Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)

Tabelamento de preços mínimos pelo Sindicato das Autoescolas

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.009922/2006-59

Representante: Ministério Público do Estado de Mato Grosso

Representado(s): Sindicato dos Centros de Formação de Condutores do Estado de Mato Grosso

Advogado(s): Silvano Macedo Galvão

Relator: Conselheiro César Costa Alves de Mattos

Voto¹

EMENTA

Processo administrativo. Tabelamento por sindicato. Fixação de preço mínimo. Regra da razão. Ponto focal. Condenação.

1. Relatório

Trata-se de Processo Administrativo (“PA”) instaurado em face do Sindicato dos Centros de Formação de Condutores do Estado de Mato Grosso

¹ A análise técnica e a redação do relatório e voto contaram com o inestimável suporte do assessor Roberto Domingos Taufick, neste caso. Os erros ou imprecisões porventura remanescentes são, naturalmente, de exclusiva responsabilidade do relator.

(SINDCFC) em função de indução à ação concertada em preços aos Centros Formadores de Condutores (CFCs) dos municípios de Cuiabá e Várzea Grande por tabela. O PA foi instaurado por meio do despacho do então secretário de Direito Econômico Daniel Krepel Goldberg, publicado na seção 1 do *DOU* de 20 de dezembro de 2006 (fls. 71).

O Relatório de Investigação Preliminar CFC nº 10/2006 do Procon (fls. 7-60), baseado em pesquisas realizadas entre 3 e 9/5/2006, constatou que, (i) embora não houvesse alinhamento de preços, representantes de alguns estabelecimentos **informaram sobre uma reunião ocorrida na sede do SINDCFC, em 4/2/2006**, na qual foram definidos os valores mínimos a serem cobrados para a emissão da primeira Carteira Nacional de Habilitação (CNH). A SDE instruiu os autos com os valores cobrados pelos CFCs nos meses de dezembro/2005, janeiro e fevereiro/2006, bem como com a relação de CFCs credenciados junto ao Detran/MT desde 2006 e o rol de sindicalizados entre os anos de 2006/07. Segundo apurado, todos os CFCs em atividade seriam sindicalizados ao SINDCFC. Apurou, ainda, que, nos termos do art. 23 da Portaria nº 29/2001 do Denatran,² órgãos executivos de trânsito dos estados ou do Distrito Federal, no âmbito das respectivas competências territoriais, devem fixar o valor máximo, por hora/aula, a ser cobrado por entidades integrantes da Rede Nacional de Formação e Habilitação de Condutores (Renfor), na instrução e formação de condutores.

Em sede de defesa (fls. 87-89), o SINDCFC (i) relembra que o próprio Procon/MT não teria constatado alinhamento de preços, (ii) afirma não ter promovido reunião para discussão dos preços dos serviços dos seus associados, (iii) contesta a tabela de preços de fls. 48, documento apócrifo com o timbre do SINDCFC e (iv) aponta que os valores constantes nesse documento não se coadunam com os preços efetivamente cobrados pelos CFCs.

A SDE, em seu parecer de fls. 230-236:

1. Afirma que a regulamentação do Denatran, ao conferir aos órgãos executivos de trânsito dos estados ou do Distrito Federal competência para estipular preços máximos, não exclui a concorrência via preços;

² Art. 1º O art. 23 da Portaria nº 47/99 — Denatran, passa a vigir com a seguinte redação:

“Art. 23 — O valor máximo, por hora/aula, a ser cobrado por entidades integrantes da Renfor, na instrução e formação de condutores, será fixado pelos órgãos executivos de trânsito dos estados ou do Distrito Federal, no âmbito das respectivas competências territoriais.

Parágrafo Único — O valor que trata o caput deste artigo poderá, a critério do órgão executivo de trânsito do estado ou do Distrito Federal, ser único ou regionalizado, em função das características próprias de cada local”.

2. Aceita como prova a existência **de reunião entre representantes das autoescolas em 4/2/2006**;
3. Constata que houve **aumento generalizado nos preços praticados pelos CFCs de Cuiabá e Várzea Grande após fevereiro de 2006**;
4. Alega que **houve maior convergência de preços após fevereiro de 2006**;
5. Alega que a maioria dos CFCs seguiu o preço mínimo estipulado pela tabela; e
6. Apresenta curvas de preços de 8 CFCs para fundamentar a tese exposta nos itens 3/5 acima.

A ProCade apresentou parecer (fls. 262-274), em que acresce que:

1. O mercado de CFCs apresenta **condições que facilitam o monitoramento do cartel**, como (i) a homogeneidade do serviço, (ii) as estruturas de custos semelhantes, (iii) a presença do sindicato e (iv) a ausência de substitutos; e
2. Que **o uso de tabelas, ainda que sugestivas, representa, per se, infração concorrencial**, citando, para tanto, (i) voto do ex-conselheiro Ruy Santa Cruz no PA nº 08000.011520/94-40, segundo o qual a tabela de preços seria aceitável se não fosse comprovada a capacidade dos agentes de imporem a aludida tabela aos consumidores, (ii) votos do ex-conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho no PA nº 62/92 e no PA nº 53/92, em que se afirma a regra *per se* de que a própria existência de tabelas de preço constitui prova suficiente de ação coordenada, caracterizando conduta anticoncorrencial, (iii) voto do ex-conselheiro Luiz Carlos Prado no PA nº 08012.000099/2003-73, no qual a representação foi feita em face de autoescolas, acusadas de coordenar preços entre si (objeto diverso da presente representação, que trata da capacidade de o sindicato impor preços a seus associados) e (iv) voto do ex-conselheiro Luiz Carlos Prado no PA nº 08012.001692, em que há provas de constrangimento dos associados a praticar o preço tabelado, com a condenação decorrendo do entendimento de que o tabelamento é ilícito *per se*, conforme expressa citação do voto do ex-conselheiro Arthur Barrionuevo Filho no PA nº 145/93.

O MPF juntou manifestação (fls. 277/279), em que segue o entendimento apresentado nos pareceres da SDE e da Procade.

Em 7 de agosto de 2009, o representado protocolou junto ao Cade proposta de Termo de Compromisso de Cessação.

2. Preliminar de mérito: da proposta do TCC e da sua reprovação

A proposta de TCC do SIDCFC não se alterou, substancialmente, ao longo do processo de negociação. Os termos iniciais, propostos em 7 de agosto de 2009, continham:

1. O **NÃO** reconhecimento da matéria de fato ou a confissão da ilicitude;
2. A **genérica abstenção de promover**, direta, ou indiretamente, o **alinhamento de preços** de CFCs;
3. Contribuição pecuniária no **MÍNIMO LEGAL**, a ser paga em três parcelas mensais;
4. **Realização de ÚNICA Assembleia Geral (restrição aos membros do próprio SINDCFC) para tratar da liberdade de concorrência**, de forma genérica;
5. **Distribuição de material educativo da SDE**, ainda que por correio; e
6. Manutenção de cópia do TCC no sítio do SINDCFC **pelo período de seis meses**.

Os termos finais da proposta negociada, protocolada em 11 de março de 2010, foram os seguintes:

1. O **NÃO** reconhecimento da matéria de fato ou a confissão da ilicitude;
2. A **abstenção de promover**, direta, ou indiretamente, o **alinhamento de preços de CFCs, incluindo o tabelamento objeto do caso em apreço**;
3. Contribuição pecuniária no **MÍNIMO LEGAL**, a ser paga em três parcelas mensais;
4. **Realização de única Assembleia Geral (restrição aos membros do próprio SINDCFC) para tratar da liberdade de concorrência**, de forma genérica;
5. **Distribuição de material educativo da SDE**, ainda que por correio;
6. Manutenção de cópia do TCC no sítio do SINDCFC **pelo período de um ano**; e
7. **Compromisso de colaborar** com as autoridades concorrenciais brasileiras.

A tabela 1 abaixo ilustra, de forma mais didática, as alterações pouco significativas consolidadas na última versão da proposta:

Tabela 1
Paralelo entre a primeira e a última proposta de TCC pelo representado

Itens	Primeira Proposta	Proposta Final
Reconhecimento da matéria de fato ou ilicitude da conduta	Não	Não
Compromisso específico de não tabelamento	Não	Sim
Valor da contribuição pecuniária ao FDD	Mínimo legal, a ser pago em três prestações	Idem
Medidas de compliance	Realização de única reunião, restrita aos associados (assembleia geral), voltada a tratar de defesa da concorrência	Idem
Advocacia da concorrência	Distribuição das cartilhas da SDE, por correio	Idem
Publicidade	Manutenção de cópia do TCC no sítio do representado, por seis meses	Manutenção de cópia do TCC no sítio do representado, por um ano
Compromisso de colaboração com autoridades brasileiras	Não	Sim

Elaboração: Cade.

Conforme se pode observar, os únicos avanços com relação à primeira versão são: (i) compromisso de não tabelamento, (ii) acréscimo de seis meses (de seis meses para um ano) no período de manutenção do teor do TCC no sítio eletrônico do representado e (iii) compromisso de colaborar com as autoridades brasileiras, sem que houvesse um desenho específico da abrangência dessa colaboração.

Note-se, destarte, que os termos do compromisso negociado são inferiores àqueles assumidos por ocasião do Processo Administrativo nº 08012.001239/2004-10, em que foi representada a Associação dos Diretores e Proprietários dos Centros de Formação de Condutores de São José dos Campos. Naquela ocasião, **a contribuição pecuniária foi dez vezes superior à proposta**, assim como **houve reconhecimento dos fatos e da ilicitude**.

Aliás, a contribuição é **quatro vezes inferior àquela recolhida no primeiro TCC da espécie**, firmado com o Centro de Formação de Condutores

de Campinas e Região e o seu presidente, o sr. Oswaldo Redaelli Filho, na qual houve **colaboração com relação a outros casos de possível cartelização** (situação bastante próxima de acordos de leniência, com a ressalva de que os documentos apresentados eram públicos, apesar de desconhecidos pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência — SBDC) e um **amplo programa educativo, aberto não só a associados, mas à população em geral, em lugares privilegiados**, como a Assembleia Legislativa de São Paulo.

A tabela 2 aponta para as condições em que foram celebrados os últimos TCCs e ilustra, comparativamente, os termos menos abrangentes em que foi apresentada a proposta final do SINDCFC:

Tabela 2
Quadro comparativo entre o precedente de São José dos Campos³ e o precedente de Campinas⁴

Obrigações	TCC Campinas	TCC São José dos Campos	Proposta do SINDCFC
Reconhecimento dos fatos e ilicitude	Sim	Sim	Não
Plano Educativo	Sim, por meio de palestras.	Não: não haveria efetividade em realizar as palestras. Associação em vias de extinção, mantendo-se, apenas, pela falta do pagamento das contribuições trabalhistas e situação pendente no Cade. Contrapartida: aumento no valor da contribuição pecuniária.	Não. Haveria, apenas, uma palestra instrutiva restrita aos próprios associados (assembleia geral)

Continua

³ Processo Administrativo nº 08012.001239/2004-10, em que foi representada a Associação dos Diretores e Proprietários dos Centros de Formação de Condutores de São José dos Campos.

⁴ Processo Administrativo nº 08012.007238/2006-32, em que foram representados a Associação das Autoescolas e Centro de Formação de Condutores de Campinas e Região e Oswaldo Redaelli Filho.

Obrigações	TCC Campinas	TCC São José dos Campos	Proposta do SINDCFC
Obrigações de cooperação	Sim (i) resumo da Cartilha e do TCC no site da Associação; (ii) obrigação de cooperação com as autoridades.	Sim: (i) envio de cartilha SDE aos seus associados, via carta registrada, com aviso de recebimento, a ser comprovado em 60 dias após a assinatura; (ii) Obrigação de cooperação com as autoridades.	Sim: Obrigação de cooperação com as autoridades
Contribuição Pecuniária	R\$ 26.000,00, partindo de 60 mil Ufir	R\$ 60.650,00	6 mil Ufir
Multa por descumprimento	Parcial — 10 mil Ufir Total — 20 mil Ufir	Total — 5 mil Ufir	Não
Parcelamento	8 vezes, correção pela Selic	12 vezes, correção pela Selic	3 vezes
Obrigações de não contestação de documentos referentes ao PA, via administrativa e judicial.	Não	Sim	Não
Inserir o Anexo II — exceções ao tabelamento de custos	Sim	Sim	Não se aplica. Os termos do Anexo II, benéficos ao próprio representado, têm sido apresentados pelo Cade em casos congêneres apenas quando a proposta final é acatada pela relatoria do caso.

Elaboração: Cade.

Entendemos que a oferta, no presente caso, não é condizente com atual estratégia de combate a cartéis por parte do SBDC e nem é compatível com os outros dois casos similares de Campinas e São José dos Campos, tal como mostrado na tabela 2.

