

## **A Defesa da Concorrência no Mercado de Combustíveis – ANP/SDE**

- **Apresentação**

O objetivo deste trabalho é esclarecer às instituições públicas, notadamente Ministérios Públicos, PROCONS e outros órgãos que tenham atuação na atribuição a proteção dos interesses do consumidor e na apuração de cartelização na revenda de combustíveis. Para tanto, a Agência Nacional do Petróleo – ANP e a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE elaboraram esta publicação, que informa sobre as atribuições dos dois órgãos na repressão aos cartéis no setor de combustíveis, a cooperação entre a ANP e a SDE na apuração das denúncias e na instrução dos processos administrativos, o trâmite processual, a definição de cartel e os elementos necessários para a sua caracterização.

No Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o setor com o maior número de investigações envolvendo cartéis é o de combustíveis líquidos (gasolina e álcool). De acordo com o último levantamento feito pela SDE, existem cerca de 220 denúncias de formação de cartel nesse setor em trâmite na Secretaria. O combate aos cartéis é hoje um dos principais focos de atuação da Secretaria, com prioridade para os setores de combustíveis.

Nesse sentido, a participação de instituições públicas comprometidas com a defesa do consumidor torna-se imprescindível na identificação e no combate a esta conduta irregular que figura como um dos principais entraves à concorrência e que resulta em grande prejuízo para o mercado e também para a sociedade.

### **1 – Mercado de Combustíveis**

Até o início da década de 90, a atuação de cada agente dos mercados de distribuição e de revenda de derivados de petróleo encontrava fortes restrições, no que tange a preços, margens de comercialização e fretes. A rígida regulamentação vigente inibia novos investimentos nesses setores e impunha grandes barreiras à entrada de novos agentes.

Diante desse quadro, o governo federal iniciou, em 1990, um processo de redução do controle do Estado sobre as atividades de comercialização de combustíveis e flexibilizou as condições de entrada nesse mercado. Paralelamente, houve uma redução gradual dos subsídios, que acarretou reflexos nos preços praticados.

A transição de um regime calcado na intervenção estatal para uma economia de mercado tornou necessária a introdução de maior competição entre

os agentes, observados os requisitos de qualidade, preservação do meio ambiente, segurança, repressão às práticas lesivas ao fisco e a garantia de abastecimento em todo o território nacional.

Dentre os principais resultados obtidos, podem ser citados a desuniformização e a liberação paulatina dos preços, a extinção de subsídios, a equiparação de preços de realização da Petrobras aos praticados no mercado internacional, a flexibilização das regras para importação de derivados (QAV, GLP e óleo combustível) e alteração das regras para recolhimento do PIS/PASEP e COFINS, com a conseqüente diminuição da sonegação que acarretava desigualdade de condições de competição entre os agentes do mercado.

O processo de desregulamentação de preços de combustíveis foi concluído em 01/01/2002, com a substituição da PPE<sup>1</sup> pela CIDE<sup>2</sup>, a liberação dos preços nas refinarias e centrais produtoras, a queda das barreiras legais à importação e a eliminação dos subsídios ainda existentes.

## **2 – A Formação dos Preços de Combustíveis**

Atualmente, os combustíveis sofrem a incidência dos seguintes tributos:

- Imposto sobre importações (II);
- Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS);
- Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS);
- Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras (CPMF);
- Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE).
- Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/Pasep)

O Imposto sobre Importações, que incide sobre os preços CIF, tem alíquota zero nas importações de petróleo e combustíveis.

Por sua vez, as alíquotas de ICMS são estabelecidas pelos governos estaduais. Para a apuração das parcelas do ICMS referentes à produção de álcool anidro, distribuição e revenda de gasolina C, diesel e GLP recolhidas pelas refinarias, por substituição tributária<sup>3</sup>, são estabelecidas margens de valor agregado em convênio ICMS (CONFAZ/MF).

---

<sup>1</sup> Parcela de Preço Específica.

<sup>2</sup> Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico, instituída pela Lei nº 10.336, de 19 de dezembro de 2001.

<sup>3</sup> Essa medida visa à diminuição do volume de impostos sonegados pelos estabelecimentos, em especial os postos revendedores

As contribuições sociais PIS/PASEP e COFINS e o ICMS são recolhidos por ocasião da venda de gasolina, diesel e GLP na refinaria. As alíquotas vigentes das contribuições PIS/PASEP e COFINS devidas pelas refinarias de petróleo foram estabelecidas pela Lei nº 9.990, de 21 de julho de 2000<sup>4</sup>.

