

# Suplemento Eletrônico

REVISTA DO

IBRAC

Desde 1992

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,  
Consumo e Comércio Internacional

Ano 1 número 4  
Junho 2010

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA,  
CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL – IBRAC**

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121

CEP 05013-001 – São Paulo – SP – Brasil

Tel.: (011) 3872 2609 / 3673 6748

Fax.: (011) 3872 2609 / 3673 6748

**REVISTA DO IBRAC**

Presidente: Marcelo Procópio Calliari

Diretora de Publicações: Leonor Cordovil

Editor assistente: José Carlos Busto

**Conselho Editorial:** Barbara Rosenberg, Bernardo Macedo, Joao Paulo Garcia Leal, Lucia A.L.de Magalhães Dias, Mauro Grinberg, Paolo Mazucatto, Pedro Dutra, Rabih Nasser, Ricardo Inglez de Souza, Vicente Bagnoli, Viviane Araujo Lima.

O Suplemento Eletrônico da Revista do IBRAC aceita colaborações relativas ao desenvolvimento das relações de concorrência, de consumo e de comércio internacional. A Redação ordenará a publicação dos textos recebidos.

Periodicidade: mensal. Fechamento dia 20 de cada mês.

Ano 1 número 4  
Junho de 2010

**SUMÁRIO**

<b>REFLEXÕES SOBRE O SEGREDO, TRANSPARÊNCIA E REGULAÇÃO</b>	
Márcio Schusterschitz da Silva Araújo .....	4
<b>A RECRIAÇÃO DA TELEBRAS</b>	
Pedro Dutra.....	9
<b>O PODER PÚBLICO E A LEI CONCORRENCIAL</b>	
Mauro Grinberg e Carlos Barros .....	14
<b>MÉTODOS PARA ANÁLISE DA EFETIVIDADE DA RIVALIDADE UTILIZANDO AS PARTICIPAÇÕES DE MERCADO</b>	
Jorge Fagundes, Marcos Lima, Marislei Nishijima, Maria Margarete da Rocha .....	15
<b>CONCORRÊNCIA EM FOCO: A INTENSIFICAÇÃO DA INTERAÇÃO ENTRE A AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA E O SISTEMA BRASILEIRA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA</b>	
Daniela Santos e Juliana Oliveira Domingues.....	19
<b>ACORDO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA ENTRE AS AUTORIDADES DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E DE PROPRIEDADE INTELECTUAL DO BRASIL</b>	
Bruno Dario Werneck e Gustavo Flausino Coelho .....	23
<b>RELATÓRIO DO 2º ENCONTRO DE ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE A CARTÉIS.....</b>	<b>25</b>

## REFLEXÕES SOBRE O SEGREDO, TRANSPARÊNCIA E REGULAÇÃO

Márcio Schusterschitz da Silva Araújo\*

Um dos pontos que mais impressiona no segredo no âmbito da administração pública não é o fato de ele limitar o conhecimento da sua atuação: o segredo altera a própria substância da conduta do administrador público. Há, assim, evidente, uma diferença entre o exercício do poder em segredo e em público: em segredo, faz-se o que não se faria em público.

A transparência e a publicidade são essenciais à democracia e à república. Como disse, duzentos anos atrás, James Madison (arquiteto da constituição dos Estados Unidos), o governo popular, sem informação ao público, ou este sem meios para obtê-la, outra coisa não é senão prólogo para a farsa, a tragédia ou, talvez, para ambas (“A popular Government, without popular information, or the means of acquiring it, is but prologue to a farce or a tragedy; or perhaps both”).

O segredo empobrece o debate público; bloqueia o controle sobre a administração pública; manipula impressões; piora a tomada de decisão, afastando o benefício da crítica, do contraditório; subverte as motivações; constringe a eficiência econômica; cria discriminações (o “outsider” e o “insider”, quem sabe e quem não sabe, “quem está por dentro e quem está por fora”); privatiza o que é público, em (indevido) favor a quem tem o dever de dar publicidade e não dá; subverte a cidadania e coloca o cidadão como intruso; gera e nutre a corrupção, ativa e passiva; aliena o cidadão; elege grupos de interesse e estratégias desses grupos e os obriga a atuar na sombra; cria o problema do “tarde demais” (o conhecimento quando já se é tarde para reverter o dano); e exhibe tendência a se disseminar: o segredo cria mais segredo.

Por sua vez, a publicidade, a transparência, além de ser o oposto das situações acima descritas, tem o efeito de conter, de manter a ação administrativa nos limites da Lei; é elemento de justiça e ética; ilustra, ilumina, melhora a tomada de decisão do administrador; traz a atenção, que permite a ação isenta e eficaz; contribui para formar a preferência do consumidor.

Fundamenta, de outro modo, a divergência de valor, na esfera pública, entre segredo e conhecimento, o papel que o conhecimento e a informação desempenham para o homem e para a sociedade. Pode-se dizer, nesse contexto, da natureza reativa da democracia e do mercado. Em outros termos, o cidadão e o agente econômico devem poder reagir a fatos e contextos – e para isso devem estar informados.

---

\* Procurador da República

Fundamenta o dever da publicidade o direito inerente à condição do cidadão de ser um centro de tomada de decisões e ente capaz de formar entendimento em relação a seus governantes, que elege, e em relação à administração pública, que a ele deve servir.

A publicidade revela ainda a natureza inquisitiva da democracia. O cidadão na democracia deve estar em condições de formular perguntas ao administrador público, e a tanto necessita conhecer o que este, sem seu nome, faz, ou deixa de fazer e o motivo da sua ação, ou inação.

Vê-se, pois, a razão de a Constituição fundamentar, em diversos momentos, a base normativa à publicidade. Podemos mencionar as normas constitucionais que garantem a forma republicana, a democracia, princípio da publicidade, da impessoalidade e demais princípios regentes da Administração Pública, o direito à informação, o direito de obter certidões, a liberdade de expressão, bem como a liberdade de imprensa.

Em uma lição que podemos retirar da autora Ann Florini, “a essência da democracia representativa é o consentimento informado, que requer a abertura de informações sobre as práticas e políticas do governo. Na democracia, por definição, a informação sobre o governo pertence ao público e não ao governo” (“the essence of representative democracy is informed consent, which requires that information about government practices and policies be disclosed. And in democracies, by definition, information about government belongs to the people, not the government”, *The Right to Know*, p. 3).

Em modulação com o princípio democrático, devemos lembrar que o princípio da publicidade não se limita à parte da estrutura pública onde estão os cargos eletivos. Pelo contrário, diz respeito à toda esfera pública.

Nesse quadro, por que estariam as agências reguladoras, pessoas jurídicas de direito público, fora da regra da publicidade? Não há razão para não estarem. E elas não estão.

São elas entes públicos por definição, de intervenção na ordem econômica. Estão submetidas ao controle externo e social, usam dinheiro público, regulam, fiscalizam serviços públicos ou de interesse público e atuam sobre o mercado interno.

Além disso, foram criadas a partir de lógica promotora de processos decisórios abertos e participativos.

Seria, em verdade, estranho reconhecer que uma pessoa pública, sensível a uma problemática especial, fosse permitida viver em isolamento, e, assim, incorrer em práticas nocivas. Tais como falhas na eleição do interesse público; não consideração de todos os interesses em competição; a opção técnica que ignora o regime jurídico; captura, isolamento, conflito de interesses; regulação meramente simbólica; criação de distorções concorrenciais; desaparecimento, insuficiência técnica e desconhecimento técnico.

Podemos a essa altura ressaltar dois pontos. Pelo primeiro, diremos que concentração de competências nas agências reguladoras pressupõe a participação e acompanhamento dos interessados, inclusive por meio do processo aberto a terceiro legitimamente interessado e pela transparência de seus atos e decisões. Ademais, a autonomia das agências, e isso é o óbvio, convive com os princípios da administração pública, o regime republicano e a ordem democrática.

Considerando a regulação não apenas a partir da natureza pública do sujeito e de seu objeto, podemos enxergar a necessidade de transparência como decorrência, também, dos princípios da ordem econômica. Nessa parte, veremos a informação como um dos pressupostos da ordem econômica. Temos, nesse ponto, a relação entre informação e interações econômicas e o reconhecimento do agente econômico como um agente informado. Funda-se a informação, na economia, como instrumento de ligação entre os institutos de eficiência e utilidade.

A ilustrar, podemos indicar algumas das falhas que exigem a informação para serem evitadas: a seleção adversa, a assimetria informacional e os custos de transação, dentre outras.

Por outro lado, o segredo distorce as motivações na esfera econômica. O segredo cria oportunidades erradas. Ao acobertar transações ilegítimas, o segredo induz o agente econômico à busca não da qualidade e da eficiência na promoção de seus produtos ou serviços, mas buscada eficiência na captura do ente público e do aproveitamento de assimetrias de informação.

A transparência na ação regulatória permite a legitimidade da atuação econômica, a internalização das externalidades e a manutenção da qualidade como o pressuposto próprio a ser garantido pela regulação.

Pode-se destacar o limite preciso do sigilo comercial como fundamento do sigilo na regulação. O sigilo comercial não cobre tudo que se refere a uma empresa. Seria mesmo contrário ao sentido da função social da propriedade e ao reconhecimento do poder econômico legítimo dar ao sigilo essa extensão. Como primeiro limite ao sigilo comercial, destaca-se que não se presta ele a abusos do poder econômico de mercado, cobertura de ações ilegítimas, resultados lesivos ou desequilíbrio contratual.

De fato, o sigilo comercial tem duas balizas. Primeiro, limita-se às legítimas estratégias comerciais, as quais, reveladas, dariam ao competidor uma vantagem indevida, isto é, que ele não obteria por outra forma. O sigilo protege sobretudo o investimento (sigilo como forma de se evitar o caroneiro ou o aproveitador - “free rider”). Não há, nessa linha, por exemplo, sigilo para infrações cometidas, vícios nos serviços ou produtos, efeitos da ação econômica sobre o meio ambiente, dentre outros. E, muito menos, sigilo sobre fatos da prestação de serviço público ou de serviços que afetem o interesse público, sejam dados de empresas prestadoras de tais serviços, ou dados recolhidos por agência reguladora. Ao passo em que pode haver sigilo sobre os estudos de viabilidade de determinado mercado ou sobre o desenvolvimento de novos produtos.