Não há dúvida de que o principal objetivo da estratégia de combate a cartéis em geral é a prevenção (*deterrence*) do comportamento colusivo nos vários setores da economia. E, para viabilizar a consecução de tal objetivo, não se prescinde de levar em conta a estrutura de decisão do potencial agente que se carteliza.

Esta estrutura de decisão é fortemente condicionada pelo arcabouço legal vigente e pelas “opções” disponibilizadas aos agentes quanto à decisão de se cartelizar e, igualmente, à decisão de, caso já estejam cartelizados, reverem a sua posição e procurarem cooperar com o SBDC.

No atual estágio de evolução institucional do combate a cartéis no Brasil, o agente que participa de uma colusão se depara com dois tipos de “opções” de reavaliação de seu comportamento e cooperação com o SBDC: a leniência e o acordo via compromisso de cessação de prática.

O SBDC tem, efetivamente, levado em consideração a “função de reação” *ex-ante* dos agentes cartelizados frente a estas duas opções, de forma a garantir que a leniência seja sempre uma escolha socialmente superior em relação às opções de celebrar um acordo ou prosseguir na conduta. Isto, porque a leniência ocorre em um momento no qual a informação sobre a conduta por parte do SBDC ainda é muito precária, implicando um “valor” para a cooperação mais forte que o acordo. Ademais, a alternativa do acordo também deve ser desenhada de forma tal que, quando conveniente e oportuna para o SBDC, seja preferível à opção de prosseguir a prática e/ou não cooperar.

O voto do ex-conselheiro Paulo Furquim no PA nº 08012.011142/2006-79, em que foi representada a Cimpor Cimentos do Brasil e se rejeitou proposta de acordo efetuada por aquela, foi o primeiro a colocar esta árvore de decisão entre as três alternativas (leniência, acordo ou prosseguir a prática). Segundo Furquim, a discussão prática apoia-se em três elementos: (i) a sanção administrativa, (ii) a sanção penal e (iii) as ações de reparação civil — em especial dos efeitos que a condenação ou a admissão de culpa têm no encaminhamento dos ilícitos criminais e cíveis. Os custos relacionados ao curso do processo administrativo e privadamente incorridos seriam separados em dois grupos: (i) punição dissuasória, reunindo a sanção administrativa e eventual alteração de probabilidade de condenação penal ou cível (X_p), e (ii) os demais custos de carregamento do processo (C_p). TCCs ainda podem implicar custos decorrentes de contribuição pecuniária e obrigações de fazer (X_{TCC}) e, tal qual os acordos de leniência, custos relacionados à confissão de culpa e colaboração com as investigações (Y_{TCC}).

O acordo de leniência, por sua vez, pode ter custos que, para fins de comparação com TCCs, são divididos em (i) custos pecuniários e de obrigação de fazer (X_l) e (ii) custos de confissão de culpa e de colaboração efetiva com as investigações (Y_l). A figura 1 ilustra bem o rol de escolhas do administrado.

Figura 1
Modelo simples de escolha do administrado

Elaboração: Cade.

Embora a administração seja capaz de definir a penalidade administrativa, incluindo a colaboração com as investigações e a confissão de culpa, ela é incapaz de observar a magnitude dos custos impostos (Y_l , X_{TCC} e C_p) e a culpabilidade do representado. Nesses termos, corre-se o risco de que o desenho dos acordos venha a subpunir culpados ($X_{TCC} + Y_{TCC} < X_p$) ou punir inocentes ($X_{TCC} + Y_{TCC} < C_p$). A forma de afastar erros dessa natureza está em elevar a contribuição pecuniária a patamares suficientes para afastar o interesse de inocentes na realização do acordo. Com relação à confissão de culpa, em razão de a administração desconhecer o grupo de potenciais demandantes de acordos de leniência, o desenho do TCC sem confissão de culpa deve ser suficientemente desinteressante para o grupo que possuir custos relativamente mais baixos relacionados à confissão de culpa — de tal modo que o desenho ótimo de um TCC sem confissão de culpa deveria atentar para o tamanho do desconto a ser oferecido às representadas para induzi-las à celebração do acordo (ϵ). Portanto, se o desconto for excessivo, potenciais demandantes do acordo de leniência podem passar a preferir TCCs sem confissão de culpa, o que ocorreria se $\epsilon > (X_p + C_p) - (X_l + Y_l)$.

Nesses termos, conclui que:

- (1) havendo acordo de leniência, o TCC deve envolver reconhecimento de culpa e colaboração com as investigações, devendo a contribuição pecuniária considerar o valor dessa colaboração como efeito dissuasório de práticas de terceiros naquele processo administrativo ou em outros ilícitos antitrustes a ele relacionados;
- (2) TCCs com concessões em troca do reconhecimento de culpa e colaboração nas investigações devem ter desenho menos favorável que o acordo de leniência, mesmo que ele ainda não tenha sido celebrado no caso. Esse desenho preserva a demanda pelo acordo de leniência, mesmo quando instaurado no curso do processo administrativo;
- (3) TCCs sem reconhecimento de culpa devem considerar o *trade-off* entre os benefícios sociais da interrupção do processo e a redução da demanda pelo acordo de leniência — a depender do desconto a ser concedido na contribuição pecuniária. O Cade tem optado por não conceder qualquer desconto, reservando esse instrumento para os administrados que tenham uma elevada disposição em encerrar o litígio com a administração (caso em que são grandes os benefícios sociais decorrentes da abreviação do processo administrativo);
- (4) A magnitude da contribuição pecuniária e a estipulação de penalidades dependerão das informações disponíveis e do papel que o desconto desempenha como mecanismo de autosseleção entre acusados culpados e inocentes (papel de *screening* do TCC). Amplos descontos podem incentivar inocentes a celebrarem o acordo, o que representa redução do bem-estar social; por outro lado, quando a incerteza é grande quanto à previsibilidade de sucesso da investigação e quando a proposta de TCC é oferecida no início do processo, o papel de *screening* deve ser reforçado para conceder descontos marginais.

Propomos um ligeiro aprimoramento neste modelo, de forma a melhor refletir a sequência de decisões real embutida no arcabouço legal da legislação de concorrência brasileira. Esta sequência pode ser sumariada no jogo:

Figura 2
Árvore de decisão para os membros do cartel

Elaboração: Cade.

Em síntese, o *player* cartelizado decide se quer ser um leniente obtendo o *pay-off* “A” ou se mantém a cooperação com o cartel. Caso decida por manter a cooperação, o cartel pode ser um sucesso com probabilidade “a” ($0 < a < 1$), gerando um *pay-off* “B”, ou pode ser descoberto pelas autoridades — seja por um outro leniente, ou pelo próprio trabalho independente do SBDC com probabilidade (1-a).

Também podemos reestruturar esta árvore presumindo que, em lugar de leniente, o *player* cartelizado procura ser o primeiro a entrar em acordo, cooperando com o SBDC, obtendo o *pay-off* “A”, ou não coopera com o SBDC (mas, sim, permanece leal ao cartel). Poderá ocorrer de nenhum outro *player* cartelizado cooperar com o SBDC e chegarmos a um *pay-off* “B”, ou, pelo menos, um dos agentes cartelizados entra em acordo. Nesse último caso, o agente cartelizado que escolheu não entrar, inicialmente, no acordo decide manter-se fora do acordo, obtendo “C” ou propondo ser o segundo a entrar em acordo com o SBDC, logrando “D”.

Uma segunda reestruturação do modelo pode ser realizada, partindo do pressuposto de que há cartéis com regras similares, ou, mesmo, correlacionadas em mercados geográficos distintos, que é o presente caso das associações de autoescolas em municípios distintos. A primeira a assinar o acordo está

em “A”, sendo que a segunda ou a terceira não podem estar em condições superiores.

O ponto importante é que o jogo proposto é genérico o suficiente para apoiar a análise de várias situações de leniência/acordos com as quais se depara hoje o SBDC. Assim, façamos a análise tendo em mente o embate leniência X acordo, mas tendo consciência de que a aplicação do modelo é mais genérica.

Caso o cartel seja descoberto (seja por leniência de outrem, ou não), o agente cartelizado pode optar entre um acordo, obtendo um *pay-off* “D”, ou aguardar a continuidade do processo e obter um *pay-off* esperado “C”.

Tendo em vista os objetivos acima esboçados, o SBDC deve cuidar para que os valores dos *pay-offs* sejam tais que:

- i) A opção de fazer o acordo com o SBDC, concluindo que ele seja oportuno e conveniente, seja preferível a aguardar pelo encerramento do processo; e
- ii) A opção de ser leniente seja preferível a manter a cooperação com o cartel.

Para que “i” se observe, é preciso, simplesmente, que $D > C$. Ou seja, o acordo, quando desejável pela administração, deve ser melhor que o prosseguimento do processo.

Garantindo que $D > C$, temos que, quando o cartel é descoberto, o *pay-off* do agente cartelizado é, portanto, “D”. Sendo assim, quando o agente cartelizado decide manter a cooperação com o cartel na primeira fase do jogo, seu *pay-off* esperado será dado pela soma dos *pay-offs* dos eventos de o cartel ser bem sucedido, B, e ser descoberto, D, ponderados pelas respectivas probabilidades, “a” e “1-a”, ou seja, $aB + (1-a)D$.

Assim, para que “ii” se observe, é preciso que o *pay-off* com leniência “A” seja superior ao valor esperado em caso de ausência de acordo. Ou seja, $A > aB + (1-a)D$.

Pois bem, entendemos que, no caso em tela, “D” da proposta de Mato Grosso acabou ficando alto demais frente a “A” (tanto o acordo de Campinas como o de São José dos Campos), comprometendo a restrição de incentivos do problema. Não se oferece qualquer programa de advocacia da concorrência, tal como no caso de Campinas, além de oferecer uma compensação vil, proporcionalmente aos danos impingidos à população em um caso no qual as provas são robustas. A celebração de acordo nas condições propostas seria

ineficiente porque criaria incentivos (i) à procrastinação na colaboração com as autoridades (o *first best*, dado que não haveria beneficiamento do primeiro compromissário) e (ii) a eliminar o incentivo à corrida pelo acordo e o incentivo econômico em não litigar (valor presente da sanção esperada),

Nesses termos, é conveniente e oportuno rejeitar a proposta de TCC, em sede preliminar ao mérito.

3. Mérito

O PA em análise trata da capacidade de um sindicato desenhar pontos focais para preços mínimos pela divulgação de tabela de preços aos seus associados. O tema já foi objeto de discussão em diferentes ocasiões, sendo relevante observar a recalcitrância no posicionamento do Conselho quanto à ilegalidade *per se*⁵ do tabelamento e a sua análise pela regra da razão, que analisa a possibilidade de os preços tabelados serem, efetivamente, impostos aos associados. A tabela seguinte ilustra os principais votos do Conselho em matéria de tabelamento:

⁵ A separação entre as regras *per se* e a regra da razão é cada vez mais tênue. É verdade, entretanto, que a regra da razão analisa a fundo a viabilidade jurídica e econômica da ocorrência da infração, ao passo que a análise *per se*, calcada na experiência em casos congêneres, dispensa a prova de determinados requisitos. A própria presença de poder de mercado tem estado crescentemente presente nas análises *per se*. Nesse sentido, embora analisando restrições ancilares, o ex-conselheiro Schuartz pôde avaliar essa questão, incidentalmente, no seu voto-vista ao PA nº 08012.007042/2001-33, em que foram representadas Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas da Bahia — Coopanest-BA e Cooperativa do Grupo Particular de Anestesia S/C Ltda — GPA:

“Colaborações entre concorrentes caracterizáveis como ‘restrições puras à concorrência’ são, logo, investigadas segundo a regra *per se*: provada a existência da colaboração e, *prima facie*, o poder de mercado conjunto dos agentes nela envolvidos, está configurado o ilícito; colaborações entre concorrentes que impliquem ‘restrições ancilares à concorrência’, por sua vez, analisam-se segundo a regra da razão: para que sejam consideradas ilícitas, ter-se-á que provar que as perdas sociais (por exemplo, na forma de preços maiores) superam os ganhos sociais (por exemplo, na forma de custos de produção menores) a elas associados. Em última instância, o que distingue os dois tipos de restrição horizontal é o seguinte: a restrição horizontal pura exige, como condição para a racionalidade da sua adoção, que os agentes que a adotam possuam poder de mercado, ao passo que, na hipótese da restrição ancilar, sua adoção é racional inclusive quando os agentes que a adotam não detêm poder de mercado: a sua justificativa objetiva está na obtenção de ganhos de eficiência que podem traduzir-se em um aumento da quantidade ofertada e/ou um incremento da qualidade de produtos ou serviços”.

