

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

LUCAS BELLINI PEREIRA

**A CARTELIZAÇÃO NO MERCADO VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS
AUTOMOTORES BRASILEIRO, SOB A ÓTICA DO CONSELHO
ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE)**

SÃO PAULO

2018

LUCAS BELLINI PEREIRA

**A CARTELIZAÇÃO NO MERCADO VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS
AUTOMOTORES BRASILEIRO, SOB A ÓTICA DO CONSELHO
ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE)**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Presbiteriana Mackenzie como
requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Vicente Bagnoli

SÃO PAULO

2018

Bellini-Pereira, Lucas.

A cartelização no mercado varejista de combustíveis automotores brasileiro, sob a ótica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) / Lucas Bellini Pereira. – 2018.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2018.

Bibliografia: f. 52-56.

1. Introdução – 2. O mercado de combustíveis brasileiro – 3. O direito da concorrência no Brasil – 4. O mercado varejista de combustíveis automotores brasileiro sob a ótica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – 5. A formação de cartéis no mercado varejista de combustíveis automotores brasileiro – 6. Jurisprudência: Condenações pelo CADE no mercado varejista de combustíveis – 7. Conclusões.

LUCAS BELLINI PEREIRA

**A CARTELIZAÇÃO NO MERCADO VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS
AUTOMOTORES BRASILEIRO, SOB A ÓTICA DO CONSELHO
ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE)**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Presbiteriana Mackenzie como
requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Aprovado em

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Vicente Bagnoli

Prof. Dr. Rodrigo Oliveira Salgado

Prof. Ms. Leandro Moreira Valente Barbas

AGRADECIMENTOS

Sempre levei em consideração um preceito para a minha vida de que existem, basicamente, quatro pilares para o bem-estar pessoal, são eles: Deus, família, amigos e trabalho. A ordem em que se encontram não se apresenta à toa. O amor, embora expressado de maneiras diferentes, encontra-se em todas elas. O presente trabalho é mais um importante passo para a minha caminhada acadêmica e profissional, contidas no meu quarto pilar. Dessa forma, necessário se faz realizar alguns agradecimentos às pessoas que foram importantes para o desenvolvimento deste projeto acadêmico.

Em primeiro lugar agradeço a Deus, meu maior refúgio, por me abençoar, guardar, iluminar e cuidar todos os dias de minha vida.

Aos meus pais, Silvio Antônio dos Santos Pereira e Inês Horie Bellini Pereira, a base de tudo o que eu sou, pelo amor, ensinamentos, incentivo, confiança e apoio incondicional. Cada passo dado em minha vida é graças a vocês. Sou eternamente grato por ser filho de pessoas tão extraordinárias.

Ao meu irmão, Silvio Augusto Bellini Pereira, simplesmente a melhor pessoa que eu conheço. Bondade, felicidade e carinho são poucas das palavras que me remetem a você Irmão. Você é a minha maior inspiração.

A minha companheira, Stefani Garbulio Amaral, a qual me ensinou o verdadeiro significado de amor e amizade, sempre me colocando para frente e torcendo para que eu alcance meus objetivos. Você é minha felicidade, quero estar sempre com você.

Ao professor e orientador Vicente Bagnoli, pelo apoio e confiança, o qual, através de seus livros e pesquisas, fez despertar em mim um grande interesse pela pesquisa acadêmica e o Direito Econômico e Concorrencial.

À Universidade Presbiteriana Mackenzie, seu corpo docente, direção e administração, que me oportunizaram esse caminho de educação e ética. Agradeço pela efetividade no processo de formação educacional e profissional.

Aos amigos da graduação, em especial ao João Pedro Leite, Gabriela Aguiar, Juliana Phelippe, Giuliano Tanganelli e Thiago Rodrigues. Obrigado por todas as alegrias e experiências trocadas ao longo destes cinco anos, todos me tornaram uma pessoa melhor durante esse período.

Aos companheiros de time do Basquete Direito Mackenzie, em especial ao Fernando Bordignon, Leonardo Quadrotti, Bruno Ippolito, Gustavo Bretas e João Cardoso. Para mim, não se tratou só de um time, mas minha família durante toda a graduação. Obrigado por tudo!

Aos membros da Comissão Erga Omnes, pelas reuniões semanais, desafios e aprendizados, em busca de um grande sonho.

À República Deusa, local o qual morei nos últimos três anos de graduação com pessoas que sempre me apoiaram e fizeram parte de minha formação. As brincadeiras e desafios jamais serão esquecidos.

Por fim, gostaria de agradecer a todos que acreditaram em mim durante a graduação e torceram pelo meu sucesso desde o começo. Prometo a todos que esse é apenas o primeiro passo para uma incrível jornada acadêmica e profissional que está por vir, a qual pretendo deixar todos cada vez mais orgulhosos.

“A incerteza é o habitat natural da vida humana - ainda que a esperança de escapar da incerteza seja o motor de atividade de atividades humanas. Escapar da incerteza é um ingrediente fundamental presumido, de todas e quaisquer imagens compósitas da felicidade genuína, adequada e total sempre parece residir em algum lugar à frente: tal como o horizonte, que recua quando se tenta chegar mais perto dele”. – Zygmunt Bauman

RESUMO

Esta monografia analisa o mercado varejista de combustíveis automotores brasileiro acerca de seus aspectos regulatórios e estruturais, sob a ótica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com o objetivo de identificar os principais elementos que o levam a ser o segmento com maior número de denúncias e investigações de cartel pelos órgãos de defesa da concorrência brasileiros. Nessa perspectiva, o início do trabalho examinará o histórico, estrutura e aspectos concorrencias desse mercado, bem como sua regulamentação. Em seguida, abordará o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e as averiguações do CADE a respeito do mercado de combustíveis brasileiro. Por fim, será analisada a natureza dos cartéis e sua formação nesse segmento de mercado, além da apreciação de jurisprudências de condenações realizadas pelo CADE. Dentre os resultados obtidos nessa pesquisa, constatou-se que o mercado varejista de combustíveis automotores brasileiro possui características que facilitam a coordenação de agentes econômicos para a prática de condutas colusivas. Todavia, poucos processos administrativos chegam a condenar os agentes, em razão da necessidade e dificuldade de obtenção de provas diretas de acordos entre concorrentes. Além disso, verificou-se que sindicatos e sociedades associativas possuem atuação fundamental para a prática de cartéis nesse mercado, e a importância da participação de outros órgãos nas investigações, em busca de um sistema mais eficiente para a condenação dos membros dos cartéis.

Palavras-chave: cartel, CADE, ANP, combustíveis, concorrência

ABSTRACT

This study analyzes the Brazilian automotive fuel retail market about its regulatory and structural aspects, from the viewpoint of the Administrative Council of Economic Defense (CADE), in order to identify the main elements that make it the segment with the largest number of complaints and investigations of cartel by the Brazilian competition authorities. In this perspective, the beginning of this paper will examine the history, structure and competitive aspects of this market, as well as its regulations. Next, it will expose the Brazilian antitrust system and CADE's inquiries regarding the Brazilian fuel market. Finally, the nature of the cartels and their formation in this market segment will be analyzed, as well as the evaluation of convictions case laws carried out by CADE. Among the results obtained in this research, it was verified that the retail market of Brazilian automotive fuels has characteristics that facilitate the coordination of economic agents for the practice of collusive conducts. However, few administrative processes come to condemn the agents, due to the necessity and difficulty to obtain direct evidence of agreements between competitors. In addition, it was found that unions and associative societies have a fundamental role in the practice of cartels in this market, and also that the participation of other entities in the investigations is significantly important in the search for a more efficient system for the condemnation of cartel members.

Keywords: cartel, CADE, ANP, fuels, competition

ABREVIATURAS E SIGLAS

ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ARCON	Associação dos Revendedores de Combustíveis do Norte do Paraná
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CPE	Comissão Parlamentar Externa
MP	Ministério Público
PIB	Produto Interno Bruto
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda
SINDIPETRO/DF	Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Distrito Federal
SDE	Secretaria de Direito Econômico
COOCAVER	Cooperativa de Consumo dos Condutores Autônomos de Veículos Rodoviários

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	O MERCADO DE COMBUSTÍVEIS BRASILEIRO	12
2.1	A ESTRUTURA DO MERCADO VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS AUTOMOTORES BRASILEIRO.....	16
2.2	ASPECTOS CONCORRENCIAIS DO MERCADO DE DISTRIBUIÇÃO E REVENDA VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS.....	19
3	O DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL	22
3.1	O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA A CONCORRÊNCIA.....	27
3.2	CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA.....	28
4	O MERCADO VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS AUTOMOTORES BRASILEIRO SOB A ÓTICA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA	31
5	A FORMAÇÃO DE CARTÉIS NO MERCADO VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS AUTOMOTORES BRASILEIRO	36
6	JURISPRUDÊNCIA: CONDENAÇÕES PELO CADE NO MERCADO VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS	43
6.1	CONDENAÇÃO EM FLORIANÓPOLIS (SC).....	43
6.2	CONDENAÇÃO EM LONDRINA (PR).....	45
6.3	CONDENAÇÃO NO DISTRITO FEDERAL (DF).....	46
6.4	CONDENAÇÃO EM CAXIAS DO SUL (RS).....	48
7	CONCLUSÕES	50
	REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

O mercado de combustíveis automotores trata-se de um dos segmentos mais importantes para a economia brasileira, envolvendo uma parcela significativa do Produto Interno Bruto (PIB) do país, visto que o Brasil corresponde, atualmente, ao sétimo maior consumidor de derivados de petróleo do mundo. Quando lidamos com o setor de distribuição e revenda varejista de gasolina, estamos tratando da comercialização de um bem essencial para transporte, logística e locomoção de empresas e famílias todos os dias.

Entretanto, ao mesmo tempo que se trata de um importante segmento econômico, o mercado varejista de revenda de combustíveis automotores possui características e particularidades estruturais que facilitam a coordenação de agentes econômicos para a prática de condutas colusivas. Essas particularidades do mercado foram apontadas em diversos julgamentos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), durante os últimos anos no Brasil.

Diante desses aspectos singulares de estrutura e comércio, o setor se tornou famoso pela prática de condutas anticompetitivas, principalmente no que tange a formação de cartéis de fixação de preços, o que se verifica através das diversas análises, publicações e condenações realizadas pelos Órgãos de Defesa da Concorrência, que buscam limitar ao máximo a prática de tais condutas através dos instrumentos legais.

Nesse sentido, destaca-se que, o setor de revenda de combustíveis brasileiro é o segmento com a maior quantidade de denúncias pela prática da infração mais nociva para ordem econômica de um mercado: o cartel.

Essa quantidade de denúncias que ocorrem no setor destaca, sem dúvidas, que trata-se de um segmento que merece uma análise diferenciada pelos órgãos de defesa da concorrência brasileiros.

Contudo, não obstante o elevado número de denúncias no setor, poucos são os casos que chegam a ser condenados pelo CADE, sendo a grande maioria das investigações arquivadas diante da ausência de provas suficientes para fundamentar as práticas de cartelização, o que demonstra uma especificidade dessa infração à ordem econômica, a dificuldade de comprovação, do ponto de vista legal, da ocorrência dos conluíus.

Nesse ponto, importante elencar que, sucintamente, a cartelização de um mercado acarreta como principais consequências a fixação e aumento indevido dos preços dos produtos, o afastamento de competidores do mercado e o enriquecimento ilícito das empresas cartelizadas, o que resulta em última instância no prejuízo do bem-estar do consumidor final.

Diante do exposto, imperioso se faz apurar a natureza e peculiaridades desse mercado, os estudos da defesa à concorrência sobre o setor, a natureza e instrumentos da formação de cartéis no segmento, a jurisprudência das investigações e condenações realizadas pelas autoridades competentes, além de analisar as consequências dessas práticas anticompetitivas aos outros players do mercado e consumidores finais.

2 O MERCADO DE COMBUSTÍVEIS BRASILEIRO

A última década do século XX foi um período marcante para a ordem econômica brasileira, na medida em que houveram essenciais alterações realizadas nos mais diversos segmentos econômicos do país. Um dos pontos mais relevantes do período foi a reestruturação no setor do petróleo e combustíveis no geral.

