



Enap

Prevenção e detecção de Cartéis em Licitações

Módulo

1

Defesa da Concorrência



Fundação Escola Nacional de Administração Pública

Presidente

Diogo Godinho Ramos Costa

Diretor de Educação Continuada

Paulo Marques

Coordenadora-Geral de Educação a Distância

Natália Teles da Mota Teixeira

Conteudista/s

Mônica Tiemy Fujimoto

Renata Souza da Silva

Curso produzido em Brasília 2019.



Enap, 2019

Enap Escola Nacional de Administração Pública

Diretoria de Educação Continuada

SAIS - Área 2-A - 70610-900 — Brasília, DF



Sumário

1. Noções gerais de Defesa da concorrência.....	5
2. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).....	12
3. Definição de cartel.....	12
4. Por que cartel é prejudicial para a sociedade	18





Módulo

1 Defesa da Concorrência

1. Noções gerais de Defesa da concorrência



“O controle do poder econômico, além de ser um dos instrumentos mais efetivos da tutela dos consumidores, é, na verdade, um dos principais pilares de qualquer democracia. Assim, trata-se de discussão que diz respeito a todos os cidadãos e, exatamente por isso, precisa ser ampliada, compreendida e submetida ao amplo escrutínio social, já que os efeitos da política antitruste são sentidos diariamente na vida cotidiana de todos”.¹



Concorrência: definição e importância

Concorrência pode ser definida como o processo de rivalidade entre os agentes de mercado. É a livre ação de forças de mercado com o objetivo de garantir que os limitados recursos da sociedade sejam usados da forma mais eficiente possível, maximizando o bem-estar social.

Quanto mais próximo estiver determinado mercado do estado de concorrência perfeita, menor será a diferença entre os preços praticados pelo produtor e seus custos marginais². No limite, em um mercado perfeitamente competitivo, o preço é fixado no ponto em que se iguala ao custo marginal de produção: ou seja, os preços cobrados dos consumidores são apenas aqueles necessários à remuneração do capital empregado na produção – nada mais, nada menos.

Cinco são os pressupostos para a existência de um mercado perfeitamente competitivo:

- 1 - Inexistência de informação assimétrica entre consumidores e produtores;
- 2 - Inexistência de economias de escala de longo prazo;

1_ Frazão, Ana. Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrencia/2-seae_aplicacao_direito_concorrencia_licitacoes_publicas_carteis.pdf

2_ Em economia e finanças, **custo marginal** é a mudança no custo total de produção advinda da variação em uma unidade da quantidade produzida.



- 3 - Maximização de sua própria utilidade pelos consumidores e de seu próprio lucro pelos produtores;
- 4 - Atuação de produtores como tomadores de preço;
- 5 - Preços correspondentes ao custo marginal de produção.³

No mundo real, fora dos livros-texto de economia, é virtualmente impossível presenciar um mercado perfeitamente competitivo. Em vista disso, costuma-se fazer referência ao conceito de “concorrência viável”, estrutura de mercado na qual a concorrência, apesar de ser imperfeita, é suficiente para assegurar um nível satisfatório de eficiência.

É disseminada a noção de que concorrência mantém os preços próximos aos custos marginais de produção, isto é, garante preços mais baixos ao consumidor. Porém, tão ou mais importante do que os efeitos sobre preços é o impulso à inovação que a concorrência pode induzir. E a inovação, por sua vez, é considerada por muitos estudiosos, como um dos componentes essenciais para o desenvolvimento de qualquer economia.

O que é Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC?

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, conforme prevê o artigo 3º da Lei 12.529/2011, é composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade e pela Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência do Ministério da Economia⁴. É o conjunto de órgãos governamentais responsáveis pela promoção da Defesa da Concorrência.

O Cade tem as atribuições de analisar e aprovar ou não os atos de concentração econômica, de investigar condutas prejudiciais à livre concorrência e, se for o caso, aplicar punições aos infratores, e de disseminar a cultura da livre concorrência. A Seae, por sua vez, realiza a chamada “advocacia da concorrência” perante órgãos do governo e a sociedade.⁵

Como vem definindo a International Competition Network (ICN)⁶, a advocacia da concorrência é a atividade de cunho preventivo e não coercitivo que visa promover um ambiente econômico competitivo. Essa atividade é instrumentalizada por meio de interações com:

- **Órgãos públicos**

A interação é feita com órgãos públicos que possam estar impondo empecilhos à livre concorrência: todos os incisos do art. 19 da Lei 12.529/2011 referem-se, de forma

3_ Cf. VISCUSI, W. Kip. Economics of regulation and antitrust. 4. ed. Cambridge: The MIT Press, 2005, p. 79-80. Para descrição das diferentes estruturas de mercado, vide: OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e economia da concorrência. São Paulo: Renovar, 2004, p. 159-165.

4_ Antigamente, a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (Seae/MF).

