Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)

Mecanismos de priorização: o caso dos procedimentos administrativos de cartel no mercado de revenda de combustíveis

*Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo**

*Eduardo Frade Rodrigues***

Resumo: Apesar de os processos administrativos de investigação de cartéis no mercado de revenda de combustíveis representarem uma parte significativa do estoque de casos em curso no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o número de condenações alcançadas é baixo, o que denota uma alocação ineficiente de recursos para o processamento moroso de casos com pouca chance de êxito. Com o intuito de solucionar esse problema, o Cade desenvolveu mecanismos de triagem mais rigorosos. Adicionalmente, sugeriu medidas de advocacia da concorrência e o acirramento de sanções no setor de combustíveis.

Abstract: Although administrative proceedings of cartel investigations in the fuel resale market represent a significant part of the stock of cases in the Brazilian Competition Defense System, the number of actual convictions is low,

* Professor adjunto da FGV Direito Rio/CPDE. Doutor em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), LL.M. pela New York University. Gestor governamental. Conselheiro do Cade.

** Pós-graduado em defesa da concorrência pela FGV, bacharel em direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e em relações internacionais pela Universidade de Brasília (UnB). Gestor governamental e assessor do Cade.

thus indicating an inefficient allocation of resources towards the long-lasting investigation of cases with little chance of success. Aiming to solve this problem, Cade developed more rigid triage mechanisms. In addition, it suggested competition advocacy measures and the increase of the sanctions applied.

1. Introdução

Efetividade tornou-se a palavra de ordem para todo o setor público. É preciso atingir resultados concretos e significativos para a sociedade. É claro que esse compromisso não poderia ser diferente para os órgãos que integram o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), hoje composto pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), do Ministério da Fazenda, pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça, e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), entidade julgadora do Sistema. Não é fácil enxergar os benefícios de uma política de concorrência, mas eles se traduzem em preços mais baixos, maior qualidade dos produtos e inovação tecnológica.

Como, então, atingir resultados? Relatório apresentado recentemente na International Competition Network (ICN) em Bruxelas, Bélgica, revelou que grande parte das principais agências de defesa da concorrência do mundo, algo em torno de 75%, promove algum tipo de planejamento estratégico, a fim de estabelecer os seus objetivos e de definir como os seus recursos serão alocados. Embora óbvia, é sempre bom lembrar a razão para essa tendência: os custos de implementação de uma política efetiva de defesa da concorrência são relativamente altos, ao passo que os recursos disponíveis são escassos.

Após a identificação dos problemas no planejamento estratégico, parece-nos, então, que o primeiro passo envolve a definição de prioridades. Os mecanismos de priorização para uma agência antitruste, no entanto, são bem variados. No campo das atividades governamentais relacionadas à defesa da concorrência, é possível redesenhar critérios de submissão de fusões, definir patamares mínimos de indícios que justificam a abertura de investigações, ou mesmo concentrar esforços em setores ou no combate a determinados tipos de práticas anticompetitivas, entre outras variadas iniciativas de priorização.

Há, além dos exemplos citados no parágrafo anterior, a possibilidade de implementação de mecanismos mais sofisticados de priorização, tal como os utilizados pelo Office of Fair Trading (OFT), órgão antitruste inglês, que elaborou princípios de priorização, iniciando uma ação a partir de uma análise que pondere: (i) efeitos diretos e indiretos no bem-estar dos consumidores; (ii) significância estratégica do trabalho; (iii) probabilidade de êxito da intervenção; e (iv) implicações nos recursos a serem utilizados para se alcançar o resultado.

O Brasil tem seguido esse caminho. Não é à toa que a SDE já expôs a sua priorização no combate aos cartéis, prática anticompetitiva normalmente considerada como a mais nociva à sociedade. Desde 2003, técnicas e instrumentos de investigação, tal como a busca e apreensão e o acordo de leniência, foram desenvolvidos, a fim de atingir esse objetivo. E, mais recentemente, houve um refinamento na prioridade, ao se colocar ênfase na repressão a cartéis de licitações, que aumentam os gastos públicos, prejudicando a própria capacidade de o governo incrementar seus investimentos na área social e em infraestrutura.

O mesmo também ocorre com o papel preventivo exercido pelo SBDC, que envolve a análise de fusões e aquisições com possíveis impactos anticompetitivos. Há desde já um processo de alocação de recursos entre e dentro dos órgãos que compõem o SBDC, redirecionando esforço e *staff* para fusões mais complexas, ao mesmo tempo desenvolvendo métodos de análise simplificados para atos de concentração de menor potencial ofensivo. Exemplos dessa tendência se refletem na implementação, pela Seae, de um *check list* para ritos sumários, ao invés de um parecer nos moldes clássicos, bem como na futura adoção de formulário eletrônico de atos de concentração, a fim de aperfeiçoar o processamento da análise dos casos. E, além disso, a otimização de recursos também passa por uma alteração no papel da Procuradoria-Geral do Cade, que deixa de emitir pareceres em todos os atos de concentração, agindo a pedido do relator ou por iniciativa do procurador-geral.

Apesar da escassez de recursos, os órgãos de defesa da concorrência brasileiros optaram por uma atuação mais proativa, sobretudo por meio de atividades de advocacia da concorrência, que representam qualquer atividade que estimule a concorrência, mas que não esteja relacionada a atividades de *enforcement* (repressão de condutas ou análise de fusões).

Finalmente, uma atuação efetiva requer avaliação. Os órgãos antitruste internacionais já apontam a necessidade de processos contínuos de avaliação internos e externos das decisões, para o que a transparência é requisito indispensável. Ainda não há consenso sobre a metodologia para essa avaliação. De qualquer forma, esse é um desafio para o qual o Cade começou a se aparelhar, por exemplo, por meio da criação de um Departamento de Estudos Econômicos. Ademais, a rotina do Cade já incorpora procedimentos que favorecem a transparência e, portanto, o controle social das decisões, como a transmissão ao vivo na internet das sessões de julgamento e a disponibilização dos votos no sítio do Cade.

O caminho em direção à efetividade é longo, mas a necessidade de fazê-lo já vem, há algum tempo, sendo enfrentada. A decisão do Cade objeto do presente comentário, cujos principais trechos são transcritos adiante, é um exemplo significativo de medidas internas efetuadas pelo SBDC, na gestão de seus próprios processos, com o intuito de priorizar seu foco de atuação e alocar recursos de modo

mais eficiente e efetivo, em prol da economia e celeridade processuais, e de resultados mais concretos.

Em especial, o voto em comento representa uma nova forma de lidar com um grupo de processos que se destacam tanto por seu significativo volume em relação ao estoque total de casos do SBDC, quanto por sua relevância para a economia e para os consumidores: os processos investigatórios de cartéis no mercado de revenda de combustíveis.

2. Triagem de processos de cartel no mercado de revenda de combustíveis

Somente entre janeiro e agosto de 2010, foram encaminhados ao Cade mais de 575 processos, entre averiguações preliminares e processos administrativos de infração à ordem econômica e atos de concentração entre empresas,¹ número esse que tende a praticamente dobrar até o final deste ano. Todo esse estoque depende da análise dos seis conselheiros que compõem o colegiado e dos cerca de 25 assessores que os auxiliam. Na SDE, órgão do SBDC responsável por instruir os processos de infração à ordem econômica, o estoque de processos administrativos, averiguações preliminares e outros procedimentos, em fevereiro de 2010, somava mais de 500 casos,² também divididos entre número bastante reduzido de servidores.³

Entre os processos de infração submetidos à SDE para investigação, análise e posterior encaminhamento ao Cade para julgamento, se destacam, em razão de seu volume, os processos de investigação de cartéis no mercado de revenda de combustíveis, originados de centenas de denúncias nos mais diversos municípios brasileiros. Segundo informado pela SDE,⁴ entre os diversos segmentos de mercado objeto de investigação na Secretaria, a revenda de combustíveis e derivados de petróleo é o que recebe o maior número de denúncias de prática de cartel – uma média de quatro por semana, superando 200 denúncias anuais.

¹ BRASIL. Ministério da Justiça. Cade. *Cade em números*. Disponível em: <www.cade.gov.br/Default.aspx?1d1d1fe12eec2f0b2525>. Acesso em: 7 out. 2010.

² BRASIL. Cade. Averiguação Preliminar nº 08012.001198/2007-04. Representante: senador Flávio Arns, representado: Postos de Combustíveis de Curitiba, relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Razzzo, DF, 28 abr. 2010, *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 maio 2010.

³ Cerca de 30 técnicos (ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Competition law and policy in Brazil – a peer review*. Brasil, 2010. OCDE. Brasília: IBD, 2010. p. 48. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sde/data/Pages/MJ34431BE8I-TEMIDA9EA8F7D13D249C1BF0F20E752606414PTBRIE.htm>>).

⁴ Parecer da SDE na Averiguação Preliminar nº 08012.000642/2010-61 em 18 maio 2010 (BRASIL. Cade. Averiguação Preliminar nº 08012.000642/2010-61. Representante: Heder Peixoto, representado: Postos de combustíveis de Amargosa – BA, relator: conselheiro Fernando de Magalhães Furlan.).

Para que se tenha uma ideia, no início de 2010, dos 503 processos em estoque na SDE, 120 (22,6%) tinham como objeto investigações de cartéis entre revendedores de combustíveis. Como consequência desse elevado percentual, dos 370 processos administrativos e averiguações preliminares encaminhadas ao Cade pela SDE, entre 2007 e 2009, 56 (15%) trataram desse tema.⁵ O grande número de denúncias encaminhadas à SDE reflete, claramente, a frustração dos consumidores e de órgãos que defendem seus direitos, como o Ministério Público, com os preços de um produto utilizado direta e corriqueiramente pela população, que afeta pesadamente o seu bem-estar econômico e que, além de tudo, constitui um mercado cuja dinâmica é facilmente observável por seus usuários, que têm fácil e rápido acesso às alterações de preços e às diferenças e semelhanças entre os diversos postos.

