

O CONTROLE DA COLUSÃO HORIZONTAL NO MERCADO DE COMBUSTÍVEIS

Luiza Saito Sampaio

Introdução

Os cartéis representam hoje, em termos de conduta, o foco das atenções no direito concorrencial brasileiro. Isso se deve à elevada danosidade que a colusão horizontal tende a causar ao mercado, seja pelo abuso do consumidor que perderá sua prerrogativa de escolha no que tange, conforme o caso, os preços ou a qualidade do produto final, seja pela eliminação de concorrentes que não aderem ao ajuste colusivo, muitas vezes em decorrência de custos diversos ao do conjunto de concorrentes que se organizam sob a forma de um cartel, ou ainda, seja por impedir a concorrência potencial ou a entrada de novos concorrentes num determinado mercado, o que se dá com a elevação de barreiras à entrada. Assim sendo, fica claro o objetivo predatório da conduta e sua tendência a lesionar o mercado, o que justifica a necessidade e adequação da tutela antitruste.

Com o intuito de empreender uma análise desse tema, buscar-se-á, inicialmente, ainda que de forma bastante breve, abordar a política de concorrência no Brasil, para identificar o controle de condutas no cenário legislativo. A seguir, explicitar-se-á a importância de um controle concorrencial de condutas, para se passar ao tratamento da colusão horizontal em si, destacando sua definição, caracterização, formas de manifestação e justificativas possíveis para sua aceitação.

Após essa análise inicial, tratar-se-á do ponto central dessa monografia, qual seja, a defesa da concorrência no mercado de combustíveis no Brasil, cuidando-se desse último, numa perspectiva histórica, de sua formação e desregulamentação, e numa perspectiva bastante atual, da formação de preços hoje e de sua fiscalização pela Agência Nacional do Petróleo – ANP. Em seguida, tendo em vista tratar-se o mercado de combustíveis de um mercado regulado, traçar-se-á um paralelo entre regulação e defesa da concorrência, abordando-se importantes aspectos como a regulação da colusão e a teoria dos jogos, explicativa do comportamento oligopolístico dos agentes no mercado, a participação da ANP na instauração de processos administrativos e na prestação de informações, e os principais pontos da cartilha conjunta da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE/MJ e da ANP sobre a questão dos cartéis.

Finalmente, para garantir um tratamento o mais completo possível, dedicar-se-á um capítulo à experiência brasileira no controle de cartéis, abordando-se a jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e as inovações implantadas no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC nesse sentido.

1. A Política de Concorrência no Brasil

O panorama da política de concorrência nacional envolve a proteção de interesses difusos, privados, públicos e políticos, cada um com legislação própria. Assim, há a Lei n.º 8.884/94, Lei Antitruste, de natureza paralela ao artigo 170 da Constituição Federal de 1988, que trata dos interesses difusos ou metaindividuais de livre concorrência e de tutela ao consumidor e ao meio ambiente, entre outros princípios constitucionais. Tal lei contém a regra da responsabilidade objetiva, ou seja, independente de culpa, havendo punição dos agentes, cujos atos tenham por objeto limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar mercados relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros e/ou exercer de forma abusiva posição dominante, ainda que não se alcance o fim explicitado. A Lei Antitruste reflete, de um lado, o controle de estruturas de mercado e, de outro, o controle de condutas ou comportamentos dos agentes no mercado, interessando esse último mais de perto ao exame do tema proposto nesse trabalho.

Há que se mencionar também a Lei n.º 8.137/90, que trata dos crimes contra a ordem econômica e tributária, sendo, portanto, de interesse público, e a Lei n.º 9.279/96, Lei de Propriedade Industrial, cujo artigo 195 tipifica a concorrência desleal e a proteção dos concorrentes no mercado, sendo de interesse privado. Nesse ponto, interessa mencionar a distinção feita pela doutrina francesa¹ entre concorrência desleal e concorrência ilegal. A primeira seria espécie do gênero que é a segunda, restringindo-se, como ocorre em nossa legislação, a atos contrários aos usos honestos no comércio, como aqueles que criam confusões entre estabelecimentos comerciais, produtos,

¹ Interessante citar o entendimento do Professor Bernard Dutoit em relação à fundamentação da repressão aos comportamentos ensejadores de concorrência desleal: “*S’il n’est pas interdit de songer à cet égard à la théorie générale de la responsabilité civile ou à l’enrichissement illicite, les rapporteurs ont envisagé la question principalement sous l’angle de la concurrence déloyale, c’est-à-dire du point de vue d’abus du droit de libre concurrence ou de l’usage excessif de la liberté du commerce.*”, in *La Concurrence Parasitaire en droit comparé*, p. 154

serviços ou marcas, causando desvio de clientela ou aqueles que atentam contra a moralidade no mercado. A Lei n.º 9.279/96, que de maneira muito simples e direta pode ser apontada como a lei de defesa dos concorrentes no mercado, em oposição à Lei n.º 8.884/94, que é a lei de defesa da concorrência, possui natureza mista, de responsabilidade em âmbito penal e civil.

Compõe, ainda, o panorama da política de concorrência a defesa comercial, referente à concorrência internacional. Nesse sentido, existem protocolos da Organização Mundial do Comércio - OMC, que foram internalizados na década de 90, para a inibição da prática de *dumping*, subsídios e outras medidas de salvaguarda, visando a proteção do mercado brasileiro.

Finalmente, completa o quadro legislativo da política de concorrência nacional as Comissões Parlamentares de Inquérito - CPI, de interesse político, previstas no artigo 58, parágrafo 3º, Constituição Federal de 1988, que trata de fatos determinados relativos à Administração. Como exemplo em âmbito concorrencial, pode-se citar a CPI dos medicamentos que tratou do cartel dos laboratórios.

1.1. *A importância do controle concorrencial de condutas*

Inicialmente, cabe observar que os dois requisitos mínimos do direito concorrencial são a garantia da liberdade de escolha do consumidor e a máxima precisão possível das informações transmitidas no mercado. A fim de atender a esses requisitos, deve o direito concorrencial ter por conteúdo central justamente a regulamentação do poder econômico, entendido como o exercício de influência sobre o mercado. No entanto, o direito concorrencial não se restringe à regulação do poder econômico no mercado, sendo necessária também a garantia de que as forças de mercado concorram lealmente².

² Neste sentido, interessante observar, sob uma perspectiva comparativa, a evolução da legislação antitruste norte-americana e a alemã. O *Sherman Act* trazia como preocupação central o poder econômico e político dos monopolistas sobre os consumidores, inexistindo, assim, inicialmente maior atenção à proteção do concorrente contra práticas desleais de outro concorrente. Somente após a edição do *Clayton Act* e do *Federal Trade Commission Act* nasceu o consenso entre os economistas de que práticas destrutivas e desleais são o maior obstáculo para a entrada de novos concorrentes no mercado. Disso decorreu, aliás, a definição de certas práticas desleais como ilícitas per se, a fim de impedir a monopolização (Teoria da Incipiência). A evolução legislativa alemã, por sua vez, se deu em sentido contrário: da proteção da lealdade da competição à proteção da liberdade de competir. Vide, para uma análise mais detalhada, SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 58 e ss.

Interessante notar que, muitas vezes, pode haver alguma tensão entre as regras que regulam a liberdade de competir e aquelas que tratam da lealdade da competição. A busca da solução, no caso concreto, deverá levar em consideração a real pluralidade de interesses envolvidos, quais sejam, os dos consumidores e os dos concorrentes.

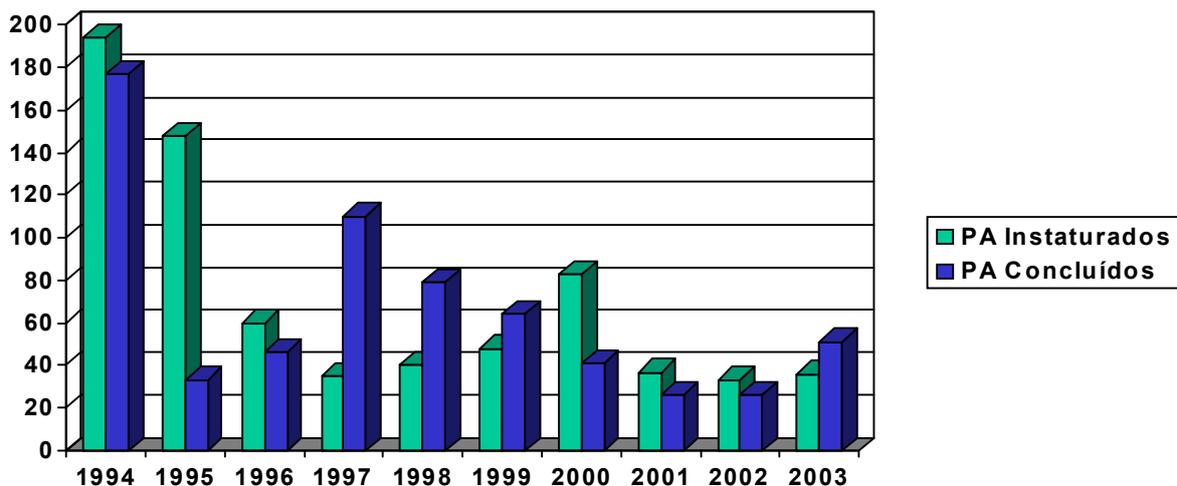
Há três hipóteses de ilícito concorrencial: atos tendentes à dominação de mercado, abuso de posição dominante e concorrência desleal. Esta última hipótese não pode ser justificada por qualquer regra da razão³, uma vez que a ilicitude é verificada independentemente da posição do agente no mercado. O ilícito por excelência do direito antitruste corresponde ao grupo dos atos tendentes à dominação do mercado, pois o foco principal à garantia da existência da concorrência é justamente o que se ocupa da concentração e cooperação econômica e das condutas ilícitas. Havendo um controle suficiente de estruturas e de condutas, estaria, teoricamente, afastada a possibilidade de abuso de posição dominante. Já a preocupação com a proteção dos concorrentes, logicamente, surge num momento posterior à existência da própria concorrência. Assim, ainda que a concorrência leal seja fundamental indiretamente à garantia da própria concorrência, a preocupação com a lealdade deve ser posterior.

