DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA NO COMBATE AOS CARTÉIS DOS POSTOS DE COMBUSTÍVEIS.

Nayara Maria Silvério da Costa Dallefi

Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina - UEL

RESUMO

O presente artigo versa sobre a aplicabilidade do princípio da livre concorrência, previsto no art. 170 da Constituição Federal de 1988, visando demonstrar a sua importância no combate aos cartéis nos Postos de Combustíveis em nosso país. Expõe ainda as principais legislações sobre a matéria, assim como uma possível solução para a repressão de forma efetiva.

Palavras-chave: Aplicabilidade do princípio da livre concorrência, cartéis, cartéis dos postos de combustíveis.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 no título VII regulamenta a Ordem Econômica e Financeira, dispondo em seu art. 170 os princípios gerais da ordem econômica e, no seu inciso IV, consagra o princípio da livre concorrência, utilizado como base, principalmente na regulamentação do mercado financeiro. Porém, tal princípio é desrespeitado por alguns grupos de empresários que praticam crimes que afetam a ordem econômica e financeira.

Ocorre ainda, o fato de não haver apenas uma prática infringente advinda da união desses empresários que ferem o princípio da livre concorrência, mas diversos crimes entre os quais *o dumping, monopólio, oligopólio e cartel*, este último, objeto de estudo do presente artigo.

Diante do binômio objetivo anti-concorrência e possibilidade de realização do objetivo, a prática do crime do cartel fere intimamente a ordem econômica, trazendo um enorme prejuízo a todos consumidores de determinado produto.

Quando empresas se unem com intuito de formar um cartel, não há prejuízos apenas para a economia, mas para toda a sociedade. Tal prática é recorrente principalmente no mercado de combustíveis automotores o que conhecemos como o famoso “cartel dos postos de combustíveis”.

Embora haja diversas leis que estabelecem sanções aos crimes contra a ordem econômica, há necessidade de uma fiscalização maior dos órgãos competentes para repreensão de tais delitos. Se possível, deve-se aumentar o número de agentes para aplicar as penalidades aos

grupos que violam diretamente a constituição e por consequência prejudicam a economia brasileira.

Todavia, faz-se necessário a contribuição da sociedade para ajudar na fiscalização e denunciar toda organização criminosa informal que pratique o cartel, uma vez que é toda a coletividade o sujeito passivo, além do Estado.

Outro ponto que deve ser lembrado diz respeito ao fato de haver uma forma administrativa denominada “acordo de leniência” (ponto a ser explicado também neste artigo) que mesmo trazendo benefícios como a diminuição da pena, dificilmente haverá um delator dentro do próprio grupo de empresários, uma vez que diante dessa situação o eventual delator, além de ser penalizado (com uma pena menor - prêmio da delação), posteriormente sofrerá a exclusão do mercado, que certamente será preterido pelo grupo de empresários do qual fazia parte na prática do delito.

Ao aprofundar-se na problemática encontrada no caso em testilha encontramos a atuação da Justiça Estadual como regra e da Justiça Federal como exceção, e leis que regulamentam o mercado econômico: Lei nº 8.884/1994 (Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em Autarquia e dispõe sobre a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências), Lei nº 8.137/1990 e a Lei nº 8.078/1990 (que regulamenta as relações de consumo).

Em suma, diante de extensa legislação e com previsão constitucional, ainda há frequentes e diversos casos de formação de cartéis, principalmente no mercado de revenda de combustíveis.

Nesse contexto, será explanado no presente artigo um estudo sobre a importância da efetiva aplicação do princípio da livre concorrência no cenário dos cartéis presentes nos postos de combustíveis.

2. DA ORDEM ECONÔMICA E DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA.

É de suma importância para o fim deste estudo, esclarecer o significado, ainda que sucintamente, do princípio da livre concorrência e sua aplicabilidade, bem como, tecer considerações sobre a ordem econômica como um bem jurídico.

A ordem econômica que a Carta Magna de 1988 prevê, é fundamental para estabelecer a justiça, segurança e liberdade nas relações financeiras com o fim de desenvolver o crescimento do país, proporcionando uma harmonia nas relações econômicas.

