

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**  
**NÚCLEO AVANÇADO DE NATAL**  
**CURSO DE DIREITO**

**PEDRO VÍTOR NOGUEIRA VIEIRA**

***CARTÉIS HUB AND SPOKE: Análise da atuação do Conselho***  
***Administrativo de Defesa Econômica***

**NATAL-RN**

**2019**

PEDRO VÍTOR NOGUEIRA VIEIRA

**CARTÉIS *HUB AND SPOKE*: Análise da atuação do Conselho Administrativo de  
Defesa Econômica**

Artigo apresentado ao Curso de Direito do  
Campus Avançado de Natal da  
Universidade do Estado do Rio Grande do  
Norte, como requisito obrigatório para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Alexandre de  
Moraes Braga Júnior.

**NATAL-RN**

**2019**


PEDRO VÍTOR NOGUEIRA VIEIRA

**CARTÉIS HUB AND SPOKE: Análise da conduta e a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica**

Artigo apresentado à Disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II (TCC II), do Curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN), como requisito para obtenção do título do bacharel em Direito

Aprovado em: 10/10/2019

Banca Examinadora:



Prof. Dr. Sérgio Alexandre de Moraes Braga Júnior  
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte



Prof. Ms. José Armando Pontes Dias Júnior  
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte



Prof. Ms. Valéria Maria Lacerda Rocha  
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

© Todos os direitos estão reservados a Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. O conteúdo desta obra é de inteira responsabilidade do(a) autor(a), sendo o mesmo, passível de sanções administrativas ou penais, caso sejam infringidas as leis que regulamentam a Propriedade Intelectual, respectivamente, Patentes: Lei nº 9.279/1996 e Direitos Autorais: Lei nº 9.610/1998. A mesma poderá servir de base literária para novas pesquisas, desde que a obra e seu(a) respectivo(a) autor(a) sejam devidamente citados e mencionados os seus créditos bibliográficos.

**Catálogo da Publicação na Fonte.**  
**Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.**

N778c Nogueira Vieira, Pedro Vítor  
CARTÉIS HUB AND SPOKE: Análise da atuação do conselho Administrativo de Defesa Econômica. / Pedro Vítor Nogueira Vieira. - Natal - Rio Grande do Norte, 2019.  
37p.

Orientador(a): Prof. Dr. Sérgio Alexandre de Moraes Braga Júnior.

Monografia (Graduação em Direito). Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

1. Defesa da concorrência.. 2. Infrações contra a ordem econômica.. 3. Cartéis.. 4. Hub and Spoke.. 5. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. I. Moraes Braga Júnior, Sérgio Alexandre de. II. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. III. Título.

# **CARTÉIS *HUB AND SPOKE*: Análise da conduta e a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica**

Pedro Vítor Nogueira Vieira<sup>1</sup>

**RESUMO:** A defesa da concorrência é um dos instrumentos pelo qual o Estado garante o desenvolvimento da sociedade de forma equânime. A disputa entre representantes do interesse público e os agentes privados dispostos a quebrar a livre concorrência ocorre com mútuo aperfeiçoamento, cada um aprimora as suas ferramentas para superar o conhecimento do outro lado. Nesse sentido, o presente artigo tem por objetivo principal desenvolver entendimento quanto a algumas das problemáticas enfrentadas pelo poder público para detectar atividades de infração contra a ordem econômica na modalidade cartel do tipo *Hub and spoke*. Para tanto foi utilizada metodologia interdisciplinar pelo uso de investigação bibliográfica tendo o por característica os vieses exploratório, descritivo e explicativo resultando em uma pesquisa qualitativa. Esse modelo de cartel une meios de restrição vertical para estabelecer coordenações horizontais e de forma mais “disfarçada” atentar contra a ordem econômica. Com isso, a importância da pesquisa aparece com a demonstração dos meios colusivos e da forma de atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica para garantir o princípio da livre concorrência.

**Palavras-chave:** Defesa da concorrência. Infrações contra a ordem econômica. Cartéis. *Hub and spoke*. Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

**ABSTRACT:** The defense of competition is an instrument by which the State ensures the equitable development of society. The dispute between public interest and private agents willing to infringe competition occurs with mutual improvement, each improving its tools to overcome knowledge on the other side. In this regard, the main objective of this article is to develop an understanding of some of the problems faced by the government to detect infringement activities against the economic order in the Hub and spoke cartel. For this purpose, an interdisciplinary methodology was used through the use of bibliographic research, and its characteristic was exploratory, descriptive and explanatory bias, resulting in a qualitative research. This cartel model unites means of vertical agreement to establish horizontal coordinations and in a “disguised” way to undermine the economic order. Thus, the importance of this research lies in demonstrate the forms of collusion and the approach of the Administrative Council for Economic Defense to guarantee the principle of free competition.

**Key Words:** Defense of competition. Violations against the economic order. Cartel. Hub and spoke. Administrative Council for Economic Defense.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Campus Avançado de Natal.

**SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 DEFESA DA CONCORRÊNCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA; 3 INFRAÇÕES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA; 4 CARTÉIS; 4.1 RELAÇÕES VERTICAIS E HORIZONTAIS; 4.2 CARTEL DO TIPO *HUB AND SPOKE*; 5 ABORDAGEM DO CADE; 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

## **1 INTRODUÇÃO**

É público que o Brasil adota regime de economia de mercado com viés social respaldado nos princípios constitucionais da livre iniciativa, da propriedade privada e da liberdade de concorrência. Contudo, essa compreensão foi custosa e formou-se paulatinamente, acompanhando a evolução dos momentos históricos do país, por vezes, reflexo da conjuntura econômica mundial, e normalmente representada nos textos constitucionais e normas inferiores, ainda que de forma indireta.

Tendo o entendimento de que a atuação estatal no sistema econômico é de suma importância para tentar garantir o ideal de concorrência perfeita, operando de forma a impossibilitar as ações desmedidas dos agentes privados com vistas à promoção do desenvolvimento econômico e da justiça social, por meio do combate ao abuso de poder econômico e adentrando no cerne da questão a ser discutida no decorrer do texto.

Temos que os cartéis são frutos das externalidades negativas da economia de mercado e serão o cerne da presente análise. A ideia da formação de cartel é a de reproduzir de forma artificial por meio de acordos horizontais situações semelhantes à obtida com um monopólio. Verdadeiro pacto para a não concorrência, unindo os atores para, padronizando suas ações no mercado, inviabilizar a livre concorrência.

A intenção é a de promover uma discussão específica em relação aos cartéis, trazendo o conceito de cartel *Hub and spoke*, sua forma de atuação e alguns casos relevantes no Brasil.

Nesse artigo a pretensão, será acrescer ao meio acadêmico a possibilidade de mais discussão quanto ao cartel de tipo *Hub and spoke* que não possui, ainda, ampla literatura do assunto em âmbito local nem mesmo jurisprudência relevante na atuação do CADE, no combate específico dessa modalidade. Apesar de não ser exatamente novo o modelo possui pouca abordagem no país de forma que a discussão reverte-se em ganhos à sociedade e a defesa da economia. Logo, objetivando trazer importância para o

tema será apontado como ocorre a formação desses acordos e qual a atuação de combate a essas atividades.

## 2 DEFESA DA CONCORRÊNCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA

Aquilo que move a atividade empresarial é o lucro<sup>2</sup>, dessa forma as empresas e sociedades empresariais são constituídas para garantir esse lucro e reparti-lo entre os seus sócios. Não é diferente na formação de conluíus empresariais<sup>3</sup>, o que muda primordialmente é a legalidade dos atos.

Nesse contexto, a defesa concorrencial é garante do princípio da liberdade de concorrência o que é fundamental para o pleno desenvolvimento da sociedade. O instituto pode ser compreendido como o combate entre agentes, do mesmo nível da escala de produção, que buscam um mesmo objetivo, tendo ou não paridade de armas,

---

<sup>2</sup> É necessário estabelecer quanto a essa afirmação que nem sempre o cerne da atividade empresarial será a obtenção do lucro, mas ele estará orbitando as atividades e tomadas de decisão, pois é essa a imposição do sistema capitalista para a sua existência. O professor Rubens Requião estabelece que a atribuição de fim lucrativo para a caracterização do comércio “modernamente, não impressiona tanto. Muitas atividades lucrativas, já o vimos, escapam ao âmbito do comércio no sentido jurídico, e outros atos tidos como de comércio, como um aval em letra de câmbio, podem não ter fim lucrativo. Sem dúvida, as empresas estatais, cuja presença se vai tomando cada vez mais intensa à medida que o Estado invade o terreno econômico, podem não ter fim lucrativo e, no entanto, não se deve negar que também se integram ao comércio” REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial: volume 1. 33. ed. São Paulo. Saraiva. 2014. p. 30. No entanto, quando da tentativa de estabelecer os fundamentos do direito comercial o autor define como um de seus traços peculiares a onerosidade, sob a justificativa de que “Precisamente porque o objetivo do comerciante é a obtenção de lucro, não se concebe na atividade comercial a gratuidade. A onerosidade é a regra, e ela se presume.” Ibidem p. 58. E ainda, vale apresentar o posicionamento do mestre Fábio Ulhoa Coelho relativo ao caráter econômico da atividade empresarial “A atividade empresarial é econômica no sentido de que busca gerar lucro para quem a explora. Note-se que o lucro pode ser o objetivo da produção ou circulação de bens ou serviços, ou apenas o instrumento para alcançar outras finalidades. Religiosos podem prestar serviços educacionais (numa escola ou universidade) sem visar especificamente o lucro. É evidente que, no capitalismo, nenhuma atividade econômica se mantém sem lucratividade e por isso, o valor total das mensalidades deve superar o das despesas também nesses estabelecimentos. Mas a escola ou universidade religiosas podem ter objetivos não lucrativos, como a difusão de valores ou a criação de postos de emprego para os seus sacerdotes. Neste caso, o lucro é o meio e não o fim da atividade econômica” COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 13. Com isso, fica claro que a atividade empresarial não terá necessariamente como fim o lucro, mas a sua busca é importante para a existência da empresa.

<sup>3</sup> O conluio é uma forma ilegal de conspiração. Resultando na redução artificial da concorrência por meio de fraudes e enganar aos consumidores. As formas de cometimento são vastas, ocorrendo em conjunto e por vezes individualmente, sustentadas pelo poderio econômico das empresas. Podendo assumir a forma de cartéis, trustes, holdings, pools ou por atividades como o dumping, a venda casada, os sistemas seletivos de distribuição, a adoção de preços predatórios, acordos de exclusividade, a discriminação de preços e os atos de concentração. Essas espécies serão abordadas de forma mais detalhada na parte que trata das infrações contra a ordem econômica, além, é claro, dos cartéis, cerne do trabalho, também em momento oportuno.

mas em um mesmo palco de atuação. Nesse sentido, Leonardo Vizeu afirma que este princípio é:<sup>4</sup>

“um dos alicerces da economia liberal, sendo corolário da livre-iniciativa, isto é, só existirá a livre-concorrência onde o Estado garante a livre iniciativa. No campo do direito comparado é comumente denominado de princípio da defesa do mercado. Concorrência é a ação competitiva desenvolvida por agentes que atuam no mercado de forma livre e racional. Isto é, trata-se da disputa saudável por parcela de mercado entre agentes que participam de uma mesma etapa em ciclo econômico”.

