

MARCELA CAMPOS GOMES FERNANDES

**Política de defesa da concorrência e combate a cartéis internacionais no
Brasil**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. José Maria Arruda de Andrade

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2017

MARCELA CAMPOS GOMES FERNANDES

**Política de defesa da concorrência e combate a cartéis internacionais no
Brasil**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Econômico, Financeiro e Tributário, sob a orientação do Prof. Dr José Maria Arruda de Andrade.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2017

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Fernandes, Marcela Campos Gomes

Política de defesa da concorrência e combate a cartéis internacionais no Brasil / Marcela Campos Gomes Fernandes ; orientador José Maria Arruda de Andrade -- São Paulo, 2017.

318

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico, Financeiro e Tributário) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. Direito econômico . 2. Defesa da Concorrência.
3. Cartel . 4. Cartel internacional. I. Andrade, José Maria Arruda de, orient. II. Título.

Nome: FERNANDES, Marcela Campos Gomes

Título: Política de defesa da concorrência e combate a cartéis internacionais no Brasil

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como exigência parcial para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Ao Juan

AGRADECIMENTOS

Este trabalho conclui um longo ciclo acadêmico, profissional e pessoal que percorri ao lado de muitas pessoas que foram fundamentais e às quais devo os meus mais sinceros e profundos agradecimentos.

Ao meu orientador, Professor José Maria Arruda de Andrade, por ter acreditado em mim e no meu tema de pesquisa, por ter me conduzido pelos fascinantes caminhos do direito econômico e por ter sabiamente me salvado de tantas armadilhas científicas, meu especial agradecimento. Agradeço, em particular, pela oportunidade de acompanhá-lo como sua monitora na disciplina de graduação Direito Econômico da Concorrência, experiência que foi de grande importância para minha formação acadêmica e que, sem dúvida, reverberou nas reflexões constantes desta dissertação.

Aos Professores Alessandro Serafin Octaviani Luis e Vinícius Marques de Carvalho, agradeço pela ajuda e indicação bibliográfica, inclusive desde a preparação para o processo de seleção, o que colaborou de forma determinante para o resultado desse trabalho. À Ana Paula Martinez, agradeço também pelas orientações valiosas que me deu nesse mesmo processo. Ao Professor John Connor, da Universidade de Pardue, agradeço pela atenção nas respostas aos meus e-mails e pela gentileza em comentar o texto que lhe encaminhei, contribuindo com esse gesto para várias reflexões que aqui se encontram reproduzidas.

Agradeço também pelo aprendizado e inspiração que recebi de todos os excelentes profissionais com quem convivi durante os cerca de 15 anos de trabalho na SDE e no Cade, muitos dos quais se tornaram grandes amigos. A dedicação e espírito público de cada um deles influenciou enormemente esse trabalho.

Não tenho palavras para expressar a gratidão que tenho por todo o carinho, apoio incondicional e paciência que meu querido marido Juan Ferres me proporcionou ao longo do trajeto percorrido até aqui e, em especial, nessa derradeira fase de conclusão do trabalho. Além de ter sido privado de muitos finais de semana e feriados junto com sua esposa, Juan foi, por inúmeras vezes, submetido a infundáveis discussões sobre o tema dos cartéis internacionais. Suas ponderações me ajudaram enormemente e estão refletidas em muitos aspectos deste trabalho.

Finalmente, aos meus queridos pais, Norberto e Sonia, agradeço por tudo que fizeram e fazem para que eu pudesse ter percorrido esse ciclo, e aos meus irmãos Andréa, Adriana e Cláudio, por serem referências constantes na minha vida.

Que o novo ciclo que se iniciará com a conclusão deste trabalho seja tão fascinante e desafiador quanto este! E que, ao percorrê-lo, eu tenha a sorte de encontrar pessoas tão generosas quanto as que cruzaram os meus caminhos até hoje!

RESUMO

FERNANDES, Marcela Campos Gomes. *Política de defesa da concorrência e combate a cartéis internacionais no Brasil*. 2017. 318 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

O combate a cartéis internacionais tem emergido como prioridade de política concorrencial em muitas jurisdições desde a década de 1990. No entanto, a despeito do aumento das sanções aplicadas em nível global, a dissuasão ótima da prática permanece um desafio. Dilemas econômicos e jurídicos associados a uma certa contradição histórica entre combate e incentivo a cartéis por parte das diferentes políticas econômicas internas dos países contribuem para reduzir os níveis de cooperação internacional necessários para o endereçamento mais adequado do tema. Essa dissertação discute a experiência brasileira de combate a cartéis internacionais em face dessas questões. Para tanto, apresenta, brevemente, as discussões em torno do conceito de cartel internacional, os fundamentos econômicos que explicam as contradições por trás de políticas de combate e incentivo a cartéis adotadas historicamente pelos países e os impasses jurídicos que criam obstáculos à cooperação internacional nessa matéria. Posteriormente, analisa a evolução histórica dos objetivos e do regime jurídico da política de defesa da concorrência no Brasil, desde suas origens na década de 1930 até o presente. Ao final, retrata os avanços e desafios da experiência recente de casos e apresenta uma sugestão de agenda para incremento do *enforcement* da política.

Palavras-chave: Direito Concorrencial; Antitruste; Direito Econômico; Defesa da concorrência; Cartel; Cartel Internacional; Cade; Brasil.

ABSTRACT

FERNANDES, Marcela Campos Gomes. *Competition policy and the fight against international cartels in Brazil*. 2017. 318f. Dissertation (Master) - Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

The prosecution of international cartels has emerged as a priority in competition policy in many jurisdictions since the 1990s. However, despite the increase in sanctions applied at a global level, optimal deterrence of the practice remains a challenge. Economic and legal dilemmas associated with a certain historical contradiction between prohibition and incentive to cartels presented in internal policies of many countries contribute to reduce the levels of international cooperation required to tackle this conduct appropriately. This dissertation discusses the Brazilian experience in the fight against international cartels in light of these issues. To do so, the dissertation briefly discusses the concept of international cartel, the economic fundamentals that explain the contradictions behind policies to combat and encourage cartels historically adopted by countries, and legal barriers that hinder international cooperation in this matter. Subsequently, it analyzes the historical evolution of the objectives and the legal regime of competition policy in Brazil, from its origins in the 1930s to the present. In the end, it presents the advances and challenges of Brazilian recent case experience and suggests an agenda to improve the *enforcement*.

Keywords: Competition Law; Antitrust; Economic Law; Competition Policy; Cartel; International cartel; Cade; Brazil.

SUMÁRIO

PARTE I – PREMISSAS GERAIS E CONTEXTUALIZAÇÃO

1 INTRODUÇÃO.....	17
2 A PROBLEMÁTICA DOS CARTÉIS INTERNACIONAIS.....	20
2.1 DEFININDO CARTÉIS INTERNACIONAIS.....	21
2.1.1 Mas o que é cartel, afinal?	22
2.1.1.1 Componentes comuns associados às proibições de cartel	23
2.1.1.2 Cartéis e demais acordos entre concorrentes.....	24
2.1.1.3 <i>Hard core</i> cartéis	29
2.1.1.4 Conceito adotado na presente análise.....	33
2.1.2 Uma proposta de conceito amplo e atual para cartéis internacionais.....	33
2.2 A ECONOMIA DOS CARTÉIS INTERNACIONAIS E SEUS DILEMAS.....	37
2.2.1 A microeconomia dos cartéis	37
2.2.1.1 Efeitos estáticos dos cartéis	37
2.2.1.2 Efeitos dinâmicos dos cartéis	44
2.2.2 A macroeconomia dos cartéis	46
2.2.3 A economia dos cartéis internacionais e considerações em termos de política pública para países em desenvolvimento.....	54
2.2.4 Dimensão dos impactos econômicos de cartéis internacionais em países em desenvolvimento: dados empíricos que justificam sua repressão	55
2.3 A GOVERNANÇA GLOBAL DO CONTROLE AOS CARTÉIS INTERNACIONAIS E SEUS <i>impasses</i>	59
2.3.1 As primeiras ondas de combate a cartéis internacionais.....	59
2.3.2 A agenda norte-americana da década de 1990 de combate a cartéis internacionais	64
2.3.3 A disseminação da agenda norte-americana de combate a cartéis internacionais	73
2.3.4 O dilema da cooperação e os desafios de governança global no controle dos cartéis internacionais: a dissuasão subótima	77

**PARTE II – POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO
BRASIL SOB UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA: EVOLUÇÃO DO
DILEMA ENTRE ESTÍMULO E COMBATE A CARTÉIS NO PAÍS E
AS ESPECIFICIDADES DOS CARTÉIS INTERNACIONAIS NESSE
CONTEXTO**

3 NASCIMENTO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL ..86

3.1 CONSTITUIÇÃO DE 1934.....	88
3.2 CONSTITUIÇÃO DE 1937.....	90
3.3 DECRETO-LEI N° 869, DE 18 DE NOVEMBRO DE 1938.....	93
3.4 DECRETO-LEI N° 7.666, DE 22 DE JUNHO DE 1945.....	104
3.5 CONSTITUIÇÃO DE 1946.....	114
3.6 LEI N° 1.521, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1951	118
3.7 LEI N° 4.137, DE 10 DE SETEMBRO DE 1962.....	125

**4 DESENVOLVIMENTO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO
BRASIL..... 145**

4.1 DEFESA DA CONCORRÊNCIA ADORMECIDA (1964-1985)	145
4.1.1 Constituição de 1967 e Emenda n° 1 de 1969.....	148
4.1.2 Aplicação das legislações de defesa da concorrência em vigor (Lei n° 1.521/1951 e Lei n° 4.137/1962)	150
4.2 DESPERTAR DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA (1985-2011).....	153
4.2.1 Período de 1985 a 1990	154
4.2.1.1 Constituição de 1988.....	156
4.2.2.2 Alterações na Lei Delegada n° 4, de 26 de setembro de 1962, feitas pela Medida Provisória n° 60, de 26 de maio de 1989 e pela Lei n° 7.784, de 28 de julho de 1989	160
4.2.2.3 Aplicação das legislações de defesa da concorrência em vigor (Lei n° 1.521/1951 e Lei n° 4.137/1962).....	166
4.2.2 Período de 1990 a 2011	167
4.2.3.1 Lei n° 8.137, de 27 de dezembro de 1990.....	170

4.2.3.2 Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991.....	174
4.2.3.3 Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.....	181
4.2.3.4 Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.....	183

5 AMADURECIMENTO INSTITUCIONAL DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA 203

5.1 LEI Nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011	204
--	-----

5.2 SÍNTESE HISTÓRICA E LUGAR DE DESTAQUE DO COMBATE AOS CARTÉIS INTERNACIONAIS NA EVOLUÇÃO DA POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA BRASILEIRA	220
--	-----

5.3 PANORAMA DO QUADRO LEGISLATIVO DE COMBATE A CARTÉIS ATUALMENTE EM VIGOR	223
---	-----

PARTE III – COMBATE A CARTÉIS INTERNACIONAIS NO BRASIL: QUESTÕES ATUAIS

6 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA NO COMBATE A CARTÉIS INTERNACIONAIS 225

6.1 UMA PRÁTICA DE DUAS INFLUÊNCIAS: EVOLUÇÃO PRÓPRIA DA LEGISLAÇÃO DOMÉSTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E AGENDA NORTE-AMERICANA DA DÉCADA DE 1990.....	225
---	-----

6.2 COMBATE A CARTÉIS INTERNACIONAIS PELO CADE A PARTIR DA DÉCADA DE 2000	228
---	-----

6.2.1 Extraterritorialidade da legislação concorrencial brasileira: antecedentes e adoção da teoria dos efeitos pelas Leis nº 8.884/1994 e nº 12.529/2011	229
---	-----

6.2.2 Posição do Brasil em matéria de cooperação internacional para combate a cartéis internacionais ...	238
--	-----

6.2.3 A experiência brasileira de investigação de cartéis internacionais desde o cartel das vitaminas: casos investigados, obstáculos processuais enfrentados e resultados obtidos.....	247
---	-----

6.2.3.1 Evolução da experiência e informações gerais sobre os casos investigados	247
--	-----

6.2.3.2 Obstáculos processuais enfrentados	255
--	-----

6.2.3.3 Resultados obtidos: os casos condenados, as multas aplicadas e as contribuições pecuniárias pagas	266
---	-----

6.3 LIMITES E HORIZONTES DA POLÍTICA BRASILEIRA DE COMBATE A CARTÉIS INTERNACIONAIS	272
---	-----

6.3.1 Desafios ainda a serem enfrentados	272
--	-----

6.3.2 Sugestão de agenda para incremento do <i>enforcement</i> da política brasileira de combate a cartéis internacionais.....	277
--	-----

7 CONCLUSÃO	283
REFERÊNCIAS	289
ANEXO A – EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO TRATAMENTO DOS CARTÉIS NO BRASIL	299
ANEXO B – LEVANTAMENTO DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS E REQUERIMENTOS DE TCC EM CASOS DE CARTEL INTERNACIONAL	312

PARTE I – PREMISSAS GERAIS E CONTEXTUALIZAÇÃO

1 INTRODUÇÃO

Cartel internacional é hoje considerado a conduta anticompetitiva mais grave por grande parte das jurisdições que possuem *enforcement* antitruste efetivo. Nos Estados Unidos e na Europa, desde a década de 1990, parte significativa dos recursos de suas políticas de defesa da concorrência têm sido direcionados à persecução dessa prática. Uma das principais prioridades de importantes fóruns internacionais, como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a International Competition Network (ICN), tem sido exatamente a implementação de programas de promoção da convergência e efetividade de leis contendo proibições de cartéis *hard core*, bem como da cooperação na implementação dessas leis para o combate a cartéis internacionais. E, desde a última década, diversos países do mundo têm de fato instituído políticas de combate a cartéis internacionais e intensificado cada vez mais o seu *enforcement*.

Mas o que explica essa priorização das políticas de defesa da concorrência dos mais diferentes países em direção aos cartéis internacionais? Existe alguma diferença entre esses cartéis e os cartéis domésticos que justifica um tratamento diferenciado e mais direcionado? E o que tem feito o Brasil nessa temática? Faz sentido para o país direcionar recursos de questões domésticas para o combate a cartéis internacionais, já amplamente perseguidos por outras jurisdições? E, se sim, quais caminhos devem ser seguidos nessa tarefa?

A presente dissertação busca responder todas essas perguntas, com especial ênfase na análise da experiência brasileira em matéria de combate a cartéis internacionais. A pesquisa parte da hipótese de que cartéis internacionais guardam particularidades em termos de alcance, características e efeitos que de fato os tornam mais danosos e mais complexos de se investigar que cartéis domésticos, justificando uma atuação direcionada e coordenada por parte de políticas de defesa da concorrência do mundo todo, inclusive do Brasil. Mas, a despeito da convergência internacional que o tema suscita, a atuação das autoridades de defesa da concorrência nessa seara acaba sendo condicionada por interesses econômicos e regimes jurídicos internos muitas vezes conflitantes, de modo que a definição de uma agenda para o Brasil com relação ao combate a cartéis internacionais passa necessariamente pela

melhor compreensão dos dilemas que a questão envolve e dos objetivos e regime jurídico de defesa da concorrência específicos do país.

Essa análise será realizada no presente trabalho em três partes, todas caracterizadas por abordagens e metodologias próprias de direito econômico e de economia política, com enfoque especial no levantamento do histórico legislativo, da literatura e da jurisprudência brasileiras sobre defesa da concorrência.

A primeira parte da análise consiste na exposição de algumas premissas gerais e na contextualização do tema, o que será mais amplamente endereçado no Capítulo 2. Nele, será apresentado o enquadramento da problemática dos cartéis internacionais, com reflexões sobre a própria definição do termo, bem como sobre as contradições que o tema suscita. Entre essas reflexões, destacam-se as referentes aos dilemas históricos entre os objetivos de combater e incentivar cartéis presentes nas políticas econômicas dos mais variados países, bem como os reflexos desses dilemas nos impasses jurídicos até hoje presentes com relação à governança global do controle dos cartéis internacionais.

A segunda parte da análise busca examinar os objetivos e o regime jurídico de defesa da concorrência no Brasil a partir de um resgate histórico da construção da política concorrencial no país. Interessante notar que a discussão sobre cartéis se confunde em grande medida com a discussão do papel da concorrência de forma mais ampla e está em boa parte condicionada aos interesses econômicos de cada etapa do desenvolvimento brasileiro, refletindo o dilema econômico exposto no Capítulo 2 entre combate e incentivo a cartéis.

Essa segunda parte da análise está dividida nos Capítulos 3, 4 e 5. No Capítulo 3, aborda-se a primeira fase da política de defesa da concorrência no Brasil, que se inicia, ainda na década de 1930, com as Constituições de 1934 e 1937 e com o Decreto-lei nº 869/1938 e culmina com a criação do Cade a partir da Lei nº 4.137/1962. Nessa fase, destaca-se o viés marcadamente criminal da defesa da concorrência no Brasil, bem como o pioneirismo do país com relação à preocupação de combater a cartéis internacionais, embora sem qualquer repercussão prática. No Capítulo 4, analisa-se todo o desenvolvimento da política de defesa da concorrência após a criação do Cade até o início da fase atual, marcada pela edição da Lei nº 12.529/2011. Essa longa etapa do desenvolvimento da política de defesa da concorrência é dividida em duas fases distintas que compreendem um período de certo adormecimento da defesa da concorrência durante o regime militar e um período de despertar, que se inicia no pós-redemocratização e culmina na Lei nº 8.884/1994. Ambas as fases são marcadas pelo deslocamento do viés criminal característico da primeira fase em

direção a um viés mais administrativo, não obstante a subsistência da legislação criminal. No Capítulo 5, é analisada a fase atual da defesa da concorrência no Brasil, iniciada com edição da Lei nº 12.529/2011, e que sinaliza para um amadurecimento institucional da política concorrencial do país e para uma tendência de maior criminalização do *enforcement* do combate a cartéis. O Capítulo traz ainda um panorama do quadro legislativo remanescente de regulação da concorrência e uma síntese histórica da evolução da política, com destaque para as discussões sobre cartéis internacionais.

Finalmente, a terceira parte da análise passa pela discussão das questões atuais da política de combate a cartéis internacionais do Brasil. Assim, no Capítulo 6, afasta-se da abordagem mais macro da política brasileira de combate a cartéis realizada nos capítulos da Parte II e parte-se para um exame mais pormenorizado da experiência brasileira no combate a cartéis internacionais, mediante a apresentação das particularidades do sistema jurídico brasileiro relacionadas a essa espécie de conduta e dos casos investigados no Brasil. Considerando essas questões, bem como toda a análise empreendida nos capítulos anteriores, o Capítulo 6 busca extrair, ao final, algumas lições acerca dos limites e horizontes da estratégia brasileira de enfrentamento a cartéis internacionais. Dessa forma, serão pontuados os desafios que a política em questão ainda precisa enfrentar e serão apontados alguns possíveis caminhos de agenda a se seguir. Registre-se desde já que, em razão dos limites do presente trabalho, a agenda apresentada não constitui uma proposta conclusiva para os rumos da política em questão, mas sim uma análise crítica acerca dos resultados a que se chegou com a investigação do problema de pesquisa proposto. No Capítulo 7, são resumidas as conclusões do trabalho.

2 A PROBLEMÁTICA DOS CARTÉIS INTERNACIONAIS

Em razão dos prejuízos que causam à economia e aos consumidores (vide Seção 2.2.1), cartéis costumam ser considerados práticas comerciais ilegais em grande parte das jurisdições que possuem legislações de defesa da concorrência.¹ Desde meados da década de 1990, cartéis internacionais, vistos como especialmente danosos pela magnitude dos sobrepreços que são capazes de estabelecer, passaram a ser objeto de atenção especial das políticas repressivas de autoridades de defesa da concorrência da América do Norte e Europa. Por volta da década de 2000 em diante, foi a vez das autoridades de defesa da concorrência de países da Ásia, América Latina e África com maior relevância econômica internacional também começarem a intensificar as ações direcionadas a essa prática.² Como se verá ao longo dessa dissertação, seguindo essa agenda mundial de controle de cartéis internacionais estabelecida a partir dos anos 1990, o Brasil, por meio de suas autoridades de defesa da concorrência, também vem reforçando suas ações repressivas com relação à conduta, especialmente desde meados da década de 2000 (vide Seção 6.2).

Mas a tematática dos cartéis internacionais guarda complexidades mais profundas que a atual aparente convergência em relação ao tema pode fazer supor. Embora hoje o tratamento aos cartéis, e em especial aos cartéis internacionais, seja marcado pela tônica fortemente repressiva das legislações e políticas de defesa da concorrência de grande parte das jurisdições com maior expressividade no cenário econômico mundial, por muitas vezes a permissividade e até o mesmo o estímulo à formação de cartéis constituíram importantes mecanismos de política econômica usados pelos Estados, particularmente em termos de política industrial e comercial. Se, no que toca aos cartéis domésticos, a defesa de tais arranjos como instrumento de política econômica tenha se mantido mais restrita a períodos, em geral, de formação de seus parques produtivos nacionais (vide Capítulo 3, para o caso do Brasil), no que se refere aos cartéis internacionais, seu uso como mecanismos de política comercial perdura até hoje e explica algumas das dicotomias na sua abordagem internacional

¹ ICN. *Bulding blocks for effective anti-cartel regimes: defining hard core cartel conduct, effective institutions, effective penalties*, 2005, p. 5. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>>. Acesso em 25 nov. 2016.

² CONNOR, John M. *The Rise of Anti-Cartel Enforcement in Africa, Asia, and Latin America*. Jan. 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2711972>>. Acesso em 25 nov. 2016.

(vide Seção 2.3) e os limites que se impõem à política repressiva atuada pelo Brasil (vide Capítulo 6).

Assim, de forma a melhor situar os desafios presentes em torno do combate a cartéis internacionais no Brasil, objeto da presente dissertação, este capítulo tem por escopo apresentar os conceitos que serão utilizados na análise, bem como algumas das contradições de ordem econômica e jurídica que marcaram a evolução do tratamento dessa prática. Em particular, são destacadas duas grandes contradições relacionadas ao tema: (i) de ordem econômica, referente ao dilema entre coibição de extração de excedentes de consumidores por parte dos cartéis *versus* proteção de outros objetivos de política pública mediante estímulo ou tolerância à cartelização (vide Seção 2.2); e (ii) de ordem jurídica, relativa ao dilema entre cooperação e coordenação de jurisdições no combate aos cartéis internacionais *versus* proteção de programas nacionais de leniência e disputa pela recuperação dos excedentes extraídos pelos cartéis (vide Seção 2.3)³.

Tais contradições em muito ajudam a explicar as atuais dificuldades enfrentadas atualmente pelo Brasil para implementar uma política repressiva efetiva de combate a cartéis internacionais (vide Capítulo 6), sendo assim relevantes para propiciar uma reflexão mais articulada acerca dos caminhos a serem seguidos.

2.1 DEFININDO CARTÉIS INTERNACIONAIS

O primeiro passo para a melhor compreensão acerca da problemática dos cartéis internacionais passa pelo próprio entendimento do que é um cartel internacional, dado que a expressão comporta distintas definições⁴ e tipologias, além de variados sinônimos ou expressões de significado semelhante. Dessa forma, nas Seções 2.1.1 e 2.1.2, busca-se brevemente atribuir significado aos conceitos de cartel e cartel internacional,

³ Por vezes, a defesa da concorrência foi usada também como mecanismo de legitimização de de intervenção de curtíssimo prazo na atividade econômica para fins diversos. Marcadamente no Brasil, muitas vezes usou-se o discurso da necessidade de *enforcement* concorrencial para, por exemplo, conceder ao Estado mecanismos de definição de preços. Este tipo de proposta não se confunde com defesa da concorrência em si, mas será observado com alguma frequência na história brasileira (vide Parte II), embora de diferentes modos não seja uma exclusividade do país, e não coincide com a contradição econômica aqui mencionada.

⁴ Essa multiplicidade de definições fica particularmente clara a partir da análise histórica da evolução legislativa acerca do tema, conduzida na Parte II.

respectivamente, bem como apresentar algumas das variadas espécies de comportamentos que se enquadram dentro dessas espécies de conduta anticompetitiva.

2.1.1 Mas o que é cartel, afinal?

Cartel é um dos poucos temas que atualmente tem sido tratado de forma pouco controversa pelas mais distintas jurisdições que possuem legislação e *enforcement* antitruste efetivo. Grande parte das autoridades de defesa da concorrência costumam considerá-lo uma conduta anticompetitiva grave e sujeita às mais rigorosas sanções, que variam entre vultuosas multas a até mesmo longos períodos de prisão para os envolvidos. Fóruns e organizações internacionais tem se dedicado intensamente à disseminação de estratégias e mecanismos de controle de cartéis, buscando promover o que tem sido chamado de convergência institucional em matéria concorrencial⁵.

A despeito dessa quase unanimidade que hoje existe quanto à lesividade dos cartéis, à conveniência de sua proibição e aos principais mecanismos de controle, a abordagem do tema requer alguns cuidados conceituais e de certos rigores terminológicos. Isso porque existe uma grande variedade de práticas que, adequada ou inadequadamente, são geralmente associadas ao conceito de cartel, causando muitas vezes confusões e divergências quanto ao tratamento do tema.⁶ Além disso, apesar de haver um certo consenso geral sobre as melhores práticas com relações a cartéis, é bastante variado o tratamento jurídico que as jurisdições conferem às proibições de cartéis e ao seu *enforcement*.

⁵ Conforme relatório da International Competition Network (ICN), os debates outrora existentes acerca da conveniência ou não de se proibir cartéis (vide Seção 2.2.2) já teriam sido superados, tendo em vista que atualmente a proibição de cartéis é quase um componente universal das leis de defesa da concorrência. O relatório cita, ainda, declaração seminal de um consenso internacional sobre o tópico, feita na Recomendação de 1998 da OCDE, proclamando que cartéis são “the most egregious violations of competition law”. ICN. *Bulding blocks for effective anti-cartel regimes: defining hard core cartel conduct, effective institutions, effective penalties*, 2005, p. 5. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>>. Acesso em 25.nov. 2016.

⁶ Note-se que, como se verá mais a frente, a legislação brasileira, assim como outras, não utiliza a expressão cartel em seu texto. Desse modo, a identificação das condutas tipificadas na lei como uma conduta de cartel é feita a partir de um exercício hermenêutico, realizado seja a partir da análise da literatura sobre o tema, seja a partir das decisões da autoridade concorrencial nas quais ela especifica o que entende como cartel.

2.1.1.1 Componentes comuns associados às proibições de cartel

De modo geral, os conceitos básicos relacionados ao termo cartel encontrados nas legislações e diretrizes dos mais distintos países são quase universais: cartel é normalmente entendido, de forma simplificada, como um *acordo entre competidores para restringir a concorrência*. Desse conceito básico, é possível extrair três componentes comuns às definições normalmente adotadas pelos países: (i) a existência de um acordo; (ii) que este acordo ocorra entre competidores; e (iii) que sua existência ocorra “para restringir a concorrência”.⁷

Com relação ao primeiro componente, há uma certa convergência quanto ao entendimento de que o *acordo* que forma um cartel não precisa ser formal ou escrito, sendo comum a percepção de que cartéis normalmente envolvem arranjos secretos.⁸ As proibições atingem de forma mais frequente os acordos expressos entre concorrentes, havendo, no entanto, jurisdições que também proíbem os chamados acordos tácitos⁹.

Com relação ao segundo componente, o termo *competidores* é quase sempre associado a empresas presentes no mesmo nível da cadeia produtiva (sejam elas produtoras, distribuidoras ou varejistas) que estejam em competição direta umas com as outras para vender produtos ou oferecer serviços.¹⁰ Esse elemento distingue os cartéis de outros acordos entre agentes econômicos também relevantes para as legislações antitruste: os acordos verticais de restrição à concorrência realizados entre empresas presentes em etapas distintas da cadeia produtiva. Cartéis, seriam, portanto, acordos horizontais entre empresas.

Já com relação ao terceiro componente, a expressão “*restringir à concorrência*” distingue acordos que tem como objeto eliminar a competição aberta entre empresas de

⁷ ICN. *Building blocks for effective anti-cartel regimes: defining hard core cartel conduct, effective institutions, effective penalties*, 2005, p. 2. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>>. Acesso em 25.nov. 2016.

⁸ ICN. *Building blocks for effective anti-cartel regimes: defining hard core cartel conduct, effective institutions, effective penalties*, 2005, p. 9-10. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>>. Acesso em 25.nov. 2016.

⁹ Por acordos tácitos, entendem-se acordos em que duas empresas não negociaram os termos do acordo, mas encontraram, por meio da experiência ao longo do tempo sobre a reação do concorrente, um certo equilíbrio competitivo mais ameno que o esperado. Vide abaixo, na Seção 2.1.1.2.

¹⁰ ICN. *Building blocks for effective anti-cartel regimes: defining hard core cartel conduct, effective institutions, effective penalties*, 2005, p. 9-10. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>>. Acesso em 25.nov. 2016.

acordos relacionados ao curso ordinário dos negócios, em geral, benéficos ao ambiente concorrencial.¹¹ Não há, no entanto, uma convergência clara com relação às proibições serem direcionadas à intenção ou efeito do acordo em restringir a concorrência. Como se verá na Parte II, essa controvérsia é uma das questões centrais que perpassam toda a evolução da legislação e política de defesa da concorrência no Brasil.

2.1.1.2 Cartéis e demais acordos entre concorrentes

É tênue a fronteira que separa o conceito de cartéis do conceito de outros tipos de acordos entre concorrentes, sejam eles eficientes e relacionados ao curso normal dos negócios ou sejam eles também prejudiciais à economia e consumidores. A fronteira de licitude e ilicitude entre os mais distintos tipos de acordos entre concorrentes também é bastante tênue, variando conforme o sistema jurídico e o momento que se analisa.

Especialmente no início da evolução das legislações antitruste, o termo cartel era utilizado de forma quase que intercambiável com o termo truste.¹² Truste, no entanto, é uma expressão que diz respeito a um instrumento jurídico, muito utilizado nos Estados Unidos do final do século XIX e início do século XX, que, por meio da reunião de inúmeras empresas em um único controle financeiro e/ou administrativo, possibilitava a consolidação de grandes grupos econômicos com poder de mercado. Assim, a despeito dessa origem histórica comum e de essencialmente ambas as expressões dizerem respeito a acordos de restrição da concorrência, os termos truste e cartel não se confundem, já que, neste último as empresas mantêm sua independência administrativa e financeira.

¹¹ ICN. *Building blocks for effective anti-cartel regimes: defining hard core cartel conduct, effective institutions, effective penalties*, 2005, p. 9-10. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>>. Acesso em 25.nov. 2016.

¹² Conforme aponta Connor, de acordo com o dicionário Oxford English, a palavra cartel teria sido introduzida na língua inglesa no século 16, vinda do termo *cartello*, originário do italiano antigo, que significava um bilhete ou carta de desafio, um passo preliminar na etiqueta dos duelos. Esse sentido é hoje obsoleto. Um segundo significado da palavra cartel que teria sido introduzido na língua inglesa um pouco depois (e que ainda é utilizado) é o de um acordo escrito entre exércitos opostos para troca de prisioneiros. Esse significado teria sido estendido por escritores alemães nos anos 1880 para descrever uma coalizão de governo unindo partidos políticos normalmente antagônicos. Logo depois, o termo *kartell* passou a ser utilizado para referir-se à combinação de dois ou mais negócios rivais com o propósito de regular preços ou oferta de uma indústria. A palavra só veio a ser utilizada na língua inglesa com esse sentido no ano de 1902, em três publicações britânicas que as referiram ao que era até então chamado “sindicato de produtores” ou “trustes”. CONNOR, John M. *Global Price Fixing*. 2. ed. rev. e atual. Berlin: Springer, 2008, p. 21.

A rigor, acordos de fusão e de aquisição de empresas ou quotas de empresas também constituem acordos de restrição da concorrência entre competidores. Esses acordos, no entanto, levam a algum tipo de integração produtiva e gerencial das empresas envolvidas, implicando concentração na estrutura dos mercados em que ocorrem.¹³ Apesar da concentração econômica que promovem, podem resultar em eficiências produtivas e alocativas que os tornam benéficos e desejáveis. Essa ponderação entre benefícios e prejuízos é normalmente realizada por meio de um controle estrutural preventivo que confere autorizações ou proibições à realização de tais atos. Cartéis, por outro lado, não envolvem a integração de estruturas produtivas, refletindo apenas alterações comportamentais dos agentes de mercado, as quais não costumam levar a eficiências. São, normalmente, analisados por meio de um controle repressivo de condutas que aplica punições a atos que já tenham ocorrido ou estejam ocorrendo.^{14 15}

Mais sutil é a diferença entre cartéis e associações entre concorrentes, tais como os consórcios e as *joint ventures*. Essas figuras dizem respeito a acordos entre competidores para a realização de um empreendimento comum, que podem envolver elevados riscos e grandes volumes de capital. Diferentemente das fusões e aquisições, seus participantes continuam existindo de forma independente. E, diferentemente dos cartéis, eles deixam de competir apenas com relação ao empreendimento para o qual se associaram, permanecendo a competir com relação a suas demais atividades. Esses acordos, em geral, costumam ser controlados por meio de um sistema de autorizações, o que, nesse sentido, os aproxima do controle de estruturas das concentrações econômicas.

