



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria de Acompanhamento Econômico
Coordenação-Geral de Defesa da Concorrência - DF

Parecer n.º 363 / 2001/ MF/ SEAE/ COGDC-DF

Brasília, 11 de setembro de 2001.

Referência: Ofício MJ/ SDE/ DPDE nº 1388/00, de 29 de março de 2000.

Assunto: Processo Administrativo n.º 08012.000677/99-70

Representante: Secretaria de Acompanhamento Econômico

Representados: Viação Aérea Rio Grandense – VARIG, Transportes Aéreos Regionais S.A – TAM, Transbrasil S/A – Linhas Aéreas e Viação Aérea São Paulo – VASP.

Recomendações: 1) a punição da conduta ocorrida em agosto de 1999, com fulcro no Art. 20, inciso I cc. Art. 21 inciso I da Lei no 8.884/94, uma vez a mesma apresentou efeitos anticompetitivos sem justificativas aceitáveis do ponto de vista da teoria econômica; 2) a proibição de utilização da ferramenta de *First Ticket Date* do Sistema ATPCO por parte das companhias aéreas nacionais de aviação civil por representar um recurso cujo benefício para o consumidor é nulo ao passo que para a concorrência é, no mínimo, duvidoso; e 3) a abertura de Processo Administrativo em desfavor da Airline Tariff Publishing Company – ATPCO, uma vez os recursos disponíveis em seu sistema eletrônico podem influenciar a adoção de conduta comercial concertada entre as empresas aéreas, nos termos do Art. 20, inciso I cc. Art. 21 inciso II da Lei no 8.884/94.

A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça solicita à SEAE, nos termos da Lei nº 8.884/94, parecer técnico referente ao Processo Administrativo nº 08012.000677/99-70.

1. INTRODUÇÃO

No dia 20 de Janeiro de 2000, a Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE enviou à Secretaria de Direito Econômico - SDE representação fundamentada contra a Viação Aérea Rio Grandense – VARIG, a Transportes Aéreos Regionais S.A – TAM, a Transbrasil S/A – Linhas Aéreas e a Viação Aérea São Paulo – VASP, mediante Nota Técnica nº 006/2000 SEAE/COGDC-DF.

Em 27 de Março de 2000, o Secretário de Direito Econômico, Sr. Paulo de Tarso Ramos, acolhe “in totum” a Nota da SEAE decidindo pela instauração de processo administrativo para apuração das seguintes condutas: a) fixar ou praticar em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de serviços; b) obter ou influenciar a adoção de conduta uniforme entre concorrentes e c) aumentar sem justa causa os preços de serviços, tendo como efeito o prejuízo à livre concorrência e à livre iniciativa, bem como o aumento arbitrário de lucros. As infrações arroladas foram tipificadas de acordo com a Lei 8.884, art. 21, incisos I, II e XXIV e art. 20 incisos I, III e IV.

O fundamento para a representação feita pela SEAE, presente na Nota Técnica nº 006/2000 SEAE/COGDC-DF baseou-se na doutrina do “Paralelismo Plus”¹. Para tipificação de uma infração com base nessa doutrina é necessário verificar o paralelismo, eliminar outras explicações alternativas para o paralelismo e apresentar evidências factuais adicionais que corroborem a hipótese de que o paralelismo é motivado por acordo - explícito ou não. No Brasil, visão semelhante pode ser encontrada no voto do Conselheiro Ruy Santacruz no Processo Administrativo nº 08000.0153337/94-98.

Coerente com a doutrina do "Paralelismo Plus", a Nota Técnica nº 006/2000 SEAE/COGDC-DF seguiu uma análise seqüencial em sete etapas para caracterização da infração:

¹ A este respeito, ver Salop, Steven C., *Practices that Credibly Facilitate Oligopoly Co-ordination* - 1986; Conrath, Craig W., *Handbook of Antimonopoly Law Enforcement*; Kovacic, William E., *The Identification and Proof of Horizontal Agreements Under the Antitrust Laws*, Antitrust Bulletin – 1993.

- 1) Verificação de aumento paralelo de preços das passagens aéreas na rota Santos Dumont – Congonhas, de exatos 10%, para todas as companhias aéreas, na mesma data (09 de agosto de 1999).
- 2) Análise das justificativas das representadas à conduta em questão.
- 3) Conclusão pela ausência de razões fundamentadas capazes de justificar o percentual do aumento (10%) assim como a escolha da data de 09 de agosto de 1999 para a elevação dos preços.
- 4) Levantamento dos possíveis argumentos alternativos capazes de justificar o paralelismo da conduta, a saber:
 - a coincidência,
 - o fenômeno da liderança de preços,
 - a sinalização externa por meio de reajuste governamental no teto máximo das tarifas em 10% e
 - a sinalização externa por meio de agravamento nos custos das empresas no montante de 10%.
- 5) Verificação da inaplicabilidade desses argumentos.
- 6) Comprovação da possibilidade de exercício de poder de mercado das representadas devido às elevadas barreiras institucionais à entrada de novas empresas, vigentes à época, e alta concentração de oferta no mercado em questão (controle integral da rota aérea regular Santos Dumont – Congonhas por apenas quatro grupos empresariais).
- 7) Constatação da reunião ocorrida entre os quatro representantes das companhias aéreas no dia 03 de agosto de 1999, seis dias antes do reajuste, no Hotel Sofitel, em São Paulo. Este fato representou a evidência adicional (o “plus”) de que o reajuste haveria sido, de alguma maneira, previamente acertado.

No dia 24 de Maio de 2000, as representadas apresentaram à Secretaria de Direito Econômico as respectivas defesas, solicitando arquivamento do processo administrativo. Basicamente, foram indicadas as seguintes razões:

a) Os órgãos constituintes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência não detêm competência para controlar política tarifária de empresas concessionárias de serviços públicos.

b) O conceito de livre concorrência não é aplicável ao mercado em questão pois o setor é regulado pelo Estado.

c) A condenação de Aumento Arbitrário de Lucros é improcedente devido ao acúmulo de prejuízos verificado pelas empresas nos últimos anos.

d) O sistema “ATPCO” (Airline Tariff Publishing Company)² permite que uma empresa acompanhe instantaneamente a evolução tarifária das demais, permitindo mudanças de preço da firma seguidora de forma a acompanhar os movimentos da empresa líder da indústria.

Esses argumentos, apresentados pela defesa das representadas, assim como os depoimentos nas oitivas, aos quais foram submetidos os principais representantes das companhias aéreas, incorporaram novos elementos ao processo, anteriormente não mencionados.

Como as evidências factuais e documentais acrescentam fatores de significativa relevância para a caracterização da conduta sob análise, este parecer da SEAE, no âmbito do presente Processo Administrativo, se propõe a analisá-los e a acrescentar novos elementos à Nota Técnica nº 006/2000 SEAE/COGDC-DF.

² Doravante ATPCO.

2. ARGUMENTOS APRESENTADOS NAS DEFESAS

As defesas das representadas arrolaram uma série de argumentos contrários aos pontos desenvolvidos na Nota Técnica nº 006/2000 SEAE/COGDC. A SEAE procurou elencar cada um desses argumentos na presente seção de forma a possibilitar uma posterior consideração e análise.

2.1 INCOMPETÊNCIA DA SEAE, SDE E CADE PARA ANALISAR O CASO.

As requerentes indagam, em preliminar, acerca da competência dos órgãos de defesa da concorrência para analisar o presente caso. Alegam que as competências do Departamento de Aviação Civil (DAC), estabelecidas pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, são abrangentes e profundas e que por ser norma especial, afastaria as competências das autoridades antitruste previstas na Lei 8.884/94. Requerem que o plenário do CADE, antes da apreciação do mérito, manifeste-se sobre a questão.

Conforme afirmação dos patronos da TAM (fl.4) :

“ A autoridade aeronáutica dispõe, com efeito, de competência normativa irrestrita, que lhe é conferida pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, para regular os dados concorrenciais da atividade.”

2.2 INAPLICABILIDADE DA INFRAÇÃO TIPIFICADA COMO “AUMENTO ARBITRÁRIO DE LUCROS”.

As representadas argumentam que a conduta tipificada como “Aumento arbitrário de lucros” é inaplicável ao caso em tela. Segundo elas, as empresas aéreas

estariam sofrendo, à época, grandes prejuízos, o que desqualificaria a referida conduta. Conforme as palavras dos advogados da VARIG (fl.12):

“Antes de ingressar na análise das condutas que estão sendo imputadas aos representados, cabe destacar, desde logo, que jamais se poderia cogitar de aumento arbitrário de lucros, tal como entendeu o r. despacho de fls. 1.020/1.021, ao afirmar que um dos efeitos anticoncorrenciais verificados seria o previsto no art. 20, III, da Lei 8.884. Em primeiro lugar, há verdadeira impossibilidade material da verificação deste efeito anticoncorrencial, uma vez que, diante das dificuldades do mercado da aviação civil, todas as empresas aéreas regulares de âmbito nacional, que constam como representadas do presente processo, incluindo a VARIG, estão sofrendo grandes prejuízos.”

2.3 REDUÇÃO DE DESCONTOS DENTRO DO LIMITE PERMITIDO PELO DAC.

No contexto dos argumentos apresentados no ponto 2.1, as empresas aéreas qualificam como impróprio o enquadramento da conduta descrita na Nota Técnica nº 006/2000 SEAE/COGDC/DF como “aumento abusivo de preços”, no tipo legal da Lei 8.884/94. Alegam que a prática consistiu em uma redução de descontos e não em um aumento de preços. Outrossim, afirmam que a tarifa, após a diminuição dos descontos, permaneceu dentro dos limites estabelecidos pelo DAC, órgão devidamente competente para a regulamentação do assunto, não havendo, portanto, qualquer desrespeito legal pois as tarifas estariam estritamente abaixo do parâmetro tarifário máximo estipulado.

De acordo com os representantes legais da Transbrasil (fls. 12, e 13):

"...nada impede que as concessionárias venham a praticar preços menores do que os resultantes da aplicação da curva tarifária homologada. No entanto, se por circunstâncias excepcionais, as empresas praticarem tarifas menores e, ao depois, simultaneamente ou não, ao elevarem no mesmo ou em diferentes percentuais, mas sempre dentre dos limites superiores constante da curva tarifária homologada, não há que se falar em aumento de preço, mas, isto sim, em redução de promoção, que é mera faculdade das empresas." (grifo nosso)

Os patronos da VARIG asseveraram (fl. 13):

"..... a própria SEAE reconhece que os fatos aqui apurados consistem em redução de descontos e não propriamente em aumento de tarifas, bem como que todas as empresas aéreas cobram tarifas inferiores às fixadas pelo DAC."

".... Isso implica dizer que, mesmo que a tarifa fosse cobrada integralmente, não se poderia cogitar de aumento arbitrário de lucros, uma vez que estariam as empresas praticando preços já considerados pelo próprio DAC como justos e correspondentes aos seus custos."

2.4 NÃO APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA.

As representadas clamam pela não aplicabilidade dos princípios da "Livre iniciativa" e da "Livre Concorrência" em setores sob regulação estatal como o de aviação civil. O pré requisito de autorização prévia da União para atuação no setor e os

limites de preços estabelecidos sob sua égide afastariam os preceitos de livre iniciativa e livre concorrência.

Os representantes da VARIG afirmam (fl. 17):

“..... Portanto, a livre iniciativa e a livre concorrência no mercado de transporte aéreo, assim como em qualquer mercado relacionado à prestação de serviço público, cedem lugar à ampla regulação pelo Estado, o qual, ainda que adstrito à lei e à moralidade, regulará todas as formas de ingresso e prestação dos serviços, inclusive no que diz respeito à competitividade entre os prestadores do mesmo serviço, como prevê o art. 29, XI, da Lei 8.987/95”.

2.5 ALTA CONCENTRAÇÃO NO MERCADO DE AVIAÇÃO CIVIL

Os advogados da Transbrasil argumentam que a concentração do mercado de aviação civil não é resultante da ordem legal ou de um pacto anticoncorrencial, mas sim da má distribuição de renda do país, que tornaria o mercado inelástico e pequeno. Conforme suas próprias palavras (fl. 10):

"Se há concentração de mercado, a questão não é de ordem legal ou resultante de um arremedo de pacto anticoncorrencial celebrado entre o Diretor Geral e outros dirigentes do DAC, pelo Presidente e Diretores da Infraero e das Concessionárias. A concentração sob o ponto de vista material, objetivo é consequência inafastável de um quadro de injusta distribuição de rendas, agravada pelo fato de que mais de 70% do Povo Brasileiro vive à margem da economia. Melhore-se essa

distribuição de renda, torne-se o mercado interno elástico pela progressiva redução dos níveis de pobreza, senão da miséria, da maioria da população brasileira e seguramente haverá demanda crescente de serviços aéreos de transporte de passageiros, em condições tais que será desnecessário falar em explorações desses serviços pela União ou por concessionários ou permissionários ou exigir equilíbrio econômico financeiro ou adequação dos serviços. (grifo nosso)

2.6 DESPROPÓSITO DA ANÁLISE DA SINALIZAÇÃO EXTERNA POR MEIO DE REAJUSTE GOVERNAMENTAL.

A análise da possibilidade de uma sinalização externa por meio de reajuste governamental ter suscitado os reajustes tarifários em 10%, conforme mencionado na Nota Técnica n.º 006 SEAE/COGDC-DF, foi rotulada como despropositada pelos advogados da Transbrasil. Para os representantes legais da companhia, uma sinalização nesse sentido teria apenas provocado uma alteração nas curvas tarifárias das empresas, sujeitas a futura convalidação do DAC. A redução de descontos ocorrida em agosto de 1999, forma sob a qual se materializou o reajuste tarifário sob análise, teria sido suficiente para desqualificar a necessidade de análise dessa variável. Proferem, *in verbis* (fl. 11):

"Ainda que se tivessem evidenciado esses elementos, constituiriam apenas elementos para a alteração das curvas tarifárias das empresas, a serem aprovadas pelas autoridades competentes do Poder Concedente. Na hipótese vertente, a TRANSBRASIL manteve no dia 09 de agosto de 1999, a sua tarifa básica (código YP - R\$ 176,00) e três tarifas promocionais (BP - R\$ 158,00; HP - R\$ 149,00; KP R\$ - 141,00), apenas reduzindo, de 39,33%

sobre a tarifa-código YP para 33,15% sobre mesma base de cálculo, o desconto na tarifa-código LP. Tratando-se assim de mera redução de desconto promocional em determinado código-tarifário, é absolutamente despiciendo invocar as 'sinalizações externas', para justificá-lo, ou para, suscitando-os para negá-los, como no Relatório, autorizar imputações de irregularidades contra a ordem econômica."

2.7 INCIDÊNCIAS IDÊNTICAS DOS INSUMOS NAS PLANILHAS DE CUSTOS.

A Defesa da Transbrasil aponta como descabida uma suposta afirmação presente na Nota Técnica Nº 006 SEAE/COGDC-DF acerca da incidência idêntica de insumos em planilhas de custo das empresas aéreas. Clamam pela impossibilidade de tal fenômeno devido à existência de consumos específicos diferenciados entre as empresas aéreas. De acordo com as colocações dos advogados (fl. 12):

"(...) não tem consistência a afirmativa do Relatório de que, em relação aos custos, "as quatro empresas aéreas deveriam ter incidências idênticas dos insumos em suas planilhas de custo". As incidências idênticas só podem ocorrer se idênticos os consumos específicos, nada obstante terem plano de contas comum, como o exige a lei. Quando se fala de aeronaves de projetos construtivos diferentes e diferentes turbinas, de prazos diferentes de utilização, de serviços de manutenção diferentes, de tripulação com níveis diferentes de remuneração etc., não cabe falar em "em incidências idênticas dos insumos em suas planilhas de custo".

2.8 AUMENTO CONCERTADO DE PREÇOS.

A defesa da Transbrasil afirma que o estabelecimento de preços em evento de conhecimento público, divulgado pela mídia, como foi o caso da reunião, não teria sido necessário para implementar o aumento em questão. Como os sistemas da TAM no dia 06 de agosto já continham informações a respeito da alteração tarifária, o suposto acordo efetivado na reunião, não teria nenhuma razão plausível para ser estabelecido naquele local, pois o aumento já seria de conhecimento das incumbentes. Apontam também supostos estudos efetuados pela VARIG acerca de novas tarifas a serem cobradas na Ponte Aérea que já estariam prontos desde os primeiros dias de agosto. Alegam, *in verbis* (fl. 16):

"Como se vê do relatório do DPDE, a TAM tornou o valor de sua Tarifa Promocional Única disponível em seus sistemas, no dia 06 de agosto. Os estudos da empresa líder VARIG, que resultaram em um novo valor para a tarifa nos vôos da Ponte Aérea, foram concluídos nos primeiros dias de agosto. (...) Assim, para que os valores das novas tarifas promocionais, na Ponte Aérea Rio-São Paulo, todos abaixo dos limites que poderiam ser praticados segundo a legislação vigente, pudessem ser praticados a partir de uma coincidente data, não houve, nem havia necessidade de reunir em São Paulo, em evento do conhecimento público, os principais dirigentes das quatro maiores concessionárias de serviços aéreos públicos regulares de transporte de passageiros."