Dessa forma, na tentativa de entender o sentido de concorrência, há que se compreender que esse conceito prescinde de uma disputa entre as empresas e a oposição intrínseca é um dos elementos principais para sua existência. Nesse sentido, em condições ideais, estará também relacionada à eficiência ou à capacidade das empresas de reduzir preços, aumentar investimentos, melhorar os serviços ofertados ou aumentar o lucro<sup>5</sup> se utilizando dos meios disponíveis no mercado<sup>6</sup>.

Quanto ao antagonismo entre as empresas há o entendimento de que são necessárias quatro identidades<sup>7</sup> para construção do contexto de disputa, a saber: a de tempo na qual a época da disputa deve ser a mesma, não tem sentido atribuir oposição econômica para agentes que atuam em momentos históricos distintos; a de objeto relativa ao produto ou serviço oferecido, não apenas aos idênticos, mas também aos semelhantes, como os genéricos ou imitações; a de mercado, nomenclatura substitutiva da identidade territorial, atribuída à concorrência por nicho de mercado, vale ressaltar

---

<sup>4</sup> FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. 1975 – Lições de direito econômico / Leonardo Vizeu Figueiredo. – 7. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 99

<sup>5</sup> A acepção de lucro adotada é de lucro econômico, sinônimo de vantagem, rendimento, ganho, refere-se ao resultado positivo dos investimentos realizados retirados os gastos feitos para a sua obtenção. Dessa forma, a ideia de lucro econômico relaciona-se com a lucratividade em suas diversas formas de cálculo, mostrando-se como a diferença entre a receita total e os custos despendidos pela empresa. Nas palavras de Gregory Mankiw temos “O montante que a empresa recebe pela venda de sua produção (biscoitos) é chamado receita total. O montante que a empresa paga por seus insumos (farinha, açúcar, trabalhadores, fornos etc.) é chamado de custo total.[...] O lucro é a receita total da empresa menos o seu custo total. [...] Um economista mede o lucro econômico da empresa como a receita total menos todos os custos de oportunidades (explícitos e implícitos) da produção dos bens e serviços vendidos.” MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia, Tradução de Allen Vidigal Hastings, São Paulo: Cengage Learning, 2009, p. 268-270.

<sup>6</sup> Gregory Mankiw define o mercado da seguinte maneira: “Os termos oferta e demanda referem-se ao comportamento das pessoas enquanto interagem umas com as outras nos mercados. Um mercado é um grupo de compradores e vendedores de um determinado bem ou serviço. Os compradores, como grupo, determinam a demanda pelo produto e os vendedores, também como grupo, determinam a oferta do produto.” Ibidem p. 64.

<sup>7</sup> SOUZA, Ferreira de. União de empresas concorrentes, 1993, p. 8 apud SILVA, Américo Luís Martins da. Direito da concorrência empresarial: liberdade de iniciativa e concorrência – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – infrações da ordem econômica e penalidades – controle da concorrência, 2015, p. 1.010.



que a substituição ocorre em função do exitoso desenvolvimento nos setores de transporte e comunicação o que promove a ampliação das fronteiras de atividade das empresas; e a de mesmo nível de atividade que diz respeito às empresas de níveis diferentes da cadeia de produção em não se admite que haja uma relação de complementaridade na rede produtiva.

Ademais, há que se conhecer a maior abrangência do termo na atualidade e o entendimento na aplicação finalística de defesa da sociedade, conforme, de maneira arguta, ensina o ex-conselheiro do CADE João Bosco Leopoldino da Fonseca.<sup>8</sup>

“Afirmando uma opção pelo regime de economia de mercado e assumindo essa postura ideológica, a Constituição adota como princípio a mola básica que rege aquele tipo de organização da economia. Garante-se a liberdade de concorrência como forma de alcançar o equilíbrio, não mais aquele atomístico do liberalismo tradicional, mas um equilíbrio entre os grandes grupos e um direito de estar no mercado também para as pequenas empresas”.

Nessa perspectiva, ocorre a adoção de uma visão para além do simples respeito à autonomia e livre atuação das forças de mercado e do capital observando, sobretudo, o respeito às diferenças de poder econômico dos agentes, garantindo a atuação de todos pela concorrência no mercado sem exclusões por motivo que não seja a capacidade de gestão de forma a combater os arranjos para criação de meios artificiais de supremacia de mercado. Face o exposto, fica evidente que a atuação estatal na economia é importantíssima para a manutenção da ordem jurídico-econômica.

Embora a atividade capitalista esteja vinculada em vários aspectos ao desenvolvimento da sociedade, promovendo benefícios de toda espécie às pessoas, ela jamais poderá ser vista como fim em si mesma, e sim a busca por um sistema que promova a equidade e a auto gerência dos indivíduos sob a sua vida deve ser o cerne da sociedade.

Muitas vezes encontramos esse embate nas discussões entre o campo jurídico e o econômico em que cada um, com seus pressupostos, defende uma forma de atuar na busca pelo bem comum. Sobre a ordem jurídico-econômica, João Bosco Leopoldino da Fonseca entende que há, na verdade, uma relação muito mais próxima e de complementação entre as áreas do que se percebe inicialmente, senão vejamos:<sup>9</sup>

“A este sistema que procura amalgamar aqueles dois outros, o jurídico e o

---

<sup>8</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito Econômico/João Bosco Leopoldino da Fonseca. 9. ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.98.

<sup>9</sup> Ibidem., p.77.

econômico, se dá o nome de ideologia. Tais elementos, se perfeitamente analisados, explicam a evolução do pensamento constitucional brasileiro, no que pertine à conjunção da ordem jurídica com a econômica, tendo sempre em vista a perspectiva estática e dinâmica”.

Ainda quanto ao respaldo dessa ideia nos textos normativos, estabelece:<sup>10</sup>

“Assim é que se pode estudar dentro de cada texto constitucional brasileiro a forma pela qual se interimplicam a ordem jurídica e a ordem econômica, teleologicamente direcionadas à concretização da ideologia dominante num determinado período da história”.

No contexto da evolução dos conjuntos normativos constitucionais brasileiros<sup>11</sup> é possível afirmar que a primeira Constituição a realmente possuir aspectos de regulação da ordem econômica é a de 1934, no entanto, desde a de 1824 há, mesmo que timidamente, manifestações quanto à organização econômica do país e a forma de comportamento do Estado diante das movimentações do mercado.

A Constituição de 1824 foi um texto elaborado durante o processo de Independência do Brasil do governo de Portugal. De caráter confessional ela representa o momento histórico global e tem forte influência dos ideais do liberalismo pensado por Adam Smith e sua teoria da mão invisível que o mercado é autorregulado pela lei da oferta e da procura. Pregava, portanto, a defesa dos direitos naturais da pessoa humana principalmente pela limitação do poder do Estado, a boa atuação do governo estava vinculada apenas a garantia das liberdades individuais.

Todavia, a proteção tinha como fim somente o “Homem Bom”, definido pelo seu poder econômico. Vigorava, ainda, o sistema escravocrata e o voto era censitário, a depender das posses dos indivíduos é que se poderia exercer o direito de escolher os representantes e quanto mais importante o cargo ocupado maior era o valor exigido e para se candidatar, quantia ainda maior deveria ser possuída.

Passados 67 anos, com a Proclamação da República, há a promulgação de uma constituição republicana federalista de cunho ainda mais liberal (Constituição de 1891) que consagra como valores sagrados, direitos civis como o de propriedade e o de voto. Forma de consolidar a adoção do positivismo jurídico no país, a norma servindo como referência para a política e suas ações.

Esse viés eminentemente liberal já vinha sendo superado ao redor do globo, até

---

<sup>10</sup> Idem.

<sup>11</sup> BAGNOLI, Vicente. Direito econômico. 2. ed. - 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007. (Série leituras jurídicas: provas e concursos; v. 29). p. 37-50.

mesmo o Sherman Act (1890) instituído nos Estados Unidos, mostrava a ineficiência dos ideais do liberalismo nos termos desenvolvidos na época em que a livre atuação das empresas costuma resultar no aprofundamento das desigualdades e em forte abuso do poder econômico para manutenção do *status quo*.

Vale ressaltar, ainda que tenha havido a abolição da escravatura, principalmente, por motivos de interesse econômico ditados pela Inglaterra e sua visão de ampliação de mercado, o pensamento socioeconômico da carta constitucional não evolui da mesma forma e mais uma vez temos uma Constituição que atende aos interesses da defesa dos direitos de liberdade, mas deixa de lado os sociais.

A Constituição brasileira de 1934 como já foi mencionado é a primeira a inserir uma regulação mais clara quanto à ordem econômica e social do país, esse texto normativo segue a tendência de maior intervenção estatal na economia que surge após a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque gerando uma depressão econômica a fortalecer o entendimento de que a livre atuação capitalista gera profundas desigualdades sociais.

Nesse contexto é que surge o Estado de Bem-Estar Social (Welfare State) a tutela passa a ser dos direitos socioeconômicos tendo influência direta da Constituição de Weimar. Há, por exemplo, o desenvolvimento da Consolidação das Leis do Trabalho e a adoção do direito de voto às mulheres, direitos sociais de segunda geração. Vicente Bagnoli explica da seguinte maneira o direcionamento do texto normativo desenvolvido:<sup>12</sup>

“Fica marcado o novo direcionamento ideológico do Estado brasileiro, segundo o qual a justiça, a liberdade, a igualdade e a segurança são tomadas como atributos concretos do homem, cujos objetivos a serem alcançados são a existência digna, o padrão de vida e condições de trabalho.”

A “Constituição Polaca” de 1937 trouxe em seu texto princípios fascistas, corporativistas, nacionalistas e liberais, reflexo do Estado Novo, da ditadura varguista. No campo econômico ela introduz de forma explícita o termo “intervenção do Estado no domínio econômico” e de crimes contra a economia popular. Utilizando novamente o conhecimento de Vicente Bagnoli<sup>13</sup>, temos<sup>14</sup>:

---

<sup>12</sup> Ibidem., p. 42.

<sup>13</sup> Ibidem., p. 44.

<sup>14</sup> “Art. 141. A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e

“A Constituição de 1937, portanto, atribui ao Estado a coordenação da produção e a inserção da competição com resultados positivos à nação, cabendo ao Estado ainda o poder de reprimir os crimes tidos contra a economia popular, conforme disposto no art. 141”

No período da Redemocratização no governo Dutra, temos a Constituição de 1946, momento de pluralismo político (multipartidarismo), há uma volta mais intensa da defesa da propriedade privada, o pós-guerra marca a busca dos Estados pelo estabelecimento da democracia alicerçada em desenvolvimento econômico sólido e equidade social.

A Constituição de 1967 já em meio a ditadura militar assegurava a intervenção do Estado no domínio econômico e que a ordem econômica deveria contribuir para a justiça social, é nesse período que surge o Estatuto da Terra e a tutela ao direito agrário.