Outras espécies de acordos entre competidores para restrição da concorrência que se separam dos cartéis por uma linha não muito clara são os comportamentos estratégicos interdependentes de empresas atuantes em mercados oligopolistas chamados de paralelismo consciente ou entendimentos tácitos. Em mercados oligopolistas com elevadas barreiras à entrada, é possível que equilíbrios similares aos de cartel sejam alcançados por meio de um comportamento cooperativo entre concorrentes resultante não de um acordo expresso entre

¹³ Por isso, atualmente, esses acordos se submetem ao que atualmente se convencionou chamar de antitruste de controle estrutural de mercados.

¹⁴ Há jurisdições, no entanto, que adotaram ou adotam controle preventivo de cartéis por meio de autorizações. O próprio Brasil já adotou esse modelo, conforme pode ser conferido nos Capítulos 3 e 4.

¹⁵ Historicamente, a separação entre controle preventivo de estruturas e repressivo de condutas nem sempre foi tão clara. No Brasil, por exemplo, em nossas primeiras legislações, as fusões e aquisições foram tratadas como figuras ilícitas, por vezes de natureza criminal, que sujeitavam os envolvidos a penas de até 10 anos de prisão (vide Capítulo 3).

eles, mas de atuações individuais de cada um em um contexto de jogos repetidos (de concorrência recorrente entre as empresas). Conscientes de sua interdependência nesses tipos de mercado, empresas podem entrar em equilíbrios colusivos e adotar comportamentos paralelos mesmo na ausência de acordos expressos, pois sabem que estão sujeitas a mecanismos de retaliação e guerras de preços caso não o façam.

Tais arranjos são, em geral, objeto de grandes controvérsias quanto sua licitude ou ilicitude. A controvérsia reside no fato de que, muitas vezes, a coibição irrestrita da cooperação tácita poderia resultar na punição de um agente simplesmente pela decisão de adotar uma reação racional frente ao comportamento de seu(s) concorrente(s). Em grande parte das jurisdições, o mero paralelismo de preços não é suficiente para a caracterização da ilicitude do comportamento colusivo, sendo necessária a existência de evidências de alguns “fatores adicionais” (ou *plus factors*). Entre tais fatores, costumam ser compreendidos elementos tais como anúncios de aumentos de preços muito antes das datas de compras, o postergação da entrada de novos produtos, a existência de propostas idênticas em licitações, a presença de um padrão previsível de vitórias e derrotas em licitações, condutas contrárias ao próprio interesse da parte, trocas de informações excessivamente detalhadas de transações, ou outras evidências de uma mudança brusca de conduta no mercado que não possa ser explicada por alterações na demanda ou na oferta.^{16 17}

Ainda, no contexto de equilíbrios cooperativos e entendimentos tácitos, é comum que, como forma de contribuir para reduzir ou eliminar a incerteza no mercado e para coordenar as condutas de forma mais efetiva, sejam adotadas, de forma unilateral ou multilateral, *práticas facilitadoras* de arranjos colusivos. Trocas de informação são os tipos mais comuns de práticas facilitadoras. Podem ocorrer diretamente ou mediante associações e dizer respeito a informações de preços históricos ou futuros, informações sobre condutas estratégicas ou sinalizações de volumes de produção. Também se incluem entre as práticas facilitadoras, dado que facilitam a identificação de comportamentos desviantes, estratégias

¹⁶ CONNOR, John M. *Global Price Fixing*. 2. ed. rev. e atual. Berlin: Springer, 2008, p. 63.

¹⁷ Sobre o paralelismo *plus* na jurisprudência brasileira, vide o caso do Cartel dos Aços Planos – Processo Administrativo nº 08000.015337/1997-48. Autos completos disponíveis em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuQpynCIZls_rHQcc3fMu8I2htJ1ahuckyi_C139hQhbmqziWAVbLXpKd2QR5Qr7v3Bj8Z6vPqxKQbPIGoGlQ,>. Acesso em 31 out. 2016; e Cartel das Cias. Aéreas – Processo Administrativo nº 08012.000677/1999-70. Autos completos disponíveis em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuQpynCIZls_rHQcc3fMu8I2htJ1ahuckyi_C139hQvxbx9oQejjDFLsAh_-Qclsc8vMTBF3VyogZbUKHn4dg,>. Acesso em 31 out. 2016.

de segmentação de mercado, contratos de nação mais favorecida (*most-favored-nation contracts*), anúncios antecipados de aumento de preços críveis, divulgação de produção ou estoque, entre outras^{18 19}.

¹⁸ CONNOR, John M. *Global Price Fixing*. 2. ed. rev. e atual. Berlin: Springer, 2008, p. 63.

¹⁹ As práticas facilitadoras são muitas vezes associadas ao termo *soft core cartel* (em oposição a *hard core cartel*, como será visto mais a frente). O termo “soft” se relaciona às teorias sobre trocas de informação denominadas “softening competition theories”. O documento da OCDE intitulado “*Facilitating Practices in Oligopolies (2007)*” traz a seguinte definição e explicação acerca das práticas facilitadoras:

“The concept of “facilitating practices” describes conduct by firms, typically in an oligopolistic market, that falls somewhere between an explicit, “hardcore” cartel agreement and pure and simple oligopolistic interdependence and helps firms to reduce uncertainty in the market and coordinate their conduct more effectively. Member countries have investigated a broad range of conduct as facilitating practices. Most cases concern arrangements among competitors to exchange information, for example historic or future price information or information about future strategic conduct. Other types of facilitating practices include pricing systems that facilitate collusive outcomes, such as multiple basing point pricing systems, and interlocking directorates which can facilitate coordination among competitors. Facilitating practices also can include vertical arrangements that may facilitate coordination among suppliers, such as certain minimum advertised price programs. Last, some facilitating practices can implicate single firm conduct laws, such as category management arrangements which may allow a “category captain” – a supplier appointed by a retailer -- to obtain sensitive information about smaller, competing suppliers.

(...)As firms should not be condemned for actions that represent merely a rational adaptation in an oligopolistic market, an unlawful facilitating practice should be found only where a competition authority or court can identify culpable conduct for which meaningful relief can be ordered. Thus, there may be markets in which competition authorities observe parallel conduct and supra-competitive outcomes without an additional facilitating practice, but intervention through competition law enforcement is not advisable because there is no meaningful relief.

Distinguishing between lawful conduct that is the result of oligopolistic interdependence and certain additional conduct that can be characterized as unlawful facilitating practice can be particularly challenging, and there is no bright line test to make this distinction. Sometimes, terms such as “tacit agreement” or “implicit agreement” are used to describe such practices, but there is no uniform, generally accepted use of these terms and therefore they do not add much clarity to the problem.

(...) Most facilitating practices can / may have procompetitive effects or anticompetitive effects, depending on the circumstances in which they occur. Thus, facilitating practices typically can be condemned only after a careful examination of the circumstances in which they occur, their anticompetitive effects, and possible efficiencies. In certain circumstances, however, a competition authority may be able to conclude that a practice is anticompetitive without analysis of actual or likely anticompetitive effects.

(...) Purely unilateral acts, such as public, unilateral price announcements, might facilitate coordination among competitors. In most countries, however, such conduct cannot be condemned unless it can be shown that firms have reached some type of agreement or coordinated action concerning their future conduct. In a few countries, however, competition authorities can prosecute purely unilateral acts as facilitating practice without the need to show that firms reached an agreement on certain conduct, which gives them greater flexibility to go after unilateral conduct that clearly has anticompetitive effects.” Cf. OCDE. *Facilitating Practices in Oligopolies*. 2007, p. 9-11. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/41472165.pdf>>. Acesso em 26 nov. 2016. Ainda relacionado ao tema: OCDE. *Oligopoly*. 1999. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/1920526.pdf>>. Acesso em 26 nov. 2016; OCDE. *Price Transparency*. 2001. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/2535975.pdf>>. Acesso em 26 nov. 2016; OCDE. *Prosecuting cartels without direct evidence*. 2006. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/37391162.pdf>>. Acesso em 26 nov. 2016; OCDE. *Trade associations*. 2007. Disponível em: <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/41646059.pdf>>. Acesso em 26 nov. 2016; OCDE. *Information exchanges between competitors under competition law*. 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/48379006.pdf>>. Acesso em 26 nov. 2016; OCDE. *Unilateral disclosure of information with anticompetitive effects*. 2012. Disponível em:

Todavia, algumas práticas facilitadoras podem ser adotadas em razão de outras justificativas que não a facilitação de equilíbrios colusivos, muitas vezes resultando em eficiências econômicas. Nesses casos, costumam ser consideradas ilícitas apenas após uma análise caso a caso de ponderação de efeitos positivos e negativos no ambiente concorrencial, mas esse é também um tema em que há pouca convergência entre as jurisdições.²⁰

A palavra cartel, portanto, será utilizada no presente trabalho num sentido mais restrito de acordo *expresso* entre competidores para restrição da concorrência que não se confunda com trustes, fusões, aquisições, consórcios, *joint ventures*, conluíus tácitos ou práticas facilitadoras. Quaisquer referências a essas práticas serão feitas por meio de suas denominações próprias. Isso porque os objetivos, características e efeitos econômicos de cada uma delas podem diferir substancialmente, assim como pode variar o tratamento jurídico aplicável. De toda forma, é relevante notar que, mesmo com relação a esse sentido mais restrito, há importantes diferenças de tratamento que os acordos de cartel podem receber pelas mais distintas jurisdições, especialmente com relação às condutas que os caracterizam e às isenções ou autorizações a que podem estar submetidos – o que apresenta uma série de complexidades ao combate a cartéis internacionais, como se verá mais a frente.

<<http://www.oecd.org/daf/competition/Unilateraldisclosureofinformation2012.pdf>>. Acesso em 26 nov. 2016.

²⁰ A diferenciação entre cartel expresso ou tácito costuma ser associada à diferenciação entre comprovação de cartel por meio de provas diretas ou por meio de provas econômicas, embora com ela não se confunda em absoluto. A associação decorre do fato de que cartéis tácitos são comprovados necessariamente por meio de provas econômicas, já que não há acordos expressos para serem evidenciados por meio de provas diretas. No entanto, podem existir evidências diretas dos chamados “fatores adicionais” (“*plus factors*”) ou de sinalizações ou trocas de informação sensíveis caracterizadoras das chamadas práticas facilitadoras de conluíus tácitos. Por outro lado, cartéis expressos, embora geralmente comprovados por meio de provas diretas, já que muito mais inequívocas, podem também, eventualmente, admitir evidenciação mediante provas econômicas, cumulativa ou isoladamente, a depender da legislação e do entendimento jurisprudencial de determinada jurisdição sobre o tema. Além disso, mesmo no caso de cartéis expressos, não dispendo as autoridades de provas diretas dos acordos em si de fixação de preços, restrição de oferta, etc, podem elas, dependendo do sistema jurídico, fazer uso das chamadas provas circunstanciais, relacionadas a outros aspectos da conduta, como, por exemplo, mecanismos de monitoramento, de *enfocement* e de encobertamento do acordo que, isolada ou cumulativamente com provas econômicas, constituam indícios que levem à conclusão razoável de que o cartel de fato ocorreu. Especialmente diante da ausência de outra explicação racional para tais atos, podem tais indícios ser considerados suficientes para evidenciar o cartel.

2.1.1.3 *Hard core* cartéis

Um conceito largamente utilizado no cenário internacional com referência aos cartéis é o de *hard core* cartéis. Ele foi cunhado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em 1988 em um documento que continha recomendações aos países membros com relação às medidas que deveriam ser adotadas em prol de um esforço conjunto de combate a cartéis.²¹ Após extensa negociação entre os membros, a OCDE chegou a uma definição ampla, que considerou capaz de captar um consenso geral, do que chamou de cartel *hard core*²²:

um acordo anticompetitivo, uma prática concertada anticompetitiva, um arranjo anticompetitivo entre competidores para fixar preços, realizar combinações em propostas de licitações públicas, estabelecer restrições de ofertas ou quotas, ou dividir mercados por meio da alocação de clientes, fornecedores, territórios, ou linhas de comércio

O documento da OCDE ressaltou, no entanto, que a definição geral acima exclui os acordos que gerem, de forma lícita, eficiências de redução de custo e aumento de oferta e os acordos que sejam isentos ou autorizados conforme a legislação dos países membros:

[o conceito de *hard core cartel*] Não inclui acordos, práticas concertadas ou arranjos que i) são razoavelmente relacionados à realização lícita de eficiências de redução de custo e aumento de oferta; ii) são excluídos direta ou indiretamente do alcance da própria lei do país membro; iii) são autorizados de acordo com essas leis. No entanto, toda isenção ou autorização do que de outra forma seria considerado um cartel *hard core* deve ser transparente e deve ser revisada periodicamente para que seja avaliado tanto se ainda é necessária quanto se não é mais ampla que o suficiente para atingir seus objetivos primordiais de política pública.

Essa ressalva mostra a inexistência de convergência entre os países com relação à conveniência da proibição de todo e qualquer tipo de cartel e deixa claro que ainda persistem, mesmo entre as nações já desenvolvidas e industrializadas, políticas de incentivo ou tolerância com relação a alguns tipos de cartel (vide Seção 2.2.2). Considerando os fins do presente trabalho, merece destaque o fato de que alguns países permitem ou incentivam, por exemplo, a prática de cartéis de importação e exportação, com o objetivo de promover transferências de excedentes de consumidores de um país para produtores de outros. Os Estados Unidos, que curiosamente foi o país que liderou a agenda de combate a cartéis

²¹ OCDE. *Recommendation of the OECD Council Concerning Effective Action against Hard Core Cartels*. (1998) Disponível em: < <https://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf> >. Acesso em 23 nov. 2016.

²² Note-se que o termo *hard core* carrega em si a ideia de referir-se a uma variação extrema de algo, no caso uma versão extrema de cartel: aquele núcleo de condutas em relação ao qual foi possível chegar a um consenso de que certamente seria caracterizado como um cartel.

internacionais disseminada a partir de meados década de 1990 (e que culminou nesse documento da OCDE), é um exemplo desse tratamento dúbio.

O conceito elaborado pela OCDE para extrair o núcleo dos tipos de cartéis considerados gravosos e com relação aos quais haveria algum tipo consenso de que deveriam ser merecedores de ações vigorosas de enfrentamento por parte dos países membros repousa, portanto, em quatro categorias básicas de condutas: (i) fixação de preços; (ii) restrição de oferta; (iii) alocação de mercado; e (iv) combinação de propostas em licitações públicas (*bid rigging*). Tais condutas, isolada ou conjuntamente, desde que não configurem alguma das 3 exceções acima elencadas pela OCDE, constituem o que se chama de cartel *hard core*.^{23 24}

²³ Relatório produzido em 2005 pela International Competition Network (ICN) sobre o tema da definição dos cartéis mostra que, de fato, essas quatro condutas seriam aquelas mais comumente incluídas na categoria dos acordos *hard core* por grande parte das jurisdições. ICN. *Building blocks for effective anti-cartel regimes: defining hard core cartel conduct, effective institutions, effective penalties*, 2005, p. 2. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>>. Acesso em 25 nov. 2016.

²⁴ No Brasil, tanto na doutrina como na jurisprudência do Cade, tem sido muito comumente utilizada a expressão “cartel clássico” como sinônimo de cartel *hard core*. Tais expressões, no entanto, não são sinônimas. Os chamados cartéis “clássicos”, conforme definido pelo Cade, dizem respeito àqueles acordos dotados de um certo grau de institucionalidade e perenidade, causando, por conta de tais características, efeitos econômicos geralmente mais gravosos. Tais cartéis opõem-se aos chamados “cartéis difusos”, que seriam formados para eventos específicos ou teriam natureza episódica, causando, em geral mas não necessariamente, efeitos menos severos que os clássicos. Os conceitos de cartéis clássicos (ou integrais) e cartéis difusos foram definidos no voto do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado no *leading case* conhecido como Cartel das Britas, Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14. Dizendo adaptar o conceito de *hard core* cartéis à realidade brasileira, o Conselheiro Prado definiu cartéis clássicos como “acordos secretos entre competidores, com alguma forma de institucionalidade, com objetivo de fixar-preços e condições de venda, dividir consumidores, definir nível de produção ou impedir a entrada de novas empresas no mercado. Este tipo de cartel opera através de um mecanismo de coordenação institucionalizado, tais como ser reuniões periódicas, manuais de operação, princípios de comportamento etc. Isto é, sua ação não decorre de uma situação eventual de coordenação, mas da construção de mecanismos permanentes para alcançar seus objetivos”. Em oposição, definiu o cartel difuso como “um ato de coordenação da ação entre empresas com objetivo similar ao do Cartel Clássico, mas de caráter eventual e não institucionalizado. Esse é o caso quando um grupo de empresas decide reunir-se para coordenar um aumento de preço, muitas vezes em função de um evento externo que as afetou simultaneamente. Isto é, tal ação pode ser considerada eventual e não decorreu de uma organização permanente para coordenar as ações das empresas envolvidas”. E o Conselheiro completou dizendo que esses seriam os casos “das condenações por cartel dos aumentos coordenados na Ponte Aérea PA n 08012.000677/1999- 70 e nos jornais vendidos em banca no Rio de Janeiro, PA 08012.002097/1999-81”. Autos completos disponíveis em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuQpynCIZls_rHQcc3fMu8I2htJ1ahuckyi_C139hS_T2PibvtPEJzIW9XvH0ohE8tV6sCUfbvqgLqnfjoZZg>. Acesso em 23 nov. 2016. Como se observa, a despeito de ter tido inspiração no conceito de cartel *hard core*, o conceito de cartel clássico não coincide com este, não devendo ser utilizado de forma indistinta. A única semelhança existente entre tais conceitos é de grau, no sentido de que cartéis *hard core* são mais gravosos que cartéis *soft core*, assim como cartéis clássicos são geralmente, mas não necessariamente, mais gravosos que cartéis difusos. Quanto à usual maior gravidade dos cartéis clássicos em relação aos cartéis difusos, cabe destacar não ser essa uma regra. Assim, por exemplo, a despeito da duração limitada, um cartel episódico formado para a participação em uma única licitação específica, mas envolvendo a contratação de obras essenciais de infra-estrutura de valores elevados pode causar efeitos muito mais danosos à economia e aos consumidores de um país que um cartel de longa duração para a fixação de preços de um produto de reduzida importância econômica.

As condutas enquadráveis nessas quatro categorias não são rígidas ou invariáveis, podendo tomar várias formas. Assim, por exemplo, *fixação de preços* inclui qualquer acordo entre concorrentes para aumentar, fixar ou de outra forma manter o preço de um produto ou serviço. Pode, ainda, incluir acordos para estabelecer um preço mínimo, eliminar descontos, ou adotar uma fórmula padrão para calcular preços etc. *Restrição de oferta*, por sua vez, pode envolver acordos sobre volumes de produção, volumes de venda, ou percentuais de crescimento de mercado. *Alocação de mercado* diz respeito a quaisquer esquemas de divisão nos quais concorrentes repartem mercados entre si, tais como alocação de clientes específicos ou tipos de clientes, de produtos ou de territórios. Já a prática de *bid rigging* envolve, por exemplo, acordo entre competidores para realizar rodízio de propostas vencedoras, para dividir propostas, ou para submeter propostas de cobertura em troca subcontratação ou outro tipo de recompensa^{25 26}.

A despeito das variações existentes e de algumas diferenças de enquadramento que possam existir entre jurisdições²⁷, o que todas essas condutas têm em comum e que indicam em relação ao conceito de *hard core* cartel é o fato de refletirem acordos em que competidores fixam um aspecto chave da competição entre empresas.²⁸

Mas se há um certo entendimento comum sobre o que constitui um cartel *hard core*, sobre seus efeitos danosos e sobre a importância de se coibí-los, algumas outras questões relacionadas à tipificação da conduta nas legislações e ao *enforcement* das proibições de

²⁵ Note-se que os chamados cartéis em licitações ou compras públicas, também conhecidos como “*bid rigging*”, pelas suas características diferenciadas e efeitos sobre o erário e as políticas públicas dos governos, costumam receber tratamento especial nas legislações e políticas de defesa da concorrência. Sobre as características e os efeitos lesivos de cartéis em licitações públicas, cf. OCDE. *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement*. 2009. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42851044.pdf>>. Acesso em 23 nov. 2016; OCDE. *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*. 2012. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/RecommendationOnFightingBidRigging2012.pdf>>. Acesso em 23 nov. 2016; OCDE. *Fighting bid rigging in public procurement: report on implementing the OECD Recommendation*. 2016. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/Fighting-bid-rigging-in-public-procurement-2016-implementation-report.pdf>>. Acesso em 23 nov. 2016.

²⁶ ICN. *Bulding blocks for effective anti-cartel regimes: defining hard core cartel conduct, effective institutions, effective penalties*, 2005, p. 10. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>>. Acesso em 25 nov. 2016.

²⁷ Em algumas jurisdições, por exemplo, *bid rigging* e restrições de oferta são consideradas subcategorias de fixação de preços e/ou alocação de mercados. ICN. *Bulding blocks for effective anti-cartel regimes: defining hard core cartel conduct, effective institutions, effective penalties*, 2005, p. 10. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>>. Acesso em 25 nov. 2016.

²⁸ ICN. *Building blocks for effective anti-cartel regimes: defining hard core cartel conduct, effective institutions, effective penalties*, 2005, p. 2. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>>. Acesso em 25 nov. 2016.

cartéis podem variar substancialmente. Não há, assim, qualquer convergência entre jurisdições quanto a aspectos como a enumeração ou não de condutas específicas relacionadas ao conceito de cartel nas proibições legais²⁹, a extensão de isenções à lei (por vezes ainda adotadas como objetivos de política pública interna)³⁰, a inclusão ou não de condutas verticais no mesmo escopo das proibições de cartéis³¹ ou, ainda, o padrão de provas requerido para se caracterizar cartéis como uma violação concorrencial³².

²⁹ De acordo com o relatório, algumas jurisdições preferem uma lei geral que apenas estabelece a proibição ampla contra acordos de não concorrência. A identificação de condutas específicas que violam a proibição é então deixada para ser determinada por meio do *enforcement*. A acumulação de decisões de *enforcement* vai desenvolver categorias de condutas que são repetidamente condenadas sob a égide da lei, dando orientação prática ao público, apesar de não existir uma definição legal ou formal da conduta de cartel. Além disso, as autoridades oferecem orientação ao público por meio de discursos e publicações. Essa abordagem reconhece que um comportamento não pode ser sempre nitidamente categorizada e permite flexibilidade e desenvolvimento nas análises de *enforcement*. Outras jurisdições, por outro lado, preferem editar leis mais detalhadas que irá acompanhar uma proibição ampla com uma lista de ações que são consideradas violações. Essa abordagem oferece um grande grau de transparência na lei ao identificar as práticas proibidas. ICN. *Building blocks for effective anti-cartel regimes: defining hard core cartel conduct, effective institutions, effective penalties*, 2005, p. 13. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>>. Acesso em 25.nov. 2016.

³⁰ Segundo o relatório, virtualmente toda jurisdição tem isenções às leis anti-cartel, seja em conexão com a regulação de uma indústria ou porque foi feita uma escolha legislativa de não aplicar a legislação antitruste a certas condutas ou indústrias. Por exemplo, algumas jurisdições possuem isenções específicas a certos acordos de barganha coletiva, cooperativas agrícolas, atividades de pesquisa e desenvolvimento, e, em algumas circunstâncias, pequenas e médias empresas. Essas isenções são baseadas em objetivos internos de política pública que diferem de jurisdição para jurisdição e tem a ver com a dicotomia econômica acima mencionada. Conforme destaca o relatório, a Recomendação da OCDE de 1998 reconhece que seus membros podem excluir certas indústrias ou atividades do *enforcement* anti-cartel. No entanto, tendo em vista que essas isenções desviam dos fundamentos legais e econômicos que formam as bases da proibição de cartéis *hard core*, a OCDE recomenda que tais isenções sejam transparentes e não sejam mais amplas que o necessário para atingir seus objetivos de política pública. ICN. *Building blocks for effective anti-cartel regimes: defining hard core cartel conduct, effective institutions, effective penalties*, 2005, p. 13. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>>. Acesso em 25.nov. 2016.

³¹ Como aponta o relatório, proibições legais genéricas contra acordos anticompetitivos são geralmente amplas o suficiente a ponto de serem aplicáveis tanto a restrições horizontais entre competidores quanto restrições verticais entre empresas de níveis diferentes de distribuição. Além disso, em algumas jurisdições, condutas como exclusividade de negociação, fixação de preços de revenda, venda casada, ou restrições verticais de território, são especificamente listadas nas mesmas proibições legais que acordos horizontais de fixação de preços ou alocação de mercados entre competidores. De acordo com a ICN, autoridades de defesa da concorrência estariam ficando mais bem informadas acerca dos objetivos pró-competitivos de muitos arranjos verticais, e a tendência geral tem sido no sentido de um tratamento mais permissivo de condutas de contexto vertical. Enquanto condutas verticais coletivas algumas vezes possuem a mesma proibição vertical que restrições coletivas horizontais, e as duas possam ser analisadas sob padrões semelhantes em algumas jurisdições, a ICN destaca que não há consenso quanto à inclusão de conduta vertical na mesma categoria que a conduta de cartel *hard core*. ICN. *Building blocks for effective anti-cartel regimes: defining hard core cartel conduct, effective institutions, effective penalties*, 2005, p. 14. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>>. Acesso em 25.nov. 2016.

³² Conforme o relatório da ICN, algumas jurisdições consideram cartéis *hard core* uma violação submetida à regra *per se*, que foca a análise da ilicitude da conduta somente na determinação de sua ocorrência ou não. Essa abordagem não requer que a autoridade prove o dano à concorrência e não permite às partes alegarem justificativas de eficiência. Numa análise *per se*, às empresas não é permitido demonstrar uma legada razoabilidade ou necessidade da conduta. Há outras jurisdições, no entanto, que tratam cartéis *hard core* como uma violação que deve ser submetida a testes de efeito para determinação de sua ilicitude. Ao invés de

2.1.1.4 Conceito adotado na presente análise

Considerando a importância do conceito de cartéis *hard core* para a convergência internacional que hoje existe com relação às medidas de combate a cartéis, e em especial de combate a cartéis internacionais, o conceito de cartel utilizado da presente dissertação incluirá as quatro categorias de condutas presentes na definição da OCDE (fixação de preços, restrição de oferta, alocação de mercado e combinação de propostas em licitações públicas), entendendo-as como as principais condutas caracterizadoras de um cartel. No entanto, diferentemente daquela definição, o conceito aqui adotado não fará qualquer exceção quanto a acordos que possam gerar eficiências ou receber isenções e autorizações pelas legislações locais. Isso porque tais exceções são justamente o ponto central da problemática dos cartéis internacionais que dão origem a muitos dos desafios associados ao seu combate (pelo Brasil isoladamente e pela comunidade internacional como um todo), como se verá mais adiante.

2.1.2 Uma proposta de conceito amplo e atual para cartéis internacionais

Delimitado o que se entende por cartel neste trabalho, passa-se a avaliar o que será considerado como cartel internacional. Sendo o cartel internacional nada mais que um subgrupo do gênero cartéis, a ele se aplicam todas as discussões gerais sobre cartéis descritas no tópico anterior, inclusive no que toca àqueles aspectos menos consensuais. No entanto, algumas complexidades são acrescentadas às discussões a ele associadas, trazendo a necessidade de se particularizar seu conceito.

olhar apenas se uma conduta específica ocorreu, esses testes vão um passo além e exigem que certos efeitos sejam demonstrados. Por exemplo, algumas jurisdições exigem a demonstração de uma indevida ou substancial diminuição da concorrência ou permitem defesas de eficiência. Além disso, há ainda algumas jurisdições que utilizam uma abordagem híbrida ao permitir a persecução de algumas condutas caracterizáveis como cartel, tais como fixação de preços ou acordo em licitações públicas, a partir de uma regra *per se*, e submeter a persecução de outros tipos de conduta de cartel, tais como restrição de oferta e alocação de mercado, a uma regra baseada em testes de efeito. ICN. *Bulding blocks for effective anti-cartel regimes*: defining hard corel cartel conduct, effective institutions, effective penalties, 2005, p. 14. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>>. Acesso em 25.nov. 2016.

Analisando a literatura sobre o tema, é possível observar que, historicamente, o conceito de cartel internacional teve diferentes conotações, que evoluíram conforme evoluiu o espaço econômico global. Com efeito, à medida que as empresas evoluíram de locais para multinacionais e, em alguns mercados, para empresas globais, e que um número mais expressivo de mercados evoluiu de delimitações locais ou nacionais para regionais e globais (em função de acordos de liberalização de mercados ou elevação do fluxo de comércio), também os modelos adotados de cartéis internacionais foram sendo modificados, refletindo um conceito em constante mutação.

Mesmo hoje, não é possível se extrair um conceito único, que seja larga e indistintamente utilizado por aqueles que tratam do tema. Dessa forma, é importante que se registre que o conceito que se extrairá neste tópico para fins de desenvolvimento da análise a ser realizada no presente trabalho não necessariamente poderá ser aplicado a qualquer situação em que se utilize a expressão “cartel internacional” ao longo da história³³.

Nesse sentido, o termo cartel internacional pode ser entendido, por exemplo, por: (i) cartéis formados por empresas multinacionais, isto é, formado por empresas que atuam em mais de um país (mesmo que os acordos tenham sido formados apenas pelas subsidiárias dessas empresas localizadas em país específico e mesmo que o escopo de abrangência desses acordos se restrinja a esse país específico)³⁴; (ii) cartéis que possuem membros localizados em mais de um país³⁵; ou (iii) cartéis que possuem atuação em mais de um país (ou cujo

³³ De modo geral, conceitos nunca são certos ou errados, mas somente úteis ou inúteis para determinados fins; o mesmo se pode dizer em relação ao conceito de cartel internacional.

³⁴ Esse sentido pode ser extraído da análise, por exemplo, de ampla parcela da literatura nacional sobre antitruste e cartéis referente às fases iniciais de nossa política de defesa da concorrência (vide Capítulo 3 e 4). Ele reflete uma preocupação comum aos formuladores e analistas da política de defesa da concorrência positivada em nossas legislações antitruste iniciais que estava intimamente relacionada à captação de recursos para a industrialização nacional e à proteção da indústria nascente. Como exemplo da utilização desse sentido para o termo “cartel internacional”, cita-se: MIROW, Kurt Rudolf. *A ditadura dos cartéis: anatomia de um subdesenvolvimento*. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1979.

³⁵ Esse sentido é encontrado, por exemplo, nos trabalhos do economista John Connor, que possui ampla produção sobre a temática dos cartéis internacionais. Cf., por exemplo, CONNOR, John M. Latin America and the control of international cartels. Chapter XIV. In: FOX, Eleonor M.; SOKOL, Daniel D. (Eds.). *Competition law and policy in Latin America*. Oxford: Hart Publishing, 2009, pp. 291-324. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156401>. Acesso em 29 nov. 2016. Neste trabalho o autor menciona, inclusive, que o conceito por ele empregado é semelhante ao utilizado pelo Departamento de Justiça Norte-Americano, o qual considera tanto a nacionalidade das empresas (entendidas como sendo a “ultimate parente” e tendo suas nacionalidades definidas a partir da localização de suas sedes ou país de incorporação) quanto a nacionalidade dos administradores envolvidos. No entanto, Connor ressalta que, na prática, a composição empresarial do cartel é o fator chave para a definição que utiliza em seus trabalhos.

escopo geográfico de seus acordos envolvam mais de um país ou cujos efeitos ou potenciais efeitos alcancem mais de um país)³⁶.

Na realidade, o sentido conferido ao termo “cartel internacional” depende da ótica a ser empregada na análise que se pretende realizar. Para fins da presente pesquisa, entende-se pertinente a adoção de um conceito de cartéis internacionais que seja capaz de captar toda sorte de questões que atualmente influenciam os desafios associados à persecução de tal subgrupo de cartel. Esses desafios, em nosso entendimento, estão associados sobretudo a três aspectos, que serão explorados ao longo da dissertação: (i) às contradições de ordem político-econômicas relacionadas à coibição de cartéis por uma determinada jurisdição quando eles causam prejuízos à economia, aos negócios e aos consumidores internos dessa jurisdição *versus* o estímulo, permissão ou tolerância a essa mesma prática quando os danos são causados à economia, aos negócios e aos consumidores de outros países, especialmente se há apropriação de excedentes por parte de empresas domésticas de tal jurisdição (vide Seção 2.2); (ii) aos impasses, político-jurídicos, decorrentes da existência de persecuções paralelas de um mesmo ilícito por distintas jurisdições afetadas, o que, de um lado, induz à cooperação entre elas como forma de impulsionar a efetividade de suas ações, mas, de outro, envolve algum grau de competição pela recuperação dos excedentes extraídos (vide Seção 2.3); (iii) às complexidades, eminentemente jurídicas, de se investigar e punir atos que ocorreram ao menos parcialmente fora da jurisdição de um país afetado pelo cartel, envolvendo cidadãos e empresas de outras nacionalidades que, por vezes, nunca atuaram/estiveram nesse país (vide Capítulo 6).