Conforme visto acima, o sistema de proteção contra a concorrência desleal não se esgota na Lei Antitruste, havendo previsão de crime no artigo 195 da Lei de Propriedade Industrial, sendo o fundamento de tal tipo de ilícito a proteção da existência de competição. Cabe, ainda nesse sentido, frisar que a importância da preservação de padrões mínimos de comportamento leal reside na garantia de transmissão de informações verdadeiras ao consumidor sobre preço e qualidade do produto, evitando o desencadeamento de um processo autofágico de disputa no mercado que poderia levar à formação de monopólios e oligopólios.

³ Nesse ponto, faz-se necessário explicitar que a chamada regra da razão, em oposição ao tratamento per se, é aquela que considera possíveis justificativas e a existência de poder no mercado, conferindo maior flexibilidade no tratamento de cartéis e gerando incerteza sobre a ilicitude de práticas anticompetitivas horizontais. Vale ressaltar que a tanto a regra da razão, quanto o tratamento per se, surgiram jurisprudencialmente no direito antitruste norte-americano e que, portanto, devem ser utilizadas com cautela em nosso direito. O tratamento per se foi discutido no caso *Socony Vacuum*, na década de 40, já a regra da razão foi posteriormente tratada no famoso caso NCAA, acerca da transmissão de jogo de basquete, em 1984.

Feitas essas observações iniciais a respeito do âmbito de preocupação da norma antitruste, cabe justificar a importância sistemática, recentemente reconhecida pela doutrina⁴ e autoridades antitrustes⁵, do controle de condutas. Nesse sentido, observando o Gráfico I, abaixo, que mostra a evolução do número de processos administrativos instaurados e concluídos por ano, de 1994 a 2003, infere-se que o alto número de processos instaurados no primeiro ano em relação ao último ano reflete uma verdadeira falta de filtro na análise de condutas, que resultou em claro desperdício de recursos e de energia no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC. Mais experiente e criteriosa, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE/MJ passou a implementar também o procedimento administrativo e a averiguação preliminar, reduzindo o congestionamento de processos administrativos instaurados.

Gráfico I - A Evolução dos Números relacionados a Processos Administrativos (PA) Instaurados e Concluídos no período de 1994 a 2003



Cumprе mencionar que a própria formulação legal brasileira no tocante à matéria de condutas se traduz através de formulações gerais, presentes no artigo 20 da Lei n.º 8884/94, cuja concretização vem no dispositivo seguinte⁶. Além

⁴ Infelizmente, pouco numerosos são os trabalhos acadêmicos acerca do tema dos comportamentos anticoncorrenciais.

⁵ O crescente número de investigações de cartéis por parte da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE/MJ é um reflexo claro dessa tendência, como será visto mais adiante, no item 4.

⁶ Assim, o Artigo 20 da Lei Antitruste aponta como infrações à ordem econômica os atos que tenham por objeto ou possam ter por efeito limitar, falsear ou de qualquer

disso, a própria eficácia do sistema antitruste depende da aplicação simultânea dos subsistemas de controle estrutural e comportamental, já que há verdadeira simbiose, na prática, entre as regras estruturais e as regras de conduta.

Contudo, não é somente pela maior atenção que lhe foi conferida pelas autoridades antitruste e pela importância para a eficácia do sistema concorrencial que o controle de condutas faz-se imprescindível. Face ao surgimento de novas estruturas empresariais, influenciadas pelo processo de terceirização, que resulta na prevalência do controle externo sobre o interno, resta abandonada a técnica de participação societária e emerge o contrato como instrumento de controle⁷. Surgem, assim, holdings puras, em que não há participação no capital das sociedades controladas, cuja estrutura, no mais, não é facilmente controlável através da disciplina de estruturas. O controle possível a uma tal situação, portanto, só pode ser o de comportamentos. Além da situação de controle contratual, outra hipótese na qual não se deve cogitar da aplicação de regras estruturais diz respeito às situações do controle de fato. Ou seja, há ainda a possibilidade de o poder de comando se originar da intensa dependência resultante de contratos, por exemplo, de fornecimento ou de prestação de serviços⁸.

O controle de condutas revela-se, ainda, importante para evitar um controle estrutural excessivamente rigoroso que, punindo estruturas não necessariamente danosas à concorrência, acabe por limitar desnecessariamente a li-

forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa (inciso I), dominar mercado relevante de bens ou serviços (inciso II), aumentar arbitrariamente os lucros (inciso III) ou exercer de forma abusiva a posição dominante (inciso IV). O artigo 21, por sua vez, traz um rol exemplificativo de condutas que, configurando uma das quatro hipóteses indicadas no artigo anterior, apresentam-se como infrações à ordem econômica. Destaque-se as condutas que serviriam para tipificar um cartel, quais sejam, as dos incisos I, II, III e VIII do artigo 21: fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços, condições de venda de bens ou de prestação de serviços; obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários; e combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa.

⁷ Vide COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. Rio de Janeiro: Forense, 1983, para análise detalhada dos conceitos de controle interno e externo.

⁸ Nesse sentido, Calixto Salomão Filho propôs a formulação de uma teoria jurídica dos cartéis, em que expressa a preocupação com a análise das relações contratuais de fato para a identificação de acordos tácitos que tenham objeto e efeitos potencialmente lesivos à concorrência. Esse tema será aprofundado no item 2.3.2, abaixo.

vre iniciativa empresarial. Dessa forma, o controle de comportamentos torna-se cada vez mais útil na análise de concentrações em que haja a formação de uma estrutura potencialmente lesiva à concorrência, mas que também possa reverter em eventuais benefícios aos consumidores, pois possibilita que não se proíba pura e simplesmente a operação. Isso sem excluir, porém, um controle comportamental através da instituição de compromissos de desempenho.

Retomando a referida noção de relação simbiótica entre as regras estruturais e comportamentais, vale notar que especialmente em relação aos cartéis, que interessam mais de perto aos objetivos do presente trabalho, há dificuldade em se determinar se o seu tratamento mais adequado se dá em sede de controle das estruturas ou dos comportamentos⁹.

Por fim, deve-se registrar as teorias mais recentes sobre o controle dos comportamentos no pensamento econômico, como que para comprovar e enfatizar a importância da matéria no moderno pensamento antitruste. Neste sentido, superando as teorias tradicionais da Escola de Chicago e da Escola de Harvard, ambas circunscritas ao campo da organização industrial, surgiram a teoria dos mercados contestáveis¹⁰, a teoria dos jogos¹¹ e a teoria dos custos de transação¹².

2. A colusão horizontal

Já se apontou acima uma crescente preocupação com o controle de condutas anticoncorrenciais no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, no entanto, vale dedicar um estudo mais aprofundado acerca dos cartéis, seja pelo perigo de sua lesividade à ordem econômica, seja mesmo porque representam hoje em dia o centro das preocupações e verdadeiro foco

⁹ Como se verá, *infra*, o controle realizado no SBDC para apuração de cartéis é de condutas, mas a análise das estruturas é imprescindível. Aliás, a preocupação com estruturas é ainda mais forte no caso de mercados regulados como o de combustíveis.

¹⁰ Tal teoria propõe uma visão dinâmica das estruturas do mercado, pois este é considerado não como é, mas como pode ser em função da concorrência potencial existente. Assim, o mercado seria contestável porque existem empresas que nele podem entrar e contestar a prevalência daquelas que já se encontram no mercado. Esta possibilidade determina o comportamento das empresas que estão no mercado e, também, a estrutura deste. Interessa notar que o raciocínio da teoria dos mercados contestáveis está intrinsecamente ligado ao conceito de barreiras à entrada no mercado.

¹¹ Sobre a temática da Teoria dos Jogos discorrer-se-á no item 3.2.2, abaixo.

¹² Interessante registrar que esta teoria é precursora de importantes desenvolvimentos como a teoria dos comportamentos estratégicos e da racionalidade ilimitada.

no controle de condutas nos órgãos antitrustes nacionais. Evidência disso é haver, atualmente, aproximadamente 240 investigações de cartéis na Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE/MJ.

Assim, procurar-se-á expor a seguir a noção geral, a caracterização, as formas de manifestação e as situações em que excepcionalmente fica justificada a colusão horizontal. Tal estudo permitirá compreender a real dimensão da lesividade dos cartéis.

2.1. Definição

A noção de colusão horizontal ou cartel corresponde a qualquer tipo de acordo, expresso ou tácito, firmado entre concorrentes acerca das principais variáveis concorrenciais, ou seja, preço, quantidade, qualidade e mercado. Tendo-se em vista as noções básicas de microeconomia, deve-se reconhecer que os acordos sobre preços e quantidade se equivalem, por serem reciprocamente determinantes. No que tange à qualidade, cabe notar que acordos tecnológicos estão incluídos no controle das estruturas e, portanto, apenas o acordo para repartição de tecnologia e criação de produtos de qualidades diversas, como maneira indireta de repartição de mercado, encaixam-se nos acordos de colusão horizontal.

Em relação à racionalidade econômica subjacente à prática, sob a ótica do empresário, pode-se apontar o aumento de preços e lucros, a diminuição da oferta e da pressão concorrencial (custos e riscos). Sob a ótica do Estado, há a transferência de renda do consumidor ao fornecedor¹³, a exclusão de parte da população do mercado de consumo e a ineficiência alocativa, a qual se traduz em diminuição dos empregos, da renda e do crescimento econômico.