Até meados de 1997 o Estado detinha o monopólio de todo o modelo de exploração do petróleo no Brasil. Isto é, todas as atividades associadas à exploração, transporte, produção e também o refino do petróleo no país só poderiam ser desempenhadas pelo Estado. Todavia, com a promulgação da Lei 9.478/97¹, nomeada como nova lei do petróleo, ocorre a cessação desse monopólio de exploração sobre a Petrobrás, de forma a permitir a participação de outras empresas competindo em todas as cadeias do mercado.²

Nessa perspectiva, esse novo modelo de exploração no setor do petróleo, agora permitindo a atuação de empresas no segmento, poderia ter comprometido um dos principais segmentos econômicos da época, mas, pelo contrário, definiu uma nova estrutura organizacional e de gestão capacitando a Petrobrás a operar em um mercado concorrencial.³

Ademais, a supracitada lei determinou a criação da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), entidade submetida ao regime autárquico especial, com o objetivo de regular as atividades integrantes da indústria do petróleo, gás natural e biocombustíveis no Brasil.

¹ BRASIL. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/LEIS/L9478.htm>. Acesso em: 20 de jun. 2018.

² CASELLI, Bruno Conde. O pré-sal e as mudanças da regulação da indústria do petróleo e gás natural no Brasil; uma visão institucional. Rio de Janeiro: 2011. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/?dw=74379>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

³ CRUZ, Adelina Novaes; SARMENTO, Carlos Eduardo Barbosa; MOREIRA, Regina da Luz. CPDOC-FGV. A Petrobras e a autossuficiência na produção de petróleo. Disponível em: <<https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/PetrobrasAutoSuficiencia>>. Acesso em: 20 de ago. 2018.

Na posição de órgão regulador do setor, a ANP possui diversas atribuições, tanto regulatórias quanto fiscalizatórias. Dentre elas, há a obrigação de que quando tomar conhecimento de algum fato no mercado que possa configurar infração à ordem econômica, deverá imediatamente comunicá-lo ao CADE e à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDEMJ), para que estes agentes adotem as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente, conforme dispõe o artigo 10º da Lei 9.478/97⁴.

Nessa perspectiva, importante destacar que a ANP, na proteção às infrações da ordem econômica no setor, também busca proteger o ambiente concorrencialmente saudável, além da proteção dos interesses dos consumidores, quanto à qualidade, preço e oferta dos produtos combustíveis, destacando-se sua importante posição na estrutura do mercado. Nesse sentido, em especial sobre essa atuação da ANP, nos ensina Heloísa Esteves (2011, p. 03)⁵.

A garantia de concorrência é fator essencial para o bom funcionamento dos segmentos de mercado referentes tanto ao upstream quanto ao downstream das indústrias reguladas pela ANP. Nesse sentido, são de extrema importância as ações da Agência tanto em seu aspecto preventivo (buscando evitar o surgimento de estruturas de mercado que prejudiquem o processo concorrencial) quanto em seu aspecto repressivo (através das ações de monitoramento e atuação com os demais agentes do Estado).

Vejamos, no que tange à sua atuação na forma preventiva, a ANP, sempre que requerida pelo CADE, elabora pareceres técnicos avaliando a influência das operações de fusões e aquisições de empresas no mercado de derivados do petróleo.

⁴ A Lei nº 12.529/2011 alterou a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), extinguindo a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e trazendo suas funções relacionadas ao direito da concorrência para o CADE. Assim, o SBDC hoje divide-se em dois órgãos: a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Vide BRASÍLIA. JUSTIÇA GOVERNO FEDERAL. Secretaria de Direito Econômico - SDE. 2018. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/subpaginas_auditoria/secretaria-de-direito-economico>. Acesso em: 05 nov. 2018.

⁵ ESTEVES, Heloisa Borges Bastos, Principais Práticas Anticompetitivas nos segmentos de distribuição e revenda de combustíveis automotivos, p.03. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/images/Precos/Principais_Praticas_Anticompetitivas_nos_segmentos_de_Distribui_cao_e_Revenda_de_Combustiveis_Automotivos.pdf>. Acesso em 16 de ago. 2018.

Já no que se refere à sua atuação repressiva, a ANP busca identificar fatos que possam configurar qualquer tipo de infração contra a ordem econômica, como por exemplo a fixação de preços de revenda e cartéis, e caso identifique, informará o CADE para que investigue e adote as medidas legais cabíveis, de acordo com a Lei de Defesa da Concorrência⁶, qual seja Lei nº 12.529/11⁷.

Diante disso, o papel da ANP no mercado varejista de combustíveis automotores é de notória relevância, ainda mais no que se refere à busca de um ambiente economicamente saudável com concorrentes leais, visto que acompanha as movimentações de todo o segmento, analisando periodicamente o comportamento de seus agentes e os preços praticados aos consumidores, interagindo com os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência com as informações necessárias para o início e desfecho das investigações de infrações à ordem econômica.

Diante do exposto, além da abertura do mercado para outras empresas e a instituição da ANP, importante destacar que a retirada do monopólio do Estado brasileiro sobre a exploração do petróleo também permitiu um processo de liberalização do controle de preços e das margens de comercialização dos derivados do processo produtivo de petróleo, gás natural e biocombustíveis.

Em 1997, através da Lei do Petróleo, estabeleceu-se um prazo de 36 meses para que fosse concluído a liberação dos preços dos combustíveis automotivos em todos os estados do território nacional, bem como a liberação das margens de distribuição e revenda de óleo diesel, através da Portaria Interministerial MF/MME nº 293/1997.

⁶ ANP. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – Defesa da Concorrência. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/precos-e-defesa-da-concorrenca/defesa-da-concorrenca>>. Acesso em 12 de abril de 2018.

⁷ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 15 de outubro de 2018.

Todavia, esse prazo foi estendido pela Lei nº 9.990/2000⁸, prorrogando o período de transição para até o dia 31 de dezembro de 2001, conforme descrito abaixo:

Art. 2º. O art. 69 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 69. Durante o período de transição, que se estenderá, no máximo, até o dia 31 de dezembro de 2001, os reajustes e revisões de preços dos derivados básicos de petróleo e gás natural, praticados pelas unidades produtoras ou de processamento, serão efetuados segundo diretrizes e parâmetros específicos estabelecidos, em ato conjunto, pelos Ministros de Estado da Fazenda e de Minas e Energia.”

Assim, na data prevista, 31 de dezembro de 2001, finaliza-se o processo de abertura do mercado de combustíveis, com a liberação de preços de comercialização dos derivados de petróleo em todo o território brasileiro, de forma que a partir desta data, os preços de faturamento dos produtos não seriam mais determinados e regulados em conjunto pelas portarias interministeriais do Ministério da Fazenda e de Minas e Energia, e sim cabendo exclusivamente a cada agente econômico, que agora pode estabelecer o preço de seus produtos para venda e margens de comercialização em um cenário de livre concorrência⁹.

Dessa forma, as modificações supracitadas, que lideraram a reestruturação no setor do petróleo e combustíveis nos anos noventa foram ponderosas para definir os próximos passos de todo o mercado varejista de combustíveis automotores brasileiro.

Atualmente, esse segmento econômico é objeto de atuação de diversos agente privados em toda sua cadeia de produção, tanto na exploração, quanto no transporte, produção, refino, distribuição e revenda, com a presença e atuação de um órgão regulador extremamente participativo, de atribuições que visam garantir o equilíbrio e bem-estar dos agentes e consumidores, além de possuir a prerrogativa da livre determinação dos preços de comercialização dos derivados de petróleo entre os agentes da cadeia em suas relações econômicas.

Assim, a reestruturação abriu as portas para multinacionais estrangeiras, garantindo investimentos em todos os segmentos do setor, além de possibilitar a participação de agentes em todas as cadeias de produção, o que fortaleceu a economia nacional e garantiu a concorrência em um dos principais segmentos econômicos do país.

⁸ BRASIL. Lei nº 9.990 de 21 de julho de 2000, prorroga o período de transição previsto na Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo (...). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9990.htm>. Acesso em 01 de setembro de 2018.

⁹ANP. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – Histórico da liberação dos preços de combustíveis no mercado brasileiro. Disponível em <<http://www.anp.gov.br/component/content/article?id=866>>. Acesso em 02/07/2018.

2.1 A ESTRUTURA DO MERCADO VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS AUTOMOTORES BRASILEIRO

O mercado brasileiro de combustíveis é considerado o quarto maior mercado do mundo, com em torno de 40.000 postos revendedores de combustíveis, mais de 180 distribuidoras de combustíveis sendo a grande maioria regionais, muito em razão dos recursos naturais e extensa dispersão geográfica, o que emprega em toda sua cadeia aproximadamente meio milhão de pessoas, além de movimentar anualmente cifras superiores a R\$ 400 bilhões¹⁰.

Os principais produtos combustíveis automotores comercializados são a gasolina, o óleo diesel e o etanol. Dentre eles, a gasolina merece destaque, sendo subdividida em Gasolina C ou Gasolina Comum (principal combustível no mercado varejista), Gasolina Aditivada e Gasolina Premium.

Os agentes econômicos que formam a cadeia de combustíveis automotores são separados entre a fase de produção e a fase de distribuição. Dentro da fase de produção encontram-se os agentes que produzem os combustíveis e também seus insumos, ou realizam a importação dos produzidos no exterior para o mercado interno, sendo eles as refinarias de petróleo (da Petrobrás e as privadas), as centrais petroquímicas, as usinas e destilarias, os formuladores, e os importadores e exportadores. Já no que se refere à fase de distribuição, esta contempla os canais de venda em atacado e varejo, nela estão as distribuidoras de combustíveis, os revendedores varejistas, e os Transportadores-Revendedores-Retalhistas (TRRs), sendo que na ponta final da cadeia situam-se os consumidores¹¹.

Restringindo a cadeia para a etapa de distribuição, principalmente no que tange ao mercado varejista de combustíveis, foco do presente estudo, e ainda, na atuação mais próxima do consumidor final, destacamos as distribuidoras de combustíveis e os revendedores varejistas.

¹⁰ NETO, José Lima de Andrade. O Mercado Brasileiro de Combustíveis. Boletim de Conjuntura do Setor Energético, FGV Energia, fevereiro/2017, p. 4. Disponível em <fgvenergia.fgv.br>. Acesso em 12/09/2018.

¹¹ ANP. Anuário Estatístico brasileiro do petróleo, gás natural e biocombustíveis 2012. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – Rio de Janeiro: 2012.

Conforme elencado pela Resolução ANP nº12, de 21 de março de 2007¹², o distribuidor de combustíveis é uma pessoa jurídica autorizada para o exercício da atividade de distribuição de combustíveis líquido derivados de petróleo, álcool combustível, biodiesel, mistura óleo diesel/biodiesel especificada ou autorizada pela ANP e outros combustíveis automotivos, bem como para a atividade de distribuição de combustíveis de aviação.

Em 2011, existiam no Brasil 198 distribuidoras de combustíveis líquidos, sendo grande parte destas, regionais. Entretanto, apurou-se que nesse mesmo ano, quatro grandes empresas (BR, Ipiranga, Raízen e Alesat) detinham 72,6% das vendas de gasolina tipo C no Brasil, demonstrando grande concentração da distribuição desse tipo de produto¹³.

O revendedor varejista de combustíveis é a pessoa jurídica autorizada para o exercício da atividade de revenda varejista de combustível automotivo, conforme a Resolução ANP nº12, de 21 de março de 2007. Isto é, tratam-se dos postos de combustíveis que se encontram divididos pelas ruas das cidades.

Nessa perspectiva, em 2011 no Brasil existiam 39.027 revendedores varejistas de combustível automotivo, que abastecem os veículos dos consumidores finais diariamente¹³.

O revendedor varejista pode se vincular ou não à uma distribuidora de combustíveis. Caso se vincule, será denominado de “bandeirado”, possuindo assim um contrato de exclusividade com uma distribuidora específica, de forma que só poderá adquirir os combustíveis dela, além de ostentar sua manifestação visual e identificação de marcas. Caso não se vincule a nenhuma distribuidora, o revendedor será denominado “bandeira branca”, estes não possuem qualquer contrato de exclusividade de fornecimento ou marca, podendo comercializar produtos combustíveis de distribuidoras distintas, cabendo apenas a necessidade de informar aos consumidores finais a origem do produto.