5_ <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrenca> http://www.italcam.com.br/download/cartilha_pt.pdf

6_ Rede global de defesa da concorrência, criada em 2001 e integrada por representantes de agências antitruste, advogados e acadêmicos, com a finalidade de promover e divulgar entre seus membros as melhores práticas contra abusos de poder econômico.



exemplificativa, a ações de advocacy no setor público. A forma mais utilizada pela Seae têm sido os pareceres (i) sobre projetos de lei da Câmara dos Deputados, ou do Senado Federal, os quais são destinados à liderança do governo nas respectivas Casas e (ii) sobre consultas e audiências públicas das agências reguladoras, informando diretamente à agência reguladora os benefícios e prejuízos à concorrência que a regulação proposta traria. A Seae também tem realizado palestras, simpósios e cursos destinados aos servidores públicos. O Programa Nacional de Promoção da Concorrência (“PNPC”), no âmbito do qual este material foi confeccionado, teve como alvo, em um primeiro estágio, a instrução dos servidores públicos do Ministério Público e dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, quando aplicável.

- **Setor produtivo**

A interação com o setor produtivo tem como objetivo esclarecer as condutas que possam ser reputadas anticompetitivas: a advocacia da concorrência junto ao setor produtivo visa conscientizar os empresários que atuam em um dado setor e as associações a que pertençam (sindicatos, em geral) a não entrarem em acordos que restrinjam a concorrência entre si, ou que prejudiquem as condições concorrenciais em outro setor. Em geral, a dificuldade dessa advocacy está em convencer os empresários de que não há concorrência predatória, mas, sim, empresas ineficientes. A advocacia da concorrência no setor produtivo visa, ainda, incentivar a criação de programas de instrução dos funcionários acerca de regras concorrenciais que devem ser obedecidas (programas de compliance). Entram aqui as palestras, as cartilhas e os materiais didáticos produzidos no âmbito do PNPC.

- **Sociedade civil**

A interação com a sociedade civil, inclusive o meio acadêmico, tem o objetivo de esclarecer como identificar uma conduta anticompetitiva e como dela se proteger: os materiais didáticos disponibilizados pelo PNPC assumem um papel relevante na advocacia da concorrência realizada junto ao cidadão, em particular pelo meio acadêmico. A difusão do material didático nas universidades, nos institutos federais e nas redes sociais visa democratizar o conhecimento e permitir que o consumidor ofendido saiba identificar quando um dano é causado ao seu patrimônio, ou ao patrimônio público e como denunciar a infração.

SAIBA MAIS

Para saber mais sobre *advocacy*, leia o artigo "Advocacy: o lobby do bem", escrito por Márcio Zeppelini e disponibilizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica (Ipea) no endereço [http:// www.ipea.gov.br/acaosocial/article26c3.html?id.article=592](http://www.ipea.gov.br/acaosocial/article26c3.html?id.article=592)



O que é um agente econômico?

Agente econômico é qualquer pessoa física ou jurídica (empresa privada ou pública, com fins lucrativos ou não, indústria, comércio, profissional liberal etc.) que participe como sujeito da atividade econômica, atuando isolada ou coletivamente, podendo ser organizado formalmente ou não.

O que é livre concorrência?



O princípio da livre concorrência está previsto no artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal e baseia-se no pressuposto de que a concorrência não pode ser restringida por agentes econômicos com poder de mercado.

Em um mercado em que há concorrência entre os produtores de um bem ou serviço, os preços praticados tendem a manter-se nos menores níveis possíveis, e as empresas precisam buscar constantemente formas de se tornarem mais eficientes para que possam aumentar os seus lucros.

À medida que tais ganhos de eficiência são conquistados e difundidos entre os produtores, ocorre uma readequação dos preços que beneficia o consumidor. Assim, a livre concorrência garante, de um lado, os menores preços para os consumidores e, de outro, o estímulo à criatividade e à inovação das empresas.

O que é mercado relevante?

O mercado relevante é a unidade de análise para avaliação do poder de mercado. É o que define a fronteira da concorrência entre as firmas.

A definição de mercado relevante leva em consideração duas dimensões: a dimensão produto e a dimensão geográfica. A ideia por trás desse conceito é definir um espaço em que não seja possível a substituição do produto por outro, seja em razão do produto não ter substitutos, seja porque não é possível obtê-lo.

Assim, um mercado relevante é definido como sendo um produto ou grupo de produtos e uma área geográfica em que tal(is) produto(s) é (são) produzido(s) ou vendido(s), de forma que uma firma monopolista poderia impor um pequeno, mas significativo e não transitório, aumento de preços, sem que com isso os consumidores migrassem para o consumo de outro produto ou comprassem em outra região. Esse é o chamado teste do monopolista hipotético, e o mercado relevante é definido como sendo o menor mercado possível em que tal critério é satisfeito.



Qual a importância de se definir o mercado relevante em cada caso concreto?

A definição de mercado relevante é importante para casos de análise de atos de concentração (fusões e aquisições) e de condutas unilaterais (preço predatório, exclusividade etc.), uma vez que ele é o espaço onde o poder de mercado pode ser inferido. Só se pode falar em existência de poder de mercado se for definido previamente em qual espaço esse poder pode ser exercido. Assim, para se caracterizar a possibilidade de exercício de poder de mercado, primeiramente é necessário que se defina qual mercado relevante é afetado por um ato de concentração ou por uma conduta para, em seguida, inferirmos se neste mercado existe probabilidade de exercício abusivo desse poder.