Em reforço à transparência no mercado, podemos reconhecer que esse movimento é solidificado dentro do próprio desenvolvimento do direito privado. Não poderia ser de outra maneira quando presentes os institutos da lealdade e da boa fé, a busca do equilíbrio entre as partes e a associação entre informação e autonomia da vontade, e liberdade.

Ademais da publicidade como determinação da condição pública do regulador, podemos ver a transparência como elemento da ordem econômica. Nesse quadro, apresenta-se a regulação como ação de se informar, de receber e produzir informações. Dessa ação, coordena-se a informação detida pela agência com o direito à informação e o interesse público na informação como garantia da transparência do mercado, prevenção de abusos e controle do exercício do poder privado. No caso específico da regulação de serviço público, a informação permite a sua regulação e fiscalização.

Trazemos, dessa forma, mais algumas conclusões. Não só a regulação é centro de informação ao mercado e à sociedade civil.

Podemos, em defesa da transparência, alinhar ainda um outro fundamento. O direito à informação do consumidor. Essencialmente, o direito do consumidor à informação e o dever de transparência da administração pública importam na liberação das informações por ela consideradas na resposta que está obrigada a dar às necessidades do consumidor.

Descobre-se com a constitucionalização da proteção do consumidor e com o CDC que não só a informação pode influir na vontade do consumidor (o comportamento do consumidor depende da informação do consumidor), como funda ela o consentimento do consumidor, seu direito de realizar “opções informadas”, sua liberdade e autonomia em escolher e, precisamente, sua condição de agente no mercado de bens e serviço.

Efetivamente, o consumidor em sua tomada de decisão. não se utiliza apenas dos dados que ele próprio recolhe. Portanto, sem transparência, a regulação também não consegue atingir seu papel de proteção do consumidor.

Na república, na ordem econômica, a relação entre direitos e responsabilidades é intermediada pela informação. Assim, para nosso fim, no uso da expressão de Lord Acton, podemos com ele dizer que “tudo o que é secreto, degenera-se” (everything that is secret degenerates). No Brasil, por sua vez, o que é secreto, na administração pública, é, como regra, inconstitucional.

Cumpra assim reconhecer que o segredo existe, legitimamente, apenas em limites estritos, e definidos em Lei. Limites que consideram, por exemplo, a capacidade de se justificar em público o segredo e a necessidade do sigilo como proteção. O segredo nunca é um fim em si, logo ele não pode fundamentar o segredo do comportamento do agente público.

O segredo existe apenas nos limites necessários à proteção de uma ação estatal especialmente relevante ao interesse público, ou a um direito fundamental.

Não se enquadram aí, nos limites do sigilo, um pretense direito do governo à honra [à sacralidade, à perfeição, etc], o propósito de constranger ou impedir a deliberação pública ou o embaraço ou constrangimento do administrador, bem como, por si só, o fato de se tratar de matéria controversa.

## A RECRIAÇÃO DA TELEBRAS

**Pedro Dutra**

I - A Constituição Federal de 1988 atendeu à experiência verificada entre a sua edição e o estatuto de 1967 (e a sua emenda de 1969), que revogou. Esse estatuto estruturou o governo militar, que em abril de 1964 pôs fim ao regime constitucional de 1946. O regime então implantado proclamou achar a sua legitimidade em si mesmo, isto é, na força vitoriosa com a qual empolgou o poder. O redator dessa fórmula, o impenitente autoritário (e talentoso jurista) Francisco Campos, fora o redator da Carta de 1937, com a qual Getúlio Vargas implantou naquele ano a ditadura do Estado Novo. Os regimes autoritários, o liderado por Vargas e o militar, guardaram estreita semelhança no plano constitucional, reproduzindo este último o desprezo presente naquele pela democracia parlamentar e a celebração da onipresente e opressiva presença do Estado na vida do país. Nesse contexto comum aos dois regimes, a liberdade individual não podia opor-se ao interesse do Estado, pois este – do qual o Executivo proclamou-se o representante exclusivo – seria o único intérprete capaz de sintetizar e expressar o interesse público, e portanto atendê-lo. A consulta ao povo por meio de eleições era dispensada, e a figura do presidente da república entronizada como a voz do Estado, absorvendo o poder Executivo as funções legislativas. Formou-se o que os juristas italianos do anos vinte-trinta denominaram o *statto-governo*, isto é, o Estado e seus poderes absorvidos no Executivo, e este representado singularmente por seu titular.

O novo processo de redemocratização, que tem na Carta de 1988 o seu estatuto, reagiu ao regime autoritário imposto na década de sessenta e vinte por três décadas. Restaurou e ampliou os direitos individuais, reduziu consideravelmente a hipertrofia do poder executivo. O princípio da legalidade viu-se reforçado, alcançando a ação corrente da administração pública em todo o seu curso. Esta deve ser cumprida sem a interferência do Executivo, senão nos campos e pela forma e medida em que lhe definir a Lei. E subordinou à Lei a intervenção do Estado na economia, em um momento em que não apenas a experiência interna isso recomendava, mas em que as economias autoritárias na Europa oriental, cujo planejamento e controle a que foram discricionariamente submetidas por seus governos ao longo de mais de meio século, esboroavam-se irremediavelmente.

Neste contexto, o princípio da livre iniciativa, inserto de forma preambular na Carta vigente, reconfigurou o ordenamento constitucional em toda a sua extensão. O seu exercício – o livre empreender e o livre agir nos mercados de bens e serviços – a sua vez, acham, também, o seu limite na Lei. Se é livre o ingresso nos mercados de bens e serviços, neles é proibida a constituição de monopólios, de posições de domínio, o lucro arbitrário e a restrição à livre concorrência. Se é admitida a prestação por empresas privadas de serviços que afetam o interesse público, entre eles os ditos serviços públicos postos sob monopólio da União, na prestação deles pode o Estado intervir amplamente para os

regular, na forma da Lei. Se é admitida a atuação do Estado na ordem econômica por meio de empresas sob seu controle, a atuação destas deve-se dar porém sem privilégio qualquer em relação a empresa privada, ambas submetidas ao mesmo regime legal.

Ou seja, a Lei submete, simultânea e igualmente, ao seu comando, a iniciativa privada, a iniciativa estatal e a ação do poder Executivo. Quando a Lei o autorizar e nos limites nela postos, o Estado pode intervir na ordem econômica por meio de órgãos reguladores criados por Lei, e expedindo o presidente da república, expressamente autorizado por lei, normas infra-legais para fixar políticas públicas, tal como previstas na Lei Geral de Telecomunicações.

II - É nesse contexto que o Decreto 7.175, de 12 de maio de 2010, que institui o Plano Nacional de banda Larga e transforma a Telebrás, deve ser analisado em seu principais tópicos. Pela ordem.

**i)** *“O presidente da república, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, incisos IV e VI, alínea “a”, da Constituição, ...”.* (preâmbulo)

O citado artigo 84 outorga poder ao presidente da república para *“expedir decretos e regulamentos à fiel execução de leis”*, que sancione, promulgue e faça publicar. Ou seja, expedir normas infra-legais no estrito limite que a norma legal lhe assina, para regulamentá-la, exclusivamente. A doutrina e a jurisprudência são absolutamente pacíficas quanto à limitação dessa função atribuída ao presidente da república. No caso, a lei que criou a Telebrás, de nº 5.792, foi promulgada em julho de 1972, e não há motivo que justifique a edição, hoje, de um decreto que a regulamente, e, menos ainda, nos termos em que o decreto 7.157/10 faz. Como se verá no item **iii)**, abaixo, um dos propósitos do decreto não é dar curso à lei que criou a Telebras e sim alterá-la radicalmente, transformando o objeto social da Telebras para um fim extemporâneo e estranho a sua destinação legal.

Tampouco o inciso VI do citado artigo 84, da Constituição, é aplicável à espécie: como se pode ler de seu texto, o decreto não dispõe sobre a *“organização e funcionamento da administração federal...”*, a que alude a regra constitucional, e sim sobre a planificação econômica e sobre alteração do objeto social de empresa estatal criada por Lei.

**ii)** *“Fica instituído o Programa Nacional de Banda Larga - PNBL com o objetivo de fomentar e difundir o uso e o fornecimento de bens e serviços de tecnologias de informação e comunicação...”*, art. 1º;

A intervenção do Estado na economia só pode se dar mediante Lei: assim a regra do artigo 174, da Constituição Federal: *“como agente normativo e regulador da atividade econômica, o estado exercerá, na forma da lei, as funções*

*de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.*

Ainda que fosse o citado Programa instituído por lei, ele seria meramente indicativo ao setor privado. Ou seja, as empresas privadas não estariam obrigadas a segui-lo, podendo cumprir o planejamento que elas entendessem devido ao exercício de sua atividade. Não é este o caso, porém. O decreto pretende instituir um programa que só a lei o pode fazer.

**iii) “Para a consecução dos objetivos previstos no art. 1o, nos termos do inciso VII do art. 3o da Lei no 5.792, de 11 de julho de 1972, caberá à Telecomunicações Brasileiras S.A. – TELEBRÁS...”**

*I - implementar a rede privativa de comunicação da administração pública federal;*

*II - prestar apoio e suporte a políticas públicas de conexão à Internet em banda larga para universidades, centros de pesquisa, escolas, hospitais, postos de atendimento, telecentros comunitários e outros pontos de interesse público;*

*III - prover infraestrutura e redes de suporte a serviços de telecomunicações prestados por empresas privadas, Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades sem fins lucrativos; e*

*IV - prestar serviço de conexão à Internet em banda larga para usuários finais, apenas e tão somente em localidades onde inexista oferta adequada daqueles serviços”, Art. 4º.*

A Telebrás foi criada com a função de controlar as empresas estatais prestadoras de serviço de telecomunicações em cada um dos diferentes estados da federação. Como se sabe, estas últimas foram todas privatizadas, e a Telebras remanesceu ociosa, esvaziado o seu objeto social. Pretende o decreto transformar-lhe o objeto social, a fim de dar-lhe finalidade diferente daquela que lhe atribuiu o legislador. No regime constitucional vigente, empresas estatais só podem ser criadas “quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”, artigo 173. O decreto não refere, direta ou indiretamente, questão relativa à segurança nacional. E o interesse público, inegável, em que seja disseminada a internet em banda larga já encontra suporte à sua execução na Lei Geral de Telecomunicações. E, note-se, na experiência recente. É incontestável que os serviços de telecomunicações vem-se disseminando no país e que seu estímulo, por parte do Estado, já tem definidos naquela lei geral – daí o seu nome - os meios de serem efetivados. Assim, não é admissível que se altere por decreto a lei que criou a Telebrás, para transformar-lhe o objeto por meio de um decreto, e convertê-la em prestadora de serviços de telecomunicações.

iv) “No cumprimento dos objetivos do PNBL, fica a TELEBRÁS autorizada a usar, fruir, operar e manter a infraestrutura e as redes de suporte de serviços de telecomunicações de propriedade ou posse da administração pública federal.”, art. 5º.