Formada por diversas regras e princípios, estabelecidos pela própria Constituição, seu conceito tem *natureza ambígua*, conforme aduz Regis Prado (Direito Penal Econômico, p. 30):

O conceito de ordem econômica, de natureza ambígua, como objeto da tutela jurídica, costuma ser expresso de forma estrita e ampla. Na primeira, entende-se como ordem econômica a regulação jurídica da intervenção do Estado na economia; na segunda, mais abarcante, a ordem jurídica é conceituada como a “regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços”.

Portanto, mesmo tempo que a ordem econômica traz um controle para o Estado quando objeto de intervenção e controle, também produz o crescimento da economia ao regular às relações jurídicas de consumo.

Faz-se necessário, nessa toada, destacar o princípio da liberdade econômica, presente no art. 170 da Constituição Federal, que atinge não só a liberdade econômica da empresa, mas também da livre concorrência e livre contratação dos bens e serviços, porém com a intervenção moderada do Estado, para evitar a concorrência desleal, a realização de crimes e até mesmo a formação de monopólios.

O princípio da livre concorrência não está de forma única e isolada no ordenamento jurídico, e sim, elencado dentre diversos princípios que, juntos, fundamentam a ordem econômica, como verdadeiros pilares para a economia do país.

Ensina Eros Grau em seu livro “A Ordem Econômica na Constituição de 1.988” (p.230) a importância do não isolamento deste princípio:

A “livre concorrência” é pela Constituição de 1988 erigida à condição de princípio. Como tal contempla o art. 170, IV, compõe-se, ao lado de outros, no grupo que tem sido referido como “princípio da ordem econômica”. Trata-se como já anotei, de um princípio constitucional impositivo (Canotilho). A afirmação, principiológica, da livre concorrência no texto constitucional é instigante.

Ainda na mesma obra, expõe (p. 234):

As regras da lei nº8884/1994 conferem a congregação aos princípios da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, tudo em coerência com a “ideologia constitucional” adotada pela Constituição Federal de 1988. Esses princípios coexistem harmonicamente entre si, conformando-se, mutuamente, uns aos outros. Daí porque o princípio da liberdade de concorrência ou da livre concorrência assume, no quadro da Constituição Federal de 1.988, sentido conformado pelo conjunto dos demais princípios por ela contemplados;

seu conteúdo é determinado pela sua inserção em um contexto de princípios, no qual e com os quais subsiste em harmonia.

Na realidade, para que haja a livre concorrência, deve ser garantida a livre iniciativa, ou seja, a liberdade expressa no artigo 170, parágrafo único, da Constituição Federal, possibilitando o acesso ao mercado econômico sem impedimentos jurídicos, contribuindo para a circulação de bens e serviços, proporcionando uma competição justa no mercado.

Importante frisar que um mercado econômico sem impedimentos jurídicos não é sinônimo de um mercado propício a condutas ilícitas que inibem o crescimento econômico e que infringe a lei. Infelizmente, o que acontece com frequência em alguns setores da economia é a formação de grupos que, embasados na livre iniciativa e na livre concorrência, vão contra a ordem econômica ao realizar práticas anti-concorrenciais.

Tanto é verdade o que dito acima, que foi necessário deixar de forma expressa na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 173, § 4º, que *“a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”*.

A doutrina também defende o princípio da livre concorrência a idéia de que ao Estado compete coibir os abusos. Diante deste cenário, assevera José Afonso da Silva em seu “Curso de Direito Constitucional Positivo (1988, p. 876):

A livre concorrência está configurada no art. 170, como um dos princípios da ordem econômica. Ela é uma manifestação da liberdade de iniciativa e, para garanti-la, a Constituição estatui que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira antisocial. Cabe, então, ao Estado coibir esse abuso.

Portanto, o princípio da livre concorrência visa proporcionar ao mercado econômico uma harmonia, em consonância com os demais princípios da ordem econômica, fazendo com que haja o crescimento econômico e, dessa forma, sendo essencial nas relações financeiras e econômicas de forma a propiciar um mercado justo sem abusos que geram uma desigualdade não só entre concorrentes diretos, mas a todo cidadão.