Contudo, não obstante o elevado número de denúncias e de investigações em curso no SBDC, até hoje apenas 7 delas resultaram em condenações pelo Cade.⁶ Todas as demais foram e continuam sendo arquivadas. E o voto objeto do presente comentário não foge a essa regra. A AP nº 08012.001198/2007-04,⁷ cujos principais trechos estão expostos à frente, foi julgada pelo Cade em abril de 2010 e, tal como a maioria absoluta dos processos de objeto semelhante julgados antes dela, trata de representação de cartel contra postos de combustíveis (no caso, em Curitiba-PR), ao final arquivada ante a ausência de provas suficientes.

O voto, porém, abarcou uma preocupação não aventada nos julgados anteriores. O caso constitui o primeiro movimento do Cade no sentido de sistematizar e criar mecanismos de priorização e eficiência na condução e julgamento dos processos envolvendo denúncias de cartelização no mercado de revenda de combustíveis – justamente os processos que, como dito, representavam, até recentemente, quase 1/4 do estoque de casos da SDE. Mais do que meramente uma análise jurídico-econômica do mercado de combustíveis, portanto, o caso representou um movimento de política pública, visando a maior eficiência do SBDC e sinalizando meios mais efetivos de lidar com os problemas nesse mercado.

Não por outro motivo, o voto em questão inicia justamente com uma compilação de estatísticas demonstrando, de um lado, a imensa representatividade das investigações de cartéis de combustíveis em relação ao estoque total de processos

⁵ BRASIL. Cade. Averiguação Preliminar nº 08012.001198/2007-04, op. cit.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid. Vale frisar que o caso foi julgado em conjunto com o PA nº 08012.005545/1999-16, também de relatoria do conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, com conteúdo semelhante à Averiguação Preliminar em comento (BRASIL. Cade. Processo Administrativo nº 08012.005545/1999-16. Representantes: Comissão Parlemantar Externa da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina e Procon do município de Blumenau/SC, representados: Posto Esso 5 Estrelas e Outros, relator: conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, DF, 28 abr. 2010, *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 maio 2010.).

em trâmite no SBDC e, de outro lado, o baixo número de condenações resultantes desse volumoso estoque. A partir dessa relação contraditória denotou-se e, expressamente, reconheceu-se o tratamento claramente ineficiente desses casos por parte do poder público. Aloca-se uma quantidade significativa de (escassos) recursos materiais e humanos no exame e processamento de denúncias que não geram resultado. Perde-se tempo e recursos que poderiam ser devotados à investigação de casos que, efetivamente, têm chances concretas de êxito e, conseqüentemente, de gerar efeitos positivos sobre o bem-estar do mercado e dos consumidores.

Buscando a inversão dessa tendência deletéria, e objetivando tornar mais efetiva a atuação do poder público – ou seja, reduzir o gasto de recursos com a análise de casos sem chance de êxito e concentrar os esforços em mais condenações –, o voto propõe-se, primeiramente, a estabelecer, de modo claro e aplicável, mecanismos de triagem mais rigorosos, que sejam capazes de selecionar, de maneira efetiva, as denúncias e investigações de cartéis no mercado de revenda de combustíveis que devem ser arquivadas sumariamente.

Com base na jurisprudência do Cade, o voto identifica, de forma sistematizada, as três principais circunstâncias que, isolada ou cumulativamente, geram a maioria esmagadora das denúncias de cartel nesse mercado: (i) semelhança entre os preços de revenda dos postos concorrentes; (ii) reajustes de preços, por parte dos concorrentes, em datas próximas ou simultâneas; e (iii) preços superiores aos cobrados em municípios próximos.

Em seguida, demonstra, com base em análise econômica e concorrencial já bastante estabelecida, que nenhuma dessas circunstâncias, em conjunto ou isoladamente, é capaz, por si só, de provocar uma condenação por prática de cartel. Em suma, reconhece que, em mercados caracterizados por produtos homogêneos, transparência de preços, interdependência das estratégias mercadológicas e relevância dos volumes comercializados, como é o caso do mercado de combustíveis, preços semelhantes e reajustes próximos são características também presentes na concorrência normal entre os agentes. Afora isso, os diversos fatores que diferenciam cada município podem explicar as variações de preços entre localidades distintas.

Diante disso, embora reconheça que a presença dessas circunstâncias possa denotar a eventual existência de um cartel (tanto é que por isso, possivelmente, surgem tantas denúncias), a decisão também revela que essas mesmas características podem coexistir perfeitamente em uma situação de concorrência, conforme tem sido reconhecido pelo Cade reiteradamente. Desse modo, para que haja a condenação de postos revendedores por formação de cartel, é necessário que a denúncia ou a investigação traga algum fator ou prova adicional que demonstrem que o paralelismo entre os concorrentes não é simplesmente decorrente da dinâ-

mica do mercado em questão (paralelismo *plus*).⁸ Em não havendo a demonstração de algum fator adicional, e verificando-se que o caso a ser examinado baseia-se tão somente em (i) preços semelhantes; (ii) reajustes próximos; e/ou (iii) preços superiores a municípios adjacentes, deve a autoridade arquivar, sumariamente, o processo. Os esforços, portanto, devem se dirigir, prioritariamente, às investigações que tenham acesso a provas diretas (i.e., provas que demonstrem a existência formal de comunicação entre concorrentes).

Esse mecanismo de triagem, de aferição relativamente simples, constituiu uma sinalização clara do Cade, aos órgãos de instrução do SBDC, sobre os casos que devem ou não ser investigados. Tal sinalização foi reforçada pela recomendação expressa feita pelo Cade à SDE, na parte dispositiva da decisão, para que esta passasse a adotar o mecanismo de triagem proposto. Esperou-se com a decisão, outrossim, que a sinalização proposta fosse, paulatinamente, absorvida pelos potenciais denunciadores de casos semelhantes, até mesmo para que as futuras representações busquem trazer melhores provas à autoridade pública.

3. Medidas adicionais de incremento da concorrência no mercado de revenda de combustíveis

O voto, contudo, não se restringiu a tão somente propor um novo modelo de análise e processamento desses casos. A proposta de triagem gera, sem dúvida, o relevante benefício de direcionar os recursos públicos para processos mais significativos e com maior chance de êxito. Contudo, obviamente, não é capaz de solucionar os problemas que, de fato, existem no mercado de revenda de combustíveis (muito embora possa se dizer que, ao sinalizar os tipos de evidência que geram condenações, a decisão contribui para denúncias mais bem embasadas, trazendo maiores chances de desbaratamento de eventuais cartéis). O Cade, por meio do voto em comento, reconheceu expressamente a importância, para os consumidores, para a economia nacional e, portanto, também para a administração pública, do mercado de combustíveis, segmento que, segundo consignado no próprio voto, representa mais de 5% do IPCA e gera reflexos em diversas indústrias, empregos e na população em geral.

Desse modo, na qualidade de entidade defensora e promotora da concorrência, o Cade, em sua decisão, sugeriu ao menos três medidas que poderiam contribuir significativamente para um incremento da concorrência nesse mercado, em

⁸ Evidentemente, provas diretas, como gravações (legais) de conversas entre membros do cartel, reuniões entre os representantes das empresas e outras geram maior probabilidade de condenação.

benefício do consumidor. Duas das medidas são de cunho regulatório (a serem efetivadas pelo SBDC por meio de ações de advocacia da concorrência) e a outra diz respeito à atuação do próprio Cade quando da aplicação de sanções aos cartéis que efetivamente sejam desmascarados.

A decisão, primeiramente, sugere a eliminação de normas urbanísticas municipais que proíbem a instalação de postos de combustíveis em supermercados, hipermercados, shopping centers e similares. Surpreendentemente, diversos municípios brasileiros⁹ contemplam essa restrição em suas regulações urbanísticas. O voto demonstra o caráter desproporcional dessas normas, que não são, na maior parte das vezes, justificadas por reais razões de segurança, mas que, por outro lado, impedem uma maior competição e oferta nesse mercado, obstando a atuação de agentes que, conforme consignado na decisão, são capazes de operar a custos significativamente menores e oferecer preços mais vantajosos aos consumidores.

Nesse sentido, o Cade determinou à sua Procuradoria-Geral a intervenção nos autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade em curso no Supremo Tribunal Federal, que tem como objeto de análise justamente a inconstitucionalidade de normas urbanísticas desse gênero. A ProCade, em 19 de julho de 2010, requereu o ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae*. No momento, os autos encontram-se conclusos ao relator, o ministro Celso de Mello, com parecer da Procuradoria-Geral da República pela inconstitucionalidade da norma.

Ainda versando sobre possíveis medidas de intervenção regulatória no sentido de aumentar a competitividade no mercado de combustíveis, a decisão recomendou à Seae que avaliasse os impactos da atual política de verticalização entre distribuidores e revendedores de combustíveis. Em suma, o voto questiona a adequação da Portaria nº 116 da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), que veda o exercício da atividade de revenda por empresas distribuidoras de combustíveis, ao passo que, na prática, a verticalização que se espera evitar acaba, de fato, ocorrendo, por meio de arranjos contratuais entre distribuidores e revendedores, tais como franquias ou contratos de exclusividade. Ao final, o Cade propõe que os impactos de eventuais alterações regulatórias no tratamento da verticalização entre distribuidores e revendedores sejam estudados, a fim de se investigar possíveis cenários mais favoráveis à indústria e aos consumidores.

Finalmente, ultrapassando as sugestões de advocacia da concorrência, o voto propõe medidas a serem tomadas pelo próprio Cade no sentido de contribuir para os problemas vislumbrados no mercado de revenda de combustíveis. Mais especificamente, o Conselho reconhece ser possível que diversos municípios brasileiros

⁹ Por exemplo, Brasília, Cuiabá, Fortaleza, Gravataí, Manaus, Porto Alegre, Recife e Suzano.

estejam, efetivamente, sofrendo as consequências de cartéis de postos revendedores. Assim, a decisão afirma expressamente que há espaço para que as multas aplicadas aos cartéis que venham a ser condenados sejam mais severas, coibindo a formação de novos arranjos colusivos no setor. Cabe frisar que um dos efeitos que se pode esperar do mecanismo de triagem criado, ao concentrar recursos e esforços nos casos com maior chance de êxito, é o de aumentar o número e a frequência de condenações, mesmo com a diminuição do volume de casos processados. Procurou expressamente, portanto, melhorar a efetividade do binômio fiscalização/sanção para o movimento de cartelização no mercado de revenda de combustíveis.