Essa regra cria uma situação ao que parece inédita nos mercados de bens e serviços do país. O decreto outorga à TELEBRÁS a direção da política comercial voltada às telecomunicações de todos os órgãos da administração pública federal, das empresas públicas e das empresas estatais inclusive, delas subtraindo uma prerrogativa inerente a sua atuação ordinária. Caberá à TELEBRÁS, por exemplo, escolher o prestador de serviço de telecomunicações a atender a Petrobras, ao BNDES, ao Banco do Brasil e assim por diante. Note-se que a Telebrás poderá entender prestar ela mesmo esses serviços e, para os executar, entender subcontratar terceiros. Obviamente essa centralização é contrária ao regime normativo e à boa prática da administração pública.

Contudo, esse não é o aspecto mais significativo desse dispositivo, e sim a concentração de poder econômico que por seu intermédio é feita em mãos da TELEBRÁS. Como se sabe, o mercado corporativo de telecomunicações é hoje um dos segmentos mais dinâmicos e competitivos do mercado de telecomunicações, em todo o mundo. Nesse segmento equilibram-se o poder que detém as grandes empresas contratantes de serviços de telecomunicações e o poder que exibem as grandes prestadoras desses serviços, fazendo com que a disputa entre estas últimas por atender àquelas, gere uma dinâmica concorrencial com efeitos positivos para a economia e para o consumidor. É corrente grandes empresas, e as desse porte sob controle estatal atuam por todo o país, promoverem processos seletivos para escolher a prestadora que atenderá a demanda delas por serviços de telecomunicações cada vez mais sofisticados.

Em direção oposta a essa dinâmica concorrencial saudavelmente estimulada pela ANATEL, cria o decreto a possibilidade de se instituir, em mãos da TELEBRÁS, um quase monopólio, ao lhe conferir, singularmente, o poder de decidir qual prestadora de serviços de telecomunicações irá atender aos órgãos da administração pública federal, às empresas públicas e estatais. Note-se, ainda, que haveria um entendimento, no âmbito da atual TELEBRÁS, de que esta estaria dispensada de promover processo licitatório em suas contratações.

Não pode haver dúvida que essa situação, admitida pelo decreto, confronta o princípio da livre concorrência estipulado na Constituição e nela objetivado nos termos do parágrafo 4º do inciso V, do artigo 173.

III – A inconstitucionalidade de norma legal ou infra-legal precisa ser suscitada, e decretada judicialmente, o que no caso pode não ocorrer, mesmo se nela evidentes elementos a sua contestação, devido, entre outros, a dois fatores. O primeiro, um velado descrédito quanto à efetiva aplicação do decreto e portanto a sua capacidade de alcançar a finalidade nela visado. No caso, a expansão sustentada da banda larga aos segmentos de baixa renda e a capacidade de a Telebrás cumprir, por igual forma, a função empresarial ativa que lhe foi vestida pelo decreto. A segunda, o

natural receio por parte das empresas presentes e eventuais entrantes no mercado afetado pela ação do governo, que não se detem em maior consideração sobre a forma e o impacto de sua atuação na ordem econômica.

Esses fatores, por si, mostram o descompasso entre a ação do governo e a aplicação, que lhe cabe, das regras legais a disciplinar a ordem econômica. E delineiam uma afinidade por parte de certos setores governamentais com um modelo de intervenção do governo na economia vencido pela experiência.

## O PODER PÚBLICO E A LEI CONCORRENCIAL

Mauro Grinberg e Carlos Barros\*

Em nossa experiência profissional, por vezes somos surpreendidos pela afirmação de que a Lei de Defesa da Concorrência só é aplicável contra empresas, sobretudo face ao exercício da atividade econômica. Trata-se de um grande equívoco, uma vez que o Estado também tem responsabilidade concorrencial. Nesse sentido, vejamos o art. 15 da lei n.º 8.884/94 claramente estabelecendo que *“esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado”*.

Nas situações em que o Poder Público é também empresário, agindo com interesse econômico, são menores as chances de ocorrer tal equívoco. Não obstante, para que o Estado incorra em prática contrária à livre concorrência, nem mesmo é necessário que o ato praticado seja comercial. Em determinadas circunstâncias, atos administrativos podem revestir-se de características anticoncorrenciais. Um exemplo é a possibilidade de conluio em licitação, quando a administração pública cria condições editalícias que somente poderão ser observadas por aquela empresa que se pretende favorecer.

Outra possibilidade é a criação de normas infra-legais – entendidas como desnecessárias – para a comercialização de determinado produto, igualmente com o objetivo de favorecer determinado(s) participante(s) específico(s) do mercado em que se inserem tais regras. Não é uma prática comercial, mas pode representar uma infração concorrencial e por ela o Estado será responsável.

Artigo do presidente da Associação Brasileira de Terminais Portuários, publicado na Folha de São Paulo do último dia 23 de junho, na seção de tendências e debates, reflete essa questão ao analisar a forma de prorrogação dos contratos de arrendamento de terminais portuários localizados em portos públicos, em comparação com os terminais portuários de uso privativo. Segundo o articulista, o Estado não cumpriu seu papel, deixando de adaptar alguns contratos de exploração de instalações portuárias, o que era exigido pela lei n.º 8.630/93, resultando em um *“descabido tratamento diferenciado entre os dois gêneros de terminais portuários”*. Trata-se de situação que, em conjunto com os efeitos do art. 20 da lei n.º 8.884/94, pode caracterizar infração concorrencial, resultando em responsabilização do Estado.

Em todas as hipóteses acima existem possíveis infrações contra a ordem econômica, pelas quais o Poder Público, juntamente com as entidades privadas delas participantes, pode ser responsabilizado.

E da mesma maneira que ocorre com as empresas privadas, em hipóteses como essas o Estado não pode se eximir de sua responsabilidade alegando que o indivíduo praticou a infração sem ingerência e nem mesmo autorização do Poder Público. Esse agente público, no uso de suas atribuições – promovendo uma licitação, editando normas infra-legais, etc. – é representante do Estado, que responde pelos atos de seus agentes.

---

\* Sócios de Grinberg, Cordovil e Barros Advogados.

## MÉTODOS PARA ANÁLISE DA EFETIVIDADE DA RIVALIDADE UTILIZANDO AS PARTICIPAÇÕES DE MERCADO

Jorge Fagundes, Marcos Lima,  
Marislei Nishijima, Maria Margarete da Rocha

### 1. Introdução

A análise da efetividade da rivalidade entre os concorrentes em determinado mercado relevante é um aspecto explorado com pouca profundidade, na análise desenvolvida no âmbito do SBDC, especialmente no que concerne a avaliação das participações de mercado das requerentes e concorrentes. Normalmente, esta análise se resume à verificação dos tamanhos relativos dos concorrentes e requerentes nos mercados em análise. Caso haja firmas de porte semelhante ao das requerentes, conclui-se haver indício de que os mesmos exercem rivalidade às empresas fusionadas.

Além disso, a análise é muitas vezes realizada a partir de observações referentes a um, dois ou, no máximo, três anos (dados fechados para os anos). Dessa forma, muitas vezes, não é possível observar que, no dia a dia das firmas no mercado analisado, pode haver significativas alterações de *shares* de um momento para o outro. Este fato demonstraria que se está diante de um segmento extremamente dinâmico, com as firmas ganhando e perdendo *shares* para seus concorrentes o tempo todo.

A metodologia proposta nesse artigo - para verificar estas oscilações nas participações de mercado das firmas em dado segmento - baseia-se na realização de testes de raiz unitária (testes de estacionariedade) a serem aplicados sobre a razão entre os *shares* de cada firma e algum valor de referência (*market share* médio das firmas no mercado ou *market share* da firma líder).

Com efeito, a aplicação destes testes somente sobre os *market shares* absolutos (sem comparação com valor de referência) pode levar a resultados não muito confiáveis: todas as firmas (sobreviventes) em um mercado poderiam estar apresentando aumentos sucessivos em seus *shares*, em resposta à saída de firmas do mercado. Pelos testes de raiz unitária se concluiria pela existência de rivalidade no mercado, quando, na verdade, os *shares* relativos se mantiveram.

### 2. Revisão da Literatura

A análise da instabilidade de *market shares* a partir de métodos econométricos de séries de tempo pode contribuir para a verificação da efetividade da rivalidade entre firmas em determinados mercados relevantes.

---

\* Jorge Fagundes (Doutor pela UFRJ), Marcos Lima (Doutorando PUC-Rio), Marislei Nishijima (Profa. Doutora da EACH-USP), Maria Margarete da Rocha (Doutora pela UFRJ)

Os autores Gallet e List (2001) aplicaram testes de estacionariedade, raiz unitária, sobre a razão entre os *market shares* de algumas firmas do segmento de cigarros e o *share* médio dos mercados, usando dados para os Estados Unidos. Os resultados obtidos por estes autores favorecem a presença de *market shares* instáveis, ou seja, elevada rivalidade.

Neste artigo, são propostos dois métodos para o cálculo da instabilidade de *shares*. O primeiro é o que foi utilizado por Gallet e List (2001) e requer um grande número de observações, ou seja, há necessidade de dados mensais, para cerca de cinco anos, para que sejam obtidas estimativas confiáveis, com base nos testes de raiz unitária, para séries de tempo. Adicionalmente, estes autores sugerem que sejam utilizados testes de raiz unitária para o conjunto de firmas em determinado segmento, simultaneamente. Isso é feito através da utilização de testes de raiz unitária para painel (Levin e Lin (1993) e Im, Pesaran e Shin (1997)), o que possibilita a realização de testes de instabilidade de *share* para casos nos quais poucas observações estão disponíveis.

Exemplos de aplicações de testes de raiz unitária para painel incluem Bernard e Jones (1996), no âmbito de convergência de produtividade, Culver e Papell (1997) sobre inflação, Fleissig e Strauss (2000) sobre paridade de poder de compra e Resende (2002) analisando persistência de lucros.