De forma a possibilitar a análise de tais desafios, o termo “cartel internacional” deve ser abordado de forma ampla, de modo que será aqui entendido como referente a todo **cartel que envolva mais de uma jurisdição em relação à origem de seus membros e/ou**

³⁶ Esse sentido tem sido atualmente utilizado pelo Cade para separação de suas investigações domésticas de cartel daquelas que entende como relacionadas à cartéis internacionais. Observe-se que, por essa razão, a própria autora dessa dissertação já se valeu desse sentido para fins de análise do tema da experiência do Cade com investigações de cartéis internacionais. Cf. ATHAYDE, Amanda; FERNANDES, Marcela Campos Gomes. A glimpse into Brazil's experience in international cartel investigations: legal framework, investigatory powers and recent developments in Leniency and Settlements Policy. *Concurrences Review*, Paris, n. 3-2016, set. 2016. Esse sentido é também o utilizado por Karla Margarida Martins Santos em seu trabalho sobre o tema das ações de reparação de danos envolvendo cartéis transnacionais (embora a autora mencione em nota de rodapé fazer uso da definição de John Connor acima referida, entendemos que a definição por ela utilizada no corpo do texto de seu trabalho não coincide com a de Connor). Cf. SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis transnacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 67.

ao seu escopo.³⁷ Estão incluídos na definição tanto cartéis puramente privados quanto cartéis regulados ou incentivados pelo Estado. Também se incluem na definição cartéis de exportação ou de importação formados por empresas de um único país para operar com relação a um outro país específico.³⁸ Ademais, enquadram-se conceito proposto tanto cartéis de escopo global, quanto cartéis de escopo regional ou direcionados a países específicos. Inclusive, cartéis considerados domésticos sob a ótica de um país específico, podem ser entendidos como cartéis internacionais da ótica de um outro país por ele afetado.

A amplitude dessa definição é fundamental para ensejar a análise de todos os desafios acima referidos. Todavia, é importante que se tenha em mente que, a depender do sentido empregado nos demais trabalhos, estudos e relatórios sobre o tema, haverá diferenças jurídicas, econômicas e/ou políticas com relação à utilização do termo cartéis internacionais nesses materiais e nesta dissertação. Dessa forma, a despeito de se valer da definição acima referida, a presente dissertação buscará, sempre que cabível, destacar tais diferenças ao longo da análise que será feita.³⁹

³⁷ É importante observar que, em nosso entendimento, o conceito de cartel internacional não se confunde, em nenhum grau, com a noção de mercado relevante internacional, sendo perfeitamente possível que acordos dessa espécie sejam feitos para serem implementados em mercados definidos geograficamente como nacionais.

³⁸ Cartéis de exportação e de importação são envoltos por polêmicas com relação ao seu incentivo por parte de muitos Estados, que os utilizam como estratégia de política pública interna de desenvolvimento e incremento de competitividade internacional. Em razão de tais polêmicas, reconhecidas inclusive pela OCDE em sua emblemática Recomendação de 1998, são muitas vezes excluídos do próprio conceito de cartel e cartel internacional de que se valem autores e organismos governamentais e não governamentais em suas análises sobre o tema (Cf. OCDE. *Recommendation of the OECD Council Concerning Effective Action against Hard Core Cartels*. 1998. Disponível em: < <https://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>>. Acesso em 23 nov. 2016.) É também o que faz, por exemplo, Karla Margarida Martins Santos, ao excluir cartéis de exportação e de importação de sua análise sobre a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em casos de cartéis transnacionais (Cf. SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis transnacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2016). Em nossa análise, no entanto, cartéis de exportação e de importação são de fundamental importância, justamente por explicitarem de forma bastante acentuada os dilemas e desafios econômicos e jurídicos associados ao combate a cartéis internacionais.

³⁹ Essa observação é especialmente relevante com relação às referências a cartéis internacionais feitas pela literatura brasileira que tratou de nossas primeiras legislações antitruste, como se verá na Parte II deste trabalho. Essa literatura, frequentemente, identificava cartéis internacionais com cartéis formados por empresas multinacionais, ainda que os acordos aos quais se referissem tivessem sido formados apenas pelas subsidiárias de empresas localizadas no exterior e ainda que o escopo de abrangência de acordos se restringisse ao Brasil. De um modo geral, atualmente tais cartéis são considerados cartéis domésticos. Assim também os considerará a presente pesquisa, em razão de não refletirem os atuais desafios de cunho “internacional” relacionados ao tema. De toda forma, considerando uma perspectiva histórica e preservando as intenções e inquietações dos autores que refletiram sobre tais cartéis, eles serão referidos nos capítulos da Parte II como internacionais, até porque, considerando as relações e o espaço econômico internacional que havia à época, esse conceito era então de fato apropriado. As devidas ressalvas quanto à diferença na terminologia serão feitas sempre que cabível.

2.2 A ECONOMIA DOS CARTÉIS INTERNACIONAIS E SEUS DILEMAS

Apresentada a definição de cartel internacional que se fará uso na presente dissertação, a seguir descrevem-se as características mais comuns de tais arranjos. A compreensão da natureza econômica dos cartéis, no âmbito microeconômico – no qual destaca-se o impacto da prática para o consumidor (vide Seção 2.2.1) – e seu uso potencial e histórico como política macroeconômica (vide Seção 2.2.2) são extremamente relevantes para interpretar os conflitos inerentes a sua evolução recente (vide Seção 2.3), as escolhas legislativas históricas do país (vide Capítulos 3 e 4), o alcance do atual regime jurídico vigente (vide Capítulo 5) e para traçar limites e horizontes para o aperfeiçoamento institucional doméstico relativo ao tema (vide Capítulo 6).

Mais que isso, a discussão explica a dicotomia econômica que intimamente permeia a evolução da implementação da política concorrencial sobre cartéis no Brasil, já mencionada no início deste capítulo e bastante evidente nos Capítulos 3, 4 e 5 adiante.

2.2.1 A microeconomia dos cartéis

Nesta Seção serão analisados alguns aspectos relacionados à teoria (micro) econômica sobre os cartéis. Serão expostos, em particular, os conceitos econômicos que explicam seus efeitos (estáticos e dinâmicos). Serão apresentados ainda alguns levantamentos empíricos acerca da dimensão dos impactos econômicos de cartéis internacionais. O objetivo da Seção é demonstrar a importância de se combater cartéis e, em especial, cartéis internacionais.

2.2.1.1 Efeitos estáticos dos cartéis

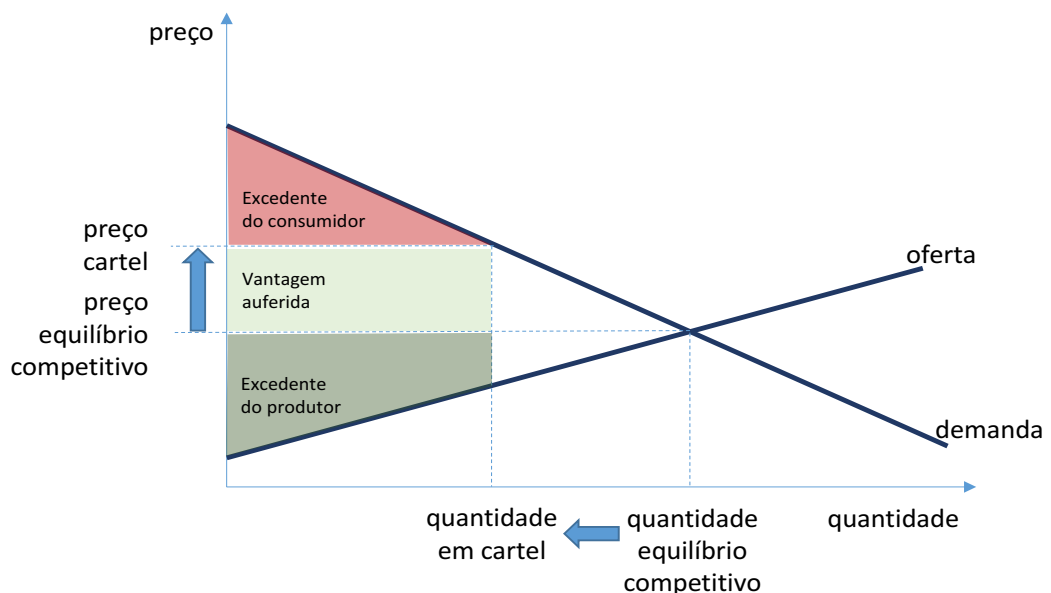
a. Extração de excedentes dos consumidores (sobre-preços)

Como visto, um cartel consiste em um acordo entre competidores para fixação de preços, restrição de oferta, alocação de mercado e/ou combinação de propostas em licitações

públicas. Todas essas categorias de conduta, a rigor, consistem apenas em variações de estratégias adotadas pelos cartéis com o fim de atingir o objetivo de elevar o preço acima do equilíbrio do mercado e maximizar os lucros de seus participantes.⁴⁰ Logo, é intrínseco à própria conduta a extração de recursos dos compradores em direção aos vendedores do mercado em que ela ocorre (sejam eles vendedores cartelizados ou não cartelizados)⁴¹.

Esse aspecto, exatamente por ser inerente à conduta, é incontroverso na literatura econômica e refere-se ao chamado sobrepreço gerado pelo cartel, que é demonstrado graficamente pelos economistas na forma da figura abaixo.⁴²

Figura 1 – Efeito sobrepreço causado pelos cartéis



⁴⁰ CONNOR, John M. *Global Price Fixing*. 2. ed. rev. e atual. Berlin: Springer, 2008, p. 21, 24-25. Note-se que, mesmo que um cartel não utilize como estratégia a fixação do preço em si, mas a redução da quantidade produzida pelos membros, economicamente, uma quantidade menor ofertada no mercado resulta, na prática, em um aumento de preços. O mesmo se pode dizer, por exemplo, de um cartel estabelecido para evitar a continuidade ou intensidade de quedas de preço vivenciadas por um determinado mercado: o efeito real é de elevação de preços face ao que ocorreria sem a conduta, ainda que nominalmente os preços tenham caído.

⁴¹ Conforme explica Connor, essa transferência de recursos se dá tanto para os vendedores cartelizados quanto para aqueles não cartelizados que passivamente também suportam o novo preço de mercado estabelecido pelo cartel. É o chamado *price umbrella effect*. Esse sobre-preço causado aos consumidores a partir das vendas não cartelizadas também constitui um dano do cartel. Legalmente, portanto, os membros do cartel deveriam ser considerados responsáveis por tais danos. Os vendedores não cartelizados que também praticaram o preço colusivo, atuando como *free riders* do cartel, não deveriam ser considerados responsáveis por esse dano, eis que não foram autores de qualquer conduta ilegal. CONNOR, John M. *Global Price Fixing*. 2. ed. rev. e atual. Berlin: Springer, 2008, p. 44.

⁴² CONNOR, John M. *Global Price Fixing*. 2. ed. rev. e atual. Berlin: Springer, 2008, p. 42-45.

Como se observa na figura acima, cartéis causam um aumento de preços (eixo vertical, do preço de equilíbrio competitivo para o preço de cartel) e uma redução da quantidade (eixo horizontal, na mesma lógica), aumentando o excedente do produtor na dimensão da área indicada como vantagem auferida e diminuindo o excedente do consumidor nessa proporção^{43 44}.

b. Perda de bem-estar agregado (peso morto)

Mas não é só esse efeito alocativo que é produzido em decorrência dos cartéis. Como consequência da elevação de preços promovida por um cartel, ocorre também uma perda de bem-estar agregado (uma ineficiência ou peso morto). Como consequência do aumento de preços, segue-se uma diminuição da quantidade transacionada no mercado como forma de ajuste de oferta e demanda.⁴⁵ E, nesse ajuste, compradores que antes do cartel possuíam condição econômica e interesse em adquirir o produto deixam de fazê-lo no momento em que um novo preço, mais elevado, é estabelecido. Esses consumidores são forçados a desistir de consumir o produto cartelizado e a utilizar sua renda disponível em outros produtos, de interesse (externalidade) inferior. Essa diminuição de quantidade transacionada em função do cartel do produto cartelizado representa, por sua vez, uma diminuição da produção e, conseqüentemente, no tamanho de uma dada economia, numa proporção que varia de acordo com a dimensão do mercado afetado e com o tamanho dessa redução da oferta.

⁴³ Em magnitude, o maior problema dos cartéis para o consumidor é de cunho alocativo. Trata-se de uma questão social e de equidade, tendente à concentração de renda. As palavras de Connor, ao descrever 3 grandes cartéis globais (ácido cítrico, lisinas e vitaminas), ilustram bem a questão: “Although highly lucrative for the participants in these cartels, the tragic reality is that financial fortunes were created for the few at the expense of the many. The cartel’s effectiveness rested on the exploitation of their customers and their customers’ costumers who traded in markets that were twisted out of their natural shapes.” CONNOR, John M. *Global Price Fixing*. 2. ed. rev. e atual. Berlin: Springer, 2008, p. 1.

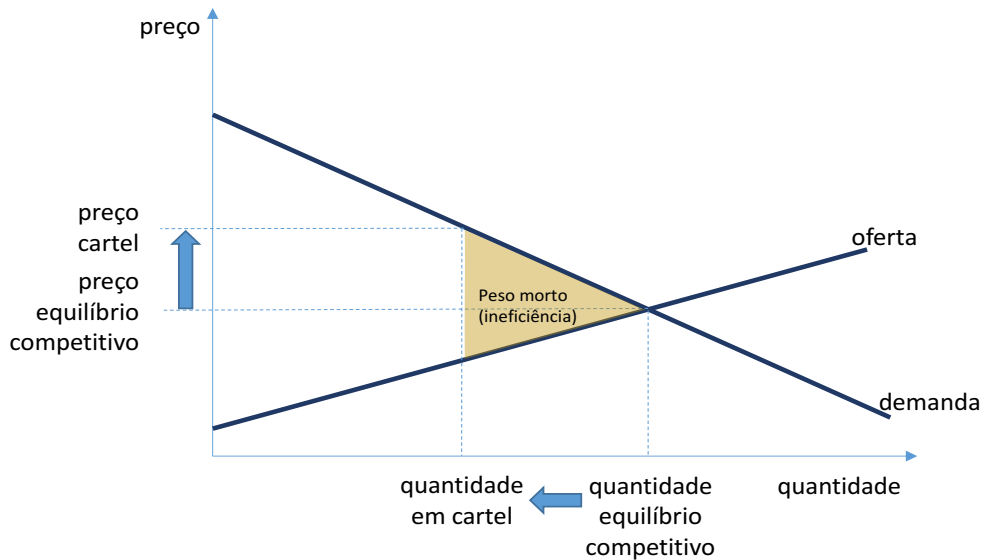
⁴⁴ Muitas vezes os cartéis ocasionam custos adicionais para seus participantes (custos de monitoramento, de punição a desvios etc.). Nesse sentido, o cartel causa ainda um deslocamento para cima na curva de oferta, aumentando o impacto da conduta para os consumidores. Por conta disso e da ineficiência que causa, o sobre-preço (o dano) é maior que o tamanho dos lucros de monopólio gerados (o ganho, a vantagem auferida). CONNOR, John M. *Global Price Fixing*. 2. ed. rev. e atual. Berlin: Springer, 2008, p. 44.

⁴⁵ CONNOR, John M. *Global Price Fixing*. 2. ed. rev. e atual. Berlin: Springer, 2008, p. 42-45.

Esse efeito é chamado pela literatura de peso-morto, sendo representado graficamente pelos economistas na proporção do triângulo marrom, conforme figura abaixo:

46 47

Figura 2 – Efeito peso morto causado pelos cartéis



c. Dimensão dos danos

Do ponto de vista estático, portanto, um cartel bem-sucedido produz dois tipos de efeitos distintos. O primeiro refere-se a uma transferência de renda dos compradores para os produtores (representado pelo retângulo azul, indicado abaixo como “vantagem auferida”). Esse é o chamado sobre-preço do cartel e reflete em grande medida o ganho auferido por seus membros.⁴⁶ O segundo refere-se a uma perda social de uma dada economia (representado pelo triângulos marrom no gráfico abaixo). É o chamado peso morto do cartel,

⁴⁶ CONNOR, John M. *Global Price Fixing*. 2. ed. rev. e atual. Berlin: Springer, 2008, p. 42-45.

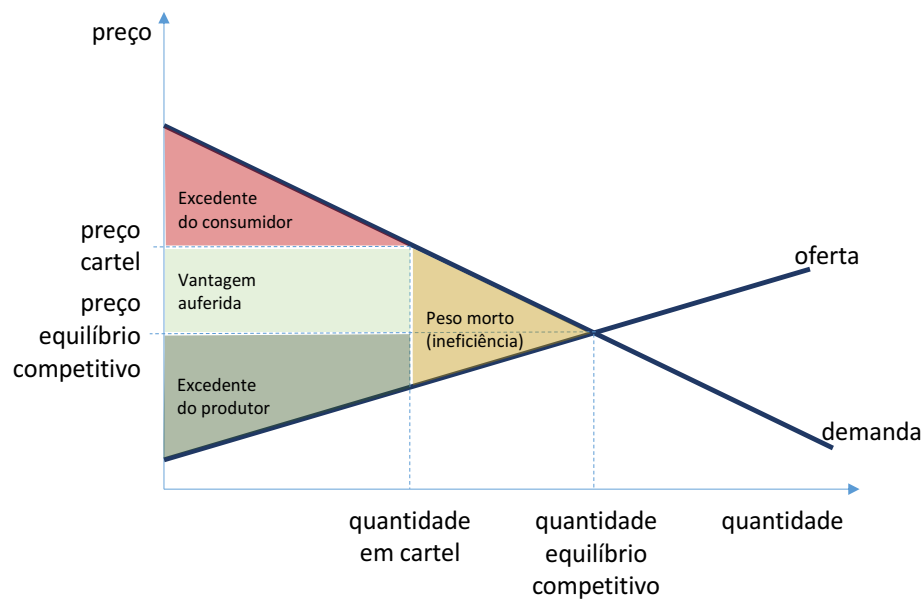
⁴⁷ Ademais, alguns economistas entendem que os custos adicionais de manter um cartel e o lobby na indústria para manter o poder de mercado (e que se verificariam graficamente na forma de um deslocamento para cima na curva de oferta) deveriam ser contados como uma perda para ambos consumidores e produtores (uma perda social), somando-se a essa área. CONNOR, John M. *Global Price Fixing*. 2. ed. rev. e atual. Berlin: Springer, 2008, p. 44.

⁴⁸ Ganho bruto dos membros do cartel, que não desconta eventuais custos incorridos na manutenção do acordo, tampouco a perda de eficiência que uma parte recai sobre o produtor na forma de menores vendas.

que constitui uma ineficiência alocativa e que recai sobre produtores (metade inferior do triângulo) e consumidores (metade superior do triângulo).

O dano total (estático) causado pelo cartel é constituído, assim, do sobre-preço por ele cobrado e das perdas sociais geradas, podendo ser visualizado graficamente na figura abaixo:

Figura 3 – Dano estático total causado pelos cartéis



A dimensão desses efeitos varia bastante conforme o cartel e o mercado afetado. Em 2000, a OCDE apresentou um relatório contendo estimativas relacionadas a 10 cartéis internacionais *hard core* condenados durante a década de 1990 pelos Estados Unidos. Segundo o documento, tais cartéis geraram um sobre-preço de, em média, 10%. As estimativas de perdas sociais foram de até 20% do volume de comércio afetado^{49,50}. Em 2002, um novo relatório da OCDE indicou que, em 14 grandes casos de cartel investigados pelos mais diferentes países, as estimativas de danos em termos percentuais de comércio

⁴⁹ Comércio afetado (ou *affected sales*) é o termo utilizado para descrever o total de receitas obtidas em um mercado durante todo o período de duração do cartel. Cf. CONNOR, John M. *Global Price Fixing*. 2. ed. rev. e atual. Berlin: Springer, 2008, p. 7.

⁵⁰ OCDE. *Hard Core Cartels*. Paris. 2000, p. 12. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/2752129.pdf>>. Acesso em 5 dez. 2016.

afetado variaram de 3% a 65%: em 2 casos os danos ficaram abaixo de 5%; em 5 casos, entre 5% e 15%; em 4 casos, entre 20% e 30%; e em 3 casos, entre 50% e 65%.⁵¹

Tendo em vista as dificuldades em se estimar a dimensão dos efeitos de um dado cartel⁵², as autoridades de defesa da concorrência costumam se valer de aproximações ou presunções quanto aos percentuais de danos.⁵³ De forma grosseira, o percentual de 10% levantado pela OCDE tem sido recorrentemente utilizado como estimativa média de sobre-preço de cartéis.⁵⁴ Existem, no entanto, centenas de trabalhos empíricos sobre o tema

⁵¹ OCDE. *Fighting hard core cartels: harm, effective sanctions and leniency programs*. Paris. 2002, p. 80. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>>. Acesso em 5 dez. 2016.

⁵² Sobre a dificuldade de estimação precisa dos efeitos decorrentes dos cartéis, explica a OCDE: *The worldwide economic harm from cartels is clearly very substantial, although it is difficult to quantify it accurately. Conservatively, it exceeds many billions of US dollars per year.*

Cartels harm consumers and have pernicious effects on economic efficiency. A successful cartel raises price above the competitive level and reduces output. Consumers choose either not to pay the higher price for some or all of the cartelised product that they desire, thus forgoing the product, or they pay the cartel price and thereby unknowingly transfer wealth to the cartel operators. Further, a cartel shelters its members from full exposure to market forces, reducing pressures on them to control costs and to innovate. All of these effects adversely affect efficiency in a market economy.

It is not easy to quantify these effects, however. It would require comparison of the actual market situation under the cartel to that which would exist in a hypothetical competitive market. Competition officials usually do not undertake to make such a calculation, both because it is difficult to do and because their laws usually do not require it. When an estimate of harm is necessary, however, most officials employ a proxy, which is the unlawful gain accruing to the cartel members from their activity. In its simplest form, this estimation is the product of the cartel “mark-up” above the competitive price and the commerce affected (in units) by the cartel agreement. Even this calculation can be difficult, as it requires an assessment both of the amount of ‘affected commerce’ and of what the ‘competitive’ price would have been absent the agreement.”

OCDE. *Fighting hard core cartels: harm, effective sanctions and leniency programs*. Paris. 2002, p. 71-72. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>>. Acesso em 5 dez. 2016.

⁵³ O *Sentencing Guidelines* dos Estados Unidos, que contém regras para aplicação de penalidades criminais pelas cortes americanas, vale-se, por exemplo, de uma presunção de que o ganho médio decorrente de um cartel é de 10% do preço de venda, sugerindo, em consequência, a aplicação de uma penalidade equivalente a 20% do volume de comércio afetado: “In selecting a fine for an organization within the guideline fine range, the court should consider both the gain to the organization from the offense and the loss caused by the organization. It is estimated that the average gain from price-fixing is 10 percent of the selling price. The loss from price-fixing exceeds the gain because, among other things, injury is inflicted upon consumers who are unable or for other reasons do not buy the product at the higher prices. Because the loss from price-fixing exceeds the gain, subsection (d)(1) provides that 20 percent of the volume of affected commerce is to be used in lieu of the pecuniary loss under §8C2.4(a)(3). The purpose for specifying a percent of the volume of commerce is to avoid the time and expense that would be required for the court to determine the actual gain or loss. In cases in which the actual monopoly overcharge appears to be either substantially more or substantially less than 10 percent, this factor should be considered in setting the fine within the guideline fine range.” (Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/guidelines/2016-guidelines-manual/2016-chapter-2-l-x#NaN>>. Acesso em 5 dez. 2016.

⁵⁴ OCDE. *Assessment of the impact of competition authorities' activities*: note by Prof. Stephen Davies. Paris. 2013, p. 5-6. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP2\(2013\)1&docLanguage=Em](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP2(2013)1&docLanguage=Em)>. Acesso em 5 dez. 2016.). Datado de 1989, o documento se valeu de uma presunção de sobre-preços de 10% cuja origem não é muito clara, possivelmente decorrendo de avaliações sobre 3 importantes casos descobertos à época. Essa presunção tem sido alvo de severas críticas por ser considerada não realista e sem base estatística. Cf. CONNOR, John M. *Price-fixing overcharges: revised 3rd edition*. (Feb. 24, 2014). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2400780>>. Acesso em 12 dez. 2016.

apontando percentuais variados de estimativas médias, em geral bem mais altos. Analisando mais de 700 desses estudos, Connor observou que, de um total de 2041 casos de cartel em que se identificou estimativas quantitativas dos efeitos, o sobre-preço mediano foi de 23% (49% na média). Em cartéis internacionais, o sobre-preço mediano é 38% maior⁵⁵.

A expressividade de tais estimativas de sobre-preço, que dizem respeito apenas a cartéis descobertos⁵⁶, se reflete também na queda da quantidade ofertada nos mercados em questão, resultando em uma contração relevante da atividade econômica em função dessa redução (no peso morto acima visto). Apenas para se ter uma ideia, a partir de uma amostra de 18 cartéis investigados pelo Cade no período de 1995 a 2013, Ivaldi, Jenny e Khimich conseguiram estimar o impacto de 6 deles em termos de sobrepreços e restrições de oferta. Em média, o sobre-preço foi da ordem de 17,95% enquanto as perdas em termos de restrição de oferta foram de 17,87%. Em relação a 17 deles, foi possível também quantificar a relação entre o agregado dos lucros obtidos pelo cartel entre 1995 e 2005 e o PIB do país no período. Na média, essa relação foi de 0,21%, tendo chegado a 0,43% em 1999.

Isto significa que houve um aumento na transferência de renda dos consumidores para os fabricantes da ordem de 0,22% do PIB no período. Como estes setores representavam 0,89% do PIB do país, tendo alcançado 1,86% em 1999, a queda de 17,87% nas vendas significou uma retração de 0,16% do PIB, chegando a 0,34% em 1999.⁵⁷

⁵⁵ CONNOR, John M. *Price-fixing overcharges: revised 3rd edition*. (Feb. 24, 2014). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2400780>>. Acesso em 12 dez. 2016.

⁵⁶ Como cartéis, em geral, operam atualmente de forma secreta, para evitar exposição aos riscos legais, grande parte dos esquemas não são descobertos. Segundo Connor, estudos geralmente concluem que apenas 10 a 30% de todos os cartéis são descobertos e punidos. Cf. CONNOR, John M. Latin America and the control of international cartels. Chapter XIV. In: FOX, Eleanor M.; SOKOL, Daniel D. (Eds.). *Competition law and policy in Latin America*. Oxford: Hart Publishing, 2009, pp. 291-324. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156401>. Acesso em 29 nov. 2016. Ivaldi, Jenny e Khimich estimam que estimativa que a máxima probabilidade anual de descoberta de um cartel é de 24%. Cf. IVALDI, Marc; JENNY, Frédéric; KHIMICH, Aleksandra. Cartel Damages to the economy: an assessment for developing countries. In: JENNY, Frédéric; KATSOULACOS, Yannis. *Competition Law enforcement in the BRICS and in developing countries*. Berlim: Springer, 2016, p. 103-133. Disponível em: <http://www.cresse.info/uploadfiles/2015_pa16_p2.pdf>. Acesso em 12 dez. 2017.

⁵⁷ IVALDI, Marc; JENNY, Frédéric; KHIMICH, Aleksandra. Cartel Damages to the economy: an assessment for developing countries. In: JENNY, Frédéric; KATSOULACOS, Yannis. *Competition Law enforcement in the BRICS and in developing countries*. Berlim: Springer, 2016, p. 103-133. Disponível em: <http://www.cresse.info/uploadfiles/2015_pa16_p2.pdf>. Acesso em 12 dez. 2017.

2.2.1.2 Efeitos dinâmicos dos cartéis

Os dois efeitos estáticos acima, de extração de excedentes e geração de perdas para a sociedade, são os aspectos mais conhecidos e comentados com relação aos cartéis, especialmente em razão de suas repercussões para cálculo de dano e vantagem auferida na aplicação de sanções e determinação de indenizações. Contudo, o alcance econômico dos efeitos causados por cartéis pode ser ainda muito mais significativo sob a ótica dinâmica.

a. Restrição de investimentos

Do ponto de vista econômico, uma importante função do processo competitivo é seu papel na seleção de agentes mais eficientes, que é fundamental para geração de bem-estar social, com a produção de mais e melhores produtos pelos menores preços.

Em mercados competitivos, a disputa entre as diferentes empresas faz com que cada uma busque melhorar ou criar novos produtos, reduzir custos ou introduzir novos processos produtivos de modo a ganhar a preferência dos compradores e permanecer (ou aumentar sua fatia) no mercado. Em cartel, no entanto, as empresas deixam de agir de modo independente. Ao combinarem preços, quantidades, dividirem mercados ou fixarem participações de mercado, por exemplo, elas perdem ao menos parte do seu incentivo em buscar a preferência do consumidor como fator de sobrevivência, uma vez que a fatia de ganhos de cada um já está, em algum grau, previamente definida, e os ganhos já particularmente elevados. Logo, nesse contexto, o mecanismo de mercado não mais eliminará as empresas menos eficientes, e uma empresa ineficiente terá tantas chances de sobreviver quanto uma eficiente. No longo prazo, novos e melhores produtos deixarão de ser produzidos, a preços mais baixos, para o consumidor.⁵⁸

Sendo esses processos de inovação e de seleção de empresas mais eficientes importantes motores do crescimento das economias, cartéis acabam por reduzir o

⁵⁸ MOTTA, Massimo. *Competition policy: theory and practice*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2004. Edição Kindle, p. 55-57, posição 1814-1885.

crescimento agregado dos países tanto mais quanto maior a sua incidência (em proporção de sua economia) e duração.

Os estudos relacionados às dimensões e evidências empíricas de efeitos de cartéis na produção de ineficiências dinâmicas (e também produtivas) são, no entanto, bem mais escassos em relação aos estudos de ineficiências alocativas. Há, ainda assim, alguns dados sobre o tema. Por exemplo, Gunster, Carree e Dijk, examinaram com a formação e o término de 49 cartéis europeus afetaram a performance e eficiência das empresas participantes. O resultado de suas análises foi consistente com a hipótese de que haveria perda de eficiência produtiva e dinâmica durante o período de existência desses cartéis.⁵⁹

b. Elevação de barreiras à entrada

Outro mecanismo relevante de geração de ineficiências dinâmicas diz respeito às estratégias normalmente adotadas por cartéis com vistas a garantir sustentabilidade. Para durar, um cartel precisa se proteger da possibilidade de entrada de novos competidores em seus mercados, por conta das margens mais elevadas obtidas por seus membros em função do conluio. Isto envolve, geralmente, a adoção de estratégias para deter tanto investimentos de concorrentes não alinhados (já que os cartéis não necessariamente envolvem todos os participantes do mercado) quanto investimentos de entrantes atraídos por esses ganhos⁶⁰.

Tais condutas podem envolver a coordenação em aspectos bastante variados, como limitação de acesso a fontes de insumos ou canais de venda, açambarcamento de tecnologia, definição de regras de segurança ou processos mais complexos (mas não necessariamente mais eficientes), adoção de padrões tecnológicos, reestruturação de canais comerciais, entre outros.

Essas decisões, ou pelo menos algumas delas, podem também ser adotadas no curso normal dos negócios, frequente no âmbito de associações, de interlocução com o Estado ou com órgãos setoriais de regulação, em fóruns técnicos de segurança, de padronização ou de meio ambiente, ou ainda no âmbito privado para desenvolvimento de tecnologias e novos

⁵⁹ GUNSTER, Andrea; CARREE, Martin; DIJK, Mathijs A. van. *Do cartels undermine efficiency?* 2011. Disponível em <<https://www.aeaweb.org/conference/2012/retrieve.php?pdfid=510>>. Acesso em 13 jan. 2016.