4. Conclusão

A decisão do Cade em comento, de fato, parece representar um meio significativo de: (i) dar maior eficiência ao SBDC, na medida em que lhe permite processar rapidamente casos sem probabilidade de êxito sob sua competência com menor gasto de recursos; e (ii) dar maior efetividade ao combate a cartéis no mercado de combustíveis, na medida em que os recursos poupados são revertidos para investigações com maior probabilidade de êxito.

Os primeiros efeitos da proposta de triagem do voto já começam a ser observados, de maneira contundente e inédita. Entre 2007 e 2009, foram enviados ao Cade, pela SDE, um total de 56 processos administrativos e averiguações preliminares de investigação de cartéis de revendedores de combustíveis¹⁰ – uma média de pouco mais de 18 casos por ano. Contudo, apenas nos seis meses que se seguiram desde a prolação da decisão do Cade em questão, em 28 de abril de 2010, e da consequente implementação do mecanismo de triagem pela SDE, ao menos 20 novos processos¹¹ já foram encaminhados ao Cade, o que significa que, em média, o número de casos de revenda de combustíveis processados pela SDE mais que dobrou em relação ao período anterior à decisão. Deve-se considerar que, de agora em diante, diversos processos sequer serão instaurados pela SDE, em razão de a denúncia não contemplar os requisitos mínimos estabelecidos pela triagem para o processamento dos casos. Tais casos, portanto, não serão encaminhados ao Cade para confirmação do arquivamento.

¹⁰ BRASIL. Cade. Averiguação Preliminar nº 08012.001198/2007-04, op. cit.

¹¹ Trata-se dos processos de nºs: 08012.000642/2010-61, 08012.005100/2009-41, 08012.006925/2008-01, 08012.007338/2008-21, 08012.008351/2006-35, 08012.009121/2007-74, 08012.010830/2008-83, 08012.013215/2007-48, 08012.014275/2007-88, 08700.000137/2008-44, 08700.001520/2010-34, 08700.002677/2007-81, 08012.007651/2009-40, 08012.001003/2000-41, 08012.001669/2004-23, 08012.011579/2008-74, 08012.011283/2006-91, 08012.001106/2002-73, 08012.007566/2000-72, 08700.002254/2007-61.

Dos novos pareceres da SDE enviados ao Cade que sugeriram o arquivamento dos processos – 19 entre os 20 casos encaminhados (um deles tem sugestão de condenação)¹² –, 17 deles utilizaram expressamente, como fonte de fundamentação, a triagem sugerida no voto proferido na Averiguação Preliminar em comento.¹³

Seguem os principais trechos do Voto condutor prolatado nos autos da AP nº 08012.001198/2007-04, que tende a contribuir de modo relevante para a atuação do poder público no combate a cartéis no mercado de revenda de combustíveis.

Ministério da Justiça

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)

Averiguação Preliminar nº: 08012.001198/2007-04

Representante: senador Flávio Arns

Representada: Postos de combustível de Curitiba

Relator: conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

Voto

1. Relatório

1.1. Os elementos da denúncia

Trata-se de Averiguação Preliminar instaurada após representação prestada pelo Exmo. Sr. senador Flávio Arns contra os postos de combustíveis dos estados federados brasileiros, especificamente, do estado do Paraná. Tal denúncia teve por base um suposto acordo entre concorrentes para elevação e alinhamento dos preços.

O representante afirma que, em fevereiro de 2007, houve um aumento de forma concertada de quase 25% no preço dos combustíveis no estado do Paraná e em outras unidades da Federação (fl. 02). Desse modo, as possíveis infrações que se encontram em discussão são as enquadradas no art. 20, incisos I e III c/c art. 21, incisos I, II e XXIV da Lei 8.884/94. (...)

¹² O PA nº 08012.001003/2000-41 ainda não levado a julgamento pelo Cade (BRASIL. Cade. Processo Administrativo nº 08012.001003/2000-41. Representante: Promotoria de Defesa do Consumidor – PR, representados: Posto Santo Expedito e Associação dos Revendedores de Combustíveis do Norte do Paraná – Arcon e outros, relator: conselheiro Olavo Zago Chinaglia.).

¹³ Ou no PA nº 08012.005545/1999-16, também de relatoria do conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, com conteúdo equivalente à Averiguação Preliminar em comento e julgado em conjunto com a mesma. (BRASIL. Cade. Processo Administrativo nº 08012.005545/1999-16, op. cit.)

2. Atuação do SBDC no combate a cartéis no mercado de combustíveis

2.1. Origem da atuação e estoque

No final dos anos 1990, por intermédio de uma série de portarias ministeriais e interministeriais do Ministério da Fazenda e do Ministério de Minas e Energia, houve um processo de flexibilização da regulação estatal em inúmeros setores e a consequente liberalização de preços e margens de diversos mercados, como óleos combustíveis, solventes, querosene de aviação, GLP. Em particular, nesse período foram ainda liberados os preços do álcool anidro e da gasolina comum.

Ato contínuo, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) começou a receber uma carga substancial de denúncias envolvendo o setor de revenda de combustíveis, consubstanciando acusações de formação de cartel. A partir desse momento, o SBDC deu início ao processamento dessas denúncias e, por meio de investigações, houve por bem reunir indícios suficientes e necessários para condenar cartéis de revenda no mercado de combustíveis em algumas oportunidades. Alguns exemplos de investigações que resultaram em condenação dizem respeito aos mercados de Florianópolis,¹⁴ Goiânia,¹⁵ Lages,¹⁶ Belo Horizonte¹⁷ e Recife.¹⁸

Durante e após esse interregno, o número de denúncias não arrefeceu, gerando um dos maiores estoques pertinentes a um setor no SBDC. Os números indicam que, embora o SBDC esteja processando com maior velocidade as denúncias (muitas das quais foram transformadas em averiguações preliminares ou processos administrativos), aumentando cada vez mais os casos encaminhados ao Cade, ainda assim o estoque relacionado ao segmento de revenda de combustíveis permanece alto. É o que se infere de resposta ao ofício nº 1286/2010/DPDE da SDE, contendo informações que foram solicitadas por meu gabinete para averiguar a importância relativa de casos envolvendo possíveis conluíus no mercado de revenda de combustíveis:

¹⁴ Processo Administrativo nº 08012.002299/2000-18.

¹⁵ Processo Administrativo nº 08012.004712/2000-89.

¹⁶ Processo Administrativo nº 08012.004036/2001-18.

¹⁷ Processo Administrativo nº 08012.007515/2000-31.

¹⁸ Processo Administrativo nº 08012.003208/1999-85.

Quadro 1
Processos Administrativos e Averiguações Preliminares encaminhados ao Cade de 2005 a 2009 com discriminação dos processos relativos à revenda de combustível

Tipo de Processo	2005	2006	2007	2008	2009
Averiguação Preliminar – Total	31	13	56	76	89
Averiguação Preliminar – Revenda de Combustível	Não disponível	Não disponível	13	11	13
Processo Administrativo	37	08	34	58	57
Processo Administrativo – Revenda de Combustível	Não disponível	Não disponível	01	04	14

Fonte: Secretaria de Direito Econômico/MJ.

Quadro 2
Procedimentos Administrativos arquivados ou convertidos em Averiguações Preliminares de 2005 a 2009 com discriminação dos processos relativos à revenda de combustível

Procedimento Administrativo	2005	2006	2007	2008	2009
Total	126	131	126	186	507
Revenda de Combustível	Não disponível	Não disponível	54	22	33

Fonte: Secretaria de Direito Econômico/MJ.

Quadro 3
Estoque de Processos Administrativos, Averiguações Preliminares e Procedimentos Administrativos na SDE

Tipo de Processo	Processo Administrativo	Averiguação Preliminar	Procedimento
Total	110	133	260
Revenda de Combustível	12	20	88

Fonte: Secretaria de Direito Econômico/MJ. Dados relativos a fevereiro de 2010.

Diante desses contundentes dados, não há como deixar de questionar o porquê de esse setor representar uma parcela tão substancial do trabalho que vem sendo conduzido pelo SBDC. Em um primeiro momento, essa circunstância pode ter sido efeito de um já conhecido histórico de negociações habituais e frequentes empreendidas entre sindicatos patronais e os órgãos governamentais de controle de preços. Embora reconheça que esse fenômeno ainda possa apresentar resquícios hodiernos, não me parece

que todas as denúncias refletem movimentos similares aos que geraram condenações até um passado relativamente recente. Outros fatores certamente contribuem para o número de denúncias, fatores esses que precisam ser compreendidos e enfrentados pelo SBDC, de forma a operar de maneira mais efetiva no seu mister.

Antes de adentrar o mérito deste caso, é oportuno notar que essas denúncias refletem, ao menos *a priori*, algum grau de insatisfação por parte dos consumidores ou mesmo de órgãos governamentais, como o Ministério Público (que reflete essa insatisfação da sociedade, procurando, inclusive, soluções alternativas como os termos de ajustamento de conduta regulando preços), com o preço dos combustíveis. Essa insatisfação pode ser: (i) reflexo de um problema informacional, que acaba gerando um número excessivo de denúncias mal embasadas de cartel no setor de revenda de combustíveis; (ii) resultado de um problema regulatório que estimula a formação de cartéis ou de efeitos que aparentam ser decorrentes de práticas anticompetitivas no segmento; e (iii) efeito direto da contínua proliferação de cartéis no setor em função da punição subótima que vem sendo aplicada pelo Cade em condenações.