### 3. Testes de Raiz Unitária para Painel

Testes de raiz unitária univariados possuem grande probabilidade de aceitação da hipótese nula, ou seja de presença de raiz unitário (logo, *shares* instáveis) [ver Diebold e Nerlove (1990)]. A literatura sobre testes de raiz unitária para painel trata deste aspecto e, ainda, permite que se considere dados com dimensão temporal reduzida. As mais importantes contribuições nesta área devem-se a Levin e Lin (1993) e Im, Pesaran e Shin (1997), e revisões bastante completas da literatura sobre o tema podem ser encontradas em Banerjee (1999) e em Maddala e Wu (1999).

O teste idealizado por Levin e Lin (LL) impõe a restritiva hipótese de que o parâmetro que mede a estacionariedade do painel de dados seja igual para os diferentes agentes econômicos, firmas neste caso. Já Im, Pesaran e Shin (IPS) relaxam tal hipótese. Por esta razão, este têm sido o teste mais utilizado nas aplicações empíricas dos testes de raiz unitária para painel.

Em linhas gerais, para uma variável  $y$ , deve-se estimar a seguinte versão para painel do teste de Dickey-Fuller aumentado (ADF). A expressão com  $\beta$  variando por firma é a seguinte:

$$\Delta y_{i,t} = \alpha_i + \beta_i y_{i,t-1} + \varepsilon_{i,t} \quad i = 1, \dots, N \quad t = 1, \dots, T$$

As seguintes hipóteses estão envolvidas no teste IPS:

$$H_0: \beta_i = 0 \quad \forall i \text{ and } H_1: \exists i \text{ tal que } \beta_i < 0$$

A estatística de teste (“t-bar”) é a média das estatísticas individuais dos testes ADF,  $\tau_i$ :

$$\bar{t} = \frac{1}{N} \sum_{i=1}^N \tau_i, \quad \text{onde} \quad \tau_i = \frac{\hat{\beta}_i}{\hat{\sigma}_{\beta_i}}$$

$$\text{Onde, } (\sqrt{N} (\bar{t} - E(\tau_i | \beta_i = 0)) / (\text{Var}(\tau_i | \beta_i = 0))^{1/2}) \sim N(0,1)$$

Há, ainda, a especificação do mesmo teste considerando uma tendência determinística, o que também deve ser feito.

É importante se considerar, dependendo da importância do caso analisado e da disponibilidade de dados, a possibilidade de se realizar tanto os testes para cada série de tempo (representando o *share* relativo de uma firma em relação ao mercado) quanto os testes para painel. Esse procedimento dará maior robustez à análise realizada e poderá dirimir quaisquer dúvidas acerca da rivalidade efetiva em determinado mercado relevante.

#### 4. Conclusões

Neste artigo foram apresentados os testes de instabilidade de *market shares* como ferramenta empírica para a determinação do grau de rivalidade efetiva entre as firmas atuantes em determinado mercado relevante.

Recomenda-se, portanto, a realização de testes de raiz unitária, tanto para cada série individualmente, sempre que houver dados disponíveis, quanto para o painel de firmas atuantes em determinado segmento, o que requereria menor conjunto de dados.

Além disso, o ideal é que o *share* de cada firma esteja sempre em comparação com um valor de referência, para que se estabeleça a efetiva instabilidade, e conseqüentemente, o grau de rivalidade.

Cabe ressaltar que tal ferramenta serve como instrumento complementar na análise de rivalidade, não devendo ser utilizada como a única evidência neste sentido.

#### 6. Referências Bibliográficas

- Banerjee, A., 1999, Panel Data Unit Roots and Cointegration: an Overview, *Oxford Bulletin of Economics and Statistics*, Special Issue, pp. 607-29
- Barla, P. (1999), Market Share Instability in the U.S. Airline Industry, *Journal of Applied Business Research*, 15, 67-79.
- Bernard A., Jones, C., 1996, Productivity Growth Across Industries and Countries, *Review of Economics and Statistics*, 78, 135-46.

- Byers, J.D. and Peel, D.A., 1994, Linear and Non-Linear Models of Economic Time-Series: an Introduction with Applications to industrial economics, In J. Cable (ed.), *Current Issues in Industrial Economics* (MacMillan, London).
- Cable, J.R. (1997), Market Share Behavior and Mobility: an Analysis and Time-Series Application, *Review of Economics and Statistics*, 79, 136-41.
- Culver, S.E. and Papell, D.H., 1997, Is There a Unit Root in the Inflation Rate? Evidence from Sequential Break and Panel Data Models, *Journal of Applied Econometrics*, 12, pp. 435-444.
- Das, B.J., Chappell, W.F., Sgugart, W.F. (1993), Advertising, Competition and Market Share instability, *Applied Economics*, 25, 1409-12.
- Diebold, F.X. and Nerlove, M., 1990, Unit Roots in Economic Time Series: a Selected Survey, In Fomby, T. and Rhodes, E. (eds.), *Advances in Econometrics: Cointegration, Spurious Regressions and Unit Roots* (JAI Press, Greenwich).
- Fleissig, A.R. and Strauss, J. (2000), Panel Unit Root Tests of Purchasing Power Parity for Price Indices, *Journal of International Money and Finance*, 19, 489-506.
- Gallet, C.A., List, J.A. (2001), Market Share Instability: an Application of Unit Root Tests for the cigarette Industry, *Journal of Economics and Business*, 53, 473-80.
- Geroski, P.A., Toker, S. (1996), The Turnover of Market Leaders in the UK Manufacturing Industry, 1979-1986, *International Journal of Industrial Organization*, 14, 141-58.
- Im, K.S., Pesaran, M.H. and Shin, Y. (1997), Testing for Unit Roots in Heterogeneous Panels, Department of Applied Economics, University of Cambridge, mimeo.
- Klemperer, P. (1995), Competition when Consumers have Switching Costs: an Overview with Applications to Industrial Organization, Macroeconomics, and International Trade, *Review of Economic Studies*, 62, 515-39.
- Levin, A. and Lin, C. (1993), Unit root tests in panel data: new results, University of California, San Diego Working Paper 93-56.
- Maddala, G.S. and Wu, S. (1999), A Comparative Study of Unit Root Tests with Panel Data and a new Simple Test, *Oxford Bulletin of Economics and Statistics*, Special Issue, 631-52.

## CONCORRÊNCIA EM FOCO: A INTENSIFICAÇÃO DA INTERAÇÃO ENTRE A AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA E O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

**Daniela Santos e Juliana Oliveira Domingues\***

O debate envolvendo a defesa da concorrência e a atuação dos agentes econômicos no mercado de energia elétrica teve início no Brasil em 1995 com as privatizações das empresas de energia elétrica. O incentivo à competição era a principal intenção do plano de privatização nacional sinalizando, dentro de um panorama político de desestatização, para a necessidade de aprimorar a concorrência de modo a garantir o desenvolvimento econômico brasileiro.

Naquele cenário, verificou-se a necessidade de instituição de arcabouços legais que delimitassem as condições de análise da defesa da concorrência (que é regida principalmente pela Lei n.º 8.884/94) no mercado de energia elétrica.

Nesse sentido, a Lei n.º 9.648/98, respeitando os termos da lei brasileira de defesa da concorrência e com a finalidade de defender os interesses do consumidor, alterou a Lei n.º 9.427/96, estabelecendo que a ANEEL tivesse dentre suas atribuições o dever de: i) zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, ii) monitorar e acompanhar as práticas de mercado do setor de energia elétrica; iii) propiciar a concorrência efetiva entre os agentes; iv) impedir a concentração econômica das empresas de energia.

Diante de tais atribuições, a ANEEL e os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC (formado pela tríade SEAE/MF, SDE/MJ e CADE) sentiram a necessidade de aperfeiçoar a discussão sobre a defesa da concorrência em face da especificidade das operações que envolvem o mercado de energia elétrica.

Como resultado desta primeira interação entre a ANEEL e o SBDC foi publicada a Resolução n.º 094/1998, a qual estabeleceu restrições, limites e condições para empresas relativas à obtenção e transferência de concessões, permissões, autorizações, concentração societária e realização de negócios entre si. Essa Resolução, de forma geral, delimitava porcentagem do mercado para cada ramo de atividade do setor elétrico, dentro dos limites considerados pelo SBDC. A ANEEL e o SBDC também firmaram um Termo de Compromisso em 02.12.1998 estabelecendo procedimentos entre as instituições para a análise dos atos de concentração e das suposta condutas contrárias à ordem econômica.

---

\* Daniela Santos e Juliana Oliveira Domingues são respectivamente responsáveis pelas áreas de Energia e de Antitruste do escritório L.O. Baptista Advogados e contaram nesse artigo com o auxílio da advogada Camila Maluza.

Com a entrada da figura do comercializador no mercado de energia elétrica, e a conseqüente necessidade de adequação da Resolução nº 94/1998, o tema não somente voltou à pauta no âmbito da ANEEL e dos órgãos do SBDC como teve desdobramentos relevantes.

Um deles foi a discussão travada entre o SBDC e a ANEEL sobre a desverticalização de empresas. Para o SBDC a desverticalização é um processo de separação de empresas dentro de um grupo econômico mais amplo do que simplesmente constituição de personalidades jurídicas separadas. A ANEEL, porém considera as personalidades jurídicas separadas como um processo de desverticalização das atividades econômicas de uma empresa de energia elétrica que concentrava diversos ramos de atividade (geração, distribuição e transmissão).

Além desse ponto, para ANEEL o conceito de mercado relevante e o critério de dimensão geográfica não se referem a mercados, mas sistemas. Isto diverge do entendimento do SBDC que, em poucas palavras, adota como conceito de mercado relevante “o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessária para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um aumento de preços”.

O resultado disso é que a ANEEL considera a capacidade instalada de um sistema, a energia elétrica distribuída em certo sistema relacionada à operação efetiva de determinada empresa ou grupo econômico, valendo-se de um critério físico/operacional e não geográfico como ocorre na análise do SBDC.

Mesmo assim é interessante observar que na prática a ANEEL já vem sendo oficiada (i.e. Atos de Concentração nº 08012.012953/2007-78 e nº 08012.007960/2007-58) em casos nos quais se questionou o entendimento desta agência a respeito da segmentação dos mercados relevantes e outros aspectos da definição dos mercados.