¹² ANP. Resolução ANP nº 12, de 21 de março de 2007 – DOU 22/03/2007. Disponível em <legislação.anp.gov.br/?path=legislação-anp/resol-anp/2007/marco&item=ranp-12—2007>. Acesso em 12/09/2018.

¹³ CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cadernos do CADE. *Varejo de gasolina*. Brasília, DF, 2014.

Nesse ponto, caso o revendedor opte por não possuir exclusividade com alguma distribuidora e ser denominado de “bandeira branca”, não poderá exibir qualquer identificação visual de marca das distribuidoras em seu estabelecimento, visto que a utilização de determinada manifestação visual é capaz de confundir ou induzir à erro os consumidores.

Essa relação de exclusividade de fornecimento entre distribuidora e revendedor é realizada através da via contratual, onde comumente, o revendedor deve adquirir um volume específico de produtos da distribuidora durante a vigência contratual, sob pena de incorrer em infração às obrigações contratuais e, conseqüentemente, tendo que arcar com uma multa contratual.

Assim, essa vinculação acaba gerando diversas discussões no judiciário, principalmente nos casos de comércio irregular de produtos. Ou seja, quando um posto revendedor, enquanto possui contrato de exclusividade com uma distribuidora, acaba adquirindo produtos combustíveis de outra, situação que pode, inclusive, provocar sanções judiciais para a distribuidora que realizou a venda ilegal de seu combustível à um revendedor já bandeirado.

Nesse sentido, importante destacar que a legislação brasileira, diferente de outros países, a exemplo do Chile, Austrália e Espanha, proíbe a verticalização do setor de varejo de combustíveis, de modo que é vedado as distribuidoras de combustíveis líquidos exercer diretamente a revenda varejista dos combustíveis. Em outras palavras, é vedado que um posto de combustíveis pertença à uma distribuidora, de acordo com a Lei do Petróleo, e também pela Resolução ANP nº 41, de 05 de novembro de 2013¹⁴, que elenca em seu artigo 26:

Art. 26. Fica vedado ao distribuidor de combustíveis líquidos autorizados pela ANP a participação no quadro de sócios de revendedor varejista de combustíveis automotivos autorizado pela ANP, assim como o exercício da atividade de revenda varejista de combustíveis automotivos.

Conseqüentemente, as distribuidoras de combustíveis são expressamente impedidas de realizar a comercialização de produtos diretamente aos consumidores finais, podendo tão somente vender os produtos aos postos de combustíveis, e estes comercializam aos consumidores finais.

¹⁴ ANP. Resolução ANP nº 41, de 05 de novembro de 2013 – DOU 06/11/2013. Disponível em <legisweb.com.br/legislação/?id=261502>. Acesso em 12/09/2018.

Em um primeiro momento, essa vedação destacou-se como favorável à concorrência no setor, visto que isso impede que as grandes empresas distribuidoras entrem no ramo da revenda e realizem a venda dos combustíveis diretamente aos consumidores finais, o que poderia prejudicar os demais competidores da revenda (postos de combustíveis), que precisam adquirir combustível de alguma distribuidora para conseguir realizar a venda ao consumidor final.

Todavia, recentemente o CADE publicou uma cartilha com o objetivo de repensar o setor de combustíveis, buscando medidas pró-concorrenciais, sendo que um dos estudos é o de repensar a proibição de verticalização do setor de varejo de combustíveis. Segundo o órgão, alguns estudos americanos demonstram que, com a proibição, ocorre o aumento de preços, aumento de custos, diminuição da quantidade ofertada e, conseqüentemente, a diminuição da concorrência e do bem-estar do consumidor¹⁵.

2.2 ASPECTOS CONCORRENCIAIS DO MERCADO DE DISTRIBUIÇÃO E REVENDA VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS

Pelo fato de o mercado de revenda ser subdividido em postos de combustíveis atrelados à certa marca de distribuidora e outros optarem por não se vincularem a nenhuma distribuidora, muito se discute a respeito das relações contratuais e as implicações concorrenciais causadas no mercado de combustíveis.

O revendedor bandeira branca, diferentemente do revendedor bandeirado, possui liberdade para pesquisar as melhores condições comerciais e preços vigentes no mercado, o que colabora inclusive para a entrada de mais concorrentes no mercado de distribuição de combustíveis para competir com as grandes distribuidoras já consolidadas no segmento.

Nessa perspectiva, como o operador de um posto revendedor sem bandeira beneficia-se podendo adquirir o melhor preço apresentado pelas distribuidoras no dia a dia, consegue praticar uma margem maior de lucro com o litro de combustível vendido aos consumidores finais em seu estabelecimento.

¹⁵ CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Contribuições do CADE. *Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência*. Brasília, DF, 2018.

Essa posição comercial pode levar a impressão de que vale a pena não se vincular a marca de nenhuma distribuidora, visto que, aparentemente, os postos de bandeira branca são mais competitivos no mercado de combustíveis, o que poderia acarretar, inclusive, na redução da quantidade de postos bandeirados. No entanto, necessário destacar que a concorrência no mercado de distribuição e revenda varejista de combustíveis vai muito além dos preços¹⁶.

A partir do momento que um revendedor assume a marca comercial de uma distribuidora torna-se um cliente cativo durante toda a vigência do contrato, perdendo o poder de negociar melhores preços de combustíveis com outras distribuidoras. Mas, em contrapartida, recebe uma série de investimentos da distribuidora, principalmente em infraestrutura, propaganda, treinamento de revendedores e frentistas, oferta de produtos exclusivos e programas de fidelização para clientes, com o objetivo de preservar a imagem da distribuidora no mercado e trazer uma reputação positiva a marca, o que promove a elevação do custo do produto.

Ademais, uma marca consolidada no mercado traduz-se em um diferencial competitivo, em razão de possuir mais credibilidade sobre a qualidade de seu produto combustível, principalmente em se analisando a grande quantidade de denúncias sobre combustíveis adulterados que vem ocorrendo no setor.

Ou seja, o mercado apresenta características singulares que permitem às distribuidoras combater a variável de preços através da utilização de outras variáveis, explorando a força de sua marca e a fidelização dos clientes. Devido à essa pluralidade de ferramentas competitivas no setor de distribuição, a possibilidade de realizar a aquisição de combustíveis de qualquer distribuidor, buscando um preço menor, não garante maior competitividade dos postos bandeira branca no negócio de revenda¹⁷, o que demonstra que ocorre uma certa compensação na concorrência entre revendedores bandeirados e bandeiras brancas.

Além disso, outro ponto que deve ser levado em consideração são as questões logísticas do fornecimento dos combustíveis, o que envolve: localização das bases, transporte, distâncias existentes, capacidade de armazenamento e quantidade de volume a ser comercializado. Essas questões estruturais envolvem diversos custos para as distribuidoras, custos esses que serão refletidos no preço de comercialização do produto aos revendedores.

^{16, 17} ANP. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Diagnóstico da Concorrência na Distribuição e Revenda de Combustíveis Automotivos – Rio de Janeiro. 2016. p.86-92. Disponível em <www.anp.gov.br/publicacoes/livros-e-revistas/2382-diagnostico-da-concorrenca-na-distribuicao-e-revenda-de-combustiveis-automotivos>. Acesso em 06/06/2018.

Assim, as empresas de menor porte possuem grande dificuldade em adentrar as condições logísticas necessárias para movimentação de seus produtos em menor escala, tendo que elevar seus custos operacionais em comparação com as grandes distribuidoras, que em razão da estrutura que possuem, conseguem diminuir os custos logísticos para transporte e armazenamento de seus produtos. Esse fator amplia a barreira para a entrada de distribuidoras menores no mercado e amplia a concentração das grandes distribuidoras no setor.

Dessa forma, verifica-se que as grandes distribuidoras possuem vantagens de custos logísticos para a atividade de distribuição de combustíveis muito em razão da estrutura que possuem, visto que conseguem adquirir produtos em grande escala com um valor menor, além de armazená-los e transportá-los para as regiões que almejam. Os fatores acima elencados permitem que as grandes companhias consigam ofertar melhores condições comerciais para a rede de postos que exibe sua identificação visual.

3 O DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

O principal elemento para a econômica saudável de um país é a garantia de uma concorrência leal entre seus agentes econômicos, uma vez que garante um sistema econômico equilibrado, com um bom funcionamento de mercado, diversidade de bens, produtos e serviços, além de assegurar qualidade e preços justos.

Isto posto, a concorrência se mostrou fator determinante para o desenvolvimento da ordem social e econômica dos países. Essa importância pelo equilíbrio econômico interno incentivou os países na busca por inserir os princípios de defesa da concorrência em seus ordenamentos jurídicos, com o objetivo de regular seus sistemas econômicos e garantir um ambiente concorrencial saudável para as relações econômicas.

No Brasil, pode-se dizer que o direito concorrencial teve seu início com a Constituição de 1934, que trouxe, pela primeira vez, uma ideia de liberdade econômica, mencionando em seu artigo 177¹⁸, que a lei promoverá o fomento da economia popular e o desenvolvimento do crédito. Diante da instabilidade política vivida no país na época, logo em seguida promulga-se uma nova Constituição em 1937, essa nova Lei maior elenca em seu artigo 141¹⁹, que os crimes praticados contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o estado, devendo a lei assegurar sua punição, trazendo assim uma nova ótica para a função estatal, isto é, a função de regular e punir os crimes contra a economia popular.

Por conseguinte, surge a primeira Lei Antitruste no Brasil, denominada Decreto-Lei nº869/1938²⁰, com um caráter penal e concorrencial, surge em um contexto de proteção da economia popular, visando reprimir o abuso do poder econômico que vise a dominação de mercado e a eliminação da concorrência, conforme demonstrado abaixo:

¹⁸ BRASIL. Artigo 177 da Constituição Brasileira (1934) sobre liberdade econômica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em 18/10/2018.

¹⁹ BRASIL. Artigo 141 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937) sobre os crimes contra a economia popular. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10613437/artigo-141-da-constituicao-federal-de-10-de-novembro-de-1937>> Acesso em: 18/10/2018.

²⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 869 de 18 de novembro de 1938 que define os crimes contra a economia popular sua guarda e seu emprego. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-869-18-novembro-1938-350746-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 18/10/2018.

*Art. 2. São crimes dessa natureza (contra a economia popular):
 (...) III – promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio;*

Art. 3. São ainda crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego: I – celebrar ajuste para impor determinado preço de revenda ou exigir do comprador que não compre de outro vendedor.

A partir desse momento, o Estado brasileiro passou a demonstrar maior interesse no bem-estar-social e desenvolvimento econômico, adotando um modelo de política econômica divergente do que vinha apresentando, pois agora estaria atuando como um regulador da concorrência, buscando evitar e punir atos lesivos de concentração econômica, sendo que anteriormente agia apenas como um concorrente no mercado.

Decorridos alguns anos, durante o governo de Getúlio Vargas, promulga-se a “Lei Malaia” (Decreto-Lei nº 7666/45)²¹, que trouxe um conteúdo mais sistematizado das políticas antitruste, arrolando os atos considerados contrários aos interesses da economia nacional, além de determinar a criação da Comissão Administrativa de Defesa Econômica, órgão com personalidade jurídica própria e com o objetivo de dar cumprimento ao disposto no Decreto-Lei. Entretanto, a Lei Malaia sofreu grande oposição sobre as medidas propostas, de forma que nunca chegou a ser efetivamente utilizada, tendo sido revogada pelo Decreto-Lei nº 8.162 alguns meses depois²².

Embora tenha sido revogada no mesmo ano em que foi promulgada, a Lei Malaia foi de grande importância para o desenvolvimento das políticas antitruste no Brasil. Logo em seguida, a Constituição de 1946 já introduzia expressamente o contexto de repressão ao abuso do poder econômico, deixando para trás o sentido de economia popular e buscando um maior compromisso com a ordem econômica e o protecionismo do consumidor²³.