Para análise de cartéis em mercados privados e cartéis em licitações, a definição de mercado relevante não é essencial à investigação da conduta, uma vez que presume-se seu impacto anticompetitivo.

Quando ocorre posição dominante?

A Lei de Defesa da Concorrência determina que ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa de tal forma que a empresa ou grupo de empresas seja capaz de, deliberada e unilateralmente, alterar as condições de mercado.

A parcela substancial de mercado relevante que trata a lei é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% do mercado relevante em questão. Porém, dependendo do caso concreto, a lei autoriza o Cade a alterar esse percentual para setores específicos da economia (artigo 36, §2º da Lei 12.529/11).

O que é poder de mercado?

Uma empresa ou grupo de empresas possui poder de mercado se for capaz de manter seus preços sistematicamente acima do nível competitivo de mercado, sem com isso perder todos os seus clientes. Em um ambiente em que nenhuma firma tem poder de mercado, não é possível que uma empresa fixe seu preço em um nível superior ao do mercado, pois, se assim o fizesse, os consumidores naturalmente procurariam outra empresa para lhe fornecer o produto que desejam ao preço competitivo de mercado.

Quando a empresa tem participação substancial de mercado ela necessariamente tem poder de mercado?

Não. Se uma empresa possui posição dominante em um mercado relevante, não necessariamente ela possui poder de mercado. Como o conceito de poder de mercado está baseado na capacidade de uma empresa aumentar preços sem perder seus clientes, somente a existência de posição dominante não é fator suficiente para que a empresa tenha tal capacidade de aumento unilateral de preços. Assim, a existência de posição dominante é condição necessária, mas não suficiente para a existência de poder de mercado.



O que é monopólio?



O monopólio é a situação em que há apenas um fornecedor de determinado bem ou serviço no mercado. Nesse caso, o monopolista pode diminuir sua produção para elevar os preços até atingir o ponto em que a quantidade produzida, multiplicada pelo preço praticado, gera à empresa o lucro máximo. Os preços artificialmente elevados excluem consumidores potenciais do bem ou produto, e, por não existirem outras empresas disputando o mercado, o monopolista não tem tantos incentivos para buscar inovações tecnológicas e formas mais eficientes de operar.

O que é monopólio natural?

Em alguns casos, o monopólio pode ser a forma mais eficiente de se produzir um bem ou serviço. Essa situação, conhecida como monopólio natural, é geralmente observada quando existem elevadas economias de escala ou de escopo em relação ao tamanho do mercado. Em tais condições, torna-se ineficiente ter duas ou mais empresas em operação e, a fim de afastar os abusos por parte do monopolista, faz-se necessária a regulação do mercado. Esse é um dos papéis desempenhados pelas agências reguladoras (Anatel, Aneel, ANP, etc.) em conjunto com o Cade.

Por que o monopólio pode ser prejudicial?

Monopólio significa a existência de apenas um ofertante de um determinado bem ou serviço. Empresas monopolistas podem determinar os preços de mercado por meio do controle da quantidade ofertada. Como não tem concorrentes, o monopolista pode restringir a produção e, assim, elevar os preços de mercado, até que obtenha o máximo de lucro possível. Comparado com um mercado competitivo, o monopólio produzirá quantidades menores e preços maiores do que os que prevaleceriam em uma situação competitiva, com perdas para o bem-estar da sociedade.

Sem rivalidade de concorrentes, o monopolista pode também incorrer em ineficiências produtivas. Além disso, monopólios têm pouco estímulo para perseguir inovações e elevar a qualidade de seus produtos. A existência de outros concorrentes gera a necessidade de investir e inovar como condição para não perder participação de mercado. Isso implica maior desenvolvimento tecnológico, com consequentes benefícios para a sociedade.

Entretanto, o monopólio pode constituir uma forma eficiente de organizar a produção quando existem elevadas economias de escala e escopo, em relação ao tamanho do mercado atendido pelo monopolista. Quando isso ocorre, seria ineficiente a presença de mais de um produtor no mercado (trata-se de uma situação denominada de monopólio natural). Nesse caso, como a presença de rivais será eliminada pela própria concorrência, o controle do poder de monopólio exige a regulação do mercado.



Em que a concorrência pode ajudar o pequeno e o microempresário?

A proteção à concorrência não apenas faz com que os preços e quantidades tendam a convergir para o maior benefício ao consumidor final, como propicia a igualdade de oportunidades nas disputas de mercado.

Portanto, a defesa da concorrência interessa não apenas aos consumidores, mas também aos empresários de qualquer porte, principalmente aos pequenos e microempresários. Os órgãos de defesa da concorrência têm o dever de evitar que as grandes empresas usem seu poder econômico para fins anticoncorrenciais, garantindo o direito de aproveitar as oportunidades de mercado.

Quando uma conduta é considerada infração à ordem econômica?

De acordo com o artigo 36 da Lei 12.529/11, uma conduta é considerada infração à ordem econômica quando sua adoção tem por objeto ou possa acarretar os seguintes efeitos, ainda que só potencialmente: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência; aumentar arbitrariamente os lucros do agente econômico; dominar mercado relevante de bens ou serviços; ou quando tal conduta significar que o agente econômico está exercendo seu poder de mercado de forma abusiva.