2.9 NÃO ENQUADRAMENTO DA CONDOTA NOS PRECEITOS DO ART. 20.

Os advogados da Transbrasil afirmam que a comprovação do acordo não caracteriza lesão ou tentativa de lesão aos valores da ordem econômica regular dispostos no art. 20, incisos I, III e IV da Lei 8.884/94. Segundo os patronos da empresa, a caracterização das infrações arroladas nos incisos I,II e XXIV do art. 21 pressupõe uma adequação prévia às hipóteses dispostas no art. 20. Como essa adequação não ficou comprovada, por conseguinte, a infração não pode ser caracterizada. Alegam, *in verbis* (fl. 16):

"Os atos exemplificativamente elencados nos incisos I,II e XXIV do art. 21 dessa Lei só podem ser tidos como lesivos ou potencialmente lesivos à regularidade da ordem econômica, se concorrem para o aperfeiçoamento das hipóteses versadas no mencionado art. 20. São exemplos de condutas no campo econômico, que somente se revelam lesivas à regularidade da ordem econômica, se concorrem para o aperfeiçoamento dos ilícitos previstos no art. 20 da Lei n. 8.884/94.

2.10 ALTO GRAU DE SUBSTITUBILIDADE DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE AÉREO

Os advogados da TAM conceituam o serviço de transporte aéreo como sendo de alto grau de substitubilidade. Em mercados com essas características, afirmam, a movimentação paralela é consequência direta da concorrência. De acordo com suas próprias afirmações (fl. 39):

“Em matéria de transporte aéreo, pode-se dizer sem medo de errar que a movimentação paralela de preços é

conseqüência direta da concorrência, já que os serviços das companhias são normalmente substituíveis entre si, ainda que possa haver diferenças não desprezível, do ponto de vista do consumidor, na valoração da qualidade e quantidade dos serviços prestados. Daí resulta que o aumento de uma pode fazer os consumidores migrarem para os serviços de seu concorrente que, pressionado pela demanda, aumentará também seus preços.”

2.11 DESVALORIZAÇÃO CAMBIAL

A defesa da TAM alega a desvalorização cambial de janeiro de 1999 como um dos principais fatores responsáveis pela crise financeira das companhias aéreas naquele ano. Frente a essa situação de crise, um aumento de receitas para as incumbentes teria se apresentado como necessidade imperiosa para o reequilíbrio financeiro do setor. Afirmaram “*in verbis*” os patronos da TAM (fls. 22 e 23):

“A desvalorização cambial ocorrida em janeiro de 1999 acarretou uma plethora de impactos negativos sobre as atividades das empresas de transportes aéreos. A começar do forte aumento do endividamento, ocasionando forte impacto no balanço e patrimônio líquido das empresas; um agravamento dos valores a pagar em moeda nacional relativos a prestações de operações de leasing de aeronaves e outros compromissos e despesas em moedas estrangeiras; e agravamento do custo operacional das empresas, dependentes que são de insumos em moeda estrangeira.”

Mais adiante prosseguem (fl. 23):

“Considerando a forma abrupta pela qual a desvalorização cambial se impôs, seu impacto sobre o fluxo de caixa das empresas do grupo TAM foi extremamente negativo, causando profundo desequilíbrio financeiro. Esse fato é constatado a partir dos prejuízos refletidos nos balanços de 1999 das empresas do Grupo TAM, tal como poderá ser minuciosamente comprovado durante a fase instrutória.

A crise cambial é o marco, e em parte o motivo, do fim da disputa tarifária. O equilíbrio financeiro das empresas aéreas, que já se encontrava abalado, sofreu um duro golpe. A necessidade de aumentar receita era urgente.”

A defesa segue a argumentação apontando a acirrada competição no mercado com extrema interdependência comportamental entre agentes como principal motivo para a redução de descontos não ter se efetuado por ocasião da autorização do aumento da tarifa básica pelo DAC. Conforme suas alegações (fls. 41 e 42):

“Se é fato que os custos estavam pressionando as empresas, por que o aumento das tarifas aplicadas não seguiu imediatamente o aumento da tarifa básica?

Respondendo à pergunta, temos que voltar à característica marcante dos oligopólios: a interdependência do comportamento dos agentes. O comportamento individual de um concorrente sempre levará em conta as possíveis estratégias adotadas pelos demais. É por isso que as companhias aéreas relutaram – não só no aumento da Ponte Aérea – para reduzir descontos na tarifa aplicada. Afinal, se essa ação não fosse uniformemente adotada pelos concorrentes, poderia

daí decorrer perda de mercado, e conseqüentemente os prejuízos só aumentariam.”

2.12 CARTEL DE CRISE

A defesa apresenta a definição de uma crise estrutural e informa que em outras legislações nacionais está assegurada, em alguns casos, imunidade antitruste para o cartel. A justificativa para essa exceção seria a de evitar a provável saída de agentes do mercado em decorrência da crise, o que implicaria maior concentração no referido mercado. A defesa da indústria nacional e a preservação dos empregos seriam os alvos da política de imunidade ao cartel de crise.

O fundamento da defesa da TAM calca-se em três pontos - desvalorização cambial de 1999, os prejuízos advindos da guerra tarifária de 1998 e o excesso de oferta de assentos. Tais fatores teriam levado a uma crise conjuntural, que se não fosse interrompida, poder-se-ia transformar em uma crise estrutural levando as empresas à falência e portanto ao desemprego em grande escala. Daí a conclusão de que o comportamento paralelo não intencional das empresas deveria ser permitido, já que até o cartel o é em casos de crise estrutural, para evitar abalos às estruturas do setor. De acordo com as menções dos próprios advogados da TAM (fls. 55 e 56):

“Seja como for, a crise estrutural precisa ser evitada em virtude dos efeitos sociais funestos que é capaz de produzir. O desemprego decorrente do fechamento de empresas é um dos principais aspectos a ser considerado. Nesse sentido, tanto a cooperação quanto a concentração industrial em caso de crise encontram-se em perfeita consonância com os princípios constitucionais da ordem econômica da busca do pleno emprego e da livre concorrência (Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, art. 170, inciso IV e VIII). Ora, se o argumento da

crise permite excluir a ilicitude até mesmo de um cartel, o que não dizer da presente hipótese, onde há mero comportamento paralelo não intencional, que por si só não configura ilícito.”

2.13 AIRLINE TARIFF PUBLISHING COMPANY (“ATPCO”).

A principal razão aventada pelos patronos da TAM e da VARIG para o aumento uniforme de preços na mesma data foi a existência de um sistema denominado “ATPCO”. O sistema é uma base de dados tarifária ao qual estão ligadas as principais companhias do mundo. Seu manuseio diário permite o acompanhamento da política de preços de concorrentes possibilitando um monitoramento instantâneo dos preços das passagens aéreas. Os advogados da TAM e da VARIG clamam que, por meio do “ATPCO”, foi possível detectar a mudança tarifária da empresa líder do mercado – VARIG, no mesmo dia em que ocorreu, permitindo que as firmas seguidoras acompanhassem o aumento – prática conhecida como “matching”. Assim sendo, o aumento ocorrido no mesmo dia estaria consistente com a prática de liderança de preços, em que firmas seguidoras acompanham os movimentos da líder. *In verbis*, afirmaram os representantes legais da TAM (fls. 27 e 28):

"Uma vez fixadas, as tarifas são informadas pelas companhias aéreas às empresas proprietárias de banco de dados sobre tarifas. A informação é prestada em tempo real, ou seja, as mensagens enviadas pela companhia são recebidas e processadas imediatamente pelo banco de dados, que é alterado e/ou alimentado conforme as instruções fornecidas”.

(...)

“O banco de dados da “ATPCO” e de empresas similares, assim como a rede de acesso a suas informações, são considerados essenciais ao funcionamento do transporte aéreo em todo o mundo.”

“No que diz respeito ao presente caso, interessa ressaltar que a “ATPCO” permite ás companhias aéreas obter informações 'on line' a respeito das tarifas praticadas por todos os agentes do mercado. Disso decorre sua larga utilização como instrumento de concorrência, isto é, cada companhia pode ficar sabendo imediatamente sobre a modificação de tarifas efetuada por outra.”

(...)

“Percebe-se, portanto, que companhias aéreas, “ATPCO”, CRS e agências estão interligados em uma rede de informações sobre linhas, tarifas, classes e assentos disponíveis. A transmissão de informações é eficientíssima. Em suma, toda vez que uma companhia aérea altera positiva ou negativamente uma de suas tarifas aplicadas, é passada uma mensagem à “ATPCO”, que de imediato permite que outras companhias visualizem a mudança. Uma vez processada a informação, disponibiliza-se ao CRS a nova tarifa, e a partir daí absolutamente todos os participantes da cadeia produtiva sabem do ocorrido. Dessa afirmação decorre uma conclusão óbvia: qualquer companhia aérea está capacitada a tomar uma decisão igual à de seu concorrente minutos após este ter agido.”

Com relação ao “matching” alegaram (fl. 29):

"Ele pode se manifestar de várias formas, porém normalmente consiste no acompanhamento dos movimentos tarifários da companhia líder em um dado mercado. Ou seja, o líder aumenta suas tarifas, e os demais o seguem. O raciocínio também vale para o sentido inverso da redução de preços. Em qualquer situação, o objetivo dos concorrentes é aumentar sua receita, ou ao menos evitar que ela diminua."

"Em termos práticos, toda vez que a companhia aérea X, líder do mercado A, decide aumentar sua tarifa aplicada, os concorrentes Y e Z estarão monitorando a líder por intermédio da "ATPCO", e poderão decidir tomar a mesma medida, inclusive no que diz respeito à porcentagem do aumento."

(...)

"o 'matching' é o instrumento mais importante dessa racionalidade cuja implementação só é viável por causa da existência de um sistema eficientíssimo de divulgação de tarifas ao mercado. Em questão de minutos é possível a uma companhia aérea descobrir a ação de sua concorrente e decidir acompanhá-la."

De acordo com as colocações dos advogados da VARIG (fl. 38):

"Por meio da "ATPCO", todas as companhias aéreas podem lançar informações sobre reservas e tarifas on line, de forma que isso será imediatamente conhecido não apenas pela Central como também pelas outras empresas aéreas e também pelas agências de viagem."

“Daí se explica a rapidez com que informações sobre números de assentos, reservas, vendas e preços de tarifas são rapidamente propagadas porque, uma vez lançadas on line no sistema, passam a ficar acessíveis às demais empresas aéreas e às agências de viagem.”

“Tal dado é relevantíssimo para o caso concreto, tendo em vista que o parecer da SEAE que requer a instauração do processo administrativo (fls. 1.005/1.019), não examinando as peculiaridades do sistema informatizado das empresas aéreas, afasta a hipótese de liderança de preços em agosto de 1999 sob o fundamento único de que as empresas aéreas teriam reduzido os descontos no mesmo dia.”

“No entanto, diante do dinamismo das informações relativas ao mercado de transporte aéreo, é possível que, em minutos, cada uma das empresas já saiba o comportamento das concorrentes para o fim de decidir se irá segui-las ou não. Isso sem contar na participação das agências de viagem, que constituem outro meio eficiente de propagação imediata de informações.”

3. RÉPLICA AOS ARGUMENTOS APRESENTADOS NAS DEFESAS

A SEAE vislumbra no presente ítem apresentar suas considerações e análise acerca dos argumentos acima elencados pelas representadas. A disposição das respostas desta Secretaria seguiu a ordem dos argumentos apresentados no tópico 2.

3.1 INCOMPETÊNCIA DA SEAE, SDE E CADE PARA ANALISAR O CASO.

Uma interpretação gramatical dos artigos 197 e 200 do Código Brasileiro de Aeronáutica levaria a crer que o DAC é o único órgão competente para analisar os atos e condutas dos agentes econômicos do setor aéreo³. Mas, o processo de interpretação exclusivamente filológico, seguramente não é o melhor caminho para revelar os sentidos e alcance de um ordenamento jurídico. Recaséns Siches, qualificava a interpretação literal de irracional e inútil, “espantosa tontería”, segundo suas palavras. Carlos Maximiliano, lembrava que “a interpretação verbal fica ao alcance de todos, seduz e convence os indoutos. Como meia ciência, deslumbra, encanta, e atrai; porém fica longe da verdade as mais das vezes, por envolver um só elemento de certeza, e precisamente o menos seguro”. Por isso, seria preciso, segundo esses autores, ir em frente no processo interpretativo.

A Teoria do Direito já formulou solução para aparentes antinomias jurídicas. As requerentes implicitamente advogam que seja aplicado o critério da especialidade, o que afastaria a competência das autoridades de defesa da concorrência. O critério da especialidade, entretanto, é apenas uma das regras que podem ser aplicadas para solução do problema. Outros critérios igualmente aplicáveis são o cronológico e o hierárquico. Na maioria das vezes, a simples aplicação de uma das regras não consegue solucionar o problema.

O critério hierárquico, chamado também de *lex superior*, é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: *Lex superior derogat inferiori*. No caso, temos duas normas de mesmo nível hierárquico (duas leis ordinárias – o CBA e a Lei 8.884/94), portanto, este critério mostra-nos insuficiente.

³ Art. 197. A fiscalização será exercida pelo pessoal que a autoridade aeronáutica credenciar.
Parágrafo único. Constituem encargos de fiscalização as inspeções e vistorias em aeronaves, serviços aéreos, oficinas, entidades aerodesportivas e instalações aeroportuárias, bem como os exames de proficiência de aeronautas e aeroviários.
Art. 200. Toda empresa nacional ou estrangeira de serviço de transporte aéreo público regular obedecerá às tarifas aprovadas pela autoridade aeronáutica.
Parágrafo único. No transporte internacional não regular, a autoridade aeronáutica poderá exigir que o preço do transporte seja submetido a sua aprovação prévia.

O critério cronológico, chamado de *lex posterior*, é aquele com base no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior: “*lex posterior derogat priori*”. É uma regra geral no Direito em que a vontade posterior revoga a precedente. A regra contrária obstaría o progresso jurídico, a adaptação do Direito às exigências sociais. O Código Brasileiro de Aeronáutica, lei ordinária publicada em 12.12.86 é anterior à Lei de Defesa da Concorrência, lei ordinária publicada em 11.06.94. No caso, todo e qualquer dispositivo do CBA que limite ou crie obstáculos à atuação dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência são considerados derogados. As requerentes realizaram raciocínio inverso. Argumentaram que o CBA, lei anterior, derogaria a Lei 8.884/94. Tal raciocínio é inconsistente em relação à doutrina jurídica. É a subversão do princípio.

O CBA foi promulgado numa época de economia fechada, dos monopólios estatais, dos mercados regulados e dos preços controlados. A preocupação com a concorrência era marginal e difusa. Obstar a aplicação da Lei de Defesa da Concorrência, que foi publicada para regulamentar o mercado de uma economia aberta, representa um retrocesso.

A terceira regra para solução das antinomias é a da especialidade. Diante de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial, prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*. As requerentes sugerem que o CBA é lei especial, o que afastaria a aplicação da lei da concorrência. No entanto, ao não se aprofundarem na questão, deixaram de fazer uma pergunta: Qual a norma especial em relação a que?

O CBA é lei especial em relação a qualquer lei geral de transporte, nunca em relação à Lei n.º 8.884/94. Uma lei não é especial "per se". É necessário confrontar o seu tema com os de outras leis. Aplicar o critério da especialidade não é tão simples quanto parece. A lei n.º 8.884/94 é especialíssima em relação às questões concorrenciais. A presente conduta não está sendo analisada sob o prisma de questões pertinentes à segurança de vôos, registros e quetais, competências que indubitavelmente

pertencem ao DAC. As autoridades antitruste têm outro foco: os aspectos concorrenciais da operação. São preocupações, a despeito da diferença, compatíveis e complementares.

A própria existência de procedimentos de análise de atos de concentração e condutas, expressos em formas de guias, em diversos países, expressa o caráter a uniformidade analítica, independentemente do setor, característica das autoridades antitruste. Isto atesta a *expertise* inerente ao tema. De fato, somente o SBDC pode zelar pela aplicação uniforme e sistêmica de uma política concorrencial pois sua *expertise* no assunto transcende o pontual conhecimento técnico setorial para envolver fundamentos de maior envergadura, ou seja, preceitos que perpassam todos os setores econômicos.

