**CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA:** APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA NO COMBATE AOS CARTÉIS DOS POSTOS DE COMBUSTÍVEIS[[1]](#footnote-1)

Eric Abreu Caldas

Letícia Monteiro Cardoso Costa

**RESUMO**

O presente paper aborda a formação de cartel como crime contra a ordem econômica no que tange especificamente à revenda de combustíveis no mercado de gasolina brasileiro. O assunto toma por base o princípio da livre concorrência previsto no artigo 170 da Constituição Federal. Explana-se ainda a legislação pertinente à fiscalização e aplicação de penas, posições doutrinárias sobre o tema, bem como notícias e fatos que evidenciam notadamente como a prática do cartel de postos gasolinas é frequente em nosso país. Destaca-se a aplicação principiológica que resguarda os direitos do consumidor e o eficaz funcionamento do mercado financeiro e como os efeitos do ilícito de formação de cartel atingem a sociedade como um todo.

1. **INTRODUÇÃO**

Os crimes contra ordem econômica, sendo eles oligopólio,monopólio, dumping e cartel ocasionam uma lesão direta ao patrimônio público. Tal lesão, não obstantes seus efeitos e repristinações em âmbito econômico, são ilícitos que causam atrasos no desenvolvimento do nosso país, punível em âmbito penal. Frequentemente são noticiados o desmembramento de cartéis em diversas partes do país pelos órgãos competentes. Essa conduta ilícita e de difícil identificação representa uma afronta a diversos princípios garantidos pela Carta Magna de 1988 principalmente no que tange ao princípio da livre concorrência.

O presente artigo abordará sobre a formação de cartel diante da frequência com que esse crime vem ocorrendo e a projeção dos seus efeitos sobre a sociedade principalmente no que diz respeito aos cartéis dos postos de combustíveis e como essa conduta deverá ser analisada à luz do princípio da livre concorrência. Pois o mercado de gasolina brasileiro é o que mais gera investigações relativa a formação de cartel do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) (BRUNI, 2005, p. 10).

A prática do crime de cartel fere a ordem econômica acarretando prejuízos não só ao mercado financeiro como também aos próprios consumidores. Primeiramente, será explanado o conceito de cartel sob a perspectiva de diversas vertentes doutrinárias, a abordagem sobre os orgãos responsáveis pela identificação e aplicação de penas para os agentes econômicos que praticam o ilícito, bem como a análise da legislação que garante a proteção da liberdade concorrencial e os fatos que permitem diagnosticar a existência de um cartel. Será feito uma breve referencia à teoria dos jogos e como essa pode ser utilizada para explicar a formação de cartéis.

Por conseguinte, destaca-se o instituto do acordo de leniência que funciona como uma delação premiada nos crimes contra a ordem econômica. O caso concreto será analisado, trazendo para isso diversas situações no território brasileiro sobre formação de cartel na revenda de combustível e o procedimento utilizado para que as sanções fossem instituídas.

Por fim, será abordado o delito de formação de cartel dos postos de combustíveis com base no princípio da livre concorrência que ao decorrer do trabalho será bastante enfatizado. Apresentar-se-á a legislação que regulamenta o monopólio do petróleo no Brasil, suas funções e competências. A importância do princípio da livre concorrência para o desenvolvimento econômico e a amplitude em que a formação de cartéis de postos de combustíveis pode atingir esse princípio e quais são os prejuízos decorrentes.

1. **CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA: DA FORMAÇÃO DE CARTEL**

O conceito de ordem econômica nas palavras de Regis Prado (2004, p.30) apresenta natureza ambígua, como objeto da tutela jurídica e é expresso frequentemente de forma ampla e estrita. Nessa, a ordem econômica seria regulação jurídica da intervenção do Estado na economia e na primeira corresponde a regulação jurídica da produção, consumo e distribuição de bens e serviços.

O artigo 170 da Constituição Federal explana sobre a intervenção do Estado na atividade econômica, consagrando o princípio da Livre Concorrência considerado um dos alicerces do mercado financeiro. Todavia,conforme a Lei 8.884 que foi alterada pela Lei nº 12.529/2011, o Estado só pode coibir o abuso de poder econômico mediante o devido processo legal. Assim, a legislação infraconstitucional visa evitar a ocorrência de acordos que não proporcionem benefícios ao mercado, impedir o abuso de poder das empresas monopolistas, evitar a concentração de mercados garantindo a concorrência de fato dos setores de oligopólios (MAEDA, 2013). Quanto ao que venha a ser delito econômico Frontini (1992, p. 42-43) aborda que se trata de uma entidade que se externa sob variados matizes, atingindo bens jurídicos inerentes à intervenção do Estado na economia, quer esta intervenção se projete no campo mercantil, administrativo, tributário, trabalhista ou qualquer outro. Destaca também duas características: que o delito econômico colima obter enorme e fabuloso proveito material à custa do maior número possível de pessoas e que é executado geralmente mediante organização empresarial regularmente constituída.