A constituinte de 1987 nos deu uma Carta Constitucional eclética que soube respeitar concomitantemente os direitos humanos de primeira e segunda geração, ao garantir aspectos do liberalismo e da proteção aos direitos sociais. É sem dúvida um texto longo, visto por alguns estudiosos como prolixo, possivelmente fruto da influência do neoconstitucionalismo que tem como uma de suas premissas básicas, conforme Carlucci,<sup>15</sup> a interferência da constituição inclusive em matérias infraconstitucionais. É, portanto, texto formalmente constitucional, é também uma constituição dirigente que impõe obrigações ao Estado. Além disso, o conjunto de normas possui diversos predicados dentre os quais podemos citar ambientalista, municipalista, cidadão por promover a democracia e a participação popular e também economicista possuindo capítulos específicos para tratar desses temas.

No Título VII está regulamentada a organização da atividade econômica e financeira do nosso Estado, entre os artigos 170 e 192, distribuídos em quatro capítulos. No entanto, podemos perceber o âmago das ideias desse Título logo em seu primeiro artigo quando define os princípios da ordem econômica, a saber, soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do

---

prescrever-lhes processo e julgamento adequados à sua prompta e segura punição” PORTO, Walter Costa. 1937 / Walter Costa Prado. – 3. ed. – Brasília: Senado Federal, subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. p. 87

<sup>15</sup> CARLUCCI, Stéfano Di Cònsolo. A influência do neoconstitucionalismo na Constituição Federal de 1988 e a constitucionalização do Direito Civil no Brasil. Migalhas, 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI271756,51045-A+influencia+do+neoconstitucionalismo+na+Constituicao+Federal+de+1988>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

Essa listagem de princípios mostra a preocupação ampla na Constituição de defender os interesses dos vários atores da sociedade mais uma vez deixando evidente o seu caráter eclético protegendo os direitos individuais sem lançar mão das tentativas de promover a distribuição de renda.

### **3 INFRAÇÕES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA**

Seguindo a perspectiva de necessidade de intervenção estatal na economia é possível afirmar que esta existe para fazer frente às práticas de abuso de poder econômico<sup>16</sup>, no cometimento de infrações contra a ordem econômica. São atividades ilícitas das mais variadas formas que podem ser praticadas por qualquer agente do meio econômico e que vão de encontro ao princípio da livre concorrência no mercado prejudicando o pleno desenvolvimento dos setores da economia obviamente atingidos pela conduta.

De forma sucinta João Bosco Leopoldino da Fonseca estabelece as infrações

---

<sup>16</sup> Esclarece Leonardo Vizeu Figueiredo quanto ao abuso do poder econômico, o seguinte. “Por abuso do poder econômico podemos entender todo ato de agente econômico que, valendo-se de sua condição de superioridade econômica, atua prejudicando a concorrência, o funcionamento do mercado ou, ainda, aumentando arbitrariamente seus lucros. Tal conduta perfaz nas hipóteses em que o agente, que detém substancial parcela do mercado, atua em desconformidade com sua finalidade social colimada pela legislação, cerceando a liberdade de mercado ou a livre-iniciativa. Observe-se que tal conduta se faz danosa a ordem econômica quanto para os consumidores, sendo proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro, configurando, em verdade, exercício abusivo do direito de livre-iniciativa e de propriedade” FIGUEIREDO. Op. cit. p. 269. Ainda, em cartilha elaborada pelo CADE é possível encontrar a definição de que abuso de poder econômico “é o comportamento de uma empresa ou grupo de empresas que utiliza seu poder de mercado para prejudicar a livre concorrência, por meio de condutas anticompetitivas. A existência de poder de mercado por si só não é considerada infração à ordem econômica.” CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Cartilha do CADE. Brasília: CADE. 2016. p. 09. Uma visão mais ampla dos elementos que circundam o termo é dada por Sérgio Varella Bruna da seguinte maneira “tem-se por abuso do poder econômico o exercício, por parte de titular de posição dominante, de atividade empresarial contrariamente a sua função social, de forma a proporcionar-lhe, mediante restrição à liberdade de iniciativa e à livre concorrência, apropriação (efetiva ou potencial) de parcela da renda social superior àquela que legitimamente lhe caberia em regime de normalidade concorrencial, não sendo abusiva a restrição quando ela se justifique por razões de eficiência econômica, não tendo sido excedidos os meios estritamente necessários à obtenção de tal eficiência, e quando a prática não represente indevida violação de outros valores maiores (econômicos ou não) da ordem jurídica” BRUNA, Sérgio Varella. O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício. 1.ed., 2. tir. São Paulo. Editora dos Tribunais. p. 178. Assim, podemos entender que o abuso do poder econômico é uma forma de ultrapassar os limites dos próprios direitos atingindo as prerrogativas dos demais indivíduos e atores sociais e que, portanto devem ser coibida para não gerar desigualdades extremas e pela promoção de uma sociedade mais equânime.

contra a ordem econômica como uma série de condutas que rompem o equilíbrio pressuposto para o mercado.<sup>17</sup>

Ainda nesse sentido, Américo Luís Martins da Silva entende que<sup>18</sup>

“Basta que a conduta produza efeitos negativos no mercado, a ponto de desequilibrá-lo, para haver atos ilícitos violadores da ordem econômica, ou seja, para haver infração contra a ordem econômica passível de repressão.”

O trabalho de análise fica facilitado quando o legislador estabelece definições claras e objetivas dos objetos tratados pela norma, é o caso daquilo que é definido no artigo 36 da Lei 12.529 de 2011, quanto às infrações da ordem econômica. Para o legislador:<sup>19</sup>

“Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:  
I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;  
II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;  
III – aumentar arbitrariamente os lucros; e  
IV – exercer de forma abusiva posição dominante.”

Além disso, o mesmo conjunto normativo ainda apresenta, em seu parágrafo 3º, rol de condutas que caracterizam as infrações à ordem econômica, ao todo são dezenove incisos exemplificando situações ilícitas. Mas, vale ressaltar que esse rol é meramente exemplificativo vez que a prática de cometimento de atos ilícitos mediante formas de burlar a livre concorrência é de difícil identificação pela variedade de possibilidades existentes e que surgem com a evolução da sociedade.

É interessante notar que a subsunção depende do efetivo dano à ordem econômica ou de seu risco potencial, ainda que para isso não seja necessária a existência de culpa, o que caracteriza responsabilidade objetiva na reparação dos atos ilícitos detectados bem como das possíveis sanções a serem aplicadas. É nesse sentido que Américo Luís estabelece.<sup>20</sup>

“A conduta contrária à ordem econômica, uma vez confirmada a coincidência com o tipo legal, somente caracteriza-se como infração à ordem econômica sujeita a punição prevista em lei se resultar, ou potencialmente resultar, em dominação de mercado, exercício abusivo de posição dominante, limitação,

---

<sup>17</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de proteção da concorrência: Comentários à legislação antitruste. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2001, p.148.

<sup>18</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. Direito da concorrência empresarial: liberdade de iniciativa e concorrência – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – infrações da ordem econômica e penalidades – controle da concorrência, 2015, p. 8.054.

<sup>19</sup> BRASIL, Lei Nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

<sup>20</sup> MARTINS DA SILVA. Op. cit. p. 8.078.

falseamento ou qualquer forma de prejuízo à livre iniciativa ou ainda vier a implicar aumento arbitrário de lucros.”

Vale destaque ao amplo entendimento do CADE<sup>21</sup> de que tipos de condutas caracterizam infrações à ordem econômica, conhecimento necessário para o momento de análise dos casos concretos, mas apenas como listagem tendo em vista o mote do trabalho ser a discussão sobre cartéis. Dentre essas condutas estão a prática de cartéis inclusive em suas modalidades internacional e em licitações, influência para a adoção de uma conduta uniforme, prática de preços predatórios, a definição de obrigatoriedade dos valores de revenda, restrições nas variáveis território e clientela, acordos de exclusividade, venda casada, abuso de posição dominante, *sham litigation*, e imposição de medidas prejudiciais aos concorrentes.

#### 4 CARTÉIS

A atuação dos agentes econômicos no cometimento de ações prejudiciais à livre concorrência pode ocorrer de diversas maneiras, conforme mostra a preocupação da doutrina em não atrelar caráter taxativo ao rol expresso no artigo 36 da Lei 12.529/2011, mas há uma especificamente responsável por gerar profundos prejuízos à ordem econômica, qual seja a prática de cartéis.

Em trabalho do Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça é mostrada a importância do combate aos cartéis frente aos danos gerados pela prática ilícita, da seguinte forma:<sup>22</sup>

“Cartéis são considerados a *mais grave* lesão à concorrência porque prejudicam seriamente os consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta, tornando os bens e serviços mais caros ou indisponíveis. Ao artificialmente limitar a concorrência, os membros de um cartel também prejudicam a inovação, impedindo que novos produtos e processos produtivos surjam no mercado. Cartéis resultam em perda de bem-estar do consumidor e, no longo prazo, perda de competitividade da economia como um todo. Segundo estimativas da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento econômico (OCDE), os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10 e 20% comparado ao preço em um mercado competitivo, causando prejuízos de centenas de bilhões de reais aos consumidores anualmente.”

---

<sup>21</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Cartilha do CADE. Brasília: CADE 2016. p. 19-20.

<sup>22</sup> Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Combate a cartéis em licitações: guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação. Brasília: SDE. 2008. p. 08.

Corroborar com esse entendimento Leonardo Vizeu ao afirmar que a conduta cartelista “traduz-se para o consumidor em imposição de preços abusivos, muito mais elevados em se comparando ao valor que o produto realmente custa.”<sup>23</sup> Afirma também que essas condutas geram para os concorrentes, não participantes do conluio, cerceamento do direito de concorrência e de permanência no mercado.<sup>24</sup>

Além de sua natureza extremamente prejudicial para a economia, outro ponto negativo dessa forma artificial de obter maiores lucros e impedir a entrada de concorrentes no nicho de mercado da existência do conluio é a dificuldade que há em, efetivamente, detectar e comprovar a existência dessas atividades coordenadas entre os agentes econômicos para quebrar a concorrência. O professor João Bosco Leopoldino da Fonseca afirma haver entre os agentes colusivos sempre uma tentativa de “esconder a combinação realizada, para dar impressão de estar concorrendo”.<sup>25</sup> “Quem participa sela um pacto de absoluto sigilo para que os de fora não percebam o conluio.”<sup>26</sup>

Nesse sentido, esclarece Elisa Santos Coelho Sarto:<sup>27</sup>

“Empresas dispostas a fazer combinação de preços, de quantidades e divisão de mercados são plenamente cientes de seu ilícito, principalmente grandes empresas como do setor de cimento ou gases industriais. Por isso, fazem as trocas de informações de maneira estrategicamente escondida, não deixam tantos rastros de sua atividade coordenada, afetando diretamente o custo da prova do ilícito para as autoridades antitruste.”

Diante dessa problemática de busca por identificação das práticas cartelistas, a doutrina tenta definir o que é o cartel, afinal com características estabelecidas sua identificação será mais acessível.

Para Leonardo Vizeu o cartel é um “acordo abusivo de agentes econômicos, representando combinação de preços, a fim de restringir a variedade de produtos e dividir os mercados para manter suas receitas sempre estáveis.”<sup>28</sup>

No entendimento do ilustre professor João Bosco Leopoldino da Fonseca, temos o cartel como:<sup>29</sup>

“uma conduta adotada por concorrentes no mercado com o objetivo de combinar preços, dividir mercados, estabelecer quotas e combinar condições

---

<sup>23</sup> FIGUEIREDO, op. cit., p. 279.

<sup>24</sup> Ibidem.