Evidentemente, se cada agência setorial fosse incumbida da aplicação da política concorrencial, haveria um elevado risco de fracionamento e falta de unidade. Não obstante, a atuação dos órgãos reguladores subsidiando a análise das autoridades antitruste é proveitosa e frutífera. Verificam-se, nessas ocasiões, sinergias para o sistema como um todo. Problemas setoriais de elevada especificidade e technicalidade podem eventualmente passar despercebidos pelas autoridades antitruste caso não contem com a colaboração dos órgãos reguladores setoriais.

A livre concorrência, princípio constitucional impositivo da ordem econômica, não pode ser afastada por qualquer medida governamental. Sua observância é imperativa nos atos e medidas legislativas do poder público. É um imperativo de uma sociedade fundada na propriedade privada e na livre iniciativa.

No entanto, imperativos tecnológicos dificultam a competição em todos os setores econômicos. São os chamados monopólios naturais, que aparecem quando a função de custos de longo prazo for significativamente subaditiva àquele volume de produção, seja de um só produto ou de múltiplos produtos, ou, dito de outra forma, quando ocorrem significativas economias de escala e/ou de escopo (em caso de atividade multiprodutora) em relação ao tamanho do mercado, calculado para um preço ao nível do custo médio mínimo (correspondente à escala mínima eficiente)⁴.

⁴ Atualmente, o que vemos, é a deterioração das posições de monopólio, resultantes de três tipos de mudança tecnológica:

O setor de transporte aéreo está longe das características de monopólio natural.

No direito americano não é nova a discussão sobre o conflito de competências entre as agências reguladoras e as autoridades antitruste. Lá, dentre outras soluções para a controvérsia, aparece a *pervasive power doctrine*. Segundo Calixto Salomão Filho, quando o poder conferido à agência reguladora é amplo o suficiente (*pervasive*), pode afastar a competência das autoridades antitruste. Esclarece que o poder deverá ser extenso e profundo o bastante para fazê-lo.

Nas entrelinhas, as requerentes trazem os argumentos da doutrina acima. Defendem até, que o poder regulamentar do DAC “alcança o cerne da equação concorrencial”. Tentam demonstrar que é amplo e profundo tal poder, o que afastaria o de qualquer outro órgão.

No entanto, deixaram de trazer à baila as conclusões do professor da USP à respeito da doutrina:

“A conclusão que se pode tirar é que, tratando-se de agência independente de regulamentação federal, a questão de aplicação do direito antitruste se resolve em uma discussão de competência dos órgãos envolvidos. A falta de competência da agência governamental responsável por determinado mercado para aplicar o direito antitruste não exclui sua aplicação; caracteriza, isso sim, a ilegalidade da regulamentação que

-
1. redução das economias de escala e diminuição dos custos fixos em proporção aos custos variáveis devido a inovações técnicas, dentro do leque de técnicas já existentes;
 2. inovação radical de processo, permitindo que um mesmo produto seja produzido a partir de uma tecnologia completamente nova, com escalas mínimas e sunk costs menores;
 3. surgimento de novos produtos substitutos e decorrentes alterações das fronteiras entre os mercados, de modo que um monopólio natural acabe transformado em um monopólio de uma variedade de produto dentro de um mercado mais amplo e formado por vários produtores rivais.

Exemplo eloqüente do que foi dito acima, aconteceu nas telecomunicações. Enquanto existia características de monopólio natural, o próprio Estado operava as empresas de telecomunicações. Mudado os padrões tecnológicos, transferiu-se para a iniciativa privada a operação, ficando para o Estado o poder concedente e a regulamentação.

desconsidera o direito antitruste (por não ser este extenso o suficiente). Da mesma maneira, a existência de competência, mas a falta de seu pleno exercício, ou seu exercício sem levar em conta aspectos concorrenciais de uma situação, torna a regulamentação ilegal, pois o poder, mesmo sendo profundo o suficiente, não foi exercido, não é pervasivo. Por esse motivo é que a casuística existente à respeito resolve o problema da ilegalidade concorrencial de uma determinada regulamentação em termos de excesso no exercício da competência regulatória ou então, desvio de finalidade.”

Resulta portanto a conclusão: o poder não sendo exercido, não é “*pervasivo*”. O DAC é um órgão técnico eficaz. Os nossos índices de acidente aeronáutico estão dentre os mais baixos do mundo, graças à eficiente fiscalização do DAC. Mas, jamais efetuou a análise de infrações da ordem econômica no setor aéreo, no âmbito da Lei nº 8.884/94. Posição compreensível, pois nunca foi legalmente competente para tanto.

Assim, é indiscutível a competência das autoridades antitruste brasileiras para analisar e julgar o presente caso.

3.2 INAPLICABILIDADE DA INFRAÇÃO TIPIFICADA COMO “AUMENTO ARBITRÁRIO DE LUCROS”.

A Lei 8.884 dispõe em seu art. 20 “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros;

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.”(grifo nosso)

A não produção dos efeitos acima listados não descaracteriza a infração como demonstram as frases destacadas acima. O acúmulo de prejuízos das incumbentes não representa uma condição aceitável para desconstituição da prática infrativa. A conduta tipificada como infração à ordem econômica foi a elevação dos preços, mediante acordo entre concorrentes, visando limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência. A obtenção de lucros ou o acúmulo de prejuízos não desqualifica a conduta, já que a lei reputa como contravenção à ordem econômica o intuito ou a possibilidade de produção de resultados e não os efeitos propriamente ditos. De fato, as disposições do artigo nem poderiam ser diferentes, já que um eventual prejuízo pode ser alcançado apesar do aumento concertado, por razões de simples ineficiência gerencial como o descontrole dos custos, por exemplo.

Outrossim, os prejuízos, contrariamente às alegações das representadas, servem justamente como incentivo a práticas anticompetitivas que tenham por objeto a reversão da situação desfavorável. Passa a existir, nessas situações, um apelo no sentido de condutas concertadas. É notório que grande parte dos acordos anticompetitivos surjam após uma guerra de preços entre concorrentes, cujos efeitos freqüentemente se revertem em prejuízos para os incumbentes. Estudiosos do tema inclusive argumentam ser por vezes necessária uma guerra de preços para manter a estabilidade de acordos. Luís M. B. Cabral afirma em seu livro *“Introduction to Industrial Organization”*:

“...price wars are a necessary evil of equilibrium collusion: If firms never engaged in price wars, the incentives for cheating would be too great for the collusive agreements to be stable.”

Iniciativas cartelizantes em mercados sujeitos a situações adversas são mais prováveis; eventuais guerra de preços podem mesmo representar uma forma de convalidação e estabilidade de acordos pré determinados, aumentando o custo de desvio ao conluio.

Severin Borenstein, consultor do Departamento de Justiça Norte-americano – DOJ para o processo envolvendo a empresa ATPCO nos Estados Unidos⁵, em seu artigo “Rapid Price Communication and Coordination: The Airline Tariff Publishing Case”⁶, ao referir-se ao próprio caso, afirma:

“Finally, the airlines argued that the common sense didn’t support the price fixing story. The airlines were experiencing the largest annual losses in their history. Major airlines had recently entered chapter 11, and two of the largest prederegulation carriers, Pan Am and Eastern, had been liquidated, new entry had nearly stopped since the middle of 1990, further indicating that the industry was not offering firms an attractive return on investment. If they were price fixing, it certainly wasn’t making the airlines rich”

Mais adiante, o autor expõe o argumento do DOJ à supramencionada defesa:

“The Justice Department argued that the profit levels were not relevant to the investigation. DOJ investigators pointed out a number of cases in which the colluding firms were in poor financial health. While collusion is likely to raise profits compared with the same market without collusion, there are many cases in which colluding firms lose money.”

No que diz respeito às acusações de fixação de preços, fica portanto evidente a recorrência do argumento de prejuízos das firmas representadas, conforme demonstram os parágrafos acima. Assim como no caso sob análise no presente parecer, o DOJ desconsiderou a alegação das representadas no processo norte-americano, apontando a

⁵ Esse assunto será abordado no tópico 3.10.3

⁶ Borenstein, Severin “Rapid Price Communication and Coordination: The Airline Tariff Publishing Case” in chapter 13 of Kwoka, John E., White, Lawrence J., *The Antitrust Revolution* – Harper Collins Publishers 1989.

inexistência de nexos causal determinante entre um suposto acordo e os lucros contabilizados.

De fato, outra não poderia ter sido a decisão do DOJ. O argumento das companhias aéreas nos Estados Unidos, assim como das representadas no caso em tela, parecem incorrer em um erro de lógica interpretativa. Segundo o raciocínio das respectivas defesas, os desdobramentos de uma prática ilícita passariam a determinar a ilicitude da conduta. Ou seja, inexisteriam delitos de mera conduta, mas somente ilícitos cujas conseqüências tivessem gerado efeitos deletérios. Essa lógica é inconsistente com a análise de condutas horizontais. Abraçá-la seria condenar o mercado à insegurança jurídica, concedendo aos contraventores um estímulo para a atuação, uma margem de segurança para práticas colusivas.

3.3 REDUÇÃO DE DESCONTOS DENTRO DO LIMITE PERMITIDO PELO DAC.

Conforme já foi abordado anteriormente, o resultado da conduta não exerce importância para desqualificação da infração já que a lei estipula como condenáveis os atos cujos objetivos se enquadrem nos incisos de I a IV, independentemente de serem alcançados. Logo, se a produção de efeitos já é desnecessária para tipificação da infração, quanto mais a forma de que se reveste o referido efeito. Pode-se considerar portanto, como absolutamente irrelevante para fins da contravenção apontada, se a elevação tarifária ocorreu por meio da redução de descontos ou pelo aumento de tarifas, ou seja, a forma de que se revestiu.

Por outro lado, mesmo que a redução de descontos tenha ocorrido dentro dos parâmetros estabelecidos pelo DAC, deve-se considerar, conforme já foi indicado anteriormente, que a infração denunciada não foi o aumento estipulado, mas o acordo que o propiciou. Nesse sentido, a existência de um teto só garantiria um patamar máximo para reajustes, em nada influenciando a conduta sob análise. Do ponto de vista da defesa da concorrência, não haveria nenhuma violação legal caso todas as empresas aéreas atingissem a tarifa máxima por meio de instrumentos de mercado.

A conduta tipificada como “aumento abusivo de preços” requer uma interpretação adequada. A abusividade aludida, não reside no percentual ou no montante do aumento implementado. A conclusão pela abusividade calcada em valores numéricos representaria uma interferência exagerada e desnecessária em variáveis de cunho empresarial. Seria retroceder ao policiamento de reajuste admissíveis somente dentro de determinados patamares. Isto aproximaria o trabalho de repressão de condutas à fiscalização de preços, cujos efeitos deletérios já se fizeram sentir no passado. Não é esse o enfoque dessa Secretaria, tampouco a conclusão da Nota Técnica N° 006/SEAE/COGDC-DF.

De acordo com o entendimento desta Secretaria, não cabe aos órgãos de Defesa da Concorrência a intervenção no mercado por meio de controles diretos de preços. A repressão de condutas tipificadas como aumento abusivo pressupõe uma análise da posição dominante da empresa, consubstanciada com a detecção de um acordo ensejador de um aumento uniforme. A ilicitude da conduta reside portanto na ação precedente ao aumento de preços, ou seja, no acordo que o propiciou⁷.

O CADE, por sua vez, reforça em seu Relatório de Atividades de 1997⁸ o enfoque jurisprudencial do termo. Alega, *in verbis*:

“Não é do entendimento desse Colegiado que cabe ao CADE ou a qualquer órgão de governo empreender ações que tenham como resultado o controle de preços puro e simples sem a observância de posição dominante da empresa ou de sistemáticas falhas de mercado.

⁷ O Artigo 21, Parágrafo único, inciso IV, é claro o bastante ao dispor a respeito do assunto: “Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:

I)...

II)...

III)...

IV) a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos.”

A Lei elucida portanto o entendimento adequado da terminologia “Aumento abusivo de preços” inserindo-o como reflexo natural de uma conduta infrativa pretérita, em condições de mercado cuja posição dominante seja verificada

O CADE entende ser fundamental que o órgão não exerça aquele tipo de intervenção de controle de preços próprio da lógica de funcionamento da vertente da chamada “defesa da economia popular”⁹. O Conselho considera que esse tipo de intervenção foi um grande gerador de distorções.”

3.4 NÃO APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA.

O Art. 2º da Lei 8.884/94 expõe:

“Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções ou tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.”

No Art. 15 a mesma lei explicita:

“Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.”

A legislação desconsidera portanto a existência de exclusões ou exceções no que se refere a seu escopo, invocando mesmo o monopólio legal como área suscetível à

⁸ *Relatório Anual 1997*, Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, Pg. 68.

⁹ O CADE usa tal termo para caracterizar o período da história brasileira caracterizado pela nítida intervenção no mercado mediante o controle direto e indireto de preços.

aplicação de seus preceitos legais. Assim sendo, só haveria possibilidade de aplicação subsidiária da Lei de Defesa da Concorrência caso lei superior ou de mesmo nível hierárquico, oriunda de pessoa política competente, posterior à mesma, trouxesse nova regulamentação à matéria da concorrência. Como exemplo ilustrativo há a Lei nº 9.427/97, o Código Brasileiro de Telecomunicações, que transferiu para a ANATEL o controle de estruturas e condutas ficando o CADE como instância recursal.

Além disso, conforme as explicações do ponto 3.1, segundo a teoria do ilustre professor Calixto Salomão Filho, o poder regulamentar exercido pelo DAC não pode ser considerado “*pervasive*”. Como tal, não afasta as competências dos órgãos de Defesa da Concorrência em matérias de sua alçada. Em que pese a *expertise* técnica do DAC, esse órgão jamais efetuou a análise de matérias afetas ao Direito da Concorrência.

A regulação governamental, por outro lado, não exclui os preceitos concorrenciais. A experiência recente vem mostrando que a competição é seguramente a melhor maneira de produzir indústrias dinâmicas e inovadoras, capazes de atender às necessidades dos consumidores e competir em mercados globalizados. Entretanto, em alguns casos, faz-se necessário corrigir falhas de mercado, e a regulação econômica apresenta-se como a melhor maneira de servir a interesses públicos mais amplos. Nessas situações, devem ser propostas regras para melhorar, e não substituir, o livre funcionamento dos mercados em ambientes competitivos.

A regulação procura simular os efeitos da concorrência, visando promover e incentivar a prestação dos serviços com qualidade e a custos cada vez menores. Assim, mesmo em mercados sujeitos à regulação estatal, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência devem não somente estar presentes, mas serem constantemente desenvolvidos e aprimorados.

Por fim, nunca é demais lembrar, a livre concorrência figura como princípio constitucional da atividade econômica. Quaisquer empreendimentos da área econômica devem tê-la como preceito norteador. Prescindir de sua consideração representaria uma violação dos preceitos expressos na carta magna.

3.5 ALTA CONCENTRAÇÃO NO MERCADO DE AVIAÇÃO CIVIL

Cabe primeiramente ressaltar que uma alta concentração de mercado não implica necessariamente um ambiente anticompetitivo. A detenção de uma elevada participação de mercado figura como requisito necessário porém não suficiente para um eventual exercício de poder de mercado¹⁰.

Sabe-se que uma empresa não controladora de parcela suficientemente alta do mercado não é capaz de provocar variações nos preços, ou nas quantidades, por um período razoável de tempo com a finalidade de aumentar seus lucros, ou seja, encontra-se incapaz de exercer poder de mercado. Quaisquer iniciativas nesse sentido teriam como consequência o total desvio das compras dos consumidores para empresas rivais. Todavia, um “market share” elevado não garante, necessariamente, que um empresa possa exercer poder de mercado. A existência de importações significativas em relação ao consumo aparente¹¹, por exemplo, pode inibir um eventual poder de mercado exacerbado. Outros fatores propiciadores de uma mitigação desse poder são as possibilidades de entrada de novos concorrentes no mercado e a efetividade da rivalidade existente. Portanto, não se deriva nenhuma conclusão imediata acerca de condutas anticompetitivas única e exclusivamente da análise do market share das empresas.

O argumento dos patronos da Transbrasil parece não compreender essa questão da forma adequada. A defesa atribui demasiada importância à explicação das causas da concentração de mercado verificada. Ela chega mesmo ao extremo de atribuir à iníqua distribuição de renda existente no Brasil, a razão para essa elevada concentração, como se uma justificativa plausível para o market share elevado fosse suficiente para desconstituição da prática infrativa.

¹⁰ Por exercício de poder de mercado entende-se o ato de uma empresa unilateralmente, ou de um grupo de empresas coordenadamente, aumentar os preços (ou reduzir quantidades), diminuir a qualidade ou a variedade dos produtos ou serviços, ou ainda, reduzir as inovações com relação aos níveis que vigorariam sob condições de concorrência irrestrita, por um período razoável de tempo, com a finalidade de aumentar seus lucros.