A CPMF, com alíquota de 0,38%, incide sobre toda e qualquer movimentação efetuada. Portanto, recai sobre todos os pagamentos efetuados na aquisição de bens e serviços, ao longo da cadeia do petróleo.

Finalmente, a CIDE é uma contribuição incidente sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, e álcool etílico combustível, com as seguintes alíquotas específicas<sup>5</sup>:

- a) Gasolina: R\$ 0,5411/l;
- b) Óleo diesel: R\$ 0,2180/l
- c) GLP: R\$ 0,1676/kg
- d) Álcool etílico combustível: R\$ 0,02925/l

A gasolina vendida nos postos revendedores (gasolina C) é na verdade uma mistura composta, desde 01/06/2003, de 75% de gasolina A e 25% de álcool etílico anidro. Os preços de faturamento (preço de venda às companhias distribuidoras) de gasolina A encontram-se liberados desde 01/01/2002, data da conclusão do processo de abertura do mercado de combustíveis.

No caso do álcool hidratado, a interferência do governo na formação dos preços de álcool etílico hidratado no estabelecimento produtor e ao consumidor se limita à determinação de uma sistemática de recolhimento e alíquotas dos tributos incidentes sobre a comercialização do produto.

O recolhimento das contribuições sociais PIS/PASEP e COFINS é de responsabilidade das distribuidoras de álcool, com diferenças de procedimento entre os Estados da Federação no que tange ao ICMS. Nos principais Estados produtores de álcool, o ICMS incidente sobre a produção é recolhido pelos próprios produtores, enquanto em outras unidades da Federação, a distribuidora é responsável pelo imposto devido ao longo de toda a cadeia de comercialização.

### **3 - O papel da ANP na defesa da concorrência, na regulação e na fiscalização do mercado de combustíveis**

---

<sup>4</sup> A Reforma Tributária deverá instituir uma alíquota específica de ICMS incidente nos combustíveis para todo o território nacional

<sup>5</sup> Decreto n.º 4.565, de 1.º de janeiro de 2003

A atuação da Agência Nacional do Petróleo no âmbito da defesa da concorrência está amparada fundamentalmente no art. 10 da Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo), que estabelece a comunicação pela ANP à SDE – Secretaria de Direito Econômico e ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica de fato que possa configurar infração à ordem econômica.

A Lei nº 9.478/97, em seu art. 1º, enumera ainda os objetivos das políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia, e no art. 8º, determina que a ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, cabendo-lhe, dentre outras, implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo e de gás natural, contida na política energética nacional com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo em todo o território nacional. Em ambos, essa Lei determina a proteção dos interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos (inciso III do art. 1º e inciso I, art 8º).

Cumprindo essa determinação, a ANP monitora o comportamento dos preços praticados pelas distribuidoras e postos revendedores de combustíveis, com a realização de uma pesquisa semanal de preços. O Levantamento de Preços e de Margens de Comercialização de Combustíveis abrange Gasolina Comum, Álcool Etílico Hidratado Combustível, Óleo Diesel não aditivado e Gás Natural Veicular (GNV), pesquisados em 411 municípios, e Gás Liquefeito de Petróleo (GLP), em 363 municípios.

Os resultados das pesquisas são disponibilizados semanalmente à sociedade, possibilitando ao consumidor conhecimento dos preços praticados no mercado e melhor opção de compra. Essas pesquisas destinam-se também a identificar indícios de infrações à ordem econômica, como alinhamento de preços e formação de cartel, que são comunicadas à SDE e ao CADE.

O setor de abastecimento de combustíveis apresenta, atualmente, a seguinte configuração: 247 distribuidoras de combustíveis líquidos, 21 distribuidoras de GLP, 943 TRRs (transportador-revendedor-retalhista), 30.116 postos revendedores de combustíveis líquidos, 268 instalações de armazenamento de combustíveis líquidos e 167 de GLP e 77 terminais. A ANP disciplina os requisitos para o exercício destas atividades econômicas de interesse geral por meio das seguintes portarias:

- Portaria ANP n.º 201/99– TRRs;
- Portaria ANP n.º 202/99– Distribuição de Combustíveis Líquidos;
- Portaria ANP n.º 203/99 – Distribuição de GLP;
- Portaria ANP n.º 297/03- Postos revendedores de GLP; e,
- Portaria ANP n.º 116/00 – Postos revendedores de combustíveis líquidos automotivos.