O problema informacional provavelmente seria derivado de uma quebra de expectativa do consumidor que, após um longo período de preços regulados, espera uma significativa heterogeneidade de preços dos derivados de petróleo, entendendo, a partir dessa pretensão, que preços iguais ou mesmo reajustes próximos seriam indícios manifestos de cartel. Essa circunstância levaria a um número excessivo de denúncias e demandaria, portanto, uma reação dos órgãos de instrução no sentido de formular e/ou aperfeiçoar um sistema de triagem mais apurado para essas denúncias, a fim de impedir a sua conversão em averiguações preliminares ou processos administrativos.¹⁹ Aqui a discussão trataria de parâmetros mínimos para iniciar uma investigação, assunto esse intrinsecamente relacionado à efetividade da política de defesa da concorrência.

Quanto à regulação, é importante notar que as normas que delimitam a atuação dos agentes econômicos no mercado de combustíveis não se limitam àquelas que são editadas pela Agência Nacional do Petróleo para as atividades de distribuição e revenda de combustíveis, estabelecendo requisitos mínimos para a entrada no setor, além de outras variáveis, como, por exemplo, a proibição da participação de distribuidores no mercado de revenda. É necessário ainda verificar o impacto de regras urbanísticas, sobretudo de zoneamento urbano, para delimitar a eventual existência de barreiras à entrada no mercado de revenda de combustíveis.

¹⁹ Nos termos do art. 30, §2º, da Lei nº 8.884/94, representações advindas do Congresso Nacional independem de averiguações preliminares, instaurando-se desde logo processo administrativo.

Logicamente, o impacto dessas restrições poderá representar uma diminuição na competitividade do setor.

Por último, é necessário averiguar se as condenações que foram impostas pelo Cade nos processos mencionados foram suficientes a desestimular a reincidência de condutas análogas em mercados relevantes distintos. Aqui, termina uma análise baseada no binômio “fiscalização *versus* sanção”. Esse binômio representa uma equação que determina a efetividade das políticas de repressão a condutas, o que também se aplica ao combate de práticas anticompetitivas, tal como o cartel no setor de revenda.

Apresentadas as premissas que apontam para uma avaliação da efetividade da atuação do SBDC no combate a cartéis no setor de revenda de combustíveis, inicio a minha análise, examinando o problema informacional e sugerindo, como possível solução, linhas básicas para um processo de triagem efetivo para condutas nesse setor.

2.2. *Mecanismos de triagem*

Os órgãos antitruste, no mundo inteiro, têm procurado programar uma agenda de efetividade para a política de defesa da concorrência. De forma a tornar essa agenda possível e com resultados palpáveis, servidores públicos cada vez mais identificam a necessidade de definir objetivos e prioridades. Entre as iniciativas de priorização, destacam-se a priorização de setores ou de condutas (como, por exemplo, tem sido a escolha dos órgãos de instrução no que se refere ao combate a cartéis) e, em especial para o que este voto pretende, o desenvolvimento de mecanismos de triagem.

E o que sugere a necessidade de um sistema de triagem mais rigoroso para as denúncias envolvendo cartéis de revenda de combustíveis? Embora o Cade tenha condenado casos nesse segmento, na grande maioria das vezes esta autarquia houve por bem arquivar processos relacionados a cartéis de revenda. Embora o Cade não possua em seus relatórios anuais uma pesquisa oficial, este gabinete conseguiu identificar, entre processos administrativos e averiguações preliminares, mais de 60 casos arquivados por ausência de indícios nos últimos cinco anos (2005-2009), isso sem contar o substancial número de arquivamentos de procedimentos na SDE (na verdade, mais de 100 procedimentos administrativos apenas nos últimos três anos), ao passo que existem apenas 7 condenações no setor. Essa circunstância demonstra que o processo de triagem não está identificando os casos que têm maior probabilidade de gerar condenação, assim alocando recursos de maneira eficiente.

2.2.1. Indícios suficientes para instaurar investigações

Grande parte da jurisprudência do Cade sobre provas se dedicou a avaliar a suficiência de indícios para garantir uma condenação de uma prática anticompetitiva, discussão essa que em geral se dá na análise de casos de cartel. Já adiantei em parágrafos anteriores que essa não é a discussão deste voto, que tenta, ao contrário do que a epígrafe faz supor, identificar quais determinados tipos de indícios, em mercados específicos, tal como é o de revenda de combustíveis, podem não ser suficientes, seja conjunta ou cumulativamente, para que se instaure uma investigação. O propósito dessa avaliação é justamente impedir uma utilização equivocada de recursos públicos, direcionando-os para situações em que a chance de sucesso na intervenção é maior.

E o que poderia ser mudado com relação ao mecanismo de triagem? A maioria esmagadora dos casos arquivados pelo Cade foi lastreada em denúncias que identificaram três circunstâncias que não são, a meu ver, suficientes para instaurar investigações, quais sejam: (i) semelhança nos preços de revenda; (ii) reajuste praticamente simultâneo ou em datas próximas na revenda; e (iii) preços ou margens superiores do que em municípios adjacentes ou próximos. Pretendo demonstrar, nos próximos itens, que essas três circunstâncias em particular não geram o mínimo de materialidade suficiente para disparar a obrigação funcional de um agente público para instaurar uma investigação consubstanciada em um procedimento administrativo.

Tradicionalmente preços iguais são considerados como o indício clássico de um cartel. No entanto, apesar de ser uma conclusão considerada, ao menos *a priori*, contraintuitiva, há mercados competitivos que também apresentam preços iguais. Aliás, nem tão contraintuitiva assim, já que, em mercados que se aproximam de estruturas classificadas como de concorrência perfeita, os preços seriam idênticos. Determinadas características desses mercados, como, por exemplo, a homogeneidade de produtos ou serviços e a transparência de preços, levam a preços iguais, tanto em situações caracterizadas por cartéis, como em situações de mercado competitivo.²⁰ É oportuno notar que essa conclusão não se altera em situações envolvendo mercados oligopolizados, desde que a variável de competição seja o preço e que os produtos sejam homogêneos.²¹

A conclusão a que se chega, portanto, é a seguinte: há uma forte tendência à semelhança nos preços praticados em mercados caracterizados por produtos homogêneos e por transparência de preços, não sendo particularmente relevante o

²⁰ VARIAN, Hal R. *Microeconomia – princípios básicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

²¹ Ibid.

grau de concentração desse mercado (se oligopolizado ou não). E essas características definem o mercado de revenda de combustíveis, especialmente nos segmentos de gasolina comum, álcool hidratado e óleo diesel. Em todos esses segmentos, encontram-se presentes a homogeneidade dos produtos e também uma transparência de preços, daí se esperando, portanto, uma certa identidade nos preços praticados ao consumidor.

É claro que, com isso, não afirmo que mercados cartelizados não apresentam preços iguais (as próprias condenações do Cade contradiriam isso). Mas apenas que preços iguais também subsistem em situações em que não há cartel e, sim, concorrência, tornando o indício insuficiente para sustentar materialidade de conduta, ainda que preliminar. Não é por outro motivo que órgãos antitruste estrangeiros têm formatado mecanismos de triagem, afastando a possibilidade de investigações com base em denúncias formalizadas por consumidores ou quaisquer outros baseadas em verificações de preços iguais de combustíveis praticados no mercado, exigindo, para dar início a um procedimento investigatório, evidências de contato entre concorrentes. (...)

E o mesmo pode ser dito com relação às supostas evidências de cartel no mercado de combustíveis lastreadas na verificação, usualmente de consumidores, de reajustes próximos dos preços praticados. É desnecessário rememorar discussões a respeito de teorias sobre paralelismo de preços para afirmar que comportamentos paralelos não são ilícitos *per se* na doutrina concorrencial. Para delimitar a ilicitude de um paralelismo, é indispensável demonstrar que a hipótese de cartel seria a sua explicação mais provável, inexistindo outras causas plausíveis com grau de causalidade adequado à hipótese que está *sub-judice*. Já é famosa a tese doutrinária do paralelismo plus, em que aos órgãos de defesa da concorrência é necessária a comprovação de um fator adicional determinando que o paralelismo decorre de um cartel, tese essa que já chegou a ser utilizada pela jurisprudência do Cade em julgamentos anteriores.²²

A dinâmica do mercado de combustíveis afasta o reajuste simultâneo ou próximo da caracterização de um indício suficiente a instaurar investigação por cartel. Mais uma vez esse comportamento é esperado tanto em situações colusivas como de concorrência no segmento de revenda, tendo em vista a rápida interdependência das estratégias utilizadas pelos agentes que compõem esse mercado,²³ cujo

²² Como na AP nº 08012.006844/2000-45; representante: Câmara Municipal de Bragança Paulista-SP; representados: Postos de Combustíveis de Bragança Paulista; conselheiro-relator Luiz Carlos Delorme Prado.

²³ A esse respeito ver: VARIAN, op. cit.; e VASCONCELOS, Silvinha Pinto; VASCONCELOS, Claudio Roberto Fóffano. Investigações e obtenção de provas de cartel: por que e como observar paralelismo de conduta. *Ensaio FEE*, Porto Alegre, v. 26, n. 2, p. 855-876, nov. 2005.

lucro depende em muito do volume comercializado.²⁴ A transparência dos preços praticados no mercado possibilita ao consumidor trocar de agente revendedor para obter preços menores, o que provoca, em contrapartida, um movimento de adequação dos preços muito rápido. Em geral, isso ocorre em um espaço de tempo reduzido, para que o revendedor não perca de forma substancial no volume comercializado, dando a impressão ao consumidor de que os reajustes são simultâneos e, portanto, reflexos de um processo de cartelização.

E a conjugação entre esses dois fatores? Preços semelhantes e reajustes próximos em conjunto seriam suficientes a gerar a materialidade econômica suficiente a justificar a abertura de uma investigação? Acredito que não justamente em função das características peculiares do setor de revenda de combustíveis (i.e., produtos homogêneos e transparência de preços praticados no mercado) que comumente levariam à ocorrência conjunta desses dois elementos (preços semelhantes e reajustes próximos), sem o que, aliás, a estratégia de interdependência entre os agentes revendedores, em vários dos casos, poderia não fazer sentido. (...)