Tabela 3
Precedentes do Cade

Precedente	Requisitos	Enquadramento
PA nº 62/92 Representada: Associação dos Hospitais de SP Voto conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho (nov. 94)	Tabela	Regra <i>per se</i> tradicional
PA nº 61/92 Representada: AMB Voto conselheira Neide Malard (fev. 96)	Tabela + poder de mercado	Regra <i>per se</i> branda
PA nº 145/93 Representado: Sindicato Brasiliense de Hospitais Voto conselheiro Arthur Barrionuevo Filho (set. 97)	Tabela	Regra <i>per se</i> branda
PA nº 148/92 Representante: Sindicato da Indústria de Panificação e Confeitaria de São Paulo Representada: Kibon Voto conselheiro Leônidas Rangel Xausa (out. 97)	Tabela + poder de mercado + mecanismos de coerção	Regra da razão. Não houve condenação
PA nº 08000.011520/94-40 Representante: Entidades Fechadas de Assistência à Saúde Representadas: associações médicas de AL Voto conselheiro Ruy Santa Cruz (out. 98)	Tabela + poder de mercado	Regra <i>per se</i> tradicional
PA nº 08012.003664/2001-92 Representante: Ciefas Representada: Coopanest-CE Voto-vista conselheiro Luiz Carlos Prado (nov. 04)	Tabela + poder de mercado + mecanismos de coerção	Regra da razão
PA nº 08012.004054/2003-78 Representado: Conselho Regional de Fisioterapia de Terapia Ocular de MG Voto-vista conselheiro Roberto Pfeiffer (maio 05)	Tabela + poder de mercado	Regra <i>per se</i> branda
PA nº 08000.020294/1996-03 Representante: Abraspe Representadas: Associações Médicas Voto-vogal presidente Elizabeth Farina (jul. 06)	Tabela + outros fatores: capacidade material de detecção + punição + coerção	Regra da razão
PA nº 08012.001692/2005-07 Representados: Sindicato de AEs e CFCs no estado de SP Conselheiro Luiz Carlos Prado (ago. 06)	Tabela + poder de mercado	Regra <i>per se</i> branda
AP nº 08012.005994/2004-65 Representado: Seafesp Conselheiros Carlos Ragazzo e Cesar Mattos (nov. 09)	Tabela + poder de influência da associação (sobre associados e não associados) + ponto focal	Regra da razão

Fonte: Elaboração própria a partir de dados do Cade.

Cumprе ressaltar que, no limite, a condenação *per se* do tabelamento já foi comparada pela ex-presidente Elizabeth Farina a recriminar uma propaganda ou divulgação de preços por concorrente. Adotada a regra da razão, reputa-se, no mínimo, complicado considerar mais onerosa a divulgação sugestiva de preços por uma associação do que a publicidade de seus preços por um concorrente com poder de mercado em mercado oligopolizado,⁶ dado que, sem poder de coação, a atuação da associação não costuma ser vinculante. Opostamente, um agente com poder de mercado pode, isoladamente, causar danos concorrenciais e induzir que os seus preços sejam tacitamente seguidos, razão pela qual políticas de cobrir ofertas de concorrentes são vistas com cautela no antitruste. Essa relação, aliás, foi brevemente introduzida, oralmente, pela ex-presidente Elizabeth Farina em seu voto-vogal ao PA nº 08000.020294/1996-03, retratado mais abaixo.

A análise pela regra da razão, contudo, não demanda, obrigatoriamente, a presença de mecanismos de coerção. A prova material de que os preços sugeridos eram, efetivamente, seguidos — em geral, pela conjugação de dados históricos que apontam essa tendência — supre a falta do elemento formal. Isso se deve ao próprio tipo do art. 21, II da Lei nº 8.884/94, segundo o qual constitui infração à ordem econômica obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes. Ou seja, não se pune, apenas, o preço imposto coercitivamente (“obter”), mas igualmente, a sugestão incorporada por agentes dotados de poder de mercado (“influenciar”).

Seguindo essa tese, o (i) simples tabelamento seria incapaz de mensurar os efeitos da ação. Da mesma forma, (ii) o tabelamento, conjugado com a participação de mercado (*market share*) dos associados, mostra-se incapaz não só de medir os efeitos do tabelamento, mas, igualmente, o próprio poder de mercado — cuja constatação demanda a própria análise da estrutura de mercado. No limite, foge-lhe, ainda, a possibilidade de que agentes não associados sigam, tacitamente, o parâmetro trazido pela tabela. Mesmo (iii) o tabelamento, conjugado com o poder de mercado dos *players*, seria incapaz de medir a capacidade de influência da associação sobre os agentes de mercado, se não for provada a colusão formal (por acordo com os concorrentes ou por estipulação

⁶ “Para que a tabela seja um instrumento que determina o conluio, não basta que seja um mecanismo de transparência para todos os médicos, assim como não basta que uma empresa divulgue seu preço para que imediatamente todos os seus concorrentes passem a adotar aquele preço.” [Voto vogal da ex-presidente Elizabeth Farina no PA nº 08000.020294/1996-03]

de poder de disciplinamento pela associação) ou tácita (seguimento voluntário da tabela). Por subsequente, nenhuma das análises vistas é capaz — por carecer do nexo de causalidade entre o tabelamento e o potencial aumento de preços — de provar o potencial danoso desse mesmo tabelamento. De forma mais didática:

Tabela 4
Regra per se

Elementos probatórios	Falhas
Tabelamento	<ul style="list-style-type: none"> ❑ Não analisa o poder de mercado dos agentes seguidores (associados ou não); ❑ Não analisa a capacidade de influência da associação; ❑ Não analisa capacidade de gerar dano sobre o mercado (efeito difuso).
Tabelamento + market share dos associados	<ul style="list-style-type: none"> ❑ Não analisa o poder de mercado dos agentes seguidores (associados ou não); ❑ Não analisa a capacidade de influência da associação além dos seus membros e sobre os seus próprios membros; ❑ Não analisa capacidade de gerar dano sobre o mercado (efeito difuso) — condições estruturais do mercado.
Tabelamento + poder de mercado dos associados	<ul style="list-style-type: none"> ❑ Não analisa a capacidade de influência da associação além dos seus membros e sobre os seus próprios membros; ❑ Não analisa capacidade de gerar dano sobre o mercado (efeito difuso) — condições estruturais do mercado.

Elaboração: Cade.

Para melhor elucidação, passaremos, doravante, pelo tratamento dispensado por algumas jurisdições internacionais avançadas no antitruste e retomaremos, ao fim, a casuística propriamente dita.

3.1 Dos preços sugeridos

A teoria de preços sugeridos vem sendo construída, no exterior, essencialmente⁷ sobre casos de práticas verticais, sendo analisada pelo viés da imposição de preços pelo produtor ao revendedor (*resale price maintenance* — “RPM”). Uma oposição aceitável ao uso dessa teoria para casos de sugestão

⁷ Ressalva feita, certamente, a Bellamy e Child (*European community law of competition*. 6. ed. Oxford: 2008), conforme citamos mais abaixo no voto.

de preços por associação profissional estaria na possibilidade de integração a jusante, viável, apenas, na relação produtor-revendedor. Uma segunda adviria do efeito esperado dessa intervenção, que estaria, na relação vertical, associada, mormente, à fixação de preços máximos de revenda (e não mínimos, como costuma ocorrer nas relações horizontais).⁸

Com relação à primeira crítica, a punição ao RPM e o subsequente desincentivo à uniformização de preços praticados pelos revendedores poderia gerar um incentivo artificial à integração vertical da atividade por parte da própria fabricante, quando a motivação da conduta residir em fatores como a atenuação do problema de *free-riding*. Por outro lado, haveria, sempre, redução dos custos de transação, o que poderia ensejar um enfrentamento menos taxativo por parte dos órgãos concorrenciais e dos tribunais. Essa flexibilização não poderia, por outro lado, ser estendida a preços sugeridos pelas associações, dado falarmos, agora, em restrições horizontais (e não verticais) ao preço. A estrutura de incentivos do fornecedor *upstream* e seus impactos sobre o bem-estar são totalmente distintos daquela das associações. Enquanto para fornecedores *upstream* a prática de preço sugerido é, em geral, positiva, do ponto de vista do bem-estar, para associações, o incentivo dificilmente deixará de ser a indução à ação concertada e, portanto, a um resultado tão próximo quanto possível do cartel.

A essa primeira proposição, entretantes, argumento que a teoria RPM não tem sido sensível a essa nuance — possivelmente em função da baixa viabilidade prática de uma massiva integração a jusante com as grandes redes de distribuição. De todo modo, independentemente do motivo, há, ao menos, um caso clássico que prova essa desvinculação original da teoria RPM com a integração e que permitiria estender a sua aplicação a condutas horizontais: o caso *Albrecht* (*Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145 (1968)), em que um jornal foi condenado pela Suprema Corte dos Estados Unidos por restringir o preço do serviço de distribuição dos jornais. Na época, foi verificada uma onda de integrações verticais **como consequência do julgamento, que não levou em conta as particularidades das relações verticais**. Aliás, conforme se observa

⁸ Embora haja exemplos em sentido contrário, como o clássico Volkswagen (Case COMP/F-2/36.693 — Volkswagen):

"A Volkswagen AG circular dated 17 April 1997 was brought to the Commission's attention in the form of an annex to a complaint from a car buyer. In it, Volkswagen's Marketing Director for Germany called on Volkswagen dealers and garages to sell the new VW Passat Variant model, introduced in Germany on 6 June 1997, for not less than the recommended retail price and to observe 'strict price discipline'". [COMP/F-2/36.693, notificado como C(2001) 1698. Julgado pela Comissão europeia em 29 de junho de 2001].

do estudo jurisprudencial, os julgados da Suprema Corte que tratam de preços sugeridos dos Estados Unidos não se atêm a particularidades exclusivas das relações verticais.

A segunda oposição me parece igualmente afastável, vez que **a teoria RPM analisou preços mínimos desde o seu surgimento**, de que é exemplo o caso Parke Davis [United States v. Parke Davis & Co., (362 U.S. 29 (1960))⁹. Outro exemplo, mais recente, está no clássico Goldfarb [Goldfarb v. Virginia State Bar (421 U.S. 773 (1975))], um caso de preços fixados por associação profissional vestidos de preços sugeridos.¹⁰ A desvinculação dos preços máximos da regra criada em Albrecht, que estende aos preços máximos a ilegalidade *per se* dos preços mínimos em casos RPM, só veio na década de 1990, com o caso Khan [State Oil v. Khan, 522 U.S. 3 (1997)]. Nesse sentido, a meu ver, a teoria de preços sugeridos tem aplicabilidade a relações tanto horizontais como verticais.

Aliás, parece-me que esse entendimento está na mesma linha do conceito de *collective resale price maintenance*, que, na doutrina de Bellamy & Child,¹¹ define-se como **um acordo horizontal** pelo qual fornecedores, coletivamente, concordam em operacionalizar um sistema RPM, ainda que cada membro possa definir, individualmente, o preço que imporá sobre os seus próprios revendedores. Observe-se, mormente, que os autores europeus — continente em que a disciplina tem recebido maior desenvolvimento — tratam do tema de preços sugeridos (*price recommendations*) de maneira independente, fora do universo restrito das RPM.

Isso posto, note-se que os denominados preços sugeridos têm sido aceitos na jurisprudência norte-americana, quando a associação não vá além de técnicas de exposição, persuasão e convencimento do associado:¹²

⁹ Um produtor de produtos farmacêuticos tentou controlar os preços dos revendedores pela imposição de preços mínimos aos atacadistas que lhes forneciam os medicamentos.

¹⁰ "The County Bar makes much of the fact that it is a voluntary organization; however, the ethical opinions issued by the State Bar provide that any lawyer, whether or not a member of his county bar association, Page 421 U. S. 783 may be disciplined for "habitually charg[ing] less than the suggested minimum fee schedule adopted by his local bar Association. . . ." See *supra* at 421 U. S. 777-778, and n. These factors coalesced to create a pricing system that consumers could not realistically escape. On this record, respondents' activities constitute a classic illustration of price-fixing."

Aliás, nesse sentido, discordo da leitura do ex-conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca em seu voto no PA nº 0800.012252/94-38, citada pelo ex-conselheiro Pfeiffer em seu voto-vista ao PA nº 08012.004054/2003-78. Em Goldfarb, preços sugeridos não são equiparados à combinação de preços. Antes, a justiça norte-americana apenas verificou que os preços sugeridos eram, na prática, preços impostos.

¹¹ Bellamy e Child, pp. cit., p. 320.

¹² "A manufacturer may suggest prices to dealers and no violation will result if the dealers 'independently decide to observe specified resale prices'. Courts have permitted manufacturers to provide suggested price

Um produtor pode sugerir preços aos comerciantes e nenhuma violação resultará se os comerciantes “decidirem por conta própria seguir os preços sugeridos”. Tribunais têm admitido que produtores entreguem tabelas de preços para comerciantes, apresentem-nas aos consumidores desses mesmos comerciantes e imprimam preços sugeridos no produto ou em etiqueta própria (preticketing). [...]

