, o acordo entre dois deles, aplicando-se a regra da razão, não teria o condão de constituir abuso do poder econômico (independentemente da eventual violação da legislação que rege as concorrências públicas). O argumento teria maior razão de ser aplicado se o mercado relevante fosse considerado como o conjunto de todos os potenciais ofertantes, ainda que muitos deles não tenham adquirido o edital. Certamente a infração estaria caracterizada se fosse aplicada a regra *per se*.

51. Todavia, se for considerado o universo de concorrentes como o dos que compareceram à concorrência pública e apresentaram propostas, mesmo com a aplicação da regra da razão ter-se-ia a caracterização da infração. Mas para tanto seria necessário considerar que os dois concorrentes que ofereceram propostas sabiam que os demais nove, apesar de terem adquirido o edital, não iriam comparecer e apresentar propostas. Daí porque a chave da interpretação está em saber como foi visto e/ou interpretado o não comparecimento das demais nove empresas que adquiriram o edital mas não apresentaram propostas.

52. Para o Conselheiro JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA, o critério é objetivo, decorrente dos fatos. Embora não o diga expressamente, o voto parece considerar o mercado relevante como o das empresas que compareceram à concorrência pública e ofereceram propostas. Assim, não se pode inferir daí a aplicação da regra da razão ou da regra *per se* uma vez que, com tal caracterização do mercado relevante, a aplicação de qualquer uma das regras levaria à constatação da existência da infração.

53. O Presidente JOÃO GRANDINO RODAS, pautando-se, para a interpretação, na boa-fé das partes, certamente acolhe a regra da razão, já que a regra *per se* não permitiria esse tipo de interpretação, face à prova de um determinado acerto entre os dois concorrentes.

54. Para a Conselheira HEBE TEIXEIRA ROMANO, o acordo entre as duas Representadas – não detentoras de parcela significativa do mercado relevante de plataformas de petróleo - não impediu que as demais empresas participassem do certame. Há aqui também acolhida plena da regra da razão.

55. O Conselheiro CELSO FERNANDES CAMPILONGO, para quem não é possível saber de antemão quais os adquirentes do edital que compareceriam ao certame para apresentar propostas, resultou claro o fato concreto, que é o comparecimento de apenas dois licitantes, cujo acerto constituiu infração contra a ordem econômica. Aqui também não é possível inferir se houve

aplicação da regra da razão ou da regra *per se*, uma vez que, com tal delimitação do mercado relevante, qualquer delas levaria à constatação da existência da infração.

56. Para o Conselheiro THOMPSON ANDRADE, havendo indícios de que as duas Representadas poderiam saber que as demais nove adquirentes do edital não apresentariam propostas, o mercado relevante poderia ter sido constituído apenas das duas Representadas. Mas isso é apresentado como uma hipótese e não como uma constatação. Daí porque, tendo também sido implicitamente acolhida a possibilidade das Representadas desconhecerem o fato de que as demais adquirentes do edital não ofereceriam propostas, houve acolhida da regra *per se*, pois o acerto entre as duas Representadas foi visto, por sua própria natureza, como contrário à livre concorrência.

57. O Conselheiro AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO NETO diz que há indícios de que era possível o conhecimento, pelas Representadas, de que as demais onze adquirentes do edital não ofereceriam propostas. Poderia parecer que, à semelhança do voto anterior, tendo também sido implicitamente acolhida a possibilidade das Representadas desconhecerem o fato de que as demais adquirentes do edital não ofereceriam propostas, houve acolhida da regra *per se*. Entretanto, o voto é claro ao afirmar que, se as Representadas efetivamente não tivessem condição de saber que as demais onze adquirentes do edital não ofereceriam propostas, então o mercado relevante seria constituído por todos os adquirentes do edital. Daí porque é possível concluir que o voto filiou-se à regra da razão.

VI. CONCLUSÃO:

58. O que se pretendeu aqui foi um exercício, tomando como base um julgamento importante e verificando se o CADE, ao aplicar o direito da concorrência, filia-se à regra da razão ou acolhe a regra *per se*. Parece-nos que há ainda divergências e talvez compreensíveis hesitações internas.

59. A consequência é certamente importante, pois a aplicação da regra *per se* implicaria em que qualquer acordo, independentemente de, real ou potencialmente, afetar o mercado, poderia ser caracterizado como conduta cartelizadora. Já a acolhida da regra da razão teria que levar em conta a afetação, real ou potencial, da concorrência em cada situação.

60. Explica RICHARD POSNER: "Suppose that two competing firms, each very small related to the other firms with which they compete, merge in order to take advantage of economies of large-scale production or to increase the efficiency with which the assets of one of the firms is managed. The merger would eliminate competition between the firms even more effectively than a price-fixing agreement. between them, yet it would be absurd to treat the merger as it were a cartel (...). The merger would not confer on the parties any power to increase price and might actually lead to a reduction in the market price, due to the cost reduction it made possible. This is very different from the effect of a cartel" (obra citada, págs. 26/27).

61. É certo que a hipótese de fusão, abordada pelo autor, deveria sofrer a aplicação da parte da lei que trata dos atos de concentração. Mas é importante considerar que RICHARD POSNER demonstra que, em determinadas

situações, pode ocorrer que a aplicação da regra *per se* poderia levar a uma condenação, o mesmo não ocorrendo com a aplicação da regra da razão. Esta última é a que, no nosso entendimento, deve prevalecer no Brasil.

Mauro Grinberg

- ex-Conselheiro do CADE
- Procurador (aposentado) da Fazenda Nacional
- advogado