<sup>25</sup> FONSECA, op.cit., p.292.

<sup>26</sup> Ibidem.

<sup>27</sup> SARTO, Elisa Santos Coelho. Cartéis Hub-and-Spoke: coordenação horizontal por meio de restrições verticais. Revista de Defesa da Concorrência. RDC, Vol. 5, nº 2, Brasília: CADE, Novembro 2017. p. 3.

<sup>28</sup> FIGUEIREDO, op. cit., p. 279.

<sup>29</sup> FONSECA, op.cit., p.291.



para concorrer em licitações públicas. Esta conduta, pela sua própria característica, tem por resultado as concorrentes, com a finalidade de uniformizar sua conduta no mercado, inviabilizando, assim, a própria concorrência que deveria existir. Por meio do cartel firma-se um pacto de não concorrência.”

Outro ex-conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Ruy Santacruz, conceitua, em decisão do Processo Administrativo nº 08000.045337/97-48, de forma riquíssima a prática como:<sup>30</sup>

“[...] um acordo entre empresas no qual, na maioria das vezes, o preço é fixado ou mercado é dividido. Outras variáveis de mercado também podem ser consideradas no cartel, tais como a qualidade do produto, lançamento de novos produtos, etc. O objetivo do cartel é elevar os preços ao consumidor, através da redução da concorrência, aproximando o resultado do mercado em termos de lucratividade ao que seria alcançado numa situação de monopólio. Além do efeito direto sobre o bem-estar econômico na forma da elevação compulsória de preços ao consumidor, o que caracteriza uma transferência de renda deste para o produtor, o cartel, ao reduzir a concorrência entre as empresas, reduz também a pressão para a melhoria da qualidade dos produtos, para redução dos custos de produção e para a busca e introdução de inovações de um modo geral. Sendo assim, é considerado infração da ordem econômica em todos os países que aplicam leis de defesa da concorrência”.

Ainda, na tentativa de trazer o melhor entendimento do que é o cartel pontue-se certa incongruência que existe no ordenamento brasileiro. Apesar de, principalmente, após o ano de 2003<sup>31</sup> e posteriormente com o reforço do implemento da Lei 12.529 de 2011, o combate aos cartéis se tornar uma prioridade e medida importante na defesa da ordem econômica, não há normas que definam objetivamente ou mesmo mencionem a prática ilícita de forma direta, é o que registra Bruno Oliveira Maggi:<sup>32</sup>

“No direito positivo, a previsão específica é dada pela Lei 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Seu artigo 36 contém todos os elementos necessários para a formulação do conceito de cartel, apesar de não haver uma definição direta.

Entretanto, o ordenamento jurídico não prevê expressamente a definição de cartel, sendo que essa palavra sequer é encontrada na legislação. As normas apenas se referem aos acordos celebrados entre os agentes e, no caso dos cartéis, aos acordos relacionados às relações econômicas entre os agentes.”

Definição muito bem elaborada nos é dada por Fábio Nusdeo ao definir cartel da seguinte maneira:<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> FONSECA, op.cit., p.292.

<sup>31</sup> Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Combate a cartéis em licitações: guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação. Brasília: SDE. 2008. p. 08.

<sup>32</sup> MAGGI, Bruno Oliveira. Cartel: responsabilidade civil concorrencial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018. p.103.

<sup>33</sup> NUSDEO, Fábio. Curso de economia: introdução ao direito econômico. 5. ed. São Paulo: ED. RT, 2008. p. 279-280. apud MAGGI, Bruno Oliveira. Cartel: responsabilidade civil concorrencial. São Paulo:

“Trata-se de um acordo entre empresas que passam a adotar decisões ou políticas comuns quanto a todos ou a um determinado aspecto de suas atividades. Por se tratar de um acordo, as empresas nele envolvidas não perdem a sua autonomia ou a sua individualidade. Elas apenas se submetem aos termos do acordo no seu particular âmbito de aplicação.”

Por fim, sem obviamente exaurir o tema, a definição de Ruy Santacruz é necessária para a discussão a fim de tangenciar e demonstrar um caráter mais técnico no que diz respeito às ciências econômicas. Com isso, vejamos:<sup>34</sup>

“O cartel visa a obtenção de lucros superiores aos que seriam alcançados na ausência de acordo. Nesse caso, o mercado passa a se comportar como num monopólio, e a condição de maximização consideraria a soma dos lucros de todas as empresas. O resultado conjunto obtido seria, portanto, a redução da quantidade total demandada e o aumento dos preços (e dos lucros totais), implicando a apropriação pelas empresas em colusão do excedente do consumidor, que teria seu bem-estar reduzido.”

Portanto, foi possível notar variáveis comuns às definições postas. Haverá um acordo entre agentes atuantes no mercado para influir, artificialmente, em variáveis concorrenciais, prejudicando, em seu fim, o consumidor ao onerá-lo em detrimento dos lucros crescentes das empresas.

#### **4.1 RELAÇÕES VERTICAIS E HORIZONTAIS**

Na perspectiva do embate entre os agentes econômicos dispostos a praticar ilícitos contra a ordem econômica e as estruturas estatais de defesa dessa mesma ordem, podemos notar, como em qualquer outra área, as atualizações pelas quais passam. Se por estas há a implementação de novo arcabouço jurídico, sofisticação nas formas de investigação, reestruturação do sistema para um melhor e mais preciso controle das ações é evidente que aqueles também buscarão “adequar-se” aos novos institutos.

É nesse cenário que há o uso do tipo de cartel investigado nessa análise. Ainda que não seja algo novo, a sua forma de identificação exige maior atenção por parte das autoridades, pela sua forma de estabelecimento se utilizar de restrições verticais para conseguir a coordenação horizontal. Portanto, devemos, antes de iniciar a discussão do cartel, conhecer o que são as relações verticais e horizontais.

Para Paulo Furquim de Azevedo “relações verticais são aquelas que englobam

---

Thomson Reuters Brasil. 2018. p.106.

<sup>34</sup> SANTACRUZ, Ruy. Cartel na lei antitruste: o caso da indústria brasileira de aços planos. In: MATOS, César (Coord.). A revolução do antitruste no Brasil – A teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Singular, 2003. p. 418.

processos produtivos complementares em contraste com relações horizontais, que compreendem processos produtivos substitutivos.”<sup>35</sup>

Bruno de Oliveira Maggi expõe de forma mais detalhada que:<sup>36</sup>

“As relações horizontais se opõem às relações verticais de mercado. Aquelas são as que ocorrem entre agentes pertencentes ao mesmo mercado relevante, podendo ser estruturais (atos de concentração de qualquer espécie) ou de conduta (acordos de qualquer tipo). As relações verticais são aquelas que envolvem agentes que atuam em mercados relevantes diferentes, mas relacionados na cadeia produtiva. Nesse caso, estão abrangidos os atos (estrutura) e acordos (conduta) que interliguem agentes à montante com os agentes à jusante do processo produtivo, como ocorre entre os fornecedores de matéria prima e os fornecedores de bem finalizado que será entregue ao consumidor final.”

Assim, é possível compreender as relações horizontais como aquelas entre agentes econômicos diferentes e que competem para fornecer ao mesmo mercado relevante<sup>37</sup> seus produtos ou serviços e as relações verticais ocorrem, da mesma forma entre agentes diferentes, contudo em sentido de complementaridade em relação à cadeia produtiva.

No entanto, para a espécie de cartel a ser trabalhada adiante os termos que serão utilizados são o da coordenação horizontal e o das restrições verticais. “O cartel é uma espécie de acordo horizontal”<sup>38</sup> em que os agentes de processos substitutivos se coordenam para mitigar a concorrência.

---

<sup>35</sup> AZEVEDO, Paulo Furquim de. Restrições Verticais e defesa da concorrência: a experiência brasileira. São Paulo: Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas FGV-EESP. 2010. p. 03.

<sup>36</sup> MAGGI, Op. cit., p.107.

<sup>37</sup> A expressão mercado relevante, no entendimento de Vicente Bagnoli, “nada mais é do que a tradução literal da língua inglesa de *relevant market*, cujo sentido é determinar o mercado em questão, o *locus* pertinente à análise concorrencial de determinada prática ou operação [...] Assim, o mercado relevante é o palco onde as relações concorrenciais são travadas e o local de atuação do agente econômico, cuja conduta, ainda que potencial, é analisada. [...] para a análise antitruste, pode-se definir objetivamente mercado relevante como a menor área geográfica onde se encontra o menor agregado de produtos ou serviços.” BAGNOLI, Op. cit. p. 126-127. No mesmo sentido do causídico, mas de uma forma mais técnica o CADE ensina que “O mercado relevante é a unidade de análise para avaliação do poder de mercado. É o que define a fronteira da concorrência entre as firmas. A definição de mercado relevante leva em consideração duas dimensões: a dimensão produto e a dimensão geográfica. A ideia por trás desse conceito é definir um espaço em que não seja possível a substituição do produto por outro, seja em razão do produto não ter substitutos, seja porque não é possível obtê-lo. Assim, um mercado relevante é definido como sendo um produto ou grupo de produtos e uma área geográfica em que tal(is) produto(s) é (são) produzido(s) ou vendido(s), de forma que uma firma monopolista poderia impor um pequeno, mas significativo e não transitório aumento de preços, sem que com isso os consumidores migrassem para o consumo de outro produto ou o comprassem em outra região. Esse é o chamado teste do monopolista hipotético e o mercado relevante é definido como sendo o menor mercado possível em que tal critério é satisfeito.” CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Cartilha do CADE. Brasília: CADE. 2016. p. 08.

<sup>38</sup> MAGGI, Op. cit., p.108.

Quanto às restrições verticais sabe-se que são imposições de um dos agentes econômicos, normalmente aquele possuidor de maior poder de mercado, a outros agentes da mesma cadeia de produção, em processos complementares, para atuar de certa forma em obediência aos interesses do primeiro. Ainda que por vezes para o agente menos relevante seja desinteressante tomar essas medidas. Nesse sentido, Alexandre Cordeiro Macedo:<sup>39</sup>

“Para haver uma restrição para os efeitos legais, é preciso a concorrência de três componentes: em primeiro lugar, é preciso haver algum grau de imposição (derivado da posição dominante de uma das partes); em segundo lugar, a medida deve ser uma limitação à liberdade da parte que sofre a imposição (e.g., contratação de empresa concorrente da dominante); por fim, é preciso que essa limitação à liberdade de uma das partes tenha por efeito (ainda que potencial) restringir a concorrência.

A ideia de coação está vinculada à *imposição* de um limite por um agente a outro. Ou seja, restrições envolvem necessariamente alguma medida de força.”

Complementando o entendimento o professor Paulo Furquim, defende:<sup>40</sup>

“Atividades complementares (i.e., verticalmente relacionadas) são frequentemente intermediadas por contratos, que, além de transferirem diretamente um bem ou serviço, podem alocar direitos e deveres entre as partes, em particular direitos de decisão, tais como ‘a que preço vender um produto’ ou ‘de quem adquirir um insumo’. Contratos de *franchising* e diversas modalidades de contratos empresariais tipicamente contêm esse tipo de transferência de direito de decisão, ou seja, restrições verticais”

Algumas atividades empresariais são típicas no contexto das restrições verticais. Como veremos no capítulo de análise de casos investigados pelo CADE alguns setores, por exemplo, o de distribuição e revenda de combustíveis cometem em maior quantidade essas atividades. As práticas mais comuns são as de fixação de preços de revenda, firmamento de acordos de exclusividade, vendas casadas, divisões de mercado, recusa de contrato, discriminação de preço. Será possível perceber, em momento oportuno, a presença simultânea de vários desses pontos em um único caso analisado, demonstrando o dinamismo da conduta a ser mais bem compreendida a diante.