De forma geral, o produtor não viola o Sherman Act se ele apenas empregar técnicas de exposição, persuasão e convencimento do comerciante para que ele adote a tabela. A responsabilidade habitualmente não surgirá se a adoção da tabela pelo comerciante não resultar de táticas coercitivas do produtor. [...]

Condutas que vão além da exposição, persuasão e convencimento e compelem o comerciante a aderir à tabela de preços podem violar o Sherman Act. Aquilo que se equipara a coerção é uma questão de fato. Em inúmeros casos, muitos deles antecedendo o caso Monsanto, ameaças de sanções pelo descumprimento da tabela, táticas como o policiamento (demandando que desvios do tabelamento sejam aprovados pelo produtor), retaliações e punições foram consideradas práticas coercitivas adotadas para lograr a fixação vertical de preços. Tais táticas, isoladamente, porém, não serão suficientes para provar uma ação concertada, a não ser que se logre obter prova do consentimento do comerciante.

Um grande número de casos pós-Monsanto deram maior amplitude de ação aos produtores para pressionar os comerciantes a adotar os preços

*lists to dealers, to advertise **suggested resale prices** to dealers' customers, and to print suggested resale prices on the product or a price tag (preticketing). [...]*

As a general principle, a manufacturer does not violate Section 1 if it engages only in 'exposition, persuasion and argument' to influence dealers to charge the suggested prices. Liability ordinarily will not result if a dealer's adoption of the manufacturer's suggested prices does not stem from coercive tactics by which the manufacturer secures the dealer's agreement to follow its recommendation. [...]

Conduct that goes beyond 'exposition, persuasion and argument' and compels dealer adherence to the manufacturer's prices may violate Section I. What amounts to coercion is essentially a question of fact. In a number of cases, many of them predating Monsanto, threats of sanctions for noncompliance with suggested prices, cause of sanctions, and tactics such as policing, requiring 'approval' of dealer deviations from list prices, making retaliatory wholesale price increases, placing dealers on probation, using short-term leases and contracts, and publicizing coercitive actions (i.e., terminations) to other distributors have been held to be coercitive actions supporting findings of vertical price fixing. Such tactics generally will not support a finding of concerted action, however, unless they succeed in securing some indication of the dealer's assent.

A number of post-Monsanto cases have given manufacturers greater latitude to bring pressure on dealers to adopt the manufacturer's favored pricing approach. In the post-Monsanto period, strong exhortations generally have been held not to constitute coercion."

sugeridos pelos produtores. No período pós-Monsanto, fortes pressões não foram, como regra, consideradas coerções. [Antitrust law developments. V. 1. ABA: USA, 2002. p. 130-141] (grifei)

Citando expressamente o caso Monsanto (Monsanto Co. v. Spray-Rite Svc. Corp., 465 U.S. 752 (1984)):¹³

Assim, precisa-se de algo além de simples denúncias. Deve haver prova que exclua a possibilidade de o produtor e distribuidores atuarem de maneira independente. Como o magistrado Aldisert escreveu, o reclamante antitruste deve apresentar prova circunstancial ou direta que prove razoavelmente que o produtor e outros “tinham um engajamento consciente em um esquema voltado a alcançar um objetivo ilegal”. Edward J. Sweeney & Sons, *supra*, at 111; accord, H. L. Moore Drug Exchange v. Eli Lilly & Co., 662 F.2d 935, 941 (CA2 1981), cert. denied, 459 U.S. 880 (1982); cf. American Tobacco Co. v. United States, 328 U. S. 781, 328 U. S. 810 (1946) (as circunstâncias devem revelar “uma unidade de propósito ou objetivo comum, ou um consenso em um acordo ilegal”). [...]

O conceito de “consenso” ou “objetivo comum” em casos que envolvam a rescisão de relações de distribuição inclui mais que a demonstração de que o distribuidor cobrou o preço sugerido pelo produtor. Significa, também, que devem ser apresentadas provas de que o distribuidor aquiesceu com a prática e de que a prática foi proposta pelo produtor. (nota de rodapé nº 9)

Por outro lado, o caso nº 971-0070, envolvendo Time Warner Inc.; Sony Music Entertainment Inc.; Capitol Records, Inc., d.b.a. “EMI Music Distribu-

¹³ Thus, something more than evidence of complaints is needed. There must be evidence that tends to exclude the possibility that the manufacturer and nonterminated distributors were acting independently. As Judge Aldisert has written, the antitrust plaintiff should present direct or circumstantial evidence that reasonably tends to prove that the manufacturer and others “had a conscious commitment to a common scheme designed to achieve an unlawful objective.” Edward J. Sweeney & Sons, *supra*, at 111; accord, H. L. Moore Drug Exchange v. Eli Lilly & Co., 662 F.2d 935, 941 (CA2 1981), cert. denied, 459 U.S. 880 (1982); cf. American Tobacco Co. v. United States, 328 U. S. 781, 328 U. S. 810 (1946) (Circumstances must reveal “a unity of purpose or a common design and understanding, or a meeting of minds in an unlawful arrangement”). (...)

The concept of “a meeting of the minds” or “a common scheme” in a distributor-termination case includes more than a showing that the distributor conformed to the suggested price. It means as well that evidence must be presented both that the distributor communicated its acquiescence or agreement, and that this was sought by the manufacturer. (nota de rodapé nº 9)

tion”; Universal Music & Video Distribution Corp.; UMG Recordings, Inc.; e BMG Music, d.b.a. “BMG Entertainment”,¹⁴ trouxe uma abordagem mais aberta à teoria do ponto focal, exigindo, tão somente, que a análise da influência fosse feita sob a regra da razão: “De fato, **a prática de publicar preços sugeridos também tende a influenciar, de algum modo, os preços praticados, mas reconhece-se não se tratar de um ilícito per se**. See, e.g., *Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp.*, 465 U.S. 752, 761 (1984)”. (grifei)

Mantendo, porém, a tradição mais leniente quanto ao tabelamento de preços, em 17 de setembro de 1993 a *Canstar Sports USA, Inc.* (“Canstar”), acusada de fixar preço de revenda para a sua linha *premium* de patins de hóquei, foi objeto, nos Estados Unidos, de um *consent decree* que proibiu a empresa de, direta ou indiretamente, conspirar com revendedores. O acordo, porém, permite à Canstar sugerir preços, comunicá-los a seus revendedores e até mesmo resilir contratos celebrados com revendedores que fujam do preço sugerido.¹⁵

Aliás, essa linha já vinha anunciada uma década antes, quando em *Goldfarb* (1975), um caso de condenação por fixação de preços, a Suprema Corte entendeu que consistia violação ao Sherman Act a fixação de preços mínimos (e não a sua mera sugestão), cuja desobediência era severamente sancionada. Vale observar que, em se tratando da prestação de serviços de advocacia,¹⁶ o tribunal entendeu, ainda, que profissionais liberais prestam serviço, cuja contraprestação é o pagamento em dinheiro — o que representa mercancia.

¹⁴ Indeed, the pervasive practice of publishing suggested retail prices is also likely to have some influence on actual prices, but it is well established that this practice is not per se illegal. See, e.g., *Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp.*, 465 U.S. 752, 761 (1984). Disponível em: <www.ftc.gov/os/2000/05/cdstatement.htm>.

¹⁵ “In March 1993, the Division filed a civil complaint in *U.S. v. Canstar Sports USA, Inc.*, No. 2-93CV77 (D. Vt.), its first resale price maintenance case since the *Cuisinart* case in 1980. Defendant Canstar Sports USA, the U.S. subsidiary of a foreign parent, was charged with conspiring with its dealers to fix the retail price of its premium line of hockey skates. The case was settled on September 17, 1993 by entry of a consent decree, prohibiting Canstar from directly or indirectly conspiring with retail dealers. Canstar is permitted however, to adopt suggested prices, to communicate such prices to its dealers, and to unilaterally terminate dealers that depart from the suggested price. The text of the consent decree can be found at 1993-2 Trade Cas. (CCH) 70,372.” [Annual report on developments in competition in the United States, 1993]. Disponível em: <www.ftc.gov/bc/international/docs/compcomm/1994--Annual%20Report%20on%20Developments.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2009.

¹⁶ Em *Goldfarb*, um casal interessado em adquirir uma casa no condado de Fairfax — e cujo financiador demandou a contratação de um seguro — entrou com ação em face das ordens de advogados de Fairfax e Virginia ao se deparar com a necessidade de que a apólice de seguro fosse analisada por um advogado e ao perceber que nenhum advogado aceitava trabalhar por menos que os honorários mínimos fixados pela ordem dos advogados de Fairfax e executada pela ordem dos advogados da Virginia (*price-fixing*).

Estudando o histórico do Sherman Act, concluiu-se que o Congresso Nacional não teria garantido qualquer isenção concorrencial aos profissionais liberais, o que mantinha a aplicação do Sherman Act.¹⁷

Em outras jurisdições, contudo, a doutrina do ponto focal tem encontrado maior amparo. Na Austrália, a Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) faz observar, em seu manual para o setor de serviços de saúde, que **tabelas de preço invariavelmente seguidas pelos membros da associação devem ser consideradas fixação de preços contrária às normas concorrenciais, ao passo que uma tarifa verdadeiramente recomendada e que não seja seguida de forma sistemática pelos membros pode não violar as regras concorrenciais.**¹⁸

Entendimento semelhante é seguido no Japão.¹⁹

No direito europeu, por sua vez, Richard Whish²⁰ observa que, **além do elemento sugestivo, deve-se analisar se a prática recomendada foi utilizada como ponto focal pela maioria ou todos os *players*, facilitando a colusão.** Nessa linha, analisam-se o **poder de mercado dos agentes, assim como a estrutura de mercado.**²¹

¹⁷ O assunto foi objeto de *paper* apresentado pelo Cade à OCDE, Paris, em meados de 2007, na *Roundtable on competitive restrictions in legal professions*. Para maiores detalhes, PRADO, Luiz Carlos Thadeu Delorme; TAUFICK, Roberto Domingos. *Competition restrictions in legal professions*. OECD Papers, 2007. Disponível em: <www.seae.fazenda.gov.br/destaque_ingles/bb-competition-restrictions-in-legal-professions-2013-brazil-cade-2007-1>. Acesso em: 29 abr. 2009.

¹⁸ *Guide to the Trade Practices Act for the health sector*. p. 26. Disponível em: <www.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=310588&nodeId=8d8164f8a4595577a784521d74248eb5&fn=Guide%20to%20the%20TPA%20for%20the%20health%20sector.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2009.

¹⁹ "In cases where a manufacturer's suggested retail price or quotation is indicated to distributors as a reference price, such conduct itself is not a problem (Note 2). In cases where the price, such conduct itself is not merely given as a reference price, however, and the manufacturer seeks to restrict resale price of the distributors by causing them to keep the reference price, such conduct falls under the conduct described (1) above, and is in principle illegal.

Note 2: In cases where a manufacturer sets a suggested retail price, it is as "True Price" (Seika), "Set Price" (Teika), or the number of the price alone, but non-binding expressions such as "Reference Price" (Sanko Kakaku) or "manufacturer's suggested retail price" and that in case of announcing the suggested price to distributors and consumers, the manufacturers clearly states that the suggested retail price is given solely for reference and that each distributor should determine its resale price independently." Guidelines concerning distribution systems and business practices under the antimonopoly act. Fair Trade Commission. Disponível em: <www.jftc.go.jp/e-page/legislation/ama/distribution.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2009.

²⁰ WHISH, Richard. *Competition law*. 5th ed. London: Lexis Nexis Butterworths, 2003. p. 613.

²¹ "Paragraphs 225 to 228 of the Guidelines consider the extent to which it is lawful to recommend a resale price to a distributor or retailer or to impose a maximum rather than a minimum price. Article 4(a) of the block exemption provides that these practices are not "hard-core" restrictions, "provided that they do not amount to a fixed or minimum sale price as a result of pressure from, or incentives offered by, any of the parties". [...] Where the block exemption is not applicable, the Commission states at paragraph 226 of the Guidelines that it will wish to consider whether recommended or maximum prices might work "as a focal point for the resellers and might be followed by most or all of them"; it will also examine whether these prac-

Os parágrafos 225 a 228 das Diretrizes consideram a medida na qual é legal recomendar preços de revenda para distribuidor ou varejista ou impor preços máximos em lugar de preços mínimos. O artigo 4(a) das regras de isenção ressalta que tais práticas não constituem restrições nucleares (*hard-core*), na medida em que não se equivalham à fixação de preço ou preços mínimos em função de pressão ou incentivos oferecidos por qualquer das partes. [...] Onde não couberem as regras de isenção, a Comissão declara, no parágrafo 226 das Diretrizes, que considerará se preços recomendados ou máximos podem funcionar como “pontos focais para revendedores e podem ser seguidos pela maioria ou todos”; a Comissão também analisará se tais práticas podem facilitar a colusão entre fornecedores. O poder de mercado do fornecedor constitui o fator mais importante a ser levado em consideração; a próxima questão mais relevante será a estrutura do mercado: em particular a Comissão considera que, em oligopólios, a probabilidade de colusão é maior.