3. DOS CARTÉIS

Entre diversos possíveis crimes relacionados com o direito penal econômico, a formação de cartel, objeto de estudo, ocasiona uma lesão direta ao patrimônio público, capaz de perturbar a ordem social assim como o poder econômico, além de ocasionar um desequilíbrio mercadológico, é ilícito gerador de atrasos no desenvolvimento do nosso país.

Qualquer crime relacionado com a ordem econômica gera um desequilíbrio na economia, deixando como vítima a própria coletividade. Falar de cartel remete-nos uma aproximação ao crime de *açambarcação* (art. 2 da lei 4.137/62), onde ocorre a apoderação da totalidade da produção, geralmente matéria prima, elevando preços propiciando um controle geral no que tange às negociações relativas dos produtos.

Entretanto, embora parecido, o crime de cartel é mais específico, com peculiaridades próprias, em que necessariamente, o sujeito ativo é uma verdadeira organização criminosa, conforme perfeitamente explicado por Frederico Abrahão de Oliveira, na obra “Direito Penal Econômico Brasileiro” (p. 39), ao tecer sobre o conceito e sua visão no que tange aos cartéis, vejamos:

Cartel é o acordo temporário entre diversas empresas exploradoras de um mesmo ramo com o objetivo de exercer monopólio de mercado, conservando cada uma delas parte da sua independência e o total da sua personalidade jurídica. É um conchavo empresarial em busca de monopólio.

No cartel, as empresas acertam como e a que preço colocarão os seus produtos no mercado e como negociarão com seus fornecedores de matéria-prima, mão de obra, etc. Formado o grupo e estabelecidas as estratégias a serem adotadas, operam por tempo determinado, raramente estabelecendo termo final para o ajuste.

Na busca das mesmas vantagens do monopólio, objetivando aniquilar com os seus concorrentes, assim trazendo pela fixação de preços, pela divisão de mercado (...). O cartel é uma organização informal, posto não haver uma estruturação material; logo, é clandestino, restando materializada a formação de quadrilha, entre os seus componentes.

Portanto, após breve citação acima, chega-se a conclusão que o cartel é uma organização criminosa informal, com intuito de vantagens econômicas às custas de um consumidor específico, impondo seu preço sobre determinados produtos, desrespeitando o princípio da livre concorrência e colocando em cheque a ordem econômica.

Antes de encerrar a breve explanação do significado do crime de cartel, insta mencionar que, quando praticado de forma ampla, gera o truste, onde em rápido comentário, nada mais é

que a união do capital de empresas para formação de apenas uma, sendo que esta fusão visa exclusivamente a dominação do mercado com práticas monopolistas, causando prejuízos as empresas menores que não terão barganha suficiente para entrar na concorrência e disputa desigual dos preços.

Embora havendo previsão legal que será abordado adiante, não existe um artigo específico de lei que traz o significado de cartel, mas, inúmeras práticas elencadas como criminosas que o conceitua, que será objeto de estudo do tópico seguinte.

4. DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA NO COMBATE AOS CARTÉIS DOS POSTOS DE COMBUSTÍVEIS

A tabulação dos preços na revenda dos combustíveis, que gera o cartel entre os revendedores, é um ato abusivo que fere a ordem econômica e principalmente o consumidor que fica sem outra opção por um preço mais acessível. São atos de má-fé, praticados por empresários, que em conluio tem o nítido propósito de eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente seus lucros.

Constantemente há notícias de organizações de cartel sendo desmembradas através de ações e investigações realizadas pelos órgãos competentes, organizações estas, que através da oferta de um produto homogêneo, estabelecem uma série de fatores para obterem uma margem de lucros exorbitante.

Tal prática, estrategicamente orientada pelos formadores desta quadrilha, fere todos os princípios da ordem econômica, principalmente o da livre concorrência. Em busca pelo lucro e alimentada pela ganância de empresários, desestruturam o mercado financeiro, fazendo com que o Estado intervenha de forma repressiva por diversos meios e órgãos para quedar as infrações que vão contra principalmente o texto constitucional.

O fato de realizar condutas que configuram o cartel, seja qual for o tempo de duração, impede a livre concorrência e deve ser impedida, até mesmo para que seja restabelecida a ordem econômica.