Ainda nesse contexto de cooperação e comunicação entre a ANEEL e o SBDC, foi a publicada posteriormente a Resolução nº 278/2000, a qual estabelecia limites e condições para a participação dos agentes econômicos nas atividades do setor de energia elétrica, ou seja: a limitação aos agentes do setor elétrico era dimensionada pela capacidade instalada (ativos), pela energia distribuída e percentuais máximos na comercialização

Com a instituição de novo modelo de setor elétrico, pela Lei nº 10.848/04 e pelo Decreto nº 5.163/04, que modificou inúmeras regras de comercialização e aumentou a concorrência entre os agentes do setor, novos e importantes impactos foram sentidos em relação à concorrência. Mais uma vez, diante de uma nova realidade setorial, grande parte dos dispositivos contidos na Resolução nº 278/2000 tornaram-se obsoletos para tipificar condutas anticompetitivas no setor elétrico, o que deu ensejo a alterações no seu texto.

Como as alterações efetuadas não se mostraram eficazes, em 2008, a ANEEL aprovou a realização de Audiência Pública com o intuito de colher

subsídios para elaboração de ato regulamentar mais condizente com a configuração atual do setor.

Dentre as sugestões apresentadas destacamos à análise do mercado relevante, uma vez que a análise dos Atos de Concentração envolvendo o setor de energia era feita sob um critério de mercado abrangente sem considerar o mercado interligado (dentro de um Sistema Interligado Nacional). Além disso, notou-se que atos de concentração, cisão, fusão e transferência de autorização tinham impactos dimensionados especificamente no setor de energia elétrica. Ou seja, analisava-se o quanto aquela operação societária, diluída num sistema interligado nacional, refletiria um possível abuso ou prejuízo à concorrência.

Entretanto, o SBDC analisava essas operações societárias num contexto diferente do contexto elétrico, de acordo com a Lei n.º 8.888/94 e jurisprudência do CADE. Dito de outra forma, a análise da ANEEL era mais flexível e permissiva para algumas operações societárias e a análise do SBDC possuía um caráter mais conservador e até mesmo restritivo em alguns casos.

Apesar dos enfoques distintos, decorrentes dos objetivos diferenciados na ANEEL e do SBDC, após a realização de Audiência Pública foi possível fixar os termos da Resolução da ANEEL n.º 378/2009 que consolidou os procedimentos para análise dos atos de concentração e infrações à ordem econômica que envolvem o setor de energia elétrica.

Com base nessa Resolução verifica-se que a ANEEL deve realizar o suporte técnico condizente com a singularidade do setor elétrico, de modo a identificar: i) os mercados de atuação; ii) a influência dos agentes envolvidos no intercâmbio de energia elétrica entre os submercados; iii) o exercício do poder de mercado relacionado aos preços de energia; iv) a participação das partes na geração, v) transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica em todos os submercados; vi) os ganhos de eficiência dos agentes de distribuição na revisão tarifária.

Em razão desta Resolução, o SBDC não pode atuar isoladamente na análise de atos de concentração que envolva o setor de energia elétrica, necessitando da cooperação da ANEEL e dos próprios agentes para que haja a efetiva compreensão do caso, considerando-se a singularidade do mercado de energia elétrica.

O resultado prático disso é que todas as incorporações, fusões, transferências de concessão, autorização ou na participação de consórcios, deverão atentar não somente para o disposto na Resolução Normativa n.º 378/09, mas também, como deve ser, para a Lei n.º 8.884/94, de modo a garantir que as operações tenham resultados eficientes e positivos tanto no âmbito regulatório do setor elétrico como no contexto da defesa da concorrência.

Desta forma, devido às mudanças recentes e ao crescente estreitamento das relações entre a ANEEL, concessionárias e o SBDC, é cada vez mais relevante o auxílio preventivo de profissionais especializados em regras de regulação do setor e de defesa da concorrência (antitruste), considerando as particularidades desse

mercado. Além de auxiliar as autoridades, de modo a reduzir os eventuais riscos do negócio, esse suporte técnico poderá até mesmo favorecer uma análise mais célere das autoridades, beneficiando os agentes regulados e a sociedade em geral.

## ACORDO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA ENTRE AS AUTORIDADES DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E DE PROPRIEDADE INTELECTUAL DO BRASIL

Bruno Dario Werneck\* e Gustavo Flausino Coelho†

Em 07 de junho de 2010, durante o Seminário Internacional sobre Propriedade Intelectual e Política da Concorrência realizado no Rio de Janeiro, foi celebrado o Acordo de Cooperação Técnica (“Acordo”) entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), que formaliza o intercâmbio de informações entre as referidas autoridades. O Acordo possui como principal objetivo a elaboração de propostas normativas que conduzirão a medidas integradas para a resolução de casos que envolvam condutas anticompetitivas no âmbito da propriedade intelectual.

O Acordo visa à troca de informações e conhecimento técnico entre as autoridades participantes de modo a aumentar a eficiência e profundidade de suas decisões, mantendo o teor dos recentes acordos de cooperação técnica celebrados pelas autoridades de defesa da concorrência. Um exemplo é o acordo celebrado entre o CADE e o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) em abril de 2010‡, que permitiu o intercâmbio de conhecimentos específicos a fim de averiguar possíveis infrações à ordem econômica no setor minerário.

Logo, o objeto do presente Acordo é a redução da assimetria de informações existentes entre as autoridades de defesa da concorrência e de propriedade intelectual, buscando a maior integração entre as partes. Para esse fim, o Acordo viabilizará a prestação de consultoria, realização e publicação de estudos, promoção e participação em eventos e seminários e treinamento de servidores. Um grande avanço desejado pelas autoridades envolvidas é a definição de diretrizes e normas de procedimento no tratamento em conjunto de atos de concentração ou condutas anticoncorrenciais que envolvam propriedade intelectual.

O Acordo prevê que o INPI informará a SDE e o CADE acerca de indícios de práticas restritivas à livre concorrência relativas à propriedade intelectual para que estes órgãos possam adotar as medidas adequadas. Por exemplo, os referidos órgãos de defesa da concorrência poderão solicitar ao INPI o compartilhamento de quaisquer informações técnicas relativas a direitos de

---

\* Sócio do escritório Tauil & Chequer Advogados associado a Mayer Brown LLP.

† Advogado do escritório Tauil & Chequer Advogados associado a Mayer Brown LLP.

‡ O referido Acordo de Cooperação Técnica foi objeto de artigo recentemente publicado (WERNECK, Bruno Werneck, COELHO, Gustavo Flausino. Acordo de Cooperação Técnica no Setor Minerário: Promoção da Defesa da Concorrência. **Revista do IBRAC – Suplemento Eletrônico**. Ano 1, n. 2, abr. 2010. São Paulo: IBRAC, 2010).

propriedade intelectual de titularidade dos agentes econômicos com atuação no mercado relevante examinado.

A SDE, por sua vez, comunicará o INPI sobre os processos administrativos para apuração de existência de infração à ordem econômica e o teor das defesas apresentadas pelas partes investigadas, quando versar sobre propriedade intelectual. A SDE também enviará suas manifestações ao INPI sempre que encaminhar qualquer processo administrativo para apreciação do CADE envolvendo propriedade intelectual. As decisões tomadas pelo CADE relacionadas a direitos de propriedade intelectual deverão ser encaminhadas ao INPI.

O cumprimento do Acordo será tutelado por uma comissão formada por um representante (e um suplente) indicado por cada parte do Acordo. O prazo de vigência do Acordo é de 2 (dois) anos a contar da data de sua assinatura.

A relação entre direito antitruste e direito da propriedade intelectual é objeto constante de discussão em âmbito acadêmico no Brasil há alguns anos. O Acordo demonstra o interesse dos órgãos de viabilizar a aplicação adequada das normas específicas para fomentar o crescimento da economia nacional sem prejudicar o bem estar do consumidor. Com a interação entre os signatários do Acordo, será possível produzir regras mais adequadas às necessidades do mercado sob a ótica concorrencial, o que deve promover um ambiente de segurança jurídica para a atuação dos agentes econômicos envolvidos em busca da inovação e do desenvolvimento do país.

## RELATÓRIO DO 2º ENCONTRO DE ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE A CARTÉIS

Foi realizado em Brasília, nos dias 10 e 11 de junho, o 2º Encontro de Estratégia Nacional de Combate a Cartéis. Participaram do evento representantes do Ministério Público e do Ministério da Justiça.

Foram tema do evento a investigação e combate aos cartéis em licitações, lembrado devido à proximidade da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016, e foram lançados o Programa "Jogando Limpo" e o "Selo de Combate a Cartéis".

O relatório do evento (a seguir) foi disponibilizado pelos Procuradores de Justiça Evaldo Borges Rodrigues da Costa, Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais, e Antônio Siufi Neto, Coordenador do Centro de Apoio Operacionais das Promotorias de Justiça do Patrimônio Público e Social, e os Promotores de Justiça Jiskia Sandri Trentin e Helton Fonseca Bernardes, do GAECO.