²¹ BRASIL Decreto-Lei nº 7.666 de 22 de junho de 1945 sobre a Lei Malaia. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-7666-22-junho-1945-416494-norma-pe.html>> Acesso em 18/10/2018.

²² BAGNOLI, Vicente. Introdução ao Direito da Concorrência; Brasil - Globalização - União Européia - Mercosul - Alca. São Paulo: Editora Singular, 2005. P. 84 – 86.

²³ CORDEIRO, Rodrigo Aiache. Poder econômico e livre concorrência: uma análise da concorrência na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 2007. 206 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007. p. 86 – 90. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp062085.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

Todavia, embora esses princípios estivessem estipulados na Lei Maior, durante um longo tempo não houve a promulgação de nenhum ordenamento para regulamentar e instrumentalizar como se daria a repressão ao abuso de poder econômico.

Então, em 1962 foi promulgada a Lei nº 4.137/1962²⁴, originado através de um projeto do grande jurista Agamemnon Magalhães, com o principal objetivo de regular e repreender o abuso ao poder econômico. A lei elencou diversas formas de abuso, como por exemplo, dominar mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência, elevar sem justa causa os preços nos casos de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção, entre outros²⁵.

Além disso, foi através do artigo 8º da Lei que foi criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), garantindo ao órgão a competência e os meios para regular e repreender o abuso do poder econômico no país.

O avanço foi extremamente significativo, no entanto, o Brasil adentraria em um longo período de Ditadura Militar, onde, apesar da permanência do CADE, havia falta de efetividade das políticas antitruste no Brasil, o que mudaria apenas na década de 90.

A Constituição Federal de 1988²⁶ foi o instrumento capaz de promover, através da atuação do Estado, o desenvolvimento e transformação social, de forma que essa instrumentalidade da Lei Maior se fez sentir também na matéria da concorrência, principalmente para um processo de fomento de sua regulação, quando pela primeira vez uma constituição brasileira elevou o preceito da livre concorrência ao parâmetro de princípio constitucional, conforme transcrito abaixo:

*Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
(...) IV – livre concorrência.*

²⁴ BRASIL. Lei nº 4.137 de 10 de setembro de 1962 que regula o abuso ao poder econômico. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/111022/lei-4137-62>>. Acesso em: 18 out. 2018.

²⁵ PINHEIRO, Felipe Oliveira. Ditames históricos do direito antitruste: análise da sua evolução no Brasil e no mundo. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 09 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.58565>>. Acesso em: 18 out. 2018.

²⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988.

Ademais, através dos seus artigos 173 e 174, a Constituição indicou que o Estado exercerá a função de agente normativo e regulador da atividade econômica, por meio de fiscalização, incentivo e planejamento, além de determinar que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Assim, o Estado Democrático de Direito que é desenvolvido com a promulgação da Constituição Federal de 1988 abre as portas para a expansão do Direito Antitruste, e apresenta um Estado preocupado com o bem-estar social, além de atuante na economia brasileira. Nesse sentido, nos ensina Vicente Bagnoli²⁷.

Esse importante processo modifica a qualidade do Estado de interventor, atuante direto na economia inclusive como empresário e fixador de preços, para um Estado normativo e regulador da atividade econômica, fiscalizando-a, incentivando-a e, em certos casos, planejando-a.

Diante disso, com as novas exigências de um mercado resguardado concorrencialmente e em busca de uma legislação que garantisse um melhor funcionamento da economia de mercado, foi promulgada em 11 de junho de 1994 a Lei nº 8.884²⁸, denominada Lei de Defesa da Concorrência. Tratou-se de um marco revolucionário para o Direito Antitruste brasileiro, pois a partir disso o direito concorrencial passou a ter um procedimento aplicável aos casos de infração à ordem econômica, de forma que se passou a analisar atos de concentração e reprimir às condutas consideradas anticoncorrenciais. Ainda, a partir dessa Lei, o CADE passou a ser respeitado no sistema econômico brasileiro, com uma atuação muito mais incisiva.

Entretanto, a nova legislação apresentava dois problemas que precisavam ser corrigidos para um melhor funcionamento e aplicabilidade. O primeiro deles é o controle posterior de concentrações, isto é, era permitido que as empresas realizassem operações de fusões e aquisições sem antes passar pela avaliação do CADE. Isso significa que o órgão só poderia fazer suas considerações sobre a operação após ela ser realizada, sendo que as empresas já estariam contaminadas, o que dificultava ainda mais a análise do CADE e a aplicabilidade de suas decisões.

²⁷ BAGNOLI, Vicente. Direito Econômico. 6. ed. São Paulo: Atlas S.a., 2013. p. 210.

²⁸ BRASIL. Art. 87 da Lei nº 8884/94 Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia Lei Antitruste. Disponível em: <<http://support.google.com/websearch/bin/answer.py?hl=pt-BR&p=cached&answer=1687222>>. Acesso em: 20 out. de 2018.

O segundo problema da Lei nº 8.884/94 é que existiam três autoridades antitruste atuando ativamente, tinha-se o CADE (com uma atuação de tribunal de direito administrativo com poder decisório), a SDE (Secretaria de Direito Econômico, que realizava o controle de condutas), e a SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico, órgão do Ministério da Fazenda voltado para o controle de estruturas e da advocacia da concorrência). Assim, as análises dos casos e a competência de cada um dos órgãos acabavam se misturando e se perdendo, pois o controle passava por muitos órgãos²⁹.

Nessa perspectiva, visualizando os problemas na legislação e na busca de um procedimento mais adequado com condições de fazer cumprir a Lei, surgiu, em substituição a Lei nº 8.884/94, a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, a Nova Lei de Defesa da Concorrência³⁰, em vigência atualmente, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

O novo ordenamento jurídico foi estruturado em 9 títulos, quais sejam: Título I, Disposições Gerais (finalidade da Lei e sua territorialidade); Título II, Do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (composição); Título III, Do Ministério Público Federal Perante o CADE (atuação do MPF conjunta ao CADE); Título IV, Do Patrimônio, Das Receitas e Da Gestão Administrativa, Orçamentária e Financeira (questões relacionadas ao patrimônio, receita, gestão administrativa, orçamentária e financeira); Título V, Das Infrações da Ordem Econômica (tipificação da infrações e sanções, além de dispor sobre prescrição e direito de ação); Título VI, Das Diversas Espécies de Processo Administrativo (dispõe sobre o processo administrativo no controle de atos de concentração econômica, do inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica e do procedimento preparatório, do processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, da medida preventiva, do compromisso de cessação e do programa de leniência); Título VII, Do Controle de Concentrações (atos de concentração); Título VIII, Da Execução Judicial das Decisões do CADE (formas de execução judicial das decisões do CADE e da intervenção judicial nas empresas); e por fim, o Título IX, com as Disposições Finais e Transitórias.

²⁹ SAMPAIO, Sofia Ramos. Lei antitruste e a necessidade de autorização prévia. 2018. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,lei-antitruste-e-a-necessidade-de-autorizacao-previa,590613.html>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

³⁰ BRASIL. Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011 sobre a Lei de Defesa da concorrência. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2011/lei-12529-30-novembro-2011-611850-norma-pl.html> Acesso em: 20 out. de 2018.

Dessa forma, a atual Lei Antitruste foi pautada nos ditames constitucionais da livre concorrência e da liberdade de iniciativa, buscando também o bem-estar econômico do consumidor, além de corrigir os problemas da anterior, garantindo um controle prévio das concentrações de empresas e estruturando apenas o CADE como autoridade antitruste, garantindo maior eficácia das decisões e celeridade no trato à matéria.

3.1 O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA (SBDC)

Conforme elencado acima, a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), com todas as atribuições de ambos os órgãos definidas na Lei.

Enquanto o CADE é a entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional para prevenir e reprimir infrações da ordem econômica, a SEAE, por sua vez, tem como objetivo promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade, realizando a chamada “advocacia da concorrência”.³¹

Recentemente, através do Decreto nº 9.266, de 15 de janeiro de 2018, a SEAE foi extinta e foram criadas duas novas secretarias a partir do remanejamento de competências e cargos: a Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria (SAFEL), com atuação, sucintamente, na formulação e execução da política fiscal; na formulação e acompanhamento de políticas públicas no setor de energia exercendo as competências relativas à promoção da concorrência; e a governança de prêmios e sorteios referente a política e regulação das loterias.

³¹ MASSO, Fabiano del. Direito Econômico. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007. p. 122 – 124.

E, paralelamente, a Secretaria da Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC), com atuação, resumidamente, na elaboração de estudos do ponto de vista concorrencial, de políticas públicas, autorregulações e atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários de serviços; na avaliação de proposta que tramitam no Congresso Nacional de proposições de agências reguladoras, de avaliações solicitadas pelo CADE, pela Câmara de Comércio Exterior ou fóruns nos quais o Ministério da Fazenda participa; e a participação na qualidade de *amicus curiae* em processos administrativos e judiciais, promovendo a advocacia da concorrência que era praticada pela SEAE³².

Por fim, necessário destacar que não integram o SBDC, mas atuam como entidades de apoio junto ao CADE, a Procuradoria Federal Especializada (PROCADE) e o Ministério Público Federal (MPF), nos termos da Lei de Defesa da Concorrência.

3.2 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE)

O CADE se constitui em uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, e com sede no Distrito Federal em Brasília. Trata-se do principal órgão brasileiro no que se refere à defesa da concorrência e aplicação da legislação antitruste.

A missão institucional do órgão é de “*zelar pela manutenção de um ambiente competitivo saudável, prevenindo ou reprimindo atos contrários, ainda que potencialmente, à ordem econômica, com observância do devido processo legal em seus aspectos material e formal*”³³.

Sucintamente, ao CADE cabem três principais funções: preventiva: analisar e decidir sobre os atos de concentração realizados por empresas, como fusões, aquisições de controle, incorporações, e outros atos de concentração econômica que possam vir a causar alguma forma de prejuízo ou colocar em risco a livre concorrência; repressivo: investigar e julgar condutas praticadas em desfavor da livre concorrência e da ordem econômica, tais como cartéis, preços predatórios, vendas casadas, entre outros; educativo: trata-se do papel pedagógico do órgão, com o objetivo de instruir as pessoas sobre os atos nocivos à livre concorrência, através de cursos, palestras, pesquisas, seminários e eventos, além do incentivo às pesquisas acadêmicas sobre o tema.

³² BRASIL. Ministério da Fazenda. Decreto nº 9.266, de 15 de janeiro de 2018. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/noticias/2018/janeiro/decreto-extingue-secretaria-de-acompanhamento-economico-e-cria-duas-novas-secretarias>> Acesso em 20 out. De 2018.

³³ CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cartilha do CADE. Brasília, DF, 2016.

Ademais, a autarquia é constituída pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, a Superintendência-Geral, e o Departamento de Estudos Econômicos.

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, de acordo com o artigo 6º da Lei de Defesa da Concorrência, tem como membros um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre os cidadãos com mais de 30 anos, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal.

Dentre as atribuições do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, previstas na Lei de Defesa da Concorrência, estão a de decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em Lei (art. 9º, inciso II); decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral (art. 9º, III); aprovar os termos de compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento (art. 9º, V); e requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei (art. 9º, VIII); dentre outras.

Ademais, importante destacar que as decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, de forma que a execução das decisões promove-se de imediato, o que demonstra a autonomia administrativa e independência do Tribunal, sendo que o Ministro de Estado, o Presidente da República, ou qualquer órgão da administração direta, não podem revogar ou anular as decisões³⁴, cabendo a revisão apenas através do Poder Judiciário.

A Superintendência-Geral do CADE é estruturada por um Superintendente-Geral e dois Superintendentes-Adjuntos, cada um com suas próprias atribuições. O Superintendente-Geral é escolhido dentre cidadãos com mais de 30 anos de idade, notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeado pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal, com mandato de dois anos, sendo permitida a recondução para um único período subsequente. Já os Superintendentes-Adjuntos serão indicados pelo Superintendente-Geral.

³⁴ BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico*. 6. ed. São Paulo: Atlas S.a., 2013. p. 215 – 216.

