

O cartel e seus custos

Lívia Dias de Melo

O mercado, sob a luz do liberalismo econômico, funde-se às ideias de concorrência e liberdade econômica. No mercado, os agentes concorrem por oportunidades, mediante preço, qualidade, diversidade, inovação ou outras variáveis comercialmente relevantes. Nessa corrente, o modelo de concorrência perfeita incentiva a alocação dos recursos da sociedade da forma mais eficiente possível, já que, para conquistar mercado e superar seu concorrente, os agentes veem como necessário aumentar sua capacidade produtiva e/ou investir na qualidade de seus produtos.

Ao tratar da eficiência na alocação de recursos, a concorrência é apta a maximizar o bem-estar social, conciliando, assim, a fórmula entre liberdade econômica dos agentes e interesse público. Por isso, é possível deduzir que a livre concorrência é a solução para o mal do monopólio, responsável por elevar preços, gerar pesos mortos na economia e estagnar o nível de inovação.

Quando se fala em cartéis, entende-se que tais acordos entre concorrentes podem reverter o ambiente concorrencial a condições monopolísticas, sendo, por isso, considerados prejudiciais ao mercado e aos consumidores, e regulamentados e punidos pelas legislações antitruste.

Como mencionado, os cartéis são compreendidos como acordos ou ajustes entre concorrentes, que trocam entre si informações comercialmente sensíveis, fixam preços ou condições comerciais ou dividem mercados (seja divisão de clientes, projetos ou territorial), para alterar artificialmente as condições de mercado, para limitar ou suprimir a concorrência¹.

Considerando alguns dos casos de cartéis internacionais analisados por Joseph E. Harrington, Jr., em sua obra “*How do cartels operate?*”², o estudo da OCDE sobre cartéis

¹ No Processo Administrativo n. 08012.002097/99-81, o Conselheiro-Relator do CADE Ricardo Villas Bôas Cueva definiu que: “o cartel tem como precípua objetivo eliminar ou diminuir a concorrência e conseguir o monopólio em determinado setor econômico. Os empresários agrupados em cartel têm por finalidade obter condições mais vantajosas para os partícipes, seja na aquisição de matéria-prima, seja na conquista de mercados consumidores, operando de forma a eliminar o processo normal de concorrência”.

² HARRINGTON Jr., J.E. *How Do Cartels Operate? Foundation and Trends in Microeconomics*, vol. 2, No. I, 2006, pp. 1-81.

*hard core*³ – isto é, casos de coordenação entre agentes em que não resta dúvida sobre o propósito anticompetitivo da associação – conclui que o sobrepreço médio gerado por cartéis varia de 15 a 20%.

Não é impróprio afirmar que os cartéis são a prática mais lesiva à ordem econômica, dado que empresas cartelistas não apenas transferem indevidamente renda dos consumidores para si mesmas, como também geram outros prejuízos à sociedade, mediante: aumento de custos, alocação ineficiente de recursos e desincentivo à inovação e à produtividade.

Segundo a doutrina clássica e como detalhado no artigo de HARRINGTON, os cartéis podem ser classificados em dois tipos: (i) cartéis de preços/quantidade e (ii) cartéis de alocação de mercado ou de clientes ou de território. Quanto ao primeiro, o efeito típico é de fixação de preço ou quantidade, que acaba por gerar os mesmos impactos no mercado, já que quantidade é capaz de determinar preço, e vice-versa. Com relação ao segundo tipo, o objetivo é criar uma reserva de mercado para cada agente, reproduzindo condições de um ambiente monopolístico. Os casos de cartéis em licitação – tão intensamente repreendidos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), no atual contexto da Operação Lava Jato – são uma espécie de cartéis de alocação de mercado, dado que as construtoras revezavam entre si os projetos licitados pelos mais diversos órgãos brasileiros.

No tocante à formação dos cartéis, é pacífico entre doutrina e jurisprudência que há condições estruturais que favorecem a colusão, como: mercados mais concentrados, com elevada barreira à entrada e presença incipiente de importação, em que atuam empresas com porte e custos simétricos entre si e que produzam ou ofertem produtos e/ou serviços homogêneos. Obviamente, essa enumeração não é determinante ou inequívoca, isto é, cartéis podem ser iniciados em ambientes com outras características concorrenciais, e não, necessariamente, os mercados que apresentem os elementos ora descritos são cartelizados.