A obra de Bellamy & Child,²² por sua vez, traz contribuição importante e aponta para julgados em que houve condenação pela Comissão Europeia. Tratando de preços recomendados, os autores observam que **a prática pode infringir a lei comunitária (artigo 81(1)) ao se relacionar a um preço-alvo, preço-base ou aumento de preço. Segundo eles, um acordo horizontal para publicar preços recomendados poderia ser capaz de restringir a concorrência, ainda que os preços viessem a ser fixados de forma independente.** Entre os casos citados, destacam-se três ligados a associações de profissionais:

(i) Em *SCK and FNK*, OJ 1995 L312/79, [1996] 4 CMLR 565, uma associação holandesa de guias foi **condenada por publicar cálculos de custos e tarifas recomendadas baseadas nesses estudos**. Os autores observam que havia uma obrigação (e não recomendação) paralela de que os membros cobrassem “tarifas razoáveis”;

(ii) Em *Fenex*, OJ 1996 L181/28, [1996] 5 CMLR 332, uma associação holandesa de fretadores foi **condenada por circular a sua sugestão para aumentos de tarifas**. Segundo os autores, a multa imposta foi bastante baixa em função das particularidades do caso;

tices could facilitate collusion between suppliers. The market power of the supplier is the most important factor to be taken into consideration; the next most important issue will be the structure of the market: in particular the Commission considers that, if it is oligopolistic, there is a greater likelihood of collusion.”

²² Bellamy e Child, op. cit., p. 315-316.

(iii) Em *Belgium Architects*, OJ 2005 L4/10, [2005] 4 CMLR 677, a Comissão considerou **o impacto negativo da sugestão de preços. Foi considerado que ela poderia facilitar a coordenação de preços entre prestadores de serviços e ludibriar o consumidor quanto ao preço justo.** Entendeu-se, ainda, que, naquele caso, haveria métodos alternativos para fornecer ao consumidor a média dos custos incorridos pelos prestadores de serviços, como a publicação de dados históricos ou públicos (decorrentes de pesquisas de preços).

Citando o caso *Fenex* discriminado por *Bellamy & Child*, a Autoridade Concorrencial Sueca (*Konkurrensverket*), na mesma linha de *Whish*, observa que **a sugestão de preços por associações pode configurar prática anticoncorrencial mesmo quando o seguimento pelos associados não for obrigatório — o que pode acontecer quando, cumulativamente, (i) a sugestão, naquele setor, tem historicamente sido acompanhada e (i) esse comportamento afeta de forma significativa o comportamento daquele mercado.**²³

3.2 Da transposição ao Cade

3.2.1 Das condições, em tese, de imposição de prejuízos concorrenciais ao mercado

No direito brasileiro, o uso da regra da razão ressaltado por *Whish* se materializa na impossibilidade de condenar o acusado por crime impossível,²⁴ seja pela impropriedade absoluta do objeto material, seja pela ineficácia total do meio empregado. Essa linha tende a demandar, como condição para a con-

²³ "It has been held that the constitution of a trade association is itself a decision⁴¹, as well as regulations governing the operation of an association. An agreement entered into by the association might also be a decision. A recommendation made by an association has been held to amount to a decision, and it has been clearly established that the fact that the recommendation is not binding upon its members does not prevent the application of Article 81(1) In such cases it is necessary to consider whether members in the past have tended to comply with recommendations that have been made, and whether compliance with the recommendation would have a significant influence on competition within the relevant market. In *IAZ International Belgium NV v Commission* an association of water supply undertakings recommended its members not to connect dishwashing machines to the mains system which did not have a conformity label supplied by a Belgian association of producers of such equipment. The ECJ confirmed the Commission's view that this recommendation, though not binding, could restrict competition since its effect to discriminate against appliances produced elsewhere in the EC. Regulations made by a trade association may amount to a decision within the meaning of Article 81(1)." [Fighting cartels — why and how? Disponível em: <www.kkv.se/upload/Filer/ENG/Publications/3rdnordic010412.pdf. Pg. 106>. Acesso em: 23 abr. 2009]

²⁴ Art. 17 do Código Penal brasileiro: "Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime". (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984)

denação, a representatividade da associação e o poder de mercado dos seus seguidores, associados ou não. Requer, ainda, que a associação tenha condições efetivas de coordenar a ação dos seus seguidores. **Essa influência da associação, porém, pode ir mesmo além dos seus associados e contaminar outros *players* — ou pode prescindir do poder de coerção, se houver prova material do seguimento.** Esses argumentos, porém, já foram objeto de análise *supra* e ensejaram a elaboração da tabela 2.

Parece-me, contudo, relevante acrescentar o posicionamento de Forgioni acerca do tema — entendimento citado por Pfeiffer em seu voto-vista ao PA nº 08012.004054/2003-78 e que converge com aquele já apresentado por Richard Whish acerca da verificação, *in casu*, da influência revelada pela tabela junto aos agentes de mercado (regra da razão):²⁵

Forçosa a referência ao problema da ilicitude das chamadas “tabelas de honorários”, que muitas vezes são colocadas por associações de classe. Argumenta-se que as tabelas tratam, apenas, de “sugestões” aos associados, que podem acatá-las ou não e justamente por esse motivo, não configurariam uma restrição à livre concorrência. **A resposta à questão será dada, mais uma vez, pelo impacto que tais “sugestões” acabam por acarretar sobre o mercado relevante em questão. Se se constatar que a “sugestão”, na verdade, acabou por determinar (ou poderia determinar) um “preço mínimo” dos serviços a serem prestados, a prática será considerada ilícita, pois teve por efeito (ainda que potencial) a diminuição do grau de concorrência no mercado.** (grifei)

Esse entendimento, espelhado na regra da razão mais ampla, não tem sido objeto dos julgamentos do Cade, que tem optado por condenações *per se* — de que era grande expositor o conselheiro Ricardo Cueva — ou pela regra da razão no padrão estadunidense, sem que se recorra ao seguimento tácito da tabela. Isso se deve, em muito, ao entendimento difundido naquela formação do Conselho de que a concertação tácita era improvável.

Em voto-vogal ao PA nº 08000.020294/1996-03, em que foram representadas várias associações médicas, a ex-presidente Elizabeth Farina apresentou entendimento sintonizado com a doutrina norte-americana, menos interventiva, e que se afasta da teoria do ponto focal:

²⁵ WHISH, Richard. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 335.

Pelos elementos citados, observo que pode haver potencialidade na prática colusiva, mas entendo que a tabela tem que ser conjugada com outros elementos e os elementos são a capacidade de detecção, punição e a coerção, ainda que não em caráter formal. Todavia, esses elementos devem ser caracterizados pela credibilidade de que a cobrança de um preço menor, de fato, será punida com, por exemplo, a expulsão do Conselho Regional de Medicina (o que impediria o médico de exercer a medicina), presente em outros casos decididos pelo Cade. Assim, caracterizar-se-á a conduta pela avaliação da capacidade que esses órgãos têm de punir o médico, a tal ponto de ele ter que se alinhar a essas tabelas no seu preço mínimo.

É, então, nessas circunstâncias, e por essas características, que entendo a tabela deva ser condenada, quando conjugada com os elementos mencionados. É necessário ressaltar que não considero ser essencial haver um mecanismo formal de coerção, ou mesmo uma forma única e determinada. Todavia, para que a utilização de tabela, nas circunstâncias apresentadas, seja passível de causar efeitos anticompetitivos e, assim, ensejar a condenação, deve haver mecanismos de punição que sejam suficientemente críveis para que, de fato, atinjam esse resultado. Não é necessário que o médico seja efetivamente expulso para que se demonstre a presença dos fatores de detecção e punição. O temor de um processo disciplinar instaurado pelo Conselho, e o constrangimento de ser apontado como responsável por cobrança de preço vil, pode ser suficiente para se obter a adesão ao conluio.

No PA nº 148/92,²⁶ precedente à posição encampada pela ex-presidente, o Conselho entendeu que *a sugestão de preços ao consumidor, desde que não impositiva, não prejudica a concorrência*. Em seu voto condutor, o ex-conselheiro Leônidas Rangel Xausa observou, inicialmente, que o mercado de sorvetes era relativamente desconcentrado e dotado de baixas barreiras à entrada — situação que se equipara àquela verificada no mercado de autoescolas. O ponto nevrálgico do seu voto, contudo, está na diferenciação entre preços sugeridos e preços impostos:

²⁶ Caso Kibon, em que foi representante o Sindicato da Indústria de Panificação e Confeitaria de São Paulo e, representada, a Kibon-Kraft Suchard Brasil S.A.

Bem ao contrário, no caso em tela, trata-se de prática de *suggested retail price*, comum em economias estáveis, e que permite a manutenção dos preços por longos prazos. Não se constitui, pois, repita-se, conduta vinculante, já que inexistente caráter de obrigatoriedade aos revendedores, ao contrário do que ocorre no caso de RPM [*resale price maintenance*]. [...]

Dessarte, o conceito de *suggested retail price* que se aplica precisamente no caso em tela — além das considerações retro expostas —, assume importantes características de ordem pedagógica para o mercado, mediante a informação aos consumidores sobre os preços justos, e livre o varejista para decidir sobre o valor dos seus produtos.

Mesmo entendimento²⁷ foi recentemente adotado pelo conselheiro Furlan na AP nº 08012.005994/2004-65, em que foi representado o Sindicato das Empresas de Artes Fotográficas no Estado de São Paulo:

Entendo que a prática não ocasiona efeitos anticompetitivos. Essa posição é sustentada em duas premissas: 1) o mercado não apresenta condições estruturais favoráveis à realização da prática; 2) não há mecanismo suficiente de coerção para assegurar a adoção da tabela pelos filiados ao Seafesp.

A primeira premissa se sustenta no número de empresas prestadoras do serviço em São Paulo e nas respostas de empresas oficiadas pela SDE. Há 5.000 (cinco mil) firmas no Estado (das quais apenas 800 são filiadas ao Seafesp). Embora o número de empresas não seja conclusivo quanto à existência de agentes com poder de mercado em certos municípios, parece ser indicativo da facilidade de acesso ao mercado. Além disso, mantida a ressalva quanto à inconclusividade do número indicado, a grande quantidade de empresas não filiadas ao sindicato parece limitar expressivamente sua capacidade de afetar o mercado.

A segunda premissa decorre da não percepção de qualquer sanção a agentes que desconsiderem a tabela. Não há notícia de qualquer

²⁷ A divergência dos votos de Furlan e Farina com aquele que conduziu o PA nº 148/92 está no entendimento quanto à desnecessidade, nos votos mais recentes, de que o termo “preço sugerido” esteja presente na tabela.

mecanismo formal ou informal de detecção e punição de associados que não sigam os preços estabelecidos. Além disso, não parece haver qualquer cultura institucional que demande a obediência aos preços sugeridos. O efeito sobre a concorrência parece, assim, ser consideravelmente mitigado.

Vale ressaltar, contudo, que os votos-vistas do conselheiro Ragazzo e de minha autoria afastaram essa análise para trazer uma acepção mais profunda, ampara pelos dados trazidos aos autos em instrução complementar, de que a influência das tabelas pode dar-se por sugestão e estender-se, desse modo, a agentes que não sejam membros da associação. Citando trecho do meu voto:

Na 453ª Sessão Ordinária de Julgamento, trouxe despacho em que apresentei o histórico da jurisprudência do Cade em casos de tabelamento de preços por associações profissionais — tendo esclarecido, naquela ocasião, que a jurisprudência, até a sua presente formação, não necessariamente evoluíra rumo à regra da razão, dada a recalcitrância do posicionamento do Conselho. Os julgados, conforme elucidado em tabela confeccionada para aquela decisão, vêm, notoriamente, oscilando entre a adoção da regra da razão e a aplicação da regra *per se* — especialmente o que chamamos de a regra *per se* branda, para a qual se exige a constatação de poder de mercado, mas se prescinde de, ao menos, um fator que poderia, comumente, levar à razoabilidade ou ilicitude da conduta investigada.