As atribuições da Superintendência-Geral estão descritas no artigo 13 da Lei de Defesa da Concorrência, dentre elas estão a de acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso (art.13, inciso II); decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos do inquérito administrativo ou de seu procedimento preparatório (art. 13, IV); e instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica (art. 13, V).

Ainda, em razão de sua experiência com os casos estudados, o CADE separou os assuntos que seriam competentes para cada um dos seus Superintendentes-Adjuntos, enquanto um realiza a análise de concentrações econômicas e condutas unilaterais, o outro analisa os casos de cartéis. Essa divisão demonstra que cartéis exigem uma forma de investigação distinta dos demais casos, mediante técnicas diversas e a priorização de fortes evidências, diferentemente das concentrações econômicas e condutas unilaterais que, embora diferentes em diversos aspectos, possuem uma forma de investigação mais similar³⁵.

Por fim, em sua estrutura, o CADE é constituído pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE), dirigido por um Economista-Chefe, a quem incumbirá elaborar estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão, conforme descrito no artigo 17 da Lei de Defesa da Concorrência.

O Superintendente-Geral e o Presidente do Tribunal, conjuntamente, nomeiam o Economista-Chefe, dentre os brasileiros de ilibada reputação e notório conhecimento econômico. Ademais, o Economista-Chefe poderá participar das reuniões do Tribunal, todavia, não terá direito a voto.

Analisadas as funções do CADE e sua estrutura organizacional para aplicação da Lei de Defesa da Concorrência, se faz necessário verificar suas considerações a respeito do mercado objeto do presente trabalho, qual seja, o mercado varejista de combustíveis automotores brasileiro.

³⁵ BAGNOLI, Vicente. Direito Econômico. 6. ed. São Paulo: Atlas S.a., 2013. p. 217 – 218.

4 O MERCADO VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS AUTOMOTORES BRASILEIRO SOB A ÓTICA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE)

Em seus estudos e análises sobre os principais mercados onde ocorrem infrações à ordem econômica, o CADE reconhece que alguns mercados, diferente de outros, possuem características estruturais e peculiaridades que facilitam o comportamento colusivo entre seus agentes econômicos. Esse é o caso do mercado de revenda de combustíveis brasileiro, o que levou, inclusive, o Departamento de Estudos Econômicos do CADE a elaborar em um de seus cadernos institucionais, o Caderno do Varejo de Gasolina (2014)¹³, para tratar exclusivamente deste mercado.

Conforme disposto pela extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE): “*A revenda de combustíveis e derivados de petróleo é o setor com maior número de denúncias de prática de cartel. A SDE recebe uma média de quatro denúncias por semana sobre cartel de revenda de combustíveis, superando 200 denúncias por ano*”.³⁶

Segundo o CADE em seu caderno institucional sobre o mercado³³, os fatores que favorecem a coordenação entre firmas no mercado de revenda de combustíveis são: os produtos homogêneos; firmas homogêneas; disponibilidade de informações no mercado; transparência de preços ou outros termos de venda; histórico de controle de preços pelo governo; presença de associações e/ou sindicatos empresariais; demanda pulverizada; e credibilidade da ameaça de retaliação.

¹³ CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cadernos do CADE. *Varejo de gasolina*. Brasília, DF, 2014.

³⁶ CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cadernos do CADE. Nota Técnica da SDE referente à Averiguação Preliminar n.º 08012.000642/2010-61, de 18 de maio de 2010. Brasília, DF, 2013.

³³ CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cartilha do CADE. Brasília, DF, 2016.

Os produtos no mercado de revenda são considerados homogêneos, em razão de possuírem um processo de compra e venda mais simples e com menos possibilidade de estratégias concorrenciais do que produtos diferenciados, pois geralmente se dá só por preço ou volume de vendas. É o caso da revenda de gasolina comum, que apesar de pequenas diferenças técnicas de composição entre as distribuidoras, é um produto utilizado com um único objetivo pelos consumidores. Essa característica facilita com que as firmas antevejam a estratégia e comportamento das demais empresas do mercado, aumentando a probabilidade de que as empresas cheguem a um consenso para conluio entre si.

Nessa mesma perspectiva, as firmas do mercado também são homogêneas, visto que possuem capacidades e estruturas de custo semelhantes, além de uma demanda estável, de forma que passam a responder igualmente a determinadas circunstâncias do mercado, o que acaba gerando uma previsibilidade, estabilidade e acomodação das posições no mercado.

Vejamos, pense nos postos de gasolina de determinada região de sua cidade, todos eles são muito semelhantes e vendem produtos parecidos ou iguais, quando adquirem da mesma distribuidora, assim, ficam batalhando entre si o preço de seus produtos para alcançar a maior quantidade possível de consumidores da região, de forma que nessa constante concorrência, quando um dos postos abaixa seu preço, os outros tendem a realizar a mesma coisa.

Ademais, o mercado de combustíveis possui grande disponibilidade de informações e transparência dos preços de produtos nos estabelecimentos, visto que trata-se de um mercado extremamente regulado, como por exemplo, a Portaria ANP nº 116/2000³⁷, determina a necessidade da exibição dos preços dos produtos em painéis padronizados em frente aos postos de combustíveis, o que facilita o monitoramento recíproco e adoção de condutas coordenadas entre os agentes. Além disso, é de conhecimento público do mercado que mais da metade do preço da gasolina fornecida ao consumidor vem de uma cadeia com vários impostos e margens de lucro entre produtora, distribuidora e no fim a revendedora, reduzindo a possibilidade de estratégias diferenciadas entre os agentes.

³⁷ ANP. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – Portaria ANP n. 116, de 05.07.2000. Disponível em: <http://licenciamento.cetesb.sp.gov.br/Servicos/licenciamento/postos/legislacao/Portaria_ANP_116_2000.pdf> Acesso em 20/10/2018.

Outro fator é o histórico de controle de preços pelo governo. Isto é, por se tratar de um mercado em que houve durante muito tempo a intervenção estatal para controle dos preços, há uma condicionante as empresas atuantes do mercado e seus sindicatos empresariais de possuírem um comportamento mais uniforme como uma prática normal do setor, principalmente no que tange à política de preços.

A participação de entidades associativas são outro fator importante para análise nesse mercado, visto que na maioria das condenações do CADE por cartéis no mercado de revenda de combustíveis houve a participação fundamental de um sindicato ou de uma associação. As entidades associativas geralmente facilitam que os agentes se encontrem em reuniões e troquem informações concorrencialmente sensíveis com empresas concorrentes, além de, em alguns casos, atuam de forma a pressionar ou ameaçar os agentes que não participem ou desviem do conluio.

Nesse ponto, verifica-se que um sindicato é um ambiente extremamente favorável para a prática de condutas anticompetitivas, tanto em sua organização e execução, quanto no controle das condutas, pois juntam-se vários agentes que atuam no mesmo mercado, com as mesmas frustrações e dificuldades, em reuniões periódicas que buscam melhorar suas relações econômicas.

Nesse sentido, conforme a cartilha “Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações” de 2009, *apud* Bagnoli (2013):³⁸

“as reuniões das associações comerciais podem também servir como um fórum para as ações dos cartéis, e as próprias associações podem ocasionalmente se envolver em atividades anticompetitivas. O compartilhamento de informações relevantes à concorrência pode estimular ou apoiar uma colusão tácita ou explícita, e as associações comerciais estão geralmente situadas de forma ideal para facilitar esses intercâmbios contrários à concorrência”.

Além disso, o mercado de revenda de combustíveis é conhecido por possuir uma demanda pulverizada, ou seja, os consumidores finais são numerosos, em sua maioria de pequeno porte (abastecimento de automóvel para trabalhar/viajar), a gasolina é um bem considerado necessário nos dias de hoje, e não há uma relação contratual entre revendedor e consumidor.

³⁸ BAGNOLI, opus citatum, p. 217 – 218.

Por fim, há extensa credibilidade da ameaça de retaliação sobre os agentes que se recusam a participar do conluio que busca se beneficiar economicamente, o que é um fator importante para a estabilidade de um cartel. A jurisprudência das condenações do CADE no mercado de revenda de combustíveis demonstra a efetividade das ameaças para controlar o comportamento dos que se recusassem a participar do grupo de infratores, bem como a pressão em cima dos possíveis dissidentes ou empresas que não haviam aderido à conduta ilegal.

Diante disso, pelas características acima elencadas é que o mercado varejista de combustíveis automotores brasileiro, especialmente de gasolina comum (ou Gasolina C), possui maior possibilidade da prática de condutas coordenadas pelos seus agentes. Não é à toa que, segundo o CADE, trata-se do mercado com maior número de denúncias de condutas anticompetitivas, com essencial destaque para a formação de cartel, além de se tratar do segmento econômico com maior número de condenações por esta conduta anticoncorrencial no Brasil.³⁹

Nesse ponto, vale ressaltar que, de acordo com a SDE, dentre todos os segmentos de mercado que são objeto de investigação pelo órgão, o setor de revenda de combustíveis e derivados do petróleo é o que recebe o maior número de denúncias da prática anticompetitiva considerada a mais danosa à sociedade: o cartel. Em 2010, tratavam-se de uma média de 4 denúncias todas as semanas, o que leva a, aproximadamente, 200 denúncias deste tipo de infração desse setor no ano.⁴⁰

A quantidade de denúncias que ocorrem no setor demonstra, essencialmente, duas questões que devem ser levadas em consideração quando se analisa o mercado de revenda de combustíveis. A primeira delas é o aspecto estrutural do mercado que favorece a prática de condutas anticoncorrencias, conforme já demonstrado neste capítulo. A segunda demonstra o claro descontentamento dos consumidores e do Ministério Público com os preços de um produto em um mercado que é utilizado diariamente e que afeta incisivamente o bem-estar econômico da população.

³⁹ CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cadernos do CADE. *Varejo de gasolina*. Brasília, DF, 2014, p. 32.

⁴⁰ Parecer da SDE na Averiguação Preliminar n. 08012.000642/2010-61 em 18 maio 2010 (BRASIL. CADE. Averiguação Preliminar n. 08012.000642/2010-61. Representante: Heder Peixoto, Representado: Postos de combustíveis de Amargosa - BA, Relator: Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan).

No entanto, apesar do elevado número de denúncias e investigações realizadas diariamente pelos órgãos do SBDC, pouquíssimos casos resultaram em condenações pelo CADE, de forma que a maioria dos casos são arquivados ante a ausência de provas suficientes para embasar a condenação.⁴¹

⁴¹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; RODRIGUES, Eduardo Frade. Mecanismos de Priorização: O Caso dos Procedimentos Administrativos de Cartel no Mercado de Revenda de Combustíveis. *Revista de Direito Administrativo* Vol. 254 (2011). Disponível em: http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/8/ Acesso em: 20 de out. 2018.

5 A FORMAÇÃO DE CARTÉIS NO MERCADO VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS AUTOMOTORES BRASILEIRO

A Lei 12.529/11 prevê em seu artigo 36, as formas de infrações contra a ordem econômica. Dentre essas infrações administrativas encontramos o cartel, caracterizado no parágrafo terceiro do artigo, conforme transcrito abaixo.⁷

Art. 36. 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:

(...)

3ºAs seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

⁷ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 15 de outubro de 2018.

De acordo com o Ravvi Augusto de Abreu C. Madruga, cartel é um acordo entre concorrentes para alterar artificialmente as condições de mercado, restringir ou eliminar a concorrência, com graves prejuízos ao consumidor final. Esse acordo ilegal objetiva, basicamente, fixar preços ou quotas de produção, dividir mercado de atuação e clientes, além da combinação de preços e ajuste de vantagens em concorrências públicas e privadas⁴².

Sucintamente, cartel é um ato colusivo realizado entre empresas concorrentes, com decisões coordenadas que busquem vantagens econômicas para as mesmas, isto é, maiores lucros, em detrimento dos demais concorrentes e dos consumidores.

Pelo fato de se tratar de um acordo entre empresas concorrentes, os cartéis, em sua grande maioria, são considerados acordos horizontais restritivos à concorrência. Ou seja, são acordos celebrados entre agentes econômicos que pertencem à um mesmo mercado relevante, em um mesmo nível, como os postos revendedores de combustíveis. Pelo contrário, os acordos verticais são relações entre agentes econômicos que pertencem a mercados diversos, de diferentes níveis na cadeia, como seria o caso de acordos entre fornecedores, distribuidores e revendedores.