Conforme FORGIONI (2010, p. 353) os acordos restritivos da concorrência são divididos entre verticais e horizontais a partir dos mercados relevantes em que atuam os partícipes. Os acordos horizontais são aqueles que neutralizam a competição entre os agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante, ou seja, são firmados entre agentes econômicos que atuam em um mesmo mercado relevante (geográfico e material) e estão em relação direta de concorrência. Os acordos verticais têm como fundamento o fato de que a, ainda que lícita, prejudica os concorrentes, pois permite que o empresário obtenha lucros menores, obriga o cuidado com a qualidade do produto gerando a necessidade de investimentos para que o agente econômico possa continuar no mercado competindo (FORGIONI, 2010, p. 354).

A concorrência entre os agentes econômicos, apesar de beneficiar o mercado, diminui os lucros dos empresários, pois exige constantes investimentos para garantir a qualidade dos produtos. Nesse contexto, a colusão horizontal, caracterizada pelo acordo efetivo entre concorrentes diretos, que atuamno mesmo mercado relevante visando a eliminação ou lesão da concorrência por meio da adoção de uma política comercialpactuada, apresenta-se como uma alternativa atrativa aos maus empresários que visam ao lucro a qualquer custo sem atentar-se às conseqüências jurídico-penais de seus atos. ( FERRARI e GAMEIRO, 2010, p. 03)

Dessa forma, os empresários buscarão meios de dominar o mercado com o objetivo de neutralizar a concorrência e consequentemente prejudicando o consumidor e o próprio mercado financeiro. Esses meios de impedir a concorrência podem ser realizados de diversas formas, como a formação de monopólios, oligopólios e acordos celebrados entre as empresas. Essa última forma é conhecida como cartel.

O significado de “cartéis” pode ser apresentado como um grupo de empresas que ajustam preços e outras variáveis do mercado, em detrimento do consumidor, como bem assegura Frederico Abrahão e Oliveira (1996, p. 39):

Cartel é o acordo temporário entre diversas empresas exploradoras de um mesmo ramo com o objetivo de exercer monopólio de mercado, conservando cada uma delas parte da sua independência e o total da sua personalidade jurídica. É um conchavo empresarial em busca de monopólio. No cartel, as empresas acertam como e a que preço colocarão os seus produtos no mercado e como negociarão com seus fornecedores de matéria-prima, mão de obra, etc. Formado o grupo e estabelecidas as estratégias a serem adotadas, operam por tempo determinado, raramente estabelecendo termo final para o ajuste. Na busca das mesmas vantagens do monopólio, objetivando aniquilar com os seus concorrentes, assim trazendo pela fixação de preços, pela divisão de mercado (...). O cartel é uma organização informal, posto não haver uma estruturação material; logo, é clandestino, restando materializada a formação de quadrilha, entre os seus componentes.

O conceito de cartel aplicado por De Plácido e Silva (2009, p. 264) adere o termo como vocábulo designado à organização de ordem comercial, que tem por escopo restringir ou fazer frente à concorrência, da maneira mais proveitosa e durável para todos quantos dela participem. O artigo 4º da Lei 8.137/1990 dispõe o seguinte sobre a configuração de crimes contra a ordem econômica:

Art. 4° Constitui crime contra a ordem econômica:

I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;

b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores

Nota-se que a legislação trouxe a formação de cartel como conduta anticoncorrencial e criminalizada, estipulando-se uma pena privativa de liberdade equivalente a 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão. A Lei 12.529/2011 estabeleceu o Sistema Nacional de defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, essas são identificadas ao longo do artigo 36. Apesar de não mencionar uma definição explícita sobre cartel apresenta todos os elementos e indícios que caracterizam o mesmo.