Ainda dentro desse rol, é possível mencionar a presença de associações de classe ou sindicatos como agentes facilitadores da adoção de conduta uniforme entre os *players*

³ OECD. *Hard core cartels: recent progress and challenges ahead*. Paris, 2003. Tal estudo analisou 16 cartéis internacionais, que afetaram o mercado, no período de 1996 a 2000, ao passo que o artigo de autoria de HARRINGTON, objeto da presente aula, apresenta dados de 20 casos condenados pela Comissão Europeia, entre 1999 e 2004.

de mercado. São vários os casos em que, no intuito de camuflar as reuniões ou a troca de informações entre concorrentes, os associados se apropriam dos sindicatos para dar a uma prática colusiva um caráter institucional ou idôneo⁴. Essa apropriação de entidades sindicais – que, por si, têm função legítima – possibilita aos cartéis uma maior estabilidade, um de seus grandes desafios.

Assim, formado o cartel, seu grande desafio é se manter. Tanto que o período de duração de tais condutas é estudado, por muitos economistas, como um indicativo do sucesso de determinado cartel. Como narra o Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, em seu voto no Processo Administrativo n. 08012.011142/20066666-79, os cartéis são

“intrinsecamente instáveis. Para que perdurem, são necessários bons mecanismos de coordenação e monitoramento. Além disso, cartéis geralmente fazem um grande esforço para reduzir as oportunidades de detecção pela autoridade antitruste e implementar mecanismos diversos de “camuflagem” de forma a tentar diluir as discussões anticompetitivas entre outras de interesses legítimos, como é o caso da utilização de entidades de classe como facilitadores de cartel”.

Como evidência de sua natureza instável, vários casos relatam “desvios temporários da conduta”, como descreve Ana Paula Martinez⁵. Ainda assim, a maioria dos estudos desconsidera esses episódios de instabilidade, para considerar a duração da colusão como a contar de sua formação até a sua completa erosão.

Por que se fala que a manutenção é o grande desafio dos cartéis? Justamente por ser uma prática ilícita coordenada entre vários membros. Como a conduta envolve mais de um agente é comum que haja uma assimetria da informação e uma “necessidade” de se monitorar o cumprimento do acordo, o que, necessariamente, gera custos e desconfiança. Esse ambiente de desconfiança acaba por incentivar os desvios de conduta, pois, à medida em que determinado agente se considera satisfeito com os resultados obtidos por meio do conluio, seu interesse em se manter no cartel diminui.

Além disso, os programas de leniência são mecanismo essencial de desestabilização dos cartéis, dado que a possibilidade de imunidade administrativa e

⁴ No Brasil, podemos citar as condenações nos seguintes mercados: revenda de combustíveis (08012.002299/2000-18, 08012.004472/2000-12, 08700.002821/2014-09), pedra britada (08012.002127/2002-14), cimento e concreto (08012.011142/2006-79), próteses e órteses (08012.008507/2004-16), autoescolas e despachantes (08012.011791/2010-56) e serviços médicos (08012.006969/2000-75, 08012.001020/2003-21, 08012.000377/2004-73).

⁵ MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Singular, 2013.

criminal – como é aplicada no Brasil⁶ - atrai participantes que estejam dispostos a reconhecer e revelar provas da existência e dos efeitos do acordo anticompetitivo. Ao oportunizar benefícios ao agente delator, a autoridade antitruste aumenta a desconfiança entre os membros do arranjo de que, a qualquer momento, algum participante possa trair seus pares, denunciando todo o ajuste e levando-os à prisão.

Assim, conforme uma autoridade antitruste desenvolve e confere solidez ao seu programa de leniência, indiretamente, ela compromete a estabilidade dos cartéis, que, para terem mais chances de se estender no tempo, também desenvolvem e sofisticam seus mecanismos de monitoramento, punição e compensação entre seus membros.

Dentre outros fatores que afetam negativamente a permanência dos cartéis, concordo com a posição do autor HARRINGTON de que demandas irregulares, entradas de novos agentes no mercado e presença de grandes clientes são variáveis que podem impactar a existência do acordo. Tais fatores podem alterar o cenário concorrencial e, ao se concretizar novas oportunidades ou obstáculos, exigem uma reação dos membros, seja para ajustar o acordo, seja para voltar a atuarem de forma competitiva e conquistar mercado sobre seus pares.

Em síntese, na eterna disputa entre gato e rato, a autoridade antitruste tem como função seguir aprimorando seus programas de colaboração para detecção de cartéis, ao passo que os cartelistas, para não serem identificados, terão seus custos para manutenção e monitoramento do acordo cada vez mais elevados. Os últimos cartéis detectados pelo Cade, mediante investigação ou colaboração, evidenciam essa preocupação. Prova disso é que se torna cada vez mais atípico um caso que conte com fartas provas documentais da existência dos arranjos.

⁶ Art. 86 e seguintes da Lei n. 12.529/2011.