### RELATÓRIO

2º Encontro Nacional de Combate a Cartéis

10 e 11 de junho de 2010

Tema do ano: Combate a cartéis em licitações públicas

DIA 10/6/2010

9h - abertura:

AUGUSTO ROSSINI – Presidente da Associação Nacional do Ministério Público Criminal - MPCRIM

GERCINO GERSON GOMES NETO – Presidente do Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas

LUIZ FERNANDO CORRÊA – Diretor Geral do Departamento de Polícia Federal

MARIANA TAVARES DE ARAÚJO – Secretária de Direito Econômico - MJ

9h30 – assinatura da Portaria de Criação do Conselho Permanente

9h45 – PAINEL 1: Repressão a cartéis: recentes avanços na esfera administrativa e criminal  
1ª palestra:

### EXPERIÊNCIA DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

**Por MARIANA TAVARES DE ARAÚJO, Secretária de Direito Econômico - MJ**

- - A competição é saudável. Quando ela não existe, além do sobrepreço, causa prejuízo ao Estado;
- - Cartel é crime desde 1990 (Lei 8.137/90) – com pena de 2 a 5 anos de reclusão, além da infração administrativa;
- - A partir de 2003 passou-se a priorizar o combate à cartéis, havendo a aproximação ou parceria da esfera administrativa com a criminal.
- - Principal técnica investigativa de cartel é o acordo de leniência, espécie de delação premiada – delação concorrencial;
- - O Brasil faz parte, há dez anos, de uma rede virtual de autoridades que defendem a concorrência, a International Competition Network (ICN). Uma pesquisa realizada com 46 países pela ICN demonstrou que há vários países que estão criminalizando a conduta do cartel e outros que estão com projetos de lei em andamento;

- - Multas aplicadas pela comissão européia em 4 anos excederam a 9.75 bilhões de euros;
- - Nos EUA Alguns acordos de cartéis: 80 % dos indivíduos investigados cumpriram pena privativa de liberdade em 2009; multas criminais foram superiores a 1 milhão de reais por indivíduo em 2009;
- Números eloquentes: de 2003 a 2006: 30 mandados de busca, 2 pessoas presas temporariamente e a ação era concentrada no eixo RJ e SP, e também no RS; de 2007 a 2010, 265 mandados de busca, 100 pessoas presas cautelarmente e ações diversas em regiões NE, S, CO;
- Registro de pelo menos 251 pessoas investigadas criminalmente no Brasil atualmente;
- O Brasil é considerado o país que mais avança no combate aos cartéis;
- O cartel é o mais grave ilícito concorrencial. Lesão direta aos consumidores;
- Como o corpo não está estendido na calçada, é preciso utilizar técnicas de investigação cada vez mais avançadas para combater esse tipo de crime;
- Furtar 1 real de 1 milhão de pessoas é tão grave quanto furtar 1 milhão de 1 pessoas;
- Noticiado por um jornalista que executivos pegam avião para fazer acordos em sinagoga de Nova York;
- 1º acordo de leniência no Brasil ocorreu em 2003;
- No Brasil já foram detectados 17 cartéis;
- Existem no Brasil 300 investigações de cartéis em andamento, aproximadamente;
- CADE – multou empresas de compressores herméticos em 100 milhões de reais;

## **2ª palestra:**

### **O RECENTE INCREMENTO DAS OPERAÇÕES DA POLÍCIA FEDERAL**

Por CLÁUDIO FERREIRA GOMES, Coordenador Geral de Polícia Fazendária DPF

- CARTEL é acordo entre empresários para fixar um preço único para seus produtos;
- Cartel no setor público – lei de licitações (lei 8.666 – detenção de 2 a 4 anos e multa) – pena muito pequena para grupos
- empresárias; cartel no setor privado, lei 8.137/90 – reclusão de 2 a 5 anos e multa;
- Ordem econômica é princípio constitucional; livre concorrência é um dos pilares da ordem econômica;
- Pagar duas ou três vezes o preço em uma obra público, está-se deixando de investir em outras áreas, como saúde, escolas etc., roubando a população;
- Conscientizar a população da gravidade do crime; alguns ainda acham essa prática normal;
- Aproximação aos órgãos de repressão administrativa e criminal (SDE/MJ, PROCON, MP etc.);
- Manual de investigação – identificação das melhores práticas (experiências internacionais); não há inovação, essas técnicas já eram aplicadas em outros países;
- Operação 274 (preço padrão do cartel) – na Paraíba – sobre cartéis de combustível. Hoje lá é o Estado com preço de combustível mais barato;
- Operação mão invisível, em MG;
- Caso dos cegonheiros do Rio Grande do Sul (empresas transportadoras, prestadoras de serviços a montadoras de veículos no RS). Continuam operando; é preciso aprimorar a repressão sob pena de o Estado ficar refém;
- Operação caixa preta – PF, Tribunal de Contas da União CGU e SDE/MS – superfaturamento em obras de 12 aeroportos;

- Operação chama azul (sobrepreço do gás de cozinha) – Paraíba;
- Origem de algumas dificuldades: (1) limitações à repressão, impostas pelas penas atribuídas ao crime de formação de cartel – pena de detenção ou multa, que impede o juiz de autorizar uma prisão cautelar; não existe cultura de se reprimir esse ilícito no país; (2) dificuldade na compreensão da relevância desta criminalidade para sociedade: é preciso fazer campanha educativa explicando a potencialidade lesiva dessa conduta;
- Necessidade de modificação legislativa, a fim de que a pena da lei de licitações seja de reclusão;
- Temas para reflexão: alteração da Lei n. 8137/90 (PLC n. 06/2009 – Senado Federal. Comissão de Ciência, Tecnologia,
- Inovação, Comunicação e Informática, sob a relatoria do Senador Cícero Lucena): (1) federalização de crime de formação de cartel, o que não é bom, pois é importante a atuação dos organismos estatais; isso não deveria ser mantido no projeto; (2) necessidade de criação de mecanismos claros para a reparação do dano, pois hoje não há vinculação com a reparação do dano econômico; reparação efetiva do dano para a suspensão condicional do processo;
- - cartel@dpf.gov.br;

### **3ª palestra:**

## **EXPERIÊNCIA DO GRUPO DE ATUAÇÃO ESPECIAL DE REPRESSÃO À FORMAÇÃO DE CARTEL E À LAVAGEM DE DINHEIRO E DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS**

**Por ARTHUR DE PINTO LEMOS JÚNIOR, GEDEC/SP**

- Antes do GEDEC, um único promotor de justiça recebia as representações da Secretaria de Direito Econômico, que cumulava funções. Surgiu a necessidade de se criar um setor específico para se investigar crimes econômicos, em razão da demanda e complexidade dos casos; não houve objeção dos promotores naturais, que compreenderam a situação, fazendo com que os promotores designados para o GETEC sejam os naturais para apreciar os casos;
- Desde outubro de 2008, ato n. 554, publicado em 8/10/08, existe um grupo em SP especializado de combater cartéis e outros crimes econômicos, tais como adulteração de combustíveis e lavagem de dinheiro (recuperação de ativos);
- Trabalham tanto em investigações próprias como nos inquéritos policiais;
- DIFULDADES: (1) em pouco tempo há vários casos, sendo imprescindível a realização de parcerias com outras instituições, tais como polícias e órgãos técnicos; O MP conhece todas as teses, desculpas e justificativas que serão utilizadas pela defesa; daí porque a chance de êxito em unir as instituições é muito grande; (2) Na polícia civil, não há essa especialização; (3) multas fixadas pelo Poder Judiciário, ao serem comparadas pelas aplicadas pelo CADE, causam perplexidade; É preciso mudar o
- paradigma da justiça criminal. O criminoso do colarinho branco precisa ser tratado com o mesmo rigor do colarinho azul;
- Apoio muito grande da Secretaria de Direito Econômico. Ao se elaborar o pedido do MP ao Poder Judiciário, o GEDEC leva junto alguém da Secretaria. É preciso mostrar para o magistrado a gravidade do delito; (4) cartel internacional – nem todo
- será de atribuição do MPF, pois pode haver a independência do cartel no Brasil, e, nesse caso, não haverá interesse da Justiça Federal; leniência no exterior; reuniões no exterior; envolvidos estão no exterior, somente o resultado do crime ocorre no

- Brasil; responsáveis pelo cartel sem identificação, impossibilitando inquirições por rogatória;
- PONTOS POSITIVOS: (1) excelente relacionamento do o MPF, com o interesse voltado para a colheita da prova; o mesmo se dá com a Polícia Federal; (2) apoio incondicional dos profissionais da Secretaria de Direito Econômico, em oitivas, na análise de documentos, editais ou apreendidos – é um órgão técnico e isento que analisa a prova e pode dar maior subsídio ao Juiz para deferir a medida; (3) advogados especializados nos termos de leniência: trabalho bastante profissional, entregando uma prova excelente pelo leniente; em que momento se homologa o acordo de leniência?
- Definição da política criminal: desnecessidade de ressocialização do empresário; qual seria, então, a política criminal: punição retributiva, retribuição especial e geral, especialmente a de multa;
- Melhor estratégia na condução do processo: será o caso de suspender o processo, através da Lei 9.099, ou se o processo será levado até o final; há um problema de pena, que é baixa.
- Em algumas situações, é possível defender a pena privativa de liberdade, especialmente quando estão organizados, pagando propina para funcionários públicos, por exemplo (isso só é possível se o \$ estiver bem escondido, e, para isso, é preciso que exista todo um sistema para escondê-lo, através de empresas de fachada, notas falsas etc.). Há, portanto, contornos de criminalidade organizada. Não se trata de um pequeno ajuste, é muito mais que isso e o desafio é muito maior.
- Em outras situações menos graves, será possível a suspensão condicional do processo, como ocorreu no caso dos
- compressores herméticos (para refrigeradores). Nesse caso, ficou proibido de freqüentar casas noturnas e restaurantes, bem
- como de se ausentar do distrito da culpa sem autorização judicial, e, finalmente, o pagamento de multa de R\$ 400.000,00;
- Atentar para o valor da penalidade pecuniária, que deve pesar no bolso do infrator;
- Desafios: afinar sintonia entre processos administrativos no CADE e na Justiça; quebrar o paradigma da não periculosidade do colarinho branco; alcançar cartéis culturais e duradouros, como o caso das empresas de auto escola; implementar laboratórios de análise de dados e ampliar as situações de leniências;
- Debatedor: AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS – Subprocurador Geral da República do Ministério Público Federal
- Dificuldade de se provar a existência dos cartéis;
- O Poder Judiciário precisa ser mais envolvido nisso – parece não ter sintonia com o que se vive hoje

## **12h10 – PAINEL 2: Repressão a cartéis em licitações: prioridade zero**

### **1ª palestra:**

#### **AVANÇOS E COOPERAÇÃO COM OUTRAS AUTORIDADES**

**Por ANA PAULA MARTINEZ, Diretora do DPDE/SDE**

- Cartéis em licitações podem ocorrer junto com outros crimes: corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro, quadrilha etc.;
- Necessidade de combater cartéis em licitações;
- Principais mecanismos: (1) cobertura: apresentação de propostas que sabidamente não podem ser aceitas (alto valor, vícios); (2) supressão de proposta ou desistência; (3)

rodízio: os licitantes se alternam como vencedores dos certames e (4) divisão de mercado: alocação de clientes ou regiões entre cartelistas;