A Teoria dos Jogos[[2]](#footnote-2) proporcionou um importante destaque a análise econômica dos cartéis. Pois de acordo com essa teoria o comportamento das pessoas ou empresas é analisado em hipóteses em que exista necessidade de agir de forma estratégica, levando em consideração a reação dos “adversários” a cada uma das jogadas escolhidas por um participante. Um dos resultados mais relevantes dessa teoria diz respeito a possibilidade de que dois jogadores possuem melhor resultado quando cooperam entre si, ainda que tal fato seja ilícito. Assim se permite a análise da estratégia dos competidores em oligopólios. Esse, são mercados operados por um número relativamente pequeno de empresas, em que as decisões de todas elas apresentam elevada interdependência. Quando atuam de forma conjunta, as empresas em um cartel conseguem formar preços como se fossem um único monopolista, dividindo os lucros do monopólio. É importante notar que um oligopólio não é, necessariamente, prejudicial ao consumidor. Quando agem de maneira independente, competindo umas com as outras, as empresas participantes de um cartel operam em ambiente de alta concorrência, o que gera benefícios como preços baixos e melhoria da qualidade. O fator prejudicial está na combinação do jogo entre os oligopolistas. É por essa razão que a legislação de defesa da concorrência procura evitar a formação de coalizões e punir os seus efeitos. A ação conjunta constitui ato ilícito segundo leis de concorrência de quase todo o mundo (OLIVEIRA E TUROLLA, 2008).

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) formam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Essas entidades são responsáveis pela política de defesa da concorrência no país e podem ser auxiliadas pelo Ministério Público, Advocacia Geral da União e Agências Reguladoras. O combate a cartéis representa um dos principais objetivos do SBDC. É uma conduta que além de reduzir a competitividade ocasionando maiores preços, menor inovação e qualidade, como já foi mencionado, é também difícil de ser detectada (BONSON, p. 09).

Um dos aspectos que apontam a existência do cartel em um mercado são os aumentos simultâneos, a confluência de preços em determinada data ou ajuste de preços (quando uma percentual significativo dos concorrentes oferecem a mesma mercadoria com preços iguais ou próximos). A atuação dos cartéis ocasiona prejuízos também ao consumidor que pode encontrar produtos com preços mais caros do que o normal. Essa é uma das consequências da modificação ilícita entre oferta e procura. Cabe destacar que o simples fato de tornar os preços alinhados não configura o crime de cartel, pois para que isso ocorra é necessário a existência de acordo entre as empresas ou grupos com objetivo de estabelecer os preços; controle do sistema de distribuição ou de fornecedores; o controle do mercado (AMARAL 2010, p. 80).

Conforme Oliveira e Turolla (2008, p.42) entre os meios existentes para se comprovar a existência de um cartel estão os instrumentos de investigação como a busca e apreensão de documentos e a análise econômica e econométrica das condições do mercado subjacente. Tal análise deve identificar o número de agentes econômico, a homogeneidade do produto, a baixa elasticidade da procura em relação ao preço, empecilhos para entrada para novos investidores, mercado em retração, o paralelismo consciente (concorrentes apresentam condutas idênticas) e a estrutura do mercado dos consumidores ou adquirentes do produto (MALARD, 1997). Para Luis Flávio Gomes e Raúl Cervine (p.92) não é tarefa fácil identificar o que seria organização criminosa pois a essência da sua realidade fenomenológica é de difícil diagnóstico, assevera que crime organizado somente pode se encontrar em “sucessivas etapas de penetração na análise, passando pelo estudo estratégico da ameaça que representa em seu respectivo setor as organizações delitivas e suas atividades da agressividade, sua rede e vulnerabilidade” (GOMES e CERVINE, p. 93), os cartéis agem em etapas sucessivas o que dificulta a sua identificação.

Com o escopo de obter indícios que comprovem de fato a existência de um cartel, a Lei Antitruste apresenta o Acordo de Leniência, que é uma espécie de delação premiada, apesar de ser adotado no âmbito administrativo possui efeitos penais. Trata-se de um benefício que pode ser concedido pelo CADE, por intermédio da Superintendência-Geral, ao agente que colaborar com as investigações. Deverá então ser firmado ente o SDE e o agente econômico objeto das investigações contra a ordem econômica. O artigo 86 da Lei 12.529/2011 dispõe:

Art. 86.  O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1o  O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e

IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

O acordo tem a finalidade de possibilitar às autoridades a identificação dos demais co-autores da infração ou a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. Logo, se da colaboração não resultar nenhum desses objetivos, não haverá extinção da ação punitiva estatal nem redução de pena. Assim, a colaboração deverá ser efetiva, pois do contrário não haverá benefício. Os efeitos imediatos do Acordo de Leniência na esfera penal consistem na suspensão do prazo prescricional da infração em análise e a impossibilidade do oferecimento da denúncia. Pois a punilibilidade dos crimes referidos é extinta com o cumprimento do acordo (AMARAL, p. 88). Nucci (2008, p.423) destaca que deverá ser analisado a quem pertence a incumbência de apurar o crime, pois tal fato dependerá do caso concreto. Quando a violação da livre concorrência ocorrer em mais de um estado da federação haverá interesse da União, sendo portanto competência da Justiça Federal.