Nesse mesmo sentido, a cartilha “A Defesa da Concorrência no Mercado de Combustíveis – ANP/SDE”,⁴³ define os cartéis como:

(...) um acordo horizontal, formal ou não, entre concorrentes que atuam no mesmo mercado relevante geográfico e material, que tenha por objetivo uniformizar as variáveis econômicas inerentes às suas atividades, como preços, quantidades, condições de pagamento etc., de maneira a regular ou neutralizar a concorrência.

Ademais, importante destacar que existem dois tipos de cartéis quando estamos nos referindo à gravidade da infração: os cartéis difusos (*soft*), e os cartéis clássicos (*hard-core*).

⁴² BRASIL. Ministério da Justiça. Combate a cartéis e programa de leniência. Brasília: Publicação Oficial, 3ª ed., 2009, p. 6.

⁴³ ANP. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – A Defesa da Concorrência no Mercado de Combustíveis. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/images/Precos/Precos_e_Defesa/cartilha_defesa_concorrenca.pdf> Acesso em 20 de out. 2018.

A principal diferença entre as duas espécies está no caráter institucional e temporal. Enquanto os cartéis clássicos exigem uma forma de institucionalidade e possuem caráter permanente, os difusos possuem caráter eventual e não institucionalizado⁴⁴.

Nessa perspectiva, o ex-Conselheiro do CADE, Luiz Carlos Delorme Prado, traz em seu voto no Cartel das Britas (Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14), uma conceituação clara sobre os cartéis clássicos, *in verbis*:⁴⁵

(...) acordos secretos entre competidores com alguma forma de institucionalidade, com o objetivo de fixar preços e condições de venda, dividir consumidores, definir nível de produção ou impedir a entrada de novas empresas no mercado. Este tipo de cartel opera através de um mecanismo de coordenação institucionalizado, podendo ser reuniões periódicas, manuais de operação, princípios de comportamento etc. Isto é, sua ação não decorre de uma situação eventual de coordenação, mas da construção de mecanismos permanentes para alcançar seus objetivos.

Os cartéis clássicos são considerados como o ilícito concorrencial mais grave à ordem econômica. Veja que o mecanismo de atuação desses cartéis é extremamente organizado para alcançar seus objetivos. Pelo contrário, os cartéis difusos, apesar de possuírem os mesmos objetivos dos cartéis clássicos, tem caráter eventual e não possuem uma organização para coordenação das ações de seus agentes econômicos. Estes também são definidos por Luiz Carlos Delorme Prado em seu voto no processo supracitado, conforme transcrito abaixo.⁴⁶

(...) ato de coordenação entre empresas com objetivo similar ao do Cartel Clássico, mas de caráter eventual e não institucionalizado. Este é o caso quando um grupo de empresas decide reunir-se para coordenar um aumento de preço, muitas vezes em função de um evento externo que as afetou simultaneamente. Isto é, tal ação pode ser considerada eventual e não decorreu de uma organização permanente para coordenar as ações das empresas envolvidas.

⁴⁴. SANTOS, Flavia Chiquito dos. Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE. 2014. 260 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 24.

^{45,46}. BRASIL. CADE. Voto de Luiz Carlos Delorme Prado no Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14. 2002. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCOR9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcRAIDAQnWf3dDCLooyz_d4XaAjLwB9hJz8GCekQam0P0>. Acesso em: 18 out. 2018.

A diferenciação entre os tipos de cartéis é de suma importância, visto que, mesmo ambos os institutos possuindo os mesmos objetivos finais, a interpretação sobre a natureza e ilicitude é extremamente diferente pelos órgãos de defesa da concorrência, visto que os instrumentos utilizados por cada uma das espécies são divergentes.

Conforme elucidado no capítulo anterior, o mercado varejista de combustíveis possui aspectos estruturais que facilitam a ocorrência de cartéis, como a homogeneidade dos produtos, disponibilidade de informações no mercado e a transparência de preços ou outros termos de vendas, entre suas outras características. Contudo, esses mesmos atributos também são encontrados em mercados que possuem concorrência normal entre agentes.

Nesse sentido, embora tais características possam indicar a existência de um cartel, elas não são suficientes para caracterizar a infração. É o caso de verificar-se que vários postos de combustíveis da região estão realizando preços parecidos um com o outro, realizando reajustes em datas próximas, além desses valores estarem acima dos postos de combustíveis de outras cidades, isso não indica necessariamente a existência de um conluio entre eles.

Isto é, apenas a existência de evidências econômicas da dinâmica do mercado, como a alta margem de preços e paralelismo entre agentes, não caracteriza a infração de cartel, sendo necessário a presença de evidências diretas de acordo, o que torna extremamente difícil a comprovação, do ponto de vista legal, de práticas de cartelização no mercado de combustíveis⁵.

Em suas análises sobre investigações de cartéis no mercado de combustíveis, o CADE deixou claro a necessidade de provas diretas, como atas de reuniões e assembleias, interceptações telefônicas, termos de declaração, entre outros, para a condenação dos agentes econômicos envolvidos no delito. Nesse contexto, em voto realizado no Processo Administrativo nº 08012.007149/2009-39, o Conselheiro Ricardo Machado Ruiz elenca:⁴⁷

⁵. ESTEVES, Heloisa Borges Bastos, Principais Práticas Anticompetitivas nos segmentos de distribuição e revenda de combustíveis automotivos, p.08-11. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/images/Precos/Principais_Praticas_Anticompetitivas_nos_segmentos_de_Distribui_cao_e_Revenda_de_Combustiveis_Automotivos.pdf>. Acesso em 16 de ago. 2018.

⁴⁷. BRASIL. CADE. Voto de Ricardo Machado Ruiz no Processo Administrativo nº 08012.007149/2009-39. 2009. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0lhRNSr2Q22IByVKByYDYwsa13_Jxtc3mV8TD4jGG9zwLto15ZVQ1XjsUhoJPrp-swcEyorh>. Acesso em: 18 out. 2018.

Há entendimento pacífico do CADE de que, em casos de postos de combustível, o mero paralelismo de preços não é suficiente para a caracterização de infração à ordem econômica. Assim, exige-se a comprovação de um fator adicional – usualmente de difícil obtenção – capaz de determinar que o paralelismo de preços decorre de um cartel.

Diante disso, visualizando a grande quantidade de denúncias realizadas aos órgãos de defesa da concorrência referentes à cartéis no setor de revenda de combustíveis, e paralelamente, a baixa quantidade de condenações, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo e Eduardo Frade Rodrigues, até então membros do CADE, realizaram um estudo³⁵ visando mecanismos de priorização para os procedimentos administrativos de cartel no mercado de revenda de combustíveis, no sentido de sistematizar e criar mecanismos de priorização e eficiência para a condução e julgamento de processos nesse segmento de revenda.

Em síntese, o estudo elabora mecanismos de triagem rigorosos para filtrar de maneira mais efetiva os casos de cartéis na revenda de combustíveis que devem ser arquivados sumariamente, e os que devem ser profundamente investigados pelos órgãos de defesa da concorrência. Nesse ponto, demonstra que a maioria das denúncias se pauta, isolada ou cumulativamente, em semelhança de preços entre os postos concorrentes, reajuste de preços em datas próximas e preços superiores aos de municípios próximos, elencando que as denúncias que se referem apenas à essas características e não tragam nenhum fator ou prova adicional que demonstre a existência formal de comunicação entre os concorrentes devem ser arquivadas sumariamente pelos órgãos de defesa da concorrência.⁴⁸

Além disso, necessário destacar o motivo pelo qual os cartéis são considerados as infrações mais nocivas as ordens econômicas dos países. A partir do momento que um grupo de agentes econômicos de determinado segmento de mercado passam a agir coordenadamente em conluio e neutralizam a concorrência de outros agentes que atuam no mesmo mercado relevante, iniciam-se alguns efeitos totalmente avessos aos interesses da coletividade.

⁴⁸. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; RODRIGUES, Eduardo Frade. Mecanismos de Priorização: O Caso dos Procedimentos Administrativos de Cartel no Mercado de Revenda de Combustíveis. *Revista de Direito Administrativo* Vol. 254 (2011) Disponível em: http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/8/ Acesso em: 20 de out. 2018.

Inicialmente, destaca-se um processo de elevação do preço dos produtos comercializados, além de restrições à oferta, diminuição da qualidade dos produtos e serviços, e redução de incentivos à inovação tecnológica no setor⁴⁹. De outro modo, verifica-se que os efeitos dos cartéis atingem diretamente os consumidores, que acabam arcando com os prejuízos resultantes da conduta ilegal.

De acordo com a Organização para Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10% e 20% comparado ao preço em um mercado competitivo, isto é, sem a presença de cartéis, o que causa perdas anuais de centenas de bilhões de reais aos consumidores⁵⁰.

As penalidades administrativas aplicáveis a quem comete infrações à ordem econômica encontram-se no capítulo III do título V da Lei nº 12.529/11. Como o enfoque do presente trabalho é a prática de cartéis, especificaremos a penalidade pecuniária, disposta no artigo 37 da lei, por se tratar da mais usual e tradicional no caso de repressão dessa infração, e não as demais sanções alternativas listadas na lei.

Segundo o art. 37 da Lei de Defesa da Concorrência, para as empresas (pessoas jurídicas), a prática de infração da ordem econômica gera multa de 0,1 % (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação.

Já as pessoas físicas são igualmente punidas, nesse caso e das demais pessoas jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais).

⁴⁹. OECD. Organisation for Economic Cooperation and Development. Cartels and anti-competitive agreements. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/>>. Acesso em: 20 out. 2018.

⁵⁰. CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cade apoia investigação de cartéis no mercado de resíduos de origem animal. 2017. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-apoia-investigacao-de-carteis-no-mercado-de-residuos-de-origem-animal>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

O artigo ainda destaca a pena pecuniária para os administradores que foram, direta ou indiretamente, responsáveis pela prática da infração cometida, nesse caso, quando comprovada sua culpa ou dolo, a multa será de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa ou às pessoas jurídicas ou entidades. Necessário destacar que para todos esses casos, em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro, conforme dispõe o parágrafo primeiro do artigo 37.

Por fim, necessário destacar que pela gravidade da conduta, além de ser considerada uma infração administrativa contra a ordem econômica, a cartelização também é punível como crime no âmbito penal, com pena de dois a cinco anos de reclusão e multa, nos termos da Lei nº 8.137/90⁵¹.

⁵¹. BRASIL. Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990 que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm> Acesso em: 18 out. 2018.

6 JURISPRUDÊNCIA: CONDENAÇÕES PELO CADE NO MERCADO VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS

A aplicação dos dispositivos normativos em busca dos benefícios de uma política de concorrência ética e saudável não é uma tarefa fácil para o SBDC. Em cada investigação pelos órgãos de defesa da concorrência são despendidos tempo, recursos humanos e também recursos monetários, muitas vezes para apenas chegar a conclusão de que não há mais como buscar provas e arquivar o processo investigativo. Contudo, as vantagens do ambiente concorrencial sadio são extremamente benéficas para o sistema econômico de um país, traduzindo-se em maior qualidade dos produtos comercializados, preços mais baixos e inovação tecnológica.

Em busca de uma visualização melhor da aplicação da lei nos casos concretos, trago neste capítulo uma pequena síntese de algumas jurisprudências de condenações que ocorreram no setor varejista de combustíveis automotores no Brasil, sobre a prática anticompetitiva considerada como mais nociva à sociedade, o cartel.

6.1 CONDENAÇÃO EM FLORIANÓPOLIS / SC

O primeiro caso refere-se ao Processo Administrativo nº 08012.002299/2000-18⁵², julgado em 20 de março de 2002, na cidade de Florianópolis em Santa Catarina. Trata-se da primeira condenação realizada pelo CADE de postos de combustíveis por formação de cartel. O processo foi instaurado devido à representação encaminhada para a Secretaria de Direito Econômico pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

O esquema de cartel envolveu 25 postos revendedores de combustíveis do município de Florianópolis, mais o Sindicato do Comércio Varejista De Combustíveis Minerais De Florianópolis. O tipo de cartel realizado foi o de fixação de preço e promoção de conduta concertada (em razão do Sindicato).