Naquela oportunidade, fiz observar que a análise pela regra da razão não demanda, obrigatoriamente, a presença de mecanismos de coerção. A prova material de que os preços sugeridos são, efetivamente, seguidos — em geral, pela conjugação de dados históricos que apontam essa tendência — pode suprir a falta do elemento formal. Isso se deve ao próprio tipo do art. 20, I c/c 21, II da Lei nº 8.884/94, segundo o qual constitui infração à ordem econômica limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência e a livre-iniciativa ao influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes. Ou seja, não se pune apenas o preço imposto coercitivamente (“obter”), mas igualmente, a sugestão incorporada por agentes dotados de pelo menos algum poder de mercado (“influenciar”). Fala-se, nesse caso, que a tabela serviu de **ponto focal aos agentes do mercado, pertencentes ou não à Associação.**

Em alguns casos, é possível observar, também, que, embora não haja mecanismos mais explícitos de coerção por parte da associação, a **estrutura do mercado** pode ser tal que os agentes sigam tacitamente o preço sugerido **a fim de fugir, por exemplo, de uma guerra de preços**. A ameaça de uma guerra de preços, inclusive, está no centro de grande parte dos modelos econômicos que tratam da sustentabilidade do cartel em um contexto teórico de jogos repetidos infinitamente. Esta guerra de preços corresponderia à fase de punição por comportamentos desviantes do jogo de cartel.

Poder-se-ia ainda postular que a geração de ponto focal pela tabela decorre de um deslocamento de expectativas dos agentes. Apesar de a teoria econômica empregar a influência das expectativas nas variáveis reais muito mais na seara macroeconômica (especialmente após a emergência da escola das expectativas racionais) do que na microeconômica, é razoável postular a presença de mais de um equilíbrio diferente com vetores de preços distintos atrelados cada um a um conjunto de expectativas e informações diferentes dos agentes envolvidos em um mercado. Se todos acreditarem que aquele equilíbrio sinalizado pela tabela está sintonizado com o estado de expectativas dos outros agentes, o resultado se torna mais próximo do resultado plenamente colusivo com danos ao bem-estar geral.

A linha adotada pelo Conselheiro Ragazzo, embora menos contundente quanto à teoria do ponto focal, é bastante influenciada por essa teoria:

Além disso, a importância do baixo grau de filiação (que é uma possibilidade, e não uma certeza, como o parágrafo acima revelou) pode ser relativizada, ao se levar em consideração outras circunstâncias, como, por exemplo, o fato de a tabela poder ter circulado fora do âmbito dos filiados ao Sindicato. Nessa situação, o arquivamento não se mostraria automático a partir do pressuposto de que o sindicato não teria “poder de mercado”, pois a possibilidade de influência na formação de preços não estaria necessariamente atrelada ao percentual filiado. Como exemplo, bastaria dizer que, mercados com características propensas à colusão, a simples circulação de tabelas por associações ou sindicatos já poderia ser suficiente para falsear a livre concorrência.

Entendo, na linha advogada pelo professor, conselheiro e ex-presidente da Federal Trade Commission William Kovacic, que, no mercado de CFCs, fazem-se presentes algumas características que, quando concomitantes, tornam-no pouco propenso à cartelização, como o razoável número de agentes (hoje, 64 CFCs, sendo 19 localizados em Várzea Grande) e a ausência de barreiras à entrada e a frequência das transações.²⁸ Segundo resposta da Associação das Autoescolas e Centro de Formação de Condutores de Campinas e Região a ofícios enviados por meu gabinete no PA nº 08012.007238/2006-32, em que é representante a Prefeitura Municipal de Campinas, o prazo médio para a abertura de um CFC é de cinco meses, que se soma aos custos relativamente baixos para abrir o negócio.²⁹

²⁸ O serviço e autoescola pode ser considerado como razoavelmente homogêneo. Cabe notar que, do ponto de vista teórico, há uma ambiguidade quanto ao papel da homogeneidade de produto no incentivo à cartelização. Produtos homogêneos facilitam a obtenção de preços únicos para a coordenação e podem gerar maior efeito da punição aos desvios do cartel contra os desviadores. De outro lado, com produtos homogêneos, a quantidade a mais obtida pelos desviadores tende a ser maior, aumentando o incentivo ao desvio — além, claro, de proporcionar uma menor fidelidade por parte do consumidor, que relativiza o próprio efeito líquido entre a punição pelo desvio do cartel X ganhos econômicos oriundos desse mesmo desvio.

²⁹ Segundo o parecer da SDE juntado às fls. 1197-1203 dos autos do PA nº 08012.007238/2006-32, em que são representados Associação das Autoescolas e Centro de Formação de Condutores de Campinas e Região e sr. Oswaldo Redaelli Filho, o capital inicial gira em torno de R\$ 57 mil, necessários para investimento em instalações e veículos, além de capital de giro. Quanto a este último, seriam necessários R\$ 10 mil adicionais de emergência. O faturamento bruto mensal é de aproximados R\$ 12 mil e o lucro esperado, R\$ 5 mil. A Resolução Contram nº 74/98, alterada pela Resolução Contram nº 198/06, traz, ainda, uma lista de obrigações regulatórias:

“Art. 9º Os Centros de Formação de Condutores-CFCs são organizações de atividade exclusiva, certificados pela Controladoria Regional de Trânsito-CRT e credenciados pelos órgãos executivos de trânsito dos Estados ou do Distrito Federal, possuindo administração própria e corpo técnico de instrutores com cursos de especialização, objetivando a capacitação teórico/prática de condutores de veículos automotores.

§ 1º O credenciamento para funcionamento de Centro de Formação de Condutores-CFCs é específico para cada centro e será expedido pelo órgão de trânsito que jurisdicionará a área de sua localização, após certificação pela Controladoria Regional de Trânsito-CRT.

§ 2º São exigências mínimas para o credenciamento de Centro de Formação de Condutores-CFC:

I — possuir uma diretoria de ensino com o respectivo corpo de instrutores, capacitados pelas Controladorias Regionais de Trânsito;

II — estar subordinado a uma razão social, quando entidade privada;

III — apresentar condições financeira/organizacional de infraestrutura física adequada de acordo com a demanda operacional e habilitação profissional técnico-pedagógica de capacitação do corpo docente e de direção de ensino;

IV — possuir meios que atendam aos requisitos de segurança, conforto e higiene, assim como as exigências didático-pedagógicas e as posturas municipais referentes a prédios para o ensino teórico-técnico;

V — estar devidamente aparelhado para a instrução teórico-técnica e possuir meios complementares de ensino para ilustração das aulas;

VI — ter veículos automotores de no máximo 8 (oito) anos de fabricação, identificados conforme

Observe-se, porém, que, particularmente no Mato Grosso, as barreiras à entrada teriam sido, em tese, elevadas pelo art. 5º da Portaria nº 025/2002/GP/DETRAN-MT, de 25 de março de 2002, que estabelece, por via regulatória, número máximo de novos CFCs por categoria/município.³⁰ Esse fator, embora não venha a ter papel decisivo no presente caso, gera uma constrição da oferta em detrimento do bem-estar do consumidor. É certo que, em se tratando de norma regulatória, a regra pode voltar-se para o aumento do controle do poder público sobre a qualidade ou preços praticados pelos CFCs. Entrementes, os dados coletados pelo meu gabinete (Ofício 80/09, juntado aos autos) permitem assegurar que não há fixação de preços máximos por parte do Detran/MT, sendo, nessa mesma linha, improvável que a norma crie os incentivos para que haja efetiva fiscalização de qualidade por parte daquele mesmo órgão — até mesmo porque, em se tratando de mercado com baixa assimetria de informação do produto com relação aos consumidores finais, a maior oferta tende a proporcionar o próprio autoajuste qualitativo pelo mercado por meio do processo concorrencial.

o art. 154, do Código de Trânsito Brasileiro, e instrutores em número suficiente para atendimento da demanda de alunos, para as categorias pretendidas e, no mínimo, um simulador de direção ou veículo estático, quando credenciado para o ensino de prática de direção;

VII — destinar o percentual de até 10% (dez por cento) do valor bruto arrecadado para o órgão de trânsito credenciador, objetivando a aplicação na melhoria do seu sistema;

VIII — os veículos de 4 (quatro) ou mais rodas, empregados na instrução de prática de direção, deverão ter, além dos equipamentos obrigatórios, o duplo comando de freios;

IX — o veículo de 2 (duas) rodas, empregado na instrução de prática de direção deverá ser identificado por uma placa amarela com as dimensões de 30 (trinta) centímetros de largura e 15 (quinze) centímetros de altura, fixada na parte traseira do veículo, em local visível, contendo a inscrição “MOTO ESCOLA” em caracteres pretos, devendo estar equipado com: luz nas laterais esquerda e direita, de cor amarela ou âmbar, indicadora de direção, e espelhos retrovisores nas laterais esquerda e direita.”

³⁰ “Art. 5º — Antes de solicitar o seu credenciamento junto ao DETRAN/MT, a empresa formalizará consulta prévia, em formulário próprio, constante do anexo I, acerca da capacidade e a demanda na circunscrição que deseja atuar, verificando a possibilidade de pleitear eventual credenciamento, sendo que tal solicitação prévia não implica, de qualquer forma, em direito ao credenciamento por tratar-se de mera consulta.

Parágrafo primeiro — O credenciamento de novos Centros de Formação de Condutores — CFC a contar da data de vigência desta Portaria, dependerá das seguintes exigências e critérios:

A — Até 02 (dois) CFCs “B” para municípios que possuírem até 15.000 (quinze mil) eleitores;

B — Um CFC “A” por município de até 40.000 (quarenta mil) eleitores.

C — A cada 10.000 (dez mil) eleitores acima do previsto no item “A”, poderá ser credenciado mais um Centro de Formação de Condutores de classificação “B” (prático) e a cada 20.000 (vinte mil) eleitores acima do previsto no item “B”, poderá ser credenciado mais um Centro de Formação de Condutores de classificação “A” (teórico).

§ 2º — Para aplicação do critério acima, deverá ser observada a comprovação feita por dados oficiais atualizados fornecidos pelo Tribunal Regional Eleitoral — TER, do Estado de Mato Grosso.”

Entrementes, em 2001, havia aproximados 347.00 eleitores em Cuiabá, segundo dados do IBGE, o que, segundo a regra regulatória, admitiria o acréscimo de 35 CFCs “B” (ensino prática de direção) práticos e 16 CFCs “A” (ensino teórico-técnico) ou CFCs “A/B” (ensino teórico-técnico e ensino prática de direção) ao longo do ano de 2002, sobre o número de CFCs operando em março daquele mesmo ano³¹ — ou seja, um acréscimo mínimo de 70%.

Com relação à Várzea Grande, com cerca de 148.000 eleitores, em 2001, segundo o IBGE, haveria espaço para um acréscimo de 15 CFCs “B” e 6 CFCs “A” ou “A/B”, apenas no ano de 2002, sobre o número de CFCs existentes em março daquele ano — sendo de observar que, segundo os dados trazidos pelo Detran/MT, havia apenas um CFC em funcionamento, naquele ano, naquele município.

Nessa linha, entre o início de 2005 e o início de 2006 foram admitidos cinco novos CFCs em Várzea Grande, sem nenhuma baixa, chegando-se a 19. Em Cuiabá, por sua vez, houve saldo líquido de quatro CFCs (nove entradas e cinco saídas) entre o início de 2005 o início de 2006, chegando-se a um total de 49. Por subsequente, em função da elevada margem para crescimento dos CFCs no período analisado pela SDE (2005/2006), **entendo que as barreiras à entrada eram, em tese, suficientemente baixas para que o mercado respondesse, no curto prazo, a um aumento significativo de preços. Esse elemento, por si só, porém, não afasta, em casos de conduta, a possibilidade de condenação.**

Conforme já pugnado por Posner em seu clássico *Antitrust Law*,³² a generalizada aceitação da colusão tácita — uma vez ausentes as provas explícitas de (i) imposição e (ii) aceitação da tabela de preços publicada —, em situações nas quais os concorrentes respondem simultânea ou quase simultaneamente a reajustes nos seus custos de produção, pode levar a conclusões equivocadas em casos nos quais não haja práticas anticompetitivas.³³

³¹ limite para os CFCs A/B (ensino teórico-técnico e ensino prática de direção), pela análise da aludida portaria c/c art. 9º, § 3º da Resolução Contram nº 74/98, alterada pela Resolução Contram nº 198/06.

³² POSNER, Richard. *Antitrust law*. 2nd ed. Chicago/London: Chicago University, 1976.

³³ “There are dangers in pressing the “meeting-of-the-minds” approach too far. Suppose a group of competing firms simultaneously experience an increase in the cost of some raw material that each one uses. In deciding how and when to respond to the common cost increase, each firm will consider the probable response of its competitors to the increase, since its ability to pass on the cost increase in whole or in part to its customers by raising prices will depend on the pricing decisions of its competitors. The process by which the firms arrive at the new equilibrium at a higher price may thus have elements of “tacit agreement” without being anticompetitive. Yet if the firms explicitly coordinated their pricing in reaction to the cost change, the law would treat their agreement as illegal collusion. And it would be right to do so, since there

Entrementes, parece-me evidente que, presentes dados empíricos dessa aceitação dos patamares tabelados, ainda que não sejam impostos (ponto focal), a colusão serve, inevitavelmente, à apropriação não compensada do excedente do consumidor.