¹³ De acordo com o artigo de Claudio M. Considera, ex-Secretário da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda - SEAE/MF, publicado no jornal Folha de São Paulo de 31/05/2002: “O Comitê de Concorrência da OECD realizou uma enquete entre seus membros sobre casos de cartéis investigados entre 1996 e 2000, numa tentativa de conhecer melhor o dano deles decorrentes. Os países que responderam reportaram 119 casos, em muitos dos quais foi impossível medir os danos. Foi possível, entretanto, verificar que os dezesseis maiores cartéis do mundo possibilitaram a transferência de US\$ 55 bilhões dos consumidores de terceiro mundo aos fornecedores de primeiro mundo. Concluiu-se, também, que a margem de lucro dos cartéis varia significativamente, e em alguns deles pode chegar a 50%, tornando claro que a magnitude do dano dos cartéis é de muitos bilhões de dólares anuais.”

2.2. Caracterização

O cartel age como se monopólio fosse e, assim, gera uma redução do bem-estar total da economia (*deadweight loss*). Para melhor compreender a dimensão dessa perda de bem-estar total da economia (ineficiência), faz-se necessária uma rápida análise da maximização de lucros na situação de monopólio, comparativamente à situação de concorrência perfeita.

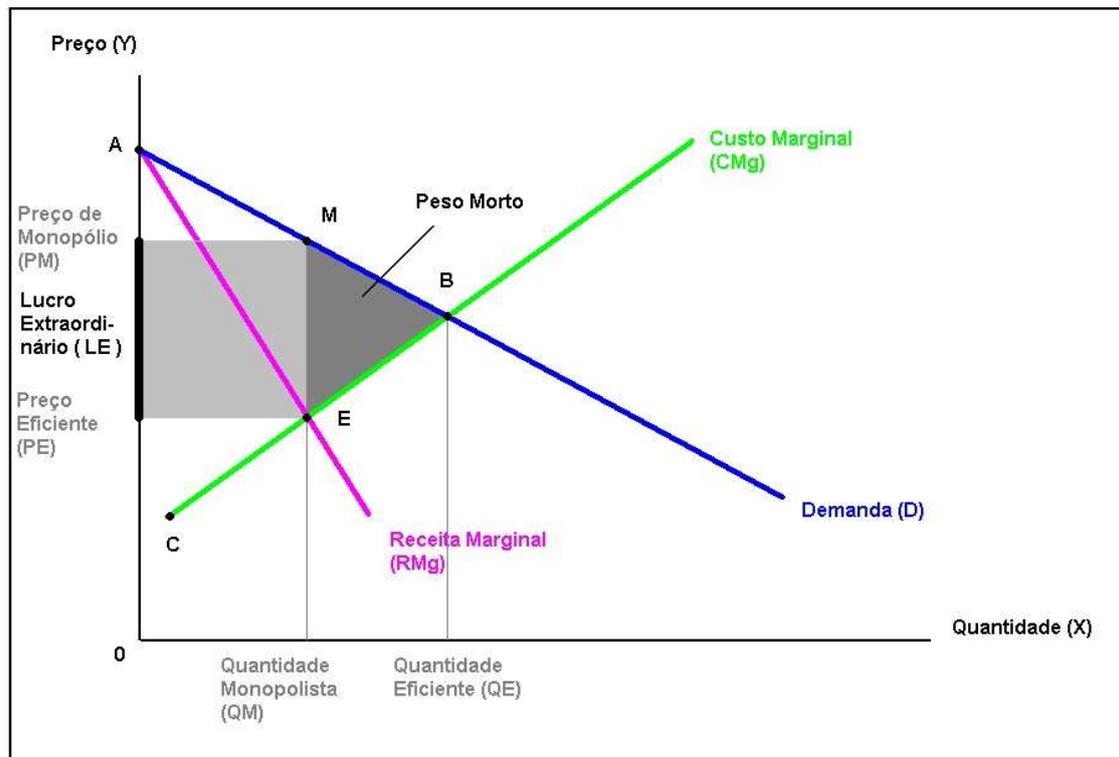
Os efeitos primários do monopólio, quando comparados com a concorrência perfeita, são produção reduzida, preços mais altos, e transferência de renda de consumidores para produtores. Em suma, se um ramo de mercado se tornasse monopolizado e todas as curvas de custos permanecessem as mesmas, o preço subiria (de P_e para P_m no Gráfico II) e a quantidade produzida declinaria (de Q_e para Q_m). A transferência de renda dos consumidores para produtores reflete-se pelos lucros maiores para o monopolista, representados pela área retangular $P_m P_e M E$, assinalada no Gráfico II. O lucro obtido pelo monopolista (LE) corresponde à diferença entre P_m e P_e .

Além disso, a fixação de preços monopolísticos leva a uma perda de riqueza não compensada por nenhum ganho, ilustrada pela área triangular EMB , que representa a perda em valor para aqueles consumidores que ao preço competitivo (P_e) comprariam o produto, mas que ao preço monopolístico (P_m) migrariam para substitutos de qualidade inferior. O fato de que o preço cobrado pelo monopolista excede o custo marginal nesta área indica que o valor do produto para os consumidores que não mais o compram excede o custo social de produzi-lo. Essa perda para alguns consumidores não é recuperada pelo monopolista, uma vez que este não obtém nenhuma receita com algo que não produz.

Assim, a sociedade fica mais pobre em geral, já que os recursos na economia poderiam estar sendo alocados mais produtivamente no ramo que restringe a produção, mais ainda que no ramo que produz bens substitutos de qualidade inferior, nos quais eles são usados de fato¹⁴.

¹⁴ Porém, cabe ressaltar que o monopólio não é condenado universalmente, podendo, de acordo com algumas teorias, gerar lucros que encorajariam inovação ou podendo ser inevitável e resultar numa redução de preço e num aumento de produção em consequência de economias de escala. Além disso, poderia prover uma variedade de produtos que os consumidores desejam e que a concorrência perfeita não conseguiria gerar.

Gráfico II - Representação da ineficiência produtiva e alocativa no modelo de monopólio



Entre os fatores que facilitam a formação de cartéis, destacam-se, de um lado, determinadas situações de mercado e, de outro, a existência de setores estruturalmente mais propensos. Nesse sentido, pode-se apontar como principais fatores da cartelização: (i) a baixa elasticidade da demanda, o que significa que o consumidor reage pouco em relação a uma variação dos preços, (ii) o número baixo de fornecedores, que facilita a coordenação e fiscalização dos agentes entre si, (iii) a alta concentração no mercado, já que os membros do cartel devem possuir *market share* suficiente para sustentar suas decisões, (iv) altas barreiras à entrada no mercado, as quais garantem a estabilidade do cartel por impossibilitar que novo(s) concorrente(s) se aproprie(m) da parcela perdida do mercado, (v) a capacidade de punição dos membros que descumprirem os acordos, que se apresenta muito mais como uma condição de sucesso para o cartel, (vi) o produto ser homogêneo, como no caso de *commodities* e a tecnologia ser madura, o que significa que investimentos em pesquisa e desenvolvimento não gerarão maiores diferenciações no produto, (vii) a similaridade nas condições de produção, pois se as estruturas de custos não foram semelhantes, não se chegará a um acordo quanto ao preço a ser praticado, (viii) o crescimento da demanda ser estável e previsível, e (ix) a

facilidade de discriminação de consumidores e contratos, como por exemplo numa situação de licitação pública.

A análise do comportamento oligopolístico é importante para a investigação de cartéis, uma vez que são exatamente os mercados oligopolizados os mais suscetíveis à formação de cartéis. Tal se explica, aplicando-se a Teoria dos Jogos¹⁵, pela tomada de decisões interligadas como decorrência da repetição de um mesmo jogo entre os *players* no mercado. Pode-se apontar os seguintes tipos de comportamento no mercado: o acordo expresso entre concorrentes para redução da quantidade a ser produzida, o acordo tácito que se dá por meio de comunicações informais e comportamentos repetidos, e a restrição da oferta como resultado de estratégias racionais absolutamente isoladas (modelo de Cournot). Porém, a identificação do comportamento isoladamente não prova a existência do cartel sendo necessários elementos adicionais a sua caracterização, como a estrutura oligopolística, o anúncio antecipado de preços, o histórico de acordo de preços e a prova da troca de informações entre os concorrentes. Tal entendimento que acrescenta ao comportamento dos agentes outros fatores necessários à identificação do cartel é conhecido como “Paralelismo Plus” e encontra crescente aceitação na doutrina e jurisprudência.

2.3. Formas de Manifestação

Como no direito brasileiro não há tratamento das condutas como ilícitos *per se*¹⁶, analisar-se-á, a seguir, as condutas e as condições estruturais necessárias à produção de efeitos da colusão horizontal.

As condutas colusivas previstas na lei brasileira se referem, de um lado, a acordos expressos (fixação de preços ou condições de venda uniformes) e, de outro, a acordos tácitos (quando há a prática de preços ou condições de venda uniformes). Tal decorre da própria leitura do artigo 21, I, da Lei n.º 8884/94.

2.3.1. Acordos expressos

Os acordos expressos caracterizam-se por sua relativa estabilidade. A durabilidade do acordo, que se constitui em idéia essencial à preocupação

¹⁵ Vide nota 11, *supra*.

¹⁶ Tal decorre da correlação necessária que a lei antitruste pátria faz entre as condutas descritas no artigo 21 e os efeitos do artigo 20.

concorrencial, atesta a importância do vínculo entre empresas por provar a existência de convergência expressa de vontades. No entanto, como tem ocorrido muitas vezes na investigação de cartéis, a preocupação excessiva com a busca da prova do acordo tem enfraquecido a própria disciplina dos cartéis, por enfatizar uma definição formal em detrimento de uma mais sistemática¹⁷. Disso, levado a um extremo, decorre inevitavelmente a limitação das investigações a situações em que haja acordos expressos e formalizados.