- Investigações em setores estratégicos, a exemplo do lixo;
- Cooperação penal e administrativa: esferas independentes, com diferentes instrumentos de investigação: administrativo:
- parecer técnico que subsidia medidas excepcionais; criminal: provas emprestadas aumentam consistência das decisões
- administrativas;
- Ações preventivas; treinamentos nos Estados; Instrução Normativa SLTI n. 02/2009: Declaração de Elaboração Independente de Proposta. O sujeito que for participar da licitação tem que declarar que faz a proposta sem ter entrado em contato com as empresas concorrentes; se não conseguir punir por cartel, tem a falsidade ideológica, e, principalmente, deixar expressa a preocupação das autoridades administrativas em combater os cartéis;

### **2ª palestra:**

#### **O PAPEL OBSERVATÓRIO DA DESPESA PÚBLICA**

Por **MÁRIO VINÍCIOS CLAUSSEN SPINELLI**, Secretário de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas da CGU

- Utilizam a TI –Tecnologia da Informação; capital humano e metodologia científica;
- Objetivo do OBSERVATÓRIO é realizar uma malha fina na despesa pública;
- 15 exemplos de tipologias: passagens com valor acima da média; agências de turismo que vendem passagens a custo médio
- maior; excesso de diárias por servidor e o custo da reserva não antecipada;
- 33 exemplos de tipologias: atendimento as condicionalidades do programa bolsa família e capacidade financeira incompatível do beneficiário, com imóveis, veículos etc.;
- Base de dados do “COMPRASNETE”: pregões em que quem venceu não foi o que deu a melhor proposta; licitantes com
- mesmo endereço;

### **3ª palestra:**

#### **COOPERAÇÃO DA POLÍCIA FEDERAL**

Por **JOSÉLIO AZEVEDO DE SOUSA**, Delegado de Polícia Federal, CGPFAZ - DPF

- A licitação visa a contratação de uma empresa que apresente proposta mais vantajosa para a administração pública. Está
- prevista na CF;
- CARTEL em licitação – características: prescinde de um agente público (artigo 90 da lei 8.666 não é crime próprio, qualquer um pode cometer);
- O CARTEL impossibilita que o Estado contrate a melhor proposta e impede que os administrados concorram em pé de igualdade;
- Marco legal no combate ao cartel em licitação: artigo 90, lei 8.666, por ser posterior à lei 8.137 e pela especialidade. O
- problema dessa lei: prevê pena de detenção para o crime, de modo que impossibilita a obtenção de mecanismos de
- investigações mais sensíveis, a exemplo da própria interceptação telefônica e ambiental;

- Atuação dos órgãos: vítimas de um sistema perverso – dá-se mais importância ao controle repressivo, em vez do preventivo;
- a Advocacia Geral de União deveria ter um papel mais ativo, fiscalizando cada licitação. O controle preventivo deve ser priorizado;
- Prioridade zero ao tema combate em cartel em licitações: racionalizar, priorizar (é zero, porque é antes do um) e integrar (os órgãos);

**Debatedor: MARCELO LUIZ SOUZA DA EIRA – Secretário Adjunto de Planejamento e Procedimentos do TCU**

**14h – PAINEL 3: Copa do Mundo e Olimpíadas: De olho no jogo!**

**1ª palestra:**

**ANTECIPANDO-SE AO PROBLEMA,**

**Por FERNANDA GARCIA MACHADO, Coordenadora Geral do DPDE/SDE**

- Copa 2014 e olimpíadas 2016
- 120 bilhões de gastos com copa do mundo, entre investimentos públicos e privados, em 12 cidades sedes;
- Nas Olimpíadas a problemática se cingirá ao RJ;
- COPA E OLIMPÍADAS: por que se preocupar com cartéis? (1) poucas empresas no mercado; (2) modalidade: concorrência (diferentemente do pregão eletrônico, em que não se conhecem as pessoas): 2.1 condições mais favoráveis para o conluio;
- 2.2 identificação dos concorrentes no início do processo; supressão de propostas; (3) contam com a certeza de que o evento deve sair; (4) condições das licitações: projetos básicos mal feitos podem restringir a competição. Necessidade de acompanhamento, que não é da competência da SDE; empresas pré-qualificadas sem nem mesmo ter o PB;
- - Sinais de alerta: (1) informações sobre o mercado: qual o serviço, quantas empresas existem, se é concentrado ou pulverizado etc. (2) poucos fornecedores Para o produto/serviço (olhar para as contratações corriqueiras das cidades e Estados, verificando com o que elas mais gastam); (3) poucos e grandes fornecedores controlam substancial parcela do mercado; (4) produtos/serviços idênticos ou muito parecidos (i.e., preço é o fator determinante para a compra; (5) atuação suspeita do sindicato ou associação de classe (reuniões às vésperas de licitações). Contadores comuns; (6) redações ou erros semelhantes; (7) propostas com rasuras e mudanças de última hora.
- O primeiro caso de busca e apreensão da DPDE/SDE que tiveram foi o cartel das britas, quando conseguiram a informação através de atividade de inteligência – EC – em que determinada pessoa se passou por vendedor de seguros e obteve da secretária da empresa que ele deveria retornar às vésperas de alguma licitação, pois outras empresas estariam ali reunidas;
- É preciso analisar uma série de licitações para que fique caracterizado o padrão suspeito: (1) alternância de vencedores; (2) empresas de “cobertura”, ou seja, que participam, mas nunca ganham e só servem para dar uma aparência de legalidade ao certame; às vezes, possuem atividades incompatíveis, do tipo frigorífico e construção; (3) licitantes que oferecem preços diferentes em várias licitações, embora o objeto e a característica sejam semelhantes; (4) pequeno desconto e mesma margem em relação ao preço estimado; (5) ausência de recursos e impugnações de concorrentes; (6) vencedores subcontratam concorrentes que perderam, retiraram ou se recusaram a apresentar propostas nessa licitação; (6) desistências injustificadas, ausência de lances ou recusa de diminuir lances irrisórios;

- - Esses indícios estão em documentos públicos e precisam ser sistematicamente analisados para serem encontrados;
- - CARTEL É CRIME ORGANIZADO. Ponto crítico: acesso a dados sobre licitações, principalmente estaduais. Relevância da parceria com controle interno dos Estados, tribunais de contas estaduais e tribunais de contas municipais;
- - Formar banco de dados das licitações: obter informações relevantes (IN TCU n. 62/2010);
- - Analisar sinais de alerta de cartéis: se necessário, analisar conjunto de licitações para detectar padrões suspeitos;
- - Sistemas de informações e de cruzamento de dados: softwares- tipo I2 - para visualizar relação entre sócios, estatísticas de participação de empresas e possibilitar maior sucesso nas decisões judiciais de medidas cautelares, do tipo interceptação telefônica e busca e apreensão;
- - Adotar DECLARAÇÃO DE ELABORAÇÃO INDEPENDENTE DE PROPOSTA: se não pegar o cartel, pega por falsidade ideológica;
- - AÇÕES PREVENTIVAS: cursos para secretarias de obras e comissões de licitações, ensinando como desenhar licitações mais competitivas e detectar conluios; distribuição de material sobre prevenção e repressão a cartéis em licitações: cartilhas, diretrizes OCDE, sinais de alerta; campanha “Jogando limpo”; deixar os cartelistas saberem da união que existe entre os órgãos que combatem o cartel;

## **2ª palestra:**

### **OS BENEFÍCIOS DA COOPERAÇÃO,**

**Por PAULO ROBERTO GALVÃO DE CARVALHO, Procurador da República do MPFDF**

- - Jogos Panamericanos - superfaturamento: ausência total da transparência dos recursos; não houve qualquer tipo de atuação conjunta entre os órgãos fiscalizadores; TCU foi barrado de entrar em uma obra, ao argumento de que não se tratava de verba federal;
- - Mudança: cooperação entre órgãos de colaboração;
- - Pilares da copa do mundo: portos, aeroportos, estádios (arenas) e obras de mobilidade urbana;
- - Divisão de tarefas entre os cooperados: (1) o Tribunal de Contas se encarregará de fiscalizar os portos e aeroportos; (2) CGU – estádios, arenas e obras de mobilidade urbana; (3) MPF e SDE – editais de licitação; (4) na cooperação, é preciso ter contato com os MPÊs;
- - Atuação importante do Ministério Público Estadual é a possibilidade de chegar perante a Caixa e o BNDS e recomendar ou sugerir que retenham os financiamentos ou suspendam até que as irregularidades sejam resolvidas; já ocorreu atuação conjunta entre MPF e MPE nesse sentido;
- - Nos EUA, grande parte das investigações que culminou em condenação de cartelistas começou a partir de investigações de corrupção, e não do cartel em si;

## **3ª palestra:**

### **EXPERIÊNCIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO,**

**Por LEANDRO SILVA NAVEGA, Promotor de Justiça do RJ**

- - O controle para a realização das Olimpíadas é imprescindível, pois, se não houver esse controle cooperado, ocorrerá de novo o que ocorreu nos jogos panamericanos;
- - DACAR – Divisão Anticartel e Defesa da Ordem Econômica MP/RJ;
- Promotores de Justiça do Patrimônio Público evidenciaram no RJ, além da improbidade administrativa, cartéis em licitação;
- DACAR – foco nos combustíveis e nas licitações; tem um economista, um engenheiro de computação e um engenheiro químico (que era da ANP), que faz toda a análise de mercado e organiza as operações; também tem um laboratório (parcialmente em funcionamento) que analisa o material apreendido e auxilia na investigação de delitos econômicos – utilizam várias metodologias e intensifica as investigações com parcerias;
- GNCOC – evolui alterando o nome do primeiro grupo, que agora é de combate aos crimes econômicos (antes era de adulteração de combustíveis);
- A DACAR conseguiu convênio com a ANP, que é uma ferramenta muito importante para se investigar crimes relacionados a combustíveis. Sistema de fiscalização e de movimentação de combustíveis;
- Metodologia de trabalho: (1) banco de dados - I2: armazenamento de todas as informações, de acordo com o checklist proposto pela SDE; (2) compartilhamento de informações: compartilhar as informações com a COTEC-LD – banco de dados único? (3) acompanhamento de mercado: servidor capacitado acompanha, quando possível, os procedimentos licitatórios investigados; elaboração de relatórios;
- Tentar padronizar o checklist proposto pela Secretaria de Direito Econômico;
- Aproximação de quem investiga cartel com o patrimônio público; na área da improbidade a tipicidade é mais aberta;
- Estratégia de investigação: verifica se é melhor atuar na área da improbidade, porque se terá mais sucesso, se investiga por lá;
- Efetiva divisão de trabalho: Parceria com SDE, mas não repassar a responsabilidade para a SDE – “simples encaminhamento” - discutir os rumos da investigação;
- Pregões eletrônicos: dificuldades: possibilidade de melhoria nas buscas, maior controle social e maior transparência;
- - Sugestões: aproximação da área do patrimônio público; discussão de um padrão de sistema do pregão eletrônico e implantação de um banco de dados únicos na SDE, com a padronização do checklist;
- - Participar com o Poder Judiciário sobre as investigações, para saber como atuamos;
- Debatedor: AUGUSTO ROSSINI – Presidente da Associação Nacional do Ministério Público Criminal (trabalhar em tempo real e criar observatórios de recursos públicos para isso; até hoje só se trabalha com fatos passados; propõe, diante da fala da lei 8.666, que previu pena de detenção para a fraude em licitações, que se tipifique na quadrilha ou bando, porque não tem como haver cartel sem que exista uma verdadeira quadrilha)