---

<sup>39</sup> MACEDO, Alexandre Cordeiro. Restrições verticais no direito antitruste brasileiro à luz da análise econômica do direito. Brasília: IDP/EDB, 2014. 103p.- Dissertação (Mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público. p. 44.

<sup>40</sup> AZEVEDO, Op. cit., p. 05.

## 4.2 CARTEL DO TIPO *HUB AND SPOKE*

Ao adentrar especificamente no tema de maior relevância ora trabalhado, o cartel *Hub and spoke*, os estudos empreendidos levam à compreensão de que essa modalidade cartelista promove uma coordenação horizontal, de agentes do mesmo nível da cadeia de produção, mas sem que haja, contato direto entre as partes. Para tanto há a atuação de um terceiro elemento que pertence a outro nível da cadeia produtiva, ou até mesmo de um nicho de mercado diferente, no sentido de organizar a troca de informações cruciais para o arranjo das empresas por meio de restrições verticais.

É interessante, para os envolvidos, o uso desse tipo de operação pelo disfarce dado à coordenação horizontal (que é muito mais fiscalizada e com punições mais severas) pelo uso das restrições verticais, defende essa ideia Bruno Maggi da seguinte forma<sup>41</sup>:

“As autoridades dão maior atenção à análise das relações horizontais por que ‘ao contrário das práticas verticais, as práticas horizontais foram sempre consideradas de maior potencial de dano ao mercado. Isso porque são ações entre concorrentes que, como o nome sugere, devem concorrer no mercado e não cooperar entre si’. Apesar de alguns autores afirmarem que ‘acordos horizontais neutralizarem a concorrência principalmente entre os agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante’, o que se pode garantir é que o potencial de dano está sempre presente”

Assim sendo, na tentativa de burlar a fiscalização uma das figuras principais é exatamente a existência desse terceiro ente, facilitador das trocas de informações. Para Vereecken a troca de informações ocorre nos cartéis *hub and spoke* tanto quanto nos tradicionais a única diferença está na forma de transporte das informações em que as trocas ocorrem de forma vertical, mas atingem a cadeia horizontal de produção acima ou abaixo, senão vejamos:<sup>42</sup>

“The only distinctive feature of hub and spoke collusion is that the exchange of information happens through a third party to the cartel agreement. A party that is operating at a different level of the production/distribution chain or even on a completely different market. Therefore, in a hub and spoke scenario we are dealing with an indirect information exchange in a vertical context that has consequences on a horizontal level.”

---

<sup>41</sup> MAGGI, op. cit., p.108.

<sup>42</sup> “A única característica distintiva do conluio de hub and spoke é que a troca de informações acontece através de uma terceira parte no acordo de cartel. Uma parte que está operando em um nível diferente da cadeia de produção / distribuição ou mesmo em um mercado completamente diferente. Portanto, em um cenário de hub and spoke, estamos lidando com uma troca indireta de informações em um contexto vertical que tem consequências em um nível horizontal”. VEREECKEN, Bram. Hub and Spoke Cartels in EU Competition Law. Tese (Master in international business law). Universiteit Gent. p.05.

Barak Orbach reconhece essa conveniência e ainda atribui a esse elo a mitigação dos três problemas principais das atividades cartelistas, os quais são, para o professor, o problema de selecionar e coordenar as estratégias colusivas a serem adotadas; o problema do monitoramento dos membros e de dissuasão de desertores; e por último o problema de impedir a entrada e a expansão de não membros do conluio. Não obstante, é esse link também o responsável em certas circunstâncias por evidenciar a existência do acordo horizontal de não concorrência<sup>43</sup>. A respeito dessa hipótese ele se expressa da seguinte maneira,<sup>44</sup>

“To address these problems, cartels adopt various mechanisms, including use of third parties to provide certain collusive functions. Such third parties may mitigate the problems cartels face by centralizing those functions and reducing the costs of coordination and monitoring.”.

A metáfora aplicada ao cartel *Hub and spoke* faz referência a uma roda, atribuindo uma tradução aos termos, o *Hub* refere-se ao cubo do pneu, o ponto central da roda, o termo *spoke* seria relativo aos raios, os meios de ligação entre o aro e o cubo. Tendo em mente essa imagem fica mais fácil de entender o instituto. O aro do pneu representa a colusão horizontal entre os agentes do mesmo nível da cadeia produtiva, contudo não mantêm relação direta e a troca de informações é feita pelo cubo que é uma empresa, de nível superior ou inferior na cadeia de produção, através da qual são estabelecidos os vários acordos de restrição verticais que representam os aros do pneu.

Nesse sentido, todos os elementos de constituição da relação são importantes e a sua inexistência implica não adequação do instituto ao possível caso concreto em análise. Ora, se não há uma ligação entre os agentes da mesma cadeia produtiva, por exemplo, então teremos apenas alguns acordos verticais que não influem em um acordo horizontal, da mesma forma o pacto de não concorrência entre os atores de processos substitutivos sem a existência de um terceiro que estabeleça as regras do pacto caracteriza um cartel comum.

Ainda conforme o professor Orbach:<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> ORBACH. , Barak. Hub-and-Spoke Conspiracies. The University of Arizona James E. Rogers College of Law. Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 16-11. 2016. p.1.

<sup>44</sup> “Para resolver esses problemas, os cartéis adotam vários mecanismos, inclusive o uso de terceiros para fornecer certas funções colusivas. Esses terceiros podem atenuar os problemas enfrentados pelos cartéis centralizando essas funções e reduzindo os custos de coordenação e monitoramento”. Ibidem.

<sup>45</sup> "Uma conspiração de hub-and-spoke tem quatro elementos: (1) um “centro”, que é a empresa facilitadora; (2) "raios", que são empresas a montante ou a jusante; (3) restrições verticais que conectam o

A hub-and-spoke-conspiracy has four elements: (1) a “hub,” which is the facilitating firm; (2) “spokes,” which are upstream or downstream firms; (3) vertical restraints that connect the hub and the spokes; and (4) the “rim” that connects the spokes. Properly understood, these conspiracies have a narrow meaning that refers to the practices that facilitate the collusion among the spokes at the rim, not to the arrangement of vertical relationships between the hub and the spokes.

Podemos destacar quanto aos cartéis *hub and spoke* que há duas fases distintas na consecução do objetivo final de adotar práticas combinadas. Na primeira delas, um dos raios divulga informação relevante como preço, quantidade de produção, capacidade de oferecimento de serviço ou espaço geográfico de interesse para a comercialização de seu produto ou serviço para o cubo, podendo ocorrer por meio da mera troca de informação e ainda pelo uso das restrições verticais (o que dificulta ainda mais a busca pela identificação do cartel) como a determinação de preços de revenda, contratos de exclusividade, a determinação territorial de onde o seu produto poderá ser oferecido.

Explicitada a fase anterior, a segunda ocorrerá com o trabalho de divulgação da empresa central da relação para as demais formadoras do aro, das intenções de mercado informadas pela primeira empresa de forma que as entidades que recebem a informação possam confiar e se utilizar efetivamente dos dados recebidos. Poderá haver a troca em todas as direções, não apenas de uma empresa impondo seus planos às outras, isso dependerá do equilíbrio de poder e influência existente entre elas, mas vale ressaltar que primordialmente as trocas não devem ser constantes, vez que a busca é pela máxima discrição.

Nesse sentido Bram Vereecken adota o entendimento do órgão de regulação da concorrência competente do Reino Unido em que as fases do acordo cartelista são divididas também em duas. Apenas a nomenclatura estabelecida para a prática é um pouco diferente porque eles se utilizam da designação cartel A-B-C ou *A to B to C*.<sup>46</sup>

---

centro e os raios; e (4) o “aro” que conecta os raios. Corretamente compreendidas, essas conspirações têm um significado limitado referente às práticas que facilitam o conluio entre os raios no aro, não ao arranjo das relações verticais entre o centro e os raios.” ORBACH. Op. cit. p.15.

<sup>46</sup> “The UK competition regulator, the Office of Fair Trading, by a phenomenon which has variously become known as A to B to C coordination, A–B–C information exchange and hub-and-spoke collusion, concluded that, when pricing information is passed between two or more undertakings operating at the same level of the production/distribution chain (between A and C) via a common contractual partner operating at a different level of the production/distribution chain (B), there can be said to exist horizontal price-fixing agreements between the retailers themselves.” ODUDU, Okeoghene. Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion, *European Competition Journal*, 2011, 7:2, 205-242

Vejamos:<sup>47</sup>

The first phase, The A-B phase, there firstly is a direct exchange of strategic and sensitive information between A and B, and this information is intended to be disclosed to one or more of A's competitors (e.g. C). In the second phase, B discloses the strategically sensitive information to C, and C relies on this information and uses it.

Diante disso, é possível entender que há certa variabilidade na forma de participação no acordo. Nota-se, ainda, a existência de interesses diferentes entre cada posição no conluio. Mas o que leva cada ator a aceitar ou querer o acordo? Falls e Saravia se debruçaram sobre essa questão concluindo algumas possibilidades de incentivos para a participação no cartel mediante a prévia construção de uma classificação para as relações possíveis.

O entendimento formado por esses autores é muito bem desenvolvido de forma a ter um caráter didático, inclusive. Inicialmente, quanto ao que eles definem como taxonomia há três hipóteses relativas ao beneficiário da prática cartelista.

O primeiro deles é estabelecido quando quem se beneficia da relação é o participante vertical (o centro da roda). Em um exemplo com três atores A, B e C em que A e C são da mesma posição na escala de produção e B é de outro nível além de ser o centro do acordo para as trocas de informações, o aumento no poder de mercado, o prejuízo à competição ou obstrução ao surgimento de novos agentes, nesse caso, ocorre exatamente no nível de operação de B manifestamente favorecido pelo acordo, ainda que a ligação horizontal esteja em um nível acima ou abaixo na escala produtiva.

Esse tipo de conchavo pode ocorrer através de um acordo entre A e C (intermediado por B) para tomarem ações na intenção de minar a competitividade de um possível rival de B.<sup>48</sup> Os motivos que podem levar A e C a ter interesse nesse tipo de jogada será abordado mais à frente.

---

<sup>47</sup> "A primeira fase, A fase A-B, em primeiro lugar, é uma troca direta de informações estratégicas e sensíveis entre A e B, e esta informação destina-se a ser divulgada a um ou mais concorrentes de A (por exemplo, C). Na segunda fase, B divulga a informação estrategicamente sensível para C, e C confia nesta informação e a usa." VEREECKEN. Op. cit. p. 12

<sup>48</sup> Falls e Saravia abordam caso ocorrido nos Estados Unidos para exemplificar a sua teoria "Examples in this class are group boycotts like the one alleged in Toys 'R' Us v. FTC. In that case, the Federal Trade Commission found that retailer Toys 'R' Us ('TRU') entered into separate vertical agreements with toy manufacturers that limited their distribution of products to lower priced warehouse club stores that threatened TRU's position. Key to the FTC's analysis was that TRU 'was not contented to stop with vertical agreements' and that TRU also organized horizontal agreements among its suppliers would only join in the boycott 'on the condition that their competitors would do the same.'" FALLS, Craig G.; SARAVIA, Celeste C. Analyzing Incentives and Liability in "Hub-and-Spoke" Conspiracies. Distribution and Franchising Committee: ABA Section of Antitrust Law. 2015. p. 11.