Neste momento, vale enfatizar a referida simbiose entre controle estrutural e comportamental, pois, para que o acordo seja relevante para o direito concorrencial, é necessária a potencialidade de efeitos ulteriores. Assim, não basta a qualificação pelo efeito contido no acordo (objeto), que consubstancia as intenções dos agentes, mas é imprescindível que haja adicionalmente a possibilidade efetiva de obtenção dos efeitos desejados, e tal potencialidade é constatada através da análise das condições estruturais de mercado.

Há, no entanto, situações em que, apesar da inexistência de elementos estruturais que garantam a dominação do mercado, o risco desta é razoável. Tal ocorre exatamente quando o acordo caracteriza-se pela estabilidade, verificada principalmente no comportamento paralelo intencional, e pelo conteúdo que torne previsível a política empresarial dos agentes envolvidos. Essa constatação deve, contudo, ser entendida com cautela, pois levada aos extremos conduz à conclusão simplista de que bastaria o acordo expresso puro ou a estrutura oligopolista e o comportamento paralelo intencional para caracterizar o ilícito.

2.3.2 Acordos tácitos

A doutrina¹⁸ defende a aplicação das relações contratuais de fato e os critérios para identificação das sociedades de fato à formação de cartéis, já que estão presentes a continuidade e a habitualidade da conduta, a conjunção de objetivos e a repartição de proventos, ainda que de forma indireta. Vale ressaltar que são fundamentais para a identificação das relações contratuais de fato, em matéria concorrencial, o paralelismo de comportamentos e o dado estrutural.

¹⁷ A Medida Provisória n.º 2055/2000, que ampliou os poderes investigatórios da SDE/MJ, atesta tal fato. Verificar-se-á, abaixo, mais detalhadamente a questão da prova do cartel nos itens 3.2.4 e 4.1.

¹⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 272.

Em relação ao paralelismo comportamental, cabe a ressalva de que nem toda prática de preços semelhantes visa a restrição da concorrência. A movimentação comum só pode ser considerada como indício suficiente de acordo tácito quando ela for persistente num único sentido, qual seja, o de aumento de preços que seja injustificado por mudanças nos custos dos participantes. Esta é a típica situação que não se compatibiliza com a competição e se explica pela noção de jogo cooperativo de duração indeterminada. Vale, ainda, mencionar que o paralelismo de preços depende de um sistema de informações que permita a cada concorrente saber qual será o comportamento do outro, sendo a cooperação instável e a reação imediata mero indício inicial de uma troca de informações. As críticas, feitas pela Escola de Chicago, aos pensadores estruturalistas que defendem que o comportamento paralelo seja a regra, são as imprecisões das informações transmitidas e o fato de a reação dos oligopolistas nem sempre ser imediata. Outra questão relevante e pacificada hoje em estudos econômicos é a demonstração de que o objetivo colusivo não é descaracterizado por períodos de guerras ocasionais de preços, comuns em épocas de depressão econômica ou de aumento da atividade econômica.

No que tange aos requisitos estruturais, cumpre citar a existência de oligopólio¹⁹, que implica a realização do comportamento paralelo intencional, e a efetiva existência de poder no mercado ou de ameaça de dominação pela estrutura resultante. Outro comportamento típico oligopolista é a manutenção de participações estáveis no mercado, que, aliás, resulta da diferenciação entre produtos (decorrência do desaparecimento da competição de preços). Quanto à efetiva existência de poder no mercado, cabe registrar ser necessária a uma alta participação no mercado, adicionalmente, a verificação de altas barreiras à entrada de novos concorrentes. Isso porque o sucesso da estratégia de cartelização depende, inevitavelmente, da não-entrada de novos concorrentes diante de um aumento de preços por parte do grupo acusado de colusão. A percepção da importância da análise das barreiras à entrada no mercado reflete uma concepção dinâmica das estruturas, o que está em perfeita consonância com a teoria dos mercados contestáveis mencionada acima²⁰.

¹⁹ Cabe ressaltar que, de acordo com Sérgio Varella Bruna *in* O Poder Econômico e a conceituação do abuso em seu exercício, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, não há necessidade de que haja poucos competidores para viabilizar a formação de um cartel, sendo possível na presença de muitos competidores, por meio da divulgação de tabelas de preços obrigatórios. Por outro lado, dúvida não resta de que é exponencialmente mais fácil a cartelização em mercados oligopolizados.

²⁰ Vide nota 10, *supra*. Interessante, ainda, definir o mercado perfeitamente contestável

2.4. *Justificativas possíveis para a colusão horizontal*

Finalmente, é imprescindível a uma abordagem completa da colusão horizontal que se aponte as suas possíveis justificativas, quais sejam, a hipótese de cartel de crise, a de acordo pró-concorrencial que visa a evitar a dispersão de preços e a de acordos para concessão de desconto em função de quantidade.

A primeira hipótese justifica-se pelo efeito pró-concorrencial do acordo sobre preços, quantidades a serem produzidas e repartição de mercados, que possibilite a superação de crises conjecturais por determinado setor. O objetivo do acordo não é, portanto, a dominação do mercado e, se contiver limites temporais de conteúdo, não há que ser considerado ilícito. Assim, o acordo permitiria a superação dos problemas decorrente da existência de vários mercados para um mesmo produto que podem inclusive, se comportar de maneira monopolista, por se encontrarem geograficamente isolados e/ou por dificuldades de acesso à informação por parte dos consumidores.

A segunda hipótese, acordo pró-concorrencial que visa evitar a dispersão de preços, é aceitável justamente quando for meio reconhecido de construção de mercado, e não de cartelização.

Em relação à terceira hipótese, por sua vez, que foi discutida inicialmente no direito alemão, deve-se ter em mente que tais acordos sobre descontos somente serão admissíveis quando essenciais à sustentação de um cartel de crise ou quando sirvam para contrabalançar desigualdades entre concorrentes.

Costuma-se, ainda, apontar o chamado cartel de exportação que seria lícito por visar garantir a competitividade em outros mercados que não o nacional.

3. A Defesa da Concorrência no Mercado de Combustíveis

Sendo o setor de combustíveis líquidos (gasolina e álcool) o que conta com maior número de investigações envolvendo cartéis, foi elaborado importante trabalho conjunto pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE/MJ e pela Agência Nacional de Petróleo - ANP²¹, a fim de orientar e esclari-

como aquele em que a entrada não implica desvantagens em termos de técnica produtiva ou qualidade percebida do produto da entrante no mercado, e a saída não importa custos irrecuperáveis.

²¹ Trata-se da cartilha intitulada “A Defesa da Concorrência no Mercado de Combustíveis - ANP/SDE”, disponível no site da SDE/MJ, www.mj.gov.br/sde.

recer junto a instituições públicas atuantes na defesa do consumidor sua participação na identificação e combate daquelas condutas tendentes a entravar a concorrência, trazendo consideráveis prejuízos para o mercado e para a sociedade.

Visando uma abordagem mais abrangente do tema, tratar-se-á, a seguir, do mercado de combustíveis, numa perspectiva histórica, sem negligenciar uma visão atual, explicitando o processo de formação dos preços dos combustíveis e de sua fiscalização pela Agência Nacional do Petróleo - ANP. Em seguida, discorrer-se-á sobre a inter-relação e colaboração entre agências reguladoras e o SBDC, especificamente no que tange à questão da fiscalização e regulação pela ANP e seu dever de comunicar à SDE fatos que possam configurar infração à ordem econômica. Por fim, comentar-se-á, brevemente, o Acordo de Cooperação Técnica, firmado entre ANP e SDE/MJ.

3.1. O mercado de combustíveis no Brasil

3.1.1. O período da regulamentação rígida: a criação do Conselho Nacional do Petróleo - CNP

A política industrial do governo Vargas, durante o chamado Estado Novo (1937-1945), desdobrou-se em dois planos: a realização de obras de infraestrutura e a criação de empresas estatais. Nesse sentido, foi criado em 1938, em decorrência do movimento de opinião que empolgou a consciência nacional em torno do petróleo, o Conselho Nacional do Petróleo - CNP. Àquela época, a criação de empresas e os investimentos estatais em setores básicos eram decisivos, uma vez que a iniciativa privada nacional era incapaz de arcar com os vultosos investimentos de longo prazo envolvidos no cumprimento dessa tarefa.

Assim, o governo instituiu o monopólio estatal para a pesquisa e lavra das jazidas que fossem sendo encontradas, ao mesmo tempo em que articulava as atividades gerais de distribuição e fiscalização de forma rígida e detalhada por meio do CNP.

Foi permitido o comércio varejista de gasolina e óleo como objeto de exploração comercial por intermédio de empresas privadas, sendo o sistema adotado o de concessão de venda com exclusividade, por intermédio de revendedores independentes. Assim, as concessionárias integravam a rede de vendas seguindo padrões uniformes de atendimento, tecnicidade e eficiência.

O CNP estabelecia normas rigorosas no que se refere a fiscalização e responsabilidade por infrações cometidas na distribuição, transporte, consu-

mo e revenda de derivados do petróleo. Coerente com esse cenário, a Resolução n.º 7/77 do CNP trouxe uma análise exaustiva desses aspectos, o que reflete a delimitação da atuação das partes contratantes na concessão comercial para comercialização dos produtos derivados do petróleo. Conseqüentemente, pouco restou, no âmbito da autonomia da vontade, para práticas de abuso de poder econômico, sobretudo em termos de competição livre.

3.1.2. O período da desregulamentação: o processo de abertura do mercado de combustíveis

Somente em 1990, o governo iniciou um processo de redução do controle do Estado sobre as atividades de comercialização de combustíveis e flexibilizou as condições de entrada nesse mercado. Para a efetiva transição do período de intervenção estatal para o de economia de mercado, foi imprescindível a introdução de maior competitividade entre os agentes no mercado de combustíveis. Como principais resultados desse esforço, pode-se citar a desuniformização e a liberação paulatina de preços e a extinção de subsídios.