⁶⁰ CONNOR, John M. *Global Price Fixing*. 2. ed. rev. e atual. Berlin: Springer, 2008, p. 22-23.

padrões de mercado. Nesses casos, podem até, eventualmente, contribuir para inovação de processos e produtos ou para o barateamento destes. No entanto, quando ocorrem de forma coordenada com vistas ao fechamento de mercado ou aumento de barreiras à entrada de novos competidores, criando condições para a estabilidade de cartéis, dificilmente se justificam em termos de produção de efeitos líquidos positivos.⁶¹

2.2.2 A macroeconomia dos cartéis

Como visto na Seção 2.2.1.1, do ponto de vista de uma análise microeconômica (neoclássica), cartéis indiscutivelmente extraem recursos dos compradores, criando um processo de concentração de renda na direção das empresas cartelistas. Por essa razão, hoje são considerados a mais grave infração antitruste em muitos países (vide Seção 2.1), inclusive o Brasil (vide Seção 4.2.3.4 e Capítulo 5), que vêm em suas políticas de defesa da concorrência objetivos de proteção do bem-estar do consumidor. Todavia, historicamente, cartéis foram diversas vezes defendidos como desejáveis ou ainda qualificados a partir de uma diferenciação entre “cartéis bons e cartéis ruins”.⁶² Como se verá ao longo dos Capítulos

⁶¹ Embora alguns desses arranjos cooperativos possam gerar algum grau de eficiência (sendo inclusive alcançados pelo controle de estruturas na maioria das legislações concorrenciais), não há nexos causal entre estes e a prática de cartéis. Cartéis não são necessários para que esses acordos se materializem e ocasionem ambientes mais eficientes de mercado. Pelo contrário, sendo eles mais eficientes, espera-se que os agentes racionais alcancem esses acordos independentemente da formação de um cartel envolvendo variáveis competitivas mais sensíveis (como preços, quantidades, mercado de atuação etc.) e sem o custo, portanto, em termos de extração de excedentes e diminuição da produtividade que estes ocasionam.

⁶² Se hoje cartéis são severamente combatidos nas jurisdições que adotam controle antitruste, José Maria Arruda Andrade relembra que nem sempre essas práticas foram consideradas indesejáveis. Conforme aponta o autor, o debate que marca o surgimento do direito antitruste e o combate aos trustes e cartéis nos Estados Unidos e na Europa (notadamente na Áustria e na Alemanha) foi marcado pela análise das vantagens e desvantagens da medida. Nos EUA, os debates que antecederam à promulgação do *Sherman Act* e do *Clayton Act* contaram com grandes defesas de que a concorrência poderia ser destrutiva, impedindo o crescimento e a sobrevivência das empresas envolvidas em tais práticas, e gerando potenciais riscos para a competitividade internacional e riqueza dos países. Na Alemanha pré-Primeira Guerra Mundial, o intervencionismo em prol da industrialização culminou numa cultura tão arraigada de cartéis a ponto de, em 1910, o Parlamento chegar a aprovar uma lei sobre “cartel compulsório” para as empresas de potassa, com vistas a evitar a concorrência destrutiva entre elas. Os cartéis chegavam mesmo a ser defendidos como importantes fatores de coesão social, a ponto de serem percebidos como estreitamente relacionados à moralidade. Esses ajustes permaneceram sem maiores limites e controles na Alemanha até o término da Primeira Guerra Mundial, quando o fim do Império Alemão e o início da República de Weimer iniciou um período de crise econômica e fez com que eles passassem a ser vistos pela população como os verdadeiros causadores da inflação. Posteriormente, durante o regime nazista, os cartéis voltaram a ser favorecidos, como resultado da união entre forças políticas e industriais que marcaram esse período, até que o pensamento ordoliberal, opondo forte crítica ao intervencionismo e dirigismo econômico, foi capaz de influenciar profundas alterações legislativas que

3 a 5, tais narrativas se apresentaram diversas vezes ao longo da história legislativa brasileira.⁶³ Ainda hoje, inclusive, há legislações que concedem isenções ou autorizações a determinados tipos de cartéis (vide Seção 2.1.1.3).

Esse aparente contrassenso decorre do uso, pelos governos, de cartéis (ou de uma perseguição branda destes) como forma de se atingir objetivos de natureza macro-econômica e desenvolvimentista, em especial como mecanismo de política industrial, política comercial e política de gestão de crises. Em geral, costumam ser invocadas, entre outras, as seguintes justificativas principais para se advogar em favor dos cartéis: (a) proteção à indústria nascente; (b) geração de excedentes (de poupança interna) para financiamento do processo de industrialização; (c) racionalização de setores com excesso de capacidade produtiva; (d) estabilização de economias em crise; e (e) geração de economias de escala com vistas a aumentar a competitividade internacional (cartéis de exportação).⁶⁴

levaram à formação do direito europeu da concorrência. Cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do direito concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 49-56 e 71-81.

⁶³ No Brasil, Considera e Correa destacam que os mecanismos de controle de preços adotados pelo Estado para tentar controlar o aumento da inflação funcionaram como mecanismos de cartelização pelo Estado, embora não tenham sido vistos assim pela sociedade, o que pode explicar, em algum grau, a percepção dos consumidores em relação à existência de cartéis “bons”: “The public interpretation of the tasks performed by CIP, was that it was preventing economic abuses through price controls, even if by doing that it ended up organising cartels.” Cf. CONSIDERA, Claudio Monteiro; CORRÊA, Paulo. *The political economy of anti-trust in Brazil from price control to competition policy*. 2002. Disponível em: <<http://www.professores.uff.br/claudioconsidera/artigos-revistas/The-Political-Economy-of-Anti-trust-final-081001.pdf>>. Acesso em 15 dez. 2016.

Sobre a percepção histórica no Brasil acerca da existência de chamados “cartéis bons”, vide maiores detalhes no Capítulo 3.

⁶⁴ Várias dessas abordagens possuem natureza muito mais histórica que embasamento teórico sólido. Todas elas têm recebido críticas por parte da economia neoclássica moderna, embora algumas ainda sejam defendidas por autores desenvolvimentistas. Em linhas gerais, essas críticas referem-se a uma suposta falha dinâmica dos argumentos presentes nessas abordagens. A escolha pelo estímulo ou tolerância aos cartéis por parte dos governos significa necessariamente que a sociedade suportará os custos sociais dos cartéis em troca de possíveis ganhos de desenvolvimento do país em um horizonte mais longo. No entanto, é incerto que a proteção e o acúmulo de capitais decorrentes do processo de cartelização efetivamente possam se converter em novos investimentos e nova capacidade produtiva suficientes para compensar os efeitos negativos da medida. Dado que a supressão do mecanismo concorrencial reduz o incentivo das firmas à inovação e à busca por maior eficiência, valer-se de cartéis para proteger ou racionalizar uma determinada indústria é entendido como contraproducente. Ademais, argumenta-se que, passados os períodos de proteção antitruste, as empresas protegidas possivelmente não estarão produtivamente preparadas para se defrontar com um ambiente competitivo. Destaca-se, no entanto, que não é objeto desse trabalho explorar toda a discussão existente em relação aos potenciais efeitos econômicos (negativos e eventualmente positivos) dos cartéis, nem a relação entre cartéis e desenvolvimento ou sua adoção histórica na esfera internacional. A proposta restringe-se a apresentar as contradições existentes entre a agenda internacional de perseguição rigorosa a cartéis e a ainda presente tolerância (ou até estímulo) desses arranjos por parte de muitos países. Essas contradições se refletem na forma de criação de impasses para o *enforcement* anti-cartel de legislações nacionais e para a tão recomendada cooperação entre jurisdições para o combate a cartéis internacionais, já que há incentivos conflitantes envolvidos na aplicação da legislação antitruste entre os países (vide Seção 2.3). Críticas a utilização de cartéis como medida de política interna podem ser vistas, por exemplo, em

a. Proteção à indústria nascente

A primeira tese teve ampla aceitação histórica e tem algum suporte técnico. O argumento utilizado é que novas indústrias necessitam de tempo para maturar (para, por exemplo, alcançar escalas economicamente mais eficientes, aperfeiçoar padrões tecnológicos ou superar a fase de aprendizado de seus processos industriais), especialmente em situações de industrialização tardia, requerendo mecanismos de proteção ou subsídios para que esse processo ocorra. Assim como barreiras tarifárias e subsídios, o incentivo a cartéis surge como uma opção de política pública para essa proteção, já que os arranjos entre concorrentes garantiriam que certas parcelas do mercado ficassem “reservadas” para essas empresas, que, ficariam, assim, protegidas da competição.⁶⁵

OCDE. Crisis cartels: contribution from the European Union. 2011. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2011_feb_crisis_cartels.pdf>. Acesso em 15 dez. 2016.

⁶⁵ CHANG, Ha-Joo. *Infant industry promotion in historical perspective: a rope to hang oneself or a ladder to climb with?* 2001. Disponível em: <<http://www.cepal.org/prensa/noticias/comunicados/8/7598/chang.pdf>>. Acesso em 15 dez. 2016: “So what do we conclude from our survey of the history of infant industry promotion in the now-developed countries? Does it tell us whether infant industry protection is a “rope to hang oneself with”, as Sachs & Warner (1995) put it, or “a ladder to climb up to the top with”, as List (1885) put it? Our paper shows that, while infant industry protection through tariffs cannot guarantee economic success, success without it seems to be the exception rather than the rule. (...) There is a remarkably persistent historical pattern, stretching from 18th-century Britain to late-20th-century Korea, where successful economic development was achieved with the help of infant industry protection measures. Important tariff protection may have been in the development of most NDCs, I repeat once more, it was by no means the only, or not even necessarily the most important, policy tool used by these countries in promoting infant industries. There were many other tools, such as export subsidies, tariff rebates on inputs used for exports, conferring of monopoly rights, cartel arrangements, directed credits, investment planning, manpower planning, R&D supports, and the promotion of institutions that allow public-private cooperation. (...)

In the end, I can only conclude that infant industry promotion is *not* a rope with which misinformed countries have hanged themselves, as Sachs & Warner (1995) believe. Rather, it is a ladder that most countries have needed (and actively used) in order to climb up to the top – and was eagerly “kicked away” when no more necessary – as List (1885) saw it. Whatever their intention is, the developed countries that are trying to prevent the developing countries from using infant industry promotion are, thus seen, “kicking away the ladder”, which List, and indeed many of his contemporaries in the USA, accused Britain of doing in the mid-19th century.”

Cf. também: WESTPHAL, Larry E. *Empirical justification for infant industry protection*. World Bank Staff Working Paper n. 445, mar. 1981. P. 13. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/898671468766751634/pdf/multi0page.pdf>>. Acesso em 13 dez. 2016: “In fact, many governments do employ direct and selective policy measures to promote infant industries, though the policies appear frequently not to be “first-best:” preferred access to credit on preferred terms may be interpreted as a means to overcome imperfections in capital markets and differences in private and social evaluations of risk; use of public enterprises or the sanctioning of cartels or monopolies, as a means to insure that the returns from technological effort are appropriable; industrial planning that includes such things as project identification and preliminary feasibility studies, as a means to subsidize the acquisition of

Dinamicamente, uma vez consolidada essa nova indústria, a sociedade como um todo se beneficiaria da riqueza gerada e, posteriormente, suprimindo-se o mecanismo de coordenação, ocorreria uma socialização desse ganho na forma de menores preços aos consumidores. Ou seja, perdas imediatas para a sociedade decorrentes do mecanismo de transferência de renda dos compradores para essa nova indústria seriam compensadas adiante na forma de maior riqueza agregada.⁶⁶

Tal abordagem foi amplamente usada por parte de vários países para a formação de sua indústria em estágios iniciais de seus processos de desenvolvimento. O caso mais notório é o da Alemanha, que chegou a ser chamada de “Terra dos Cartéis” (*Land der Kartelle*), mas os exemplos de Japão e Coréia do Sul (do leste asiático, de modo geral) também recebem ampla menção pela literatura. Com efeito, ao permitir cartéis (e, conseqüentemente, sinalizar lucros mais elevados da atividade), esses países conseguiram atrair grupos para formarem um parque produtivo local, proporcionando o desenvolvimento de novas atividades em seus territórios e todas as externalidades positivas que desse processo surgiram.⁶⁷

b. Geração de excedentes para o financiamento de processos de expansão industrial

O segundo aspecto pelo qual se defende a existência de bons cartéis refere-se à capacidade destes arranjos de deslocarem recursos para os setores que se coordenam, permitindo que a sociedade financie o processo de acumulação de capitais necessário para a expansão das atividades empresariais. Nessas hipóteses, cartéis funcionam como um mecanismo de subsídio dos compradores (e toda a sociedade) para as empresas cartelistas,

initial technological information; sharing in the costs of labor training and "research and development," as a means of promoting the direct outlays necessary to achieve socially "optimal" levels of knowledge and training; et cetera.”

⁶⁶ AMSDEAN, ALICE; SINGH, Ajit. *The optimal degree of competition and dynamic efficiency in Japan and Korea*. 1993. Disponível em: <https://mpra.ub.uni-muenchen.de/54982/1/MPRA_paper_54982.pdf>. Acesso em 14 dez. 2016

⁶⁷ CHANG, Ha-Joo. *Infant industry promotion in historical perspective: a rope to hang oneself or a ladder to climb with?* 2001. Disponível em: <<http://www.cepal.org/prensa/noticias/comunicados/8/7598/chang.pdf>>. Acesso em 15 dez. 2016; AMSDEAN, ALICE; SINGH, Ajit. *The optimal degree of competition and dynamic efficiency in Japan and Korea*. 1993. Disponível em: <https://mpra.ub.uni-muenchen.de/54982/1/MPRA_paper_54982.pdf>. Acesso em 14 dez. 2016; MIYAJIMA, Hideaki. Japanese industrial policy during the intewar period: strategies for international and domestic competition. *Business and Economic History*, 2nd Series, Vol. 21, 1992, p. 273. Disponível em: <<http://coursesa.matrix.msu.edu/~business/bhcweb/publications/BEHprint/v021/p0270-p0279.pdf>>. Acesso em 14 dez. 2016.

permitindo que se financie o processo de acumulação de capital necessário ao desenvolvimento dessas empresas.

Assim como em relação à proteção à indústria nascente, a geração de excedentes para a industrialização constituiu justificativa particularmente importante nos processos de desenvolvimento da Europa e da Ásia, com destaque para a Alemanha, mas funcionou em praticamente todo o mundo – Brasil incluído (vide Parte II).

Neste caso, políticas de estímulo a cartéis – seja por meio de ações diretas do Estado, seja por meio de uma tolerância à sua ocorrência – implicam uma escolha clara em que a sociedade abre mão de uma parcela de sua riqueza em favor de empresas individuais (públicas ou privadas, nacionais ou internacionais), com a expectativa que o seu crescimento gerará ganhos futuros maiores (compensações na forma de mais emprego, novos investimentos, maturação de tecnologias, etc).

c. Racionalização de setores com excesso de capacidade produtiva

Outra abordagem que justifica o incentivo ou tolerância com os cartéis é a proposta por Chang relacionada à solução de problemas de excesso de capacidade produtiva em determinados setores⁶⁸. O autor defende que, em muitas indústrias, os danos decorrentes de um cartel podem ser menores que os custos de se ter um mercado operando em escalas sub-ótimas. Nesse contexto, permitir e incentivar cartéis (ou grupos monopolistas), com consequente reorganização produtiva, poderia incrementar a eficiência da economia, impulsionando seu crescimento:

Economists have traditionally debated on whether the social cost of monopoly is 1% or 2% of total output, but in industries with significant scale economy, choosing a sub-optimal scale of capacity can often mean 30-50% differences in unit costs⁶⁹

Nessa proposta, não se trata mais de justificar cartéis por meio de um possível ganho dinâmico, mas de um efeito imediato de incentivar a consolidação do mercado em um ou

⁶⁸ CHANG, Ha-Joon. *Industrial policy and East Asia: the miracle, the crisis, and the future*. Mimeo. World Bank. 1999. Disponível em: <http://bdresearch.org/home/attachments/article/711/Chang_wbip.pdf>. Acesso em 14 dez. 2016.

⁶⁹ CHANG, Ha-Joon. *Industrial policy and East Asia: the miracle, the crisis, and the future*. Mimeo. World Bank. 1999, p. 10. Disponível em: <http://bdresearch.org/home/attachments/article/711/Chang_wbip.pdf>. Acesso em 14 dez. 2016.

poucos grupos que possuam capacidade produtiva mais eficiente. De acordo com o autor, tal processo foi amplamente usado no processo de industrialização asiática, com suporte dos respectivos países, tanto por meio de monopólios como pela cartelização de mercados⁷⁰.

d. Estabilização de economias em crise

Muitos países também fizeram uso dos cartéis como política de gestão de crises econômicas (algo que na literatura recente é conhecido como Cartéis de Crise⁷¹). Apenas

⁷⁰ CHANG, Ha-Joon. *Industrial policy and East Asia: the miracle, the crisis, and the future*. Mimeo. World Bank. 1999, p. 10. Disponível em: <http://bdresearch.org/home/attachments/article/711/Chang_wbip.pdf>. Acesso em 14 dez. 2016.

⁷¹ OCDE. *Crisis cartels*. 2011. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/cartels/48948847.pdf>>. Acesso em 14 dez. 2016.

“As noted earlier, the second notion of crisis cartels relates to cartels that are permitted or encouraged by governments during sharp economic downturns or to the application of crisis-specific exemptions from cartel law. The different motives underlying a policy towards crisis-cartels can be distinguished from historical experience and from some of the theoretical considerations mentioned earlier (Chang 1999, Feibig 1999). It being accepted that the following motives are not necessarily consistent with one another, these motives could include:

- Limiting or avoiding employment losses.
- Facilitating rationalisation of a sector with excess capacity.
- Promoting innovation by facilitating co-operation between otherwise rival firms.
- Promoting productivity improvements by facilitating co-operation with the workforce.
- Stabilising prices, even promoting consumer welfare.
- Avoiding "ruinous" competition that denies firms the necessary profits for reinvestment.
- Preserving a proportion of the total market for favoured firms, including domestic firms.
- Avoiding a widespread backlash against cartel law, competition law, and their enforcement.

Even if a crisis-era policy towards cartels and cartel law enforcement has an established motive, or motives, that does not imply that the policy is necessarily "justified". Evaluation of the relative merits of a specific policy proposal turns critically on the evaluation criteria and the alternative policy options considered. With respect to evaluation criteria, economists typically distinguish between so-called economic welfare criteria (consumer surplus and total welfare) and all other criteria, which are referred to as non-economic criteria.

Moving from the more general to the specific, in principle, a policy towards crisis cartels could be justified in any one of the following ways:

- The policy as implemented raises consumer surplus (or economic welfare) more than any alternative policy considered.
- The policy as implemented attains a numerical target associated with a chosen non-economic objective at a lower cost than any alternative policy considered.
- Given a non-economic objective and the willingness of policymakers to trade-off attaining this objective against the costs of doing so, then a crisis cartel is said to be justified if the associated contribution to the stated objective and the cost incurred -- as evaluated by the policymaker -- is the most beneficial option available.”(p. 20-25)

para citar alguns, Japão⁷², EUA⁷³ e Alemanha⁷⁴ efetivamente usaram cartéis como uma das formas de “estabilizar” alguns de seus mercados em momentos de grave crise, garantindo a sobrevivência (ou acelerando a recuperação) de grupos produtores (seja para preservar sua produção adiante, seja para evitar que se formassem monopólios após essa conjuntura). A própria Comissão Europeia ainda hoje considera a possibilidade de isenções ao art. 101 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFEU) para casos de acordos de reestruturação industrial (cartéis de crise), embora apenas, em situações que considera “raras”, se houver excesso de capacidade estrutural no mercado.⁷⁵

Em particular, cartéis internacionais foram amplamente usados como forma de gestão de crises e estabilização de mercados por parte de países desenvolvidos e em desenvolvimento, destacando-se casos muito conhecidos de cartéis entre países, como o a ICA (International Coffee Agreement), envolvendo os principais produtores de café, e a OPEC (mercado de petróleo), envolvendo os grandes produtores de petróleo, entre outros inúmeros exemplos – alguns ainda atuantes.⁷⁶

⁷² O Japão, por exemplo, chegou a decretar Control Law of Important Industries, em 1931, desenhado para reforçar os cartéis em sua indústria de base, então desestabilizados pela profunda recessão econômica pós-1929: “Firms that were faced with a sudden decrease of demand maintained production volume by cutting prices. Market prices declined rapidly. Prior to the Depression, voluntary cartels had existed in major Japanese industries. Under the intense pressures of the Depression, however, the cartels were incapable of stabilizing or maintaining prices. A series of laws were passed in 1931 to deal with this situation. These included the Control Law of Important Industries, designed to strengthen industrial cartels. The Control Law contained two main provisions: first, it gave the government the right to order non-members to obey cartel agreements; second, the government was given the right to modify or cancel the cartel agreement for reasons such as unreasonably high prices or output restriction.” Cf. MIYAJIMA, Hideaki. Japanese industrial policy during the intewar period: strategies for international and domestic competition. *Business and Economic History*, 2nd Series, Vol. 21, 1992, p. 273. Disponível em: <<http://coursesa.matrix.msu.edu/~business/bhcweb/publications/BEHprint/v021/p0270-p0279.pdf>>. Acesso em 14 dez. 2016.

⁷³ DOBBIN, Frank; DOWD, Timothy J. How policy shapes competition: early railroad foundings in Massachussets. *Administrative Science Quarterly*, 42, 1997, p. 501-529. Disponível em: <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/3202908/Dobbin_PolicyShapesCompetition.pdf?sequence=2>. Acesso em 14 dez. 2016.

⁷⁴ AUDRETSCH, David B. Legalized cartels in West Germany. *Antitrust Bulletin*, n. 34, 1989, p. 579. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/antibull34&div=29&id=&page=>>>. Acesso em 06 jan.2017. Cf. CONNOR, John M. *Global Price Fixing*. 2. ed. rev. e atual. Berlin: Springer, 2008, p. 46-47.

⁷⁵ OCDE. Crisis cartels: contribution from the European Union. 2011. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2011_feb_crisis_cartels.pdf>. Acesso em 15 dez. 2016.

⁷⁶ OCDE. Crisis cartels: contribution from the European Union. 2011. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2011_feb_crisis_cartels.pdf>. Acesso em 15 dez. 2016.

e. Geração de economias de escala com vistas a aumentar a competitividade internacional (cartéis de exportação)

Em alguns países, há estímulo ou isenção para acordos de preços ou divisão de quotas com relação ao mercado externo. Esses acordos são chamados pela literatura de Cartéis de Exportação. A racionalidade por trás da permissão desses cartéis por muitos governos é que eles promovem economias de escala que viabilizam a penetração de pequenas e médias empresas nacionais no mercado externo, aumentando a competitividade internacional desses países e gerando resultados favoráveis em termos de balança comercial.⁷⁷ Todavia, são usados geralmente entre grandes grupos econômicos, sem qualquer integração produtiva, sendo esta mais um argumento genérico que algo tecnicamente sustentado.

Quando exclusivamente destinados à exportação, tais arranjos não gerariam efeitos no mercado interno, mas apenas transferências de renda de consumidores estrangeiros para produtores nacionais. Do ponto de vista do país de origem dos cartelistas, portanto, tais arranjos, se não se irradiam para o mercado interno, são realmente benéficos, tendo servido historicamente como um importante mecanismo de comércio exterior e desenvolvimento industrial. Do ponto de vista dos países consumidores, no entanto, representam extração de renda em direção às empresas cartelizadas de outros países que sequer se justificam em termos de suposta ou eventual racionalização ou retornos em investimentos e nova capacidade produtiva, como nas hipóteses anteriores.

Vários países fizeram ou fazem uso de autorizações ou isenções a cartéis de exportação. Os Estados Unidos, desde 1918, com a promulgação do *Webb-Pomerane Act*, permite a realização de associações entre produtores para comercialização conjunta no mercado externo. Atualmente, tais associações, para receberem a isenção antitruste,

⁷⁷ EVENETT, Simon J., LEVENSTEIN, Margaret C. e SUSLOW, Valerie Y. International cartel enforcement: lessons from the 1990s. *The World Economy* 24, Jul. 11, 2001, p. 34. Disponível em: <https://www.umass.edu/economics/publications/econ2001_01.pdf>. Acesso em 11 dez. 2017; SUSLOW, Valerie Y. The changing international status of export cartel exemptions. *American University International Law Review*, 20, no. 4 (2005): 785-828. Disponível em <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1144&context=auilr>>. Acesso em 15 dez. 2016.

precisam realizar registro perante o *Federal Trade Commission*.⁷⁸ Japão⁷⁹ e países europeus, especialmente Alemanha,⁸⁰ também fizeram uso frequente de autorizações a esse tipo de cartel. Além disso, esses e virtualmente todos os demais países, na medida em que aplicam suas legislações antitruste apenas com relação a condutas cujos efeitos ocorram em seus territórios, possuem isenções implícitas a cartéis de exportação.⁸¹

2.2.3 A economia dos cartéis internacionais e considerações em termos de política pública para países em desenvolvimento

Do quanto analisado no tópico anterior, fica evidente uma distinção clara em termos de política dirigida aos cartéis em geral e aos cartéis internacionais. Com relação aos primeiros, especialmente da perspectiva de um país em desenvolvimento, pode até haver justificativas por parte dos governos, ainda que bastante questionáveis, para que sejam estimulados ou tolerados em circunstâncias específicas, dados objetivos de natureza industrial. Com relação aos segundos, no entanto, a não ser que o país em questão possua empresas participantes dos arranjos, o que não tem sido normalmente o caso dos países em desenvolvimento⁸², não há qualquer justificativa que sustente a ausência de uma política repressiva. Quando, por outro lado, o país em questão é receptor em grande escala de

⁷⁸ Webb-Pomerane Act de 1918. Cf. <<https://www.ftc.gov/policy/reports/webb-pomerene-act-filings>>. Acesso em 15 dez. 2016.

⁷⁹ JACQUEMIN, Alexis; NAMBU, Tsuruhiko; Dewez, Isabelle. A dynamic analysis of export cartels: the japanese case. *The Economic Journal*. Vol. 91, nº 363 (Sep., 1981), pp. 685-696.

⁸⁰ SUSLOW, Valerie Y. The changing international status of export cartel exemptions. *American University International Law Review*, 20, no. 4 (2005): 785-828. Disponível em <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1144&context=auilr>>. Acesso em 15 dez. 2016.

⁸¹ SUSLOW, Valerie Y. The changing international status of export cartel exemptions. *American University International Law Review*, 20, no. 4 (2005): 785-828. Disponível em <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1144&context=auilr>>. Acesso em 15 dez. 2016.

⁸² Analisando uma amostra de 1336 cartéis internacionais privados investigados desde 1990, Connor constatou que: “There are at least 7,200 companies that have been caught or punished for cartel infractions worldwide. This number does not include thousands of parents of large groups or intermediate operating companies that were identified as culpable but that were not directly penalized.

Because historically antitrust enforcement is largely located there, cartelists by and large hail from rich countries. Seventy-seven percent of these companies are headquartered in Western Europe and North America, and another 10 percent from Japan (6 percent) and Korea (3.7 percent). In fact only 3.3 percent of the cartelists are from Africa, 0.7 percent from Oceania, 1.9 percent from Latin America, 2.6 percent from Eastern Europe, and 7.7 percent from Asia (excluding Japan and Korea). The distribution of penalties is pretty much proportional to company numbers.” Cf. CONNOR, John M. *International cartel stats: a look at the last 26 years*. (Aug. 12, 2016). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2862135>>. Acesso em 12 dez. 2016.

excedentes oriundos de consumidores de outros países, há incentivos para adotar políticas de estímulo ou ao menos de tolerância com relação a cartéis internacionais que os beneficiam.

É exatamente essa diferença que explica a existência de jurisdições, como a norte-americana, que oferecem imunidade antitruste a cartéis voltados ao mercado externo ao mesmo tempo em que advogam globalmente pelo combate aos cartéis internacionais. E explica também porque, por muito tempo, os cartéis internacionais foram defendidos ou tolerados pelos países de seus membros, até se tornarem demasiado custosos também para seus consumidores, alterando a agenda de política internacional (Vide Seção 2.3).

Do ponto de vista de um país em desenvolvimento, especialmente em um cenário, como o atual, em que muitos dos países desenvolvidos realizam *enforcement* antitruste rigoroso, a ausência de política repressiva pode ter como efeito o incentivo a que as práticas de cartelização internacional venham se direcionar cada vez a seus mercados. E, com isso, tende-se a seguir-se uma extração crescente de excedentes dos países alvo dessas práticas para os países produtores mais ricos.

2.2.4 Dimensão dos impactos econômicos de cartéis internacionais em países em desenvolvimento: dados empíricos que justificam sua repressão

Cartéis internacionais, pela sua abrangência e alcance, especialmente num cenário econômico em que a produção se dispersa cada vez mais em grandes cadeias globais de valor, tendem a causar efeitos negativos ainda maiores que os domésticos⁸³, gerando prejuízos de bilhões de dólares por ano a consumidores de todo o mundo⁸⁴. Segundo

⁸³ CONNOR, John M. *Price-fixing overcharges: revised 3rd edition*. (Feb. 24, 2014). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2400780>>. Acesso em 12 dez. 2016.

⁸⁴ OCDE. *Hard Core Cartels*. Paris. 2000. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/2752129.pdf>>. Acesso em 12 dez. 2016; OCDE. *Fighting hard core cartels: harm, effective sanctions and leniency programs*. Paris. 2002. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>>. Acesso em 12 dez. 2016; CONNOR, John M. Latin America and the control of international cartels. Chapter XIV. In: FOX, Eleanor M.; SOKOL, Daniel D. (Eds.). *Competition law and policy in Latin America*. Oxford: Hart Publishing, 2009, pp. 291-324. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156401>. Acesso em 29 nov. 2016.

estimativas, enquanto cartéis domésticos geram sobre-preços medianos da ordem de 23 a 25%, cartéis internacionais geram sobre-preços medianos de cerca de 40%.⁸⁵

O impacto dos cartéis internacionais nos países em desenvolvimento é ainda mais deletério: tendo em vista que os grandes cartéis internacionais costumam envolver produtos intermediários sofisticados, que proporcionalmente têm um peso maior no volume de importações dos países em desenvolvimento, eles acabam por representar uma parcela maior do PIB desses países. Com efeito, a partir de uma amostra de 42 cartéis internacionais descobertos na década de 90, Levenstein, Suslow e Oswald⁸⁶ conseguiram estimar o impacto de 19 deles em economias desenvolvidas e em economias em desenvolvimento. As autoras concluíram que as importações afetadas por esses cartéis representaram 5,2% de todo o volume de importações dos países em desenvolvimento, correspondendo à 1,2% do PIB combinado desses países, sem contar o impacto nas vendas domésticas daqueles países que tinham produtores que faziam parte do conluio.⁸⁷

Em relação especificamente à América Latina, Connor⁸⁸ analisou 433 cartéis internacionais descobertos nessa região e no resto do mundo entre 1990 e 2007 e concluiu que: (i) as vendas afetadas por 16 cartéis envolvendo empresas da América Latina excederam 20 bilhões de dólares; (ii) pelo menos 84 grandes cartéis globais também fixaram preços para a América Latina, sendo que apenas 4 deles haviam sido investigados no momento da publicação do estudo (2008); (iii) as vendas afetadas na América Latina por cartéis descobertos de ambos os tipos totalizaram entre 150 e 200 bilhões de dólares; (iv) o sobre-preço desses cartéis para consumidores latino-americanos foi de pelo menos 35 bilhões de dólares entre 1990-2007; embora (v) apenas 56 firmas, de um total de 4.000 empresas

⁸⁵ CONNOR, John M. *Private international cartels: a concise introduction*. (Nov. 12, 2014). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2523883>>. Acesso em 12 dez. 2016.

⁸⁶ LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie; OSWALD, Lynda. *International price-fixing cartels and developing countries: a discussion of effects and policy remedies*. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2003, p. 32. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w9511>>. Acesso em 5 dez. 2017.

⁸⁷ Embora haja também entendimento disseminado de que cartéis internacionais sejam capazes de gerar sobre-preços mais altos em países em desenvolvimento que aqueles gerados em países desenvolvidos, esse tema não é pacífico, faltando evidências empíricas sobre o tema. Cf. IVALDI, Marc; JENNY, Frédéric; KHIMICH, Aleksandra. Cartel Damages to the economy: an assessment for developing countries. In: JENNY, Frédéric; KATSOULACOS, Yannis. *Competition Law enforcement in the BRICS and in developing countries*. Berlim: Springer, 2016, p. 103-133. Disponível em: <http://www.cresse.info/uploadfiles/2015_pa16_p2.pdf>. Acesso em 12 dez. 2017.).

⁸⁸ CONNOR, John M. Latin America and the control of international cartels. Chapter XIV. In: FOX, Eleanor M.; SOKOL, Daniel D. (Eds.). *Competition law and policy in Latin America*. Oxford: Hart Publishing, 2009, pp. 291-324. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156401>. Acesso em 29 nov. 2016.

condenadas por cartéis internacionais, fossem sediadas na região. Com a descoberta de uma quantidade cada vez maior de cartéis internacionais ao longo dos cerca de 10 anos que se seguiram ao estudo, é possível dizer que esses números são até bastante conservadores com relação aos cartéis internacionais em operação com impactos na região.⁸⁹

Além de afetar consumidores de países em desenvolvimento, gerando transferência de seus excedentes para empresas normalmente localizadas em países desenvolvidos, cartéis internacionais podem ter, também, efeitos indiretos e ainda pouco conhecidos sobre a competitividade dos produtores locais de países em desenvolvimento⁹⁰, impactando o nível de competitividade do país afetado e limitando suas possibilidades de desenvolvimento.