Quais são os tipos de infração à ordem econômica?

O artigo 36 da Lei 12.529/11 elenca algumas condutas que podem caracterizar infração à ordem econômica, na medida em que tenham por objeto ou possam produzir efeitos anticoncorrenciais (§3º). Esse dispositivo estabelece uma lista exemplificativa e não exaustiva de condutas que têm a possibilidade de causar danos à concorrência. Se tais condutas realmente terão esse efeito quando adotadas é uma questão a ser analisada caso a caso.

Entre as condutas exemplificativas do artigo 36, podemos citar:

- Cartel.
- Cartel internacional.
- Cartel em licitações.
- Influência de conduta uniforme.
- Preços predatórios.
- Fixação de preços de revenda.
- Restrições territoriais e de base de clientes.
- Acordos de exclusividade.



- Venda casada.
- Abuso de posição dominante.
- Recusa de contratar.
- *Sham Litigation*.
- Criar dificuldades ao concorrente.⁷

2. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)

No vídeo disponível no ambiente virtual de aprendizagem, você conhecerá um pouco da estrutura e dos objetivos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Você pode copiar e colar no seu navegador este link: https://cdn.escolavirtual.gov.br//cursos/154_EVG/ videos/modulo01video01.mp4.

3. Definição de cartel

Cartel é um acordo explícito ou implícito entre concorrentes para, principalmente, fixação de preços ou quotas de produção e divisão de clientes e de mercados de atuação. Cartéis são considerados a mais grave lesão à concorrência, porque prejudicam seriamente os consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta, tornando os bens e serviços mais caros ou indisponíveis.

Ao limitar artificialmente a concorrência, os cartéis também prejudicam a inovação, impedindo que novos produtos e processos produtivos surjam no mercado, resultando, inclusive, em perda de bem-estar do consumidor e, no longo prazo, de competitividade da economia como um todo.

Segundo estimativas da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10% e 20% comparado ao preço em um mercado competitivo, causando, atualmente, prejuízos de centenas de bilhões de reais aos consumidores.

Dessa forma os cartéis, por implicarem aumentos de preços e restrição de oferta e nenhum benefício econômico compensatório, causam graves prejuízos aos consumidores, tornando bens e serviços completamente inacessíveis a alguns e desnecessariamente caros para outros.

⁷ http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrenca/4-seae_introducao_direito_concorrenca.pdf/view



IMPORTANTE

A mera constatação de preços idênticos não é, isoladamente, indício suficiente que aponte a existência de um cartel. São necessários, além de dados econômicos, indícios factuais de que há ou houve algum tipo de acordo ou coordenação entre os empresários do setor para aumentar ou combinar o preço dos produtos ou serviços ofertados. Alguns exemplos de provas já utilizadas para se caracterizar e punir cartéis foram atas de reuniões, escutas telefônicas, mensagens trocadas entre concorrentes etc. No entanto, o Cade tem desenvolvido ferramentas, no âmbito do Projeto Cérebro, que permitem a detecção de indícios de cartéis a partir de bases de dados, públicas e privadas, de forma a tornar mais efetiva a persecução desse tipo de conduta.

(http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_licitacao.pdf/view)

Circunstâncias que facilitam a formação dos cartéis

Os cartéis podem envolver fornecedores de bens ou serviços e podem estar presentes em qualquer etapa de uma cadeia produtiva, como fabricação, distribuição etc. No entanto, há aspectos dos mercados que podem facilitar a formação e consolidação de cartéis

- **Estrutura do mercado**

Até mesmo de modo intuitivo, é simples perceber que, quanto menor for o número de fornecedores, mais fácil é chegar a um acordo entre as empresas. Diversos bens e serviços dos quais o Estado necessita são produzidos em mercados concentrados,



nas quais o conluio pode ocorrer mais facilmente. Todavia, há exemplos de cartéis mesmo em estruturas mais pulverizadas, principalmente quando uma associação de classe ou sindicato, por exemplo, pode favorecer a formação e manutenção do acordo.

- **Publicidade**

Licitações devem observar requisitos de publicidade, os quais podem facilitar a estruturação e o funcionamento de um cartel: a publicidade da identidade dos licitantes, do teor de suas propostas e do vencedor do certame, pode criar condições propícias para que licitantes definam estratégia comum, monitorem o cumprimento de tal estratégia e identifiquem antecipadamente a entrada de novo competidor que possa desestabilizar o cartel (de forma a aliciá-lo ou ameaçá-lo).

- **Barreiras à entrada**

Se for simples para que uma nova empresa entre no mercado, dificilmente um cartel terá condições de se manter, tendo em vista que qualquer aumento de preço atrairá novos competidores que poderão apresentar propostas mais baixas. Por outro lado, se esse tipo de pressão não existe (quer pelas características do mercado, quer pelos requisitos de habilitação geralmente exigidos nas licitações de um determinado produto ou serviço), o conluio se torna mais provável.