Até a publicação da Lei 9.478/97, Lei do Petróleo, que regulamentou a abertura do setor de petróleo e gás natural e criou a Agência Nacional do Petróleo - ANP, os preços dos combustíveis no Brasil eram fixados por atos do Ministério da Fazenda. Durante o período de transição para a liberação dos preços, prevista no artigo 69 da Lei do Petróleo, que vigorou da data da sua publicação, 07 de agosto de 1997, até 31 de dezembro de 2001, os preços dos combustíveis passaram a ser estabelecidos por portarias interministeriais, ato conjunto dos Ministérios da Fazenda e de Minas e Energia. A conclusão desse processo de desregulamentação de preços se deu em 1º de janeiro de 2002, quando substituiu-se a Parcela de Preço Específica (PPE) pela Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE)²², liberou-se os preços nas refinarias e centrais produtoras e eliminou-se as barreiras legais à importação.

3.1.3. A formação de preços de combustíveis hoje

Atualmente, como visto, não mais vigora um sistema de subsídios na formação dos preços de combustíveis. Há a incidência dos seguintes tributos: Imposto sobre Importações (II), Imposto sobre Operações Relativas à

²² Instituída pela Lei n.º 10.336/2001.

Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras (CPMF), Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE) e Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP).

As contribuições sociais PIS/PASEP e COFINS e o ICMS são recolhidos quando da venda de gasolina, diesel e GLP na refinaria. Já a CPMF incide, com alíquota de 0,38%, sobre toda e qualquer movimentação financeira na aquisição de bens e serviços ao longo da cadeia do petróleo.

Por fim, a CIDE constituiu-se em contribuição que incide sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, com alíquotas específicas²³ determinadas pelo Decreto n.º 4.565, de 1º de Janeiro de 2003.

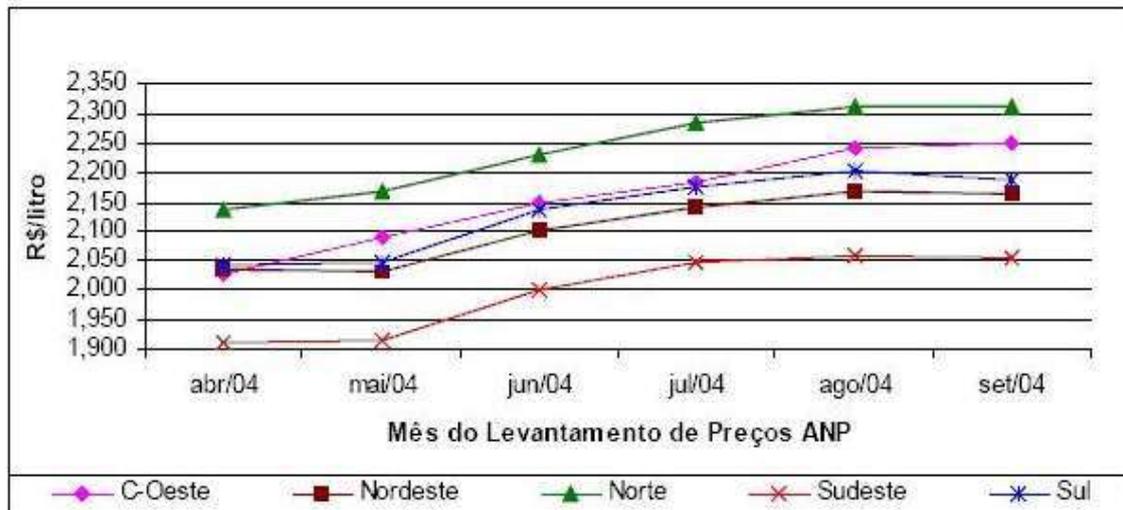
3.1.4. A fiscalização de preços pela Agência Nacional do Petróleo - ANP

Com o intuito de apurar situações que potencialmente reflitam infrações à ordem econômica, a Agência Nacional do Petróleo - ANP realiza levantamentos semanais de preços e sua Coordenadoria de Defesa da Concorrência – CDC elabora mensalmente relatórios de acompanhamento de mercado. A título exemplificativo e explicativo, seguem dados do “Relatório Mensal de Acompanhamento de Mercado – Setembro 2004 – Gasolina Comum”.

O objetivo do relatório é identificar os municípios com baixos índices de dispersão de preços de revenda para, numa avaliação posterior, poder caracterizar indícios de práticas anticompetitivas. O Gráfico III, abaixo, compara os preços médios de revenda nas regiões brasileiras, nos meses de abril a setembro de 2004.

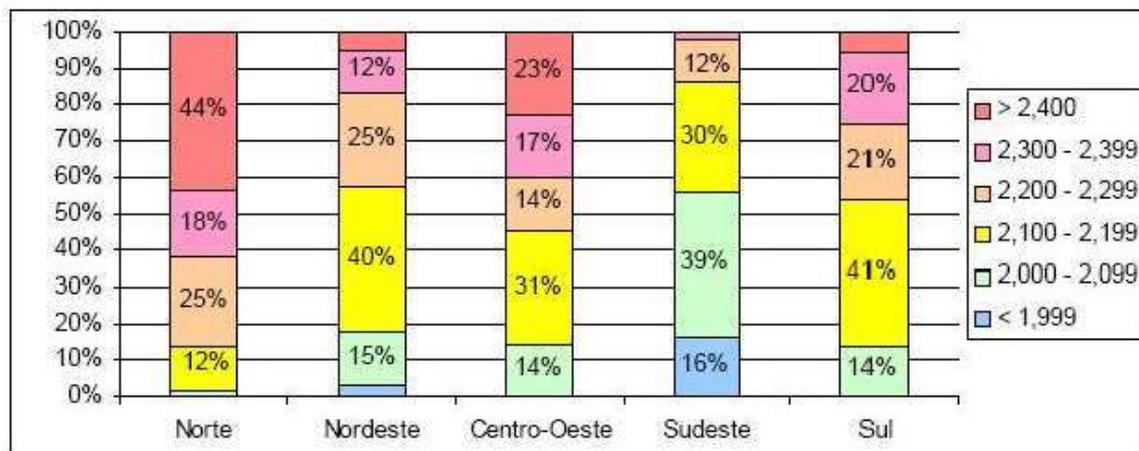
²³ As alíquotas são: R\$ 0,5411/litro, para a gasolina, R\$ 0,2180/litro, para o óleo diesel, R\$ 0,1676/kg, para o GLP, e R\$ 0,02925/litro, para o álcool etílico combustível.

Gráfico III: Preços Médios Mensais de revenda por Região (R\$/litro)



O Gráfico IV, abaixo, refere-se somente ao mês de setembro e indica a distribuição dos preços médios de revenda dos municípios pesquisados em intervalos de 0,1/litro por região.

Gráfico IV: Preços Médios Mensais de revenda por Região e Faixa de Preços



Com o intuito de identificar aqueles mercados municipais cuja dispersão de preços fosse baixa, calculou-se um coeficiente de variação, equivalente ao quociente da divisão do desvio padrão pelo preço médio, dos preços de revenda de gasolina levantados em cada semana de setembro. Quanto mais baixo o valor do coeficiente, menor a dispersão de preços e, portanto, mais

preocupante a situação do ponto de vista concorrencial. No relatório, considerou que coeficientes de variação inferiores a 0,010 indicariam a possibilidade de alinhamento de preços ao consumidor final. Foram observados baixos índices de dispersão de preços de revenda em 55 municípios, nos quais a ANP avaliará o comportamento dos agentes.

3.2. Interface entre a atividade reguladora e a defesa da concorrência

3.2.1. O papel da regulação da atividade econômica e os princípios concorrenciais

A tarefa mínima da regulação é garantir, de forma ativa, as condições básicas de concorrência²⁴. Tal se dá em duas situações especiais: (i) a regulação de posições dominantes, quando existem condições estruturais que impedem o estabelecimento da concorrência, e (ii) a regulação de mercados instáveis, quando inexistem condições estruturais a impedir a concorrência, mas há as que fazem com que esta se torne instável.

Nessa segunda hipótese, estariam incluídos aqueles setores cuja entrada e permanência são controlados, o que difere da imposição de regras de comportamento. Tal regulamentação tem por fim a saúde e segurança do mercado, as quais normalmente constituem-se em condições à formação de posições dominantes, pois, de um lado, o acesso limitado protege o setor de concorrência externa e, de outro, as condições de permanência conduzem ao tratamento privilegiado de grandes empresas já estabelecidas. Em suma, a dificuldade a ser enfrentada é justamente a conciliação entre os objetivos de hígidez e segurança do mercado, de uma parte, e a concorrência, de outra. A solução para esse impasse aponta na seguinte direção: para se evitar a dominação do mercado por alguns agentes econômicos e o conseqüente abuso dos consumidores, a busca pela garantia de hígidez do mercado não pode prescindir da própria existência de concorrência.

Em termos concretos, tal conciliação será alcançada mediante uma atuação sobre as estruturas a fim de dificultar comportamentos estratégicos e também mediante o combate preventivo aos comportamentos estratégicos tendentes à eliminação de concorrente do mercado. Face à primeira situação, é efetivo o bloqueio às barreiras à entrada que impeçam toda a concorrência potencial e seus

²⁴ Calixto Salomão Filho entende que uma regulação que inclui também princípios concorrenciais é aquela que garante a difusão do conhecimento econômico.

efeitos benéficos para o mercado. Por outras palavras, busca-se frustrar o sucesso da estratégia predatória do agente econômico. A segunda situação, por sua vez, refere-se em especial aos casos de colusão, que muitas vezes acompanha as barreiras à entrada e a eliminação de concorrentes em setores de demanda instável.

