



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO
DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA

Ofício n.º 4339/2010/DPDE

Brasília, 20 de julho de 2010.

Ao Senhor
REINALDO MENDONÇA MOREIRA
Presidente da Câmara de Vereadores de Botucatu – SP
Edifício “Vereador Abílio Dorini”
Praça Comendador Emílio Pedutti, 112 – Cx. Postal 96
CEP: 18.600-410 – Botucatu – SP
Fone/Fax: (14) 3882-0636

Assunto: Resposta ao Ofício GP. Nº 591/2010

Prezado Sr. Presidente,

1. Acuso o recebimento do ofício em epígrafe e informo que o alinhamento de preços, embora seja forte indício da existência de um cartel, não constitui prova suficiente para sua caracterização, nos termos da Lei n.º 8.884/94. Para tanto, faz-se necessária a presença de outros elementos comprobatórios da existência de combinação entre os agentes econômicos, como realização de reuniões, telefonemas ou troca de mensagens para discutir preços, coincidências nas datas dos reajustes de preços que não podem ser explicadas por elevação de custos, existência de um sindicato de classe orientando para a fixação de preços uniformes, entre outros indícios que se constituam na intenção dos agentes de mercados em burlar a livre concorrência.
2. Acrescento, ainda que a liberdade de preços que vigora em toda cadeia de produção e comercialização de combustíveis, desde 1999, pode ter criado a percepção de que os agentes necessariamente praticariam preços diferentes entre si. Assim, não verificando essa diferença de preços alguns consumidores concluem pela existência de cartel desconsiderando condicionantes de mercado que justificariam a semelhança nos preços.
3. Com relação ao entendimento de que estaria ocorrendo a prática de cartel, é necessário esclarecer que, em linhas gerais, o cartel é uma conduta anticoncorrencial na qual empresas concorrentes entram em conluio, em detrimento de seus consumidores, para estabelecerem áreas de atuação e preços de monopólio para os produtos comercializados pelas empresas participantes daquele mercado. Nos termos do art. 20 da Lei n.º 8.884/94, para que

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

eventual acordo seja considerado ilícito, ele deve ser praticado por agentes que, em conjunto ou individualmente, tenham poder de mercado.

4. Este DPDE, em conjunto com a Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE/MF e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, têm entendimento firmado no sentido de que o simples fato de os preços estarem convergindo, não nos remete obrigatoriamente à existência de indícios de cartelização, eis que, por exemplo, em mercados extremamente competitivos a tendência será exatamente a de preços iguais para a gasolina, por se tratar de um produto homogêneo e com custos semelhantes para os agentes de mercado.

5. A revenda de combustíveis e derivados de petróleo é o setor com o maior número de denúncias de prática de cartel. A SDE recebe uma média de 4 denúncias por semana sobre cartel na revenda de combustíveis, superando 200 denúncias por ano. Com efeito, o setor é propenso à formação de cartéis em vista de características tais como produto homogêneo, semelhança de custos, barreiras regulatórias que dificultam a entrada de novos concorrentes e atuação ativa por parte de sindicatos e associações de forma a auxiliar na uniformização ou coordenação das condutas comerciais de seus filiados.

6. Até muito recentemente não havia uma diretiva clara por parte do E. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE sobre os critérios suficientes para o prosseguimento de uma investigação de cartel no setor de combustíveis. Na sessão ordinária nº 465ª, de 28/04/2010, no bojo do Processo Administrativo n. 08012.005545/1999-16, em voto paradigmático do Conselheiro-Relator Carlos Ragazzo, foram feitas as seguintes considerações:

“(…)

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, contra-intuitiva, há mercados competitivos que também apresentam preços iguais.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

Aliás, nem tão contra-intuitiva 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 competitivo¹. 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 homogêneos².

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 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. Exemplo disso é a resposta que meu gabinete obteve do Competition Bureau do Canadá, in verbis:

“The Criminal Matters Branch of the Competition Bureau receives many complaints throughout the year and these are dealt with in a number of ways. While most complaints are routine and require little action, a small percentage of these complaints require further action and full blown investigations may result. Most complaints are handled by an officer who calls the complainant to obtain more information. In the majority of these cases, there is insufficient evidence to infer an infraction under the criminal provisions of the Act. In most cases the file closed after the initial contact, however, further information may be required to determine whether or not there could be an issue under the Competition Act. For example many gasoline complainants infer an agreement amongst competitors due to identical prices posted by competitors. The complainant may be told that the Bureau requires evidence on agreement such as information about one competitor contacting another competitor to discuss pricing. These complaints are closed by the officer and reviewed by a more senior officer. Most of the complaints and tips received by the Bureau are from the public, through our central complaints centre. However in terms of cartels and bid rigging, the Branch also receives marker requests for immunity under the Bureau’s Immunity Program. These requests are made directly to the Senior Deputy Commissioner of Competition and frequently lead to