- **Interações frequentes entre concorrentes**

Quando os concorrentes possuem contatos constantes no mercado, como quando as mesmas empresas participam das mesmas licitações e fazem parte das mesmas reuniões de associações, fica mais simples para eles definirem uma estratégia comum, identificando e punindo eventuais desvios ao acordo de cartel, por exemplo, com ofertas agressivas pelos outros membros do cartel nas licitações originalmente alocadas ao traidor.

SAIBA MAIS

Cartel do Aço

No primeiro caso de condenação de empresas pelo Cade por formação de cartel, em 1999, a denúncia contra as empresas foi feita pela Seae em 1997. Tudo começou em fins de julho de 1996, quando dirigentes do Instituto Brasileiro de Siderurgia (IBS) e de indústrias produtoras de aço foram a Brasília comunicar à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (Seae) a intenção de reajustar o preço do aço no percentual uniforme de 8%, a partir de agosto daquele ano. Após a reunião, a Seae alertou as usinas siderúrgicas para o fato de que essa ação conjunta poderia ser enquadrada em



crime contra a ordem econômica. A Seae e a Secretaria de Direito Econômico (SDE) conseguiram provas de que realmente tinha havido o reajuste em percentual idêntico, como tabelas de preços apresentadas aos clientes. No julgamento do Processo Administrativo, que ficou conhecido como Cartel do Aço, o Cade condenou a Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais (Usiminas), a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) e a Companhia Siderúrgica Paulista (Cosipa). O plenário impôs multa equivalente a 1% do faturamento bruto de cada empresa. Em valores da época, a CSN foi multada em R\$ 22,1 milhões, a Usiminas em R\$ 16,1 milhões e a Cosipa em R\$ 13,1 milhões. Depois de tramitar no Judiciário, a condenação imposta pelo Cade foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região em 2010. As empresas apresentaram novos recursos e o caso ainda aguarda decisão final da Justiça. (<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>)

Tipos de cartéis

A diferenciação mais básica entre os cartéis é quanto à variável comercialmente sensível que é objeto da conduta. Segundo esse critério, os cartéis podem ser classificados em cartéis de preços/quantidade⁸ e cartéis de alocação de mercado ou grupos de clientes (também conhecidos como acordos de *market allocation* ou *market-sharing*, respectivamente). Nesse último caso, a intenção é replicar um ambiente de monopólio, em que cada agente econômico reserva uma área (por exemplo, bairro, cidade, Estado da Federação ou mesmo um país, no caso de um cartel internacional) ou um perfil de clientes para sua atuação. Os cartéis em licitação, por sua relevância, serão objeto de um subcapítulo mais adiante.

Outra categoria de classificação de cartéis refere-se a cartéis difusos (soft) e clássicos (hardcore). Cartéis clássicos foram definidos pela OCDE em recomendação a seus membros emitida em 1998 como sendo “*um acordo anticompetitivo, uma prática anticompetitiva concertada ou um arranjo anticompetitivo entre concorrentes para fixar preços, fraudar licitações (propostas colusivas), estabelecer restrições na oferta ou quotas, ou dividir mercados por meio de alocação de clientes, fornecedores, área geográfica ou linhas de comércio*”.⁹

Na literatura sobre cartéis, alguns teóricos defendem que deve haver um elemento de institucionalidade, de permanência ao menos pretendida, para para diferenciar cartéis clássicos de difusos. Essa foi a posição adotada pelo Cade por ocasião do julgamento do caso das britas, em que cartéis clássicos foram definidos como:

8_ Sobre cartéis de preços, vide: FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 330.

9_ OECD. Recommendation of the council concerning effective action against hard core cartels, cit. Do original: “an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce”.



Acordos secretos entre competidores, com alguma forma de institucionalidade, com o objetivo de fixar preços e condições de venda, dividir consumidores, definir nível de produção ou impedir a entrada de novas empresas no mercado. [...] Este tipo de cartel opera através de um mecanismo de coordenação institucionalizado, podendo ser reuniões periódicas, manuais de operação, princípios de comportamento, etc. Isto é, sua ação não decorre de uma situação eventual de coordenação, mas da construção de mecanismos permanentes para alcançar seus objetivos.¹⁰



Por sua vez, os cartéis difusos foram assim definidos pelo Cade por ocasião do julgamento do mesmo processo:



Ato de coordenação da ação entre empresas com objetivo similar ao do cartel clássico, mas de caráter eventual e não institucionalizado. Esse é o caso quando um grupo de empresas decide reunir-se para coordenar um aumento de preço, muitas vezes em função de um evento externo que as afetou simultaneamente. Isto é, tal ação pode ser considerada eventual e não decorreu de uma organização permanente para coordenar as ações das empresas envolvidas.¹¹



Há ao menos outras quatro formas de classificar os cartéis:

- **Explícitos ou tácitos**

No caso de acordo explícito, os membros do cartel procedem a um acordo – oral ou escrito – sobre algum aspecto relevante do mercado. Outras vezes, o acordo se dá de forma tácita, por meio de mecanismos sutis e indiretos de comunicação

10_ Trecho do voto do Conselheiro-Relator Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado no PA 08012.002127/2002-14, d.j. 13.07.2005. Entendimento em linha com o adotado pela Superintendência do CADE no PA 08012.010215/2007-96, de 06.09.2012, p. 21: “[...] denominados cartéis ‘clássicos’, nos quais os acordos são perenes e têm características que demonstram sua institucionalização, diferentemente dos cartéis ‘difusos’, os quais careceriam de tais elementos” (grifos do original).