No entendimento de Paula Forgioni (2010, p. 358) as principais razões para existência dos cartéis são: as vantagens oriundas da neutralização da concorrência; o argumento de que os cartéis buscam eliminar a concorrência ruinosa, predatória, destrutiva que prejudicaria não somente às empresas como também a coletividade; a união dos agentes econômicos em uma economia não consolidada seria a melhor forma de competição em nível internacional; em épocas de crise o volume de vendas poderia diminuir fazendo com que alguns agentes econômicos saíssem do mercado. Após a recessão o restabelecimento dessas empresas implicaria em custos adicionais que poderiam inviabilizar o retorno, esse fato seria evitado com a neutralização da concorrência; a neutralização da força de oferta e da procura sobre a formação dos preços proporcionaria uma estabilidade implicando no aumento do grau de segurança e previsibilidade, beneficiando a coletividade; o aumento da força dos agentes econômicos pode limitar o poder econômico de outros.

Malard (1997, p.?) defende que os integrantes do cartel mantêm sua autonomia jurídica e financeira determinando estratégias operacionais comuns que vão disciplinar a interdependência de sua relações. Afirma que podem ter prazo determinado ou não, a depender das características e circunstâncias dos mercados onde atuam, bem como do objetivo específico que buscam. O cartel é uma organização informal e clandestina e sua função é exclusivamente econômica. Eu mecanismo de poder é a exploração da classe consumidora e seu modo de racionalidade é a maximização de lucros.

**2. DOS CARTEIS DOS POSTOS DE COMBUSTÍVEIS**

O setor de combustíveis é naturalmente propenso a formação de cartel, já que se trata de várias empresas oferecendo produto homogêneo com semelhanças de inúmeros fatores que vão desde a importação até a venda.

Assim, a revenda de combustíveis e derivados de petróleo acabou tornando-se o mercado com o maior número de denúncias de prática de cartel. O número chega ao equivalente a um terço do total de denúncias oferecidas ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE é a autoridade máxima no SBDC. O órgão já condenou empresas pela prática de cartel na revenda de combustíveis em diversas cidades do país, como Recife-PE, Brasília-DF, Lages-SC, Belo Horizonte-MG, Florianópolis-SC, Goiânia-GO, Teresina-PI, São Luís-MA, Manaus-AM, Bauru-SP, Londrina-PR e Caxias do Sul-RS.

**O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) condenou nesta quarta-feira diversos cartéis de postos de gasolina espalhados pelo País e aplicou multas que, somadas, chegam a R$ 120 milhões**. O órgão antitruste fez uma espécie de "mutirão" para julgar casos de conduta anticompetitiva no setor de distribuição de combustíveis nas cidades de Manaus (AM), Bauru (SP), Londrina (PR), Teresina (PI) e Caxias do Sul (RS). A maior penalidade foi aplicada para os membros do cartel identificado em Caxias do Sul, cujas multas somaram R$ 65 milhões, para 10 postos e 12 empresários. Em Londrina, o valor total chegou a R$ 36 milhões, condenando nove postos, 10 empresários e a associação local. A soma das multas em Teresina chegou a R$ 11 milhões, seguida por Manaus (R$ 6,6 milhões) e Bauru (R$ 6,2 milhões). "Essa foram as maiores multas já aplicadas pelo Cade ao setor de combustíveis", afirmou o presidente do órgão de defesa da concorrência, Vinícius Carvalho. "Os donos de postos estão vendo que é grande a chance de o tribunal identificar o crime e puni-lo com rigor", completou, lembrando que ainda existem processos em andamento contra supostos cartéis no setor. A legislação brasileira estipula punições de até 20% do faturamento das empresas nesses casos, e as penas aplicadas nesta quarta-feira giraram em torno de 15% ou 17%, quando um líder do cartel foi identificado. "As multas são aplicadas com base no dano causado aos consumidores e seu impacto na economia", explicou Carvalho. "O setor de combustíveis é bastante importante para a população e para o setor produtivo, com impacto significativo na inflação", acrescentou o presidente.