De acordo com as investigações realizadas, os postos revendedores combinavam, de forma coordenada, os preços que realizariam a venda dos combustíveis, com auxílio do Sindicato que os representava, que atuava como agente de coordenação dos esforços.

⁵². CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.002299/2000-18. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnWmuPX3T580V_4bksNDG8prN0AaN2sY6DS6lMkiR_GX_>>. Acesso em: 20 out. 2018.

Diante da insatisfação da população de Florianópolis com os preços abusivos praticados pelos postos de combustíveis da região, criou-se uma Comissão Parlamentar Externa (CPE) para investigação dos preços e atuação dos revendedores. Em conjunto com a CPE formada, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina também já processava investigações sobre o possível acordo de preços realizados entre os postos de combustíveis automotivos.

Nessa perspectiva, o MP solicitou que a Secretaria de Defesa Econômica, órgão do SBDC, realizasse a adoção de uma Medida Preventiva sobre a conduta anticoncorrencial, de forma a determinar a imediata cessação das práticas ilegais e a restituição dos preços anteriores dos combustíveis, por um período que não ultrapassasse de 20 dias. Além disso, o MP demandou ao Poder Judiciário a quebra do sigilo telefônico do presidente do Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis, o que foi aprovado pelo juiz.

A interceptação telefônica na investigação criminal foi uma das principais ferramentas para embasamento da decisão do CADE, visto que comprovou que os postos revendedores conversavam frequentemente com o representante do Sindicato, principalmente sobre os preços que seriam praticados por cada um, além de identificar a supervisão e controle mútuo de obediência ao acordo do cartel.

Vale ressaltar que o presidente do sindicato infrator teve uma atuação essencial na contribuição para a cartelização dos revendedores, uma vez que, através de seu cargo, estimulava o consenso para a fixação de preços e não permitia a formação de preços individuais pelos demais revendedores. Necessário destacar que, além da interceptação telefônica, foram apuradas notas fiscais, pesquisas de preços da ANP, e notícias da imprensa.

Nesse ponto, importante elencar a utilização dos levantamentos técnicos realizados pela ANP, que examinaram os preços de revenda e de fornecimento pelas distribuidoras da gasolina comum na região de Florianópolis, o que constatou o contraste na dispersão dos preços entre os períodos de atuação do cartel.

Por fim, diante das evidências da potencialidade dos efeitos concorrenciais, a condenação do CADE determinou a multa de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) ao Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis, por ter sido provado que sua atuação foi indispensável para a formação do cartel. Ainda, para as pessoas jurídicas envolvidas (postos de combustíveis) foi determinada uma multa de 10% do faturamento de cada uma, além de outras cominações. No tocante as pessoas físicas envolvidas, aplicou-se uma multa no valor equivalente à 10% da multa aplicada as pessoas jurídicas, além de outras cominações e, para o presidente do Sindicato, Sr. Alexandre Carioni, aplicou-se multa no valor de 15% da sanção imposta as pessoas jurídicas, além de outras cominações.

6.2 CONDENAÇÃO DE LONDRINA / PR

O segundo caso refere-se ao Processo Administrativo nº 08012.001003/2000-41⁵³, julgado em 06 de março de 2013, na cidade de Londrina no Paraná. O processo foi instaurado através de representação da Promotoria de Justiça de Londrina/PR para a investigação de suposto cartel de preços no mercado de revenda de combustíveis do município.

O esquema de cartel envolveu 12 postos revendedores de combustíveis do município de Londrina, 10 pessoas físicas, e a Associação dos Revendedores de Combustíveis do Norte do Paraná (ARCON). O tipo de cartel realizado foi o de fixação de preço.

De acordo com a apuração dos fatos, alguns postos revendedores de combustíveis da região estabeleceram a fixação dos preços de gasolina e álcool, com o auxílio da ARCON. Verificou-se que a entidade associativa continha grande influência no mercado de revenda da região, visto que 95% dos postos da região eram associados a ela, o que equivale a quase a totalidade de agentes econômicos do estado.

Para estabelecer razões e meios probatórios suficientes para condenação do caso foram utilizados depoimentos, interceptação telefônica, gravações de reuniões entre revendedores, e documentos emprestados pertencentes à processos penais antigos, como atas de assembleias gerais da ARCON, termos de adesão celebrados entre a associação e os postos revendedores, além de atas de diversas reuniões e instrumento de convergência de intenções celebrado entre a ARCON e os revendedores.

Dentre os depoimentos, foi possível constatar que os participantes do conluio realizavam ameaças como principal mecanismo para manutenção do cartel. Dentre os relatos, um dos proprietários de um posto de combustível estava sendo ameaçado a aumentar o preço do seu combustível, ao passo que este não seguia as regras impostas no esquema de cartel. Além disso, ocorriam usualmente mecanismos de coação à pequenas distribuidoras de combustíveis, para que as mesmas não comercializassem combustíveis aos postos que não participassem do conluio, além de ameaças a pessoas que tinham conhecimento das reuniões que eram realizadas para orquestrar o cartel.

⁵³. CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.001003/2000-41. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcneVLKdD29tnc6KPMp5Hpqf69clM5Vgm8U3WYB66pF4RF>. Acesso em: 20 out. 2018.

Ademais, o Ministério Público Federal enviou à SDE gravações de ligações entre os proprietários dos postos revendedores, termos de declaração de funcionários, entre outros documentos que faziam parte de uma Ação Civil Pública (ACP nº 2001.80.01.008206-8) e auxiliaram para a condenação do cartel.

Necessário destacar que, para a instrução do processo e a decisão final, foram utilizadas Notas Técnicas realizadas pela ANP que determinaram haver indícios de infração à ordem econômica na região, em razão das baixas dispersões de preços em conjunto com as altas margens utilizadas na comercialização dos combustíveis, o que acaba evidenciando indícios de cartelização.

Dessa forma, com os elementos presentes nos autos demonstrando indubitavelmente a existência de cartel, a condenação do CADE determinou uma multa total de, aproximadamente, R\$ 36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais), que foi separada desigualmente entre todos os condenados, de acordo com a sua atuação na infração, dentre outras sanções auxiliares.

6.3 CONDENAÇÃO NO DISTRITO FEDERAL / DF

O terceiro caso refere-se ao Processo Administrativo nº 08000.024581/1994-77⁵⁴, julgado em 03 de março de 2004, no Distrito Federal em Brasília. Trata-se de Processo Administrativo antecedido de uma Averiguação Preliminar instaurada a partir de uma denúncia pelo então Presidente do CADE, na época em que suspeitava, através de reportagens vinculadas na mídia, de um esquema de cartelização.

O esquema de cartel envolveu o Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Distrito Federal (SINDIPETRO/DF), além de duas redes de postos revendedores de combustíveis com extensa atuação no mercado varejista de combustíveis do Distrito Federal – parcela quase absoluta do mercado relevante: 94% -, a Rede Gasol (Grupo Cascão) e o Grupo Igrejinha. O tipo de cartel realizado foi o de fixação de condições de venda e promoção de conduta uniforme (em razão do Sindicato).

⁵⁴. CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08000.024581/1994-77. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnXWdW_WjLHltdgMcDhirUvUV7vhgatEzAr2Oq45eqbVm>. Acesso em: 20 out. 2018.

Com base nas investigações realizadas, verificou-se que o SINDIPETRO/DF realizava reuniões formais frequentemente com seus associados, e os assuntos mais importantes eram sempre discutidos em assembleias, onde os associados possuíam conhecimento prévio das deliberações. Ainda, as decisões tomadas nas assembleias eram usualmente cumpridas pelos associados, o que ficou provado por meio das comunicações através de correio, telefone e fax das decisões para os ausentes.

Ademais, a investigação apurou que os condenados estavam buscando impedir a entrada, acesso e funcionamento do Carrefour (empresa concorrente) no mercado varejista de revenda de combustíveis da região, havendo inclusive pressão pelo Sindicato a parlamentares e membros do Poder Executivo do Distrito Federal, com o objetivo de elaborar um Projeto de Lei proibindo a entrada dos concorrentes no mercado, de forma a proibir a construção de postos de combustíveis em hipermercados.

A pressão realizada pelos condenados surtiu efeito, visto que o concorrente efetivamente não conseguiu adentrar o mercado relevante, em razão de ter sido aditada uma Lei Complementar (LC nº 294/2000), proibindo a entrada desses concorrentes específicos no mercado de revenda de combustíveis do Distrito Federal.

Para comprovar o ato de buscar impedir a entrada de novos concorrentes no mercado foram analisadas atas de assembleias extraordinárias, atas de reuniões de diretoria, depoimentos, ofícios de membros do Sindicato para autoridades do Poder Executivo, um ofício enviado pelo Sindicato ao Secretário de Viação e Obras pressionando para impedir a entrada do Carrefour, além de um depoimento do Vice-Presidente do Sindicato, onde alega que a entrada do Carrefour poderia causar prejuízos severos à categoria.

Vale ressaltar que em uma dessas atas de reunião foi registrado um acordo para que não fosse comercializado óleo Diesel aditivado, objetivando tornar uniforme a conduta dos agentes em relação a venda do produto, o que por sua vez impede o consumidor optar por um tipo de produto mais qualificado.

Portanto, os condenados estavam restringindo ou colocando obstáculos ao desenvolvimento de empresas concorrentes no mercado, no caso, estavam dificultando que o hipermercado Carrefour ingressasse na revenda de combustíveis automotivos da região, além de promover a conduta uniforme para venda de produtos.

Diante da comprovação dos ilícitos concorrências, o CADE fixou, para cada um dos envolvidos, multa no valor de 5% (cinco por cento) de suas receitas brutas, além de estipular apenas para a SINDIPETRO/DF multa no valor de 5% (cinco por cento) de sua receita bruta,

pela prática de cessação de venda do óleo diesel aditivado, além das demais sanções acessórias estipuladas.

6.4 CONDENAÇÃO EM CAXIAS DO SUL / RS

O quarto caso refere-se ao Processo Administrativo nº 08012.010215/2007-96⁵⁵, julgado em 06 de março de 2013, na cidade de Caxias do Sul no Rio Grande do Sul. O processo foi instaurado para verificar a presença de um conluio entre os revendedores de combustíveis (gasolina, álcool e diesel) do município de Caxias do Sul, entre os anos de 2004 a 2006.

O esquema de cartel envolveu 12 pessoas físicas, 7 postos revendedores de combustíveis, a Cooperativa de Consumo dos Condutores Autônomos de Veículos Rodoviários de Caxias do Sul (COOCAVER), além de 2 grandes redes de postos: Ditrento Postos e Logística Ltda., composta por 16 postos de combustíveis e Posto de Serviços Onzi Ltda., com 3 postos de combustíveis. O tipo de cartel instaurado foi de fixação de preços, divisão de mercado e conluio em licitação pública.

O esquema manteve-se consolidado ao longo de todo o período de análise (2004-2006), mesmo a frente de denúncias realizadas pela imprensa em razão das margens excessivas realizadas, e da instauração de CPI na Câmara Municipal para análise do caso. Vale ressaltar que 45% (quarenta e cinco por cento) do mercado de combustíveis da região estava sob poder deste cartel.

Através das investigações, constatou-se que a relação colaborativa entre os agentes era intensa, ocorrendo comunicação diária através de telefonemas e encontros pessoais, onde constantemente haviam consultas para estimar os preços finais que seriam realizados decorrentes de cada aumento.

Além da fixação de preços, necessário destacar que o cartel promovia a captação de novos concorrentes no mercado, organizava-se contra investigações realizadas pelos órgãos públicos e a mídia, além de elaborar mecanismos para monitorar se as regras do cartel estariam sendo cumpridas efetivamente pelos revendedores.

⁵⁵. CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.010215/2007-96. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnYqY_X7d2YgKvGm-XURtFbhGchzFf1tyOm_s6ueLUzhk>. Acesso em: 20 out. 2018.