Ainda na demonstração da taxonomia desenvolvida, o segundo tipo existente ocorre quando o aumento do poder de mercado ou o prejuízo à competição dos participantes acontece no nível de operação dos participantes horizontais. Assim, com o mesmo exemplo que utilizamos acima o benefício da infração ficará com A e C.

Nesse tipo, B já não tem um interesse legítimo originário na relação, servindo, portanto, apenas como um mero instrumento facilitador do contato indireto entre os agentes do mesmo nível da escala de produção. Certamente, esse é o “modelo” de cartel *Hub and spoke* mais claro, o interesse dos participantes horizontais e o seu funcionamento também ficam bem evidentes com a atuação do agente de cadeia inferior ou superior. O funcionamento explicado por Falls e Saravia é dado como um acordo em que:<sup>49</sup>

“a manufacturer’s downstream retailers conspire to reduce intraband competition amongst themselves at the retail level and achieve that goal by convincing their common upstream manufacturer to impose a resale price maintenance policy or agreements. [...] As argued by the DOJ, *United States v. Apple*, (hereafter ‘e-books’) is also an example of a Class Two hub-and-spoke conspiracy because DOJ alleged that Apple facilitated a price fixing conspiracy among upstream publishers.”

O terceiro e último tipo possível nessa classificação é o existente na ocorrência de aumento do poder de mercado ou prejuízo à competição, concomitantemente, em ambos os níveis de operação, tanto no dos participantes verticais quanto no dos participantes horizontais.

Um exemplo citado no texto de Falls e Saravia<sup>50</sup> foi o da

“*Columbus Drywall v. Masco*, in which plaintiffs alleged that, during a time of decreased demand and excess supply, a downstream fiberglass insulation contractor acted as a hub in facilitating a coordinated price increase by upstream manufacturers in Exchange for the manufacturers agrément to maintain a spread between prices charged to the hub and higher prices charged to rivals contractors.”

Tendo exposto os tipos de acordo possíveis da espécie em análise, retorno a

---

<sup>49</sup> “Os varejistas a jusante de um fabricante conspiram para reduzir a concorrência entre si no nível de varejo e atingir esse objetivo convencendo seus fabricantes a montante comuns a impor uma política ou contratos de manutenção de preço de revenda. [...] Como argumentado pelo DOJ, os Estados Unidos contra a Apple (daqui por diante 'e-books') também são um exemplo de uma conspiração de classe dois porque o DOJ alegou que a Apple facilitou uma conspiração de fixação de preços entre editores a montante.” Ibidem. p. 12.

<sup>50</sup> “*Columbus Drywall contra Masco*, no qual os demandantes alegaram que, durante um tempo de demanda reduzida e excesso de fornecimento, um contratante de isolamento de fibra de vidro agiu como um centro para facilitar um aumento coordenado de preços pelos fabricantes a montante em troca do acordo dos fabricantes para manter um aumento entre os preços cobrados no centro e os preços mais altos cobrados dos empreiteiros rivais”. Ibidem. p. 13.

dúvida deixada anteriormente referente aos motivos que levam cada agente do acordo aceitar ou buscar realizá-lo. Ainda orientado pela construção utilizada acima, teremos basicamente duas formas de incentivo à participação no conluio. A primeira delas é a participação para evitar punições, a segunda visa um ganho com a divisão dos lucros obtidos pelo outro nível da escala de produção do acordo.

Assim, aplicando a cada um dos tipos nomeados, na primeira classe identificada em que o benefício fica com o participante vertical o incentivo aos participantes do “aro” seria de participar para evitar punições de recusa de compra ou de fornecimento de produtos, por exemplo, caso não sejam adotadas medidas de estabelecer acordos menos favoráveis aos concorrentes do “cubo” em seu nível da escala de produção.

Tendo um olhar mais voltado ao funcionamento do mercado essa aceitação explica o motivo de empresas do aro concordarem em aumentar o poder de mercado do cubo, ainda que isso, posteriormente, possa significar aumento de preços para elas mesmas com o domínio do mercado relevante dessa empresa central a qual poderia adotar o preço que desejasse por não ter concorrentes significativos. A troca existente é de um futuro aumento de preços por uma possível aniquilação das chances de concorrência.

Obviamente, a ameaça deve ser séria e os agentes horizontais devem ter a sensação de que a empresa central pode efetivamente cumpri-las e para isso conforme Falls e Saravia<sup>51</sup> “Such a threat is credible only if Distributor D would lose more from Distributor’s P entry than from cutting off the Manufacturer.” Nesse caso, o distribuidor D seria o cubo da relação que teria os fabricantes como pontos do aro e P seria o concorrente de D.

A segunda forma possível de incentivo à participação do acordo é a partir da divisão dos lucros com o ganho de poder de mercado obtido com a exclusão dos concorrentes do agente central da relação. Esse aumento pode ocorrer, por exemplo, pelo acréscimo do preço dos produtos ou serviços adquiridos pelo cubo ou na diminuição do preço no caso de fornecimento.

Sob o viés econômico, novamente, o ponto central deverá garantir que a divisão desses lucros obtidos seja pelo menos igual ao que as empresas do aro ganhariam se

---

<sup>51</sup> “Tal ameaça só é crível se o distribuidor D perder mais com a entrada do distribuidor P do que com o corte do fabricante.” Ibidem. p. 15.

comercializassem com os concorrentes do cubo. E ainda é possível que detectando essa movimentação contrária a depender do poder econômico desses concorrentes surjam ofertas às empresas periféricas da relação para mediante algum tipo de pagamento comercializarem os seus produtos. Dessa forma, a transferência de lucros deve cobrir não apenas os possíveis ganhos de comércio, mas de uma provável oferta para a quebra do acordo.<sup>52</sup>

Os incentivos possíveis na segunda classe em que o ganho do poder de mercado ou o prejuízo a competição ocorre no nível horizontal são os mesmos do tipo 1. Assim, a indução para que ocorra a participação poderá ser pelo medo de represálias ou pela participação dos ganhos.

Algo diferencial na segunda classe é a possível situação de monopólio do agente central da relação. Caso exista o cenário posto acima não ocorrerá o acordo, pelo menos não por esses meios “convencionais”, já que os incentivos não poderão ser aplicados nele. “The reason for this is that, if Distributor D is a monopolist, it is already earning the ‘one monopoly rent’ that is available for the market and, thus cannot increase industry profits by helping the manufacturers collude.”<sup>53</sup>

O terceiro e último tipo de acordo tem como beneficiários do ganho de poder de mercado ou do prejuízo à competição ambos os níveis e suas vantagens de participação são óbvias, vez que todos ganham. Infere-se, portanto, o incentivo de participação é o próprio acordo que leva consigo as vantagens inerentes à adoção de práticas cartelistas.

Vale ressaltar, ainda, aspecto não abordado em relação aos acordos de primeira e segunda classe. Na perspectiva de repartição dos lucros obtidos pode-se constatar a transformação desses conluios em classe três no momento em que a interferência deixa de ser restrita a um só nível e passa a influenciar nos outros. Ora, se, por exemplo, em um acordo de classe dois a repartição dos lucros gera também benefícios ao centro da relação que ganha maior poder de mercado em relação aos seus concorrentes, não há de falar na existência do acordo de classe dois, mas sim de terceira classe tendo em vista o benefício nos dois níveis.

---

<sup>52</sup> Ibidem. p. 16.

<sup>53</sup> "A razão para isto é que, se o Distribuidor D é um monopolista, já está ganhando a 'renda de um monopólio' que está disponível para o mercado e, portanto, não pode aumentar os lucros da indústria ajudando os fabricantes a conspirar." Idem.

## 5 ABORDAGEM DO CADE

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é uma autarquia de regime especial e um dos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) que atua na defesa do melhor palco de concorrência para atuação das empresas e benefício dos cidadãos no Brasil. Sua criação veio com a Lei nº 4.137/62 instituído apenas como órgão do Ministério da Justiça, posteriormente com a Lei nº 8.884/1994 ganha a função de autarquia ainda vinculada ao Ministério da Justiça e função mais importante, inclusive a de julgar os processos administrativos de condutas anticompetitivas e de apreciação de atos de concentração levados ao seu crivo. Mas é a Lei nº 12.529/2011 a responsável por estabelecer os poderes e deveres do CADE como conhecemos, a lei promoveu uma reestruturação do SBDC (com a extinção da Secretaria de Direito Econômico, por exemplo) e da estrutura do próprio CADE.

É possível atribuir ao funcionamento da autarquia, conforme material fornecido pela própria instituição<sup>54</sup>, três aspectos básicos que serão norte de sua atuação, a de prevenção de riscos a livre concorrência por meio do controle exercido nos atos de concentração empresarial, sobretudo de empresas de grande porte que atingem maiores faixas de mercado; função repressiva voltada ao combate das atividades que fugindo ao controle natural da entidade causam prejuízos à livre concorrência; e por fim a função educativa que seria a responsável por estimular o ideal da boa concorrência e seus benefícios ao cidadão, dar ciência às pessoas a respeito do que são as práticas danosas à concorrência, estimular o debate acadêmico do assunto para desenvolvê-lo no país e compilar os assuntos que circundam o tema promovendo publicações acessíveis à sociedade.

Dessa forma, é possível afirmar que há, na atuação da autarquia, uma preocupação em garantir o equilíbrio estrutural do mercado pela atuação no controle dos processos de concentração e repressão de atos de abusos de mercado, visando não apenas a livre atuação dos agentes de mercado, mas, sobretudo tentando garantir o bem social. Luís Américo<sup>55</sup> aborda o tema da seguinte forma:

“Em maior ou em menor escala, essas disciplinas são destinadas, não à ação estatal em proteção a direitos individuais dos concorrentes simplesmente, mas

---

<sup>54</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Cartilha do CADE. 2016. p. 19-20.

<sup>55</sup> MARTINS DA SILVA, op. cit., p. 6.166-6.176.

à preservação dos mecanismos do mercado, como diferenciador, em relação às práticas de repressão à concorrência desleal, inspirada sempre por interesses de cunho individual.”

Assim, tendo entendido um pouco da motivação da autarquia, vamos à análise de alguns casos abordados relativos aos cartéis do tipo *hub and spoke*. Inicialmente o presente trabalho se utilizou de dois artigos<sup>56</sup> para encontrar exemplos da prática, mas volume maior foi encontrado com a busca feita no próprio *site* da instituição (CADE).

Ao todo foram encontrados oito casos dentre os quais apenas dois não pertencem ao ramo dos combustíveis derivados de petróleo, esses outros dois casos são de empresas de tecnologia, a grande maioria envolveu também fraudes em licitações e nenhum deles têm resolução até o momento de realização da pesquisa. Partiremos agora para uma análise um pouco mais detalhada do entendimento do corpo técnico do CADE a respeito do cartel de tipo *hub and spoke* utilizando os processos encontrados.