¹¹ A análise dessa variável não se aplica ao caso em questão. sua menção objetiva tão somente demonstrar que um elevado poder de mercado não necessariamente induz ao exercício de poder de mercado.

A defesa da Transbrasil implicitamente aponta duas variáveis como possíveis responsáveis por uma alta concentração de mercado no setor de aviação civil. A primeira, as condutas anticompetitivas, segundo entendimento dos advogados, teria sido alegada pela SEAE como causadora da estrutura altamente concentrada. A segunda, a perversa distribuição de renda, foi apresentada pelos patronos da Transbrasil como a variável explicativa determinante do “market share” do mercado em questão. A existência da segunda variável, de acordo com o raciocínio implementado, seria suficiente para descartar qualquer possibilidade de influência da primeira, na caracterização da concentração de mercado.

Ao empregarem tal raciocínio, os advogados invertem a lógica argumentativa presente na Nota Técnica da SEAE. A defesa parece entender que as condutas determinam a concentração de mercado, quando na maior parte das vezes ocorre justamente o inverso, ou seja, é a estrutura que molda as condutas. É precisamente isso que fica claro na Nota Técnica da SEAE. No documento expedido por essa Secretaria à SDE, define-se o mercado relevante e analisa-se a participação das empresas no referido mercado, com o objetivo de avaliar se, nesse cenário, um aumento de preços seria lucrativo para as incumbentes. Ou seja, pretende-se indagar se a estrutura do mercado estaria compatível com a prática em questão. Raciocínio inverso ao entendimento da Transbrasil.

Por outro lado, a defesa parece querer induzir a uma confusão ao atribuir à má distribuição de renda do país a responsabilidade pela alta concentração do mercado de aviação civil. Os patronos parecem aludir a um ciclo vicioso ininterrupto existente entre a distribuição de renda do país e a concentração no setor aéreo. Esse dilema de causalidade não existe. Na verdade, há um mercado potencial de consumidores muito grande, apesar da concentração de renda. Para que seja aproveitado, basta que surjam empresas dispostas a oferecer produtos a preços mais baixos e serviços mais diversificados de acordo com a realidade e o desejo do cliente.

A recente entrada de novos competidores no mercado a preços mais acessíveis corrobora esse raciocínio. À Gol, empresa cuja entrada no mercado efetuou-se em

janeiro de 2001, bastaram três meses para conquistar aproximadamente 3,5% do mercado¹², única e exclusivamente pelo fato de ter disponibilizado a consumidores outrora alijados do mercado, devido às altas tarifas aéreas, preços mais acessíveis. De fato, se houvesse mais concorrência, os preços seriam efetivamente mais baixos e o mercado interno maior; essa é a lógica prevalecente em mercados competitivos

Os fatos comprovam, portanto, a existência de consumidores potenciais no mercado¹³, assim como os benefícios advindos da atuação de mais um ator entre os ofertantes de serviços de traslado aéreo¹⁴. Caso o argumento da Transbrasil fosse válido, a entrada da Gol no mercado jamais poderia ter se efetivado, já que o usufruto dos serviços aéreos seria regalia de uma elite privilegiada, de número reduzido em nosso país devido à injusta distribuição de renda. Inexistiria, segundo esse raciocínio, espaço para um incremento da oferta devido à modicidade da demanda, não havendo lugar portanto, para atuação de um novo competidor.

O documento dos advogados da Transbrasil pecou por efetuar uma análise de caráter exclusivamente estático. A demanda por serviços aéreos podia eventualmente ser reduzida, à época de elaboração da defesa, aos preços vigentes naquele momento, com as condições de mercado específicas daquela data. A se verificar uma diminuição tarifária devido ao aumento da concorrência no setor, a procura por serviços aéreos tenderia naturalmente a aumentar, e foi justamente isso que ocorreu com a entrada da Gol¹⁵.

¹² Gazeta Mercantil Quarta Feira, 21 de março de 2001.

¹³ Consumidores potenciais, à época de elaboração da defesa, em maio de 2000, atualmente já são consumidores efetivos.

¹⁴ Nesse sentido, artigo da Gazeta Mercantil de quarta feira, 21 de março de 2001, é esclarecedor. Ao analisar os efeitos da entrada da Gol no mercado aéreo brasileiro, afirma: “A Gol foi o pivô desta nova guerra tarifária. Em operação desde 15 de janeiro, a companhia entrou no mercado fazendo barulho com sua política de baixo custo, baixo preço. As tarifas da companhia são, em média, 50% mais baratas que a das concorrentes. Logo após o início dos seus vôos, foi bombardeada por acusações de dumping por parte dos principais concorrentes. Os bons resultados nos primeiros meses, quando conquistou 3,5% de participação do setor e atingiu uma média de ocupação de 54%, provocou a reação das outras empresas, dizem analistas. A intenção de ampliar as operações nos próximos meses parece ter sido o estopim para a guerra tarifária que começa hoje e não tem prazo para terminar.”

¹⁵ Deve-se ressaltar que esse fenômeno de ingresso de novos atores no mercado de aviação civil só foi possível devido aos importantes avanços implementados a partir de 1992, relativos à eliminação de barreiras institucionais – regulatórias. Destacam-se, mais recentemente, as Portarias Nº 692/DGAC de 20 de Outubro de 1999, e a Portaria Nº 569/GC5, de 6 de setembro de 2000, de relevância crucial para eliminação das barreiras à entrada. Essas portarias foram responsáveis pela simplificação e

3.6 DESPROPÓSITO DA ANÁLISE DA SINALIZAÇÃO EXTERNA POR MEIO DE REAJUSTE GOVERNAMENTAL.

Na Nota Técnica nº 006 SEAE/COGDC-DF a sinalização externa por meio de reajuste governamental representou uma possível variável explicativa da redução de descontos implementada. A constatação da reunião do dia 06 de agosto aliada à exclusão de hipóteses elucidativas do reajuste tarifário, tomados em seu conjunto, representaram o método utilizado para comprovação do ilícito. Portanto, a simples desconsideração de uma sinalização não induziu automaticamente à conclusão da prática infrativa, conforme alegado pelos patronos da Transbrasil. A eliminação de outras possibilidades plausíveis se lhe interpôs. Deve-se ressaltar, adicionalmente, em consonância ao já exposto no ponto 3.4, que a forma de consolidação do aumento não exclui a ilicitude da conduta. A infração reside na prática que tenha por objetivo ou possa produzir os efeitos arrolados nos incisos I, II, III e IV do artigo 20 da Lei 8.884

3.7 INCIDÊNCIAS IDÊNTICAS DOS INSUMOS NAS PLANILHAS DE CUSTOS.

A defesa não interpretou corretamente o que diz a Nota Técnica da SEAE. Ao analisar a possibilidade de um agravamento de custos das empresas em 10% pretendeu-se descartar uma explicação plausível para um aumento de preços de 10% seguindo a

desburocratização do processo de análise e aprovação de novas linhas aéreas regulares ou alterações de linhas aéreas existentes, assim como pela eliminação das empresas aéreas desse processo de análise.

Entre as importantes barreiras regulatórias que foram eliminadas por essas portarias podemos destacar:

1. participação das empresas incumbentes no processo de análise para a aprovação de novas linhas, por meio da Comissão de Linhas Aéreas ;
2. restrição para que cada empresa de transporte aéreo regular possa alocar para as linhas aéreas especiais o máximo de 35% do total de assentos quilômetros por ela efetivamente ofertados, no mercado doméstico;
3. restrição para a utilização de aeronaves de até 50 assentos nas linhas aéreas que operam na maior parte das linhas aéreas especiais;
4. restrição para que cada empresa aérea possa deter o limite máximo de 50% da oferta de assentos no mercado doméstico.

As restrições eliminadas criavam obstáculos à entrada de novas empresas no mercado, em especial aquelas que objetivavam a atuação nas linhas aéreas entre as principais capitais do país

metodologia apontada nos tópicos anteriores. O texto da Nota, esclarecedor, nesse sentido, faz um exercício de análise e adverte para a improbabilidade de as empresas terem incidências idênticas dos insumos em suas planilhas de custos. In verbis:

"Por exemplo, se algum elemento de custo significativo apresentasse uma variação num montante tal que o agravamento para todas as empresas fosse de 10%, isto poderia motivar um reajuste nesse montante por todas elas. Observe-se, no entanto, que essa hipótese é altamente improvável, pois as quatro empresas aéreas necessariamente precisariam ter incidências idênticas dos insumos em suas planilhas de custos, o que não é razoável. Entretanto, para fins de argumentação, essa hipótese será avaliada.(grifos nossos)."

A SEAE não afirmou portanto que as empresas teriam incidências idênticas dos insumos em suas planilhas de custo. O exercício de análise foi válido somente para exemplificar a improbabilidade de ser o aumento em questão oriundo de tal sinalização de aumento de custos por parte das empresas. Assim, a frase da Nota Técnica da SEAE incorporada à defesa da Transbrasil está descontextualizada, e, como tal, desprovida de seu sentido original.

Cabe por fim mencionar que, paradoxalmente, a defesa da Transbrasil corrobora as conclusões derivadas da Nota Técnica da SEAE, qual seja, a de descartar uma explicação plausível para um aumento uniforme de 10%. Se as incidências de custos das empresas são diferenciadas, nada mais absurdo que alegar um agravamento em algum item da planilha para justificar uma majoração paralela das empresas. A SEAE estava ciente desse fato. A análise implementada visou tão somente demonstrar que, mesmo se os custos fossem idênticos, não se aplicaria qualquer explicação verossímil de incremento nos custos para o aumento tarifário. Tratou-se tão simplesmente de um excesso de zelo por parte dessa Secretaria para caracterização da conduta infrativa.

3.8 AUMENTO CONCERTADO DE PREÇOS.

O fato de a TAM ter inserido os dados de alterações tarifárias no dia 06 de agosto de 1999, conforme alegam os patronos da Transbrasil, não impede que uma eventual troca de informações tenha ocorrido, em reunião, três dias antes, ou seja, em 03 de agosto de 1999. As alterações tarifárias da TAM e VARIG ocorreram exatamente no mesmo dia, o que dificulta, senão impossibilita por completo, a ciência do aumento por meios lícitos de mercado. Mesmo que o sistema aludido na defesa da Transbrasil seja o “ATPCO”, o intervalo de tempo decorrido entre a inserção de dados de uma companhia e acompanhamento da outra revela-se por demasiado exíguo, conforme será posteriormente demonstrado.

Outrossim, deve-se classificar como extremamente temerária, do ponto de vista concorrencial, a alusão dos advogados da Transbrasil a um estudo da VARIG a respeito do aumento de agosto, que aparentemente tornaria sem sentido, segundo os próprios advogados, o estabelecimento de um acordo em reunião no dia 03 de agosto. Cabe indagar a razão de a Transbrasil ter ciência antecipada da intenção do concorrente em majorar seus preços, mesmo que tenha sido por intermédio de um estudo. Nos Estados Unidos, o Departamento de Justiça - DOJ tem dedicado atenção especial ao aperfeiçoamento dos canais comunicadores entre concorrentes visando ao estabelecimento de acordos. Tais canais são conhecidos como “facilitating practices”. Steven C. Salop em seu artigo “Practices that (credibly) facilitate oligopoly coordination¹⁶” elucida a terminologia:

“Unfortunately for potential colluders, pay-off matrices do not always satisfy the pure tacit co-ordination structure of Table 9.2¹⁷. Nor are detection lags always short enough to make a credible equilibrium out of the repeated version of the Prisoner’s Dilemma game in Table 9.1. Therefore, as an alternative, the oligopolists must

¹⁶ Op. Cit

consciously or fortuitously discover and implement some means of restructuring their pay-offs, so as to facilitate the achievement and maintenance of the co-operative outcome. We refer to these as facilitating practices.”

George Hay¹⁸, por outro lado, conclui a respeito do enfoque dado às “facilitating practices”, na jurisprudência antitruste norte-americana.

“The treatment of facilitating practices need not differ fundamentally from the treatment of agreement under section 1¹⁹, where firms are guilty not merely because they have achieved non competitive prices, but because they have done so by entering an agreement. Under a “facilitating practices” approach, it would be unlawful to achieve non coompetitive prices via the use of one or more facilitating practices.”

Logo, qualquer mecanismo ou ação adotada por concorrentes que facilite ou influencie o comportamento paralelo entre rivais é passível de reprovação pelas autoridades antitruste caso viabilize uma conduta anticoncorrencial. No caso da defesa da Transbrasil, o fato de o mecanismo se tratar de um estudo não impossibilita que sirva como instrumento propiciador de um acordo tácito, sendo, por conseguinte, suscetível de investigações futuras.

Tal entendimento não é, contrariamente do que se possa pensar, uma exclusividade das autoridades antitruste norte-americanas. A comunidade européia tem interpretação similar dessas questões conforme demonstra A. Nilsson em seu artigo “Transparency and Competition”²⁰:

¹⁷ Vide Anexo I

¹⁸ Hay, George A. “*Practices that Facilitate Cooperation: The Ethyl Case*” in chapter 7 of Kwoka, John E., White, Lawrence J., *The Antitrust Revolution* – Harper Collins Publishers 1989.

¹⁹ A Sessão 1 do Sherman Act dispõe que quaisquer contratos ou acordos que promovam uma restrição ao comércio entre estados ou países é declarado ilegal. A lei estipula multas de até US\$ 10.000.000 para corporações e até US\$ 350.000 para pessoas físicas.

²⁰ Nilsson, Arvid *Transparency and Competition*, Stockholm School of Economics – 1999.

“Kühn and Vives [20] come to the conclusion that the Commission has regarded increased price transparency through price pre-announcements as harmful to competition. In the Wood Pulp Case [26] the Commission found that firms in the European wood pulp industry violated Article 85(1) both by colluding on prices and by exchanging prices between firms. The fact that prices were published in advance made the market “artificially transparent” according to the Commission.”

3.9 NÃO ENQUADRAMENTO DA CONDUTA NOS PRECEITOS DO ART. 20.

A SEAE concorda com a defesa em suas afirmações acerca da análise conjunta dos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94. Conforme disposto no Artigo 21 :

*“As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no artigo 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica”
(grifo nosso)*

Logo, a lei estipula a necessidade de enquadramento prévio da conduta aos objetivos e probabilidade de geração de efeitos arrolados no art. 20 para caracterização de infração. Por outro lado, a lista de práticas constantes no artigo 21 não é exaustiva, conforme denotam as palavras “além de outras”, explícitas na lei. O artigo 20, portanto, dá as diretrizes analíticas para caracterização de uma prática infrativa, tendo o artigo 21 um caráter mais específico e exemplificativo.

Contrariamente ao afirmado pela Transbrasil, a Nota Técnica da SEAE não se manteve à margem das considerações do artigo 20, mais especificamente, em relação aos incisos I,III e IV, conforme alegaram os advogados da Transbrasil. Uma leitura

atenciosa da Nota Técnica nº 006 demonstra que os incisos I,III e IV do artigo 20, estão, de fato, presentes no documento.

Primeiramente, a Nota Técnica nº 006 SEAE/COGDC-DF tratou de definir o mercado relevante, demonstrando o alto grau de concentração existente. No mercado definido, quatro empresas detinham 100% do mercado, o que demonstrava a ocorrência de posição dominante por parte das incumbentes. De acordo com as colocações da Nota:

“A oferta de assentos no mercado relevante é altamente concentrada, pois 4 grupos empresariais detêm 100% de participação. O Quadro 3, a seguir, mostra que apenas os quatro grupos empresariais envolvidos na conduta em análise – VARIG, TAM, Transbrasil e VASP – atuam no mercado relevante. O grupo VARIG detém quase 50% de participação do mercado, embora tenha perdido alguns pontos percentuais para a TAM, que vem assumindo a segunda posição em transporte de passageiros nessa rota. A Transbrasil e a VASP, por sua vez, vêm enfrentando a redução de suas participações de mercado. Diante dessa estrutura de mercado, é válida a conclusão de que a elevada concentração da oferta significa que estão presentes condições necessárias para que o aumento de preços uniforme por parte da VARIG, TAM, Transbrasil e VASP seja rentável”.