¹ VARIAN, Hal R. Microeconomia – princípios básicos. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

² Ibidem

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

investigations. Also there is a formal process under the Act called a “Six Resident Inquiry” which normally leads to a formal investigation. These two types of complaints /tips lead to more formal investigations than complaints from the public. Once it has been determined that there is likely an issue under the Act and an investigation is warranted, the Branch has a further triage system where the case leader must provide a triage analysis of the case including the following considerations: volume of commerce, duration of alleged offence, of breadth of geographic market, Bureau priority, specific deterrence obtained, judicial interpretation, international cooperation, addressing egregious behaviour, recidivism. This analysis is provided to senior management which makes the ultimate decision on whether to proceed with the case”.

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 anteriores³.

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 mercado⁴, cujo lucro depende em muito do volume comercializado⁵. 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

³ 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.

⁴ 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, v. 26, n. 2, p. 855-76, nov-2005.

⁵ 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.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

reajustes próximos), sem o que, aliás, a estratégia de interdependência entre os agentes revendedores, em vários dos casos, poderia não fazer sentido. Não é por outro motivo que o próprio Ministério Público do Estado da Bahia, em análise de caso análogo ao presente sub-judice, chegou a essa mesma conclusão, considerando os indícios insuficientes:

Considera-se cartel, a infração à ordem econômica consubstanciada no acordo entre concorrentes, para o fim de fixar condições de mercado, destacando-se aí preço, quantidade e qualidade, visando aumentar margens de lucro, eliminando, assim, a concorrência em um dado mercado de bens e/ou serviços. Assim, para caracterizar uma determinada conduta de cartel, é imprescindível demonstrar que houve acordo entre concorrentes, o que não restou provado neste inquérito civil. A mera semelhança de preços não pode ser encarada como um indício robusto de cartel, não sendo suficiente para motivar uma denúncia. Em algumas situações, a igualdade de preços é um resultado esperado, caso o mercado apresente determinadas características, como em mercados competitivos. Contudo, até em mercados oligopolizados isso também é possível, desde que as empresas atuantes fabriquem produtos homogêneos e utilizem o preço como variável estratégica. Dessa forma, entende-se que uma denúncia fundada tão somente na verificação de um reajuste simultâneo ou em datas próximas não deve motivar uma investigação de cartel, uma vez que isso reflete a dinâmica natural do mercado de revenda de combustíveis, não estando necessariamente relacionado à existência de cartelização no mercado em questão. Por conseguinte, diante da constatação de que a mera homogeneidade dos preços, margens supostamente elevadas e preços reajustados em datas próximas não são indícios suficientes para configurar indícios de cartel, resolve este parquet, promover o arquivamento dos presentes autos (...) (Inquérito Civil n. 04/2006. Prática de Cartel pelos Proprietários de Postos de Revenda de Gasolina de Juazeiro/Bahia. Ministério Público do Estado da Bahia. 5ª. Promotoria de Justiça de Juazeiro. 21 de outubro de 2009).

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 utilizado 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 outros⁶. O próprio percentual de bandeiras brancas pode, por exemplo, acirrar a concorrência, gerando maior

⁶ 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>.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

disparidade nos preços e mesmo preços menores do que aqueles que são praticados em municípios com perfil semelhante⁷.

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. Tantos são os fatores que podem justificar a diferença de preços entre municípios, tais como os acima mencionados e que em nada se relacionam com uma cartelização, que seria inadequado disponibilizar recursos públicos diante de uma ausência de materialidade de conduta.

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. Aliás, exemplo maior do problema de informação que subsiste nesse setor pode ser facilmente verificado pelos órgãos de instrução e também pelo CADE, já que raramente 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.

(...)

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 sub-punição por parte do SBDC, que efetivamente poderia estar provocando a geração e continuidade de arranjos colusivos no mercado de revenda de combustíveis;*

⁷ 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.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

(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 investigações. 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;*

(...)

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;*

(...)"

7. Nesse passo, entende-se que as informações trazidas ao conhecimento desta Secretaria de Direito Econômico não são suficientes para a abertura de investigação própria.

8. Informo, outrossim, que este DPDE está à disposição para prestar quaisquer esclarecimentos adicionais que se fizerem necessários e renovo os votos de elevada estima e consideração.

Atenciosamente,



ANA PAULA MARTINEZ
Diretora do DPDE