Por fim, apenas para confirmar, uma vez mais, o quanto dito até o momento neste voto a respeito da insuficiência de indícios, resta tecer breves comentários sobre a comparação entre preços praticados por revendedores entre municípios próximos, também utilizada como evidência, embora em um número bem menor, por denunciante que peticionam ao SBDC solicitando a abertura de investigações por prática de cartel.

Ainda utilizando a lógica do paralelismo de preços, que, como dito, não seria um ilícito *per se*, seria necessário demonstrar que a eventual diferença nos preços praticados entre revendedores de diferentes municípios seria decorrente de uma conduta anticompetitiva e não de outros fatores mercadológicos quaisquer. Inúmeros estudos sobre o setor demonstram que os patamares de preços praticados por revendedores de combustíveis podem variar em função de diversos fatores, entre os quais: (i) a densidade populacional; (ii) quantidade *per capita* consumida de combustível; (iii) poder de barganha das redes de postos; (iv) localização dos postos; (v) renda média da população, entre outros.²⁵ O próprio percentual de bandeiras brancas pode, por exemplo, acirrar a concorrência, gerando maior dispari-

²⁴ Conforme Parecer nº 06042/2006/DF/COGDC/SEAE/MF emitido nos autos da AP nº 08012.007692/1999-11, os contratos firmados entre revendedores e distribuidores comumente estabelecem a obrigatoriedade de comercialização de volumes mínimos pelos postos revendedores.

²⁵ Ver: COLOMA, Germán. *Economía de la organización industrial*. Buenos Aires: Tema, 2005; CORREA, Paulo; HERRERA, Victor. *Estimación del grado de competencia en la industria panameña de distribución de combustibles*. Brasília: Seae, 1999; e LEWIS, Matthew. Is price dispersion a sign of competition? In: International Industrial Organization Conference, 2006, Boston. *Anais...*, Boston, 2006. Disponível em: <http://zeus.econ.umd.edu/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=IIOC2006&paper_id=212>. Acesso em 14 jun. 2006.

dade nos preços e mesmo preços menores do que aqueles que são praticados em municípios com perfil semelhante.²⁶

Portanto, a mera comparação entre preços praticados por revendedores em municípios próximos igualmente não serve de indício suficiente a instaurar investigações, seja isolada ou cumulativamente aos indícios anteriores. (...)

Esses esclarecimentos devem ser disponibilizados ao consumidor de maneira a auxiliá-lo a compreender as características do setor e a identificar, quando de fato for o caso, indícios de colusão. (...) [R]aramente as denúncias envolvendo o mercado de revenda de combustíveis reportam situações em que concorrentes se comunicam para discutir preços ou outras condições, tão somente identificando os indícios acima elencados.

2.2.2. Filtros econômicos

Como o Cade não havia se manifestado a respeito da suficiência dos indícios que levavam à instauração de uma investigação, os órgãos de instrução do SBDC desenvolveram um filtro econômico com o objetivo de reduzir o número de casos analisados, separando aqueles que detinham maior possibilidade de gerar condenação dos demais. Esse filtro chegou a ser aplicado em diversas oportunidades em denúncias que apresentam as características acima, o que revela uma primeira medida no sentido de aperfeiçoar recursos nas investigações envolvendo o mercado de revenda de combustíveis. Várias averiguações preliminares e até mesmo processos administrativos chegaram a ser arquivados com fundamento no filtro elaborado pela Seae.²⁷ (...)

Acredito, no entanto, que os filtros econômicos não mais devem ser utilizados em denúncias envolvendo circunstâncias tais como as descritas no tópico anterior, as quais devem, a meu ver, ser sumariamente arquivadas, o que não significa que devam ser abandonados pelo SBDC. Para que então serviriam os filtros? (...)

Ao rejeitar denúncias que não apresentam o nível de materialidade necessário, os órgãos de instrução do SBDC terão maior disponibilidade para agir de

²⁶ Ver: PINTO, Mariana Rodrigues; SILVA, Emilson Caputo Delfino. O brilho da bandeira branca: concorrência no mercado de combustíveis no Brasil. In: Encontro Nacional de Economia, 32, 2004, João Pessoa – PB. *Anais...* Brasília: Anpec, 2004; e NUNES, Clemens; GOMES, Cleomar. Aspectos concorrenciais do varejo de combustíveis no Brasil. In: Encontro Nacional de Economia, 33, 2005, Natal – RN. *Anais...* Brasília: ANPEC, 2005.

²⁷ O filtro tem três elementos principais: (i) a evolução da margem de revenda do município ao longo do tempo, (ii) a relação entre a evolução dessa margem e a variabilidade dos preços, e (iii) a comparação entre a evolução das variáveis municipais e as variáveis médias estaduais. (...) Em seu voto nos autos da AP nº 08012.001112/2000-42 (Representados: Postos de Combustíveis de Uruguaiana), o conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, ao final acompanhado pelo restante do Plenário, teceu algumas críticas ao filtro da Seae, apesar de seus méritos. (...)

maneira proativa, incorporando, aliás, uma tendência que já se percebe em órgãos antitruste alhures, selecionando mercados para aplicar filtros econômicos, já que estes podem: (i) justificar o custo de oportunidade para iniciar uma investigação; (ii) auxiliar em um pedido de busca e apreensão;²⁸ (iii) representar um elemento complementar à política de leniência; e (iv) estimar o prejuízo causado ao consumidor por conta do cartel. (...)

A pergunta, agora, é simples: os filtros devem ser utilizados como medida proativa de combate a cartéis no setor de combustíveis? (...)

[A] seleção prévia de uma indústria é uma solução eficiente. Basta ao órgão de concorrência identificar, por fatores estruturais, se a indústria possui características que favorecem a colusão. O mercado de combustíveis dispensa essa análise, pois foi objeto de um número considerável de condenações por práticas colusivas nos últimos anos, justificando-se, portanto, a atenção a ser despendida por parte do SBDC. Outro fator que seleciona o mercado de gasolina para essa atuação diz respeito ao impacto que os seus preços provocam na economia brasileira, representando 5,02% pontos no IPCA, com reflexos diretos e indiretos em inúmeras cadeias produtivas, consequentemente se relacionando com o crescimento da economia e com a geração de empregos.²⁹ A importância relativa da gasolina é patente, pois representa o índice de maior peso entre os produtos monitorados, que possuem, em conjunto, 28,94 pontos no IPCA. Apenas para se ter uma ideia da relevância de outros serviços e/ou produtos monitorados, os itens que possuem maior peso, além de combustíveis, são energia elétrica residencial (3,41), ônibus urbano (3,32) e telefone fixo (3,25).³⁰

Justificada a seleção do setor de combustíveis, é importante averiguar se é ou não excessivamente custoso elaborar e utilizar um filtro econômico com o propósito de identificar indícios prévios de colusão em um determinado mercado. A doutrina ressalta, e eu em especial concordo, que os filtros econômicos devem: “(i) minimizar o número de falsos positivos e negativos; (ii) ser fáceis de implementar; (iii) ser custosos para as firmas disfarçarem o comportamento colusivo; e (iv) ter suporte empírico”.³¹ (...)

²⁸ Embora a possibilidade seja debatida, há diversas dificuldades na instauração de investigações *ex officio* apenas com base em filtros econômicos: (...) FRIEDERISZICK, Hans; MAIER-RIGAUD, Frank. Triggering inspections *ex officio*: moving beyond a passive EU cartel policy. *Journal Of Competition Law and Economics*, Oxford, v. 4, n. 1, Mar. 2008.

²⁹ Essa análise tem motivado iniciativas semelhantes, por exemplo, na União Europeia: (...) COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. *Implementing the new methodology for product market and sector monitoring: results of a first sector screening*. Commission Staff Working Document. Brussels, 2007. p. 4.

³⁰ BACEN. *Relatório de Inflação*. Brasília: Copom, mar. 2006. v. 8, n. 1.

³¹ ABRANTES-METZ, Rosa; BAJARI, Patrick. Screens for conspiracies and their multiple applications. *Antitrust Magazine*, Cary, v. 24, n. 1, Fall 2009.

Sob essas premissas, a análise econômica parte para um segundo passo, que é a análise do evento crítico, que basicamente tenta avaliar um cenário colusivo *vis-à-vis* um cenário competitivo dentro de um determinado mercado. Parece-me claro que, ao terminar a segunda etapa, não há uma evidência cabal de colusão, mas sim indícios que podem ser aprofundados pelos órgãos de instrução de uma autoridade de defesa da concorrência, com o objetivo de dar maior efetividade às suas investigações. Isso se dá porque comumente indicadores econômicos são limitados em sua capacidade de distinguir cenários de colusão explícita dos cenários de paralelismo, que não representam infrações à ordem econômica; isso, no entanto, não invalida e nem diminui a importância dos filtros como parâmetros técnicos de indícios preliminares, ou mesmo como forma de computar o dano sofrido ou o benefício auferido por meio da conduta.

Basicamente, essas foram as premissas que auxiliaram a Seae a elaborar um filtro econômico.³² Abordagens semelhantes já vêm sendo adotadas por outras autoridades de defesa da concorrência.³³ O papel do Cade tem sido reativo; i.e., este Tribunal Administrativo avalia o filtro após ele ter sido aplicado pela autoridade de instrução. Acredito que essa é uma boa tendência, o que não exclui a possibilidade de análise mais pormenorizada dos testes elaborados e eventuais sugestões.

3. Iniciativas de advocacia da concorrência no setor de combustíveis

Embora o foco inicial das ações do SBDC no setor tenha privilegiado iniciativas de *enforcement*, mais especificamente investigações de cartel, é possível que os agentes dos órgãos de instrução possam incrementar medidas de advocacia da concorrência, visando atingir benefícios ao consumidor de combustíveis, o que, aliás, já vem acontecendo nos últimos anos. Consigo vislumbrar, pelo menos e a partir dessas medidas já em estudo, duas possíveis abordagens que poderiam trazer, como impacto mediato, preços menores de revenda: (i) eliminação de normas urbanísticas que proíbem a instalação de postos de combustíveis em supermercados, hipermercados e *shoppings*; e (ii) reavaliação da regulação brasileira que trata (ou proíbe, melhor dizendo) o processo de verticalização entre distribuição e revenda de combustíveis derivados.