Existe ainda a Portaria que regula a inspeção de instalações de bases e terminais de combustíveis, bem como a que trata do controle da qualidade do combustível adquirido e comercializado pelos postos revendedores – Portarias ANP n.º 104/00 e n.º 248/00, respectivamente.

A Lei n.º 9.847, de 26 de outubro de 1999, que empresta aplicabilidade e efetividade às regras explicitadas nos incisos VII, XIII e XV, da Lei n.º 9.478/97, dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional dos combustíveis, considerado de utilidade pública, que é realizada pela ANP, ou mediante convênios por ela celebrados, por órgãos da Administração Pública direta, indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

De acordo com esta Lei regulamentada, no que não lhe for contrário pelo Decreto Federal n.º 2.953, de 28 de janeiro de 1999, a ANP poderá aplicar as seguintes sanções administrativas, observados os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, em caso de infração às normas pertinentes ao exercício de atividades relativas à indústria do petróleo, ao abastecimento nacional de combustíveis, ao Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e ao Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, sem prejuízo das de natureza civil e penal cabíveis:

- I - multa;
- II – apreensão de bens e produtos;
- III – perdimento de produtos apreendidos;
- IV – cancelamento do registro do produto junto à ANP;
- V – suspensão de fornecimento de produtos;
- VI – suspensão temporária, total ou parcial, de funcionamento de estabelecimento ou instalação;
- VII – cancelamento de registro de estabelecimento ou instalação; e
- VIII – revogação de autorização para o exercício de atividade.

As sanções previstas poderão, por força do art. 2.º, parágrafo único, ser aplicadas cumulativamente, nos termos da Lei 9.847/99. Entretanto, cabe ressaltar que:

- A penalidade de multa será graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida, a condição econômica do infrator e os seus antecedentes;
- A penalidade de suspensão temporária aplica-se quando a multa, em seu valor máximo, não corresponder à vantagem auferida pela prática da infração ou em caso de segunda reincidência;

- A penalidade de cancelamento de registro é aplicada a estabelecimentos ou instalações que já tenham tido seu funcionamento suspenso por trinta dias; e
- A penalidade de revogação/cassação da autorização para o exercício da atividade será aplicada à pessoa jurídica que praticar fraude com o objetivo de receber indevidamente ressarcimento de frete, subsídio e despesas de transferência, estocagem e comercialização, já tiver sido punida com suspensão temporária, reincidir na infração às normas de segurança, na forma do art. 3.º, inciso VIII, do retro-aludido – diploma legal ou comercializar derivados de petróleo, gás natural e álcool etílico combustível com vícios de qualidade ou quantidade, na forma do art. 3.º, inciso XI, também da Lei n.º 9.847/99, ou descumprir as penalidades de suspensão temporária ou de cancelamento de registro e, finalmente, praticar, no exercício de atividade relacionada ao abastecimento nacional de combustíveis, infração da ordem econômica, reconhecida pelo CADE ou por decisão judicial.

Em caso de condenação pelo CADE ou por decisão judicial, a revogação da autorização dar-se-á automaticamente na data de recebimento da notificação expedida pela autoridade competente, em consonância com o art. 10, § 2.º, da Lei n.º 9.847/99.

O art. 17 da Lei n.º 9.847/99 dispõe que será encaminhada pela ANP ao Ministério Público cópia integral dos autos dos processos administrativos onde for constatada a prática de infrações previstas nos incisos V, VI, VIII, X, XI e XIII, do art. 3.º, da referida lei, para os efeitos previstos no Decreto-Lei n.º 2.848/40, nas Leis n.º 8.078/90, 8.884/94 e 8.176/91, e legislação superveniente.

#### **4 - O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)**

A política geral de defesa da concorrência é atualmente levada a cabo por três instituições da Administração Pública Federal, direta e indireta, a saber:

- Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ);
- Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF); e
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça.

Essas instituições têm como atribuições, previstas na Lei n.º 8.884/94, agir, com fulcro no art. 54, preventivamente, controlando a excessiva concentração de mercado, decorrente, dentre outros, de fusões e aquisições entre empresas; e repressivamente, identificando e punindo infrações contra a ordem econômica, como os cartéis, por exemplo, na forma dos arts. 20, 21, 23 e 24.

Com relação à ação repressiva do SBDC, cabe à SDE instaurar e instruir as averiguações preliminares e processos administrativos. À SEAE cabe emitir um parecer econômico sobre o fato investigado e ao CADE julgar de forma definitiva, no âmbito administrativo, os processos instruídos pela SDE.