O primeiro é o processo de número 08700.010769/2014-64 representado pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP em face de distribuidoras de gás liquefeito de petróleo – GLP, Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo de Minas Gerais – Minaspetro, além de várias pessoas físicas e jurídicas relacionadas aos postos de gasolina investigados.

O parecer Nº 6<sup>57</sup> relata a ocorrência de formação de cartel, influência de conduta comercial uniforme e fixação de preços de revenda, criação de dificuldades a concorrentes e adquirentes e discriminação de adquirentes.

O que ocorria era que as distribuidoras de GLP na tentativa de controlar o mercado promoviam a troca de informações relevantes entre os postos de gasolina determinando preços e área de atuação dos “varejistas”. É relatado no parecer<sup>58</sup>

No caso dos autos, foram registradas dezenas de contatos para celebração de acordos e aperfeiçoamento de práticas concertadas, configurando um cartel clássico ou *hardcore* no mercado de revenda de combustíveis da região metropolitana. Entre as práticas concertadas anticompetitivas, destacam-se, por sua quantidade e relevância, as trocas de informações sobre intenções de reajustes de preços e outras estratégias comerciais, muitas vezes com a intermediação de funcionários das distribuidoras representadas (colusão *hub and spoke*).

---

<sup>56</sup> SARTO, op. cit. e ALBUQUERQUE, Felipe Braga; LEAL, Leonardo José Peixoto. Prática de cartel no Brasil: um estudo sobre as decisões do CADE e o perfil das condenações por cartel. III encontro de internacionalização do CONPEDI – Madrid. Volume 08.

<sup>57</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Parecer nº 6/2018/CGEP/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU. Processo Administrativo 08700.010769/2014-64. 01 ago. 2019.

<sup>58</sup> Idem.

Estamos tratando, então, de uma colusão de tipo 3 em que todas as partes se beneficiam do acordo.

O próximo processo é o de N° 08012.006043/2008-37, representado pela própria Secretaria de Direito Econômico, do CADE e tem no polo oposto novamente empresas distribuidoras GLP, dessa vez o Sindicato das Empresas Transportadoras e Revendedoras Varejistas de Gás Liquefeito de Petróleo do Distrito Federal – Sindvargas do Distrito Federal além de diversas outras pessoas físicas que foram os “*spokes*” da relação.

A Nota Técnica n° 68<sup>59</sup> esclarece que havia indícios de realização de cartel clássico entre distribuidoras de GLP, estabelecido por meio do acordo de preços de revenda e da fixação geográfica dos mercados de atuação para a distribuição e revenda entre si.

Houve conforme relatado, a criação de meios de fiscalização do cumprimento dos termos do acordo, visto que a cadeia de comercialização do GLP é muito ramificada tendo milhares de agentes envolvidos, e de retaliação daqueles que não seguissem o que era estabelecido.

A nota ainda destaca o caráter vertical das ações do cartel com o apoio de agentes de outros níveis da cadeia de produção com os seguintes termos<sup>60</sup> :

“Finalmente, no que diz respeito especificamente ao mercado de revenda de GLP no Distrito Federal e Entorno, existem fortes indícios de que agentes atuantes nesse mercado organizaram um cartel clássico de escopo local, que teria contado com o apoio tanto do sindicato local de revendedores (Sindvargas/DF), quanto de funcionários de distribuidoras de GLP e do sindicato nacional de distribuidoras de GLP (Sindigás).”

Mais uma vez o cartel formado é o de tipo 3 em que os ganhos com a atividade colusiva fica distribuído entre todos os seus participantes e não apenas entre um ou outro nível de produção e a participação dos demais ocorre por medo de retaliações.

O próximo caso trazido é mais um envolvendo a ANP e distribuidores e revendedores de GLP, mas nesse caso em Campina Grande, na Paraíba. Relatou a Nota Técnica N° 66 que resumidamente existiam sinais de atuação das distribuidoras na constituição de um cartel clássico no âmbito do qual combinaram fixação de preços e

---

<sup>59</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica n° 68/2016/CGAA6/SGA2/SG/CADE. Processo Administrativo 08012.006043/2008-37. 19 set. 2016.

<sup>60</sup> Idem.

acordaram a divisão do mercado de revenda de GLP entre si. Além disso, informa a nota que em razão da quantidade de revendedores que participavam do acordo foi desenvolvido sistema de monitoramento e retaliação contra aqueles que descumprissem os termos estabelecidos.

Também houve a adoção de estratégias de troca de informações relevantes incluindo práticas restritivas verticais. Relativamente ao tipo de cartel em análise a nota se manifesta da seguinte maneira para comprovar os aspectos necessários à subsunção ao caso concreto:<sup>61</sup>

Com efeito, existem indícios robustos de colaboração dos revendedores com funcionários de distribuidoras para promover o monitoramento e o exercício de pressão sobre revendedores que estavam se desviando dos preços seguidos pelos demais agentes do mercado. Igualmente, existem indícios robustos de trocas de informações comercialmente sensíveis, acordos e práticas concertadas entre revendedores intermediados por funcionários de distribuidoras.

Com isso, fica clara a atividade colusiva que leva ao entendimento de que seria justa a aplicação da prática de cartel *hub and spoke*. Esse caso concreto se enquadra ao tipo 3 abordado no capítulo anterior.

Dando seguimento ao relato dos casos temos o de Nº 08700.009879/2015-64 de representação do Ministério Público do Estado de Santa Catarina em face do Sindicato do Comércio Varejista de derivados de Petróleo do Estado de Santa Catarina, da Ipiranga Produtos de Petróleo S/A e vários revendedores de combustíveis automotivos.

Por meio da Nota Técnica Nº 86<sup>62</sup> foi informado que existem fortes indícios de formação de cartel, influência de conduta comercial uniforme, fixação de preços de revenda, criação de dificuldades a concorrentes e discriminação de adquirentes no mercado de distribuição e revenda de combustíveis em Joinville, Santa Catarina, pelo menos desde 2010.

Nesse caso os agentes se utilizaram de diversas reuniões em seus próprios estabelecimentos e na sede do sindicato para definir os termos a serem seguidos nas práticas anticoncorrenciais e as distribuidoras atuavam como forma de controle e fiscalização das atividades. A nota esclarece o seguinte<sup>63</sup>:

---

<sup>61</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica nº 66/2016/CGAA6/SGA2/SG/CADE. Processo Administrativo 08700.003067/2009-67. 01 ago. 2019.

<sup>62</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica nº 86/2015/CGAA6/SGA2/SG/CADE. Processo Administrativo 08700.009879/2015-64. 03 maio 2019.

<sup>63</sup> Idem.

Observa-se, ainda, atuação das distribuidoras Rejaile, Alesat e, sobretudo, Ipiranga na tentativa de estabilização do mercado. Segundo consta dos autos, a distribuidora Ipiranga teria atuado não só segurando os preços de distribuição junto a seus revendedores para evitar a resposta destes às eventuais quedas de preços provocadas por concorrentes, mas também intervindo junto aos seus postos revendedores que estariam descumprindo os acordos de preços firmados, supostamente ameaçando-os com a elevação dos preços de distribuição e despejo do imóvel, o que de fato teria ocorrido com o posto revendedor do denunciante.

A atuação das distribuidoras como *hub* da relação levou a percepção de que elas também se beneficiavam do acordo na medida em que a falta de competitividade entre as revendedoras evitava a pressão por melhores preços no fornecimento de combustível por parte delas. Há a formação, portanto, do acordo de tipo três em que ambos os níveis de produção beneficiam-se da falta de livre iniciativa e ambiente competitivo.

Os casos que não envolvem o ramo de combustíveis são dois, um deles tem entendimento negativo quanto a possibilidade de aplicação da infração em análise, mas vale o estudo para entender o “pensamento” da instituição.

Trata-se do Procedimento preparatório de inquérito administrativo N° 08700.008318/2016-29 representado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face da empresa Uber do Brasil Tecnologia Ltda., de forma resumida o denunciante alegou uma tentativa de *dumping* da empresa ao explorar os motoristas com a prática de preços inferiores aos custos. Todas essas estratégias através de ajustamento dos preços a serem praticado pelos motoristas impedindo a livre concorrência e gerando uma conduta uniforme, controle artificial de preços e prejuízo aos consumidores com a adoção de um fator multiplicador em certas situações que aumenta seus lucros e de seus colaboradores em detrimento do consumidor que não teria alternativa que não submeter-se aos preços mais altos.

A nota afirma haver de fato um estabelecimento de preços pelo serviço de transporte sobre os motoristas vinculados ao aplicativo. O que invariavelmente quebra a concorrência pela variável preço entre esses fornecedores de serviço, e ressalta a possibilidade de cobrança abaixo do valor sugerido por parte dos motoristas, mas também reconhece não haver incentivo algum para a adoção dessa atitude por parte deles.

Entendem, portanto, os analistas ser perfeitamente cabível o questionamento se há realmente a prática colusiva de cartel do tipo *hub and spoke* na atividade da empresa



Uber. Nesse sentido destacam para responder a essa pergunta três pontos importantes nas atividades analisadas.

Inicialmente, a empresa desenvolvedora do aplicativo não trabalha para que os motoristas parceiros se comuniquem entre si<sup>64</sup> e que se há comunicação entre eles esta ocorre por meios diversos que a empresa não pode ter o controle ou influência; há ainda o entendimento de que a definição de preços por parte do aplicativo não caracteriza um acordo entre os motoristas, mas sim uma relação contratual entre o aplicativo e o motorista individualmente; por fim a Nota Técnica afirma não haver atitude colusiva de uniformidade de preços por parte da empresa vez que é este apenas o seu modelo de negócios.

Diante disso, a equipe técnica entende não ser possível atribuir a existência de um cartel *hub and spoke* já que “não há qualquer troca de informações concorrencialmente sensíveis e também inexistente acordo estabelecido entre os motoristas parceiros em razão da atuação Uber”,<sup>65</sup> não havendo, assim, pressupostos básicos para a acusação desse tipo de cartel.

Dando seguimento, o processo de Nº 08700.008098/2014-71 de representação do Ministério Público de Santa Catarina (MP-SC) contra agentes do mercado de equipamentos de informática.

Consta na Nota Técnica Nº 61<sup>66</sup> que em operação realizada pelo MP-SC apareceram robustos indícios de que eram mantidas condutas anticompetitivas na estratégia de vendas da Positivo Informática S.A., ocorrendo em concorrências públicas e privadas destinadas à aquisição de equipamentos e materiais de informática.

A empresa de acordo com a denúncia atuava centralizando e repassando informações pertinentes do ponto de vista comercial entre os seus revendedores permitindo a tomada de condutas uniformes entre esses revendedores além de promover o controle por meio, por exemplo, de restrições no fornecimento de equipamentos

---

<sup>64</sup> Esse ponto é importante no contexto geral de análise porque uma das formas de subir o multiplicador já mencionado é por meio da oferta de carros disponíveis e há relato de que por vezes motoristas teriam combinado de desligar a sua conexão com o aplicativo propositalmente para fazer subir o valor da “corrida” de forma artificial o que estaria evidenciando claramente uma prática de prejuízo ao consumidor.

<sup>65</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica nº 26/2018/CGAA4/SGA1/SG/CADE. Processo Administrativo 08700.008318/2016-29. 02 out. 2018.