3.2.2. A regulação da colusão e a Teoria dos Jogos

Aprofundar-se-á a questão da regulação no que tange à situação de colusão através da aplicação da teoria dos jogos à análise dos comportamentos oligopolísticos, que tem sido bastante usual na doutrina, sem negligenciar, contudo, uma crítica às limitações decorrentes dessa aplicação.

Em seu livro clássico *“The Theory of Games and Economic Behaviour”*, Von Neumann realiza um estudo das relações econômicas a partir do raciocínio matemático, explorando duas vias possíveis. De um lado, os jogos com resultado matemático certo, esmiuçados por John Nash e cuja aplicação na análise do comportamento dos oligopólios acabou por limitar e enrijecer o exame da colusão. A preocupação é com a estratégia individual que o agente econômico adotará em face da estratégia escolhida pelo(s) outro(s) competidor(es). Ora, nessa primeira linha de desenvolvimento da teoria dos jogos, a cooperação é eventual, rara e necessariamente resultado de uma estratégia individual.

Nesse sentido, considere-se um modelo simplificado de mercado, em que há duas empresas (E1 e E2), as quais podem cobrar apenas dois preços: o preço alto e o preço baixo. Em cada jogada, E1 e E2 decidem simultaneamente qual preço cobrar. As possibilidades de lucro, nessas condições, são as indicadas na tabela abaixo.

E1/E2	Preço Alto	Preço Baixo
Preço Alto	10, 10	0, 16
Preço Baixo	16, 0	5, 5

Observa-se que o maior lucro conjunto é possível quando ambas as empresas cobrarem o preço alto. Porém, se o jogo tiver uma rodada única, a estratégia dominante de cada empresa seria cobrar o preço baixo, a fim de evitar a situação de lucro zero. Tal é a estrutura básica do famoso dilema do prisioneiro. Para a análise do comportamento colusivo, importa considerar

um jogo de duração incerta ou infinita, que retrate mais realisticamente a interação entre os agentes E1 e E2 no mercado, abarcando a possibilidade de saída de uma das empresas ou da introdução de um produto superior por outro competidor ou ainda da regulação pelo Estado, entre outros fatores. Num jogo desses, não há uma última jogada definida e o mecanismo de *backwards induction* fica, portanto, frustrado.

Se E1 e E2 cobrarem, inicialmente, o preço alto, mas uma delas cobrar, em algum momento, o preço baixo, a outra também passará a fazê-lo, como forma de punição à transgressão. Como resultado, ambas terão lucro de 5 no curto prazo, os quais serão insuficientes para compensar as perdas futuras de uma infinita guerra de preços. Como a melhor resposta ao preço baixo é o próprio preço baixo, há um equilíbrio de Nash quando E1 e E2 cobram preços baixos. Há, porém, a possibilidade de posteriormente ambas as empresas voltarem a adotar um comportamento cooperativo, cobrando o preço alto.

Importante constatar que a capacidade colusiva das empresas pode ser limitada por mudanças no preço colusivo. Assim, se E1, por exemplo, recebe informações sobre alterações na demanda ou nos custos que impliquem a queda do preço colusivo e, diante disso, reajuste seu preço, E2 poderá pensar que esta é uma tentativa de trapaça e poderá responder com uma punição, baixando também seus preços. O resultado poderá ser que as empresas fiquem impossibilitadas de mudarem seus preços diante da ameaça de uma guerra de preços enganosamente deflagrada.

Uma prática capaz de resolver esse problema é a liderança de preços (*price leadership*), na qual as mudanças de preços são iniciadas por uma única empresa e seguidas pelas demais. Além disso, a colusão poderá ser dificultada por diferenças entre as empresas, no que tange aos seus custos ou à demanda por seus produtos. Nessa hipótese, as empresas dificilmente concordarão na determinação de um preço que seja o ótimo para aquela indústria e cada uma poderá competir para induzir seus rivais a aceitarem o preço que lhe seja mais favorável.

É fundamental, porém, conferir maior destaque ao desenvolvimento da segunda via possível, qual seja a preocupação com a análise da cooperação²⁵. Isso porque aquela estratégia individual, baseada na estratégia alheia, constitui-se antes em uma maneira de adquirir conhecimento do que numa forma de descobrir qual o comportamento mais aconselhável. Apresenta-se,

²⁵ Tal é a proposta de Calixto Salomão Filho *in* Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos), São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 79.

portanto, muito mais como uma teoria do conhecimento do que como uma teoria do comportamento.

No que tange aos mercados regulados, em especial, vale notar que a observação dos comportamentos dos outros agentes conduz a um jogo cooperativo, e não de estratégia individual. Tal fato se explica pela possibilidade de predação nesses mercados que leva diretamente à necessidade de cooperação explícita e formal, e não à mera colusão eventual que resulte em comportamentos individuais convergentes. Os agentes econômicos entendem que a ameaça de guerra predatória é extremamente negativa para todos.

Daí se concluir que a regulação, do ponto de vista concorrencial, deve-se preocupar, primeiramente, com o estabelecimento de condições estruturais que impeçam crises de superprodução e, por tabela, a concorrência predatória, e, secundariamente, com a pressuposição de ilicitude concorrencial de mero comportamento não-eventual na presença de determinados fatores estruturais, como barreiras à entrada e demanda variável²⁶.

Pode-se afirmar, diante do exposto, que a regulação preocupada com a criação de um ambiente concorrencial é aquela que incentiva a difusão do conhecimento econômico no mercado e que, especialmente em setores monopolizados ou oligopolizados, busca o reequilíbrio entre consumidores e produtores, por meio de medidas redistributivas.

3.2.3. A participação da Agência Nacional do Petróleo - ANP na instauração de processos administrativos e na prestação de informações

De acordo com o artigo 10 da Lei do Petróleo, Lei n.º 9.478/97, a ANP deve comunicar à SDE/MJ e ao CADE os fatos que possam configurar infração à ordem econômica. Além disso, os artigos 1º e 8º do mesmo diploma determinam que a ANP terá por finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, cabendo-lhe, por exemplo, implementar, na sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo e de gás natural, sempre tendo em vista a proteção dos interesses do consumidor quanto ao preço, qualidade e oferta dos produtos.

²⁶ Cabe esclarecer que, em se tratando de cartéis de crise, fica justificada a cooperação, conforme abordado no item 2.4, *supra*.

Assim sendo, a ANP monitora o comportamento de preços praticados pelas distribuidoras e postos revendedores de combustíveis, com a realização de uma pesquisa de preços semanal. Essas pesquisas destinam-se ao consumidor, para que tenha conhecimento dos preços praticados no mercado e da melhor opção de compra. Visam também identificar indícios de alinhamento de preços e formação de cartéis, a serem comunicados à SDE/MJ e ao CADE.

A ANP disciplina os requisitos para o exercício das atividades econômicas de distribuição de combustíveis líquidos e de postos revendedores de combustíveis líquidos automotivos²⁷.

Cabe, ainda, mencionar que, em caso de condenação pelo CADE ou por decisão judicial, a revogação ou cassação da autorização para o exercício da atividade dar-se-á automaticamente na data de recebimento da notificação expedida pela autoridade competente, em consonância com o artigo 10, parágrafo 2º, da Lei n.º 9.847/99, modificada pela Lei n.º 10.202/2001. No mais, será encaminhada pela ANP ao Ministério Público cópia integral dos autos dos processos administrativos em que for constatada a prática das infrações contidas nos incisos V, VI, VIII, X, XI e XIII do artigo 3º da Lei n.º 9.847/99, para os efeitos previstos no Decreto-Lei n.º 2.848/40, nas Leis n.º 8.078/90, 8.884/94 e 8.176/91.

²⁷ A Portaria ANP n.º 202/99 dispõe, *in verbis*, “Art. 2º. A atividade de distribuição de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos deverá ser realizada por pessoa jurídica constituída sob as leis brasileiras, que atenda, em caráter permanente, aos seguintes requisitos: I - possuir registro de distribuidor; e

II - possuir autorização para o exercício da atividade de distribuição. Art. 3º. A atividade de distribuição compreende a aquisição, armazenamento, transporte, comercialização e o controle de qualidade dos combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos.” Já a Portaria ANP n.º 116/00 determina, *in verbis*, “Art. 2º. A atividade de revenda varejista consiste na comercialização de combustível automotivo em estabelecimento denominado posto revendedor. Parágrafo único. Fica facultado o desempenho, na área ocupada pelo posto revendedor, de outras atividades comerciais e de prestação de serviços, sem prejuízo da segurança, saúde, meio ambiente e do bom desempenho da atividade de revenda varejista. Art. 3º. A atividade de revenda varejista de combustível automotivo somente poderá ser exercida por pessoa jurídica constituída sob as leis brasileiras que atender, em caráter permanente, aos seguintes requisitos: I - possuir registro de revendedor varejista expedido pela ANP; e II - dispor de posto revendedor com tancagem para armazenamento e equipamento medidor de combustível automotivo.”

Por fim, cabe à ANP emitir Pareceres Técnicos e prestar toda a assistência e colaboração, sobre as matérias de sua competência, que for solicitada pelo CADE ou pela SDE/MJ, sob pena de responsabilidade (artigo 36 da Lei n.º 8.884/94).

3.2.4. A cartilha conjunta da Agência Nacional do Petróleo – ANP e da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE/MJ

Foi recentemente elaborada a cartilha intitulada “A Defesa da Concorrência no Mercado de Combustíveis - ANP/SDE”, cuja preocupação primordial é exatamente com a apuração da existência de cartéis, sua definição e sua caracterização.

De acordo com esse trabalho, o Acordo de Cooperação Técnica entre a ANP e a SDE/MJ estabelece que esta Agência deverá oficializar fundamentalmente à SDE/MJ a existência de indícios de práticas restritivas à livre concorrência no setor de petróleo, seus derivados e gás natural e comunicar ao CADE os fatos, bem como os procedimentos adotados. Além disso, a ANP deverá se manifestar em 30 (trinta) dias a partir da data em que for oficiada pela SDE/MJ, quando da instauração do processo administrativo envolvendo agentes do setor de combustíveis. O mesmo prazo se aplica para a emissão dos pareceres técnicos referidos acima.