Através de autorização judicial e provas emprestadas do processo criminal, foram instauradas medidas essenciais para a sustentação de provas contra a prática ilegal, como a interceptação telefônica e utilização de escutas ambientais. Além disso, foi elaborado parecer da ANP indicando a existência de indícios econômicos de alinhamento de preços no mercado varejista de revenda de combustíveis da região. Diante dessas medidas se tornou inquestionável a prática de conluio entre os agentes econômicos.

Outrossim, foram verificados diversos indicativos de que os dois principais organizadores do cartel, além de coordenarem a fixação de preços, realizavam a divisão de clientes entre si, além de um dos principais líderes do cartel corroborava ainda em carteis de licitação de combustíveis em municípios próximos à Caxias do Sul.

Diante disso, o CADE aplicou sanção pecuniárias para todos os envolvidos pela prática de cartel, somando, aproximadamente, R\$ 65.000.000,00 (sessenta e cinco milhões de reais). As empresas de postos de combustíveis juntas foram condenadas ao pagamento de R\$ 55.000.000,00 (cinquenta e cinco milhões de reais), enquanto para as pessoas físicas a multa totaliza o valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), além das demais sanções acessórias.

7 CONCLUSÕES

Constatou-se ao longo deste estudo, que as características estruturais e particularidades regulatórias e históricas que o mercado de combustíveis automotores brasileiro possui, como a homogeneidade dos produtos, disponibilidade de informações no mercado e a transparência de preços ou outros termos de vendas, entre outras, de fato, facilitam a coordenação de agentes econômicos para a prática de condutas colusivas, em especial o mercado de revenda varejista, o que contribui para que seja o segmento com a maior quantidade de denúncias pela prática de cartel no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Verificou-se que, mesmo possuindo a maior quantidade de denúncias de ilícitos concorrências, poucos casos chegam a ser efetivamente condenados pelo CADE e são arquivados em razão da ausência de provas, de forma que constatou-se que apenas a existência de evidências econômicas da dinâmica do mercado não caracteriza a infração de cartel, sendo necessário a presença de evidências diretas de comunicação entre concorrentes para acordos, como atas de reuniões e assembleias, interceptações telefônicas e termos de declaração, o que torna extremamente difícil a comprovação, do ponto de vista legal, de práticas de cartelização no mercado de combustíveis.

Nessa perspectiva, analisou-se ao longo do presente trabalho e através das jurisprudências de condenações do CADE, que os sindicatos e sociedades associativas possuem, na maior parte dos casos, atuação fundamental para a prática de cartéis no mercado varejista de revenda de combustíveis, dado que através de sua representatividade acabam reunindo constantemente os associados em um ambiente favorável para troca de informações concorrencialmente sensíveis com empresas concorrentes, ou até mesmo coordenando a uniformização de preços, formas de pagamento e pressionando filiados que não participem ou desviem do conluio.

Ademais, confirmou-se através das condenações sobre cartéis, a relevância da participação de outros órgãos nas investigações, para o auxílio na instrução do processo administrativo em busca de um sistema mais eficiente para a condenação dos infratores, como o Ministério Público, através de provas emprestadas de outros processos e investigações criminais, e a ANP que, através de seu setor de defesa da concorrência, elabora análises e pareceres indicando a existência ou não de indícios econômicos de alinhamento de preços no mercado da região.

Por fim, observou-se a importância no combate a cartéis em busca de um sistema econômico saudável para o país, uma vez que, a partir do momento que agentes econômicos

coordenadamente passam a neutralizar a concorrência do mercado, inicia-se um processo de elevação do preço dos produtos, restrições à oferta, diminuição da qualidade dos produtos e serviços, atenuação de incentivos à inovação tecnológica e enriquecimento ilícito das empresas cartelizadas, o que resulta em última instância no prejuízo do bem-estar do consumidor final, que acaba arcando com os prejuízos resultantes da conduta ilícita.

REFERÊNCIAS

ANP. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – Portaria ANP n. 116, de 05.07.2000. Disponível em: <http://licenciamento.cetesb.sp.gov.br/Servicos/licenciamento/postos/legislacao/Portaria_ANP_116_2000.pdf> Acesso em 20/10/2018.

ANP. Resolução ANP nº 12, de 21 de março de 2007 – DOU 22/03/2007. Disponível em <legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-anp/resol-anp/2007/marco&item=ranp-12—2007>. Acesso em 12/09/2018.

ANP. Anuário Estatístico brasileiro do petróleo, gás natural e biocombustíveis 2012. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – Rio de Janeiro: 2012.

ANP. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – A Defesa da Concorrência no Mercado de Combustíveis. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/images/Precos/Precos_e_Defesa/cartilha_defesa_concorrencia.pdf> Acesso em 20 de out. 2018.

ANP. Resolução ANP nº 41, de 05 de novembro de 2013 – DOU 06/11/2013. Disponível em <legisweb.com.br/legislacao/?id=261502>. Acesso em 12/09/2018.

ANP. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Diagnóstico da Concorrência na Distribuição e Revenda de Combustíveis Automotivos – Rio de Janeiro. 2016. p.86-92. Disponível em <www.anp.gov.br/publicacoes/livros-e-revistas/2382-diagnostico-da-concorrencia-na-distribuicao-e-revenda-de-combustiveis-automotivos>. Acesso em 06/06/2018.

ANP. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – Defesa da Concorrência. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/precos-e-defesa-da-concorrencia/defesa-da-concorrencia>>. Acesso em 12 de abril de 2018.

ANP. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – Histórico da liberação dos preços de combustíveis no mercado brasileiro. Disponível em <<http://www.anp.gov.br/component/content/article?id=866>>. Acesso em 02/07/2018.

BAGNOLI, Vicente. Direito Econômico. 6. ed. São Paulo: Atlas S.a., 2013.

BAGNOLI, Vicente. Introdução ao Direito da Concorrência; Brasil - Globalização - União Europeia - Mercosul - Alca. São Paulo: Editora Singular, 2005. P. 84 – 86.

BRASIL. Artigo 177 da Constituição Brasileira (1934) sobre liberdade econômica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em 18/10/2018.

BRASIL. Artigo 141 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937) sobre os crimes contra a economia popular. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10613437/artigo-141-da-constituicao-federal-de-10-de-novembro-de-1937>> Acesso em: 18/10/2018.

BRASIL. CADE. Averiguação Preliminar n. 08012.000642/2010-61. Representante: Heder Peixoto, Representado: Postos de combustíveis de Amargosa - BA, Relator: Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan.

BRASIL. CADE. Voto de Luiz Carlos Delorme Prado no Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14. 2002. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcRAIDAQnWf3dDCLooyz_d4XaAjLwB9hJz8GCekQam0P0>. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. CADE. Voto de Ricardo Machado Ruiz no Processo Administrativo nº 08012.007149/2009-39. 2009. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwyd10lhRNSr2Q22IByVKByYDYwsa13_Jxtc3mV8TD4jGG9zwLto15ZVQ1XjsUhoJPrp-swcEyorh>. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 869 de 18 de novembro de 1938 que define os crimes contra a economia popular sua guarda e seu emprego. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-869-18-novembro-1938-350746-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 18/10/2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 7.666 de 22 de junho de 1945 sobre a Lei Malaia. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-7666-22-junho-1945-416494-norma-pe.html>> Acesso em 18/10/2018.

BRASIL. Lei nº 4.137 de 10 de setembro de 1962 que regula o abuso ao poder econômico. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/111022/lei-4137-62>> Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990 que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm> Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988.

BRASIL. Art. 87 da Lei nº 8884/94 Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia Lei Antitruste. Disponível em: <<http://support.google.com/websearch/bin/answer.py?hl=pt-BR&p=cached&answer=1687222>>. Acesso em: 20 out. de 2018.

BRASIL. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm>. Acesso em: 20 de jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.990 de 21 de julho de 2000, prorroga o período de transição previsto na Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades

relativas ao monopólio do petróleo (...). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9990.htm>. Acesso em 01 de setembro de 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Combate a cartéis e programa de leniência. Brasília: Publicação Oficial, 3ed., 2009, p.6.

BRASIL. Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011 sobre a Lei de Defesa da concorrência. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2011/lei-12529-30-novembro-2011-611850-norma-pl.html> Acesso em: 20 out. de 2018.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 15 de outubro de 2018.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Decreto nº 9.266, de 15 de janeiro de 2018. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/noticias/2018/janeiro/decreto-extingue-secretaria-de-acompanhamento-economico-e-cria-duas-novas-secretarias>> Acesso em 20 out. De 2018.

BRASÍLIA. JUSTIÇA GOVERNO FEDERAL. Secretaria de Direito Econômico - SDE. 2018. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/subpaginas_auditoria/secretaria-de-direito-economico>. Acesso em: 05 nov. 2018.

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cadernos do CADE. Nota Técnica da SDE referente à Averiguação Preliminar n.º 08012.000642/2010-61, de 18 de maio de 2010. Brasília, DF, 2013.

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cade apoia investigação de cartéis no mercado de resíduos de origem animal. 2017. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-apoia-investigacao-de-carteis-no-mercado-de-residuos-de-origem-animal>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cadernos do CADE. *Varejo de gasolina*. Brasília, DF, 2014.

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cartilha do CADE. Brasília, DF, 2016.

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Contribuições do CADE. *Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência*. Brasília, DF, 2018.

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.001003/2000-41. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQin_gXFAcneVLKdD29tnc6KPmP5Hpqf69clM5Vgm8U3WYB66pF4RF>. Acesso em: 20 out. 2018.

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.010215/2007-96. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73>

dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnYqY_X7d2YgKvGm-XURtFbhGchzFf1tyOm_s6ueLUzhk>. Acesso em: 20 out. 2018.

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.002299/2000-18. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnWmuPX3T580V_4bksNDG8prN0Aa2sY6DS6lMkiR_GX_>. Acesso em: 20 out. 2018.

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08000.024581/1994-77. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnXWdW_WjLHltdgMcDhirUvUV7vhgatEzAr2Oq45eqbVm>. Acesso em: 20 out. 2018.

CRUZ, Adelina Novaes; SARMENTO, Carlos Eduardo Barbosa; MOREIRA, Regina da Luz. CPDOC-FGV. A Petrobras e a autossuficiência na produção de petróleo. Disponível em: <<https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/PetrobrasAutoSuficiencia>>. Acesso em: 20 de ago. 2018.

CASELLI, Bruno Conde. O pré-sal e as mudanças da regulação da indústria do petróleo e gás natural no Brasil; uma visão institucional. Rio de Janeiro: 2011. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/?dw=74379>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

CORDEIRO, Rodrigo Aiache. Poder econômico e livre concorrência: uma análise da concorrência na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 2007. 206 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007. p. 86 – 90. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp062085.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

ESTEVES, Heloisa Borges Bastos, Principais Práticas Anticompetitivas nos segmentos de distribuição e revenda de combustíveis automotivos, p.03. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/images/Precos/Principais_Praticas_Anticompetitivas_nos_segmentos_de_Distribuicao_e_Revenda_de_Combustiveis_Automotivos.pdf>. Acesso em 16 de ago. 2018.

LEVY, Isabelle de Oliveira Petrus. Uma Análise da Jurisprudência do CADE acerca dos Cartéis na Revenda de Combustíveis. 2013. 160 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2013.

MASSO, Fabiano del. Direito Econômico. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007. p. 256.

OECD, Organisation for Economic Cooperation and Development. Cartels and anti-competitive agreements. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/>>. Acesso em: 20 out. 2018.

PINHEIRO, Felipe Oliveira. Ditames históricos do direito antitruste: análise da sua evolução no Brasil e no mundo. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 09 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.58565>>. Acesso em: 18 out. 2018.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; RODRIGUES, Eduardo Frade. Mecanismos de Priorização: O Caso dos Procedimentos Administrativos de Cartel no Mercado de Revenda de Combustíveis. *Revista de Direito Administrativo* Vol. 254 (2011). Disponível em: <http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/8/>. Acesso em: 20 de out. 2018.

SAMPAIO, Sofia Ramos. Lei antitruste e a necessidade de autorização prévia. 2018. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,lei-antitruste-e-a-necessidade-de-autorizacao-previa,590613.html>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

SANTOS, Flavia Chiquito dos. Aplicação de penas na repressão a carteis: uma análise da jurisprudência do CADE. 2014. 260 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 24.