³² Ver nota 27.

³³ Cf. ABRANTES-METZ; BAJARI, op. cit., p. 69.

3.1. Restrições urbanísticas

A partir do julgamento do PA nº 08000.024581/94-77³⁴ o SBDC se apercebeu da movimentação de sindicatos e/ou associações no sentido de adotar deliberações ou de movimentar seus membros com o objetivo de planejar e implementar medidas a fim de impedir ou criar dificuldades à entrada de concorrentes no mercado de revenda de combustíveis. Em particular, o caso tratava de ações que foram tomadas por meio de associados ao Sinpetro/DF e o concorrente em questão era o Carrefour, hipermercado interessado em ingressar no setor. O voto reconhece, ainda, a inconstitucionalidade da Lei Complementar Distrital nº 294/00,³⁵ que determina a proibição da instalação de postos em instalações semelhantes, o que teria sido objeto de pressão por parte dos membros do Sindicato junto ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo do DF.

Mandado de Segurança impetrado pela Companhia Brasileira de Distribuição, proprietária do Extra, também buscou justamente que fosse reconhecida a inconstitucionalidade da norma distrital que proibia a instalação de postos revendedores de combustível próximos a hipermercados e supermercados, shoppings, cinemas, teatros e similares. A decisão de primeira instância do Juízo da 3ª Vara de Fazenda do Distrito Federal concedeu a segurança³⁶ requerida pelo Extra, reconhecendo a inconstitucionalidade da Lei Complementar Distrital nº 294/00. Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do DF manteve a decisão de primeiro grau.³⁷⁻³⁸

Enquanto essa matéria era debatida *in concreto* no mandado de segurança ora relatado, o MPDFT, ato contínuo, houve por bem ingressar com ADI (2004.00.2.007874-3), sustentando que a proibição da Lei Complementar Distrital nº 294/00 constituiria excessiva intromissão do Estado na iniciativa do particular. Dessa vez, contudo, o Conselho Especial do Tribunal de Justiça do DF, por maio-

³⁴ Representados: SINPETRO/DF, Rede Igrejinha, Rede Gasol; conselheiro-relator: Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer.

³⁵ A proibição à instalação de postos em supermercados, hipermercados e afins já constava de norma anterior, qual seja, a Lei nº 2.526, de 14 de janeiro de 2000 (que foi revogada pela própria Lei Distrital Complementar nº 294/00). Esse diploma também foi objeto de análise no voto do PA nº 08000.024581/94-77.

³⁶ (...) (BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Juízo da 3ª Vara de Fazenda do Distrito Federal. Juiz Marco Antonio da Silva Lemos. Processo nº 2004.01.1.032966-7. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília, v. 4, p. 137-147, out./nov./dez. 2004).

³⁷ (...) (BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. APC nº 2004.01.1.032966-7. Relator: desembargador Natanael Caetano. J.: 13-6-2005).

³⁸ Vale mencionar, outrossim, que o recurso especial interposto pelo Distrito Federal ao STJ teve provimento negado, em razão da controvérsia não tratar de matéria infraconstitucional, e o recurso extraordinário dirigido ao STF não foi conhecido, por questões formais. Não obstante, a decisão do TJDFT permanece suspensa, até o julgamento da ADI nº 2004.00.2. 007874-3, que será mencionada a seguir.

ria, julgou improcedente a ação,³⁹ o que gerou a interposição de RE pelo MPDFT. Atualmente, o processo encontra-se concluso, para julgamento, no STF, sob a relatoria do ministro Celso de Mello, já tendo sido emitido parecer por parte da Procuradoria-Geral da República, em que reconhece a inconstitucionalidade do dispositivo, entendendo ainda que essa restrição auxilia a manutenção do suposto cartel de combustíveis no DF.

Lembro que o voto do Cade no processo mencionado reconhecia que a justificativa apresentada à Câmara dos Deputados do Distrito Federal para tal proibição estaria lastreada em uma suposta necessidade de se garantir a segurança e o bem-estar da população, já que os produtos comercializados, i.e., combustíveis, seriam tóxicos e inflamáveis. A restrição prevista pela lei, contudo, claramente ofende o princípio da proporcionalidade.⁴⁰

Primeiramente, o propósito específico de garantir a segurança da população não consta do texto legal do diploma questionado⁴¹ (...). Além disso, porém, uma simples observação da localização de postos revendedores no DF denuncia, mais uma vez, a inadequação da norma. Conforme esclarecido pelo SBDC,⁴² mais especificamente pela Seae, áreas destinadas a hipermercados, por exemplo, são normalmente grandes, sendo possível instalar o posto a uma distância segura da loja. Aliás, tal distância parece ser ainda maior do que grande parte dos postos instalados pela cidade, próximos a hotéis, restaurantes e prédios residenciais.

Assim, a proibição de postos de combustível em hipermercados e semelhantes, portanto, parece ser uma medida completamente inadequada diante do suposto objetivo de resguardar a segurança da população. (...). E, além disso, a norma também não suporta a avaliação do segundo subprincípio da proporcionalidade, o da necessidade, uma vez que inúmeras medidas de segurança⁴³ seriam tão ou mais efetivas para assegurar os riscos apontados, sem, no entanto, representar uma limitação à livre iniciativa de tal impacto à concorrência.

³⁹ (...) (BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. ADI nº 2004.00.2.007874-3. Relatora designada: desembargadora Haydevalda Sampaio. J: 23-10-2007).

⁴⁰ O princípio da proporcionalidade é formado por três subprincípios: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito. A esse respeito, ver, por exemplo: BARROSO, Luiz Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 92, v. 336, p. 125-136, out./dez. 1996, p. 130-131; KOHL, Michael. Constitutional limits to anticompetitive regulation: the principle of proportionality. In: AMATO, Giuliano; LAUDATI, Laraine L. (Eds.). *The Anticompetitive Impact of Regulation*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2001, p. 425-426; e PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 324-358.

⁴¹ Art. 2º (...).

⁴² (...) (Parecer nº 070/MF/Seae/COGDC-DF, de 27 de fevereiro de 2002 no PA nº 08000.024581/94-77).

⁴³ Como afastamentos mínimos das bombas, tamanhos de áreas destinadas ao posto, padronização dos requisitos de segurança.

Embora a análise da restrição ante o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito seja desnecessária, em razão de não ter sobrevivido ao teste de adequação e necessidade, fica evidente que a norma também não se subsume à proporcionalidade *stricto sensu*, já que seus benefícios (no caso, aparentemente inexistentes) claramente não suplantam seus custos (comprometimento da livre iniciativa). Em outras palavras, seu resultado líquido é negativo. (...)

Acredito que é importante esclarecer que a instalação de revendas de combustível em supermercados, hipermercados, shopping centers e afins não é um fenômeno exclusivo ao Brasil. Já há evidências, ao menos nos Estados Unidos, de que esse perfil de revendedor tem sido capaz de contestar preços das incumbentes, ganhando relevância no segmento, ao atingir patamares significativos de *market share* em períodos relativamente curtos. Em particular, parece-me claro o porquê disso. Levando em consideração que esses agentes têm a capacidade de revender volumes bem superiores aos comercializados por postos de combustíveis comuns, há uma possibilidade concreta de preços mais baixos ao consumidor, em função do maior poder de barganha detido por esses agentes, além de prováveis economias de escopo.⁴⁴ Outro fator também colabora para a competitividade de revendedores desse gênero, já que os custos para a construção de revendas de combustível em hipermercados chegam a ser de 33 a 50% mais baixos do que para postos tradicionais.⁴⁵

Já existem estudos preliminares no Brasil. Em parecer do final do ano passado,⁴⁶ a SDE houve por bem testar os efeitos benéficos em preços causados pela entrada de hipermercados, supermercados e afins no mercado de revenda de combustíveis. (...) Dos 29 hipermercados cujos postos foram analisados, a SDE constatou que, em 23 deles, os preços praticados ficaram abaixo da média da respectiva cidade. (...)

(...) [O]s grandes grupos de hipermercados já têm atuação destacada nos municípios em que não existe essa restrição, sem qualquer notícia de incidente que tenha colocado em risco a sociedade, oferecendo ainda vantagens, além de aparentes preços menores, como, por exemplo, a possibilidade de os consumidores pagarem com cartões das redes, com prazo maior.⁴⁷

⁴⁴Além disso, o estudo do FTC também identifica economias de escala na atuação desses agentes na revenda: (...) FEDERAL TRADE COMMISSION. *Gasoline price changes: the dynamic of supply, demand and competition*. 2005. Disponível em: <www.ftc.gov>. Acesso: 18 jan. 2010.

⁴⁵U.S. Federal Trade Commission (FTC). *The petroleum industry: mergers, structural change & antitrust enforcement: a report of the staff of the Federal Trade Commission Bureau of Economics*. Washington, D.C., Aug. 2004.

⁴⁶MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Efeitos Anticoncorrenciais advindos da Lei Complementar Distrital nº 294/2000 no setor de revenda de combustíveis do DF*. Parecer DPDE aprovado pelo Despacho SDE nº 884, de 19-11-2009.

⁴⁷(...) (RESTRIÇÃO a supermercado é ilegal. *Correio Brasiliense*, Brasília, 23 jan. 2010. Disponível em:

Esse, no entanto, não é um fenômeno isolado. Alguns municípios, além de Brasília, já dispõem de previsões contendo restrições urbanísticas à instalação de postos de revenda de combustíveis em supermercados, hipermercados e/ou shopping centers [Cuiabá, Fortaleza, Gravataí, Manaus, Porto Alegre, Recife, Suzano], o que merece um olhar mais atento por parte dos órgãos do SBDC. (...)

Por tudo quanto exposto acima, parece-me claro que essa proibição, que a princípio não se embasa em uma justificativa suficientemente razoável nem gera benefícios aparentes, prejudica de modo relevante a concorrência no mercado de revenda de combustíveis, surtindo efeitos deletérios ao consumidor em diversas partes do país. (...).