Não obstante as condenações, é possível constatar que um número bem pequeno de casos com acusação de prática cartel no setor de combustíveis efetivamente resulta em condenações. Maior parte dos casos acaba tendo seu processo arquivado, causando inclusive prejuízo ao poder público, haja vista o grande dispêndio de recursos públicos durante o processo de investigação e julgamento.

Outra constatação é de que a fundamentação basilar para as representações da prática de cartel nesse mercado é a semelhança entre os preços dos postos revendedores. Daí surge o entendimento de que, a despeito de configurar indício da prática anticompetitiva, o mero paralelismo de preços entre postos de gasolina, por si só, não é suficiente para  a tipificação da prática de cartel, punível nos termos da lei antitruste.

Ainda, em muitas investigações realizadas, a autoridade antitruste depara-se com a apresentação de análises econômicas do mercado, centradas nos reajustes paralelos de preços, bem como na comparação de preços de municípios próximos. Esses indícios, isoladamente ou cumulativamente, não consubstanciam a materialidade mínima para justificar a instauração de 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). (GUSMÃO, 2012).

A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP atua examinando o comportamento dos preços médios de revenda e distribuição quando instada a se manifestar, nos casos concretos de prática de cartel. A análise se dá da margem nominal bruta média de revenda e dos coeficientes de variação dos preços de revenda e de distribuição dos combustíveis para um determinado período

O SBDC, para averiguação e constatação de casos de cartel, analisa três elementos: (1) a evolução da margem de revenda do município no tempo; (2) a relação entre a evolução dessa margem e a variabilidade dos preços; e (3) a evolução das variáveis municipais frente a variáveis médias estaduais.

A evolução da margem de revenda do município no tempo consiste na observação da elevação da margem ao longo de um determinado tempo. Quando da formação de cartel, o mínimo esperado é que essa margem não sofra redução. O conluio permitirá tão somente a estabilidade ou elevação da margem de revenda. Se a margem sofre redução, há indícios de inexistência da prática de cartel.

A relação entre a evolução dessa margem e a variabilidade dos preços é bem explicada Rossana Gusmão.

O segundo elemento considerado é a correlação linear entre a margem de revenda e o coeficiente de variação dos preços de revenda. Haverá um elemento apontando para a existência de cartel, quando essa correlação for negativa, pois uma situação de cartel bem sucedido reflete um aumento de margem e uma grande adesão ao preço combinado (e, consequentemente, um coeficiente de variação de preços menor). *A contrario sensu*, não há indício de cartel se a correlação for positiva, uma vez que isso refletiria um comportamento competitivo por parte do mercado (i.e., um aumento de margem que é seguido de um aumento na dispersão de preços). (GUSMÃO, 2012).

Por fim, o terceiro elemento observado pelo SBDC é a evolução das variáveis municipais frente a variáveis médias estaduais. Trata-se do cálculo para averiguar se a margem do município sobe concomitantemente à margem do estado. Caso não ocorra, há indícios de existência de cartel.

Vale destacar novamente que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, embora sendo o principal órgão responsável pelo controle de prática de cartel, não atua sozinho. Outros órgãos públicos atuam no intuito de colaborar para a publicidade e informação da população de tal prática, bem como para coibir tal conduta. Exemplo é o Ministério Público Federal, que inclusive elaborou uma cartilha a respeito do crime de cartel.[[3]](#footnote-3)

**3. PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA E SUA APLICABILIDADE NO CASO DOS CARTÉIS DOS POSTOS DE COMBUSTÍVEIS**

A Lei 9.478/1997 dispõe sobre a política energética nacional bem como as atividades relativas ao monopólio do petróleo e criou a Agência Nacional do Petróleo, que já foi mencionada no capítulo anterior. Essa trata-se de uma Autarquia federal vinculada ao Ministério de Minas e Energia que regula as atividades que integram a indústria do petróleo e gás natural e dos biocombustíveis no Brasil, conforme informação no sítio eletrônico da mesma. Dentre as competências da ANP vale destacar a função de regular o funcionamento das indústrias e do comércio de óleo, gás e biocombustíveis, autorizar as atividades das indústrias reguladas e fiscalizar as atividades das mesmas. Notadamente, suas funções estão relacionadas a garantir os interesses coletivos e defender a livre concorrência, visto que a Agência Nacional do Petróleo possui competência para elaborar resoluções com o intuito de normatizar o setor e evitar a prática de ilícitos, como bem defende Dallefi (2013, p. 77):