Em relação ao trâmite processual para apuração da existência de cartel, a SDE/MJ pode iniciar a investigação de ofício ou mediante a representação de qualquer interessado (artigos 30 a 32, Lei n.º 8.884/94). Havendo indícios de infração contra a ordem econômica, será instaurado o processo administrativo, porém, se tais indícios não forem fortes o suficiente, será promovida uma averiguação preliminar, para a obtenção de maiores informações. Instaurado o processo administrativo as empresas ou pessoas investigadas terão 15 (quinze) dias para apresentar sua defesa, após tal prazo a SDE/MJ dará início à instrução processual e, após a conclusão dessa serão as investigadas notificadas a apresentar suas alegações finais. Concluída a instrução, os autos serão remetidos ao CADE para julgamento pelo colegiado, após ter sido distribuído, por sorteio a um Conselheiro-Relator, que abrirá vistas à Procuradoria do CADE para manifestar-se em 20 (vinte) dias. O Conselheiro-Relator poderá determinar diligências complementares (artigo 43, Lei 8.884/94). Se a SDE/MJ entender haver elementos suficientes para a condenação, sugerirá ao CADE que julgue o caso condenando as representadas. Por outro lado, ainda que a SDE/MJ entenda não haver indícios suficientes à condenação e archive o caso, os autos seguirão ao CADE para revisão da decisão de arquivamento.

No que se refere à definição de cartel, a cartilha conjunta traz a definição mais aceita e bastante pacífica na doutrina, da qual já se tratou²⁸, sendo desnecessária a repetição. Importante, entretanto, tratar dos elementos apontados como necessários à caracterização do cartel. Em primeiro lugar, indica-se a necessidade de acordo expresso, pela simples razão de que a colusão entre concorrentes, na forma tácita, seria mero reflexo das condições estruturais e dinâmicas de determinados mercados e, embora resulte em perda de bem-estar para os consumidores, não poderia ser condenada, se praticada isoladamente. Em segundo lugar, aponta-se a aptidão da conduta para limitar, falsear ou prejudicar a concorrência, esclarecendo-se que na Lei Antitruste tal aptidão é pressuposta quando os agentes controlarem, conjuntamente, ao menos 20% do mercado em que atuem²⁹.

A cartilha menciona, ainda, a questão da participação de sindicatos e associações, pois a própria Lei n.º 8.884/94 prevê como infração à ordem econômica o fato de “obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes” (artigo 21, II). Nessa hipótese, o agente infrator age como elemento coordenador dos cartéis, facilitando sua prática e envidando esforços para assegurar sua preservação, agindo coercitivamente. Importante notar que, para a prática de infrações à ordem econômica, o agente infrator não precisa necessariamente exercer atividades econômicas (artigos 15 e 23, Lei Antitruste). Assim, no setor de combustíveis, órgãos de classe não podem encobrir reuniões realizadas pelos postos com o objetivo de combinarem suas condutas, constituindo-se numa base para a troca de informações. Isso porque tais entidades somente podem agir no interesse coletivo de seus filiados, sendo a ação tendente à uniformização de preços ou de outras variáveis comerciais uma ação ilegítima e verdadeira distorção proibida pela legislação concorrencial.

Por fim, a cartilha aborda a questão das provas necessárias para a condenação do cartel³⁰. Afirmar-se que, para a configuração do ilícito antitruste,

²⁸ Vide item 2.1, *supra*.

²⁹ Vale ressaltar que os critérios de notificação tem sido criticados de forma unânime pela doutrina e pelos aplicadores do direito, sendo um dos principais pontos discutidos nos projetos de reforma do SBDC. A crítica reside no fato de o critério ser extremamente amplo, o que gera um congestionamento do SBDC, e também pela incerteza jurídica nos casos de atos de concentração, já que não cabe à parte determinar o *market share*.

³⁰ Este ponto é especialmente discutido atualmente pelas autoridades antitruste e pela doutrina, havendo inclusive jurisprudência importante do CADE sobre questões como interceptação telefônica e acordos de leniência - que serão abordados, *infra*, nos itens 4.2.1 e 4.2.2.

é necessária prova direta do acordo entre os postos revendedores, podendo servir de prova, por exemplo, o testemunho idôneo de pessoas que presenciaram uma reunião entre concorrentes que tinha por escopo a uniformização de variável econômica, bem como atas de reuniões ou registros de conversas, até mesmo telefônicas, efetuado sem descumprimento da lei. Outros fatos admissíveis como provas são a troca de correspondências entre postos de combustíveis ou a ocorrência de intimidações físicas e ameaças a donos de postos revendedores que cobram preços inferiores àquele acertado pelos organizadores do cartel (*price leadership*). Com relação às condutas adotadas pelos órgãos de classe, são suficientes como prova declarações prestadas por presidentes, diretores ou qualquer outro funcionário do sindicato ou associação sobre futuros aumentos de preços ou eliminação de descontos antes praticados, publicadas em jornais de ampla circulação ou em boletins informativos.

4. A experiência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC em relação à colusão horizontal

4.1. A Jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE

No âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, a jurisprudência do CADE indica a existência de duas vertentes em relação aos casos de cartel, quais sejam, o foco na análise de paralelismo de preços em face de possíveis comportamentos racionais dos agentes econômicos e o foco na demonstração efetiva da prova do acordo. No sentido da primeira corrente, tem-se o famoso caso do Cartel do Aço³¹, no qual se investigou, a

³¹ Processo Administrativo n.º 08000.015337/97-48, em que figuravam como representadas a Cia. Siderúrgica Nacional (CSN), a Cia. Siderúrgica Paulista (Cosipa) e a Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais (Usiminas). O caso do Cartel do Aço de 1999 envolve o mercado relevante nacional de aços planos, caracterizado pela baixa contestabilidade e altas barreiras à entrada, por importações não competitivas e pela alta concentração (Cia. Siderúrgica Nacional - CSN (40%), a Cia. Siderúrgica Paulista - Cosipa (25%) e a Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais - Usiminas (35%)). Após mais de um ano sem aumentar seus preços, as empresas reajustaram-nos em datas e patamares semelhantes, o que caracterizou o comportamento paralelo de preços. Neste sentido, houve comunicados circulares a clientes e a reunião das empresas na SEAE/MF para informar o aumento de preços. O CADE determinou o pagamento de multa pelo dano à concorrência por parte de cada uma das empresas no valor de 1% do faturamento bruto do exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, pois além de estarem presentes todas as condições à cartelização, ou seja, pequeno número de firmas,

partir de denúncias telefônicas, a formação de cartel com o intuito de fixação de preços no mercado de aço plano. Como exemplo da segunda vertente indicada, tem-se o caso do Cartel de Florianópolis³², em que se discutiu a questão da utilização de interceptações telefônicas como prova em processo administrativo, sendo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ favorável à admissibilidade daquelas após a quebra do sigilo em esfera penal, conforme preceitua a Constituição Federal.

Foram julgados no CADE, até hoje, aproximadamente vinte e cinco casos de cartel, sendo apenas um acerca de fraude em licitação e todos os demais, casos de fixação de preços, no setor industrial (aço), no setor comercial (postos de gasolina) e em associações profissionais. Há verdadeira inexistência, na experiência brasileira, de cartéis para a divisão de mercado e limitação da produção. Importante também registrar a percepção de que o viés judicial é maior no controle de condutas do que no controle de estruturas, de tal forma que, não raro, os casos de cartéis julgados no CADE são reapresentados no Judiciário.

O caso do Cartel de Florianópolis resultou de processo administrativo instaurado pela SDE/MJ em 2000, motivado por Representação do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, contra os postos revendedores de combustíveis, seus administradores e o Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis. O mercado relevante de produto foi definido como o de serviços de revenda de combustíveis, restringindo-se a análise ao mercado de gasolina. No que tange ao mercado geográfico, definiu-se como a área da cidade de Florianópolis, região metropolitana e o município de Biguaçu em Santa Catarina. Com base em interceptações telefônicas realizadas pelo MP de Santa Catarina, em notas fiscais, em pesquisas de preços que revelaram o paralelismo de preços intercalado por momentos de competição acirrada, em fotografias e em notícias da imprensa, o CADE considerou comprovada a existência de conspiração para a política de preços, com centralização das informa-

produto homogêneo, elevadas barreiras à entrada, baixo custo de monitoramento do cartel, ausência de estímulos à deserção, estruturas de custos semelhantes, tecnologia de produção madura e semelhante e estabilidade nas participações de mercado, foi verificada alternância das empresas na liderança de aumento de preços, o que torna difícil não crer que o processo de liderança tenha sido colusivo. Além disso, a reunião conjunta na SEAE/MF revela que as empresas necessariamente se comunicaram. Tal decisão, importante pelo pioneirismo, certamente protege empresas que, em função de seu porte, não detêm poder de barganha para negociação de condições de comercialização mais favoráveis.

³² Processo Administrativo n.º 08012.002299/2000-18.