3.2. (Des) Verticalização no setor de combustíveis

Há aproximadamente 10 anos, vige a Portaria ANP nº 116, que regulamenta o exercício da atividade de revenda varejista de combustível. Entre as diversas normas contidas nesse diploma, existe uma que proíbe o exercício da atividade de revenda por parte do distribuidor, sendo a única exceção o posto revendedor escola.⁴⁸ Parece-me, no entanto, que essa proibição não necessariamente impede o processo de verticalização que se verifica na indústria, servindo apenas para proibir um tipo específico de integração vertical, em que o vínculo de integração é societário e não contratual. Aliás, existem diversos modelos de integração vertical entre distribuidores e revendedores aparentemente permitidos pela legislação em vigor, que se materializam em contratos em que variam, *inter alia*: (i) a forma de operação do posto (com ou sem bandeira); (ii) a propriedade dos ativos (não apenas os operacionais, mas também o próprio terreno onde o posto está instalado); e (iii) o consequente nível de integração entre eles.

É fato, portanto, que a indústria desenvolveu diversas formas de relacionamento vertical entre distribuidores e revendedores, relativizando a proibição constante do art. 12 da Portaria ANP nº 116/2000. Os arranjos contratuais são dos mais diversos, envolvendo um grau maior de integração vertical, por exemplo, quando a distribuidora é proprietária de ativos⁴⁹ (...). (...). Em outros arranjos contratuais, o revendedor pode trocar de distribuidor quando do término do contrato de fornecimento, situação em que, em geral, o operador do posto é o proprietário dos ativos (o que reflete um grau menor de relação vertical).

Além desses arranjos verticais, em que o nível de integração vertical varia entre um grau elevado e um grau médio, há os postos de bandeira branca, em que

<www.correiobrasiliense.com.br>. Acesso em: 26 jan. 2010.)

⁴⁸ Art. 12. (...)

⁴⁹ Não é incomum a situação em que a distribuidora possui o terreno, constrói o posto e o arrenda a terceiro, por meio de um contrato de compra e venda mercantil. Nesses casos, comumente o revendedor recebe capital de giro para o início das operações.

os ativos pertencem ao revendedor, sendo a ele conferida total autonomia sobre o gerenciamento da revenda e permitido adquirir combustível de mais de um distribuidor.⁵⁰

A proibição de verticalização estava originalmente vinculada a uma preocupação com potenciais condutas anticompetitivas.⁵¹ (...)

A experiência estrangeira revela uma miríade de exemplos com propostas diferentes para a relação de verticalização (até mesmo porque o perfil de competição é dos mais diversos). Há situações em que o próprio contrato de franquia é regulado.⁵² Outras jurisdições estabelecem restrições quanto à duração dos contratos de fornecimento exclusivo de combustíveis (visando reduzir a barreira à entrada no segmento *downstream*).⁵³ E não é só. Há previsões normativas, inclusive, determinando a compra, a qualquer tempo e a preço de mercado, dos equipamentos emprestados em comodato, pela distribuidora, à revendedora (...).⁵⁴

Partindo do pressuposto de que algum grau de verticalização é desejável, há jurisdições que, ao contrário da brasileira, estabelecem limites para a porcentagem do número de postos em que a distribuidora é sua proprietária e opera, ou que é apenas proprietária, terceirizando a sua operação.⁵⁵ E por que esse grau de verticalização é desejável? A resposta para essa pergunta reside na economia de custos de transação que o modelo societário apresenta (ao que se poderia ainda acrescentar a eliminação de duplo *mark-up* e o consequente aumento de demanda para o produto).⁵⁶ Nessa circunstância, em que há um limite jurídico para a verticalização, os riscos de surgimento de condutas anticompetitivas estariam, ao menos *a priori*, controlados (...).

Como essas alterações regulatórias poderão ter impacto direto no preço praticado ao consumidor, acredito que o SBDC deve se inteirar das diversas formações de contratos verticais entre revendedores e distribuidores. De um lado, é necessário (...) verificar se há ou não algum possível impacto anticompetitivo decorrente dessas avenças. E, de outro, avaliar se a proibição à verticalização, tal como disposta na Portaria ANP nº 116, merece revisão diante dos possíveis ganhos de eficiência decorrentes da verticalização societária-operacional, desde que, a exemplo de modelos internacionais, respeite-se um limite a essa possibilidade de operação,

⁵⁰ Art. 11. (...).

⁵¹ (...) OECD. *Competition policy for vertical relations in gasoline retail*. Policy Roundtables, 2008. Disponível em: <www.oecd.org>. Acesso em: 20 jan. 2010.

⁵² Na Austrália, por exemplo (...).

⁵³ OECD, op. cit., p. 8.

⁵⁴ Isso se dá na Argentina, por meio do Decreto 1.060/2000.

⁵⁵ Na Argentina, o Decreto 1.060/2000 (...) (SEREBRISKY, Tomás. *The role of advocacy in competition policy: the case of the Argentine gasoline market*. World Bank Policy Research Working Paper nº 3.130. Washington-DC, 2003.).

⁵⁶ FEDERAL TRADE COMMISSION. *Gasoline price changes: the dynamic of supply, demand and competition*. June 2005. p. 121-123. Disponível em: <www.ftc.gov>. Acesso em: 18 jan. 2010.

mantendo-se um número significativo de revendedores livres. O possível impacto de alterações regulatórias nessas relações poderá determinar reduções de preço ao consumidor final.

4. Condenação dos casos de cartel na revenda

Um último aspecto que potencialmente estaria contribuindo para a proliferação de cartéis no setor de revenda de combustíveis poderia estar relacionado com uma punição subótima por parte dos órgãos do SBDC, assim estimulando ou, ao menos, não desestimulando a formação de acordos colusivos no setor. Para avaliar essa possibilidade, segue a tabela com as condenações em processos administrativos:

Quadro 5
Condenações do Cade em casos de combustível

PROCESSO – DATA DE JULGAMENTO – CONSELHEIRO RELATOR	PARTE CONDENADA	VALOR FINAL	PERCENTUAL DO FATURAMENTO	DISPOSITIVO LEGAL (inciso II ou III)
PA nº 08012.004712/2000-89 (Goiânia) – J. 31-7-2002 – Conselheiro Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer	Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de Goiás (Sindiposto/GO); José Batista Neto (presidente do Sindiposto/GO)	R\$ 190 mil e R\$ 95 mil	29% (Sindicato)	Condenação: art. 20, inc I c/c art. 21, inc. II da Lei nº 8.884/94. Multa: art. 23, inc. III
PA nº 08012.002299/2000-18 – J. 27-3-2002 – Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto	Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis; 18 pessoas físicas; 8 pessoas físicas	Sindicato: R\$ 400 mil (cerca de 10% sobre o valor médio das multas das pessoas jurídicas).	Postos, 10%; pessoas físicas: Alexandre Carioni (presidente do Sindicato), 15% e demais pessoas físicas, 10%	Condenação: art. 20, inc. I c/c art. 21, inc. I, II e XXIV. Multa: art. 23, I, II e III
PA nº 08000.024581/1994-77 – J. 3-3-2004 – Conselheiro Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer	Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Distrito Federal (Sinpetro/DF); Rede Igrejinha; Rede Gasol (Grupo Cascão)	Não houve apresentação de faturamento	5% para todos	Condenação: art. 20, inc. I, II e IV, c/c art. 21, inc. II, IV, V e X. Multa: art. 23, I e III

continua

PROCESSO – DATA DE JULGAMENTO – CONSELHEIRO RELATOR	PARTE CONDENADA	VALOR FINAL	PERCENTUAL DO FATURAMENTO	DISPOSITIVO LEGAL (inciso II ou III)
PA nº 08012.004036/2001- 24 – J. 23-7-2003 – Conselheiro Thompson Almeida Andrade	Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo de Santa Catarina (Sindipetro/SC); 10 postos e 9 pessoas físicas	Sindicato: R\$ 55 mil reais; Total das multas: R\$ 575.731,93.	Sindicato: levou em consideração o mínimo e o máximo previsto no artigo 23, III; postos: 15%; pessoas físicas: 15%	Condenação: art. 20, I, II e III e art. 21, I, II e XXIV. Multa: artigo 23, I, II e III.
PA nº 08012.003208/1999- 85 – J. 2.6.2004 – Conselheiro Fernando de Oliveira Marques	Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo e Lojas de Convêniência no Estado de Pernambuco (Sindicombustíveis/ PE) – e seus dirigentes Romildo Ferreira Leite e Joseval Alves Augusto	R\$ 110.000,86; R\$ 16.500,13.	Sindicombustíveis/ PE: 15%; pessoas físicas: 15 % do valor da multa do Sindicato	art. 20, inc. I, c/c o art. 21, inc. II
PA nº 08012.007515/2000- 31 – J. 10-9-2003 – Conselheiro Miguel Tebar Barrionuevo	Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de Minas Gerais (Minaspetro); Paulo Miranda Soares (presidente do Sindicato)	Minaspetro: R\$ 243.237,30; Paulo Miranda Soares: R\$ 24.323,73.	Minaspetro: 15%; Paulo Miranda Soares: 10%	Condenação: art. 20, inc. I, c/ o art. 21, inc. II. Multa: art. 23, inc. II e III
PA nº 08012.002911/2001- 33 – J. 28-11-2007 – Conselheiro Luis Fernando Schuartz	Federação Nacional do Comércio de Combustíveis e de Lubrificantes (Fecombustíveis); Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo de Campinas e Região (Recap)	Ambos: R\$ 63.846,00.	Mínimo legal de 60.000 UFIRs	Condenação: art. 20, inc. I, c/c o art. 21, inc. II. Multa: art. 23, III

Fonte: Elaboração própria.

Por meio da tabela acima, é possível inferir que há, sim, espaço para aumentar as multas que são impostas aos agentes no setor de revenda de combustíveis (...). O que chama a atenção, no entanto, é a presença maciça de diversos sindicatos ou associações no polo passivo dos processos administrativos, o que faz pensar que uma ação de advocacia da concorrência poderá paralelamente servir para desestimular condutas anticompetitivas no setor. (...)