## **5 – Ações Complementares**

O Acordo de Cooperação Técnica, firmado entre a ANP e a SDE, estabelece que esta Agência deverá oficialar fundamentadamente à SDE a existência de indícios de práticas restritivas à livre concorrência no setor de petróleo, seus derivados e gás natural e comunicar ao CADE os fatos, assim como os procedimentos adotados. Adicionalmente, a ANP deverá se manifestar em 30 dias a partir da data em que for oficiada pela SDE, quando da instauração de Processo Administrativo envolvendo agentes do setor de combustíveis. O mesmo prazo vale para a emissão de Pareceres Técnicos, acerca de Atos de Concentração que envolvam o setor, solicitados pela SDE, com base no art. 36, da Lei n.º 8.884/94, que preceitua que os diretores de autarquias federais são obrigados, sob pena de responsabilidade, a prestar toda a assistência e a colaboração que lhes forem solicitadas pelo CADE e SDE.

Apenas no caso de prática de infração da ordem econômica reconhecida pelo CADE ou por decisão judicial, a ANP aplicará a penalidade de revogação/cassação de autorização para o exercício da atividade, instituída pela Lei n.º 10.202, de 20 de fevereiro de 2001. Esse instrumento legal modificou o art. 10, da Lei n.º 9.847/99, que dispõe sobre a fiscalização das atividades relacionadas ao Abastecimento Nacional de Combustíveis.

## **6 – Apuração da existência de cartéis: o trâmite processual**

A Secretaria de Direito Econômico pode iniciar uma investigação para apurar suposta prática de infração contra a ordem econômica tanto por iniciativa própria (*ex officio*), quanto motivada por representação de qualquer interessado, conforme as disposições contidas nos arts. 30, 31 e 32, da Lei n.º 8.884/94.

Existindo indícios de infração à ordem econômica, a SDE instaurará um Processo Administrativo contra as empresas ou pessoas representadas. Por outro lado, se os indícios de que teve conhecimento não forem fortes o suficiente para instauração imediata de um Processo Administrativo, a SDE promoverá Averiguações Preliminares para obter mais informações sobre a conduta investigada e sobre o(s) mercado(s) atingido(s) pela alegada prática anticoncorrencial ou contrária à livre iniciativa.

Uma vez instaurado o Processo Administrativo, as empresas ou pessoas investigadas serão notificadas para apresentarem suas defesas, no prazo de 15

(quinze) dias. Decorrido esse prazo, a SDE dará início à instrução processual, determinando a realização das diligências que entender necessárias. Concluída a instrução processual, as empresas ou pessoas investigadas serão notificadas para apresentarem suas alegações finais.

Terminada a instrução, e após ser dada a oportunidade às representadas de apresentar alegações finais, os autos serão necessariamente remetidos pela SDE ao CADE. Se a SDE tiver entendido haver elementos suficientes para a condenação, *sugerirá* ao CADE que julgue o caso, condenando as representadas por infração à ordem econômica, e aplicando as sanções cabíveis, consoante com os termos dos arts. 23 e 24, da Lei n.º 8.884/94. Por outro lado, ainda que a SDE entenda não haver indícios suficientes à condenação e arquite o caso, os autos seguirão ao CADE para que este reveja a decisão de arquivamento.

## **7 - A definição de cartel e os elementos necessários para sua caracterização**

Os cartéis podem ser definidos 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.

A Lei nº 8.884/94, em seus arts. 20, incisos I e III, e 21, incisos I e XXIV, prevê a seguinte tipificação dos cartéis:

*“Art. 20 – Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:*

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

*(...)*

*III – aumentar arbitrariamente os lucros.*

*Art. 21 – As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:*

*I – fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;*

*(...)*



*XXIV – impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.*

*Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:*

*(...)*

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

Com base no acima exposto, depreende-se que são dois os elementos necessários para a caracterização de um cartel, a saber:

- existência de acordo entre concorrentes; e
- a aptidão de tal acordo para limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência.

#### **- Necessidade de acordo expesso**

Quanto ao primeiro elemento, deve-se inicialmente distinguir as duas formas de acordo que podem surgir entre concorrentes:

- 1) tácito (ou implícito) e
- 2) expesso (ou explícito).

Apesar de o primeiro tipo ser usualmente denominado “acordo”, na prática constituem apenas comportamentos paralelos e interdependentes, adotados pelos concorrentes com base nas expectativas que um agente econômico tem quanto à reação a ser empreendida pelos outros, em virtude de seu próprio comportamento.