ções através do sindicato, tendo por objetivo a limitação da concorrência. Além disso, apurou-se a existência de ameaças a depredação dos estabelecimentos de eventuais dissidentes e a produção de estudo econômico apontado a produção dos efeitos favoráveis aos envolvidos em decorrência do aumento de preços. Adicionalmente a tais fatos, a própria análise do mercado refletiu a presença das condições mais favoráveis à formação de cartel, entre as quais destacam-se: a existência de um único fornecedor do insumo (Petrobrás), a demanda atomizada, a participação do sindicato e a alta concentração no mercado, dado que dos dezesseis postos representados, quatorze pertenciam a apenas três grupos familiares. Constatadas as evidências de formação de cartel, cabe destacar que também se faziam presentes as evidências da potencialidade dos efeitos anticoncorrenciais, uma vez que havia poder de mercado por parte dos participantes e independência entre as políticas de preços dos postos e dos distribuidores. A defesa alegou a invalidade do uso de provas obtidas de escutas telefônicas no processo administrativo, com base no artigo 5º, XII, da Constituição Federal, que prevê a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, exceto para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal por ordem judicial, e com base no artigo 3º, da Lei n.º 9.296/96, que dispõe acerca da determinação da interceptação das comunicações telefônicas restrita a casos de investigação criminal e instrução processual penal. Porém, como visto, o STJ se manifestou em outro sentido, admitindo que a Administração se valha das gravações telefônicas para fins de prova no processo administrativo, uma vez que a interceptação tenha sido requerida nos exatos termos do inciso I, artigo 3º, da Lei n.º 9.296/96. O parecer da Procuradoria do CADE, aliás, afirma que se a sanção administrativa é um *minus* em relação à penal, não haveria porque não se admitir que o Estado, tendo legitimidade para utilizar prova decorrente de interceptação telefônica em processo penal, não a teria para utilizá-la em processo administrativo. Dessa forma, derrubada a defesa apresentada, o Plenário do CADE concluiu, por unanimidade pela configuração da prática de cartelização no mercado de combustíveis, condenando as empresas à multa de 10% sobre o faturamento verificado em 1999, à proibição de contratação de créditos e financiamentos com instituições financeiras oficiais e participação em licitações tendo por objetivo a aquisição, alienação, realização de obras e serviços públicos, concessão de serviços públicos junto à administração federal, estadual, municipal e administração indireta, no prazo de cinco anos contados da publicação do acórdão, além de outras cominações legais. Em relação ao Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis, foi decidida a aplicação de multa de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), além de sua inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, da determinação de não con-

cessão de parcelamento de tributos federais por ele devidos e do cancelamento ou não concessão de incentivos fiscais.

No recente caso do Cartel de Brasília, desse ano, apurou-se, com suporte probatório em atas das reuniões do sindicato e em depoimentos dos envolvidos, a conduta concertada entre empresas no sentido de fechar o mercado para novo concorrente, o Carrefour, mediante gestões junto ao Poder Legislativo para criação de barreiras legais³³ e restrição de oferta de óleo diesel aditivado, colocando em risco o abastecimento da cidade. A importância desse caso reside no reconhecimento da legitimidade passiva de sindicatos em processo antitruste e da potencialidade lesiva de sua atuação na coordenação de cartéis. Interessante ressaltar que, no caso em comento, o poder de mercado analisado foi o do grupo e não das empresas separadas. A condenação foi em 5% da receita bruta, excluídos impostos.

4.2. Inovações no controle de cartéis no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC

4.2.1. Busca e apreensão

Importante tratar, neste momento, dos novos rumos de controle de combate a cartéis, que tem ganho a atenção e a preocupação destacada das autoridades antitruste brasileiras. Neste sentido, há que se falar da realização da primeira busca e apreensão do SBDC, realizada apenas no ano passado, por ocasião do caso do suposto Cartel das Britas no Estado de São Paulo, dando efetiva aplicabilidade ao artigo 35-A da Lei Antitruste, incluído na Lei Antitruste brasileira pela Lei n.º 10.149/2000. De acordo com esse dispositivo, mediante solicitação da SDE/MJ, poderá a Advocacia-Geral da União requerer ao Poder Judiciário o mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, livros comerciais, computadores, arquivos magnéticos da empresa ou pessoa física, dentro do interesse da instrução do procedimento, das averiguações preliminares ou do processo administrativo. No que couber, aplicam-se os artigos 839 e seguintes do Código de Processo Civil.

³³ Pretendia-se a edição de lei distrital que proibia a construção de posto de gasolina no pátio de supermercados.

4.2.2. Acordo de Leniência

Mais interessante ainda é o caso do suposto Cartel dos Vigilantes, por envolver, além da busca e apreensão criminal e da interceptação telefônica, a realização do primeiro Acordo de Leniência no âmbito do SBDC, em 2003.

O acordo de leniência extingue a punibilidade administrativa e penal ao participante do cartel que primeiro trazer à SDE/MJ provas que impliquem demais participantes e colaborar com as investigações. Assim, o beneficiário do acordo de leniência deve confessar seu envolvimento, ser o primeiro a se apresentar, cessar imediatamente a prática, cooperar efetiva e permanentemente com as investigações, apresentando documentos que provem a autoria e materialidade delitivas dos outros participantes. Para tanto, é necessário também que a SDE/MJ não disponha de provas suficientes para a condenação, de forma a que a única maneira de identificação do cartel seja por meio do acordo de leniência.

Vale destacar que o acordo de leniência vem, pormenorizadamente, previsto nos artigos 35-B e 35-C, acrescidos à Lei Antitruste, pela Lei n.º 10.149/2002. Dentre os benefícios propiciados pelo acordo de leniência ao participante que colaborar, destacam-se (i) na esfera administrativa, redução de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) da condenação por decisão do CADE se a SDE/MJ dispuser de alguma notícia anterior a respeito da infração, ou redução total se a mesma Secretaria não tivesse qualquer informação anteriormente ao acordo de leniência, e (ii) na esfera penal, o impedimento do oferecimento de denúncia por crimes de ordem econômica.

4.2.3 Programa de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica (PPI)

A SDE/MJ estabeleceu as diretrizes gerais para a elaboração de Programas de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica (PPI). A implantação de PPI pode levar à redução das penas aplicadas pelo CADE para empresas que tenham esses programas protocolados junto à SDE/MJ.

O PPI consiste em regras e rotinas que as empresas estabelecerão no âmbito de sua organização interna para evitar infrações à ordem econômica por parte de seus funcionários. O principal requisito para a aprovação do PPI é a contratação de auditoria externa sobre matérias relacionadas à defesa da concorrência, que deverá ser realizada em um intervalo máximo de 2 (dois) anos. Além disso, poderá haver um diretor interno de *compliance*.

O Programa deverá conter, entre outros itens, a especificação do grupo econômico a que pertence a empresa ou organização, o histórico da atuação do grupo econômico ao qual pertence nos últimos cinco anos, além da criação de mecanismos disciplinares para a identificação e punição dos funcionários envolvidos com reais ou potenciais infrações à ordem econômica.

As empresas deverão submeter à análise da SDE/MJ os seus programas que, se aprovados, implicarão na expedição de um certificado reconhecendo que a empresa tem o compromisso de evitar as infrações à ordem econômica. Entre as vantagens do Certificado de Depósito, destaca-se a possibilidade de a SDE/MJ recomendar a redução das penas aplicadas pelo CADE.

Conclusão

O fenômeno da cartelização no mercado de combustíveis líquidos, especialmente a gasolina, compõe a experiência antitruste brasileira, o que pode ser atestado pelo número de casos de cartéis de postos de gasolina condenados e investigados até hoje. Tal tema, de reconhecida relevância prática, merece estudos acadêmicos que analisem a vivência brasileira, criticando-a, com o intuito de propor reflexões e soluções que permitam transpor os obstáculos e limitações tão conhecidos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC.

Nesse sentido, fala-se (i) na carência de recursos humanos e materiais dos órgãos antitruste nacionais; (ii) na baixa eficiência administrativa, decorrente da instrução fragmentada dos atos de concentração e processos administrativos nos três órgãos, do prolongado prazo de tramitação dos casos, do retrabalho e do alto custo administrativo; e (iii) nos problemas de ordem legal, como a ênfase excessiva concedida a atos de concentração, os critérios de notificação que são muito amplos, gerando congestionamento do sistema, a falta de um tratamento específico a condutas extremamente danosas e a utilização de figuras de difícil definição econômico-jurídica, como lucro arbitrário e preço excessivo. Recentemente, a Confederação Nacional da Indústria – CNI produziu um relatório sobre as deficiências do SBDC, dada a preocupação dos empresários com relação à demora na aprovação de operações muitas vezes manifestadamente inofensivas ao mercado, o que lhes gera um custo altíssimo.

Praticamente desde a entrada em vigor da Lei n.º 8.884/94, a Lei Antitruste, discute-se a sua reforma. Assim, esforços foram dispendidos nesse sentido ao longo dos últimos dez anos, chegando-se a cogitar da criação de uma Agência Nacional da Concorrência – ANC, na forma de uma autarquia, conferindo maior autonomia e concentração ao sistema. Hoje, tendo-se em

vista o estado da arte do conhecimento, objetiva-se a maximização do bem-estar total e do consumidor, o que se traduz numa eficiência alocativa dos recursos e representa uma maior preocupação com cartéis do que com restrições verticais e fusões. Nesse cenário, os principais pontos para uma reforma do SBDC correspondem à delimitação do critério de notificação a fim de sofisticar o filtro para análise de operações, à redução da burocracia, ao aumento da coordenação com agências reguladoras, à participação ativa do consumidor e o fortalecimento institucional dos órgãos componentes do SBDC.

Referências Bibliográficas

BAIRD, Douglas G. et. al. *Game Theory and the Law*. Harvard University Press, 2002.

BURST, Jean-Jacques. *Concurrence Déloyale et Parasitisme*. Paris: Éditions Dalloz, 1993.

BRUNA, Sérgio Varella. *O Poder Econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais São Paulo*. São Paulo, SP. V. 84, n.º 732, p. 38-46, outubro/1996.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle nas sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga e FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. *Poder Econômico: exercício e abuso – direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

OLIVEIRA, Roberson. *História do Brasil: análise e reflexão*. São Paulo: FTD, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. 2ª edição.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência (estudos e pareceres)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. La concurrence parasitaire en droit comparé – Actes du Colloque de Lausanne. Genève: Librairie Droz, 1981.

Sites Visitados

www.anp.gov.br

www.cade.gov.br

www.mj.gov.br/sde