11_ Trecho do voto do Conselheiro-Relator Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado no PA 08012.002127/2002-14, d.j. 13.07.2005.



– via imprensa, por exemplo. A colusão tácita – referida como “conduta paralela intencional” por SALOMÃO FILHO – ocorre mais facilmente na presença de duopólios ou oligopólios. Alguns autores sustentam um tratamento mais leniente para o caso de colusão tácita.

- **Internacionais ou nacionais**

Quanto à definição de cartéis nacionais versus internacionais, filiamo-nos à proposta da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos e consideramos que cartéis poderão ser definidos¹² como internacionais se ao menos um dos seguintes requisitos for preenchido:

- 1 - se envolver partes de ao menos duas jurisdições;
- 2 - se a conduta causar efeitos em ao menos duas jurisdições;
- 3 - se a conduta tiver sido praticada em uma jurisdição, mas causar efeito em outra. Na ausência de ao menos um desses requisitos, o cartel será classificado como nacional.

Quanto aos cartéis nacionais, eles são mais facilmente formados naqueles países em que há concentração de poder econômico e em que a economia era, até recentemente, regulada com mecanismos governamentais de determinação de preços, volume ou outras variáveis comerciais. Um exemplo é o Brasil, em que a existência do Conselho Interministerial de Preços (CIP) e da Superintendência Nacional de Abastecimento (Sunab) criava contexto para trocas de informações comercialmente sensíveis entre concorrentes, tendo sido necessárias décadas para superar a cultura então formada.

- **De compra ou de venda**

Os cartéis de compra, por sua vez, envolvem arranjos colusivos entre adquirentes de insumos¹³, enquanto cartéis de venda atuam na ponta contrária, afetando diretamente seus clientes. Cartéis de venda são mais comuns e historicamente receberam mais atenção das autoridades antitruste. Não obstante, cartéis de compra igualmente geram importantes ineficiências sociais, ainda que, no curto prazo, se possa sustentar que poderia haver redução do preço final do produto ou serviço para o consumidor final naqueles casos em que houvesse repasse da

12_ A Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, em 1997, determinou que, para efeitos de estatísticas, uma questão internacional, seja ela uma investigação de condutas ilícitas ou um ato de concentração, será assim considerada se envolver potenciais impactos competitivos no mercado interno dos EUA ou nas suas relações de comércio exterior, e se forem preenchidos pelo menos um dos seguintes requisitos: (i) pelo menos uma das partes envolvidas não ser nacional dos EUA, (ii) pelo menos uma das partes envolvidas não estar situada nos EUA, (iii) a conduta considerada ilegal pela lei americana ter sido praticada fora de seu território, (iv) para análise do caso ou investigação ser necessária a cooperação com autoridades antitruste estrangeiras. Vide: U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, ANTITRUST DIVISION. International Competition Policy Advisory Committee Final Report, 2000. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/icpac>. Acesso em: 20 dez. 2012.

13_ Sobre o tema, vide: GOLDBERG, Daniel Krepel. Poder de compra e política antitruste. Singular: São Paulo, 2006, p.178-179



depressão nos preços dos membros do cartel aos consumidores finais.¹⁴ Tal qual acontece com cartéis de venda, cartéis de compra são punidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.¹⁵

- **De importação ou de exportação**

Os cartéis de exportação envolvem ajuste ou troca de informações comercialmente sensíveis entre concorrentes com relação a produtos ou serviços vendidos no exterior, atuando como cartel de venda. Os cartéis de importação, por sua vez, envolvem agentes econômicos que importam produtos ou serviços, atuando como cartel de compra. Muitos países não reprimem e até mesmo incentivam cartéis de exportação, sob a alegação de que os efeitos danosos da conduta não seriam suportados por sua jurisdição.¹⁶

O Cartel da Limonada

Para ilustrar os conceitos referentes à definição de cartel, leia a história O Cartel da Limonada, da Turma da Mônica, que está disponível no ambiente virtual de aprendizagem. Você pode copiar e colar no seu navegador este link: https://cdn.evg.gov.br/cursos/154_EVG/htmls/modulo01html01/samples/gibi/.

4. Por que cartel é prejudicial para a sociedade

Os cartéis estão associados a três tipos de ineficiências econômicas: alocativa, produtiva e dinâmica.¹⁷ A ineficiência alocativa está relacionada à alocação ineficiente dos recursos sociais, essencialmente por conta do aumento de preços e da restrição da oferta. O gráfico a seguir demonstra que, na presença do cartel, parte do que seria excedente do consumidor é transferido indevidamente para o produtor, e parte não é apropriada nem pelo consumidor nem pelo produtor, havendo destruição de riqueza social (o chamado “peso morto”).¹⁸

14_ O primeiro cartel de compra punido por seus efeitos anticompetitivos envolveu um acordo entre refinarias para deprimir o preço das beterrabas açucareiras utilizadas como insumo de produção. *Mandeville Island Farms, Inc. v. American Crystal Sugar Co*, 334 U.S. 219 (1948).