Assim, por exemplo, espera-se que nenhum revendedor de combustível baixe seus preços, se houver expectativa de que, a partir de tal atitude, todos os outros revendedores concorrentes seguirão o seu comportamento, diminuindo seus respectivos preços. Isso porque, se a diminuição dos preços não implicar o aumento das quantidades vendidas, não haverá estímulos para que um revendedor de combustíveis reduza seus preços, já que tal redução levaria a uma redução de lucros.

Pelo raciocínio inverso, pode-se esperar que os revendedores sigam o aumento de preços praticado por um revendedor líder. Isto porque se não adotarem essa prática, o preço inicialmente elevado poderá ser reduzido ao

patamar original, perdendo-se a oportunidade de aumentar as margens de lucro na revenda.

Nesses casos, portanto, ocorre uma colusão tácita, consistente na adoção de comportamentos paralelos pelos agentes econômicos, cujo resultado é a fixação do preço de equilíbrio do mercado acima daquele que poderia se considerar como o patamar competitivo.

Ocorre que a estabilidade e a elevação dos preços obtidas dessa forma estão sujeitas a períodos de ruptura (guerras de preço), por meio das quais os agentes econômicos optam por ganhar fatias de mercado e adotam práticas voltadas para conquistar mais consumidores.

Em sua forma tácita, a colusão entre concorrentes é apenas um reflexo das condições estruturais e dinâmicas de determinados mercados e, embora resulte em perda de bem-estar para os consumidores, não pode ser condenada, se praticada isoladamente.

Já os acordos expressos se dão a partir da concordância entre os concorrentes, tendo por objetivo a uniformização de um ou de vários elementos concorrenciais em jogo no mercado. Nesses casos, os concorrentes estabelecem contato efetivo, por meio de reuniões, telefonemas, meios eletrônicos ou qualquer outra forma, visando combinar entre eles essa ou aquela variável relativa às suas atividades (preços, quantidades produzidas, clientes, condições de fornecimento).

Em geral, os acordos realizados entre concorrentes são seguidos por algum esquema de fiscalização, por meio do qual o cartel identifica, ameaça e pune aqueles membros que não obedecem às determinações do conluio.

Sendo assim, verifica-se que os acordos expressos partem de uma prática deliberada dos concorrentes de eliminar a competição entre eles, combinando diretamente qual deverá ser o comportamento do grupo, a partir da cartelização. É justamente esse tipo de acordo que a legislação concorrencial brasileira procura coibir.

#### **- Aptidão da conduta para limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência**

O simples acordo sobre alguma variável econômica entre concorrentes não é suficiente, contudo, para a caracterização da prática de cartel, de acordo com a Lei nº 8.884/94. Isto porque esse acordo deve ser apto a limitar, falsear ou causar prejuízo à livre concorrência.

Nesse sentido, esclarece-se que se presume a aptidão da conduta para produzir os efeitos acima referidos quando os agentes que a praticarem controlarem, conjuntamente, ao menos 20% do mercado em que atuam.

Exemplificando, suponha-se que, em um determinado mercado de revenda de combustíveis, apenas dois postos vizinhos decidam formar um conluio, fixando os seus preços acima do patamar competitivo, enquanto os outros vinte postos revendedores existentes - no mesmo mercado relevante geográfico - mantêm sua atuação de forma independente, cobrando preços abaixo do preço do cartel, de forma variada.

Diante dessa situação, é possível prever que os consumidores que habitualmente abasteciam nos postos integrantes do cartel irão migrar para outros pontos de revenda, revelando-se essa prática de conluio inapta para produzir qualquer prejuízo à concorrência. Provavelmente, os postos que combinaram os seus preços irão desistir da prática, tão logo percebam que o desvio de consumidores para outros postos lhes traz mais prejuízos do que os benefícios auferidos em decorrência do aumento de preços. Nesse caso, por se tratar de prática isolada, o mercado ainda disporá de meios para se auto-regular.

Concluindo, para que o conluio entre concorrentes seja apto a prejudicar a concorrência, é preciso que os membros integrantes do cartel disponham de suficiente poder de mercado para influenciar os preços ou outras condições comerciais.

#### **- Participação de Sindicatos e Associações**

A Lei nº 8.884/94 prevê também como infração contra a ordem econômica o fato de “obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes” (art. 21, inciso II).