<sup>66</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica nº 61/2015/CGAA8/SGA2/SG/CADE. Processo Administrativo 08700.008098/2014-71. 03 maio 2019.

aqueles que não obedecessem aos termos repassados pela empresa de forma a impedir o cumprimento dos contratos.

Nos termos da Nota Técnica 61 na medida estratégica da Positivo<sup>67</sup> :

“Há indícios de que, em regra, tal política inibiria e regulava a concorrência entre revendedores, fixaria condições comerciais a seus revendedores em negócios destes com terceiros, bem como influenciaria a adoção de conduta comercial uniforme entre concorrentes. No sentido dos chamados cartéis *hub-and-spoke*, a Positivo teria supostamente passado a centralizar e repassar informações comerciais sensíveis entre revendedores – influenciando a adoção de condutas uniformes entre concorrentes – e a conferir uma “autorização” para determinado revendedor participar de uma licitação e mesmo a impedir que revendedores não autorizados participassem de licitações mapeadas a outros revendedores, o que, se não cumprido, implicaria na recusa de fornecimento de produtos ou na aplicação de outras penalidades.”,

portanto, a conclusão é pela instauração do processo administrativo e dentro da análise do tipo de cartel *hub and spoke* ocorreu pela ocorrência de divisão geográfica de mercado, mapeamento e reserva de oportunidades, compartilhamento de informações comerciais sensíveis entre revendedores concorrentes e punições a revendedores dissidentes.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo demonstrou a forma de atuação dos agentes colusivos para a prática de cartel na modalidade *hub and spoke*, bem como a atuação do CADE em defesa da concorrência.

Diante dos casos abordados foi possível perceber alguns pontos característicos da modalidade cartelista, inicialmente vale destaque a atualidade do tema que como visto ainda não possui normatização específica no ordenamento nacional, mas que tem certo entendimento desenvolvido no âmbito da análise do CADE.

Ainda, foi visto que a ocorrência é principalmente em grandes cadeias de produção nas quais, aparentemente, há maior necessidade de um ponto central que coordene as atividades de mercado, sobretudo no setor de produção e distribuição de combustíveis.

Utilizando-nos do exemplo dado no início do capítulo anterior, processo número

---

<sup>67</sup> Idem.

08700.010769/2014-64, podemos visualizar bem qual é o funcionamento do cartel *hub and spoke*, no Brasil, na área de combustíveis. Dada a enorme ramificação da cadeia produtiva e de distribuição o controle ocorre por meio do produtor de combustível que possui maior contato com as pontas da cadeia, há também nesse caso a participação do sindicato dos varejistas que ajuda no repasse das informações comercialmente sensíveis.

As condutas analisadas nesse processo e comuns aos outros abordados são a de influência na adoção de conduta comercial uniforme, fixação do preço de revenda, a criação de dificuldades a concorrentes e adquirentes, a discriminação de adquirentes e a fixação geográfica dos mercados de atuação.

Com a aplicação do entendimento doutrinário trazido foi possível entender que na realidade a prática cartelista sempre se afigura no tipo 3 de cartel em que todas as partes beneficiam-se em certo grau da medida colusiva. Não obstante, há de se mencionar a existência de imposição sobre alguns distribuidores, as vezes o beneficiamento do posto de combustível não é suficiente para suprir aquilo que ele poderia ganhar com a livre concorrência, neste caso o *hub* terá de garantir o cumprimento dos acordos por meio de ameaças de não fornecimento ou da atuação conjunta com os postos “próximos” para uma espécie de *dumping* até a adequação do dissidente ou a sua saída do mercado.

Nesse aspecto abordado no parágrafo anterior, o que há é uma união das classes 2 e 3 do cartel. Para aqueles que se adequam ao estabelecido há mútuo benefício, mas na tentativa de quebra do acordo as restrições verticais levam a um desequilíbrio na competição do mercado em nível horizontal.

No caso da empresa de tecnologia é interessante notar a possibilidade do surgimento de mais análises na área vez que a coordenação de dados para eficiência de mercado por meio de softwares cada vez mais afinados é tendência na seara tecnológica, em casos, por exemplo, da contratação de uma empresa desenvolvedora de software por diferentes outras empresas para criar um algoritmo de precificação ideal de um determinado produto, é possível suscitar uma aplicação do instituto ao caso concreto.

Vale novo destaque a percepção de que na análise dos casos trazidos há certa distância do estabelecido da doutrina estrangeira que foi abordada durante o texto, nos casos concretos há sempre uma relação simbiótica nos cartéis, todos os casos narrados pertenciam primordialmente a classe 3 de cartel *hub and spoke* de forma que o benefício

era mútuo aos participantes. A realidade econômica das práticas de mercado nacionais mostrou que a imposição dos acordos era na verdade uma busca de todos por benesses, mas ainda assim existe a influência do ente que detém maior poder econômico para a garantia do acordo e isso gera posteriores desequilíbrios nas cadeias a nível horizontal. Como aconteceu no caso da Positivo e alguns dos de combustíveis.

Quanto ao conjunto normativo parece não haver deficiência alarmante para a subsunção das práticas, por conta do caráter mais genérico de alguns dispositivos contidos na Lei 12.529 de 2011, de acordo com os processos analisados o artigo 36 com seus incisos I a IV e os incisos do § 3º (abordados no capítulo 4 deste trabalho) são suficientes para adequar qualquer das atividades desenvolvidas em um cartel *hub and spoke*.

Contudo, a não existência de uma norma mais específica leva a inevitável abertura de espaço a maior interpretação normativa pelos julgadores do tribunal administrativo de defesa econômica, o que pode gerar decisões discrepantes e eivadas de entendimentos pessoais. Um ponto importante nessa perspectiva é que dentre os processos analisados temos dois de 2008 e um de 2009 ainda sem conclusão, além de todos os outros, mais recentes, também pendentes de decisão definitiva. Com isso, é possível comentar que o enquadramento entre atividades e norma é totalmente cabível, desde que a autoridade julgadora esteja realmente interessada em defender a livre concorrência em detrimento dos grandes conglomerados de capital.

Diante de tudo, podemos entender que há a necessidade de desenvolvimento dos estudos da espécie cartelista para talvez obter novas conclusões quanto às áreas de mercado em que a atividade ocorre ou quanto às formas de incentivo a participação no acordo obtidas mediante a atuação ainda mais ampla do CADE, com fim de garantir a defesa da concorrência.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Felipe Braga; LEAL, Leonardo José Peixoto. **Prática de cartel no Brasil: um estudo sobre as decisões do CADE e o perfil das condenações por cartel.** III encontro de internacionalização do CONPEDI – Madrid. Volume 08. 2015

AZEVEDO, Paulo Furquim de. **Restrições Verticais e defesa da concorrência: a experiência brasileira.** São Paulo: Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas FGV-EESP. 2010.

BARREIRA, Mariana Esteves. **CARTÉIS HUB AND SPOKE: HORIZONTAL OU VERTICAL?.** Tese (Mestrado em Direito). Universidade Católica Portuguesa. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, out. 2001. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47240/44652>>. Acesso em: 16 Jul. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v226.2001.47240>.

BRITO, E. P. Z.; MORGANTI, F.; BRITO, L. A. L. **Inovação e o Desempenho Empresarial: Lucro ou Crescimento?.** RAE - eletrônica, v. 8, n. 1, janeiro-junho, 2009.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício.** 1.ed., 2. tir. – São Paulo. Editora dos Tribunais. p. 178.

CARLUCCI, Stéfano Di Cònsolo. **A influência do neoconstitucionalismo na Constituição Federal de 1988 e a constitucionalização do Direito Civil no Brasil.** Migalhas, 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI271756,51045-A+influencia+do+neoconstitucionalismo+na+Constituicao+Federal+de+1988>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial.** 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Cartilha do CADE.** Brasília: CADE. 2016.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Nota Técnica nº 26/2018/CGAA4/SGA1/SG/CADE.** Processo Administrativo 08700.008318/2016-29. 02 out. 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Nota Técnica nº 61/2015/CGAA8/SGA2/SG/CADE.** Processo Administrativo 08700.008098/2014-71. 03 maio 2019.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Nota Técnica nº 66/2016/CGAA6/SGA2/SG/CADE.** Processo Administrativo 08700.003067/2009-67.

01 ago. 2019.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Nota Técnica nº 68/2016/CGAA6/SGA2/SG/CADE**. Processo Administrativo 08012.006043/2008-37. 19 set. 2016.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Nota Técnica nº 86/2015/CGAA6/SGA2/SG/CADE**. Processo Administrativo 08700.009879/2015-64. 03 maio 2019.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Parecer nº 6/2018/CGEP/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU**. Processo Administrativo 08700.010769/2014-64. 01 ago. 2019.

DIAS, Ivan Pinto. **Algumas observações sobre o conceito de lucro da transformação**. Rev. adm. empres., São Paulo, v. 7, n. 22, p. 37-46, Mar. 1967. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-75901967000100002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901967000100002&lng=en&nrm=iso)>. Access on 16 July 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-75901967000100002>.

FALLS, Craig G.; SARAVIA, Celeste C. **Analyzing Incentives and Liability in “Hub-and-Spoke” Conspiracies**. Distribution and Franchising Committee: ABA Section of Antitrust Law.2015.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. 1975 – **Lições de direito econômico / Leonardo Vizeu Figueiredo**. – 7. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico/João Bosco Leopoldino da Fonseca**. 9. ed. rev., atual., e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GRUNEWALD, A. E. **Planejamento Financeiro e Determinação do Lucro**. RAE-Revista de Administração de Empresas, v. 3, n. 9, out-dez, p.69-90, São Paulo: RAE publicações. 1963.

MACEDO, Alexandre Cordeiro. **Restrições verticais no direito antitruste brasileiro à luz da análise econômica do direito**. Brasília: IDP/EDB, 103p.- Dissertação (Mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público. 2014.

MAGGI, Bruno Oliveira. **Cartel: responsabilidade civil concorrencial**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**, Tradução de Allen Vidigal Hastings, São Paulo: Cengage Learning, 2009.

MASSO, Fabiano Del, 1971. **Direito econômico esquematizado / Fabiano Del Masso**. – 2. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. São

Paulo: ED. RT, 2008. apud MAGGI, Bruno Oliveira. Cartel: responsabilidade civil concorrencial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018.

ORBACH, Barak. **Hub-and-Spoke Conspiracies**. The University of Arizona James E. Rogers College of Law. Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 16-11. 2016.

PORTO, Walter Costa. **Constituição de 1937** / Walter Costa Prado. – 3. ed. – Brasília: Senado Federal, subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial: volume 1**. 33. ed. São Paulo. Saraiva. 2014.

SANTACRUZ, Ruy. **Cartel na lei antitruste: o caso da indústria brasileira de aços planos**. In: MATOS, César (Coord.). **A revolução do antitruste no Brasil – A teoria econômica aplicada a casos concretos**. São Paulo: Singular, 2003.

SARTO, Elisa Santos Coelho. **Cartéis Hub-and-Spoke: coordenação horizontal por meio de restrições verticais**. Revista de Defesa da Concorrência. RDC. Vol. 5, nº 2, pp. 30-50. Brasília: CADE. Novembro 2017.

VERECKEN, Bram. **Hub and Spoke Cartels in EU Competition Law**. Tese (Master in international business law). Universiteit Gent. 2014-15.