Quadro 1
Oferta total de assentos na rotas Santos Dumont – Congonhas e
Congonhas – Santos Dumont

Grupo	Empresa	Participação por empresa (ass-km)		Participação por grupo (%)	
		1997	1998	1997	1998
VARIG	Varig	471.668.000	455.483.000	47,9%	44,2%
	Rio-Sul	86.332.176	119.409.120		
	Nordeste	–	73.703.736		
TAM	Tam	138.354.000	154.184.149	11,9%	23,1%
	Meridionais	–	185.022.000		
TRANSBRASIL	Transbrasil	187.496.000	199.108.000	16,1%	13,6%
VASP	Vasp	280.678.000	280.151.000	24,1%	19,1%
TOTAIS		1.164.528.176	1.467.061.005	100,0%	100,0%

Fonte: SEAE, com dados do DAC – Subdepartamento de Planejamento – Divisão de Assuntos Econômicos PL-3

Por sua vez, os parágrafos 2º e 3º do art. 20 da Lei 8.884/94 são claros o suficiente quando afirmam:

“Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa”

“A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.”

Após especificar a posição dominante do mercado, a SEAE parte para a caracterização da prática abusiva, que consistiu na intencional elevação paralela de preços.

Para tanto conduz uma análise seqüencial em sete etapas aliada à constatação de uma reunião no dia 03 de agosto de 1999. Ficou evidente no trabalho implementado que a prática em questão resultava em prejuízos à livre concorrência, não só pelos efeitos advindos da conduta, consubstanciados em uma elevação uniforme de preços, mas pela postura anticompetitiva inerente a um acordo de fixação de preços, não explicável por nenhum fenômeno de mercado.

A Nota afirma em sua conclusão:

“Constatada a ocorrência de aumento paralelo nos preços das passagens aéreas na rota Santos Dumont – Congonhas, para o qual não foram apresentadas justificativas satisfatórias por parte das empresas e não foram encontradas justificativas alternativas para explicar a coincidência da data e percentual do reajuste, e levando em consideração a existência da possibilidade do exercício coordenado do poder de mercado, resta apenas concluir que a simultaneidade e a uniformidade dos reajustes foi fruto de comunicação prévia expressa entre as quatro empresas a esse respeito.

Essa tese é reforçada pela notícia da reunião entre os presidentes das quatro companhias aéreas que atuam no mercado relevante e mais um representante do sindicato das empresas do setor, apenas seis dias antes do reajuste uniforme e simultâneo. Segundo noticiado pela imprensa, a reunião durou pelo menos três horas e não se sabe ao certo que assuntos foram discutidos. A confirmação da

realização da reunião representa um “plus”²¹, ou uma evidência de que o reajuste foi previamente combinado, adicional aos fatos aqui demonstrados.

A elevação dos preços mediante acordo entre concorrentes pode ser interpretada como um aumento abusivo de preços. Nesse sentido, a abusividade seria decorrente da natureza anti-competitiva da conduta que dá origem ao aumento e não do percentual aplicado. Dito de outra maneira: a abusividade do aumento de preços independeria do percentual adotado, sendo caracterizada pela natureza da conduta que lhe dá origem. No caso em tela, o aumento conjunto de 10% nos preços das passagens aéreas na rota Santos Dumont Congonhas no dia 9 de agosto de 1999, como resultado de um acordo previamente estabelecido entre empresas rivais, pode ser interpretado como aumento abusivo de preços.”

Vale ressaltar que a caracterização da abusividade reside na comunicação que o ensejou e não no percentual majorado, ou seja, a ilicitude está restrita à ação e não a seus efeitos. Trata-se de uma prática ilícita de mera conduta, que independe dos efeitos.

Assim sendo, a afirmação dos patronos da Transbrasil a respeito da falta de análise dos incisos I,II e IV do art. 20 na representação desta secretaria é infundada.

Os incisos I,II e IV dispõem como infrações à ordem econômica os atos que tenham por objeto ou efeito: a) limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; b) “dominar mercado relevante de bens ou serviços” (inciso II), e c) “exercer de forma abusiva posição dominante” (inciso IV). A posição dominante foi demonstrada pela análise do mercado relevante e o exercício abusivo, a

²¹ Jurisprudência nacional presente no Processo Administrativo n.º 08000.0153337/94-48, voto do conselheiro Ruy Santacruz, p.47.

dominação de mercado e o prejuízo à concorrência foram caracterizados após a análise em sete etapas implementada pela SEAE.

3.10 ALTO GRAU DE SUBSTITUBILIDADE DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE AÉREO

A alegação dos advogados da TAM acerca da substitutibilidade dos serviços parece variar conforme o que se deseja provar. Primeiramente, afirmam na página 39 da defesa que “os serviços das companhias são normalmente substituíveis entre si”. Com essa classificação objetivam demonstrar a lógica implícita à interdependência comportamental de empresas em mercados onde há paralelismo de preço. Mais adiante, entretanto, procedem a uma súbita guinada na definição. Passam a considerar o serviço heterogêneo. Conforme suas próprias palavras:

“A TAM é, portanto, o maior exemplo de que a competição no setor é viva e feroz. O aumento de sua participação no mercado de transporte aéreo doméstico revela que pode haver competição por qualidade em serviços.”

“Da afirmação acima se tira a importante conclusão de que há efetiva heterogeneidade entre os serviços prestados pelas diversas economias, especialmente se observadas a qualidade e a quantidade dos serviços ofertados nos últimos anos.”

A defesa parece querer induzir a essa conclusão para demonstrar que em mercados onde existe possibilidade de diferenciação é mais difícil deduzir, de uma proximidade de preços, a existência de um acordo.

Fica portanto evidente o casuísmo dos argumentos apresentados. Não existe na defesa, uma linha básica de argumentação, uma lógica dedutiva intrínseca.

De acordo com o entendimento da SEAE, o serviço ofertado é relativamente homogêneo. A análise dos critérios qualitativos de maior peso para o consumidor modal, a existência de vôos diretos, o horário do vôo e o número de frequências não revelam distâncias significativas entre os incumbentes a ponto de sugerir uma segmentação do serviço²². Entretanto, subsistem alguns mecanismos de diferenciação de serviço, responsáveis por uma certa fidelidade de consumo. Primeiramente cabe destacar os programas de milhagem. Conforme estudo da Gazeta Mercantil:

“Com o aumento da concorrência os programas de fidelidade vêm sendo cada vez mais utilizados como um dos mais importantes instrumentos para manutenção da participação de mercado e de políticas de marketing das empresas”

Ocorre, com esses programas, uma fidelização no consumo de passagens aéreas. Passageiros têm uma tendência a procurar passagens nas companhias que possuem programas de milhagens. Não obstante, como as quatro empresas representadas contam com programas de milhagem relativamente equivalentes, pode-se minorar o efeito dessa variável na classificação quanto à homogeneidade.

Um outro fator que poderia representar uma diferenciação são os serviços de bordo ofertados. No entanto, a análise da Gazeta Mercantil a respeito das quatro variáveis mais importantes no momento de escolha de passagem aéreas, acima mencionado, demonstra que caso haja alguma competição em relação a esse quesito, sua importância é secundária.

Convém lembrar que o mercado sob análise é a Ponte Aérea, conforme definição na Nota Técnica nº 006 SEAE/COGDC-DF. Esse mercado é caracterizado por

²² Na falta de dados específicos a respeito dessas variáveis foram utilizados índices de regularidade, de pontualidade e da de reclamações de passageiros como “*proxy*” para o caso em tela. Os dados encontram-se no anexo II.

uma baixa elasticidade, já que é predominantemente composto por executivos cujas variáveis mais relevantes na hora da aquisição de bilhetes são a existência de vôos diretos e a rapidez dos translados. Logo, reforça-se a tese de homogeneidade do serviço, visto que suas principais variáveis diferenciadoras têm um grau de relevância menor no mercado em questão.

Por fim, deve-se enfatizar que justamente os mercados inelásticos com produtos homogêneos são mais suscetíveis à celebração de acordos por parte dos incumbentes. Craig Conrath, especialista do Departamento de Justiça Norte Americano, lista em seu livro “*Handbook of Antimonopoly Law Enforcement*”, dentre os fatores cuja observância contribui para a ocorrência de cartéis, os seguintes:

- 1) A semelhança de produtos, independentemente da firma produtora. Em outras palavras, a homogeneidade do produto.
- 2) A relativa inexistência de substitutos próximos, já que um acordo em mercados com muitos substitutos apenas levaria a um desvio da demanda, tornando-o, por conseguinte, inócuo.
- 3) A inelasticidade da demanda do bem em questão.

3.11 DESVALORIZAÇÃO CAMBIAL

Com relação à desvalorização cambial, cabe indagar por que a redução de descontos ocorreu justamente em agosto. Que variáveis mercadológicas impeliram a um aumento justamente no dia 06 de agosto de 1999?

A defesa não aponta respostas plausíveis a essas questões. Não teria a líder de mercado motivos muito mais fortes em proceder a um aumento em 4 de junho de 1999, ocasião em que o DAC autoriza um reajuste na tarifa básica? Ou será que os padrões competitivos reinantes na Ponte Aérea alteraram-se substancialmente entre junho e agosto de 1999, indicando motivos satisfatórios para a postergação do aumento? Tudo

indica que não. As companhias atuando no mercado continuaram as mesmas, nenhum substantivo choque de oferta ou de demanda foi verificado.

Em resumo, as condições de concorrência permaneceram exatamente iguais entre junho e agosto de 1999. Ou seja, se as empresas alegaram que não efetuaram a majoração de preços em junho devido à concorrência, não há razão para crer que ela tenha se alterado em agosto.

3.12 CRISE ESTRUTURAL, CRISE CONJUNTURAL E CARTEL DE CRISE

3.13.1 CRISE ESTRUTURAL

É importante constatar que a própria defesa considera que a crise do setor é conjuntural e não estrutural. Torna-se portanto desnecessário provar que a sobrevivência do setor não se encontra estruturalmente ameaçada. Entretanto, mesmo que estivesse, o cartel de crise não seria a única solução possível para casos como esse. De acordo com o texto citado pela própria defesa, existem outras opções para evitar uma crise estrutural - livre mercado, intervenção estatal e finalmente, cartel de crise. Todas certamente tem um custo social embutido no curto ou no longo prazo.

O cartel representa um preço de monopólio, ou seja, um preço muito acima do preço verificado caso houvesse competição. Logicamente, tal situação significa a transferência de renda dos consumidores para as empresas incumbentes do setor cartelizado. Além disso, o cartel traz um custo social embutido presente na redução dos incentivos à eficiência. Apesar da manutenção de empregos no curto prazo, a perpetuação de empresas ineficientes pode levar à falência das mesmas no longo prazo e a redução de empregos em escala até maior. Outrossim, os empregos perdidos pela falência de empresas no curto prazo poderiam ser compensados pela expansão das empresas remanescentes e mais eficientes no mercado.

Deve-se salientar, além disso, que a opção pelo cartel é uma clara opção política, não justificável pela legislação antitruste, fugindo portanto da esfera de avaliação desta Secretaria. Segundo a conclusão de A. Fiebig em sua obra ‘Crisis Cartels and The Triumph of Industrial Policy over competition law in Europe’:

"The only actors who benefit from the policy are the firms who collect the rent facilitated by the cartel. This suggests that the triumph of industrial policy over competition law in the context of crisis cartels is a manifestation of the success of private interest to the detriment of the long-term competitiveness of European Industry and the European Public."

Portanto, os principais beneficiários de uma autorização de um cartel de crise seriam aqueles agentes econômicos beneficiados com a transferência de renda obtida pela manutenção das empresas menos ineficientes no mercado e pelo maior preço de equilíbrio derivado ao consumidor.

13.12.2 CRISE CONJUNTURAL

Afora a problemática da crise estrutural e do cartel de crise, há que analisar a crise conjuntural tão alegada pela defesa. Tal crise está diretamente relacionada a uma série de problemas do setor. Primeiramente, persistem ainda algumas barreiras à entrada, apesar das recentes medidas de desregulamentação²³. A alta concentração representa outro fator problemático. A maior empresa nacional, a VARIG, controla mais de 20% do mercado e o índice c4²⁴ é de 97%. A própria estrutura institucional estabelecida - autorização para novas linhas e homologação do teto tarifário pelo DAC – por outro lado, estimula a precariedade da rivalidade efetiva entre as empresas. Tal sistema, contrariamente, estimula a divisão de mercado e fixação de preços, prejudicando a concorrência no setor. Apesar de recentes medidas de flexibilização que

²³ Vide ponto 3.5.

permitiram o crescimento das empresas regionais como TAM regionais, Rio-Sul e Nordeste houve reconcentração no setor com a compra destes grupos por empresas nacionais já estabelecidas. Espírito Santo ressaltava em sua obra²⁵ “*Flexibilização do Transporte Aéreo no Brasil: Ingresso numa Era de Maior Competição?*” que o ambiente de concentração não gera necessariamente um ambiente negativo, na maioria dos casos, deixa de gerar um ambiente de maior competitividade, *in verbis*:

"Isto se dá basicamente pelo fato de que, apesar de haver um grande número de empresas operando, elas o fazem sob um reduzido número de estruturas administrativo-organizacionais, ou seja, o volume de geração de idéias, tendências, de inovações na indústria e de diferentes filosofias de planejamento fica muito aquém da quantidade de empresas existentes e, pior, do volume que seria necessário para estabelecer um ambiente competitivo entre estas."

Há também alguns problemas de cunho econômico, administrativo e de estratégia operacional das empresas. Os primeiros têm impacto em todos os setores da economia e, segundo analistas, estão associados à carga tributária brasileira, aos juros cobrados no financiamento e seguro de aeronaves, à proporção de gastos com mão-de-obra e ao custo de financiamento de capital de giro. Todas essas condições, contribuem para a desvantagem competitiva das empresas brasileiras.

Além disso, duas das quatro empresas dominantes - VASP e Transbrasil - têm estrutura acionária familiar, contrariando a tendência de atomização das ações de pessoas físicas e restringindo as chances de capitalização de tais empresas. Analistas argumentam que o grupo Varig, por sua vez, tem a maioria de suas ações controladas por uma fundação de funcionários que não aceita medidas de saneamento financeiro que

²⁴ Concentração de mercado das quatro maiores empresas atuando em um mercado relevante.

²⁵ Respício A. do Espírito Santo Jr, José Henrique de L. C. D. Barreiro e Márcio P. de Sequeira Santos. "Flexibilização do Transporte Aéreo no Brasil: Ingresso numa Era de Maior Competição?" in Anais Artigos Científicos. XII Congresso Nacional de Pesquisa e Ensino em Transportes. Fortaleza, 23 a 27 de novembro de 1998.

choquem com seus interesses (demissões, redução da frota com dispensa de tripulantes, redução de horas de vôo).

Analistas do setor argumentam ainda que, em termos operacionais, comete-se o erro de utilizar aeronaves de fuselagem larga para até 282 passageiros, quando o ideal seria o emprego de aviões de 100 a 150 assentos, com mais frequências e linhas mais diretas. Isto ocasiona um excesso de oferta e uma conseqüente baixa taxa de ocupação. Logo, apesar de ter havido redução de receitas unitárias, não houve a redução dos custos unitários das transportadoras.

Portanto, a questão da crise conjuntural não se resolve, simplesmente, pelo consentimento de atuação de um cartel ou de um comportamento paralelo intencional. A solução pressupõe, de fato, o fortalecimento da concorrência no setor.

3.13 AIRLINE TARIFF PUBLISHING COMPANY (“ATPCO”).

Antes de se passar às considerações da SEAE acerca das alegações dos patronos das representadas, julga-se necessário, em um primeiro momento, proceder a uma minuciosa descrição do sistema computacional alegado nas defesas da TAM e da VARIG, o ATPCO, dado o caráter eminentemente técnico evocado nos argumentos. Em momento posterior, far-se-á menção à análise do caso “ATPCO” pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos - DOJ, para que sirva como parâmetro de análise ao caso em tela. Uma análise acerca da utilização desse sistema pelas companhias aéreas representadas se seguirá, para elucidar exatamente quais firmas fazem uso dessa ferramenta e que importância o sistema teve no aumento de 06 de agosto de 1999. Por fim, analisar-se-ão seqüencialmente o fenômeno de liderança de preços dentro do contexto de utilização do “ATPCO” e a plausibilidade de a liderança de preços pela VARIG ser explicação racional para o aumento.

3.13.1 DO SISTEMA “ATPCO” - PRELIMINARES.

O “ATPCO” – Airline Tariff Publishing Company é um sistema comum de base de dados, com sede em Washington, responsável pelo armazenamento de informações relacionadas a número de assentos, reservas, vendas e preços de passagens aéreas. Sua propriedade é detida pelas seguintes companhias aéreas²⁶:

- Air Canada
- Air France
- Alaska Airlines, Inc.
- Aloha Airlines, Inc.
- American Airlines, Inc.
- British Airways
- Canadian Airlines International, Ltd.
- Chicago Helicopter Airways, Inc.
- Continental Airlines, Inc.
- Delta Airlines, Inc.
- Federal Express Corporation
- Hawaiian Airlines, Inc.
- Iberia Airlines of Spain
- Japan Airlines
- KLM Royal Dutch Airlines
- LA Helicopter, Inc.
- Lufthansa German Airlines
- Northwest Airlines, Inc.
- Reeve Aleutian Airways, Inc.
- Scandinavian Airlines System
- Swissair
- Transworld Airlines, Inc.
- United Airlines, Inc.
- US Airways, Inc.