5. Conclusão

Dessa forma, em função de todo o descrito ao longo do voto, esta averiguação preliminar deve ser **arquivada, razão pela qual nego provimento ao recurso de ofício**. Pelo exposto no voto, no entanto, entendo que alguns comentários de ordem institucional merecem ser ressaltados, a fim de buscar uma maior eficiência e uma maior efetividade às ações do SBDC no mercado de combustíveis. Desses comentários, pretendo extrair recomendações direcionadas aos órgãos de instrução. Primeiro, no entanto, entendo que seria importante explicitar resumidamente as conclusões:

(i) Constatação 1: A presente análise evidenciou que, nos últimos anos, muitas são as denúncias ao SBDC envolvendo supostas práticas colusivas no mercado de revenda de combustíveis, setor esse de extrema importância para os consumidores e para a economia brasileira. De fato, os dados levantados demonstram que os procedimentos administrativos que investigam condutas de cartel nesse mercado são significativos, *vis-à-vis* o número de procedimentos destinados a analisar outras condutas anticompetitivas. Não obstante, verifica-se que um número extremamente pequeno de casos envolvendo combustíveis efetivamente resulta em condenações. A imensa maioria dos casos é, ao final, arquivada, muito embora demandem grande dispêndio de recursos públicos durante o processo de investigação e julgamento;

(ii) Constatação 2: Esse grande número de denúncias poderia, em suma, ser resultado de três fatores: (i) de um problema informacional, que leva os consumidores e outros agentes denunciante a oferecerem representações sem embasamento mínimo para uma investigação; (ii) de problemas regulatórios, que levam a possíveis conluios, ou, no mais das vezes, a efeitos aparentemente anticompetitivos nesse mercado; e (iii) de uma subpunição por parte do SBDC, que efetivamente poderia estar provocando a geração e continuidade de arranjos colusivos no mercado de revenda de combustíveis;

(iii) Constatação 3: Os indícios comumente utilizados como base para denúncias, (i) preços semelhantes, (ii) reajustes de preços paralelos e (iii) preços mais altos em comparação com municípios próximos, são insuficientes para gerar in-

vestigações. Esses indícios, isoladamente ou cumulativamente, não consubstanciam a materialidade mínima para instaurar investigações de cartel no setor de combustíveis, em função das próprias características do segmento (em especial, a homogeneidade do produto e a transparência dos preços, por determinação regulatória);

(iv) Constatação 4: Os filtros econômicos podem representar uma medida proativa por parte dos órgãos de defesa da concorrência no combate a cartéis no setor de combustível, não devendo, no entanto, ser aplicados por conta de denúncias lastradas em indícios tais como os vistos. A aplicação de filtros no setor de combustíveis como medida *ex officio* ou mesmo quando o caso apresenta outros tipos de indícios poderá ser uma ação que complementa a política de leniência ou mesmo que auxilie a produzir a certeza necessária à produção de provas;

(v) Constatação 5: Há fortes indícios de que normativos regulatórios, tanto urbanísticos como regulatórios *stricto sensu*, precisam ser analisados com maior vagar pelos órgãos do SBDC. Em especial, essa revisão deverá inicialmente focar nas restrições urbanísticas que impedem a instalação de postos de combustíveis em hipermercados, supermercados e shopping centers, bem assim em normas e contratos que regulam as relações verticais entre distribuidores e revendedores de combustíveis; e

(vi) Constatação 6: Grande parte das condenações do Cade pertinentes ao setor envolvem práticas fomentadas ou perpetradas por sindicatos ou associações, o que demonstra a necessidade de ações de advocacia direcionadas para essas sociedades, o que não exclui a possibilidade de aplicação de outras sanções, evitando-se, no entanto, o risco ao abastecimento que eventual punição poderá gerar ao mercado.

Diante dessas constatações, entendo que o SBDC deverá adotar algumas medidas de forma a se tornar efetivo, razão pela qual recomendo:

(i) À SDE que archive de imediato, recorrendo de ofício ao Cade, qualquer procedimento administrativo, averiguação preliminar ou processo administrativo que tenha sido instaurado no mercado de revenda de combustíveis apenas com base, seja isolada ou cumulativamente, nos seguintes indícios: (i) preços semelhantes, (ii) reajustes de preços paralelos e (iii) preços mais altos em comparação com municípios próximos. Esses indícios, no mercado de combustíveis, simplesmente não consubstanciam a materialidade mínima para instaurar uma investigação, não justificando o dispêndio de recursos públicos;

(ii) À SDE que modifique o seu mecanismo de triagem, a fim de refletir as considerações deste voto a respeito dos indícios mínimos que justificam a abertura de investigações no setor de combustíveis, não aplicando o filtro em denúncias tais como as descritas no item acima, incentivando-se, no entanto, a aplicação de filtro econômico *ex officio* ou em investigações com indícios mais sólidos. Entendo que o filtro, como é natural, passará por discussões entre os órgãos de instrução,

preferencialmente com a presença da ANP (que coleta e publica os dados comumente utilizados para a elaboração de testes estatísticos), a fim de que se verifique a necessidade de sua alteração ou mesmo a sua manutenção;

(iii) À ProCade que intervenha na ADI nº 2004.00.2.007874-3, de forma que os argumentos aqui levantados a respeito do caráter pró-competitivo da instalação de postos em hipermercados, supermercados e shopping centers sejam devidamente esclarecidos ao STF;

(iv) À ProCade que averigue e, se for o caso, comunique ao Ministério Público a existência de normas urbanísticas restritivas à instalação de postos em estabelecimentos similares, a fim de que caminho semelhante ao da ADI mencionado acima seja traçado, smj, também intervindo a ProCade nos eventuais processos judiciais a serem instaurados; e

(v) À Seae que implemente ações de advocacia da concorrência e advocacia regulatória, avaliando os impactos da atual política de verticalização entre distribuidores e revendedores e, em especial, do processo de contratualização que hoje permeia esse setor.

É o voto.

Brasília, 28 de abril de 2010.

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo
Conselheiro

Referências

ABRANTES-METZ, Rosa; BAJARI, Patrick. Screens for conspirancies and their multiple applications. *Antitrust Magazine*, Cary, v. 24, n. 1, p. 66-71, Fall 2009.

BACEN. *Relatório de Inflação*. Brasília: Copom, v. 8, n. 1. mar. 2006.

BARROSO, Luiz Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 92, v. 336, p. 125-136, out./dez. 1996.

BRASIL. Ministério da Justiça. Cade. *Cade em números*. Disponível em: <www.cade.gov.br/Default.aspx?1d1d1fe12eec2f0b2525>. Acesso em: 7 out. 2010.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Juízo da 3ª Vara de Fazenda do Distrito Federal. Juiz Marco Antonio da Silva Lemos. Processo nº 2004.01.1.032966-7. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília, v. 4, p. 137-147, out./nov./dez. 2004.

COLOMA, Germán. *Economía de la organización industrial*. Buenos Aires: Tema, 2005.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. *Implementing the new methodology for product market and sector monitoring: results of a first sector screening*. Commission Staff Working Document. Brussels, 2007.

CORREA, Paulo; HERRERA, Victor. *Estimación del grado de competencia en la industria panameña de distribución de combustibles*. Brasília: Seae, 1999.

FEDERAL TRADE COMMISSION. *Gasoline price changes: the dynamic of supply, demand and competition*. 2005. Disponível em: <www.ftc.gov>. Acesso: 18 jan. 2010.

FRIEDERISZICK, Hans; MAIER-RIGAUD, Frank. Triggering inspections *ex officio*: moving beyond a passive EU cartel policy. *Journal of Competition Law and Economics*, Oxford, v. 4, n. 1, p. 89-113, Mar. 2008.

KOHL, Michael. Constitutional limits to anticompetitive regulation: the principle of proportionality. In: AMATO, Giuliano; LAUDATI, Laraine L. (Eds.). *The anti-competitive impact of regulation*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2001. p. 425-426.

LEWIS, Matthew. Is price dispersion a sign of competition? In: International Industrial Organization Conference, 2006, Boston. *Anais...*, Boston, 2006. Disponível em: <http://zeus.econ.umd.edu/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=IIOC2006&paper_id=212>. Acesso em 14 jun. 2006.

NUNES, Clemens; GOMES, Cleomar. Aspectos concorrenciais do varejo de combustíveis no Brasil. In: Encontro Nacional de Economia, 33, 2005, Natal – RN. *Anais...* Brasília: ANPEC, 2005.

OECD. *Competition policy for vertical relations in gasoline retail*. Policy Roundtables, 2008. Disponível em: <www.oecd.org>. Acesso em: 20 jan. 2010.

ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Competition law and policy in Brazil – a peer review*. Brasil, 2010. OCDE. Brasília: IBD, 2010. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sde/data/Pages/MJ34431BE8I-TEMIDA9EA8F7D13D249C1BF0F20E752606414PTBRIE.htm>>.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 324-358.

RESTRIÇÃO a supermercado é ilegal. *Correio Brasiliense*, Brasília, 23 jan. 2010. Disponível em: <www.correiobrasiliense.com.br>. Acesso em: 26 jan. 2010.

SEREBRISKY, Tomás. *The role of advocacy in competition policy: the case of the Argentine gasoline market*. World Bank Policy Research Working Paper nº 3.130. Washington-DC, 2003.

SILVA, Emilson Caputo Delfino. O brilho da bandeira branca: concorrência no mercado de combustíveis no Brasil. In: Encontro Nacional de Economia, 32, 2004, João Pessoa – PB. *Anais...* Brasília: Anpec, 2004.

VARIAN, Hal R. *Microeconomia* – princípios básicos. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

VASCONCELOS, Silvinha Pinto; VASCONCELOS, Claudio Roberto Fóffano. Investigações e obtenção de provas de cartel: por que e como observar paralelismo de conduta. *Ensaio FEE*, Porto Alegre, v. 26, n. 2, p. 855-876, nov. 2005.