Os autos trazem, sim, vários elementos que facilitariam o natural alinhamento de preços. Retomando a **semelhança da estrutura de custos dos concorrentes citada pela ProCade** em seu parecer, note-se que, nos termos do Relatório Anual de Acompanhamento de Mercado de 2006 da ANP,³⁴ o preço médio mensal de revenda de álcool hidratado elevou-se 27%, de janeiro a abril, na região Centro-Oeste, em função, principalmente, do aumento dos preços médios do álcool hidratado nas unidades de produção e consequente majoração nos preços médios de distribuição. Com relação aos preços médios de revenda da gasolina comum na região Centro-Oeste,³⁵ houve aumento de 2,26% no primeiro trimestre. Esses dados se mostram mais relevantes quando se observa que as informações de preços foram coletadas pelo Procon em maio de 2006, três meses após a aludida reunião de fevereiro.

Não se deve ignorar, ademais, que, no último semestre de 2005, os preços médios de revenda da gasolina, na região, subiram 9,5%,³⁶ ao passo que o valor do álcool³⁷ apresentou acréscimo de 13%, entre outubro de dezembro daquele ano, em função do aumento dos preços médios do álcool hidratado nas unidades produtoras.

Vale observar que a convergência entre os valores cobrados pelos CFCs resulta, até certa medida, da própria regulação do setor, que admite a publicação de preços máximos³⁸ e a fixação de taxas cobradas pelo próprio

would be justifiable suspicion that the agreement was both unnecessary to a smooth adjustment to the cost increase and motivated, at least in part, by a desire to raise the market price by more than the cost increase actually justified.

This example shows that the law should not always equate tacit and explicit pricing agreements. Some degree of tacit coordination of pricing in reaction to external shocks, such as an increase in raw material costs, is inevitable and unobjectable. What is not inevitable and is objectable is a tacit agreement to limit output and charge higher than competitive price.” [Ponser, op. cit., p. 95]

³⁴ http://www.anp.gov.br/doc/petroleo/relatorios_precos/2006/Alcool_2006.pdf.

³⁵ http://www.anp.gov.br/doc/petroleo/relatorios_precos/2006/Gasolina_2006.pdf.

³⁶ http://www.anp.gov.br/doc/petroleo/relatorios_precos/2005/Gasolina_2005.pdf.

³⁷ http://www.anp.gov.br/doc/petroleo/relatorios_precos/2005/Alcool_2005.pdf.

³⁸ No limite, conforme observado no caso *State Oil v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997), preços máximos podem tornar-se o próprio preço praticado no mercado:

*“The Khan Court questioned this rationale by suggesting that it would be irrational for manufacturers to set prices so low that sales – enhancing services might be sacrificed. Finally, the Court questioned the Albrecht reasoning that maximum prices might become minimum prices. The Court felt that this was a possible result but felt that assessment under the rule of reason would sufficiently recognize and punish those outcomes.” [SULLIVAN, E. Thomas e HARRISON, Jeffrey L. *Understanding antitrust and its economic implications*. 4th ed. London: Lexis Nexis. p. 231]*

Detran (exames psicotécnico, médico e de habilitação, por exemplo), conforme já observado. Embora a fixação de preços máximos não seja praticada pelo Detran/MT (Ofício 80/09, juntado aos autos), o reajuste nas taxas do Detran/MT ajuda a alinhar o momento e, eventualmente, até mesmo a grandeza dos aumentos praticados pelos CFCs. No presente caso, os reajustes foram publicados pelo Detran/MT no fim de dezembro e variaram, na média, entre 5% e 30% (exame teórico de direção defensiva e primeiros socorros, p.e.).

Em razão de o alinhamento de preços, em si, ter várias explicações plausíveis — entre elas, a própria existência de acirrada concorrência (concorrência perfeita) —, tem o Cade entendido pela necessidade de que se constate um fator *plus* para a condenação do representado em casos envolvendo o paralelismo de preços. Nesse sentido, é bastante ilustrativo o voto do ex-conselheiro Luiz Carlos Prado nos autos da AP nº 08012.006844/2000-45, em que foram representados postos de Combustíveis de Bragança Paulista/SP:

A configuração do cartel, entretanto, é extremamente difícil, pois a interação estratégica oligopolista não cooperativa, em que cada empresa implementou sua estratégia ótima, dadas as ações adotadas pelas rivais, não implica infração à ordem econômica, pois a conduta revelada seria decorrente da própria estrutura do mercado e do jogo não cooperativo entre as empresas.

Como bem delineado pelo i. conselheiro Pfeiffer, em voto-vista no Processo Administrativo (PA) nº 08012.000677/1999-70, “[É] certo que configurar a existência de um Cartel no direito antitruste Brasileiro não é tarefa fácil a nenhum julgador. Desde a configuração da prova da colusão, até a aplicação da devida multa, o aplicador do direito deve passar por um esforço enorme para conseguir confeccionar uma decisão adequada. [...] Por isto, é necessário uma verificação na instrução probatória, para se averiguar a existência de provas diretas e indiretas (no caso, entendidos como indícios) que demonstrem a conduta uniforme das Representadas.

Na doutrina do paralelismo *plus*, o convencimento do julgador faz-se por meio de provas indiciárias, que afastam as possibilidades lógicas de a prática ter ocorrido em razão de outros fatores que a justificariam do ponto de vista legal, ou seja, sem o recurso de qualquer acordo ou colusão entre concorrentes. Ainda segundo Pfeiffer, por essa teoria, o paralelismo consciente, per se, não implica colusão, devendo-se consta-

tar a existência dos *plus factors*, traduzidos principalmente em evidências circunstanciais da ausência de racionalidade econômica na adoção de conduta que não a da prática ilícita. Nesse sentido, cita a Resolução Cade nº 20/99:

A adequada instrução do processo supõe que os autos reúnam evidências suficientes da prática em questão, que não precisam restringir-se à prova documental, inclusive evidências circunstanciais como a ausência de racionalidade econômica para a adoção de conduta que não a da prática ilícita.

Entre os *plus factors*, aquele de maior relevância consiste na prova de que a conduta apenas reverterá em benefício do agente se a ação for praticada conjuntamente, em conluio, o que implica dizer que a ação é irracional se praticada isoladamente pelo ator. Portanto, as reuniões entre as empresas, embora devam ser consideradas como indícios suplementares à configuração do paralelismo, são incapazes de, isoladamente, caracterizarem o ilícito. Kovacic enumera elementos constantes na análise da conduta paralela com '*plus factors*':³⁹

A existência de um motivo racional para o comportamento coletivo das representadas.

Atitudes contrárias aos próprios interesses das representadas, em função de uma ação coletiva.

Fenômeno de Mercado que não pode ser racionalmente explicado a não ser como fruto de ação concertada.

Registros de colusões passadas da Representada em violação ao sistema antitruste.

Evidências de encontros entre as empresas ou outras formas de comunicação direta entre os alegados conspiradores.

A utilização de práticas facilitadoras de colusão por parte das Representadas.

Características estruturais da indústria que complicam ou facilitam o afastamento da concorrência.

Fatores de performance da indústria que sugerem a dedução de colaboração horizontal".

³⁹ KOVACIC, William. The identification and proof of horizontal agreements under the antitrust laws. *Antitrust Bulletin*, n. 5, 1993.

No presente caso, *esses plus factors* a indicar a colusão estão, justamente, (i) na convergência de preços imediatamente após a publicação da tabela do representado e (ii) na existência de reunião realizada no mês a partir do qual os preços começaram a convergir (fevereiro de 2006). E, embora as condições estruturais e similitude de custos tendam a tornar os preços naturalmente mais próximos, a alavancagem provocada pela publicação da tabela é persuasiva e o seu seguimento, ainda que temporário, foi factível, impondo dano à ordem econômica que não poderia ser alcançado por eficiências específicas à própria concentração — o que seria uma *contraditio in terminis*, em se tratando de colusão, ainda que tácita.

Aliás, registre-se que os aumentos nos preços dos concorrentes não foram uniformes e tampouco se limitaram aos pequenos e uniformes reajustes regulatórios e de custos anuais, embora a convergência no preço final tenha restado evidente. As figuras 3 e 4 abaixo ilustram o aumento generalizado dos preços após a reunião em que foi estabelecida a tabela de preços (fevereiro de 2006):

Figura 3
Evolução dos preços cobrados para
emissão da CNH do tipo A

Elaboração: SDE.

Figura 4
Evolução dos preços cobrados para
emissão da CNH do tipo B

Elaboração: SDE.

3.2.2 Das provas empíricas do dano concorrencial: a apropriação temporária do excedente do consumidor

Apesar de o exame teórico tradicional do mercado apontar para a dificuldade da formação de conluio entre os agentes, em função da razoável contestabilidade no curto prazo (dois anos), ainda que relativizada por barreira regulatória (art. 5º da Portaria nº 025/2002/GP/Detran-MT, de 25 de março de 2002), não me parece que análise tão formalística atenda aos objetivos de análises de condutas.

A possivelmente “breve” conduta de cartel representaria uma “bicada no excedente do consumidor”, conforme costumava confessar-me o saudoso professor Luis Schuartz. Por menor que seja o lapso de duração do cartel ou daquele momento do cartel — dado que a oscilação de comportamentos (alinhamento/retaliação) está na base da literatura da colusão —, há excedente do consumidor apropriado pelo infrator e que não será punido ou devolvido caso olhemos, pura e simplesmente, para ininterruptos danos de longo prazo. Antes, existe uma perda de peso morto (*deadweight loss*) que não será apropriada por qualquer dos agentes econômicos.

Aliás, a natural instabilidade dos cartéis tornaria inócuo o uso do anti-truste para a detecção e punição, caso a condenação da colusão dependesse, sempre, de um dano, ininterruptamente, impingido ao consumidor pelo lapso de um a dois anos (longo prazo).

A constatação de baixas barreiras à entrada não impediu que fossem punidos cartéis de vigilantes, drogarias, profissionais liberais — dado que, em todos esses casos, há sempre alguma redução de curto prazo do excedente do consumidor. Portanto, caso a tabela publicada pelo sindicato tenha tido o condão de servir de ponto focal, verificando-se um alinhamento para cima, ainda que razoavelmente curto, nos preços cobrados pelos associados detentores de poder de mercado, não há dúvidas de ter havido ilícito concorrencial. Os dados apresentados pela SDE demonstram, de modo inconteste, ter havido alinhamento, ainda que provisório, imediatamente após a divulgação de tabela — ainda que de caráter meramente sugestivo, mas que serviu de ponto focal. Desse modo, alinho-me à doutrina majoritária trazida à colação, para fundamentar que, independentemente de coerção, a tabela serviu de incontestável mecanismo de alinhamento de preços para cima, distorcendo a livre formação dos preços e provocando a apropriação do excedente do consumidor sem qualquer ganho de eficiência. Houve, nos termos citados por Posner, explícito seguimento da tabela.

4. Da dosimetria

Nos termos do art. 27 da Lei nº 8.884/94, devem-se analisar, na dosimetria da pena a ser infligida ao representado, seis elementos discriminados de forma não exaustiva pela Lei Concorrencial. Nesses termos, passamos a discurrir sobre cada um deles:

1. Gravidade da infração: a cartelização, seja aquela operada, diretamente, entre os concorrentes, seja aquela operacionalizada por intermédio de sindicatos, consiste na mais negativa afronta à concorrência. Segundo Richard Whish,⁴⁰ trata-se da mais ostensiva e indesejável prática restritiva à atividade econômica. O próprio US Department of Justice (DoJ)⁴¹ reputa os cartéis como a

⁴⁰ "Horizontal price fixing would be regarded by most people as the most blatant and undesirable of restrictive trade practices." (WHISH, Richard *Competition Law*. 6th ed. Oxford, 2009. p. 505)

⁴¹ "Requiring an admission of guilt in cartel conduct is consistent with the sentiment that cartels are the most egregious and harmful violations of competition law." (<www.justice.gov/atr/public/speeches/236096.htm>)

maior e mais danosa ofensa à lei concorrencial. O cartel gera efeito pior que aquele de um monopólio logrado por meio de processos de fusão/incorporação, pois os elevados custos de transação/monitoramento incrementam as próprias ineficiências de mercado, além de gerar perdas de peso morto;

2. Boa-fé do infrator: apesar de a lei concorrencial brasileira prescindir do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para punir o agente econômico, a boa-fé é mantida como item a ser levado em conta quando da dosimetria. Ocorre que, sendo o objeto do tabelamento a própria confecção da tabela e tendo-se em vista a própria resistência do representado em reconhecer o alinhamento dos preços provocado pelo tabelamento dos preços, esse elemento torna-se, paulatinamente, arrefecido, *in casu*. Nesse mesmo diapasão, registre-se que o tabelamento/fixação de preço mínimo é, repetidamente, atestado pelos associados do sindicato (fls. 43, 47-49, 52-53, 55-56 e 58-59), os quais apontam, consistentemente, para a realização de reunião para a fixação de preços mínimos — sendo de constatar, entretanto, que a autoria da tabela e a realização das reuniões são, manifestamente, negadas pelo representado (fls. 88);
3. Vantagem auferida ou pretendida pelo infrator: a monopolização do mercado por meio de cartéis não só eleva os preços a patamares supracompetitivos e gera lucros extraordinários, como o faz por meio da restrição da oferta, gerando perdas de peso morto;
4. A consumação, ou não, da infração/o grau de lesão ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros: este elemento é tratado com maior profundidade no item 2.2.2 acima. Conforme ali arrazoado, a consumação do cartel se dá pelo alinhamento, ainda que temporário, dos preços;
5. Em se tratando de mercado dotado de razoável contestabilidade — de que já tratei no item 2.2.1 acima —, não me parece que os ganhos de monopólio possam ser estendidos no longo prazo. Por esse motivo, a longevidade dos efeitos econômicos negativos produzidos no mercado tende a ser relativamente curta. Dado, entretanto, o comportamento instável característico dos cartéis, a probabilidade de uma acomodação dos agentes e o retorno do comportamento colusivo também não devem ser desprezados, o que relativiza o uso da instabilidade de um cartel nesse setor favoravelmente ao representado;
6. Situação econômica do infrator: não há qualquer alegação por parte do infrator quanto a possíveis dificuldades financeiras. Antes, os dados juntados por ocasião da negociação do TCC apontam para a sua hígidez financeira.