15_ O Cade puniu a conduta pela primeira vez por ocasião do PA 08012.002493/2005-16, Conselheiro-Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, d.j. 28.11.2007, que tratava da alegada formação de cartel de compra de gado bovino com menos de 16 arroubas entre quatro empresas do setor.

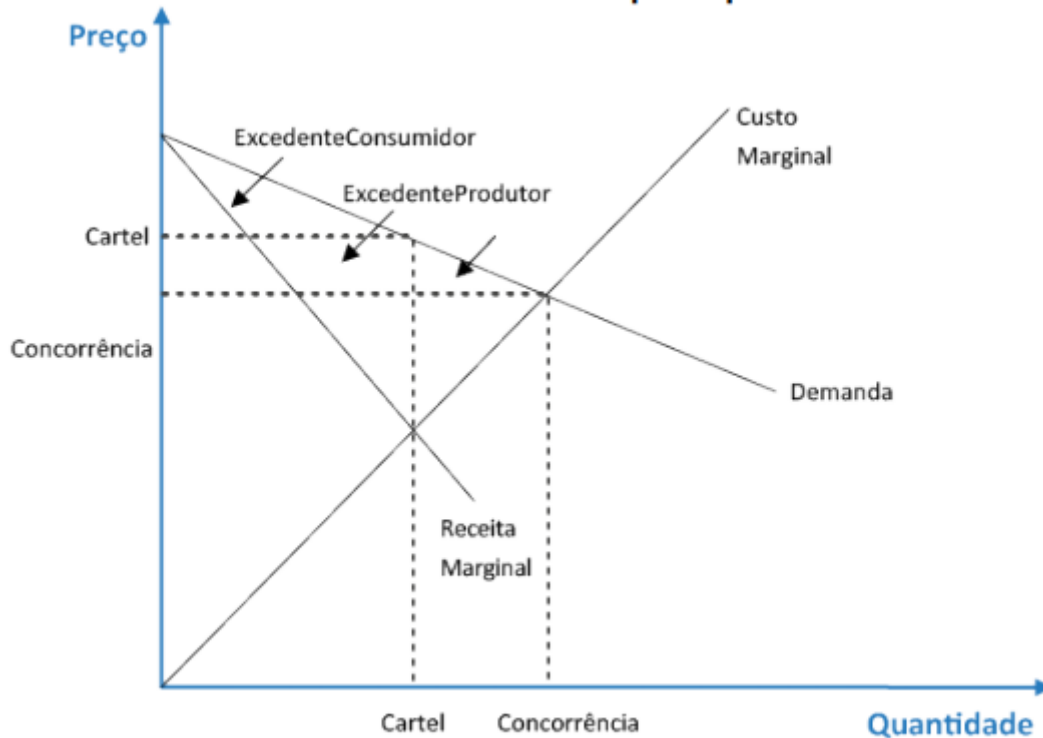
16_ Sobre o tema, vide: Martinez, Ana Paula. Isenção antitruste para cartel de exportação: Qual o caminho? *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 17, n. 17, p. 38-67, 2010.

17_ GÜNSTER, Andrea et al. Do cartels undermine economic efficiency? *American Economic Association Working Paper*, 2011

18_ Sobre peso morto, vide glossário da OCDE (Glossary of Statistical Terms). Disponível em: <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3187> e <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2014.



Gráfico 1: Perda de bem-estar imposta pelos cartéis



É por isso que sanções pecuniárias que recuperam os valores transferidos indevidamente do consumidor para o produtor não fazem a sociedade voltar ao estado em que estava na ausência do cartel, uma vez que parte do que teria sido apropriado pelo consumidor foi destruído pela conduta. A ineficiência produtiva relaciona-se ao fato de os agentes econômicos operarem com custos mais altos do que teriam na ausência do arranjo colusivo. Por sua vez, a ineficiência dinâmica está relacionada à perda de bem-estar social motivada pela redução dos incentivos à inovação – o cartel reduz os incentivos para que os agentes de mercado aprimorem seus processos produtivos e lancem novos e melhores produtos e serviços no mercado. Além disso, a existência de cartéis aumenta as barreiras para se entrar em um mercado, tornando esses efeitos especialmente perversos.

Qual é o tamanho do prejuízo causado pelos cartéis?

Os cartéis prejudicam os consumidores e apresentam efeitos nocivos sobre a eficiência econômica. Um cartel bem-sucedido eleva o preço acima do nível competitivo e reduz a produção. Os consumidores escolhem não pagar o preço de alguns ou de todos os produtos cartelizados que eles desejam, abrindo mão do produto; ou eles pagam o preço do cartel e, conseqüentemente, transferem involuntariamente riqueza aos operadores do cartel.

Além disso, um cartel protege seus membros da exposição plena às forças de mercado, reduzindo as pressões dele para inovar e controlar custos. Todos esses efeitos afetam adversamente a eficiência em uma economia de mercado.



Entretanto, não é fácil quantificar esses efeitos. A quantificação necessitaria de uma comparação da situação vigente no mercado, sob o cartel, com aquela que existiria em um mercado competitivo hipotético. As agências de competição usualmente não fazem tal cálculo, por ser complexo ou porque as suas leis usualmente não o exigem.