Nesse caso, o agente infrator age como elemento coordenador dos cartéis, facilitando a sua prática e envidando esforços para assegurar a sua preservação, agindo coercivamente.

Vale observar que, para a prática de infrações à ordem econômica, o agente infrator não precisa necessariamente exercer atividades econômicas, conforme deixam transparecer os arts. 15 e 23, inciso III da Lei n.º 8.884/94:

*“Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.”*

*“Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: ...*

*III – no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor de faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência – UFIR, ou padrão equivalente.”*

No setor de combustíveis, sindicatos e associações de postos de revenda não podem agir de forma a auxiliar na uniformização ou coordenação das condutas comerciais de seus filiados. Órgãos de classe não podem encobrir reuniões realizadas pelos postos com o objetivo de combinarem suas condutas, constituindo-se, assim, numa base para a troca de informações. Tampouco podem sinalizar futuros aumentos de preços para o mercado nem comprometer-se a fiscalizar a conduta dos membros do cartel para evitar deserções.

Essas práticas, se adotadas pelos órgãos de classe, são proibidas pela legislação concorrencial, caracterizando-se como infrações à ordem econômica. Entende-se, por fim, que essas entidades somente podem agir em nome dos interesses coletivos de seus filiados, defendendo os interesses relacionados à classe ou categoria econômica que representam, como, por exemplo, o estabelecimento de melhores padrões de qualidade dos produtos comercializados ou de segurança dos trabalhadores do respectivo setor econômico. Nesse sentido, a tentativa de uniformização de preços ou de outras variáveis comerciais entre seus filiados, relativas à respectiva atividade econômica, não pode ser considerada como uma ação legal ou legítima dos sindicatos ou outras entidades de classe na defesa dos interesses coletivos de seus filiados, e sim como uma ação abusiva.

#### **- Provas necessárias para a condenação do cartel**

Boa parte das investigações em curso no SBDC contra cartéis teve como motivação denúncias de existência de preços semelhantes entre os postos de combustíveis. Entretanto, esse fato, por si só, não constitui uma prova suficiente para a caracterização de cartel. Conforme já mencionado, a semelhança de preços cobrados por postos de combustíveis pode ter como origem a adoção de comportamentos paralelos, fruto da racionalidade econômica, sem a existência de um acordo expresso entre os agentes. Assim, a uniformidade nos preços dos combustíveis pode ser apenas um reflexo da aversão dos postos revendedores ao início de uma guerra de preços.

Para configurar o ilícito antitruste é preciso que haja prova direta do acordo entre os postos revendedores sobre alguma variável econômica relativa às

suas atividades, não bastando a uniformização de preços sem qualquer acordo entre concorrentes. Assim, pode servir como prova, por exemplo, o testemunho idôneo de pessoas que presenciaram uma reunião entre concorrentes que tinha por escopo a uniformização de variável econômica, bem como atas de reuniões ou registro de conversas, até mesmo telefônicas, efetuado ao amparo da lei, que provem tal objetivo. Outros fatos também admissíveis como prova para a configuração de cartéis são a troca de correspondência entre os postos de combustíveis ou a ocorrência de intimidações físicas e ameaças a donos de postos revendedores que cobram preços inferiores àquele acertado pelos organizadores do cartel.

Com relação às condutas adotadas pelos órgãos de classe, voltadas à obtenção de conduta comercial uniforme ou concertada entre os seus filiados, pode-se apontar como fatos suficientes para sua configuração as declarações prestadas pelos presidentes, diretores ou qualquer outro funcionário de sindicatos e associações sobre futuros aumentos de preços ou eliminação de descontos antes praticados, publicadas em jornais de ampla circulação ou em boletins informativos voltados para os membros da classe.

Quanto a essas provas diretas, cabe ressaltar que as instituições públicas integrantes do SBDC dispõem de recursos limitados para sua obtenção, dada a conhecida carência de pessoal e, principalmente, os limites legais para a atuação investigatória dos seus órgãos instrutórios, não obstante a disciplina probatória constante dos arts. 35 e 35-A, da Lei n.º 8.884/94.

Nesse sentido, o auxílio de outros órgãos e entidades públicas torna-se fundamental para uma repressão mais eficaz aos ilícitos anticoncorrenciais, não só porque muitas vezes eles estão localizados nos municípios onde se desenvolvem essas infrações, podendo acompanhá-las mais de perto, mas também porque dispõem de maiores poderes do que as instituições do SBDC para obtenção de provas necessárias à configuração dos ilícitos.