²⁶ www.sita.com/Default.htm?/pressreleases/archives/980526atp.html

Por meio do “ATPCO”, companhias aéreas do mundo inteiro podem disponibilizar informações sobre reservas e tarifas, *on line* no sistema, possibilitando o acesso desses dados a seus concorrentes.

Em razão da grande interdependência entre as atividades das diferentes companhias, principalmente no tocante à necessidade de realização de conexões, esse sistema facilita sobremaneira a atuação das empresas aéreas e agentes de viagem na disponibilização de passagens. Conforme afirmou Michael Ferrier, **presidente da “ATPCO”**²⁷:

“The reason for our being is to allow carriers to as easily as possible manage their fares and get them to the marketplace”.

O “ATPCO” é a empresa líder no armazenamento e distribuição de dados aéreos relacionados a tarifas. Cerca de 700 companhias aéreas disponibilizam informações nessa base de dados computadorizada que são posteriormente repassadas para os CRS (Computer Reservation Systems), utilizados por agentes de viagem, e outros sistemas (Amadeus, System One, Galileo International, Sabre, Worldspan, etc) eventualmente disponíveis nas empresas de aviação. O “ATPCO” coleta e distribui informações mundialmente, prestando serviços de suporte 24 horas por dia, 7 dias por semana. As companhias aéreas e as agências de viagens, por meio do “ATPCO” e dos CRS, estão interligadas em uma rede de informações *on-line*, mediante o qual é possível obter quase instantaneamente qualquer informação sobre linhas, tarifas, classes e assentos disponíveis.

Assim sendo, a rede serve como eficiente mecanismo de disponibilização de informações permitindo ganhos de eficiência tanto para as empresas aéreas como para os clientes.

²⁷ www.sita.com/Default.htm?/pressreleases/archives/980526atp.html

Apesar dessas vantagens, o sistema traz também aspectos adversos para a concorrência e o livre jogo das forças de mercado. O “ATPCO”, ao aumentar a comunicação entre concorrentes, torna mais fácil a implementação de acordos anticompetitivos facilitando a colusão tácita entre rivais.

Conforme argumentou Jonathan B. Baker em seu artigo *“Horizontal Price Fixing in Cyberspace”*²⁸, os sistemas de informação cuja principal característica é permitir a troca instantânea de informações têm o desejável efeito de reduzir os custos de transação do mercado, diminuindo os ônus de pesquisa, monitoramento e coordenação entre agentes. Todavia, quando rivais em determinado mercado têm acesso rápido a informações a custos irrisórios, com pronta capacidade de resposta, eles têm forte incentivo à realização de acordos anticompetitivos. Segundo suas próprias palavras, em referência ao “ATPCO”:

“That’s what the major airlines did, according to the Justice Department, in the first horizontal price fixing case in cyberspace”.

Por representar um poderoso mecanismo de facilitação de acordos entre concorrentes, esse sistema foi objeto de um acordo cessação de prática nos Estados Unidos, conforme será abordado a seguir.

3.13.2 DA ANÁLISE JUDICIAL DO “ATPCO” NOS ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos foi instaurada uma ação civil estabelecendo entre o Departamento de Justiça – DOJ e a Airline Tariff Publishing Company – “ATPCO”, Alaska Airlines, American Airlines, Continental Airlines, Delta Airlines, Northwest Airlines, Trans World Airlines, United Airlines e USAir um acordo de não utilização de determinadas ferramentas do sistema, homologadas em juízo. O acordo objetivava

²⁸ Baker, J. B – *“Horizontal Price Fixing in Cyberspace”* in www.ftc.gov/speeches/other/confbd4.htm

impedir a consecução de determinadas condutas consideradas contrárias às leis antitruste norte americanas, quais sejam:

1) Realização de diversos acordos, combinações e ações concertadas para a fixação de preços no mercado de aviação civil nos Estados Unidos, no período de abril 1988 a maio de 1990. Os acordos propiciaram o aumento de tarifas, a eliminação de descontos pré-existentes e a imposição de restrições para aquisição de bilhetes em determinados trechos. Todos os acordos e condutas empreendidos pelas requerentes foram realizados por meio do “ATPCO”.

2) Implementação de acordos, entendimentos e ações coordenadas para elaboração, manutenção, operacionalização e participação no sistema de disseminação de tarifas por meio do “ATPCO”, de Abril 1988 até março de 1994. Facilitação desnecessária, por meio do sistema, de ações coordenadas entre as representadas, permitindo:

- a) uma comunicação mais efetiva acerca de aumentos futuros de tarifas, mudanças de restrições impostas a determinadas tarifas e eliminação futura de tarifas com descontos,
- b) o estabelecimento de “links” entre propostas de alteração tarifárias de rotas de forma a sugerir veladamente uma negociação,
- c) um monitoramento recíproco das alterações de tarifas não disponíveis para venda e
- d) uma redução do grau de incerteza relativo à política de preços dos competidores.

A comunicação efetuada entre as companhias aéreas realizava-se por meio das notas de rodapé²⁹ constantes no “ATPCO”. Cada empresa podia anexar até duas notas de rodapé para cada tarifa que incluía na base de dados. Essas notas eram identificadas por códigos alfanuméricos³⁰, sendo utilizadas pelas companhias, dentre outras coisas, para divulgação de datas de vigência de tarifas.

Para troca de informações a respeito de tarifas a vigorar ou a serem extintas, as acusadas utilizavam-se de dois artifícios de comunicação: o *first ticket date*” e o *last*

²⁹ “Footnotes”. V. United States of America, Plaintiff, v. Airline Tariff Publishing Company; et al., Defendants, pg. 7, em www.usdoj.gov/atr/cases/dir23.htm.

ticket dat. O *first ticket date* indicava a data a partir da qual uma tarifa estaria prevista para entrar em vigor. O *last ticket date* estipulava a última data de vigência de determinada tarifa. Ambos eram veiculados por meio das notas de rodapé.

Ressalte-se que a veiculação de *first ticket dates* e *last ticket dates* estava destituída de qualquer obrigatoriedade de venda. Ao lançarem no sistema um “first ticket date” ou “last ticket date”, as companhias podiam indefinidamente adiá-los ou mesmo extingui-los. As agências de viagem, que utilizavam o CRS, não tinham acesso a esses artifícios de comunicação.

De acordo com a primeira acusação, as empresas aéreas, utilizando-se dos mecanismos de *first ticket date*, *last ticket date* e outras mensagens veiculadas por meio das notas de rodapé, participaram de um processo iterativo de trocas de informação com o objetivo de fixar tarifas futuras. Complexas negociações, troca de concessões e monitoramento de desvios aos acordos estipulados foram implementados por meio dos mecanismos acima descritos.

Suponhamos, por exemplo, que determinada companhia quisesse aumentar as tarifas temendo, no entanto, uma eventual perda de mercado caso suas competidoras não a seguissem. A companhia lançaria então um *first ticket date* no “ATPCO”. Na hipótese de suas concorrentes seguirem sua conduta, lançando todas *first ticket dates* idênticos, o aumento poderia efetivar-se, caso contrário, não. De forma similar, ocorriam, por vezes, complexos processos de negociação em que um aumento em uma rota seria trocado por reduções em outra. Por meio das notas de rodapé e dos códigos alfanuméricos³¹ as empresas sugeriam as trocas desejadas.

A ação civil objeto do acordo de cessação de prática foi aprovada em 10 de agosto de 1994, pela corte do Distrito de Columbia. A decisão foi pelo estabelecimento de um acordo em que os usuários do sistema se comprometiam a não fazer uso das seguintes condutas:

³⁰ “alphanumeric codes” . V. United States of America, Plaintiff, v. Airline Tariff Publishing Company; et al., Defendants, pg. 7, em www.usdoj.gov/atr/cases/dir23.htm

³¹ Op. Cit.

A) Por parte das companhias aéreas:

- 1) estabelecimento de acordos com qualquer outra companhia aérea visando à fixação, elevação ou manutenção de qualquer tarifa;
- 2) disseminação de qualquer *first ticket date*³², *last ticket date*, ou qualquer outra informação relacionada com à intenção ou planejamento de mudança de tarifas;
- 3) propagação ou disponibilização de qualquer mecanismo de identificação (*designating mechanism*) a outras companhias;
- 4) disponibilização de qualquer tarifa cujo fim seja tão somente a comunicação de intenções ou planejamento de mudanças;
- 5) propagação ou disponibilização de dois ou mais códigos alfanuméricos³³ que possibilitem a identificação de notas de rodapé contendo informação idêntica;
- 6) propagação ou disponibilização de qualquer nota de rodapé que identifique uma outra nota de rodapé não contendo informação alguma; e
- 7) utilização de códigos de tarifas que contenham outras informações além das referentes à classe das tarifas ou aos termos e condições de viagem e compra.

B) Por parte do “ATPCO”:

- 1) transmissão de qualquer tarifa contendo *first ticket date*;
- 2) propagação ou disponibilização de qualquer mecanismo de identificação de uma companhia aérea a outra;
- 3) propagação ou disponibilização para qualquer companhia aérea de dois ou mais códigos alfanuméricos³⁴ que possibilitem a identificação de notas de rodapé contendo informação idêntica;
- 4) propagação ou disponibilização de qualquer nota de rodapé que identifique uma outra nota de rodapé não contendo informação alguma;
- 5) propagação ou disponibilização de tarifas a qualquer companhia aérea previamente à inclusão das mesmas nos CRSs domésticos; e
- 6) propagação ou disponibilização de mudanças de tarifas com maior frequência que pelo menos um dos CRSs domésticos atualiza sua base de dados tarifária.

³² Op. Cit.

³³ Op. Cit.

³⁴ Op. Cit.

Adicionalmente, foi nomeado, por cada empresa representada, um “oficial antitruste”³⁵. Sua principal função seria o monitoramento das ações das companhias acusadas de forma a assegurar a estrita observância das decisões do acordo.

3.13.3 DA UTILIZAÇÃO DO “ATPCO” PELAS COMPANHIAS AÉREAS BRASILEIRAS

Nas respectivas defesas apresentadas à Secretaria de Direito Econômico, somente a VARIG e a TAM alegaram utilizar o “ATPCO” para rotas nacionais, à época da conduta analisada. A VASP e a Transbrasil não fazem menção ao sistema nos documentos encaminhados à SEAE.

Nas oitivas dos presidentes das companhias aéreas, os srs. Rolim Adolfo Amaro e Wagner Canhedo Azevedo, respectivamente presidentes da TAM e da VASP, reiteraram a utilização do sistema por suas empresas. O sr. Fernando Abs da Cruz Pinto, presidente da VARIG à época da conduta sob investigação, alegou não saber se o “ATPCO” era utilizado para monitoramento de tarifas de outras empresas. Já o presidente da Transbrasil, o sr. Antônio Celso Cipriani, afirmou que o sistema utilizado por sua companhia, em Agosto de 1999, para acompanhamento e divulgação tarifária doméstica, era o SITA³⁶.

O sr. Antônio Celso Cipriani averbou, em depoimento à Secretaria de Direito Econômico e à SEAE:

³⁵ Antitrust Compliance Officer, v. United States of America, Plaintiff, v. Airline Tariff Publishing Company, et al., Defendants, pg. 9 em www.usdoj.gov/atr/cases/dir23.htm.

³⁶ O SITA é um provedor de telecomunicações globais e de soluções de informação para a indústria de transportes aéreos. O sistema serve a mais de 700 órgãos em 220 países e territórios. Os principais clientes do SITA são as empresas aéreas, as companhias aerospaciais, organizações de frete aéreo, autoridades aeroportuárias e organizações governamentais

*“que à época a Transbrasil não se utilizava do sistema da “ATPCO” para registrar alterações ou aumentos de tarifas domésticas, somente para as internacionais. Que isso se dava não por uma limitação do sistema doméstico mas porque não havia profissionais treinados na empresa para operar o sistema, **embora pudessem pesquisar as alterações das tarifas (grifo nosso)**. Que na época foi utilizado o sistema SITA para promover o aumento de tarifas. Que o sistema SITA, então, atualizou o sistema utilizado pelas agências de viagens para a venda de bilhetes. Que á época a Transbrasil não atualizava os dados sobre tarifas na “ATPCO” para os vôos domésticos. Que a alimentação do sistema “ATPCO” no que se refere a alterações ou aumentos de tarifas exige uma maior complexidade técnica, o que pressupõe que o funcionário encarregado de promover essas modificações deve ter conhecimento não só dessas questões técnicas, mas também, o domínio da língua inglesa, o que não havia à época em que se promoveu a redução de descontos e modificação de tarifas no dia 09 de Agosto de 1999.”*

Logo, embora a Transbrasil não alimentasse o “ATPCO” com as mudanças tarifárias, detinha pleno acesso ao sistema para pesquisa, conforme demonstra o depoimento do Sr. Antônio Celso Cipriani. Outrossim, a não utilização do “ATPCO” para registro de tarifas domésticas não eliminavam a possibilidade de fazê-lo caso houvesse necessidade. Prescindir do sistema para o lançamento de reajustes parece demonstrar uma política de otimização de recursos escassos, reversível. Tão logo fosse prioritária a inclusão de reajustes de passagens domésticas no “ATPCO”, a companhia poderia deslocar funcionários atuando na área internacional, ou mesmo contratar mão de obra qualificada para a execução do serviço.

O sr. Rolim Adolfo Amaro, por sua vez, confirma a utilização do sistema pela TAM. Conforme consta na oitiva:

“a TAM adota os sistemas “ATPCO” e SITA para a publicação de suas tarifas . Os referidos sistemas também se prestam para monitorar as tarifas praticadas pelas demais companhias aéreas concorrentes. No ano de 99, a TAM já utilizava o sistema “ATPCO”. O sr. Rolim não tem conhecimento se há diferenças de aspectos operacionais entre rotas domésticas e internacionais no sistema “ATPCO”. O sistema “ATPCO” permite a publicação de descontos tarifários com antecedência, caso assim deseje a companhia interessada.”

O presidente da VASP, sr. Wagner Canhedo Azevedo, também deixou claro em sua oitiva que sua empresa fazia uso do “ATPCO”. De acordo com o documento:

“a VASP tem acesso, e já tinha à época dos fatos, do sistema “ATPCO”, tanto para vôos domésticos, quanto para internacionais. A operação do sistema pressupõe que o funcionário encarregado tenha o domínio da língua inglesa e dos aspectos técnicos do sistema. A VASP dispõe de duas pessoas capacitadas para a realização dessas funções. Por intermédio do sistema “ATPCO” tem-se conhecimento das tarifas e dos horários de vôos das empresas concorrentes. É possível modificar sua política tarifária tão logo seja necessário , mas sempre fazendo isso no dia 09 do mês para entrar em vigor no dia seguinte às zero horas. As alterações realizadas no sistema “ATPCO” tornam-se disponíveis para todas as empresas aéreas, imediatamente.

3.13.4 DA UTILIZAÇÃO DO “ATPCO” E DO FENÔMENO DA LIDERANÇA DE PREÇOS

O sistema “ATPCO” decerto serve como meio de comunicação entre as empresas permitindo que comportamentos de determinada companhia estejam prontamente disponíveis às demais. Este sistema, em teoria, permitiria que um aumento de preços por uma firma fosse seguido pelas demais, no mesmo dia do aumento.

À primeira vista, a simples existência do “ATPCO” desqualificaria o argumento presente na Nota Técnica nº 006/2000 SEAE/COGDC-DF, que desconsiderou a existência da liderança de preços como mecanismo de coordenação de mercado devido ao reajuste ter sido efetuado na mesma data.

No entanto, uma análise mais profunda revela que, contrariamente ao afirmado pelas representadas, a comunicação efetuada pelo sistema, além de não caracterizar a existência de liderança de preços no mercado analisado, dá margem a questionamentos acerca da licitude de determinadas ferramentas do sistema.

Primeiramente, deve-se ter em mente a definição de liderança de preços, qual seja:

“Price leadership implies a set of industries practices or customs under which list price changes are normally announced by a specific firm accepted by leader by others, who follow the leader’s initiatives.”³⁷

Como é necessário um anúncio, uma comunicação, por parte da firma aceita como líder às demais, a fronteira entre um acordo entre concorrentes para fixação de preços, proposto por uma firma líder, ato condenado por lei, e um mecanismo de coordenação via mercado a partir de aumento da empresa líder, prática legítima, fica muito tênue e imprecisa. No limite, um acordo de fixação de preços poderia ser entendido como um mecanismo de liderança de preços, bastando para isso que em

determinada reunião uma empresa proponha um preço mais alto e os rivais concordem com o preço sugerido.