Além do princípio da livre concorrência, fere o princípio da boa-fé, presente nas relações de consumo, pois afasta a lealdade, informação, esclarecimento, veracidade, honestidade e outros diversos atributos que conceituam tal princípio

Cumprir mencionar que, na defesa de um preço justo e para o equilíbrio da atividade econômica foi criada a Emenda de nº9 de 1995, que modificou o §1º do artigo 177 da Constituição

Federal, permitindo que a União tenha o controle junto com as empresas estatais e privadas a lavra de jazidas, refino do petróleo e também a reserva a lei da criação de um órgão regulador, que originou a lei nº 9.478/1997, que cria a autarquia ANP (Agência Nacional do Petróleo).

No que tange ao petróleo, cabe a esta autarquia fazer contratações, fiscalizações e regular o setor, com objetivo de proteger os interesses da coletividade no que tange ao preço, qualidade a defesa da livre concorrência.

Além dos órgãos de defesa contra os crimes de cartéis como visto acima, em específico, a Agência Nacional do Petróleo, na proteção no ramo do petrolífero, quando necessário, elabora resoluções para normatizar o setor.

O Brasil adota o regime da liberdade na estipulação de preços em toda cadeia produtiva, porém, esse modelo dá margem a arbitrariedades que podem causar ilícitos, como o crime de cartel, com único fim de lucros exacerbados.

Na luta para findar com os ilícitos frequentes na revenda de combustíveis, a ANP pode auxiliar os órgãos competentes no combate dos cartéis, fazendo levantamento de preços e repassando ao consumidor e aos órgãos públicos, tudo em busca da descoberta de possíveis infrações contra a ordem econômica que atentam principalmente o princípio da livre concorrência.

Conclui-se que são diversos meios de controle para impedir que prospere qualquer crime que possa ir contra os preceitos e princípios da ordem econômica, inclusive unindo órgãos reguladores como o que dita o art. 10 da lei nº9478/1997, no parágrafo único, que dita que no caso do CADE concluir pela ocorrência do cartel, deve comunicar a ANP para que possa também tomar as medidas cabíveis.

Em busca tão somente do cumprimento dos ditames legais, na defesa do consumidor e principalmente da ordem econômica, que todos os órgãos apresentados neste estudo são responsáveis pela repressão, ainda com a ajuda do Ministério Público, seja na propositura da Ação Civil Pública, seja pela persecução penal.

Para que haja harmonia nos mercados econômicos, é necessário a aplicação de todos os princípios elencados na Constituição Federal, no que se refere a ordem econômica e principalmente o da livre concorrência.

A aplicação do princípio da livre concorrência nas relações econômicas visa amenizar as disputas proporcionando uma maior variedade de produtos com qualidade e preço justo além de equilibrar a relação da oferta e procura.

Não somente no mercado interno, mas para um crescimento com o mercado externo, em relação a competitividade, é primordial a livre concorrência, até mesmo para que haja uma impulsão no crescimento da economia.

Portanto, é de suma importância a aplicação da livre concorrência no mercado de revenda de combustível, sempre levando em conta a boa-fé nas relações de consumo e principalmente o respeito dos empresários deste determinado setor, quando diante de condutas que possam levar a obtenção de lucros exacerbados que desestruturam o mercado financeiro.

Impedir a atuação dessas organizações criminosas incidentes nos crimes de cartéis, como na revenda dos postos de combustíveis, não é uma tarefa fácil. Embora existir um extenso amparo legal para o controle e repressão, não deixa de ser uma realidade preocupante, como também aduz Luis Flavio Gomes, em sua obra “Crime Organizado” (p.84 e 85):

De qualquer modo, o que não se pode negar é que o crime organizado constitui uma realidade no mínimo preocupante. Não tão preocupante, talvez, como a violência institucionalizada (pública) ou generalizada e desorganizada (particular) que estamos assistindo e que faz parte da chamada criminalidade de massa ou massificada, proporcionalmente muito maior que a organizada, entre nós, mas é inegável que o tema deva merecer a atenção devida (o tema, por isso mesmo, vem merecendo amplo debate, inclusive nas casas parlamentares).