Brasil adota o regime da liberdade na estipulação de preços em toda cadeia produtiva, porém, esse modelo dá margem a arbitrariedades que podem causar ilícitos, como o crime de cartel, com único fim de lucros exacerbados.Na luta para findar com os ilícitos frequentes na revenda de combustíveis, a ANP pode auxiliar os órgãos competentes no combate dos cartéis, fazendo levantamento de preços e repassando ao consumidor e aos órgãos públicos, tudo em busca da descoberta de possíveis infrações contra a ordem econômica que atentam principalmente o princípio da livre concorrência.

O artigo 10 da Lei 9.478/1997 estabelece que quando a ANP tomar conhecimento de fato que possa configurar indício de infração da ordem econômica deverá comunicar ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade e à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, imediatamente, para que estes adotem as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente. A legislação também garante à ANP a competência de aplicar sanções administrativas, observando os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, em caso de infração às normas pertinentes ao exercício de atividades relativas à indústria do petróleo,ao abastecimento nacional de combustíveis, ao Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e ao Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, sem prejuízo das de natureza civil e penal cabíveis: multa; apreensão de bens e produtos;perdimento de produtos apreendidos; cancelamento do registro do produto junto à ANP; suspensão de fornecimento de produtos; suspensão temporária, total ou parcial, de funcionamento de estabelecimento ou instalação; cancelamento de registro de estabelecimento ou instalação; e revogação de autorização para o exercício de atividade. Dessa forma ANP atua em conjunto com o CADE para coibir condutas que prejudiquem a ordem financeira e garantir a aplicação dos princípios constitucionais como da livre concorrência.

Os fatores que contribuem para formação de carteis na revenda de combustíveis são:

Homogeneidade do produto com relativa diferenciação locacional e de marca: cada tipo de combustível em si é um produto sem grandes distinções, uma vez que têm sua composição determinada pelo Governo. No entanto, a localização do posto pode significar uma distinção em custos de acesso para diferentes usuários e a bandeira da distribuidora, um diferencial de qualidade associado à imagem produzida pelos investimentos de marketing. Presença de barreiras à entrada de novos ofertantes, representadas pelo requerimento de autorização para funcionamento da ANP e de licenças municipais condicionadas ao atendimento das restrições da legislação de ordenamento urbano. Inexistência de bens substitutos próximos. Existência de demanda atomizada a pulverização do consumo afasta qualquer tipo de poder de compra por parte dos consumidores. Atuação ativa por parte de sindicatos, que congregam participação expressiva dos participantes do mercado (BRASIL, Ministério da Justiça, 2009, p. 19).

O acordo de preços, ou seja a tabelação de preços, na revenda de combustível são atos de má-fé dos agentes econômicos na tentativa de obterem lucros exorbitantes de forma arbitrária. Como já foi abordado anteriormente não é raro a existência de cartéis, visto que frequentemente são noticiados desmembramento dos mesmo, ou alguns suspeitos que são alvos de investigações realizadas pelas autoridades e órgãos competentes. A formação de cartéis desestruturam o mercado econômico, prejudicam o consumidor e ferem diversos princípios constitucionais, como a livre concorrência e boa-fé (DALLEFI,2013, p.78)

O princípio da Livre Concorrência, como já foi mencionado anteriormente, encontra-se no artigo 170 da Constituição Federal e abrange a liberdade econômica da empresa como também a livre contratação de bens e serviços. Há no entanto uma intervenção do Estado com o escopo de impedir a concorrência desleal, formação de monopólios e práticas de ilícitos penais como apresenta o artigo 173 § 4º que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Conforme José Afonso da Silva (1988, p.876) a livre concorrência é uma manifestação da liberdade de iniciativa e, para garanti-la, a Constituição estabelece que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que tenha por objetivo a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Afirma ainda que a Constituição reconhece a existência do poder econômico e que esse pode ser usado de maneira antissocial, cabendo então intervenção do Estado para coibir tal ato.