Atualmente, com os inegáveis avanços da informática e dos meios de comunicação, essa fronteira torna-se ainda mais imprecisa. Importantes decisões de uma empresa podem ser rapidamente seguidos por seus concorrentes por meio de sofisticados sistemas informatizados. Severin Borenstein, consultor do DOJ, afirma em seu artigo³⁸:

“While an agreement among competitors to fix prices is per se illegal, computer technology that permits rapid announcements and responses has blurred the meaning of “agreement” and has made it difficult for antitrust authorities to distinguish public announcements from conversations among competitors”.

Fica portanto evidente a dificuldade relativa à nítida separação entre condutas aceitáveis do ponto de vista da análise antitruste, daquelas condenáveis sob o mesmo enfoque, com o constante desenvolvimento da tecnologia computacional e a possibilidade de rápida troca de informações.

Não obstante a imprecisão inerente ao tema, pode-se estabelecer um parâmetro de análise em conformidade aos preceitos teóricos econômicos que ajuda a elucidar a questão.

Em qualquer mercado, informações relativas a concorrentes são inevitáveis. A observação desse fato não autoriza a conclusões precipitadas acerca dos padrões competitivos vigentes. Em indústrias sujeitas a concorrência perfeita, qualquer mudança nas variáveis de mercado são prontamente percebidas por todos os agentes devido à própria estruturação do mercado. Por outro lado, em situações oligopolísticas observa-se, analogamente, um persistente acompanhamento dos movimentos de rivais. Mesmo nesses casos, qualquer conclusão abrupta a respeito do grau de competição é

³⁷ SCHERER, F.M; ROSS, D. *Industrial Market Structure and Economic Performance*. Boston, Houghton Mifflin Company, 1990. 3rd edition. P. 248

³⁸ Op. Cit.

questionável. George A. Hay em seu artigo *‘Facilitating Practices: The Ethyl Case (1984)’*³⁹ dá um exemplo ilustrativo ao se referir a dois postos de gasolina idênticos (A e B) em uma estrada isolada sem rivais nem perspectivas de futuros entrantes.

“Even if A could not observe B’s prices directly, the fact that there are only two firms means that any increase in B’s business would result in a corresponding drop in A’s business. Hence, station A would immediately feel the impact of B’s increase in business and is very likely to conclude that the reason for the shift in business is B’s lower price.”

Não se pode derivar, automaticamente, portanto, a partir da disponibilidade de informações de concorrentes, conclusões a respeito da licitude de condutas. O que distinguiria então uma prática concorrencialmente infrativa de outra aceitável sob o mesmo ponto de vista? Qual seria o limite entre esses dois pólos?

Uma importante variável para distinguir essa sutil fronteira separando condutas lícitas das ilícitas é o mercado. Caso a firma líder tenha efetuado a comunicação, o anúncio, por meio de mecanismos normais de mercado, efetivamente possibilitando a compra por parte dos consumidores, teoricamente, a prática pode ser considerada legítima do ponto de vista da livre concorrência; caso contrário, provavelmente não. Assim, a caracterização de uma liderança de preços desprovida de questionamento acerca de sua licitude pressupõe uma efetiva disponibilização para todos os agentes do mercado do preço anunciado pela líder.

Jonathan B. Baker, Diretor do Departamento de Economia do “Federal Trade Commission”, ao analisar o assunto em seu texto *“Horizontal Price Fixing in Cyberspace*, expõe:

“When one firm in an oligopoly raises its price, and each of the others follow that lead, it takes little effort to

³⁹ Doravante “Ethyl Case”.

imagine the behavior as constituting an agreement. The first price increase is an offer; those that follow are acceptances; as each observes each others' actions, they reach a common understanding."

Mais adiante, prossegue :

"What the courts actually do in parallel pricing cases tells us what an agreement is under antitrust law. Rather than deeming mere conscious parallelism an agreement, courts first look for certain additional features of firm behavior called "plus factors". Parallelism plus something might support an inference of agreement. The principal plus factor have historically been the kinds of things that suggests there really was a secret agreement. That is, they are evidence that the parties had gone through a process of negotiation and exchange of assurances in addition to, or as the reason for, their parallel price behavior. They support a conclusion, based on the totality of the circumstantial evidence, that the parties have done more than merely watch each other's market behavior and respond to it completely independently, as leader and followers." (grifo nosso)

Portanto a licitude de conduta em mercados oligopolizados sujeitos à rápida troca de informações entre agentes está relacionada à obtenção de informações no mercado e a elaboração de decisões de forma independente. Por independente entendem-se decisões utilizando única e exclusivamente as informações que lhes são disponíveis por meio do mercado, e, portanto, acessíveis a todos.

Na prática em análise no Processo Administrativo nº 08012.000677/99-70 referente ao mercado de aviação civil, os anúncios das companhias aéreas ao "ATPCO"

não perpassavam o mercado. O simples anúncio de uma empresa ao sistema não só não a obrigava à venda, como sequer era comunicado ao CRS para disponibilização às agências de viagens.

Existe, por outro lado, no “ATPCO”, a possibilidade de cancelamento de tarifas já incluídas no sistema e portanto visíveis aos concorrentes. Os usuários do ATPCO detêm, por conseguinte, a faculdade de inserir dados no sistema com o intuito único e exclusivo de se comunicarem com os rivais. Pode-se inserir uma tarifa sugerindo um aumento futuro, caso não haja aceitação dos concorrentes, simplesmente promove-se sua eliminação. Por meio desses mecanismos, há real possibilidade de estipulação conjunta de preços, à revelia dos consumidores.

Não é por acaso que nos Estados Unidos a “ATPCO” celebrou um acordo homologado em juízo com o DOJ compromissando-se a eliminar determinadas ferramentas de seu sistema por representarem um mecanismo de facilitação de acordos ilícitos, conforme visto anteriormente. O fato encontra-se inclusive exposto em consagrados manuais de antitruste como exemplo de artifício de coordenação de cartéis⁴⁰:

“In 1994, the Justice Department settled a case involving airlines’ pricing practices. A particular concern was that the airlines were using a commonly owned computer network to signal each other for the purpose of sustaining non competitive prices. The computer system provides instantaneous transmission of more than 100,000 domestic fare changes daily. The network makes it easier for the airlines to enter the data in their computer reservation systems for travel agents. It was conjectured that one of the pricing rules that airlines sought to establish and sustain was the rule that each airline gets to set the fares in its own hubs. A 1989 encounter between America West

⁴⁰ Viscusi, W.; Vernon, J. & Harrington, J (1995) – *Economics of Regulation and Antitrust*. Cambridge, Mass: MIT Press.

and Northwest is evidence in support of this conjecture. America West set a low fare of US\$ 258 roundtrip for the Minneapolis-Los Angeles route. This large fare would largely attract passengers from Northwest as it has a hub in Minneapolis. Rather than lowering its US\$ 308 fare to match America West, Northwest set a new fare that struck directly at America West's hub in Phoenix. Northwest cut its US\$ 208 fare between Phoenix and New York to US\$ 168 and, most interestingly, initially made the fare available for only two days. Apparently, America West got the message. Five days after setting its low Minneapolis-Los Angeles fares, America West rescinded them. It has been reported that some airline executives have gone so far as to communicate their personal feelings with respect to being undercut by prefixing new fares with the letters "FU". (grifo nosso)

Assim sendo, fica evidente que a utilização do “ATPCO” não caracteriza um fenômeno de liderança de preços. Para que este fenômeno pudesse existir, as firmas seguidoras teriam que observar o preço praticado pela líder, no mercado. O “ATPCO” permite, em detrimento do consumidor, que um resultado final favorável às empresas aéreas seja atingido, independentemente da reação dos clientes no mercado.

Caso o sistema não fosse utilizado, o íterim de estabelecimento do preço por uma firma e acompanhamento das demais poderia ser testado pelo mercado. Se o preço estipulado pela líder fosse alto demais, provocando uma brusca queda na demanda por seu produto, provavelmente as demais firmas não a seguiriam. Caso o preço fixado pela líder não levasse a uma significativa retração da procura, haveria maior probabilidade de seguir a líder. Com o “ATPCO”, esses mecanismos de ajuste do preço, até uma situação de equilíbrio, são eliminados. George A. Hay ilustra bem o risco representado desde o aumento da líder e eventual acompanhamento da seguidora no “Ethyl Case”:

“One station (Station A) is contemplating raising the price to \$ 1.25, which its resident economist has computed to be the the profit maximizing monopoly price: the price that would maximize total profits if both stations were to charge the identical price. The scheme will be profitable for A only if station B matches the \$1.25 price, since if A raises the price and B does not follow all of A’s customers will switch to B.”

“At first glance, it appears risky for A to go ahead with the price increase without prior assurance (i.e. agreement) that B will follow, since a possible strategy for B is not to match A’s price increase and to capture all the business. However, if A raises the price to \$ 1.25, it will learn very quickly whether B has followed, since the same signs that communicate B’s price to potential customers can be seen by A. If B has not followed the increase, A can promptly restore its \$1.00 price. In the interim, A will have lost some sales, but as long it is able to detect B’s price cutting and responds immediately, the losses will not be too great.”

Steven C. Salop em seu artigo ‘Practices that (Credibly) Facilitate Oligopoly Coordination’ também discorre sobre o tema:

“Information exchange facilitates both explicit and tacit co-ordination by eliminating uncertainty about the rival’s actions. Classic examples of information exchanges are inter-seller verification of price-quotations and advance notice of price changes. In each case, the exchange of information shorten or eliminates detection lags and, therefore, the time interval spent in off-diagonal price-pair states. By decreasing the transitional losses from price

risers and the transitional gains from price discounts, incentives are altered in such a way as to make the joint profit outcome easier to achieve and maintain.”

Observa-se, portanto, o quanto as incumbentes buscam evitar o teste do mercado, a reação dos consumidores. As empresas objetivam maximizar a comunicação tarifária entre os concorrentes, minimizando-a perante os usuários. Trata-se de uma atitude racional. A resposta dos consumidores representa uma situação de risco para a primeira companhia a efetuar o aumento, já que os usuários podem desviar sua demanda em direção a outras empresas. O preço fixado pela líder e acompanhado pelas demais empresas no menor tempo possível, sem conhecimento dos consumidores, é a situação mais cômoda e lucrativa possível pois elimina o risco de desvios de demanda, diminuindo a probabilidade de não acompanhamento. Scherer e Ross acerca do assunto:

“The paramount problem for firms trying to make of an oligopolistic market structure is to devise and maintain communications systems that permit behavior to be coordinated in the common interest. The conflicts that inevitably arise must be resolved without resorting to price warfare. Adjustments to changes in demand and cost conditions must be made so as to elicit unanimous consent and minimize the risk that actions taken in the groups interest will be misinterpreted as Prisoner’s Dilemma style defecting or self serving aggression.”

A comunicação destituída da obrigação de venda, sem conhecimento dos consumidores, descarta o risco de provável guerra tarifária em mercados oligopolizados, em jogos com rodadas infinitas. Essa situação seria a mais desfavorável aos incumbentes. Há, contrariamente, uma convergência para a situação mais favorável aos participantes, de acordo com um clássico modelo de dilema dos prisioneiros⁴¹.

⁴¹ A presente situação pode ser explicada por um clássico modelo de dilema dos prisioneiros.

O “ATPCO”, na forma que é utilizado atualmente no Brasil, concede portanto essa possibilidade extremamente “cômoda” às empresas aéreas, de se comunicarem à revelia dos consumidores. Sequer pode-se alegar, no caso em tela, que a disseminação de alterações tarifárias no sistema pode promover efeitos positivos sob a forma de um incremento de informações aos consumidores, da transparência no mercado e da diminuição dos custos de procura. Os dados inseridos no ATPCO por meio das notas de rodapé⁴² só são disponibilizados para os sistemas de reserva caso haja autorização expressa das companhias aéreas, impossibilitando, conseqüentemente, a assimilação por parte dos consumidores, ou seja, do mercado.

3.13.5 DA LIDERANÇA DA VARIG NO MERCADO DE AVIAÇÃO CIVIL

O cerne da defesa presente no tópico 2.11 reside na consideração da VARIG como empresa líder no mercado de aviação civil. De acordo com os patronos da TAM, o aumento do dia 06 de agosto de 1999 foi iniciado pela VARIG, nitidamente a empresa líder, e seguido pelas demais companhias. Asseveram, *in verbis*, os advogados da TAM, ao se referirem à estratégia da companhia:

“A estratégia institucionalmente adotada pela empresa foi baixar os preços. Tratava-se de uma iniciativa inovadora no transporte aéreo brasileiro na medida que contestava a sólida liderança da VARIG.(grifo nosso)”

Mais adiante, afirmam de forma ainda mais explícita:

“Em presença de um líder natural no mercado - como é o caso da VARIG – o paralelismo fica ainda mais evidente, pois os agentes econômicos tenderão individualmente a seguir sempre o comportamento desse líder.(grifo nosso)”

⁴² Os *first ticket dates*” e *last ticket dates* são veiculados por meio das Notas de Rodapé.

Ao levar em consideração as declarações da TAM, esta Secretaria não encontrou evidências circunstanciais ou teóricas que pudessem corroborar sua assertiva a respeito da liderança da VARIG no mercado de aviação civil brasileiro do ponto de vista da teoria econômica.

Primeiramente, a VARIG parece não reconhecer a condição que lhe é imputada pela TAM. Em sua defesa, os patronos da VARIG não aludem a nenhum líder específico, omitindo-se a respeito do assunto ao se referirem ao “ATPCO”. Alegam simplesmente, ao discorrerem sobre a existência do sistema:

“Tal dado é relevantíssimo para o caso concreto, tendo em vista que o parecer da SEAE que requer a instauração do processo administrativo (fls. 1.005/1.019), não examinando as peculiaridades do sistema informatizado das empresas aéreas, afasta a hipótese de liderança de preços em agosto de 1999 sob o fundamento único de que as empresas aéreas teriam reduzido os descontos no mesmo dia.”

Por outro lado, em março 1998, a TAM, conforme alegou sua própria defesa, foi a primeira empresa a baixar suas tarifas na Ponte Aérea. Sua iniciativa foi seguida pelas demais companhias, desencadeando, na seqüência, uma autêntica guerra tarifária em todo território nacional. Segundo as afirmações da defesa:

“A estratégia institucionalmente adotada pela empresa foi baixar preços. Tratava-se de uma iniciativa inovadora no transporte aéreo brasileiro, na medida que contestava a sólida liderança da VARIG.”

“O primeiro passo se deu em março de 1998, mediante o anúncio pela TAM da tarifa promocional da Ponte Aérea, no valor de R\$ 119,00. Os concorrentes baixaram seus

preços imediatamente, valendo lembrar que a VARIG desceu a exatos R\$ 115,00. A TAM não reduziu a tarifa de R\$ 119,00 porém criou novas classes promocionais na Ponte Aérea, aos preços de R\$ 99,00 e R\$ 79,00.”

É portanto de se estranhar que uma empresa caracterizada como “líder”, detentora de poder impositivo de suas tarifas, tenha tido um comportamento de acompanhar os preços de uma firma considerada “seguidora” em um dos fenômenos recentes de maior importância para a aviação civil brasileira (guerra tarifária de 1998). Esse fenômeno é teoricamente inconsistente.

Em março de 2001, esse fenômeno volta a ocorrer. Novamente, a empresa “seguidora”, conforme denominação própria, volta a ter comportamentos de líder e a suposta “líder” anuncia intenções de a seguir. Artigo publicado no “Estado de São Paulo” em março de 2001, ao se referir às reduções tarifárias em curso, notifica:

“A maior ofensiva desta vez, parte da TAM, que amanhã vai baixar de R\$ 208 para R\$ 99 o valor da passagem no mais movimentado trecho doméstico para os vôos entre 10 horas e 16h30. Mas a Transbrasil que retornou à ponte no dia 13 de fevereiro com tarifas promocionais de R\$ 116, já anunciou que venderá passagens por R\$ 98, a partir de hoje, nas mesmas condições da concorrente. A TAM ainda estendeu as tarifas promocionais nos horários fora do pico de movimento, para os trechos que ligam Congonhas a Brasília (R\$ 175, ante um preço máximo R\$ 429), Porto Alegre (de R\$428 por R\$ 175), Curitiba (de R\$ 238 por R\$ 171) e Belo Horizonte / Pampulha (a queda é de R\$ 316 para R\$ 228).”

O Globo ao se referir à conduta da VARIG declara:

“A VARIG não se pronunciou ontem, mas fontes do mercado garantem que a companhia deverá anunciar novidades ainda esta semana.”

Portanto, as evidências factuais não corroboram as alegações presentes na defesa da TAM de que a VARIG é a líder do mercado de aviação civil brasileiro.