E continua (p.92 e 93):

Como já foi enfatizado, não é tarefa fácil dar os contornos da organização criminosa (ou associação ilícita organizada), porque não é fácil diagnosticar com precisão a essência da sua realidade fenomenológica. Peter Lupsa, lembrado por Cervini, salienta que “uma visão aproximativa do fenômeno” crime organizado somente pode se encontrar em sucessivas etapas de penetração na análise, passando pelo estudo estratégico da ameaça que representa em seu respectivo setor as organizações delitivas e suas atividades da agressividade, sua rede e vulnerabilidade.

Portanto, embora todos os esforços envidados, nem sempre são suficientes ao combate de crimes organizados, principalmente nos cartéis, que agem com precisão e com etapas sucessivas, dificultando as investigações e posteriores punições.

Agir contra a ordem econômica, infringindo princípios constitucionais, é ir contra o crescimento do país, contra a busca da igualdade e contra os direitos da coletividade. Infelizmente, são diversos casos de cartéis dos postos de combustíveis noticiados nos jornais e na TV, o que principalmente vão contra a livre concorrência e as atividades econômicas.

Somente respeitando o princípio da livre concorrência é possível melhorar todas as condições de competitividade nas relações de consumo gerando condições a favor do consumidor e da economia.

Os crimes de cartéis desobedecem todos os princípios constitucionais, mas principalmente ao da livre concorrência, que gera um abuso, pois além de diminuir a competitividade nas relações econômicas, fere diversos interesses tutelados na constituição, gerando uma desestruturação no mercado financeiro e impedindo o crescimento do país.

5. CONCLUSÃO

Dentre os princípios gerais que regem a atividade econômica, está elencado na Constituição Federal em seu artigo 170, IV, o princípio da livre concorrência, que visa fundamentar não só a liberdade econômica da empresa, mas também a intervenção do Estado a fim de evitar a concorrência desleal e realização de crimes contra a ordem econômica.

Em análise sobre referido princípio, conclui-se que não deve ser visto de forma isolada, pois, compõe um conjunto harmônico com os demais princípios elencados na Constituição Federal.

Tal princípio visa garantir a livre iniciativa, contribuindo para a circulação de bens e serviços, proporcionando uma competição justa de mercado, impedindo ainda práticas anti-concorrenciais e abusivas que possam dominar os mercados.

Conclui-se ser de suma importância o princípio da livre concorrência no mercado da revenda de combustível, principalmente no combate aos crimes de cartéis, muito freqüente neste setor em específico.

Impedir a continuidade dos empresários, formando verdadeiras organizações criminosas, não é tarefa fácil, uma vez que é uma realidade preocupante. Contudo, não é impossível, pois são vários os meios de repressão para fazer valer a aplicação do princípio da livre concorrência nas relações econômicas, na busca de um mercado econômico harmônico, livre de desequilíbrios e prejuízos ao Estado e ao consumidor.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA DE ACOMPANHAMENTO ECONOMICO. *Histórico*. Disponível em http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca_seae/historico Acesso em 20/04/2011

BALDAN, Edson Luís. Fundamentos do Direito Penal Econômico. Curitiba – Juruá Editora, 2005.

GIMENEZ, Marcelo de Freitas. *Delação Premiada*. Jus Navegandi, Teresina, ano 8, n.61, 1º de janeiro de 2003. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3620/delacao_premiada> Acesso em 27 de julho de 2011.

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

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

GUIDI, José Alexandre Marson. *Delação premiada no combate ao crime organizado*. Lemos & Cruz Publicações Jurídicas, 2006.

Jurisdição Brasileira. Lei nº 9.478 de 06 de agosto de 1997, dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm Acesso em 24 de junho de 2011.

Jurisdição Brasileira. Resolução nº20 de 09 de junho de 1999, Conselho Administrativo de defesa Econômica. Disponível em <http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2020,%20de%209%20de%20junho%20de%201999.pdf>. Acesso em 19/05/2011.

MARTINS, Ives Granda da Silva, *Pesquisas Tributárias – Nova Série – 1 – Crimes Contra a Ordem Tributária*, 3ª edição atualizada. Editora Revista dos Tribunais, 1998.

OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. *Direito Penal Econômico Brasileiro*. 1ª Edição, Editora Sagra, D.C. Luzzatto, Porto Alegre, 1996.

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

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