É de se observar que a celebração do TCC de Campinas foi uma quebra de paradigma adotado pelo Cade, até então, na relação com tabelas de associações de autoescolas. Como ali apontado:

Observada a justificativa pregressa dos TCCs vejo, particularmente, a ausência de uma efetiva prevenção das transgressões, que deveria, a meu ver, fulminar o seu nascedouro. Embora citada de forma recorrente, a atividade de prevenção das infrações da ordem econômica, fixada no art. 1º da Lei nº 8.884/94, tem sido negligenciada na sua aceção mais restrita — que consiste, justamente, na denominada advocacia da concorrência.

A advocacia da concorrência tem sido definida pelo *Advocacy Working Group* da *International Competition Network* como as atividades desenvolvidas pela autoridade concorrencial relacionadas à promoção de um ambiente competitivo para as atividades econômicas, por meio de mecanismos não coercitivos, em especial pela parceria com outras entidades governamentais e pela difusão dos benefícios de um mercado concorrencialmente saudável. Contrariamente à essência do sistema concorrencial, trata-se de atividade essencialmente ativa.

É certo que o Cade já atuou, anteriormente, em casos envolvendo autoescolas/CFCs — embora, naquelas ocasiões, a prática imputada fosse a cartelização do mercado (em especial o art. 21, I da Lei nº 8.884/94), e não a influência à adoção de conduta uniforme (art. 21, II da Lei nº 8.884/94).

De qualquer modo, a análise do presente caso evidencia a baixa efetividade das condenações impostas pelo Cade no setor de autoescolas/CFCs, de que é exemplo o supracitado PA nº 08012.001692/2005-07. Ante as provas juntadas aos autos, em especial os anexos à petição juntada pelos representados às fls. 1415/1480, parece-me clara a difusão da prática de tabelamento de preços por sindicatos e associações em todo o Brasil e, antes, o desconhecimento dos efeitos benéficos da concorrência — um dos pilares da advocacia da concorrência.

O Cade passou, portanto, a incentivar a solução negociada que levasse ao incremento da advocacia da concorrência por parte daquelas associações que estivessem em condições de promover um amplo papel de disseminação da cultura antitruste. Os novos acordos, embora privilegiem os primei-

ros compromissários em detrimento dos demais — dos quais serão cobradas contribuições, progressivamente, mais elevadas —, visam, precipuamente, promover a cultura concorrencial, razão pela qual a própria remuneração do FDD tende a ser minorada quanto mais expressivo for o plano educativo/*compliance*:

O Cade não só vê com bons olhos, como aguarda o comparecimento espontâneo de qualquer interessado que constatar estar praticando condutas similares, para celebrar acordos congêneres. Antes, almeja, com a celebração do presente instrumento, dar início a um período de campanha maciça pelo comparecimento de interessados em enquadrar-se nos parâmetros ditados pelo art. 170 da Constituição Federal c/c a Lei nº 8.884/94, que completa 15 anos — campanha essa que será fomentada pelo SBDC, mas implementada pelos próprios compromissários, que deverão assumir compromissos de trabalhar ativamente na conscientização dos atores presentes nesse mercado (a já citada *compliance*). Esse trabalho incluirá interação junto às associações e associados, mas também junto aos órgãos de trânsito e entidades próximas dos players, como o próprio Sebrae, que tendem a perpetuar o aprendizado que ora se inicia.

Observe-se que os julgados do Cade em matéria de influência à conduta uniforme por parte de associações têm, salvo justificadas exceções, seguido a tônica de limitar a punição ao mínimo legal com fim educativo — embora, enquanto condenações, tenham-se privado da possibilidade de usar aqueles casos como ferramenta para difundir a cultura da concorrência nos meios empresariais e junto aos órgãos governamentais, cuja postura tem, não raro e, em particular no setor de CFCs/Autoescolas, servido de incentivo ao tabelamento e à concertação ilícita. Disso é prova a Portaria Denatran nº 29/2001, que confere ao órgão executivo de trânsito de cada estado (Detran) competência para fixar o valor máximo, por hora/aula, a ser cobrado pelos CFCs.

Parece-me certo, por outro lado, que, esgotada a fase educativa, o rigor punitivo da aplicação da lei cresce, naturalmente, em decorrência da letra do art. 27 da Lei nº 8.884/94, que demanda que se sopesa a própria boa-fé do infrator, assim como a vantagem auferida e os danos infligidos ao mercado, os quais tendem a progredir com o tempo. Nada justifica, uma vez esgotado o aprendizado, ser conivente com a

continuidade de práticas com potencial lesivo à concorrência e sobre as quais os agentes já estão devidamente instruídos. Sempre que o SBDC promove ações de conscientização para um setor, toma como contrapartida o aprendizado tempestivo e a cessação das práticas reputadas contrárias ao bom funcionamento da ordem econômica. Isso implica dizer que o tempo urge para aqueles que estão inseridos naquele mercado e que a apuração da infração se torna mais gravosa à medida que o grau de instrução do mercado cresce.

Esse processo decorre da própria racionalidade econômica da conduta investigada, analisada à exaustão pelos órgãos de defesa da concorrência. Se maior o grau de instrução dos agentes presentes naquele mercado, menor a possibilidade de que esses mesmos agentes ignorem o potencial lesivo das suas condutas e a subsequente probabilidade de investigação pelo SBDC — e, portanto, maior a probabilidade de que aquela mesma conduta não seja executada sem que haja certo grau de certeza quanto ao seu aperfeiçoamento e às vantagens econômicas dela auferidas, aproximando-se do “comportamento econômico racional” preconizado pela doutrina. Nesses termos, é bastante natural que, esgotado esse período de aprendizado, o Cade venha a ser mais criterioso quanto à conveniência e à oportunidade de celebrar TCCs, sendo mais rigoroso nas análises dos processos administrativos.

Nesses termos, é incabível presentear representado ativo, financeiramente hígido e que não se comprometeu com qualquer medida para incrementar a advocacia da concorrência (que se equiparasse, sequer, aos compromissários que lhe precederam — incluindo o caso de São José dos Campos, onde o sindicato encontrava-se inativo há algum tempo antes da celebração do TCC, mas compensou, financeiramente, a menor efetividade do seu pleno educativo) com a aplicação de uma contribuição pecuniária inferior àquela recolhida por sindicatos que encerraram as suas atividades, que se empenharam no desenho do TCC, ou que gozavam da condição de primeiros compromissários nesse mercado e foram efetivos colaboradores na indicação de potenciais car-téis nesse mercado.

Nesses termos, partindo da vantagem a ser conferida aos primeiros negociadores, a solução negociada não poderia partir de menos que R\$ 60.650,00, que foi o valor da contribuição no caso de São José dos Campos. Esse valor deve ser acrescido do custo de oportunidade em não se ter chegado a um

acordo, que consistiria, entre outros, no valor presente da sanção futura e nos ganhos em advocacia da concorrência.

Observe-se, ainda, que o valor a ser ressarcido não deverá ser, em qualquer ocasião, inferior aos danos impingidos pelo cartel. Os dados da SDE apontam que houve aumento de preços ao longo de quatro meses (fevereiro, março, abril e maio), que chegaram a 62,5% (CNH tipo A, CFC Interlagos, que parte de R\$ 400,00 para R\$ 650,00) e 87,5% (CNH tipo B, CFC Interlagos, que parte de menos de R\$ 400,00 para R\$ 750,00), a depender da categoria. Desse modo, a cobrança de R\$ 350,00 adicionais ao longo desses quatro meses demandaria, apenas, 15 novos inscritos, por mês, para que os consumidores do serviço de CNH tipo B **desse único CFC** fossem despojados de R\$ 21.000,00 ($350 \times 4 \times 15$). Fazendo o mesmo raciocínio simplista para os consumidores do serviço de CNH tipo A **desse único CFC**, haveria perdas adicionais de R\$ 15.000,00 ($250 \times 4 \times 15$). Repetindo o exercício para a CFC Radar, os consumidores do serviço de CNH tipo B **desse único CFC** seriam despojados de R\$ 19.500,00 [$(700-375) \times 4 \times 15$], ao passo que os consumidores do serviço de CNH tipo A **desse único CFC** perderiam R\$ 10.500,00 [$(550-375) \times 4 \times 15$]. Somando ambos os CFCs, o exercício aponta para uma perda de R\$ 66.000,00 ($21.000 + 15.000 + 19.500 + 10.500$).

É válido observar que, **de acordo com as figuras confeccionadas pela SDE — que trouxeram, apenas, pequena amostragem dos CFCs ativos em Cuiabá e Várzea Grande —, haveria, ao menos, outros cinco agentes com acréscimos significativos nos preços cobrados pela prestação do serviço, o que elevaria, substantivamente, as perdas além do patamar projetado no exercício apresentado no parágrafo anterior.**

Acresçam-se, ainda, a esse valor, **(i) um percentual devido ao caráter punitivo da condenação** e que, portanto, demanda que o valor cobrado pelo Cade exceda aquele auferido pelos CFCs e **(ii) um percentual referente ao custo de oportunidade em não se ter chegado a um acordo.** Esse percentual, a meu ver, somados os itens (i) e (ii), não deve ser inferior a 50% dos danos derivados do cartel. Se observarmos, apenas, os CFCs Radar e Interlagos, já chegaríamos a R\$ 99.000,00 ($66.000,00 + 0,5 \times 66.000,00$) de multa. Observado que o alinhamento de preço envolveu outros CFCs, entendo por bem fixar a multa em R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais).

Ressalte-se, alfim, que a reparação deve vir não só do presente caso, mas da condenação, em processo administrativo à parte, dos dirigentes da associação e, mormente, dos associados nos idos de 2006.

5. Conclusão

Nesses termos, por entender ter sido provocado dano líquido à concorrência, voto, nos termos do art. 23, III da Lei nº 8.884/94, pela condenação do representado em R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), a serem recolhidos no prazo de 30 dias corridos a contar da publicação do presente acórdão, acrescido, nos termos do art. 24 da Lei nº 8.884/94:

1. Da inscrição do representado no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; e
2. Da publicação, em meia página, na seção de economia ou afim do jornal de maior circulação estadual, às expensas do representado, por 2 (dois) dias seguidos, ao longo de 3 (três) semanas consecutivas, em até 30 (trinta) dias da publicação do seguinte extrato da presente decisão no Diário Oficial da União:

O Sindicato dos Centros de Formação de Condutores do Estado de Mato Grosso (SINDCFC), na 468ª Sessão Ordinária de Julgamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, realizada no 9º dia de junho de 2010, foi condenado por influenciar a adoção de conduta uniforme entre concorrentes POR TABELAMENTO DE PREÇOS e a pagar a quantia de R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais), acrescida da inscrição do seu registro no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor.

Determino, ainda, que a SDE abra, de imediato, processo administrativo em face dos administradores do SINDCFC e seus associados nos anos de 2005 e 2006.

Envie-se, alfim, cópia da presente decisão ao Detran-MT, com a recomendação de que revogue o art. 5º da Portaria nº 025/2002/GP/Detran-MT, de 25 de março de 2002, que impõe restrição quantitativa ao número de CFCs a serem abertos, por município, no estado de Mato Grosso.

É o voto.

Brasília, 23 de junho de 2010.

CÉSAR COSTA ALVES DE MATTOS
Conselheiro