#### **16h – PAINEL 4: Cartel no setor de combustíveis: calcanhar de Aquiles?**

##### **1ª palestra:**

##### **COMO INVESTIGAR? SUPORTE DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA,**

**Por RAVVI AUGUSTO DE ABREU C. MADRUGA, Coordenador Geral do DPDE/SDE**

- CARTEL: descobrir se há acordo ou não; no setor de combustíveis, preços iguais ou parecidos não são indícios, por si só, de existência de cartel, pois decorrem das características desse mercado: pulverização de agentes, produto homogêneo, transparência de preços e custos semelhantes. É o que se dá, principalmente, em pequenas cidades; isso dificulta a detecção de existência de cartel;
- Limites investigativos da SDE: lei 8.884/94: SDE possui poderes para utilizar as seguintes ferramentas de investigação para detectar cartéis: (1) programa de leniência; (2) busca e apreensão, via AGU – mas, como se disse, no setor de combustíveis não basta a existência de preços iguais; (3) inspeção (empresa deve ser notificada com 24h de antecedência); (4) tomada de depoimentos; (5) encaminhamento de ofícios para requisitar documentos e informações;
- Histórico de condenações do CADE: 2004 – Revenda de combustíveis de Recife (PE), aplicação de multa; 2003 – Revenda de combustíveis de Florianópolis (SC), foi utilizada interceptação telefônica, comprovando o ajuste, aplicação de multa;
- Provas consideradas pelo CADE: (1) Recife: atas do sindicato; (2) Lages: interceptação telefônica; (3) Belo Horizonte: gravação audiovisual de reunião no sindicato, eles não sabiam que a imprensa estava lá e ajustaram a reunião para tratar de preço; (4) Goiânia: termo de depoimento do presidente do sindicato; (5) Florianópolis: interceptação telefônica;
- De dois anos para cá se tornou mais difícil administrativamente se investigar os cartéis. As pessoas não estão mais colocando no papel (nas atas de reunião), de modo que se faz necessário adotar medidas invasivas da privacidade, a exemplo da interceptação telefônica e ambiental, para se detectar os cartéis: JOÃO PESSOA (2008) – STJ anulou a interceptação telefônica; LONDRINA (2010); BELO HORIZONTE (2010); CUIABÁ (pendente de decisão judicial); CAXIAS DO SUL (aguardando provas – interceptação); VITÓRIA (juiz não deferiu compartilhamento de provas com a SDE – interceptação);
- Conclusão: a mera análise ou pesquisa de preços não são suficientes para iniciar processo administrativo; investigação deve ser aprofundada: demanda tempo e agentes preparados; SDE pode oferecer suporte para que seja iniciada a investigação;
- Limitações legais das autoridades administrativas para produção de provas (não pode interceptar, por exemplo); investigação criminal cada vez mais necessária para que haja repressão por parte das autoridades administrativas. OS CARTELISTAS estão em constante evolução, sempre buscando técnicas novas para ajustar os preços e evitar a ação das autoridades.

## **2ª palestra:**

### **O PAPEL DA ANP,**

**Por TERESA PACHECO DE MELO, Coordenadora do Núcleo de Defesa da Concorrência, Agência Nacional de Petróleo, Biocombustíveis e Gás Natural - ANP**

- CARTEL: a ANP não fixa preços; nunca teve essa finalidade;
- A ANP, se tiver conhecimento de indícios de infração contra a ordem econômica, deverá comunicar o CADE e à SDE, para a adoção das providências (Lei 9.847/99, com as alterações da Lei 10.202/2001);
- Com essa alteração, a penalidade de revogação de autorização para o exercício de atividade será aplicada quando o CADE ou por decisão judicial se punir alguém por prática de crime contra a ordem econômica. Trata-se de medida muito severa e que

pode gerar um problema de desabastecimento na cidade. Em Florianópolis isso ocorreu, culminando na revogação dessa medida pela autoridade judicial;

- Relatórios de acompanhamento do mercado de combustíveis;
- Preços de produtores e importadores de derivados de petróleo;
- Preços de distribuição de produtos asfálticos;
- Preços ao consumidor consolidados – GLP;
- Levantamento de preços e de margens de comercialização de combustíveis;
- Fornecimento de informações referentes a preços;

### **3ª palestra:**

#### **OPERAÇÃO CHAMA AZUL,**

**Por MARIANA CAVALCANTI DE SOUSA e PAULO HENRIQUE FERRAZ LIMA,  
Delegados de Polícia Federal**

- A investigação começou a partir da ANP e da SDE: constataram que na cidade de Campina Grande havia uma grande concentração de valores fixados, colocando o mesmo preço de mercado no gás e um constante aumento;
- No início, era R\$ 28,00, quando da deflagração já estava a R\$ 38,00, em cinco meses de investigação;
- Os cartelistas chegaram a comentar por telefone que aumentariam o valor para R\$ 42,00, pois o consumidor precisa do
- produto e não vai voltar a cozinhar em fogão à lenha;
- Articulação econômica entre eles era tão grande, a ponto de que o revendedor que não aceitasse fazer esse acordo, os
- cartelistas paravam seus caminhões defronte da venda do que não aceitou, com cartazes e faixas de venda do produto de
- valor bem mais baixo, forçando o que não aderisse a sair do mercado;
- O revendedor autorizado da ANP pode adquirir o gás de qualquer distribuidora;
- As distribuidoras também estavam envolvidas, pois não aceitavam vender para quem não tivesse pactuando o preço;
- Produto homogêneo ou similar: todo o gás era fornecido pela petrobrás;
- Com a formação do cartel, independentemente da quantidade de envasilhamento;
- Técnicas: interceptação e vigilância; não conseguiram interceptação ambiental com o Poder Judiciário (JUIZ SUBSTITUTO); a busca complementou e em breve estarão sendo denunciados;
- Os cartelistas combinavam os preços e havia um encarregado de fiscalizar o cumprimento do acordo;

### **4ª palestra:**

#### **UM CASO DE SUCESSO: A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DO CARTEL EM GUAPORÉ-RS E POSTERIOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELO CARTEL,**

**Por ALEXANDRE SALIM, Promotor de Justiça do MPRS**

- Guaporé – cidade de 20.000 habitantes – cidade pequena;
- Foi instaurado um inquérito civil – há dez anos;
- Não havia como se adquirir o combustível de outro lugar;
- Quais os elementos mínimos para poder pedir uma interceptação? Passaram a colher notas fiscais de todos os postos de combustível de Guaporé e das cidades vizinhas e de um sem número de postos de Porto Alegre;

- As notas foram encaminhadas a uma perita contábil, para dar uma margem percentual entre o maior e menor preço;
- Em Porto Alegre, a margem entre o maior e menor preço era de 15%; em Guaporé, 0,7%;
- Tornou pública a investigação para estimular os cartelistas falarem e realizou busca e apreensão;
- Após o material colhido, encaminha-se à perícia para realizar maior e menor lucro e maior e menor custo;
- Ingressaram com ACP e denúncia ao mesmo tempo; prevenção geral da pena e tutela inibitória nos demais;
- Interrogatório foi gravado e pode ser feito o comparativo de voz com as que constavam nas interceptações;
- Houve representação para o CADE;
- Evitar o direito penal nulo (não é nem mínimo): foi pedido para que não fosse aplicada a multa, mas a pena privativa de liberdade;
- Êxito da denúncia – cúmulo material da Lei 8.137 e quadrilha ou bando, que foi afastado por força do princípio da consunção;
- Por serem primários, a pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direito;
- INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA REALIZADA DENTRO DO INQUÉRITO CIVIL e não houve arguição de nulidade incrível!)

Debatedor: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, Conselheiro Administrativo de Defesa Econômica – CADE

DIA 11/6/2010 9h – lançamento do programa “JOGANDO LIMPO” e lançamento do Selo de Combate a Cartéis

LUIZ PAULO TELES FERREIRA BARRETO – Ministro de Estado da Justiça

ORLANDO SILVA DE JESUS JÚNIOR – Ministro de Estado dos Esportes

JORGE HAGE SOBRINHO – Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União

CARLOS HENRIQUE DE ALMEIDA CUSTÓDIO – Presidente da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

9h30 – Plenária: preparação para os grupos de discussão

### **GRUPO 3 – Técnicas de investigação de cartel – coordenadora geral ÁUREA REGINA SOCIO QUEIROZ RAMIN /MPDFT**

- Atividade de inteligência – mecanismo importante para subsidiar a investigação;
- Três características para se provar o cartel: a existência do acordo, do monitoramento do cumprimento e represálias;
- Aproximar de órgãos administrativos para que sejam realizadas as investigações nas duas searas utilizando as provas produzidas em ambas; aproveitar a expertise da SDE;
- Cartéis de gás (GLP) – caso clássico: acordo de preços, divisão de áreas e de clientes pela cidade;
- SDE – casos que não são usuais: serviço de vigilância no RS;
- Num cartel com muitos agentes econômicos a participação do sindicato é fundamental;
- Há casos de cartel em que não existe um preço específico, mas a redução de uma cota específica de produção;

- Cartel da areia, houve estipulação de preços, mas não iguais; 3 empresas em Porto Alegre, com jazidas com distâncias diversas do consumidor, de modo que o preço mais barato era o da empresa com jazida mais distante; assim, o consumidor tinha pagava a mesma coisa;

11h30 plenária das conclusões dos grupos

12h encerramento com definição de ações e metas

MARIANA TAVARES DE ARAUJO

Secretária de Direito Econômico - MJ