Do ponto de vista teórico, de forma análoga, a afirmação defendida pelos patronos da TAM também não encontra respaldo.

A liderança de preços é definida como uma sucessão de práticas ou ações industriais por meio das quais mudanças nos preços são anunciadas por uma firma específica, aceita como líder, e seguida pelas demais, consideradas as seguidoras. Scherer e Ross⁴³ distinguem três diferentes formas de liderança de preços: a firma dominante, a colusiva e a barométrica⁴⁴.

A primeira ocorre em ocasiões em que uma única firma nitidamente domina a indústria, no sentido convencional da palavra, estipulando preços em conformidade com seus interesses próprios. Nesse modelo, a reação das firmas marginais, as seguidoras, são antecipadamente incorporadas na decisão da líder. Sua ocorrência é observada em mercados em que a líder detém alta participação de mercado e as demais empresas um “market share” reduzido, estando impossibilitadas de influenciar os preços. Ocasões que uma firma tem capacidade ociosa suficiente para impor sua política de preços sobre o setor, também são passíveis de apresentar esse tipo de liderança.

A liderança de preços colusiva consiste em uma abstração teórica para caracterizar a forma de liderança em que se chega a uma solução de mercado monopolista em um ambiente cujo problema de coordenação oligopolizada de preços é observado. A liderança de preços colusiva tem maior probabilidade de ocorrer quando: a) o setor é fortemente oligopolizado, b) os produtos são substitutos próximos, c) as curvas de custos são similares, d) existem barreiras à entrada de novos concorrentes e e) a demanda é relativamente inelástica.

⁴³ Op. Cit.

Por fim, Scherer e Ross apontam que a liderança de preços barométrica é observada em casos em que o líder atua tão somente como um medidor das condições de mercado, estipulando preços muito próximos aos padrões competitivos. Nesse modelo, não existe poder de coerção de uma empresa sobre as demais, sendo os eventuais “líderes”, constantemente alterados.

Dos modelos expostos, observa-se somente no primeiro uma empresa líder fixa, detentora de real poder de imposição de preço sobre as concorrentes. Nos demais casos, não existe a suposição de uma companhia que exerça a função de líder de forma fixa e decisiva, ou seja, uma “líder natural”, parodiando a expressão contida na defesa da TAM acerca da posição da VARIG no mercado. Logo, a se levar em consideração a defesa da TAM e a alegação nela contida de indubitável posição de liderança da VARIG, só o primeiro modelo teórico seria adequado.

No entanto, embora seja até possível cogitar um eventual poder de determinação tarifária por parte da VARIG, atribuir a essa companhia uma liderança incontestável, fixa e natural é, além de um exagero, uma inconsistência teórica. O quadro 1 utilizado no tópico 3.10 analisou a participação de mercado na Ponte Aérea entre os aeroportos Congonhas e Santos Dumont levando em conta a oferta de assentos. A participação da VARIG chegou a 44,2% em 1998, conforme demonstram os dados⁴⁵. Este percentual está, portanto, longe da situação acima descrita, caracterizadora da liderança de preços de firma dominante. Malgrado o *market share* elevado da VARIG, as firmas concorrentes têm significativa participação chegando a 55,8% do mercado, ou seja, mais da metade do *market share*.

⁴⁴ “*Dominant firm, colusive, and barometric*”

⁴⁵ Esta cifra provavelmente registrou uma queda frente à maior participação da TAM nessa rota, em tempos recentes.

4. DA AUSÊNCIA DE EXPLICAÇÕES PLAUSÍVEIS PARA A CONDUTA

Até o presente momento, verificou-se a insuficiência dos argumentos apresentados pelas representadas ao aumento uniforme de preços ocorrido em 6 de agosto de 1999, objeto de análise no tópico anterior.

Das alegações constantes dos autos até o presente momento, o único argumento que poderia invalidar as conclusões relatadas na Nota Técnica N° 006/SEAE/COGDC/DF é o do sistema "ATPCO". A Nota pautou-se pela doutrina do "Paralelismo Plus". As representadas clamam que a existência do sistema explicaria o paralelismo, invalidando, por conseguinte o "plus" alegado na Nota, qual seja, a reunião do dia 03 de agosto de 1999, no Hotel Sofitel, em São Paulo. No tópico 3.11.5 procedeu-se à análise preliminar da viabilidade dos argumentos das representadas acerca desse sistema. No ponto 4, o tema será retomado, com o objetivo de tecer uma ponderação acerca do potencial caráter anticompetitivo da conduta. Para tanto, serão consideradas duas etapas analíticas seqüenciais. A primeira se proporá a examinar a plausibilidade do aumento da VARIG ter sido acompanhado pela TAM, no tempo em que ocorreu. A segunda examinará os aspectos anticoncorrenciais de determinadas ferramentas do sistema "ATPCO" assim como em que medida foram utilizadas para efetivação do aumento do dia 06 de agosto de 1999.

4.1 PLAUSIBILIDADE DO ACOMPANHAMENTO DO AUMENTO DA VARIG PELA TAM

Nas defesas das representadas, nas investigações implementadas por esta SEAE ao sistema "ATPCO" e nos ofícios respondidos pelos representantes legais das companhias aéreas, foi alegado que o aumento da VARIG do dia 06 de agosto de 1999 foi inserido no sistema exatamente às 15:27. De acordo com a defesa da TAM, decidiu-se pelo "*matching*" a partir da visualização da majoração da concorrente. Suas alterações tarifárias foram inseridas no sistema às 19:22.

Uma análise dos documentos enviados como resposta ao Ofício nº 2821/MF/SEAE/COGDC-DF demonstrou, no entanto, a existência de um registro da TAM cuja descrição era a de “*Fare Increase from BRL 130.00 to BRL 143.00*”⁴⁶ tendo sido efetuado às 16:17, ou seja, 50 minutos após a disponibilização do aumento da VARIG.

Essa alteração tarifária implica, portanto, que às 16:17 a TAM já se tinha decidido pelo “*matching*” e já havia enviado sua resposta à central da “ATPCO”. Talvez, por alguma peculiaridade técnica do sistema, os advogados da TAM tenham considerado o acompanhamento como tendo se consolidado às 19:22. No presente momento essa questão é irrelevante. O fato a ser destacado é que às 16:17 o posicionamento da TAM já estava decidido e já havia sido inserido no sistema, estando inclusive visível aos concorrentes. Em resposta ao Ofício nº 2821/MF/SEAE/COGDC-DF, os advogados da “ATPCO” declararam, “*in verbis*”, acerca dos horários (“tempo”, como afirmam) constantes nos documentos enviados:

“Observe-se que o tempo fornecido refere-se ao tempo de conclusão do processamento de instruções pelo “ATPCO””

Mais adiante, indagados acerca do tempo necessário para que determinada informação inserida no sistema possa estar disponível às outras, asseveram:

“Uma vez que a informação tenha sido processada, ela poderá estar disponível imediatamente.”

Depreende-se, conseqüentemente, que o horário cuja referência se faz no documento enviado como resposta ao ofício nº 2821/MF/SEAE/COGDC-DF é o de “*tempo de conclusão do processamento das instruções*”. Essas informações, ademais, estavam prontamente disponíveis às outras companhias aéreas tão logo se findara o processamento.

⁴⁶ Anexo III.

consequência da própria característica dos recursos de informática extremamente velozes.

O tópico 3.13.4 deixou claro que o “ATPCO” não serve como meio aceitável para caracterização de um fenômeno de liderança de preços, pois o mesmo não pressupõe tarifas vigorando no mercado, com possibilidade real de compra por parte dos consumidores. O sistema permite a comunicação entre concorrentes sem a interferência dos clientes, sem possibilidade de compra efetiva. A inserção de dados no “ATPCO” não pressupõe sua disponibilização para venda, o que pode excluir a participação dos consumidores na determinação do preço. Essa exclusão decorre de comandos específicos existentes no sistema⁴⁷, que, embora não sejam de utilização obrigatória, permitem que as empresas aéreas ocultem dos consumidores seus planos de futuros aumentos de tarifas. Trata-se, portanto, de artifícios impeditivos do mero conhecimento das tarifas, ou seja, inviabilizadoras da simples possibilidade de reação dos compradores, ao mesmo tempo que permitem troca de informações entre concorrentes.

Assim, pode-se considerar que o sistema favorece, à revelia dos consumidores, a troca de informações entre concorrentes a respeito de variáveis de mercado.

Por outro lado, não se justifica o argumento de eventuais vantagens do sistema em razão da maior transparência das informações disponibilizadas, o que reduziria os custos de procura⁴⁸, contribuindo para uma maior eficiência. A exclusão do acesso dos consumidores às informações disponibilizadas no sistema, conforme ficou claro nos tópicos precedentes, explica tal conclusão.

Não obstante, o sistema tem inegáveis aspectos positivos tanto para as companhias aéreas quanto para os consumidores. Por meio do “ATPCO”, companhias aéreas do mundo inteiro podem obter informações sobre reservas e tarifas de forma instantânea, permitindo uma interconexão global entre as empresas de aviação civil. Em razão da grande interdependência entre as atividades das diferentes companhias, principalmente no tocante à necessidade de realização de conexões, esse sistema facilita

⁴⁷ Conhecidos como *first-ticket dates*.

⁴⁸ *Search Costs*.

sobremaneira a atuação das empresas aéreas e agentes de viagem na disponibilização de passagens.

Levando-se em conta essas duas facetas antagônicas do “ATPCO” para o bem estar social, uma conclusão acerca da aceitabilidade do uso do sistema, do ponto de vista da política de antitruste, invocaria uma avaliação de seu benefício líquido sobre o bem estar econômico e a concorrência.

De fato, determinadas funções do “ATPCO” não revelam aspectos ensejadores de condutas anticompetitivas ao passo que outras facilitam-nas, sem revelar, em contrapartida, substantivas eficiências. Em particular, os *first ticket date* e os *last ticket dates*, por não implicarem a obrigatoriedade de venda, assim como as "notas de rodapé" fazendo referência a tarifas de companhias diferentes, representam recursos do “ATPCO” cujo benefício é duvidoso para o consumidor e nulo para a concorrência, ao passo que ensejam poderosos artifícios de comunicação entre os concorrentes⁴⁹.

Por meio de *first ticket date*, *last ticket date* e outras mensagens veiculadas por intermédio das notas de rodapé, as companhias aéreas podem engajar em um processo iterativo de trocas de informação com o objetivo de fixar tarifas futuras. Complexas negociações, troca de concessões e monitoramento de desvios aos acordos estipulados tornam-se possíveis. Caso uma empresa deseje implementar um acordo evitando o risco de não ser seguida pelas concorrentes, e, portanto, de perder mercado, basta que insira um *first ticket date* com data futura no “ATPCO” e um *last ticket date* retirando a tarifa vigente. As concorrentes concordando com o movimento, imputam decisões semelhantes mediante o mesmo mecanismo. Caso determinada companhia discorde da majoração pode disponibilizar *first ticket date* e *last ticket dates* com datas diferentes, atrelando notas de rodapé remissivas à tarifa objeto da negociação. Todo esse processo pode ocorrer por tempo indeterminado, imune ao exercício de soberania por parte dos consumidores.

⁴⁹ O acordo celebrado entre as companhias aéreas norte americanas, a “ATPCO” e o Departamento de Justiça é esclarecedor quanto aos aspectos potencialmente nocivos desses recursos. Não é por outra razão que a utilização dos mesmos foi proibida conforme pôde se verificar no ponto 3.11.3.

Particularmente em relação ao caso analisado, verificou-se a utilização da ferramenta de *first ticket date* e *last ticket dates* para efetivação do aumento do dia 06 de agosto de 1999. A partir do momento que foi inserida uma alteração tarifária sem possibilidade de venda imediata, mas somente no futuro, fez-se uso do recurso de *first ticket date*. Como a alteração tarifária foi inserida pela TAM e VARIG no dia 06 de agosto, estando somente disponível para venda no dia 09, houve utilização dessa ferramenta. Além disso, no documento enviado como resposta ao Ofício N° 2821 MF/SEAE/COGDC-DF, às páginas 3 e 4 do Anexo B, faz-se referência explícita ao uso de *first ticket date* e *last ticket dates*.

4.4 CONCLUSÃO

A análise do tópico 4.1 mostrou a reduzida probabilidade de o aumento da VARIG ter sido seguido pela TAM e disponibilizado no sistema em 50 minutos. Por outro lado, o tópico 4.2 discorreu acerca do caráter eminentemente anticompetitivo da utilização de determinadas ferramentas do “ATPCO”. Ficou demonstrado que duas dessas ferramentas foram utilizadas para efetivação do aumento do dia 06 de agosto de 1999, quais sejam, o *first ticket date* e o *last ticket date*.

Esses dois aspectos levantados no curso do presente parecer, levaram à conclusão do ponto 4: o único argumento supostamente cabível para invalidar as conclusões relatadas na Nota Técnica N° 006/SEAE/COGDC-DF é inaceitável. Primeiramente pela improbabilidade de sua ocorrência, depois, pelo mecanismo alegado para sua efetivação caracterizar uma conduta empresarial anticompetitiva, no entender desta SEAE.

Conclui-se portanto, de acordo com a análise implementada, que o aumento paralelo de preços no mercado de serviços de transporte aéreo entre os aeroportos centrais de São Paulo e Rio de Janeiro em agosto de 1999, seis dias após uma reunião fechada entre os presidentes das companhias aéreas, não apresenta justificativas plausíveis para sua ocorrência.

Outrossim, demonstrou-se ao longo do presente parecer, que determinados recursos do sistema ATPCO facilitam a adoção de práticas anticoncorrenciais, sem revelarem eficiências diretas em contrapartida. Em particular, o mecanismo de *first ticket dates* representa um recurso de benefício nulo para o consumidor com efeitos concorrenciais deletérios. Outros aplicativos menos explorados neste parecer técnico, como as "*last ticket dates*" e os "*footnote designators*", veiculados por meio das "Notas de Rodapé", podem ter como consequência a influência à adoção de conduta comercial concertada entre empresas aéreas.

5. RECOMENDAÇÃO

Levando-se em conta os pontos abordados no presente parecer, a Secretaria de Acompanhamento Econômico, com base em sua análise técnica, recomenda:

- 1) a condenação da conduta ocorrida em agosto de 1999, com fulcro no Art. 20, inciso I cc. Art. 21 inciso I da Lei nº 8.884/94;
- 2) a proibição de utilização da ferramenta de *first ticket date* do Sistema ATPCO por parte das companhias aéreas nacionais de aviação civil; e
- 3) a abertura de Processo Administrativo em desfavor da Airline Tariff Publishing Company – ATPCO, para análise da influência de seu sistema na adoção de conduta comercial concertada entre as empresas aéreas, nos termos do Art. 20, inciso I cc. Art. 21 inciso II da Lei nº 8.884/94.

À apreciação superior.

PEDRO DE ABREU E LIMA FLORÊNCIO

Coordenador-Geral de Defesa da Concorrência - DF (substituto)⁵⁰

PAULO CORRÊA

Secretário-Adjunto

De acordo.

CLAUDIO MONTEIRO CONSIDERA

Secretário de Acompanhamento Econômico

⁵⁰ Esse parecer também contou com a relevante contribuição do Coordenador Geral de Defesa da Concorrência anterior, Frederico Campos Guanais de Aguiar.

ANEXO I

Table 9.1

Ethyl	Dupont					
	P _H	P _H	P _L	P _H	P _L	
		100	-10	100	140	
	P _L	140	70	-10	70	
Ethyl's payoff			Dupont's payoff			

Table 9.2

Ethyl	Dupont					
	P _H	P _H	P _L	P _H	P _L	
		100	-10	100	90	
	P _L	90	70	-10	70	
Ethyl's payoff			Dupont's payoff			

ANEXO II

Índices de Pontualidade 1994-1996 (em %)

Ano	Vasp		Varig		Transbrasil	
	Doméstico	Internacional	Doméstico	Internacional	Doméstico	Internacional
1994	93	90	89	84	85	89
1995	95	90	85	81	80	78
1996	97	95	95	92	87	85

Fonte: DAC e Panorama Setorial.

Índices de Regularidade 1994-1996 (em %)

Ano	Vasp		Varig		Transbrasil	
	Doméstico	Internacional	Doméstico	Internacional	Doméstico	Internacional
1994	98	96	95	92	91	81
1995	98	97	94	95	97	96
1996	99	98	97	95	99	97

Fonte: DAC e Panorama Setorial.

Índices de Reclamações de Passageiros

	Brasil	EUA
1992	3,45	1,22
1993	2,05	1,02
1994	1,85	0,94
1995	1,38	0,82
1996	1,33	0,77

Fonte: Gazeta Mercantil, p. 71.