Assim, por exemplo, quando empresas cartelizadas são verticalizadas, sendo, além de fornecedoras, competidoras no mercado *downstream* de produtores nacionais de países que arcam com o sobre-preço do cartel, elas tem incentivos para praticar um *margin squeeze* coordenado sobre tais concorrentes. Esse efeito pode ser particularmente significativo tendo em vista o fato de que cartéis internacionais frequentemente envolvem produtos intermediários sofisticados⁹¹, o que faz com que efeitos de sobre-preço sejam repassados ao longo de toda a cadeia produtiva (*pass-on effect*), afetando a competitividade de toda ela.

Ademais, Levenstein, Suslow e Oswald⁹², analisando alguns grandes cartéis internacionais descobertos na década de 1990, observaram que, para a manter a sobrevivência do conluio, esses arranjos se engajaram em atividades tendentes a bloquear ou atrasar a entrada de produtores concorrentes nos seus principais mercados de atuação,

⁸⁹ CONNOR, John M. *International cartel stats: a look at the last 26 years*. (Aug. 12, 2016). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2862135>>. Acesso em 12 dez. 2016.

⁹⁰ LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie; OSWALD, Lynda. *International price-fixing cartels and developing countries: a discussion of effects and policy remedies*. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2003. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w9511>>. Acesso em 5 dez. 2017.; YU, Yinne. *The impact of private international cartels on developing countries*. California: Stanford University, 2003. Disponível em: <http://economics.stanford.edu/files/Theses/Theses_2003/Yu.pdf>. Acesso em 6 dez. 2012.

⁹¹ LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie; OSWALD, Lynda. *International price-fixing cartels and developing countries: a discussion of effects and policy remedies*. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2003, p. 7-8. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w9511>>. Acesso em 5 dez. 2017. As autoras comentam que os produtores de países em desenvolvimento não participantes de cartéis internacionais podem ser beneficiados pelo *price umbrella effect*, sendo, portanto, eventualmente capazes de cobrar preços mais altos que cobriam na ausência do cartel. No entanto,

⁹² LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie; OSWALD, Lynda. *International price-fixing cartels and developing countries: a discussion of effects and policy remedies*. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2003, p. 7-8. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w9511>>. Acesso em 5 dez. 2017. As autoras comentam que os produtores de países em desenvolvimento não participantes de cartéis internacionais podem ser beneficiados pelo *price umbrella effect*, sendo, portanto, eventualmente capazes de cobrar preços mais altos que cobriam na ausência do cartel. No entanto, as autoras sugerem que esses efeitos tendem a não ser grandes o suficiente para compensar a limitação de acesso a mercados que costumam sofrer.

limitando o acesso de suas exportações. Isso se deu, por exemplo, por meio da articulação para introdução de barreiras tarifárias, medidas antidumping e barreiras não tarifárias autorizadas governamentalmente (ex. quotas ou regulação). Além dessas barreiras intencionais ou inadvertidamente adotadas por governos, cartéis internacionais se valeram, ainda, da introdução de barreiras privadas para impedir a entrada de produtores não alinhados: ameaça de retaliação ou guerras de preço, coordenação ou fechamento de canais de venda e exclusão tecnológica por meio de acordos de usos de patentes (acordos de *patent-pooling*) foram particularmente comuns. Segundo as autoras, quando esses custos impostos pelos cartéis internacionais são significativos, pode haver implicações ao ritmo e ao processo de desenvolvimento econômico dos países afetados, em linha com as ineficiências dinâmicas tratadas na seção 2.2.1.2.

Da perspectiva de um país em desenvolvimento, portanto, cartéis internacionais, diferentemente de cartéis nacionais, que podem até encontrar defensores sob a ótica de seus efeitos macroeconômicos sob estratégias de industrialização e desenvolvimento de um país, sequer resistem aos mesmos argumentos. Uma política antitruste direcionada à persecução de tais práticas parece ser, assim, mais que justificável e, até mesmo, indispensável. Dado que muitos países já realizam uma persecução rigorosa, não adotar a mesma estratégia pode ter como consequência que tais práticas passem a se direcionar especificamente a países sem controle antitruste efetivo. Ademais, sem a persecução por parte de um volume relevante de países afetados, as possibilidades de se atingir o nível ótimo de punição (e/ou reparação de danos) necessário para uma dissuasão global da prática são bastante limitadas.⁹³

⁹³ Conforme estima Connor, as penalidades aplicadas a cartéis internacionais descobertos desde 1990 até 2016, já atingiram a marca dos 170 bilhões de dólares, mas esse valor representou apenas 2,3% das vendas desses cartéis e menos de 11% do sobre-preço por eles gerados. A dissuasão subótima se deve, principalmente, à baixa persecução por países em desenvolvimento e à ausência de *enforcement* privado (ações de recuperação de danos) relevante fora dos Estados Unidos. Cf. CONNOR, *The private international cartels (PIC) data set: guide and summary statistics, 1990-july2016 (revised 2nd edition)*. (Aug. 9, 2016). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2821254>>. Acesso em 13 dez. 2016.

2.3 A GOVERNANÇA GLOBAL DO CONTROLE AOS CARTÉIS INTERNACIONAIS E SEUS IMPASSES

2.3.1 As primeiras ondas de combate a cartéis internacionais

Conforme aponta Connor, tentativas de colusão em preços e produção são provavelmente tão velhas quanto os próprios mercados. Cartéis internacionais privados, no entanto, constituem um fenômeno histórico um pouco mais recente.⁹⁴ Segundo o autor, a primeira grande onda de cartéis internacionais teria se iniciado por volta de 1870 em razão de uma recessão econômica na Alemanha⁹⁵ ⁹⁶. Poucos desses esquemas teriam sobrevivido à desarticulação do sistema econômico ocorrido depois da I Guerra Mundial, mas muitos foram reestabelecidos no início da década de 1920, atingindo seu pico durante a década de 1930 e dispersando novamente em 1938 com a II Guerra Mundial.⁹⁷

⁹⁴ CONNOR, John M. *Latin Latin America and the control of international cartels*. In: FOX, Eleonor M.; SOKOL, Daniel D. (eds.). *Competition Law and Policy in Latin America*. Oxford: Hart Publishing, 2009, p. 291-324. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156401>. Acesso em 7 dez. 2016. (p.7) Em outra publicação, o autor comenta que estudos mais elaborados sobre o tema teriam começado a ser publicados no final do século XIX, a grande maioria na Alemanha. Em alguns desses estudos, há registros de cartéis na Holanda do Século XVII (Sayous, 1902), na Inglaterra dos séculos XVIII e XIX (Levy, 1968), e na Alemanha XIX (Leifmann, 1897 e 1932). Cf. CONNOR, John M. *Global Price Fixing*. 2. ed. rev. e atual. Berlin: Springer, 2008, p. 46.

⁹⁵ A rigor, primeira grande onda de cartéis, domésticos e internacionais, teria se iniciado nesse período. O fenômeno da cartelização teria então se expandido e, em 1905, uma pesquisa do governo alemão teria registrado 385 cartéis industriais em operação; o número crescera para 3000 em 1925. No que se refere a cartéis internacionais, Liefman (1932) identificou a união, em 1967, do Nekckar Salt Union na Alemanha com o Eastern French Salt Works Syndicate como sendo o primeiro do tipo. Até 1987, já teriam pelo 40 outros cartéis internacionais com empresas alemãs como participantes, a maioria nos setores químicos de minerais não metálicos. O Sindicato do Potássio alemão é um exemplo de cartel internacional formado por volta de 1870 que costuma ser bastante citado e estudado. Também nos Estados Unidos, os cartéis também teriam começado a se expandir por volta de 1870, embora muitas das referências a eles encontradas fossem realizadas por meio da expressão “trusts”, que era então popularmente utilizada para incluir tanto fusões quanto cartéis formados para consolidar poder de mercado. Muitos são, por exemplo os relatos de “trustes” nos setores de açúcar, ferrovias, petróleo, tabaco etc formados no período. Cf. CONNOR, John M. *Global Price Fixing*. 2. ed. rev. e atual. Berlin: Springer, 2008, p. 46-47; CONNOR, John M. *Latin Latin America and the control of international cartels*. In: FOX, Eleonor M.; SOKOL, Daniel D. (eds.). *Competition Law and Policy in Latin America*. Oxford: Hart Publishing, 2009, p. 291-324. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156401>. Acesso em 7 dez. 2016. (p.7)

⁹⁶ Nos Estados Unidos, os cartéis também teriam começado a se expandir por volta de 1870, embora muitas das referências a eles encontradas fossem realizadas por meio da expressão “trusts”, que era então popularmente utilizada para incluir tanto fusões quanto cartéis formados para consolidar poder de mercado. Muitos são, por exemplo os relatos de “trustes” nos setores de açúcar, ferrovias, petróleo, tabaco etc formados no período. Cf. CONNOR, John M. *Global Price Fixing*. 2. ed. rev. e atual. Berlin: Springer, 2008, p. 46-47.

⁹⁷ CONNOR, John M. *Latin Latin America and the control of international cartels*. In: FOX, Eleonor M.; SOKOL, Daniel D. (eds.). *Competition Law and Policy in Latin America*. Oxford: Hart Publishing, 2009, p.

A literatura indica que o auge dos cartéis internacionais tenha se dado exatamente no período entre-guerras. A estimativa é de que cerca de 30 a 40% do comércio mundial fosse controlado por cartéis internacionais.⁹⁸ Esses cartéis internacionais entre-guerras eram tipicamente centralizados na Europa, mas havia também alguns com participação de empresas americanas, principalmente aqueles que envolviam esquemas de exclusão tecnológica por meio de acordos de patentes (acordos de *patent-pooling*). Em alguns poucos casos, empresas asiáticas ou latino-americanas também estavam envolvidas. Tais cartéis, em geral, eram organizados pela alocação de territórios exclusivos para seus membros: os mercados domésticos eram assegurados na forma de monopólios às empresas nacionais já estabelecidas e o resto do mundo era dividido em quotas entre os participantes.⁹⁹

Os cartéis dessa primeira onda eram, em geral, tolerados e até mesmo encorajados pelos governos¹⁰⁰, que viam nesses arranjos mecanismos de estabilização de preços, investimentos e emprego¹⁰¹, bem como instrumentos de defesa e segurança¹⁰². Eles operavam, portanto, de forma bastante ostensiva, sem obstáculos com relação a preocupações com perseguições legais.¹⁰³

Com efeito, nesse período, embora algumas dezenas de países já tivessem legislação antitruste, somente os Estados Unidos realmente a aplicava de forma efetiva¹⁰⁴, tendo sido de fato o único país a processar e condenar alguns casos de cartel internacional.¹⁰⁵

291-324. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156401>. Acesso em 7 dez. 2016. (p.8)

⁹⁸ LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. *International Cartels*. 2 Issues in competition law and policy 1107 (ABA Section of Antitrust Law 2008), p. 1108. Disponível em: <<http://www-personal.umich.edu/~maggiel/files/aba.pdf>>. Acesso em 07 dez. 2017.

⁹⁹ CONNOR, John M. *Latin Latin America and the control of international cartels*. In: FOX, Eleonor M.; SOKOL, Daniel D. (eds.). *Competition Law and Policy in Latin America*. Oxford: Hart Publishing, 2009, p. 291-324. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156401>. Acesso em 7 dez. 2016. (p.8)

¹⁰⁰ Levenstein e Suslow citam que Liefmann, um famoso estudioso do assunto da época, teria inclusive comentado em seu livro *International Cartels* que “[although cartels are known to cause economic harm,] ‘one strives for them today, generally speaking, on political grounds. They are to help in smoothing over the economic difficulties created or intensified by the war or in mitigating unwholesome conditions in individual countries and the world’”. Cf. LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. *International Cartels*. 2 Issues in competition law and policy 1107 (ABA Section of Antitrust Law 2008), p. 1108. Disponível em: <<http://www-personal.umich.edu/~maggiel/files/aba.pdf>>. Acesso em 07 dez. 2017.

¹⁰¹ CONNOR, John M. *Global Price Fixing*. 2. ed. rev. e atual. Berlin: Springer, 2008, p. 49.

¹⁰² FEAR, Jeffrey. *Cartels and competition: neither markets nor hierarchies*. Harvard Business School, Working Paper n. 07-011, 2006, p. 11-12.

¹⁰³ CONNOR, John M. *Global Price Fixing*. 2. ed. rev. e atual. Berlin: Springer, 2008, p. 73.

¹⁰⁴ CONNOR, John M. *Global Price Fixing*. 2. ed. rev. e atual. Berlin: Springer, 2008, p. 56.

¹⁰⁵ Connor comenta que a União Européia teria começado a impor multas a cartéis somente em 1960, as quais teriam passado a aumentar substancial e aceleradamente no meio da década de 1980. Até a década de 1990, tais perseguições, embora fossem inerentemente internacionais, tendiam a focar apenas em cartéis intra-

Inclusive, devido à aplicação mais incisa do *Sherman Act*, as empresas americanas tinham participação limitada nos acordos internacionais do período, o que de certa forma afetava sua competitividade interna e externamente face aos grupos cartelizados. Os Estados Unidos eram um *player* relativamente pequeno no comércio internacional do período, então dominado por grandes produtores europeus, e as barreiras criadas pelos cartéis internacionais dificultavam fortemente sua inserção.¹⁰⁶ Isso desencadeou, nos Estados Unidos, um movimento de reação que culminou, de um lado, na promulgação de uma legislação isentando os produtores americanos da aplicação do *Sherman Act* em casos de cartéis de exportação (o *Webb-Pomerane Act* de 1918) e, de outro, numa onda de perseguição interna aos casos de cartéis internacionais com impactos em território americano.

O primeiro desses casos foi o *American Tobacco*, no qual o Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DOJ) acusou, em 1907, 94 empresas e indivíduos norte-americanos e mais duas empresas britânicas de monopolização do mercado de tabaco. Parte da conduta referia-se a um acordo entre as empresas americanas e britânicas de tabaco para absterem-se de competir nos mercados domésticos umas das outras e dividirem o resto do mundo. Durante o processo, as empresas britânicas chegaram a argumentar que não estariam sujeitas ao *Sherman Act*, mas a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu em sentido contrário, concluindo que a conduta dos réus, tanto americanos quanto britânicos, havia sido ilegal.¹⁰⁷

Em 1927, o DOJ indiciou o *German Kali Syndicate*, a *French Societé Commerciale des Potasses d'Alsace* e a *Potash Import Corporation* por participarem de um cartel internacional de potassa¹⁰⁸, que se tornou famoso como *Franco-German Potash Syndicate*. A acusação alegou a existência de contratos entre os grupos francês e alemão e o agente que

europeus. CONNOR, John M. *Latin Latin America and the control of international cartels*. In: FOX, Eleanor M.; SOKOL, Daniel D. (eds.). *Competition Law and Policy in Latin America*. Oxford: Hart Publishing, 2009, p. 291-324. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156401>. Acesso em 7 dez. 2016. (p.8)

¹⁰⁶ EVENETT, Simon J., LEVENSTEIN, Margaret C. e SUSLOW, Valerie Y. International cartel enforcement: lessons from the 1990s. *The World Economy* 24, Jul. 11, 2001, p. 34. Disponível em: <https://www.umass.edu/economics/publications/econ2001_01.pdf>.

¹⁰⁷ KLEIN, Joel I. *The war against international cartels: lessons from the battlefield*. Speech addressed at Fordham Corporate Law Institute, 26th Annual Conference on International Antitrust Law & Police (Oct. 14, 1999), p. 3-4. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/war-against-international-cartels-lessons-battlefront>>. Acesso em 19 ago. 2016.

¹⁰⁸ LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. *International Cartels*. 2 Issues in competition law and policy 1107 (ABA Section of Antitrust Law 2008), p. 1110-1111. Disponível em: <<http://www-personal.umich.edu/~maggiel/files/aba.pdf>>. Acesso em 07 dez. 2017.

os respresentava em território americano que restringiam o comércio de acordo com o *Sherman Act* e o *Wilson Tariff Act*. O acordo entre eles estabelecia participações fixas de cada grupo nos negócios americanos e a criação de uma única agência exclusiva nos Estados Unidos. Durante o processo, o embachador francês, atuando junto com os réus franceses, apresentou uma alegação de imunidade soberana baseada em um certificado que demonstrava que governo francês era dono da *Société Commerciale des Potasses d'Alsace*. O caso acabou sendo encerrado mediante um *consent decree* (acordo).¹⁰⁹

Ao longo dos anos seguintes, especialmente durante e logo após a Segunda Guerra Mundial, o DOJ processou, criminal e civilmente, vários cartéis internacionais envolvendo empresas americanas e europeias. Os tipos dos acordos investigados variaram caso a caso, mas muitos foram na linha do acordo no Caso *American Tobacco*: empresas americanas acordaram em não vender na Europa, empresas europeias acordaram não vender nos Estados Unidos, e outros arranjos foram feitos para limitar a competição em mercados de terceiros-países. Em praticamente todos os casos, o DOJ obteve êxito perante as cortes americanas¹¹⁰, conseguindo, assim, que a continuidade da implementação dos cartéis nos mercados americanos fosse proibida, e multas criminais fosse impostas a empresas e indivíduos.¹¹¹

Depois do início da década de 1950 até 1990, no entanto, os casos de cartel internacional investigados nos Estados Unidos diminuíram e se tornaram mais espaçados. De acordo com o ex-Procurador-Geral Adjunto da Divisão Antitruste do DOJ, Joel Klein, em uma declaração que ficou bastante conhecida, o DOJ não teria investigado casos de cartel internacional porque “não tinha nenhuma evidência de que cartéis internacionais continuavam a ser um problema”.¹¹² Na visão dele, essa percepção é reforçada pelo fato de que inúmeros casos domésticos e de licitações foram processados no período.

¹⁰⁹ OSEAS, Israel B. Antitrust prosecutions of international business. *30 Cornell L. Rev.* 42 (1944), p. 47-48. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1481&context=clr>>. Acesso em 16 dez. 2017.

¹¹⁰ CONNOR, John M. *Latin Latin America and the control of international cartels*. In: FOX, Eleonor M.; SOKOL, Daniel D. (eds.). *Competition Law and Policy in Latin America*. Oxford: Hart Publishing, 2009, p. 291-324. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156401>. Acesso em 7 dez. 2016. (p.8)

¹¹¹ KLEIN, Joel I. *The war against international cartels: lessons from the battlefield*. Speech addressed at Fordham Corporate Law Institute, 26th Annual Conference on International Antitrust Law & Police (Oct. 14, 1999), p. 3-4. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/war-against-international-cartels-lessons-battlefront>>. Acesso em 19 ago. 2016.

¹¹² KLEIN, Joel I. *The war against international cartels: lessons from the battlefield*. Speech addressed at Fordham Corporate Law Institute, 26th Annual Conference on International Antitrust Law & Police (Oct.

De fato, embora não tenham desaparecido, nos anos 1950 e especialmente após anos 1970, cartéis foram gradualmente se tornando um fenômeno menos intenso.¹¹³ De acordo com a literatura, porém, há indicativos de que a persecução a cartéis internacionais pelo governo dos Estados Unidos tenha sido evitada muito mais por outras razões de ordem política, econômica e jurídica. Política, porque em alguns casos, cartéis internacionais tinham o apoio ou a participação ativa de estados soberanos, tornando a persecução politicamente sensível para os norte-americanos, se não impossível. Econômica, porque em outros casos, cartéis internacionais eram a única fonte de fornecimento de matérias-primas (tais como potássio), tornando a persecução arriscada para a economia como um todo.¹¹⁴ E jurídica, porque após a política de persecução a cartéis internacionais atuada pelo DOJ durante a década de 1940, esses arranjos passaram a ser realizados cada vez mais às escondidas¹¹⁵, sendo que os instrumentos jurídicos de investigação disponíveis ao DOJ até então não eram particularmente adequados à investigação de cartéis internacionais secretos.¹¹⁶

14, 1999), p. 3-4. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/war-against-international-cartels-lessons-battlefront>>. Acesso em 19 ago. 2016.

¹¹³ FEAR, Jeffrey. *Cartels and competition: neither markets nor hierarchies*. Harvard Business School, Working Paper n. 07-011, 2006, p. 10.

¹¹⁴ LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. *International Cartels*. 2 Issues in competition law and policy 1107 (ABA Section of Antitrust Law 2008), p. 1108. Disponível em: <<http://www-personal.umich.edu/~maggiel/files/aba.pdf>>. Acesso em 07 dez. 2017.

¹¹⁵ FEAR, Jeffrey. *Cartels and competition: neither markets nor hierarchies*. Harvard Business School, Working Paper n. 07-011, 2006, p. 17.

¹¹⁶ Connor aponta alguns outros fatores relacionado a essa diminuição da persecução aos cartéis internacionais pelo DOJ entre o início da década de 1950 e meados da década de 1990: “Caves (1996) attributes the pause in discovered global cartels after early 1950s to several factors. First was the successful prosecution of many global cartels by U.S. antitrust authorities during the Truman administration. Second, the adoption of antitrust laws in a score of industrialized countries immediately after World War II probably had some deterrence effect on the formation of cartels. Third, the largest U.S. manufacturers shifted their behaviors from cooperative to relatively aggressive behavior in the 1950s. They opportunistically invested in the war-ravaged economies of Europe and Asia and broadened their product lines. U.S. foreign direct investment combined with the rapid recovery of major companies in the industrial sectors of Europe and Japan caused global concentration to decline in most industries. Finally, the mix of industries shifted away from homogeneous primary materials and intermediated inputs towards those making differentiated consumer or high-tech capital goods. The later industries have less incentive to form cartels.

The 1980s were a period of greatly reduced antitrust enforcement. Partly for ideological reasons, the sizes of the two big federal antitrust agencies were cut substantially (Preston and Connor 1992). While there was a continuing commitment to prosecution of domestic price fixing, there was little desire by the new leadership to move the agencies in the direction of novel legal territory by prosecuting global price fixing, even if evidence of such conspiracies had been presented. While the reduced resources of the DOJ managed to bring a respectable number of price-fixing cases each year, they were in economic terms little cases.

Price-fixing enforcement patterns shifted markedly during the Reagan-Bush presidencies in 1981-1992 (Connor 2001: Table 3.1). First, the mix of price fixing cases was altered considerably. Cases against trade associations, which had formerly comprised about a quarter of all price fixing cases, practically disappeared. Moreover, the proportion of ‘other’ cases, in which the victims were mostly corporate buyers, dropped to

Ademais, considerando as questões macroeconômicas dos cartéis analisadas na Seção 2.2.2, também deve ter influenciado muito essa percepção o fato de que empresas americanas, possivelmente estavam se beneficiando proporcionalmente mais dessa prática, tornando o efeito líquido da conduta favorável à sua economia. Isto porque, entre 1950 e 1970, os Estados Unidos já haviam ganhado enorme participação na economia global, consolidando sua liderança e beneficiando-se de sua crescente presença em outras economias. Com efeito, não há qualquer razão para sustentar que as empresas perderam o interesse econômico em cartelizar mercados.

Esse cenário só começa a mudar no final dos anos 70. A perda de relevância econômica americana (em função da estagnação de sua economia, causada em parte pelos choques nos preços dos petróleo conduzidos pelo cartel de exportação da OPEP), o ganho de importância econômica de empresas de outros países, especialmente asiáticas, e o crescimento do comércio global (sobretudo com essa região) fizeram com que essa percepção fosse gradualmente sendo modificada, retomando a pressão política por uma agenda antitruste internacional já no início dos anos 90.

2.3.2 A agenda norte-americana da década de 1990 de combate a cartéis internacionais

De fato, o panorama com relação à formação e combate de cartéis muda completamente a partir da década de 1990. Os cartéis estabelecidos no período possuem características distintas. A intensificação dos fenômenos da globalização e da interdependência econômica alteraram os incentivos e a natureza de muitos desses esquemas, que se internacionalizaram cada vez mais. Com efeito, com a queda das tarifas e aumento do número de acordos comerciais, o comércio internacional passou a crescer consideravelmente, expandindo a gama de produtos sob risco de cartelização.¹¹⁷

less than half of the historical proportion. These types of cases were replaced by allegations of bid-rigging conduct. The bid-rigging cases mostly concerned companies conspiring against government buyers in small geographic markets. Beginning in 1995, a shift toward fewer but larger cases aimed at price fixing by large corporations is apparent.” Cf. CONNOR, John M. *Global Price Fixing*. 2. ed. rev. e atual. Berlin: Springer, 2008, p. 74.

¹¹⁷ LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. *International Cartels*. 2 Issues in competition law and policy 1107 (ABA Section of Antitrust Law 2008), p. 1107. Disponível em: <<http://www-personal.umich.edu/~maggiel/files/aba.pdf>>. Acesso em 07 dez. 2017.

Além disso, se até então os cartéis internacionais descobertos e processados, principalmente pelos Estados Unidos, tinham sido formados em grande medida por empresas européias (e em menor escala também americanas), a partir da década de 1990 começa-se a observar uma forte desconcentração geográfica desses esquemas. Em reconhecimento da posição industrial chave obtida por empresas do leste asiático em muitas linhas de negócio desde os anos 60, a maioria dos cartéis modernos passou a incluir empresas dessa região como membros.¹¹⁸

Como pano de fundo, no comércio internacional, os Estados Unidos e a Europa perdiam importância econômica face ao crescimento das economias em desenvolvimento (especialmente na Ásia) e os cartéis internacionais gradualmente deixaram de ter como membros apenas empresas desses locais. E, assim, consumidores americanos agora eram tão afetados quanto os consumidores de outros países por essa prática (possivelmente em uma tendência maior que o que ocorria na direção oposta, por cartéis organizados por suas empresas) e os benefícios – em termos de transferência de riqueza – eram distribuídos para outros países também. Mais que isso, os EUA já não eram o mercado consumidor majoritário para as empresas presentes no mundo todo e, conseqüentemente, as empresas americanas perdiam muito valor em função das barreiras ao acesso a novos mercados decorrentes de ações tomadas no âmbito de cartéis. A política antitruste americana perdia, assim, capacidade de dissuadir cartéis que lhe geravam resultados líquidos negativos¹¹⁹. De certa forma, portanto, as razões político-econômicas que deram origem à primeira onda de combate a cartéis internacionais, no início do século, se fizeram presentes novamente.

Em meio a esse cenário, em 1993, com início da administração Clinton, as prioridades da política antitruste dos Estados Unidos são substancialmente alteradas e o DOJ passa a direcionar seus recursos para casos de cartel de maior relevância, em especial cartéis

¹¹⁸ CONNOR, John M. *Latin Latin America and the control of international cartels*. In: FOX, Eleonor M.; SOKOL, Daniel D. (eds.). *Competition Law and Policy in Latin America*. Oxford: Hart Publishing, 2009, p. 291-324. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156401>. Acesso em 7 dez. 2016. (p. 8-9)

¹¹⁹ Outra importante diferença dos cartéis internacionais descobertos a partir da década de 1990 é a ciência por parte dos membros dos riscos antitruste, o que os tem feito operar de forma cada vez mais secreta. Cf. CONNOR, John M. *Latin Latin America and the control of international cartels*. In: FOX, Eleonor M.; SOKOL, Daniel D. (eds.). *Competition Law and Policy in Latin America*. Oxford: Hart Publishing, 2009, p. 291-324. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156401>. Acesso em 7 dez. 2016. (p. 8-9)

internacionais formados por grandes empresas e com impactos significativos para os negócios e consumidores norte-americanos.¹²⁰

De todos os fatores que influenciaram a agena¹²¹, as alterações do cenário econômico global no período são, sem dúvida, os mais relevantes. As preocupações do governo dos Estados Unidos com os impactos da globalização e dos esquemas de cartelização de nível internacional na economia norte-americana podia ser observada diretamente dos discursos das autoridades nomeadas para chefiar o DOJ¹²², que deixavam clara a intenção de utilização do antitruste como complemento da política comercial dos Estados Unidos. Para além de proteger os consumidores domésticos dos efeitos econômicos decorrentes desses esquemas, o objetivo da nova política era também o de retirar eventuais entraves para empresas americanas atuarem em mercados externos dominados por cartéis internacionais. Nesse sentido, cita-se, por exemplo, discurso proferido em 1993 por Anne K. Bingaman, então recém apontada chefe da divisão antitruste do DOJ.¹²³

During the past few months, I have thought a great deal about priorities for the Antitrust Division. We, like many others in Washington, will not have unlimited resources. On the contrary, we will be subject to resource constraints that will force us to reorganize, to set priorities, and to increase the efficiency of our efforts. That hurdle, however, can be met and overcome. (...)

My priorities for the Antitrust Division over the next few years reflect both the recent economic changes affecting the U.S. economy and my own experience and attitudes. (...)

First, we need to enhance international antitrust enforcement. That would have been a new, and perhaps surprising, concept just twenty years ago, when we could afford to be more parochial in our thinking. However,

¹²⁰ CONNOR, John M. *Global Price Fixing*. 2. ed. rev. e atual. Berlin: Springer, 2008, p. 3-7; 75-77.

¹²¹ Connor comenta em seu livro, por exemplo, acerca de um fator pouco conhecido relacionado ao fato de que Bill Clinton, quando retornou pela primeira vez ao Arkansas, seu estado nativo, no começo dos anos 1970, foi dar aulas de direito na Universidade de Arkansas. A primeira atribuição que recebeu foi dar um curso sobre legislação antitruste. Cf. CONNOR, John M. *Global Price Fixing*. 2. ed. rev. e atual. Berlin: Springer, 2008, p. 03.

¹²² O DOJ é o órgão norte-americano responsável, entre outras funções, pela persecução de crimes de natureza federal e por representar os Estados Unidos nas ações civis de seu interesse. Essa função pode ser comparada, em alguma medida, à do Ministério Público Federal no Brasil. No entanto, diferentemente do Ministério Público brasileiro, o DOJ é um órgão de governo, que integra diretamente o gabinete da presidência e segue diretrizes de prioridade estabelecidas pelo governo. Dessa forma, analisar o discurso das autoridades que integram o DOJ é analisar, de forma muito mais direta que no Brasil, as prioridades de política pública do governo dos Estados Unidos. É extremamente elucidativa, assim, a leitura dos inúmeros discursos proferidos por autoridades do DOJ sobre o tema ao longo dos anos, todos constantes do sítio eletrônico da instituição. O material possibilita uma ampla compreensão da evolução da política de combate a cartéis e cartéis internacionais dos Estados Unidos atuada desde a década de 1990 até os dias atuais.

¹²³ BINGAMAN, Anne. *Change and continuity in antitrust enforcement*. Speech addressed at Fordham Corporate Law Institute (Oct. 21, 1993). Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/518751/download>>. Acesso em 8 dez. 2017.

the world is now more open to international trade. Indeed, approximately 22 percent of the United States' GDP now is accounted for by international trade (as measured by both exports and imports). This is roughly double what it was after World War II. **In this increasingly global economy, U.S. firms today compete abroad and foreign firms devote considerable efforts to United States markets. To prosper, many U.S. firms need access to foreign markets, and U.S. consumers now often look to foreign producers as important sources of price and quality options. International competition disciplines domestic and foreign competitors both in this country and abroad, and must be encouraged.**

Increased openness in trade, however, has not always meant increased competition. In other countries, various markets are sheltered by some form of import protection, or in the case of services, may reflect no effective competition at all. Foreign cartels exist with respect to some commodities. These instances of anticompetitive conduct must be countered by increased cooperation and collaboration among antitrust enforcers throughout the world.

In the international arena, I seek additional mechanisms to exchange data among international enforcers. Enforcement agencies determine the antitrust legality of commercial practices or mergers -- not on the basis of theory alone, but more importantly, on facts. The relevant facts, of course, are recorded in documents or in the testimony of individuals. When such materials are located in the U.S., they are readily obtainable. When they are located abroad, however, enforcement agencies often confront significant obstacles to obtaining information critical to the legal judgments that must be made. In many cases with multi-national implications, the fact-gathering tools available to the Division, and our counterparts abroad, are woefully inadequate. Other nations are prevented by statutes or confidentiality laws from cooperating with U.S. authorities in obtaining information needed for responsible antitrust enforcement. Similarly, we in this country often can offer no aid when foreign enforcement authorities request it. This situation more closely reflects the attitudes and the economies of the late 19th Century more closely than the needs of the 21st Century into which we are moving.

Recently, intergovernmental cooperation for various types of law enforcement has increased. My predecessor, Jim Rill, deserves enormous credit for this progress, and for his efforts to persuade others of the value of applying antitrust to international trade. But with the sole exception of Canada, cooperation in the antitrust area today extends principally to providing copies of documents that are already publicly available. While such cooperation is important -- since much valuable public information is not widely known -- **effective antitrust enforcement cannot be implemented solely, or even principally, on public information. More cooperation is needed to protect consumers and help U.S. firms gain access to foreign markets.** Under my direction, the Antitrust Division will foster greater international cooperation to acquire the information-gathering tools that we and our counterparts abroad need to enforce the antitrust laws. (...)