Quando uma estimativa do prejuízo é necessária, contudo, a maioria das agências emprega uma aproximação, que é o ganho ilícito recebido pelos membros do cartel originados de sua atividade. Na sua forma mais fácil, essa estimativa é o produto do sobrepreço do cartel acima do preço competitivo e o comércio afetado (em unidades) pelo acordo do cartel. Mesmo esse cálculo pode ser difícil, na medida em que ele requer uma avaliação tanto do volume do “comércio afetado” como daquele preço “competitivo” que teria sido praticado na ausência do cartel.

A Comissão de Competição da OCDE efetuou uma sondagem sobre os casos de cartéis conduzidos pelos seus Membros entre 1996 e 2000, em uma tentativa de aprender mais sobre os prejuízos dos cartéis. Os países respondentes descreveram um total de 119 casos, mas em muitos deles não foi possível estabelecer os prejuízos. Ainda assim, o volume do comércio afetado pelos 16 maiores casos relatados na sondagem da OCDE excedeu a quantia de US\$ 55 bilhões em todo o mundo. Dessa forma, fica claro que a magnitude dos prejuízos dos cartéis é de muitos bilhões de dólares anualmente.

As pessoas físicas envolvidas nos cartéis sabem que a sua conduta é ilícita?

As pessoas físicas podem ir a limites extremos para manter em segredo seus acordos, evidenciando que eles têm plena consciência de que sua conduta é ilegal e prejudicial. Em alguns casos, eles ostensivamente menosprezam o processo competitivo. Os resultados da sondagem da OCDE fornecem exemplos das medidas tomadas pelos conspiradores dos cartéis para esconder suas ações.

Em um caso, os conspiradores, deparados com uma solicitação de documentos de uma agência de competição, encheram dois automóveis com arquivos de ofertas, levando-os para o campo, onde demorou um dia inteiro para queimá-los em “quatro fogueiras enormes”. Em outro caso, os conspiradores controlaram cuidadosamente a criação e retenção de documentos incriminadores, por exemplo, pela condução de auditorias internas para verificar que tais documentos não existiam mais. Os conspiradores criaram planilhas para acompanhar a divisão dos negócios. Essas planilhas foram armazenadas em disquetes que ficavam escondidos na casa da avó de um dos empregados.

O que é necessário para uma sanção ter efeito dissuasivo?

O principal propósito das sanções, nos casos de cartéis, é desencorajar novos arranjos. Uma dissuasão efetiva deveria retirar a perspectiva de ganho da atividade do cartel. Mas nem todos os cartéis são descobertos e punidos. Assim, se alguém está pensando em entrar em um cartel, essa pessoa levaria em conta não apenas a quantidade do ganho esperado, mas também a possibilidade do descobrimento do cartel acompanhada de punições. Muitos especialistas argumentam, portanto, que, nos casos em que ocorrem condenações efetivas, o total das penalidades das organizações participantes deveria exceder o ganho que elas realizariam com o



cartel. Se, por exemplo, as chances de que algum cartel seja descoberto e punido são de um em três, então uma multa que forneceria uma dissuasão adequada teria que ser três vezes o ganho a ser percebido pelo cartel.

Alguns acreditam que apenas 15% dos cartéis é detectado e condenado, o que significa uma multa com múltiplo de pelo menos seis. Entretanto, um múltiplo de três é mais comumente citado. Para a imposição de tais multas, se requer o cálculo do ganho percebido pelo cartel. A determinação desse ganho, como observado acima, pode ser muito difícil. Alguns especialistas recomendam o emprego de uma aproximação quando o ganho não pode ser calculado, tal como uma porcentagem do faturamento dos participantes. Entretanto, sendo ou não possível calcular precisamente uma multa perfeitamente dissuasória contra as empresas, na prática poderia ser difícil a sua implementação. Em alguns casos, a multa calculada com precisão seria tão alta que levaria a organização à falência, sendo forçada a sair do mercado. Algumas agências reguladoras de competição gostariam de evitar tal resultado. Assim sendo, poderá existir espaço para sanções contra as pessoas físicas, colocando cada uma delas a risco pela sua conduta. Tais sanções podem fornecer uma melhoria abrangente no poder de dissuasão.

Como fortes penalidades podem facilitar a detecção de cartéis?

Fortes penalidades aos cartéis podem também fornecer um incentivo para os participantes do cartel fugirem do acordo secreto e fornecerem informações aos investigadores. A ameaça de pesadas penas contra as empresas e indivíduos pela conduta de formação de cartel cria um incentivo para elas saírem do cartel, oferecendo cooperação para os investigadores em troca de anistia ou redução da punição. Para levar vantagem com esses incentivos, atualmente muitos países possuem programas formais de anistia, sob os quais a empresa que se apresenta em primeiro lugar para oferecer cooperação em uma investigação de cartel é isentada da punição ou recebe uma sanção mais suave.¹⁹

19_ . <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264174993-sum-pt.pdf?expires=1534698564&id=id&acname=guest&checksum=81614493B85406EEC115D6DF7385D984>