Assim, tal princípio encontra-se vinculado à outros que são os alicerces da ordem econômica nacional. Trata-se de um desdobramento da livre iniciativa, como bem afirma José Claudio Cabral Marques (2012, p.96) . No entendimento de Eros Grau (1998, p.230) a Constituição de 1988 efetivou a livre concorrência como princípio. Pois no que se refere ao disposto no artigo 170, inciso IV, compõe-se como princípio da ordem econômica. Defende ainda que a afirmação, principiológica, da livre concorrência no texto constitucional é instigante. A livre concorrência inibe privilégios oriundos do uso abusivo do poder econômico. Prestigia a liberdade de ingresso, liberdade de exercício e de gestão. A garantia da livre iniciativa é fundamental para que exista a livre concorrência para que se promova uma competição justa no mercado.

Como dispõe Sciorilli (2004, p. 48) a constitucionalização expressa da livre competição vem seguida da proteção à liberdade dos concorrentes no mercado, que é constantemente ofendida por dois gêneros de ação: um formado por práticas colusórias advindas de acordos entre empresas ou associações de empresas e condutas que busquem impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência e outro, pelas práticas restritivas consistentes no abuso de posição dominante no mercado brasileiro ou em parte dele, por uma empresa ou por um grupo de empresas. Dessa forma, as três liberdades que caracterizam um mercado concorrencial são a livre ação dos agentes econômicos, o livre acesso ao mercado e a livre escolha dos consumidores e utilizadores (MARQUES, 2012, p.97). Liberdades que devem prevalecer no mercado sendo obedecidas pelos agentes econômicos, principalmente na revenda de combustíveis.

**CONCLUSÃO**

A livre concorrência é um princípio constitucional previsto no artigo 170 inciso IV da Carta Magna. Visa garantir a liberdade econômica, o bom funcionamento do mercado e os direitos do consumidor. Permite assim a intervenção estatal para coibir condutas que acarretem na concorrência desleal e na prática de crimes contra a ordem econômica, inclusive a formação de cartel.

Esse crime ocorre com frequência no Brasil, principalmente no que diz respeito à revenda de combustíveis. Já foram desmembrados cartéis em diversas cidades brasileiras como Recife, São Paulo, Florianópolis, Lages, Teresina, Rio de Janeiro dentre outras. As empresas realizam acordos e alianças com o intuito de alinhar os preços prejudicando o mercado e os consumidores. Os práticas que caracterizam crime contra a ordem econômica estão previstas no artigo 4º da Lei 8.137/1990 sendo aplicada a pena privativa de liberdade de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. É uma conduta de difícil identificação e sua fiscalização envolve órgãos de defesa da concorrência, como o CADE.

Diante das consequências prejudiciais acarretadas pela formação de cartel, principalmente de postos de combustíveis, vê-se que tal conduta desestabiliza a harmonia do mercado financeiro. A Agência Nacional do Petróleo atua em conjunto com o CADE e a Secretaria do Direito Econômico do Ministério da Justiça para fiscalizar e punir os pessoas físicas e jurídcas que adotam tal prática ilícita. Cabe afirma que trata-se de verdadeiras associações criminosas formadas por empresários. É necessário que continuem sendo aplicadas medidas que coibam essa conduta para que se proporcione um bom desenvolvimento do mercado financeiro garantindo a livre iniciativa e a livre concorrência.

**REFERÊNCIAS**

AMARAL, Thiago Bottino. **Direito Penal Econômico**. 3 ed. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2010. Disponível em:<<http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/0/0a/Direito_Penal_Econ%C3%B4mico.pdf>> acesso em 03 de nov de 2014.

BOSON, Daniel Silva. **Sanções por Formação de Cartel no Brasil.** Universidade Católica de Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.bdtd.ucb.br/tede/tde\_arquivos/9/TDE-2013-02-18T085303Z-1511/Publico/Daniel%20Silva%20Boson.pdf> acesso em 01 de nov de 2014.

BRASIL. **Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis**. Disponível em: <[http://www.anp.gov.br/>](http://www.anp.gov.br/%3e%20)  acesso em 05 de nov 2014.

BRASIL. **Cartilha Combate a Cartéis na revenda de combustíveis.**Ministério da Justiça: Brasília,2009. Disponível em: <<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilhas/CarteisRevendaCombustiveis.pdf>> acesso em 04 de nov de 2014.

BRUNI,Pedro Paulo Ballarin**. Comportamento dos Preços e a Formação de Cartéis na Etapa de Revenda do Mercado de Gasolina Brasileiro.** Disponível em: <http://www.anp.gov.br/CapitalHumano/Arquivos/PRH21/Pedro-Paulo-Ballarin-Bruni\_PRH21\_UFRJ\_G.pdf> acesos em 04 de nov 2014.