I want to reaffirm the Department's willingness to enforce the antitrust laws against restrictions imposed abroad that have a "direct, substantial and reasonably foreseeable effect" on U.S. exports, even where such restraints have no direct impact on U.S. consumers. The fact that the antitrust laws ascribe primacy to U.S. consumer welfare

over that of U.S. producers where the interests of the two groups conflict does not call for a different result. Where there is no conflict between the interests of those two groups, antitrust injury inflicted on U.S. exporters should be recognized, subject only to considerations of jurisdiction, comity and effective remedy.

There is nothing particularly novel about my view on this issue. It mirrors the views of the drafters of the original (1977) International Guidelines, my immediate predecessor, judicial precedent, and a sense of Congress, as expressed in the 1982 Foreign Trade Antitrust Improvements Act. Nor is this view overly aggressive or extraterritorial in a pejorative sense; we will act in a manner consistent with the jurisdictional principles that determine when foreign firms and individuals are within the reach of U.S. courts. Thus, **there may be situations where matters of jurisdiction, comity or effective relief dictate that we exercise our discretion not to sue. Such considerations, however, should not, and will not, result in a general abdication of my responsibility to enforce U.S. antitrust laws against clearly anticompetitive conduct that substantially injures U.S. exporters. As we promote greater international free trade, the U.S. will be increasingly dependent on its ability to export. The antitrust laws represent a legitimate and potentially useful means of protecting our national interest where private cartels seek to close foreign markets. In appropriate circumstances, I will not hesitate to act.** (g.n.)

Em 1995, Anne K. Bingaman proferiu outro discurso cujo conteúdo reforça a constatação de que as intenções por trás da mudança de prioridades da política antitruste norte-americana na década de 1990, com impactos até hoje, estavam bastante relacionadas aos objetivos de política comercial dos Estados Unidos no novo cenário econômico global.¹²⁴

(...) I would like to outline three common themes that underlie all three of the Antitrust Division's basic enforcement areas -- mergers, civil non-merger, and criminal.

First, the antitrust cases we bring are bigger and more complex than ever. This reflects the fact that our economy is much larger – two and a half times – than it was just twenty years ago, and it is much more global. Consequently, many antitrust matters now span multiple jurisdictions, involving multinational corporations and much greater coordination among both foreign and domestic law enforcement agencies.

We have reallocated the Antitrust Division's resources since 1993 to enable us to concentrate on these national and international cases where we know we can have a noticeable impact – cases that involve large amounts of commerce and affect great numbers of businesses and customers. (...)

Second, the cases we bring often involve looking at a broader range of conduct than strictly covered by the Sherman and Clayton Acts and often in tandem with other enforcement agencies. (...)

¹²⁴ BINGAMAN, Anne. *The Clinton administration: trends in criminal antitrust enforcement*. Speech addressed before the Corporate Counsel Institute. San Francisco, California. (Nov. 21, 1995). Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/519076/download>>. Acesso em 8 dez. 2017.

Third, our enforcement actions have an increasingly international focus. This is inevitable: **we live in a global economy where nearly one quarter of the United States Gross Domestic Product is accounted for by export and import trade – a figure roughly double what it was at the end of the World War II. While this increased trade has brought many benefits, the simple fact is that increased openness in trade has not always meant increased competition. Many American businesses and customers continue to be victims of international cartel activity that is criminal under United States law. Many markets around the world are sheltered by formal or informal barriers – as well as the restraints imposed by foreign firms – that frustrate and impede American companies' ability to sell their products.**

The Antitrust Division has long had a clear mandate from the United States Congress to enforce the U. S. antitrust laws to the fullest extent, regardless of whether the antitrust violation occurs in the United States or elsewhere. (...)

In response to this statutory mandate, the Clinton Administration has made it a top priority to continue to increase the Division's international focus and to improve its ability to prosecute international cases successfully. The Division has greatly increased the number of investigations involving international aspects, and it has brought a number of significant international enforcement actions. This is particularly true in the criminal area, where one-quarter of our current grand juries involve international cartel activity, and where we have filed significant criminal cases, which I will discuss shortly, involving conspiracies conducted in other countries and against foreign defendants. In addition, the Division has filed several civil non-merger cases, including the first export access case in many years. In May 1994, the Division obtained from a British company, Pilkington Glass, a consent decree that will allow U.S. firms to compete for over 50 float glass plants expected to be built around the world. We estimate that this case alone could result in an increase in U.S. export revenue of up to \$ 1.25 billion over the next five years. (...)

Criminal enforcement against the most serious antitrust offenses has been, and remains, our core mission. That is because price fixing, market allocation, and bid rigging steal from, and commit fraud upon, American businesses and customers – by artificially raising prices, lowering the quality of goods and services, and reducing choices. They go against the American imperative of open competition on the merits and fair play.(...)

Effective enforcement is vital to America's economic well-being. Freedom of economic opportunity and the vigor of our economic life and our industrial achievements all derive from a free enterprise system that favors open competition. To be indifferent to the great harm of criminal anticompetitive activity is to threaten our very economic system that is the envy of the world. **In the global context, to ignore criminal violations by international cartels deprives American companies of the ability to sell their products in markets around the world, causing lower profits and loss of American jobs.**

Thus, the serious consequences of criminally violating the antitrust laws reflect the serious nature of the offense. Indeed, in our history, it has been a bipartisan objective of the United States Congress first to enact, and then to strengthen over time, the criminal provisions of the Sherman Act. (...)

Currently, the Division's criminal enforcement program remains vigorous. We have pending over 170 criminal investigations, with over 100 attorneys and appropriate support staff devoted to our criminal work. Significantly, approximately 50% of the Division's current grand jury investigations are focused on international or national cartel activity. Thus, although the total number of criminal cases that the Division has brought in recent years has declined, the matters that we have brought and are now investigating involve larger matters. It is a much better use of our resources – and it is more in line with our mission and history – to direct our attention towards bigger and more complex conspiracies, involving larger companies and industries and more overall dollars of commerce. Moreover, as I described later, our Generating Quality Criminal Cases Initiative is beginning to bring us additional leads, resulting in more investigations. I fully expect this upward momentum to continue. (g.n.)

Paralelamente ao incremento da persecução criminal do DOJ aos cartéis internacionais, as Cortes norte-americanas começaram a apoiar uma aplicação extraterritorial mais vigorosa do *Sherman Act*. O “teste dos efeitos”, que suporta essa aplicação, tem suas origens no caso *Alcoa Aluminium*, de 1928 e, nas palavras do Judge Learned Hand, “authorizes U.S. jurisdiction in an antitrust claim against a foreign defendant who engages in activity ‘intended to affect imports or exports’ and where ‘its performance is shown actually to have had some effect upon them.’”¹²⁵

Essa mudança, porém, não se deu sem contratemplos. Os primeiros casos de cartel internacional que o DOJ levou a julgamento no início da década de 1990 não foram muito bem-sucedidos.¹²⁶ O primeiro deles, por exemplo – o caso *Industrial Diamonds* contra a General Electric e a De Beers, resultou em uma derrota de grandes proporções para o governo em 1994. Três dos quatro réus não compareceram ao julgamento e se recusaram a colaborar com as investigações. Como resultado, o governo não foi capaz de demonstrar que haviam sido trocados preços entre os concorrentes. O caso revelou as dificuldades que o DOJ ainda enfrentava para submeter estrangeiros à jurisdição americana e para obter acesso a provas e testemunhas localizadas fora dos Estados Unidos.¹²⁷

Para superar essas dificuldades e viabilizar uma persecução efetiva dos casos de cartel internacional, o governo adotou uma série de iniciativas e alterações na legislação

¹²⁵ LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. *International Cartels*. 2 Issues in competition law and policy 1107 (ABA Section of Antitrust Law 2008), p. 1115. Disponível em: <<http://www-personal.umich.edu/~maggiel/files/aba.pdf>>. Acesso em 07 dez. 2017.

¹²⁶ CONNOR, John M. *Latin Latin America and the control of international cartels*. In: FOX, Eleonor M.; SOKOL, Daniel D. (eds.). *Competition Law and Policy in Latin America*. Oxford: Hart Publishing, 2009, p. 291-324. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156401>. Acesso em 7 dez. 2016. (p.8).

¹²⁷ CONNOR, John M. *Global Price Fixing*. 2. ed. rev. e atual. Berlin: Springer, 2008, p. 75-77.

antitruste e em suas ferramentas de investigação de cartel. A empreitada americana, inclusive em termos jurídicos, foi agora bem mais vigorosa que em relação à primeira onda de combate a cartéis internacionais. Em conjunto, as iniciativas jurídicas adotadas pelo governo norte-americano ficaram conhecidas como estratégias “carrot and stick”¹²⁸ de *enforcement* da política de combate a cartéis internacionais dos Estados Unidos, as quais, em grande medida, seguem sendo utilizadas até hoje (e influenciaram boa parte das jurisdições ao redor do mundo).¹²⁹

A mais importante das alterações, ocorrida em 1993, foi a revisão do Programa de Leniência norte-americano realizada pelo DOJ. A medida visou oferecer incentivos para que empresas e indivíduos reportassem suas atividades ilícitas e colaborassem com as investigações, tendo previsibilidade com relação aos benefícios que decorreriam dessa decisão. Com isso, a detecção e obtenção de provas das condutas investigadas se tornavam mais simples, possibilitando a superação de um dos principais entraves que o governo americano enfrentava até então. Com efeito, embora o instituto da Leniência já existisse no direito americano desde 1978, ele era raramente utilizado e nunca tinha resultado na detecção de um cartel internacional ou mesmo de um cartel nacional de larga escala. Com as revisões, a leniência passou a ser automática nos casos em que não havia uma investigação pré-existente. Mas, mesmo que já houvesse uma investigação em andamento, passou a ser possível a qualificação para a leniência. Ademais, todos os funcionários que se apresentassem junto com a empresa e cooperassem com as investigações também passaram a estar protegidos de uma persecução criminal. Após essas alterações, o crescimento no número de pedidos de leniência foi expressivo, possibilitando ao DOJ a detecção de muitos dos cartéis internacionais que vieram a ser investigados desde então.¹³⁰

Simultaneamente ao incremento dos incentivos de auto deleção, foram adotadas uma série de modificações legais com vistas a possibilitar um forte aumento das multas

¹²⁸ A expressão, traduzida em português para “cenoura e porrete” traduz uma estratégia de oferecimento simultâneo de recompensa para investigados que colaboram com as investigações (cenoura) ou ameaça de sanção severa para aqueles que não colaboram (porrete).

¹²⁹ HAMMOND, Scott D. *The evolution of criminal antitrust enforcement over the last two decades*. Speech before The 24th Annual National Institute on White Collar Crime, presented by the ABA Criminal Justice Section and the ABA Center for Continuing Legal Education (Feb., 25, 2010), p. 1. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/518241/download>>. Acesso em 8 dez. 2017.

¹³⁰ HAMMOND, Scott D. *The evolution of criminal antitrust enforcement over the last two decades*. Speech before The 24th Annual National Institute on White Collar Crime, presented by the ABA Criminal Justice Section and the ABA Center for Continuing Legal Education (Feb., 25, 2010), p. 1-4. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/518241/download>>. Acesso em 8 dez. 2017.

corporativas e, principalmente, da responsabilização criminal dos indivíduos envolvidos em cartéis, com efetivo cumprimento de tempo de prisão, inclusive por estrangeiros. A medida tinha por objetivo fazer com que as penalidades aplicáveis a um membro de cartel passassem a ser percebidas como superiores aos potenciais ganhos decorrentes da prática, estimulando a adesão ao Programa de Leniência.¹³¹ Em 1996, quando a empresa americana Archer Daniels Midland concordou em pagar 100 milhões de dólares em razão de sua participação nos cartéis de *Lysine* e *Citric Acid*, o patamar de multas aplicadas mudou completamente e desde então multas cada vez maiores passaram a ser vistas.¹³² Com efeito, somente no ano de 1999, as multas aplicadas em razão de cartéis internacionais, cerca de um pouco mais de 900 milhões de dólares, foi maior que total de multas até então aplicadas em toda a história do antitruste nos Estados Unidos.^{133 134}

E, com relação aos indivíduos, se nos primeiros casos de cartel internacional o DOJ ainda precisou oferecer garantias de não persecução apenas para convencer executivos estrangeiros a se submeterem à jurisdição americana e fornecerem informações e documentos necessários para levar o caso a julgamento (cumulado com outros benefícios, como facilidades em questões de imigração, por exemplo), já no final da década de 1990 “no-jail deals” passaram a não estar mais disponíveis. Em troca da realização de acordos

¹³¹ HAMMOND, Scott D. *The evolution of criminal antitrust enforcement over the last two decades*. Speech before The 24th Annual National Institute on White Collar Crime, presented by the ABA Criminal Justice Section and the ABA Center for Continuing Legal Education (Feb., 25, 2010), p. 4. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/518241/download>>. Acesso em 8 dez. 2017.

¹³² CONNOR, John M. *Global Price Fixing*. 2. ed. rev. e atual. Berlin: Springer, 2008, p. 78-79.

¹³³ CONNOR, John M. *Global Price Fixing*. 2. ed. rev. e atual. Berlin: Springer, 2008, p. 5.

¹³⁴ Até 1991, a multa corporativa média por uma infração antitruste nos Estados Unidos era um pouco menor que 320 mil dólares e a multa mais alta já imposta a uma empresa por infração ao *Sherman Act* tinha sido de 2 milhões de dólares. Em 1996, as multas corporativas atingiram uma outra escala quando a empresa Archer Daniels Midland Company (ADM) concordou em pagar 100 milhões de dólares por sua participação em dois cartéis internacionais: *Lysine* e *Citric Acid*. Em 1998, no caso *Graphite Electrodes*, a UCAR International concordou em pagar 110 milhões de dólares em multas por sua participação no cartel internacional dos eletrodos de grafite. Em 1999, no âmbito do mesmo caso, a SGL concordou em pagar 135 milhões de dólares por sua participação no esquema. Ainda em 1999, no caso *Vitamins*, a F. Hofmann La Roche concordou em pagar 500 milhões de dólares em multas e a Basf AG, 225 milhões. As multas obtidas pelo DOJ continuam aumentando, mas por volta de 2000-2002 o órgão alterou o foco de sua política para dar ainda mais peso à prisão dos executivos envolvidos em cartel no lugar de arrecadar maiores multas corporativas. De fato, desde então, o DOJ tem obtido acordos de confissão por parte de um número cada vez maior de indivíduos por empresa e com cumprimento de tempo de prisão por períodos cada vez maiores. Cf. HAMMOND, Scott D. *The evolution of criminal antitrust enforcement over the last two decades*. Speech before The 24th Annual National Institute on White Collar Crime, presented by the ABA Criminal Justice Section and the ABA Center for Continuing Legal Education (Feb., 25, 2010), p. 6. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/518241/download>>. Acesso em 8 dez. 2017; CONNOR, John M. *The rise of anti-cartel enforcement in Africa, Asia, and Latin America*. (Jan. 6, 2016), p. 10. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2711972>>. Acesso em 11 dez. 2017.

antes do julgamento do processo, o governo passou a exigir o efetivo cumprimento de tempo de prisão em todos os casos, por períodos de tempos cada vez maiores e para um número cada vez maior de indivíduos por empresas.¹³⁵

Somaram-se a essas iniciativas um notável incremento do arsenal de técnicas de investigação utilizadas pelo DOJ em casos de cartel, que passaram a incluir, por exemplo, o uso de informantes, monitoramento consensual, gravações de áudio e vídeo, buscas e apreensões, controle de fronteiras, INTERPOL Red Notices e pedidos de extradição.¹³⁶ Ou seja, passou-se a utilizar, mesmo para investigação de crimes de colarinho branco como é o caso do cartel, instrumentos utilizados na investigação da criminalidade comum. Como resultado, o número de investigações de cartel internacional nos Estados Unidos tem crescido expressivamente, representando hoje a principal linha de atuação da divisão antitruste do DOJ.

2.3.3 A disseminação da agenda norte-americana de combate a cartéis internacionais

Para além dos esforços e alterações nos instrumentos jurídicos internos de persecução a cartéis internacionais realizados pelo governo dos Estados Unidos, o acesso a provas e testemunhas ou réus localizados no exterior era um problema que exigia soluções de alcance tão amplo quanto os próprios cartéis que estavam sendo investigados. Era preciso, assim, disseminar a cultura de combate a cartéis internacionais e aumentar as atividades de cooperação com outras jurisdições, de modo a se estabelecer uma *longa manus* do *enforcement* norte-americano para além do território dos Estados Unidos.¹³⁷

¹³⁵ HAMMOND, Scott D. *The evolution of criminal antitrust enforcement over the last two decades*. Speech before The 24th Annual National Institute on White Collar Crime, presented by the ABA Criminal Justice Section and the ABA Center for Continuing Legal Education (Feb., 25, 2010), p. 6. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/518241/download>>. Acesso em 8 dez. 2017.

¹³⁶ HAMMOND, Scott D. *The evolution of criminal antitrust enforcement over the last two decades*. Speech before The 24th Annual National Institute on White Collar Crime, presented by the ABA Criminal Justice Section and the ABA Center for Continuing Legal Education (Feb., 25, 2010), p. 1. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/518241/download>>. Acesso em 8 dez. 2017.

¹³⁷ “As you know, the investigation and prosecution of international cartels poses a number of challenges for the Division. In many cases, key documents and witnesses are located abroad, often out of the reach of our evidence-seeking authority. While we have been very successful recently in convincing foreign participants in international cartel activity to cooperate in our investigations, the fact is that national boundaries continue to limit our ability to prosecute cartels solely by using our own processes. Accordingly, we continue to work with foreign governments in a variety of U.S. criminal matters, and to pursue cooperation agreements

Essa necessidade de cooperação fez com que os Estados Unidos ingressassem em uma intensa agenda internacional. A reação inicial de seus parceiros comerciais foi a de resistir a aplicação extraterritorial da legislação antitruste norte-americana. O Japão, por exemplo, argumentou que essas persecuções violavam o direito internacional e invadiam sua soberania.¹³⁸ Governos europeus ofereceram objeções similares às persecuções americanas no início dos anos 1990 a empresas europeias membros de cartel, além de terem iniciado uma onda de promulgação de leis de bloqueio.¹³⁹

No entanto, uma vez estabelecida uma acentuada agenda de persecução a cartéis internacionais pelos EUA, a estratégia dominante de seus parceiros comerciais não poderia continuar sendo a de tentar bloquear as iniciativas americanas, mas sim a de também se engajarem nela. Isto porque os Estados Unidos estavam obtendo êxito em suas estratégias e efetivamente multando empresas europeias e asiáticas nesse processo, permitindo, com isso, que ao menos parte dos danos ocasionados fossem recuperados pelos cidadãos americanos. Em outras palavras, as jurisdições que não ingressassem nessa agenda apenas estariam pagando a conta dos cartéis internacionais duas vezes, pelo dano ocasionado aos seus consumidores e pelas multas impostas às suas empresas membros de cartel.

Nesse contexto, a Europa foi quem primeiro reviu seu posicionamento. Sob a argumentação de que seus consumidores também eram prejudicados pelos cartéis internacionais e de que cartéis internacionais em operação na Europa frequentemente organizavam sua alocação de produção por meio da divisão de mercado ao longo de linhas

of various sorts with foreign competition authorities, in order to improve our ability to cooperate against hard-core cartels and other matters. I am pleased to note in that connection, as the government of Japan announced recently, that Japan and the United States have begun negotiations on an antitrust cooperation agreement; a good agreement would have real benefits for antitrust enforcement in both countries.” Cf. MELAMED, A. Douglas. *Antitrust enforcement in a global economy*. Speech before The 25th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, Fordham Corporate Law Institute (Oct., 22, 1998), p. 5. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/519511/download>>. Acesso em 11 dez. 2017.

¹³⁸ Por exemplo, em 1996, no caso *Thermal Fax Paper*, duas das quatro empresas envolvidos e a maior parte dos indivíduos resistiram em colaborar com as investigações porque todas as reuniões do cartel tinham acontecido no Japão em 1990-1992 e porque a maior parte dos executivos residia naquele país. Esses réus alegaram que o *Sherman Act* não se aplicava a condutas ocorridas no exterior, posicionamento que foi apoiado por uma manifestação submetida pelo Governo do Japão, fundamentada pelo princípio da cortesia de direito internacional. Ao final, no entanto, a alegação foi rejeitada pelas cortes de apelação americanas. F. CONNOR, John M. *Latin Latin America and the control of international cartels*. In: FOX, Eleonor M.; SOKOL, Daniel D. (eds.). *Competition Law and Policy in Latin America*. Oxford: Hart Publishing, 2009, p. 291-324. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156401>. Acesso em 7 dez. 2016. (p.8).

¹³⁹ LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. *International Cartels*. 2 Issues in competition law and policy 1107 (ABA Section of Antitrust Law 2008), p. 1115. Disponível em: <<http://www-personal.umich.edu/~maggiel/files/aba.pdf>>. Acesso em 07 dez. 2017.

geográficas, inclusive intra-bloco – em flagrante oposição ao processo de integração econômica que estava em primeiro plano na agenda europeia – a Comissão Europeia (CE) também passou a adotar uma vigorosa política de persecução desse tipo de cartel.¹⁴⁰ E, em cascata, outros países foram gradualmente ingressando na agenda.¹⁴¹

Para amplificar o alcance e efetividade da iniciativa, organismos como a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹⁴² ¹⁴³ e a International Competition Network (ICN)¹⁴⁴ ¹⁴⁵ começaram a ser usados para estreitar

¹⁴⁰ LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. *International Cartels*. 2 Issues in competition law and policy 1107 (ABA Section of Antitrust Law 2008), p. 1115. Disponível em: <<http://www-personal.umich.edu/~maggiel/files/aba.pdf>>. Acesso em 07 dez. 2017.

¹⁴¹ HAMMOND, Scott D. *The evolution of criminal antitrust enforcement over the last two decades*. Speech before The 24th Annual National Institute on White Collar Crime, presented by the ABA Criminal Justice Section and the ABA Center for Continuing Legal Education (Feb., 25, 2010), p. 1-4. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/518241/download>>. Acesso em 8 dez. 2017; CONNOR, John M. *The Rise of Anti-Cartel Enforcement in Africa, Asia, and Latin America*. Jan. 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2711972>>. Acesso em 25 nov. 2016.

¹⁴² MELAMED, A. Douglas. *Antitrust enforcement in a global economy*. Speech before The 25th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, Fordham Corporate Law Institute (Oct., 22, 1998), p. 5. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/519511/download>>. Acesso em 11 dez. 2017.

¹⁴³ Com efeito, em grande parte por iniciativa e influência dos Estados Unidos, a OCDE, desde a adoção da *Recomendação do Conselho Relativa à Ação Efetiva Contra Cartéis Hard Core* em 1988, vem implementando como uma de suas principais prioridades em matéria concorrencial um programa ativo com vistas a promover a convergência e efetividade de leis que proibam cartéis *hard core* e a cooperação na implementação dessas leis. Segundo as recomendações da OCDE, as leis antitruste devem incluir sanções efetivas de tipo e nível adequado para dissuadir empresas e indivíduos de participar desse tipo de prática, além de procedimentos e instituições com poderes adequados para detectar e remediar cartéis *hard core*, incluindo poderes para obter documentos e informações. A cooperação entre autoridades tem sido considerada particularmente importante em casos de cartel internacional, tendo em vista que eles geralmente operam em segredo, sendo que provas importantes podem estar localizadas em diferentes jurisdições. No âmbito desse programa, a OCDE ainda publicou três relatórios sobre a implementação das recomendações do Conselho – *Hard Core Cartels* (2000), *Hard core cartels: recent progress and challenges ahead* (2003) e *Hard core cartels: third report on the implementation of the 1998 Recommendation* (2005) –, bem como os seguintes relatórios sobre a persecução a cartéis: *Fighting hard core cartels: harm, effective sanctions and leniency programs* (2002), *Best practices for the formal exchange of information between competition authorities in hard core cartel investigations* (2005), *Prosecuting cartels without direct evidence* (2006). Essas publicações se dedicaram em grande parte a cuidar do tratamento dispensado a cartéis internacionais. Mais recentemente, a OCDE ainda divulgou os seguintes trabalhos sobre cooperação entre autoridades de defesa da concorrência: *Secretariat report on the OECD/ICN survey on international enforcement co-operation* (2013), *Challenges of international co-operation in competition law enforcement* (2014), *Recommendation of the OECD Council concerning international co-operation on competition investigations and proceedings* (2014).

¹⁴⁴ HAMMOND, Scott D. *The evolution of criminal antitrust enforcement over the last two decades*. Speech before The 24th Annual National Institute on White Collar Crime, presented by the ABA Criminal Justice Section and the ABA Center for Continuing Legal Education (Feb., 25, 2010), p. 14. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/518241/download>>. Acesso em 8 dez. 2017.

¹⁴⁵ A ICN é uma organização internacional estruturada na forma de uma rede de agências de defesa da concorrência (e não de estados) aberta a contribuições de especialistas e do setor privado. A organização foi criada em 2001 e seu conceito originou-se de recomendações feitas pela *International Competition Policy Advisory Committee* (ICPAC), um grupo formado em 1997 por funcionários do DOJ com vistas a endereçar problemas antitruste no contexto da globalização econômica. Em seu relatório final, publicado em fevereiro de 2000, a ICPAC sugeriu a criação de um novo fórum — a "Global Competition Initiative"

relações com outros países e disseminar a agenda americana nesse aspecto, buscando uma harmonização e convergência de legislações e técnicas de combate a cartéis. Acordos de cooperação foram firmados com órgãos concorrenciais de diversos países, inclusive o Brasil,¹⁴⁶ ¹⁴⁷ e o intercâmbio de técnicas e experiências foram impulsionados nesse período¹⁴⁸.

A despeito do estabelecido nesses instrumentos, a concreta cooperação entre jurisdições, no entanto, não se deu e não tem se dado sem contratempos, como se analisará na Seção abaixo. Mas o fato é que, mesmo com as dificuldades de cooperação sólida, a agenda americana de disseminação da cultura de combate a cartéis internacionais foi extremamente bem-sucedida, tendo impulsionado não apenas a efetiva persecução de cartéis internacionais por muitas outras jurisdições (inicialmente europeias e depois também asiáticas, africanas e latino-americanas), como também a introdução de legislação antitruste em muitos países que ainda não a possuíam e a criminalização da conduta de cartéis em vários lugares.¹⁴⁹

— no qual funcionários de governos, empresas privadas e organizações não governamentais poderiam debater sobre o tema concorrencial. Essa sugestão foi então endossada por membros da advocacia e por funcionários governamentais do Estados Unidos e da União Europeia e, em outubro de 2001, altos funcionários governamentais de agências antitruste de 14 jurisdições – Austrália, Canadá, União Europeia, França, Alemanha, Israel, Itália, Japão, Coréia, México, África do Sul, Reino Unido, Estados Unidos, e Zâmbia – fundaram a ICN. Cf. <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/about/history.aspx>>. Acesso em 01 mai. 2015. Desde 2001, a ICN também tem desenvolvido trabalhos relacionados à cooperação internacional entre agências de defesa da concorrência em vários temas, incluindo a investigação de cartéis internacionais. A principal agenda da ICN tem sido a promoção de convergência em matéria concorrencial. Assim como no caso da OCDE, esses trabalhos têm se materializado, basicamente, em instrumentos de *softlaw*, tais como discussões, estudos, relatórios, questionários e manuais de *best practices*, cujos principais objetivos tem sido avaliar a extensão da cooperação entre seus membros, levantar as barreiras para uma cooperação mais extensa e profunda e sugerir aprimoramentos.

¹⁴⁶ KLEIN, Joel I. *The war against international cartels: lessons from the battlefield*. Speech before The 26th Annual Conference on International Antitrust Law & Policy, Fordham Corporate Law Institute (Oct., 14, 1999), p. 12. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/518551/download>>. Acesso em 11 dez. 2017.

¹⁴⁷ Com efeito, além dos mecanismos menos cogentes e centralizados em fóruns internacionais, também tem sido adotadas, pelos Estados Unidos e outros países, estratégias de cooperação mais descentralizadas consistentes no emprego tanto de instrumentos informais de cooperação, quanto de instrumentos de direito internacional público mais tradicionais, tais como os Tratados de Assistência Jurídica Mútua (*Mutual Legal Assistance Treaties – MLATs*), os Acordos de Cooperação entre Estados, os Convênios de Cooperação entre as agências de defesa da concorrência e os Acordos Regionais de Comércio com disposições sobre matéria concorrencial e de combate a cartéis.

¹⁴⁸ MELAMED, A. Douglas. *Antitrust enforcement in a global economy*. Speech before The 25th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, Fordham Corporate Law Institute (Oct., 22, 1998), p. 5; 18. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/519511/download>>. Acesso em 11 dez. 2017.

¹⁴⁹ HAMMOND, Scott D. *The evolution of criminal antitrust enforcement over the last two decades*. Speech before The 24th Annual National Institute on White Collar Crime, presented by the ABA Criminal Justice Section and the ABA Center for Continuing Legal Education (Feb., 25, 2010), p. 1-4. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/518241/download>>. Acesso em 8 dez. 2017; CONNOR, John M. *The Rise*

2.3.4 O dilema da cooperação e os desafios de governança global no controle dos cartéis internacionais: a dissuasão subótima

Como visto na Seção 2.2, cartéis internacionais têm a capacidade de extrair excedentes de consumidores de países por vezes distintos daqueles de origem de seus membros. Ou seja, em termos internacionais, eles podem resultar, muitas vezes, em transferência de riqueza dos países dos consumidores afetados para os países em que estão localizadas as empresas que se engajaram na conduta. E, não por outra razão, o incentivo das jurisdições nesse aspecto está, sobretudo, em combater cartéis internacionais que afetem seus consumidores internos (e/ou prejudiquem a atuação de seus produtores no comércio internacional), mas não necessariamente em perseguir cartéis organizados por suas empresas nacionais que tenham por objetivo obter excedentes de consumidores de outros países.

A mais exemplar evidência dessa contradição é que, a despeito da nova agenda norte-americana de disseminação do combate a cartéis internacionais dos anos 1990, vista acima, os Estados Unidos nunca revogaram o Webb-Pomerene Act, de 1918. Como já mencionado, esta legislação concede isenção antitruste para que empresas americanas formem cartéis com escopo exclusivo de comercialização com o exterior (exportação) – que nada mais são que cartéis internacionais formados apenas por empresas de um mesmo país¹⁵⁰.

Mas a isenção a cartéis de exportação não se restringe aos Estados Unidos. Alemanha, Canada, México, Reino Unido, Suécia e Japão, entre outros, possuem exceções explícitas em termos concorrenciais a cartéis de exportação,¹⁵¹ evidenciando o conflito de

of Anti-Cartel Enforcement in Africa, Asia, and Latin America. Jan. 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2711972>>. Acesso em 25 nov. 2016.

¹⁵⁰ Em 1982, o Congresso Americano editou o *Export Trading Company Act*, aprimorando as regras dessa isenção. Em suma, o ato permite que o Secretário do Comércio, em consonância com o DOJ, conceda isenções antitruste desde que esta conduta (i) não prejudique a concorrência no mercado norte-americano; (ii) não restrinja as exportações de qualquer concorrente norte-americano; (iii) não altere, de forma não razoável, os preços do produto exportado praticados no mercado interno; e (iv) não consubstancie ato de concorrência desleal entre os exportadores. Cf. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 356.

¹⁵¹ EVENETT, Simon J., LEVENSTEIN, Margaret C. e SUSLOW, Valerie Y. International cartel enforcement: lessons from the 1990s. *The World Economy* 24, Jul. 11, 2001, p. 34. Disponível em: <https://www.umass.edu/economics/publications/econ2001_01.pdf>. Acesso em 11 dez. 2017.

interesses entre suas próprias políticas internas e uma política antitruste em âmbito internacional¹⁵².

Da mesma forma, muitos países podem possuir interesse econômico na aplicação de grandes multas sobre as empresas de outros países comercialmente rivais, mas não necessariamente interesse em que outras jurisdições apliquem multas sobre suas empresas nacionais – pois isso igualmente reflete transferência de riqueza de suas economias para os países que as aplicaram.

Em razão desse conflito de interesses, a despeito dos inúmeros tratados e acordos formais de cooperação que têm sido firmados desde a década de 1990, muitos impasses têm sido gerados em termos de concreta cooperação internacional em matéria de combate a cartéis internacionais.