CARVALHO, José Augusto Moreira de. **Introdução à teoria dos jogos no Direito**. In: Revista de direito constitucional e internacional, São Paulo, v. 15, n. 132, 2007.

DALLEFI, Nayara Maria Silvério da Costa**. DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA NO COMBATE AOS CARTÉIS DOS POSTOS DE COMBUSTÍVEIS**. IN:Encontro de Ensino Pesquisa e Extensão, Presidente Prudente, 2013. Disponível em: <http://www.unoeste.br/site/enepe/2013/suplementos/area/Humanarum/Direito/DA%20APLICABILIDADE%20DO%20PRINC%C3%8DPIO%20DA%20LIVRE%20CONCORR%C3%8ANCIA%20NO%20COMBATE%20AOS%20CART%C3%89IS%20DOS%20POSTOS%20DE%20COMBUST%C3%8DVEIS.pdf>. acesso em: 10 de out de 2014.

FERRARI, Eduardo Reale; GAMEIRO, João Augusto Prado da Silveira. **O Cartel de Empresas e seus Aspectos Criminais**. Disponível em: <<http://www.realeadvogados.com.br/opinioes/edu_joao.pdf>> acesso em 02 de nov 2014.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste.** 2ª Ed. São Paulo: RT, 2005.

FRONTINI, Paulo Salvador. **Crime Econômica por Meio da Empresa**. Relevância da Omissão Causal. Revista de Direito Mercantil, 1992.

GOMES, Luis Flávio e CERVINI, Raúl. **Crime Organizado**. 2ª Edição. Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 4ª Edição, revista e atualizada. Editora Malheiros, Impresso no Brasil, 1998.

GUSMÃO, Rossana Malta de Souza. **Da prática de cartel na revenda de combustíveis**: novos paradigmas na análise antitruste. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 102, jul 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=12022&revista\_caderno=8>. Acesso em: 01 de novembro de 2014.

PRADO, Luis Regis. **Direito Penal Econômico**. Editora Revista dos Tribunais, 2004

RODRIGUES, Eduardo. **Cade aplica multas de R$ 120 mi a cartéis de postos**. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/economia/noticias/cade-aplica-multas-de-r-120-mi-a-carteis-de-postos-2>. Acesso em: 01 de novembro de 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.15ª Edição. São Paulo. Editora Malheiros, 1998.

MAEDA, Renata de Souza. **Direito da concorrência**: Uma análise das teorias Econômicas, da ordem econômica brasileira e da conduta abusiva horizontal do cartel. Rio Grande, XVI, n. 114, jul 2013. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12966&revista_caderno=8>>. Acesso em 05 de nov 2014.

MALARD, Neide Teresinha. **Concentração de empresas**: livre concorrência e limites à liberdade de iniciativa. Brasília: UnB/Faculdade de Direito, 1997.

MALARD. Neide Teresinha. **O Cartel**. Brasília: UnB/Faculdade de Direito, 1997c.

OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de Oliveira; TUROLLA, Frederico Araujo. **Combate aos Cartéis**. GVExecutivo, vol. 7, n.1, 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/viewFile/34079/32888>> acesso em 02 de nov de 2014.

Sciorilli, Marcelo**. A Ordem Econômica e o Ministério Público**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico, organizadores: Nagib Slaib Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Vade Mecum. 18 ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

1. Paper apresentado à disciplina de Direito Penal Especial III, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB [↑](#footnote-ref-1)
2. Teoria matemática criada para se modelar fenômenos que podem ser observados quando dois ou mais agentes de decisão interagem entre si. Verifica-se que pode ser aplicada juntamente com o equilíbrio de Nash ao ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito principalmente ao instituto da delação premiada, visto que pressupõe jogadores, estratégias e resultados, onde cada um destes escolherá a alternativa que lhe for mais adequada, buscando o melhor para si tendo em conta as restrições existentes, além de prever o movimento dos demais jogadores para fins de maximizar a obtenção dos resultados desejados (CARVALHO, 2009, p. 219-221). [↑](#footnote-ref-2)
3. Cartilha do MPF disponível em: <http://3ccr.pgr.mpf.mp.br/grupos-de-trabalho/energia/documentacao-setorial/adulteracao-e-cartel-de-combustivel/Cartel%20de%20Combustiveis.pdf> [↑](#footnote-ref-3)