Uma das limitações imposta pelos países de origem das empresas investigadas para essa cooperação é a já mencionada utilização das chamadas leis de bloqueio (*blocking rules*): legislações que impedem que empresas de determinados países enviem informações requeridas por autoridades de outras jurisdições. Tais legislações baseiam-se na argumentação de soberania jurisdicional e no princípio internacional da cortesia, mas, na prática, tem sido usadas como instrumento político para limitar ou dificultar a investigação de outros países sobre empresas dessas nações¹⁵³. Países como China, França, Alemanha, Japão, Reino Unido, Canada e Austrália, entre outros, tem legislações específicas nesse sentido¹⁵⁴. Embora as ondas de promulgação dessas legislações tenham se dado mais particularmente logo após os primeiros movimentos de expansão da agenda de aplicação extraterritorial do *Sherman Act*, grande parte delas continuam em vigor e sendo utilizadas

¹⁵² Cumpre mencionar que o CADE, no Brasil, a despeito de não possuir legislação nesse sentido, aprovou *joint ventures* voltadas à exportação justamente com o argumento de que afetariam, quando muito, o público externo, e não o seu mercado interno. Vide por exemplo a *joint venture* para exportação formada entre Sadia Perdigão (anterior à fusão entre as empresas) analisada no Ato Concentração nº 08012.003123/2001-64. A possibilidade desse tipo de decisão com base na legislação antitruste pode ser considerada uma isenção implícita. Cf. SUSLOW, Valerie Y. The changing international status of export cartel exemptions. *American University International Law Review*, 20, no. 4 (2005): 785-828. Disponível em <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1144&context=auilr>>. Acesso em 15 dez. 2016.

¹⁵³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 437-442; LIMA E SILVA, Valéria Guimarães de. *Direito antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 381-403.

¹⁵⁴ BUZZARD, Christine M. Discovering civil antitrust violations overseas. *Yale Journal on Regulation*, Vol. 30, Iss. 2, 2013, p. 483. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1375&context=yjreg>>. Acesso em 11 dez. 2016.

como instrumento de defesa por parte de empresas membro de cartel nos processos em que são investigadas.

Mas a principal das limitações à cooperação e troca de informações que tem sido utilizada pelos países, principalmente aqueles já com maior tradição e rigor no controle antitruste, é o argumento de proteção a seus respectivos programas de leniência.¹⁵⁵ A lógica

¹⁵⁵ A evolução desse dilema entre cooperação e proteção do programa de leniência fica explícita nos discursos dos representantes do DOJ durante a década de 1990. No início da agenda de persecução a cartéis internacionais, os discursos enfatizavam a grande importância de cooperação concreta e troca de informações e evidências entre autoridades de defesa da concorrência, inclusive aquelas de natureza confidencial. Nesse sentido, vide discurso proferido por Anne Bingaman em 1993, transcrito na Seção 2.3.2, em que a representante do DOJ ressalta a necessidade de efetiva cooperação entre jurisdições para troca de informações e evidências, especialmente as de natureza confidencial. Cf. BINGAMAN, Anne. *Change and continuity in antitrust enforcement*. Speech addressed at Fordham Corporate Law Institute (Oct. 21, 1993). Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/518751/download>>. Acesso em 8 dez. 2017.

Outro discurso nessa linha é o de Gary Spratling, também do DOJ, proferido em 1998:

“The investigation and prosecution of international cartels create a number of imposing challenges for the Division. In many cases, key documents and witnesses are located abroad -- out of the reach of U.S. subpoena power and search and seizure authority. In those cases, national boundaries may present the most significant obstacle to the successful prosecution of the cartel.

The Division has received substantial assistance from foreign law enforcement authorities in a number of cases to obtain foreign-located documents, including by the use of search warrants executed simultaneously at corporate offices in the United States and abroad. In addition to providing access to key documents, international cooperation has a tremendous psychological impact on the subjects and targets of an international cartel investigation. When countries assist one another in investigating international cartels, the conspirators realize that there is no place to run and no where to hide. Conversely, this scenario is reversed when cooperation agreements do not exist between nations. Then national boundaries can create safe harbors where cartel members feel free to conduct criminal activity affecting American commerce with little fear of successful prosecution by the United States on behalf of its victimized businesses and consumers.

Therefore, the Division is aggressively pursuing cooperation agreements and Mutual Legal Assistance Treaties (MLATs) with foreign authorities to step up cooperation aimed at hard-core cartels. For example, the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) recently took an important step toward committing the world's major industrial countries to cooperate in stamping out international cartels. Two weeks ago today, on February 20, the OECD's Committee on Competition Law and Policy reached consensus on and forwarded to the OECD's Council a "Recommendation Concerning Effective Action Against Hard-Core Cartels." The Recommendation is an important statement by the OECD's 29 member countries of the critical need to effectively halt and deter hard-core cartels, by ensuring that every country has laws providing for deterrent sanctions and effective enforcement procedures. The Recommendation underscores the common interest in enforcement cooperation directed at hard-core cartels, and encourages such cooperation, in particular through the exchange of documents and information. Countries also are encouraged to consider bilateral or multilateral agreements to facilitate cooperation, and to review all obstacles to effective cooperation.

Implementation of the OECD Recommendation could result in a profound positive impact on the Division's international enforcement efforts and, ultimately, on American businesses and consumers. The membership of the OECD consists of 29 of the leading industrial nations in the world. The Division has uncovered evidence of international cartel meetings taking place in 19 of these nations. With the prospect of increasing cooperation among the Member States, international cartels will come to realize that the world community is committed to eliminating hard-core cartels and that there is no sanctuary from prosecution for their crimes.” Cf. SPRATLING, Gary R. *Are the recent titanic fines in antitrust cases just the tip of the iceberg?* Speech presented at The Twelfth Annual National Institute on White Collar Crime, ABA's Criminal Justice

desse argumento é que, ao compartilhar as provas obtidas por meio de seu programa de leniência com outras jurisdições, diminuiriam-se os incentivos gerais para que empresas relatem suas atividades ilegais no país original, já que, em razão disso, ficariam expostas a perseguições públicas e privadas em múltiplas jurisdições¹⁵⁶.

A definição de regras supranacionais que poderiam regular essas limitações novamente esbarrou na falta de interesse dos países para esse fim, em linha com o conflito de interesses econômicos que o tema ocasiona. Nesse aspecto, merece menção a objeção

Section, San Francisco (Mar., 6, 1998), p. 7. Disponível em <<https://www.justice.gov/atr/file/519536/download>>. Acesso em 11 dez. 2016.

No entanto, já em 1999, o dilema da leniência se apresentou e o governo americano começou a suavizar o discurso:

“The Amnesty Program has been the Division’s most effective generator of large cases and, in particular, international cartel prosecutions. In the past year alone, the Amnesty Program has led to over a dozen convictions and hundreds of millions of dollars in criminal fines. Invariably, however, when a company is considering whether to report its involvement in international cartel activity, a concern is raised as to whether the Division will be free to disclose the information to any foreign governments in accordance with our obligations under bilateral antitrust cooperation agreements. This issue presents a difficult policy decision for the Division. On the one hand, the Division’s policy is to treat the identity of amnesty applicants as a confidential matter, much like the treatment afforded to confidential informants. Thus, the Division will not disclose the identity of an amnesty applicant, absent prior disclosure by the applicant, unless required to do so. Moreover, the Division has an interest in maximizing the incentives for companies to come forward and self report antitrust offenses. In that vein, it would create a strong disincentive to self report and cooperate if a company believed that its self reporting would result in investigations in other countries and that its cooperation -- in the form of admissions, documents, employee statements, and witness identities -- would be provided to foreign authorities pursuant to antitrust cooperation agreements and then possibly used against the company. On the other hand, the Division has been at the forefront in advocacy and actions to enhance international cartel enforcement, and the Division has received substantial assistance from foreign governments in obtaining foreign-located evidence in a number of cases. A policy not to share with foreign governments information obtained from amnesty applicants may appear inconsistent with the Division’s ongoing efforts to increase cooperation among the world’s antitrust enforcement agencies.

In the final analysis, the Division’s overriding interest in protecting the viability of the Amnesty Program has resulted in a policy of not disclosing to foreign antitrust agencies information obtained from an amnesty applicant unless the amnesty applicant agrees first to the disclosure. Such a policy, in the long run, is in everyone’s interest. Based on five years’ experience of amnesty negotiations under the Division’s revised Amnesty Program, there is no doubt that amnesty applications would dry up if the Division took a different position. Consequently, large numbers of international conspiracies would go unreported, and no one would have the information. Moreover, amnesty applications lead the Division to other conspirators and to additional evidence provided by them -- information that we can and will share with foreign government agencies. This aspect of the Division’s amnesty nondisclosure policy will not insulate the amnesty applicant from proceedings in other countries. But it will ensure that cooperation provided by an amnesty applicant will not be disclosed by the Division to its foreign counterparts pursuant to antitrust cooperation agreements.” Cf. SPRATLING, Gary R. *Making companies an offer they shouldn’t refuse: The antitrust division’s corporate leniency policy – an update*. Speech presented at the Bar Association of the District of Columbia’s, 35th Annual Symposium on Associations and Antitrust, Washington D.C. (Feb., 16, 1999), p. 5. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/518611/download>>. Acesso em 11 dez. 2016.

¹⁵⁶ No entanto, à medida que os programas de combate a cartéis vão amadurecendo nessas outras legislações, esse argumento perde sustentação, uma vez que o risco de uma empresa confessar o cartel em uma ou mais jurisdições – com alguma publicidade em torno disso – aumenta enormemente o risco de que essa prática venha a ser investigada em outros países em que a leniência não foi firmada (seja por iniciativa da autoridade concorrencial desse país, seja por uma leniência de algum concorrente em busca de imunidade).

explícita norte-americana à proposta europeia de inclusão da política antitruste nas discussões multilaterais da Organização Mundial do Comércio (OMC), no final dos anos 90. Embora a agenda norte-americana estivesse particularmente preocupada com o impacto dos cartéis no acesso de suas empresas nacionais aos mercados de seus parceiros comerciais – conforme se extrai dos discursos de Anne Bingaman já mencionados¹⁵⁷ –, os Estados Unidos refutaram tal proposta sob argumentos vagos¹⁵⁸, aparentemente temendo perder soberania na aplicação dessas regras. Em substituição à uma solução multilateral, a proposta americana tem sido a disseminação, por meio da OCDE e da ICN, de fóruns e recomendações de convergência de legislações e políticas de combate a cartéis, bem como o estabelecimento de cooperações informais.

No entanto, a fragmentação de jurisdições e a existência desses dilemas reflete-se diretamente na aplicação prática da persecução de cartéis internacionais. Aspectos jurídicos como discussões de inaplicabilidade da extraterritorialidade das jurisdições (visto acima), de *bis in idem / double jeopardy*¹⁵⁹ e de *double counting*¹⁶⁰ das multas têm sido frequentemente invocadas pelas empresas nos processos de investigação, tornando complexo o devido processo legal em cada jurisdição.

Esses conflitos revelam um equilíbrio tênue, uma vez que, da ótica microeconômica, estudos mostram que a dissuasão a cartéis internacionais tem sido subótima – e portanto, a despeito dos conflitos de interesse entre estados nacionais, há uma questão de fundo que é evitar que os cartéis sejam economicamente atrativos para as empresas.

¹⁵⁷ BINGAMAN, Anne. *Change and continuity in antitrust enforcement*. Speech addressed at Fordham Corporate Law Institute (Oct. 21, 1993). Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/518751/download>>. Acesso em 8 dez. 2017; BINGAMAN, Anne. *The Clinton administration: trends in criminal antitrust enforcement*. Speech addressed before the Corporate Counsel Institute. San Francisco, California. (Nov. 21, 1995). Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/519076/download>>. Acesso em 8 dez. 2017. Cf. ainda, KLEIN, Joel I. *Anticipating the millennium: international antitrust enforcement at the end of the twentieth century*, Speech presented at 24th Annual Conference on International Law and Policy, Fordham Corporate Law Institute, New York (Oct., 16, 1997), p. 4. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/517656/download>>. Acesso em 11 dez. 2016.

¹⁵⁸ MELAMED, A. Douglas. *Antitrust enforcement in a global economy*. Speech before The 25th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, Fordham Corporate Law Institute (Oct., 22, 1998), p. 5; 18. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/519511/download>>. Acesso em 11 dez. 2017.

¹⁵⁹ *Bis in idem* e *double jeopardy* referem-se a discussões sobre a impossibilidade de que uma mesma pessoa (física ou jurídica) receba mais de um julgamento, condenação e/ou sanção pela mesma prática.

¹⁶⁰ *Double counting* refere-se a utilização da mesma base de cálculo para multas em mais de uma jurisdição.

Com efeito, não obstante os esforços individuais que vem sendo empreendidos pelas jurisdições e o efetivo aumento no nível de sanções aplicadas nos últimos anos, a literatura sobre o tema tem apontado um certo fracasso das autoridades mundiais no sentido de dar uma resposta eficaz aos cartéis internacionais¹⁶¹. Em grande parte, esse fracasso tem sido atribuído à baixa capacidade dessas multas em tornarem a conduta não lucrativa para empresas e indivíduos que nelas se engajem ou pretendam se engajar.

A esse respeito, é notável que, apesar das penalidades aplicadas a cartéis internacionais descobertos desde 1990 até 2016 já terem atingido a marca dos 170 bilhões de dólares, é questionável que essas sanções monetárias estejam sendo suficientes para dissuadir a organização de cartéis internacionais. Isto porque as estimativas são de que esse valor tenha representado apenas 2,3% das vendas desses cartéis e menos de 11% dos sobrepreços por eles gerados.¹⁶² As penas privativas de liberdade a que estão expostos os indivíduos envolvidos na prática também devem ser avaliados como fator dissuasório, mas ainda assim os números indicam claramente que a prática ainda é lucrativa (até porque praticamente só os Estados Unidos realizam *enforcement* criminal mais incisivo de cartéis internacionais).

Percebe-se, pois, que o enfrentamento aos cartéis internacionais exige o engajamento de autoridades antitruste de todo mundo, mediante uma cuidadosa adequação e coordenação de seus instrumentos jurídico-institucionais. Sem isto, corre-se o risco de que a prática não apenas continue sendo globalmente lucrativa para seus membros, como passe a ter seu escopo geográfico direcionado a jurisdições sem um controle antitruste efetivo¹⁶³. A agenda

¹⁶¹ LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie; OSWALD, Lynda. *International price-fixing cartels and developing countries: a discussion of effects and policy remedies*. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2003. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w9511>>. Acesso em 5 dez. 2017.; YU, Yinne. *The impact of private international cartels on developing countries*. California: Stanford University, 2003. Disponível em: <http://economics.stanford.edu/files/Theses/Theses_2003/Yu.pdf>. Acesso em 6 dez. 2012.; CONNOR, John M. Latin America and the control of international cartels. Chapter XIV. In: FOX, Eleonor M.; SOKOL, Daniel D. (Eds.). *Competition law and policy in Latin America*. Oxford: Hart Publishing, 2009, pp. 291-324. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156401>. Acesso em 29 nov. 2016.; CONNOR, *The private international cartels (PIC) data set: guide and summary statistics, 1990-july2016 (revised 2nd edition)*. (Aug. 9, 2016). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2821254>>. Acesso em 13 dez. 2016.

¹⁶² CONNOR, *The private international cartels (PIC) data set: guide and summary statistics, 1990-july2016 (revised 2nd edition)*. (Aug. 9, 2016). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2821254>>. Acesso em 13 dez. 2016.

¹⁶³ Sobre casos de cartel que, a despeito de detectados e punidos, acabaram por ser globalmente lucrativos para seus membros, ver o caso de *seamless steel tubes*. Esse cartel foi multado pela Comissão Europeia em 1999 no valor de \$99 milhões, mas seu sobre-preço apenas para países em desenvolvimento, que não aplicaram

americana do início dos anos 1990 foi uma tentativa no sentido de buscar maior *enforcement* ao problema, estimulando a cooperação, mas os interesses pontuais de cada país (inclusive dos Estados Unidos mesmo) tem se chocado frequentemente nesse espectro, criando um dilema permanente entre cooperação no combate a cartéis internacionais e interesses conflitantes decorrentes de proteção de ganhos para suas empresas. E esses dilemas tem impactado fortemente uma mais efetiva aplicação da política concorrencial brasileira com relação a cartéis internacionais, como se verá no Capítulo 6.

qualquer sanção, foi estimado como sendo da ordem de \$1,19 bilhões. Cf. YU, Yinne. *The impact of private international cartels on developing countries*. California: Stanford University, 2003, p. 13-14. Disponível em: <http://economics.stanford.edu/files/Theses/Theses_2003/Yu.pdf>. Acesso em 6 dez. 2012. Sobre acordos colusivos que excluam de seu escopo países com maior tradição e rigor no controle antitruste, como os Estados Unidos e Canadá, ver, por exemplo, o caso do cartel *gas e air insulated switchgear* (GIS). Cf. Processo Administrativo nº 08012.001376/2006-16. Sobre o direcionamento de condutas anticompetitivas para países com controle antitruste menos eficiente, é interessante notar também o caso de *soda ash*, que envolve um cartel de exportação americano atuante por meio de uma associação cujos membros comercializam conjuntamente seus produtos na Ásia, América Latina, Europa Oriental, Oriente Médio e África, não comercializando produtos conjuntamente nos Estados Unidos, na Europa Ocidental e no Canadá, coincidentemente países desenvolvidos com maior tradição em políticas de defesa da concorrência e combate a cartéis. Cf. MARTINEZ, Ana Paula. *Isenção antitruste para cartel de exportação: Qual o caminho?*. Revista do IBRAC, v. 17, p. 38-67, 2010.

PARTE II – POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL SOB UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA: EVOLUÇÃO DO DILEMA ENTRE ESTÍMULO E COMBATE A CARTÉIS NO PAÍS E AS ESPECIFICIDADES DOS CARTÉIS INTERNACIONAIS NESSE CONTEXTO

Examinada a problemática dos cartéis internacionais na Parte I do presente trabalho, cabe agora analisar se e como os dilemas e impasses a eles associados repercutiram na evolução da política brasileira de defesa da concorrência. Essa análise será feita nesta Parte II a partir de uma perspectiva histórica. Isso porque, embora o controle de cartéis internacionais somente tenha começado a se estruturar no Brasil a partir da década de 2000, a preocupação com eles não é recente, tendo influenciado de forma bastante significativa toda a conformação de nossa política de defesa da concorrência. Ou seja, de forma a melhor compreender os desafios atuais em torno dessa temática, faz-se necessário uma incursão histórica que explique os caminhos que nos trouxeram até os dias de hoje.

É certo que muito já se escreveu sobre o histórico das legislações antitruste no Brasil.¹⁶⁴ Sem pretender aprofundar pesquisa doutrinária e jurisprudencial já realizada de

¹⁶⁴ Dentre as referências que retrataram a evolução da política de defesa da concorrência no Brasil, algumas de forma mais outras menos abrangente, cite-se, por exemplo: SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do Poder Econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 1-15; VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 243-303; SALGADO, Lucia Helena. *A Economia Política da Ação Antitruste: o debate conceitual e um exercício para o caso brasileiro*. São Paulo: Singular, 1997, p. 175-185; FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 85-125. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005; BERCOVICI, Gilberto; ANDRADE, José Maria Arruda de. *A Concorrência Livre na Constituição de 1988*. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (Org.). *Filosofia e Teoria Geral do Direito: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário*. São Paulo: Quartier Latin, 2011; MAGALHÃES, Paulo Germano de. *A Nova Liberdade. Combate aos trustes e cartéis*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1965, p. 21-22; VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Ed. fac-similar. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 331-332; BANDEIRA, Moniz. *Cartéis e desnacionalização (a experiência brasileira: 1964-1974)*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979; ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 125-132; NAVARRETE, Pedro Henrique. *As Origens do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: o Cade (1962-1994)*. 2013. 135 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2013; MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013, p. 109-129; CABRAL, Mário André Machado. *Estado, Concorrência e Economia: convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil*. 2016. 291 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico, Financeiro e Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 41-205; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex Editora, 2006, p. 29-42; SCHUARTZ, Luis Fernando. *A*

forma dispersa por outros autores, até porque fugiria dos propósitos do presente trabalho, a análise que se seguirá busca recuperar o desenvolvimento das distintas legislações brasileiras que cuidaram da tutela concorrencial a partir do enfoque da evolução do combate a cartéis e, sempre que pertinente, do combate a cartéis internacionais.

Nesse sentido, os capítulos a seguir buscam resgatar que tipo de preocupações relacionadas aos cartéis repercutiram na elaboração das legislações analisadas, como tais arranjos foram tipificados em cada uma delas e, sempre que possível, como foram de fato enfrentados por meio delas. Esse empreendimento, especialmente numa seara como a do direito econômico, não poderia ser adequadamente executado sem uma visão que extrapolasse a mera análise jurídico legal das legislações em questão para buscar compreendê-las em face dos momentos políticos e econômicos que levaram à sua elaboração e nos quais foram efetivamente aplicadas. E, não surpreendentemente, é notória a proximidade da discussão legislativa sobre o tema com cada etapa do desenvolvimento econômico brasileiro.

Assim, para melhor compreender essas relações, a análise foi dividida em 3 capítulos, cada qual retratando uma fase: (i) Capítulo 3, que retrata todo o percurso que envolve o nascimento da defesa da concorrência no Brasil, entendido aqui como o período compreendido entre 1930-1964; (ii) Capítulo 4, que retrata toda a evolução posterior ao nascimento da defesa da concorrência, compreendendo todo o período de 1964 a 2011; e (iii) Capítulo 5, que retrata o período atual, de amadurecimento institucional. Note-se que, como qualquer classificação, essas divisões são de certa forma arbitrárias, podendo haver sobreposições e lacunas com relação às legislações e políticas implementadas em cada um dos três períodos analisados.

desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (orgs). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 761-780; FRAZÃO, Ana. A necessária constitucionalização do direito da concorrência. In: CLEVE, Clemerson Merlin; FREIRE, Alexandre. *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 139-158;

3 NASCIMENTO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

A despeito de registros existentes de discussões mais antigas¹⁶⁵, o nascimento legislativo da defesa da concorrência no Brasil começa a se estruturar com a ascensão de Getúlio Vargas ao poder em 1930, passando pelas suas subseqüentes tentativas de se valer de legislações antitruste como forma de legitimização de uma maior intervenção do Estado na economia (inclusive como forma de lidar com os desafios de industrialização que então se apresentavam) e culminando com a criação, em 1962, já no governo João Goulart, da atual autoridade brasileira de defesa da concorrência, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

Esse período inicial, de 1930 a 1964, é marcado por um grande esforço de política interna em prol da industrialização do país, que até então possuía uma economia basicamente agro-exportadora e um Estado de atuação mais liberal. Para essa nova empreitada, medidas de viés intervencionista, nacionalista e protecionista são adotadas com o argumento de reunir as condições necessárias à industrialização. Nesse contexto, especialmente em função do maior protecionismo, cartéis entre empresas encontraram um ambiente mais propício para se desenvolver. Não havia, no entanto, tal como em outros países, uma política institucionalizada e claramente orientada no sentido de promoção de cartéis para viabilizar a industrialização.

No cenário externo, como mencionado no Capítulo 2, o período entre-guerras via eclodir o auge da cartelização internacional. Cerca de 30 a 40% do comércio internacional era controlado por esses esquemas, comandados, em sua maioria, por empresas europeias. Nesse período, inclusive, vários países (como Alemanha e Japão) estimulavam a formação de cartéis com justificativas de política industrial (seja no mercado interno, como mecanismo de financiamento, seja internacionais, como forma de extração de excedentes). Como explicado anteriormente, no entanto, da perspectiva do país que sofre os efeitos de um cartel internacional sem dele participar ocorre uma extração de excedentes de suas economias. Em

¹⁶⁵ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 85-95.

um momento de reunião de esforços em prol da industrialização, esses esquemas¹⁶⁶ acabavam sendo fonte de preocupação especial para o Estado brasileiro.

As primeiras legislações de defesa da concorrência do Brasil surgem, assim, influenciadas pelos acontecimentos internos e externos que evidenciavam de forma patente os dilemas econômicos em torno das políticas direcionadas a cartéis. Como consequência, embora tais legislações proibissem os esquemas de cartelização, essas proibições eram frequentemente relativizadas em meio a discursos que buscavam diferenciar “cartéis bons” de “cartéis ruins”. Cartéis que houvessem se formado para proteger a indústria nascente eram tidos como bons, enquanto cartéis internacionais ou realizados com o único propósito de extrair recursos da “poupança do povo” ou da “economia popular” eram tidos como ruins, já que desviavam excentes necessários para industrialização e aumentavam o custo de vida, gerando pressão inflacionária.

Essa discussão, todavia, não extrapolou muito os textos legais e os comentários contidos na literatura. A aplicação das legislações antitruste do período acabou se restringindo aos dispositivos de controle de preços e abastecimento, talvez porque atendessem de forma mais direta necessidade prementes do período, talvez porque os instrumentos de combate a cartéis não fossem ainda os mais adequados ou talvez até porque não houvesse ainda cultura e ambiente econômico e político para tanto. O fato é que não obstante a cartelização, especialmente a internacional (ou seja, a cartelização então considerada “ruim”) ter sido já então alvo de preocupação pública no período, ela não foi efetivamente combatida.

A seguir, apresentamos a evolução e os reflexos desse contexto interno e externo no surgimento da defesa da concorrência no país, o que se fará pela análise, em sequencia cronológica, dos instrumentos jurídicos que foram sendo elaborados para dela tratar direta ou indiretamente.

¹⁶⁶ Vale notar que “cartéis internacionais” eram entendidos pela literatura nacional do período como sendo quaisquer arranjos formados por empresas de capital estrangeiro (incluindo subsidiárias de multinacionais instaladas no mercado nacional).

3.1 CONSTITUIÇÃO DE 1934

Antes da década de 1930, o Brasil possuía uma economia basicamente agrária e agroexportadora, muito pouco industrializada e urbanizada, bem como dependente de importações de produtos manufaturados. Enquanto a pauta de exportações era essencialmente concentrada em um único produto (o café), a pauta de importações era bastante diversificada, correspondendo praticamente à estrutura de consumo da economia brasileira de então – o que gerava um descompasso entre a base produtiva e a estrutura de consumo. Como esse modelo econômico era altamente vulnerável às oscilações e crises do mercado externo, as principais políticas econômicas do Estado, então bastante descentralizado, voltavam-se a enfrentar os momentos de queda dos preços do café no mercado internacional, mediante mecanismos de desvalorização cambial e de retenção e estoque de parte da oferta do produto.¹⁶⁷ Preocupações de defesa da concorrência faziam muito pouco sentido nesse cenário, especialmente considerando o viés de cunho mais liberal que marcava a atuação do Estado até então.¹⁶⁸

Com a crise mundial de 1929 e a Revolução de 1930, que pôs fim à República Velha e levou Getúlio Vargas ao poder, reuniram-se condições econômicas e políticas que vieram a romper com o modelo de desenvolvimento agroexportador adotado até então. A industrialização passou a ser meta prioritária da política econômica, dando-se início a um processo de deslocamento do centro dinâmico da economia brasileira, que envolveu grandes esforços em termos de geração de poupança e sua transferência para indústria. Esse objetivo foi perseguido mediante uma grande centralização de poder e dos instrumentos de política econômica do governo federal.

O modelo de desenvolvimento então adotado, chamado de substituição de importações, caracterizou-se por uma industrialização em etapas, voltada para o mercado interno e dependente em boa parte de medidas que protegiam a indústria nacional dos concorrentes externos, em especial por meio da desvalorização real do câmbio e da adoção

¹⁶⁷ GREMAUD, Amaury Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JÚNIOR, Rudinei. *Economia brasileira contemporânea*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 344-362.

¹⁶⁸ Embora antes de 1930, o Estado brasileiro já adotasse várias medidas de intervenção *na e sobre* a economia, pode-se dizer que é a partir desse período que tais medidas se tornam mais estruturadas, centralizadas, numerosas, focadas e, principalmente, ideológica e constitucionalmente amparadas.

de elevadas tarifas de importação. O protecionismo e a concentração industrial decorrente do modelo possibilitavam a formação de cartéis e permitiam preços elevados e altas margens de lucros para muitas das indústrias nascentes.¹⁶⁹ Foi a partir desse quadro que começaram a surgir preocupações com as disfunções desse mercado interno em formação, de modo que instrumentos de defesa da concorrência passaram aos poucos a ser incorporadas nos textos legais.

Assim, o primeiro texto legal a refletir essas preocupações foi a Constituição de 1934, promulgada por uma Assembleia Nacional Constituinte formada após a Revolução Constitucionalista de 1932, durante o governo provisório de Getúlio Vargas. Trata-se da primeira constituição brasileira a prever um capítulo da “Ordem Econômica e Social”, razão pela qual é tida como um marco constitucional importante de revisão do ideário liberal e de abstenção do Estado na economia.¹⁷⁰

Rompendo os primeiros laços com o liberalismo, no art. 115, a Carta de 1934 estabelecia os limites em que deveria se organizar a ordem econômica, quais sejam, os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo a alcançar o objetivo de garantir a todos a existência digna:

Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

Parágrafo único - Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões da País.

Em seu artigo 117, foi feita menção, inclusive, à uma lei de “fomento à economia popular”¹⁷¹, o que designava uma preocupação com a formação de reservas necessárias à

¹⁶⁹ GREMAUD, Amaury Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JÚNIOR, Rudinei. *Economia brasileira contemporânea*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 363-381.

¹⁷⁰ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 3. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 130-132.

¹⁷¹ Elias de Oliveira assim explica o significado da expressão “economia popular”: “Distinta da economia pública, que abrange o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, e diferente da economia privada, que compreende o patrimônio das pessoas físicas e das pessoas jurídicas de direito privado – fôrça é reconhecer que existe também, tanto no Estado liberal-individualista quanto nos de influência totalitária no mundo, uma *economia popular*, resultante do complexo de interesses econômicos domésticos, familiares e individuais, embora como *fictius juris*, constituindo *in abstracto* um patrimônio do povo, isto é, de um indefinido número de indivíduos, na vida e na sociedade.

A essa abstração jurídica – que se não compõe de bens materiais corporificados, mas de *ideais* interesses econômicos coletivos que a quase todos pertencem, como membros da coletividade social, - o Estado moderno dá foros de personalidade *sui generis*, como sujeito passivo de infrações, e concede proteção legal, punindo penalmente os que a lesam.

promoção da industrialização e prenunciava o controle a determinados atos dos agentes econômicos que viria a ser exercido pelo Estado. Não havia ainda, entretanto, uma referência explícita e direta ao tema da defesa da concorrência:

Art 117 - **A lei promoverá o fomento da economia popular**, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País. (g.n.)

Parágrafo único - É proibida a usura, que será punida na forma da Lei.

Não se chegou a promulgar a legislação mencionada na Carta de 34, que permaneceu em vigor por apenas 3 anos, quando foi substituída por uma nova Constituição imposta por Vargas.

3.2 CONSTITUIÇÃO DE 1937

Apesar das inovações no campo da intervenção estatal, o governo Vargas era um crítico da Constituição de 1934, a qual considerava ser ainda excessivamente liberal.¹⁷² Assim, ao instituir o regime autoritário do Estado Novo, Vargas promulgou nova

Nos crimes contra a economia popular, não se tem em conta propriamente a lesão ao patrimônio individual, que venha a ser atingido, nem se visa em especial a proteger o patrimônio público, que eles aliás não alcançam; considera-se, ao contrário, com razão, que a ofensa é dirigida, sobretudo, contra o patrimônio do povo, perturbando o bem-estar social e o seu poder econômico, pelo assalto ganancioso dos infratores.

É exato que o homem, quando desenvolve sua atividade individual em benefício próprio, ou pratica atos de mercancia na compra e venda de mercadorias e serviços essenciais à existência humana, procede e opera na esfera do direito privado; e as lesões jurídicas, porventura resultantes, no campo desse direito, afetam diretamente o patrimônio do indivíduo lesado. Porém, é igualmente certo que, além dessas lesões indenizáveis no âmbito civil ou comercial, outras mais graves podem ocorrer, como consequência daqueles atos, provocando abalos profundos na coexistência coletiva, reduzindo a capacidade aquisitiva do povo pelo encarceramento desproporcional das utilidades imprescindíveis à subsistência, habitação e vestuário, em face à ganância por lucros exorbitantes, sendo com isso indiretamente afetada a economia popular a que o Estado deve amparo. E a esta pessoa ofendida, que não se beneficia com a indenização privada, o poder público tutela no interesse da sociedade, reprimindo com penas criminais os ofensores, para que eles sintam o mal da punição e se arreiem de novas transgressões.” Cf. OLIVEIRA, Elias de. *Crimes contra a economia popular e o júri tradicional*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas de Barros, 1952, p. 9-10.

¹⁷² A crítica do governo Vargas a um suposto viés ainda liberal da Constituição de 1934 pode ser observada das palavras de Francisco Campos, então Ministro da Justiça e dos Negócios Interiores: “A Constituição estava evidentemente atrasada em relação ao espírito do tempo. Destinava-se a uma realidade que deixara de existir. Conformada em princípios cuja validade não resistira ao abalo da crise mundial, expunha as instituições por ela mesma criadas à investida dos seus inimigos, com a agravante de enfraquecer e amenizar o poder público”. Cf. CAMPOS, Francisco. *O Estado nacional*. Brasília, Senado Federal, 2001, p. 46. Apud AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 3. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 131-132.

Constituição, rompendo definitivamente com o Estado Liberal e estabelecendo as bases de uma forte intervenção estatal no domínio econômico, com vistas a controlar e orientar a iniciativa privada e promover o desenvolvimento conforme suas aspirações.¹⁷³

¹⁷³ O rompimento ainda mais forte da Carta de 1937 com o ideário do liberalismo pode ser bem apreendido a partir das palavras de um conhecido penalista brasileiro, Nelson Hungria, autor do Decreto-lei nº 869/1938, demonstrando com clareza quais as preocupações que levaram à elaboração dos textos normativos de intervenção no domínio econômico que vieram a ser promulgados no Estado Novo:

“A economia liberal exige do Estado o máximo de abstenção no setor econômico. Ao Estado nada mais incumbe que uma atitude contemplativa em face da lei da oferta e da procura e da livre iniciativa individual. Segundo essa doutrina, os interesses individuais em contraste acabam sempre por acomodar-se, servindo inconscientemente ao bem-estar coletivo. Qualquer ingerência do Estado para constringer a ação individual em um rumo diverso daquele em que se teria orientado, si deixada a si mesma, resultará contrária ao interesse geral. O Estado só deve intervir quando se torne absolutamente necessária a remoção de algum obstáculo ao livre jôgo das atividades individuais. Fóra daí, seu papel deve ser o de parte revel, adaptando-se a um retraining passivo e acomodativo. É a fórmula do *laissez faire, laissez passer*, de Gournay. É a teoria dos fisiocratas e da escola de Manchester.

Na pureza de seus postulados, o liberalismo econômico está, porém, na atualidade, geralmente desacreditado. É uma doutrina que a experiência dos povos demonstrou errônea, anárquica, contra-producente. Ela abstrai que, no livre jôgo de suas competições e antagonismos, os indivíduos entram com desiguais elementos de ação, resultando daí que os mais fracos acabam sobrepujados pelos mais fortes, e como estes nem sempre são os mais dignos e honestos, senão os mais velhacos, prepotentes e egoístas, a sua supremacia é alcançada com fatal detrimento do interesse social. O regime da livre e desvigiada iniciativa particular favorece o enriquecimento de poucos em prejuízo da grande massa da população. A fraude, a violência e o abuso são armas preferidas e decisivas onde as atividades individuais em contraste não deparam uma força coativa de equilíbrio ou justa medida. Deixar os indivíduos ao seu puro arbítrio é implantar a lei da selva. O liberalismo manchesteriano conduz, paradoxalmente, à eliminação da livre concorrência, que ele visa, em teoria, como condição primacial de uma economia tendente ao bem geral. Como já advertia Proudhon, fatalmente se passa dele para o opressivo regime dos monopólios. Os produtores que dispõem de grandes capitais são induzidos, pelo seu próprio interesse pessoal, a exterminar os competidores menos apercibidos, para imporem o que Cournot denominava o ‘valor do ganho máximo’. Forçando a baixa dos preços a um algarismo vil, para, em seguida, com a eliminação dos pequenos, mas importunos rivais, ditarem os preços a seu talante; concentrando-se em ‘unidades capitalistas’ ou consórcios; promovendo artificialmente abandono de lavouras ou o fechamento de fábricas, para controlarem a oferta dos produtos; açambarcando a produção ou os meios de produção, para o fim de provocarem a carestia e, conseqüentemente, a alta dos preços; usando de todos os estratagemas e astúcias, eles somente cuidam, si deixados á rédea solta, de se assenhorear dos mercados e dirigir os fatos econômicos em sua exclusiva vantagem.

Ao invés do máximo proveito coletivo, o máximo proveito de um pequeno número.

Conforme adverte Cicala, a liberdade econômica e a livre concorrência são princípios que tiveram e têm um valor histórico e atual, mas que já não se adaptam, no seu sentido absoluto, ao govêrno das sociedades modernas. Liberdade econômica significa, muitas vezes, segundo a lição dos fatos, liberdade de aproveitamento egoístico, e livre concorrência vale, quasi sempre, pela *steep-chase* dos interesses individuais, em que os *coureurs* menos providos de fôlego são atropelados e anulados pelos mais fortes e audazes, redundando num regime de livre opressão e livre obstáculo á normalidade e progresso da economia social.

Referindo-se ao liberalismo econômico, que o Estado Novo repele como contrário ao interesse do povo, disse justamente o Ministro Francisco Campos, numa de suas magistras *circulares* sobre a Constituição outorgada a 10 de novembro de 37: ‘A vida econômica não tinha outro regulador a não ser a vontade dos fortes, isto é, daqueles que conseguiram constituir, graças á espoliação ou ás conjunturas favoráveis do livre jôgo econômico, o seu feudo. A livre concorrência era uma corrida sem fim para objetivos puramente individuais’.

O Estado Novo rompe com o que Stefani chama o ‘feudalismo capitalístico’, que o Estado Liberal, com o exagero da teoria individualista, favorecia ou fatalisticamente tolerava. Não são eliminadas a iniciativa individual e a liberdade de concorrência, nem se desconhece o valor técnico da gestão capitalista, mas o

Nesse contexto de mudança do papel do Estado no domínio econômico, a Constituição de 1937, em seu art. 135, que inaugurava o capítulo “Da Ordem Econômica”, procurava expor o ideário intervencionista do Estado Novo de forma bastante minuciosa e didática:

Art 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

Mais à frente, no art. 141, a Constituição de 1937 determinava a incriminação dos fatos que atentassem contra a economia popular, equiparando-os a crimes contra o Estado e ditando a aplicação de penas graves a serem impostas mediante processos e julgamentos céleres:

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 prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição. (g.n.)

A fórmula do “fomento à economia popular”, introduzida já na Carta de 1934, é repetida pela Constituição de 1937: desta vez, no entanto, com ênfase maior no rigor a ser empregado com relação aos fatos perturbadores da vida econômica. Inclusive, no capítulo

Estado moderno já não pode permitir o discricionário capitalismo de especulação. Os interesses do indivíduo têm de amoldar-se ao interesse da coletividade. O *bonum singulare unius personae* não pode realizar-se em detrimento do *bonus commune civium*. O Estado Novo, em matéria econômica, não se resigna a uma atitude muçulmana de não resistência: intervém, com a sua autoridade coercitiva, para reprimir o desenfreio das ambições, controlando e orientando as atividades individuais no sentido do bem comum. A iniciativa privada e a concorrência continuam a ser permitidas como forças propulsivas ou instrumentos eficazes da vida econômica, mas dentro dos limites do interesse geral ou do benefício do povo, isto é, não podem agir sosinhas, como elementos incondicionalmente úteis por si mesmos. Não mais o individualismo *à outrance*, que resulta na escravização dos fracos pelos fortes, nem tampouco o socialismo ditatorial, que instituiu o ferrenho capitalismo do Estado e a rígida economia planificada; mas, sim, o prudente intervencionismo do poder público, para assegurar a conciliação entre os proveitos individuais e o bem coletivo. É a interferência do Estado no jôgo das forças econômicas para ajustar os interesses em conflito, para impedir os abusos de direito, para eliminar os excessos, reprimir as fraudes, corrigir as injustiças, reduzir ou suprimir falhas de repartição da riqueza, combater os especuladores e aproveitadores, conjurar ou atenuar as crises, promover a correspondência entre os preços e valores e, de modo geral, afeiçoar os interesses privados ao bem estar do povo.

Intervindo direta e militantemente na vida econômica, o Estado Novo não se limita a medidas de direito civil ou puramente administrativas: recorre, também, ao expediente das sanções penais, que são a *ultima ratio* contra as vontades recalcitrantes.” Cf. HUNGRIA, Nelson. *Dos crimes contra a economia popular e das vendas a prestações de domínio*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1939, p. 5-10.

dos “Direitos e garantias individuais”, o art. 122, inciso 17, previa-se que os crimes contra a economia popular fossem submetidos a processo e julgamento por Tribunal especial, fora da justiça comum:

Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

17) os crimes que atentarem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular serão submetidos a processo e julgamento perante Tribunal especial, na forma que a lei instituir.

A partir desses preceitos, a Constituição de 1937 incorporou um ideário de defesa da concorrência em seu texto. Embora não trouxesse uma menção específica e expressa em relação ao tema, o fez de forma subjacente às aspirações de intervenção no domínio econômico que moldaram a fórmula do “fomento à economia popular” de que fez uso, bem como a determinação de controle rigoroso dos atos que atentassem contra sua guarda e emprego. Como se verá a seguir, essa tônica vai repercutir na elaboração e promulgação pelo governo Vargas de nossas duas primeiras legislações antitruste: o Decreto-lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, de natureza penal, e o Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945, de natureza administrativa.

3.3 DECRETO-LEI Nº 869, DE 18 DE NOVEMBRO DE 1938

Em 1938, é então promulgada a lei de proteção à economia popular mencionada no texto constitucional de 37: o Decreto-lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, conhecido como Decreto Nelson Hungria, em referência ao seu autor. Trata-se do primeiro texto normativo a trazer referências mais expressas a aspectos concorrenciais, embora cuidasse também de outros ilícitos de natureza econômica¹⁷⁴, todos abarcados pelo rótulo de “crimes contra a economia popular, sua guarda e emprego”.

Segundo o próprio autor do decreto, a norma considerava crime contra a economia popular todo fato que representasse um dano efetivo ou potencial ao patrimônio de um indefinido número de pessoas. As entidades criminais que ela definia foram assim

¹⁷⁴ Tais como gestão fraudulenta, especulação, fraude a contratos de venda a prestação, fraude de pesos e medidas e usura.

classificadas por Nelson Hungria: a) monopólios; b) artifícios, fraudes e abusos contra a economia popular; e c) usura (pecuniária e real). As questões antitruste estavam englobadas de modo geral, para Nelson Hungria, na categoria dos monopólios, como se extrai de suas explicações transcritas abaixo:¹⁷⁵

Sob a rubrica “Dos crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprêgo”, cuida o referido decreto-lei de fazer incidir sob rigorosa ameaça penal toda uma série de fatos (alguns dos quais até agora deixados á margem do direito repressivo) que, direta ou indiretamente, impedem ou fazem periclitar as condições favoráveis á economia do povo, a justa proporção entre os preços e os valores, a previdente formação de reservas pecuniárias no seio das classes menos favorecidas da fortuna, e que estão em maioria, bem como a segurança do depósito ou aplicação dos pecúlios acumulados, do dinheiro arduamente poupado pelo povo.

Pode dizer-se, de modo geral, que o dec-lei n. 869 considera crime contra a economia popular todo fato que represente um dano efetivo ou potencial ao patrimnoio de um indefinido número de pessoas. As entidades criminais que ele define podem ser assim classificadas:

monopólios;

artifícios, fraudes e abusos contra a economia popular;

usura (pecuniária e real).

As ávidas concentrações capitalistas, o arbítrio dos interesses individuais coligados, a opressão econômica, a artificial desnормalização dos preços, os lucros onzenários, o indevido enriquecimento de alguns em prejuízo do maior número, as “arapucas” para captação do dinheiro do povo, as cláusulas leoninas nas vendas a prestações, o viciamento dos pesos e medidas e, em geral, as burlas empregadas em detrimento da bolsa popular já não poderão vingar impunemente. É possível que o dec. n. 869 contenha falhas na sua casuística, mas será isso facilmente explicável: ao intervir com as sanções penais num terreno quasi inteiramente estranho a elas, o legislador do Estado Novo tinha de formular suas normas com a máxima prudência. Inspirado no Projeto de novo Código Penal argentino (de J. Coll e E. Gomez), nas propostas da atual Comissão de reforma do direito penal na Alemanha e na legislação e jurisprudência norteamericanas, achou de bom aviso incriminar somente aqueles fatos que, segundo a experiência do passado, se apresentam maiusculamente como lesão ou perigo de lesão á economia popular. Cumpria que fôssem deixados á margem os fatos que não revestem um cunho de manifesta antinomia com a nova ordem econômica, pois, de outro modo, haveria o risco do sacrifício de interesses legítimos ou de iniciativas individuais socialmente úteis. Mesmo o tribunal de exceção (Tribunal de Segurança Nacional) a que é confiada, a espécie, a aplicação da justiça penal, deve ter uma escrupulosa atenção na exegese da lei, para que não tome a nuvem por Juno, isto é, para que jamais identifique como crime contra a economia popular uma atividade favorável ao bem comum, embora *prima facie*, não se afigure tal. O que se torna imprescindível é que, de par com a correspondência objetiva entre o fato concreto e o prefigurado na lei, se reconheça o propósito de arbitrária,

¹⁷⁵ HUNGRIA, Nelson. *Dos crimes contra a economia popular e das vendas a prestações de domínio*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1939, p. 14-15.

indevida ou ilícita locupletação, em prejuízo da bolsa do povo ou de um extenso número de pessoas. O dec. n 869 declara guerra aos gananciosos, aos *dardanários*, aos *profiteurs* e burlões, e não aos que sabem acomodar seu próprio interesse com os do público e não desconhecem que direito algum pode ser exercido em contraste com o princípio da solidariedade social.

Verifica-se, assim, que, a despeito de tratar de outros tipos de ilícitos relacionados à fraude e especulação em prejuízo da economia popular e de disciplinar os crimes concorrenciais ainda de maneira um tanto quanto imprecisa, um dos principais objetivos do Decreto-lei n° 869/1938 era exatamente o de ser uma legislação vocacionada ao controle antitruste. Um controle antitruste voltado à expansão da industrialização, mediante garantia de que reservas oriundas da economia popular não fossem desviadas aos “especuladores” e “operadores de trustes de cartéis”. Tais objetivos foram assim explicitados pelo então Ministro da Justiça Francisco Campos em entrevista concedida ao Jornal “A Noite” a pretexto da promulgação da lei.¹⁷⁶

A leitura do texto da lei (...) mostra claramente quais os fins que tem em vista, e que são de duas ordens. O primeiro é garantir a guarda e o emprêgo da economia popular, que não pode ser dissipada e malbaratada em empreendimentos suspeitos, organizados, com muito barulho de propaganda, por alguns espertalhões. A lei garante o povo contra eles e lhe dá, ao mesmo tempo, segurança do bom emprêgo de suas economias. O bom emprêgo das economias populares, por sua vez, promove a formação das reservas de que o País necessita para a expansão das empresas e indústrias úteis.

O segundo fim da lei é evitar o bloqueio da concorrência por meio de arranjos, combinações ou organizações destinadas a estabelecer o monopólio em certos ramos da economia pública ou a restringir a livre competição, indispensável ao desenvolvimento industrial e comercial do país.

Não se concebe uma economia bloqueada contra o interesse público, e em benefício de interesses particulares, atentos mais á conservação dos seus monopólios do que ao movimento de criação e de progresso.

(..)

O quadro da evolução do moderno industrialismo (nele incluídos a própria lavoura, hoje industrializada, e os transportes) mostra o desenvolvimento paralelo de duas economias: a de criação e a de especulação.

A economia de criação se desenvolve no mercado livre, em que o preço é determinado pelos fatores econômicos reais, como juros ao capital invertido, mão de obra, matéria prima, impostos, transportes, enfim, o que se abrange com a denominação geral de custo de produção. A concorrência determina cada dia maior baixa do preço de custo e, conseqüentemente,

¹⁷⁶ CAMPOS, Francisco. A lei de proteção á economia popular. *Revista Forense*. Dezembro, 1938, p 174. Apud HUNGRIA, Nelson. Dos crimes contra a economia popular e das vendas a prestações de domínio. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1939, p. 191-193.

maior expansão do consumo, de que resulta um elevamento do nível geral de bem estar do povo.

No momento, porém, em que determinado número de empresas fortes se aliam para tomar conta do mercado, surgem as combinações, os *trusts* e os *carteis*. Os preços passam a ser decretados por uma minoria de especuladores, cujo âmbito de ação se irradia de acôrdo com os lucros obtidos artificialmente, resultando daí a sujeição da imensa maioria aos seus desígnios, que, dentro de pouco, ultrapassam o simples terreno econômico.

Para evitar que tal venha a acontecer entre nós é que a lei pune severamente o abandono de lavouras, plantações ou fábricas, desde que este abandono não seja uma resultante da incapacidade de concorrência, mas uma desistência de competição, mediante indenização paga. Proíbe ajustes para impor determinado preço de revenda ou exigir-se do comprador que não compre de outro devedor.

Estas figuras delituosas se enquadram na segunda finalidade da lei. Na primeira, que vela pela proteção da economia popular, pune os especuladores que, com notícias falsas, sejam as consignadas em prospecto, sejam os meros boatos procuram provocar alta ou baixa dos títulos públicos, valores, salários e preços de mercadorias ou utilidades. Punidos são também os que gerirem fraudulentamente e levarem á falência ou insolvência bancos, caixas de pensões e crédito, enfim, todos os estabelecimentos a cuja guarda sejam confiados os frutos da economia popular.

Punido pela lei – e não poderia ser de outro modo – está também o crime de usura.

Nesse quadro, o Decreto definiu, em seu art. 2º, certas condutas comerciais como crimes contra a economia popular, prevendo penas que chegavam a até 10 anos de prisão. Várias das condutas hoje tidas como ilícitos concorrenciais já se encontravam lá previstas, incluindo os ajustes anticompetitivos:

Art. 2º São crimes dessa natureza:

I - destruir ou inutilizar, intencionalmente e sem autorização legal, com o fim de determinar alta de preços, em proveito próprio ou de terceiro, matérias primas ou produtos necessários ao consumo do povo;

II - abandonar ou fazer abandonar lavouras ou plantações, suspender ou fazer suspender a atividade de fábricas, usinas ou quaisquer estabelecimentos de produção, ou meios de transporte, mediante indenização paga pela desistência da competição;

III - promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio;

IV - reter ou açambarcar matérias primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do país e provocar a alta dos preços;

V - vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência;

VI - provocar a alta ou baixa de preços, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer outro artifício;

VII - dar indicações ou fazer afirmações falsas em prospectos ou anúncios, para o fim de subscrição, compra ou venda de títulos, ações ou quotas;

VIII - exercer funções de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio com o fim de impedir ou dificultar a concorrência;

IX - gerir fraudulentamente ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas de imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlio, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados;

X - fraudar de qualquer modo escriturações, lançamentos, registros, relatórios, pareceres e outras informações devidas a sócios de sociedades civis ou comerciais, em que o capital seja fracionado em ações ou quotas de valor nominativo igual ou inferior a 1:000\$000, com o fim de sonegar lucros, dividendos, percentagens, rateios ou bonificações, ou de desfalcas ou desviar fundos de reserva ou reservas técnicas.

Pena: prisão celular de 2 a 10 anos e multa de 10:000\$000 a 50:000\$000.

Art. 3º São ainda crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego:

I - celebrar ajuste para impor determinado preço de revenda ou exigir do comprador que não compre de outro vendedor;

II - transgredir tabelas oficiais de preços de mercadorias;

III - obter ou tentar obter ganhos ilícitos, em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas, mediante especulações ou processos fraudulentos ("bola de neve", "cadeias", "pichardismo", etc.);

IV - violar contrato de venda a prestações, fraudando sorteios ou deixando de entregar a coisa vendida, sem devolução das prestações pagas, ou descontar destas, nas vendas com reserva de domínio, quando o contrato fôr rescindido por culpa do comprador, quantia maior do que a correspondente à depreciação do objeto;

V - fraudar pesos ou medidas padronizados em lei ou regulamento; possuí-los ou detê-los, para efeitos de comércio, sabendo estarem fraudados.

Pena: prisão celular de 6 meses a 2 anos e multa de 2:00\$000 a 10:000\$000. (g.n.)

De acordo com próprio Nelson Hungria, as condutas de natureza concorrencial, todas englobadas sob a classificação de monopólios, “porque tendem á sua formação ou a favorecem, visando eliminar ou entravar a livre concorrência e provocar arbitrária elevação de preços”, eram aquelas incriminadas nos incisos I, II, III, IV, V e VIII do art. 2º e no inciso

I do art. 3º.¹⁷⁷ Na linha do protecionismo nacional que marcou a período – e que visava a acumulação de capitais para o desenvolvimento da indústria nascente –, Nelson Hungria fazia clara diferenciação entre aqueles “monopólios” formados por indústrias nacionais incipientes ou em defesa contra a concorrência estrangeira daqueles formados para obtenção de lucro máximo, em detrimento da economia popular. Segundo ele, somente os segundos seriam ilícitos:^{178 179}

Ha monopólios e monopólios. Ha os monopolios que representam uma legitima defesa de industrias nacionais incipientes ou contra a poderosa concorrência estrangeira, e ha os monopolios formados exclusivamente para o grangeio do lucro máximo, em detrimento da economia popular. Os primeiros são licitos e louváveis; só os ultimos constituem crime.

Os cartéis, junto com outras “coligações monopolísticas”, inclusive as fusões, estavam tipificados de forma genérica no bojo do inciso III do art. 2º, sendo necessário para sua incriminação que o agente infrator participasse ou promovesse “consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais”, *com o fim de* “impedir ou dificultar (...) a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio”, para o efeito específico “de aumento arbitrário de lucros”. Tratava-se, assim, de uma fórmula incriminadora que privilegiava o elemento finalístico (e volitivo/intencional) como condição para caracterização do ilícito. Esse elemento finalístico, pelo Decreto-lei nº 869/1938, deveria ser qualificado pelo intuito

¹⁷⁷ Embora o autor mencione apenas os incisos I, II, IV e VIII do art. 2º e o inciso I do art. 3º na p. 31 como sendo os dispositivos incriminadores dos monopólios, nas páginas logo em seguida, ainda no capítulo destinado a tratar exclusivamente dos monopólios, aborda também os incisos III e V do art. 2º.

¹⁷⁸ HUNGRIA, Nelson. *Dos crimes contra a economia popular e das vendas a prestações de domínio*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1939, p. 30.

¹⁷⁹ Em entendimento distinto, Roberto Lyra, comentando a decreto em 1940, procura distinguir as coalisões “defensivas” daquelas “ofensivas”. Embora entenda as primeira “justas”, ressalta que cabe somente ao Estado regular os mercados: “Muito importa distinguir nessas coalisões que, antes da guerra de 1914, apareciam sob a fôrma de ‘trusts’ ou ‘cartels’, as ofensivas e as defensivas; as primeiras têm por fim a supressão da concorrência para obter lucros ilegítimos (*lucri captando*), as segundas propõem-se apenas à luta contra a concorrência desleal para impedir a baixa injustificada dos preços e, assim, as perdas (*damni vitando*). As ‘ententes’ defensivas são justas, sob certos aspétos, mas, na atual estrutura do Estado, é a este que compete regular o mecanismo econômico, direta ou indiretamente.

Seja como fôr, as coalisões, as ‘ententes’, os chamados ‘cartels’ defensivos, que não têm por fim, nem por efeito, influência diréta sobre os cursos, mas, unicamente, a de limitar a produção para evitar a depreciação dos produtos, do ponto de vista da moralidade, não podem se equiparar às coalisões ofensivas.

As coalisões assumem, hoje, fôrmas complexas, apresentando-se em organizações extremamente poderosas, capazes de suprimir toda a concorrência e de impor preços arbitrários. Por isso, escapam, as mais das vezes, à repressão, graças às lacunas das leis positivas.

Entende *J. Tchernoff*, em ‘Droit Pénal Financier’, Paris, 1920, vol. I, pag. 442 que são puníveis ‘as coalisões ou as ‘ententes’ ou o que se chama ‘cartels’ defensivos que não têm por efeito agir dirétamente sobre os cursos, mas unicamente, limitar a produção para evitar a depreciação dos produtos...’. LYRA, Roberto. *Crimes contra a economia popular*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1940, p. 106-107.

de produzir um efeito específico, “o aumento arbitrário de lucros”. Era, porém, considerado dispensável que tal efeito fosse alcançado. Nas palavras do próprio Nelson Hungria:¹⁸⁰

Si ha uniões constituídas para a legitima defesa de uma indústria ou ramo de comércio, outras existem com o só intuito de elevação artificial dos preços em prejuízo dos consumidores: aquelas estão dentro da ordem juridico-social; estas são associações de fraudadores, que devem ser postas fóra da lei. A este raciocínio atende o inciso III do art. 2º (...).

O que este dispositivo incrimina não é a coligação de atividades ou capitais, em si mesma, mas a coligação que se forma para o fim exclusivo de entravar a concorrência e promover um injustificado aumento de lucros ou de preços. O *animus lucrandi*, que caracteriza todo plano de associação mercantil, torna-se imoral e antijurídico quando orientado no sentido de detrimento á bolsa do povo. Como se exprime Berenini, justifica-se plenamente a punição de qualquer ato de especulação *sulla pelle del pubblico*.

O monopólio tendente á elevação dos preços ou grangeio de lucros exorbitantes assume sua maior eficiência lesiva quando exercitado por meio de ‘unidades capitalistas’ entre produtores, industriais ou comerciantes. São os *trusts* maléficos, que o Estado não pode tolerar, sob pena de mentir á sua missão de defesa do interesse coletivo.

A lei pune não somente os que têm a iniciativa da coligação, como os que dela participam. É condição suficiente da consumação do crime o fato puro e simples da formação do consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, para o fim exclusivo de *impedir* ou *dificultar* a concorrência. Pouco importa que não seja alcançado o fim que os pactuantes se propõem. É o mesmo critério do novo Código Penal argentino, em cuja “exposição de motivos” se lê: “... establecemos el carácter delictuoso de la formación de algún convenio, pacto, combinación, amalgama o fusion de capitales, tendiente a establecer el monopolio y lucrar con él, em uma o más ramas de la producción, del tráfico terrestre, fluvial o marítimo o del comercio interior o exterior, en una localidad o en varias, o en todo el territorio nacional, *sin que sea necesaria la realización de esa finalidad...* Seguimos, en consecuencia, la doctrina americana sobre la matéria, porque es necesario... combatir em su origen las combinaciones que constituyen el eje alrededor del cual giran las maniobras dolosas... Sería absolutamente ineficaz todo procedimiento seguido com posteridad a los actos producidos, si, al mismo tiempo, no incluía em la legislación, como medida primera, la acción perturbadora con medidas represivas, dados los múltiples resortes y los enormes recursos de que disponen para operar en el mercado”.

¹⁸⁰ HUNGRIA, Nelson. *Dos crimes contra a economia popular e das vendas a prestações de domínio*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1939, p. 38-40.

O Decreto Nelson Hungria, por ser de natureza penal, visava apurar a responsabilidade de pessoas físicas envolvidas nas condutas nele tipificadas, mas também previa a possibilidade de interdição da pessoa jurídica, conforme previsto no art. 5º.¹⁸¹

Art. 5º Quando qualquer dos crimes definidos nesta lei fôr praticado em nome de pessoa jurídica, o Ministro da Justiça e Negócios Interiores poderá interdita-la, uma vez passada em julgado a sentença, sem prejuízo da sanção imposta aos responsáveis.

Note-se que, conforme determinação constitucional, o art. 6º do Decreto-Lei nº 869/1938 estipulava de forma bastante rigorosa que os crimes contra a economia popular deveriam ser deslocados da justiça comum para serem processados e julgados por um tribunal de exceção, o Tribunal de Segurança Nacional, o mesmo que julgava os crimes contra o Estado, com prazos e procedimentos mais severos:¹⁸²

¹⁸¹ A questão da aplicação do decreto a pessoas físicas e/ou jurídicas suscitou algumas discussões à época, como comenta Roberto Lyra: “Discute-se si a lei se aplica às pessoas físicas ou jurídicas, que teriam acumulado certos produtos para vendê-los mais tarde a um preço arbitrariamente fixado. Diz-se que as pessoas jurídicas possuem um patrimônio próprio; as mercadorias ou gêneros que constituem seu *stock* pertencem, não aos diferentes sócios individualmente, mas à sociedade considerada como único detentor, o que excluiria toda idéia de coalisão. Pouco importa que a especulação seja realizada por um só indivíduo, por vários indivíduos *ajustados* ou por uma sociedade. Nem altera o problema a pesquisa sobre si a sociedade já existia ou si foi especialmente constituída com o fim de especulação ilícita. Não é preciso uma ‘entente’ determinada e formal entre os principais ententores (Vide *Garçon*, ‘Code penal anoté’, artigo 419).

A lei, no Brasil, é muito clara. O artigo 25 da Consolidação das Leis Penais dispõe que a responsabilidade penal é exclusivamente pessoal. Esse princípio foi consagrado pela Constituição de 1891, no artigo 72, § 19 (‘Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente’), reproduzido, *ipsis litteris*, no artigo 113, n. 28, da Constituição de 1934. Mas o § único do artigo 25 da Consolidação das Leis Penais prescreve que, nos crimes em que tomarem parte membros de corporação, associação ou sociedade, a responsabilidade recairá sobre cada um dos que participarem do fato criminoso. Por outro lado, o artigo 11 do Código de Processo Penal do Distrito Federal estabelece: ‘A ação penal pôde ser exercida pelas fundações, associações ou sociedades legalmente constituídas, relativamente às infrações penais que diretamente as interessarem, sendo representadas por quem os respectivos estatutos ou contratos sociais designares, ou, não o designando, pelos seus diretores’.

Saldaña esclarece que a capacidade das pessoas jurídicas é exigível, praticamente, de dois modos: por solidariedade e por representação, devendo recorrer o Direito Penal, num caso, ao Direito Civil e, noutro, ao Direito Político.

A pena não passa da pessoa do criminoso, como antigamente, respondendo cada um pela própria obra. Quando se trate de pessoas jurídica, em última análise, a responsabilidade se concretiza em pessoa física e, assim, do papel desempenhado por essa nos atos coletivos, resultam a efetividade da punição e a incidência da pena. As dificuldades, que tanto atormentam os doutrinadores, não têm razão de ser, em face dos textos legais.” Cf. LYRA, Roberto. *Crimes contra a economia popular*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1940, p. 107-108.

¹⁸² Sobre essa equiparação e o deslocamento do processo para o Tribunal de Segurança Nacional, assim se manifestou o então Ministro da Justiça Francisco Campos, na já mencionada entrevista concedida ao Jornal “A Noite”:

“[N]o decreto-lei que define e pune os crimes contra a economia popular, o que ha de importante a considerar não são somente as figuras delituosas que estabelece, pois na sua maior parte, já constavam de textos de leis anteriores. A nova lei, porém, tornou mais nítidos os contornos dessas figuras, desenvolveu-as, encarando as hipóteses surgidas na vida moderna, e agravou-lhe as penas, por força do imperativo da Constituição de 10 de novembro. E – o que constitui a grande inovação sobre a legislação anterior – colocou

Art. 6º Os crimes definidos nesta lei são inafiançáveis e serão processados e julgados pelo Tribunal de Segurança Nacional. Neles não haverá suspensão da pena nem livramento condicional.

Sobre essa equiparação e o deslocamento do processo para o Tribunal de Segurança Nacional, assim se manifestou o então Ministro da Justiça Francisco Campos, na já mencionada entrevista concedida ao Jornal “A Noite”, indicando uma verdadeira intenção de se valer do rigor das penas da lei e da supressão de direitos de defesa como forma de ameaça latente para que os empresários cumprissem os desígnios de política econômica do governo:

[N]o decreto-lei que define e pune os crimes contra a economia popular, o que ha de importante a considerar não são somente as figuras delituosas que estabelece, pois na sua maior parte, já constavam de textos de leis anteriores. A nova lei, porém, tornou mais nítidos os contornos dessas figuras, desenvolveu-as, encarando as hipóteses surgidas na vida moderna, e agravou-lhe as penas, por força do imperativo da Constituição de 10 de novembro. E – o que constitui a grande inovação sôbre a legislação anterior

os delitos por ela punidos na esfera de competência do Tribunal de Segurança Nacional. Passam da alçada da justiça comum – Juizes e Tribunais de todo o País – para a do órgão de justiça especial de defesa do Estado.

Criado após o movimento comunista de 1935, o Tribunal de Segurança foi mantido com atribuições mais amplas, na vigência da Constituição de 10 de novembro, pelo decreto-lei n. 88, e a sua competência, de acordo com o texto constitucional, é agora dilatada, abrangendo as categorias de delito a que nos estamos referindo.

Julgados na Capital da República, para eles vigora o processo sumaríssimo, regulado no decreto-lei n. 474, de junho último. (...)

De acôrdo com o decreto-lei n. 474, o Presidente do Tribunal, recebido o inquérito relativo ao crime, dá imediata vista ao Procurador ou a um dos adjuntos do Procurador, que tem o prazo de 48 horas para proceder á classificação do crime, indicando autores, cúmplices e penas aplicáveis. A audiência para instrução e julgamento do feito é marcada dentro de três dias. A acusação e a defesa falarão pelo prazo máximo de 30 minutos, sendo a sentença proferida imediatamente pelo Juiz. Havendo apelação, será julgada em Tribunal Pleno, dentro de cinco dias.

Com a nova lei e o processo adotado para os julgamentos, ficam reduzidas de quasi cem por cento as possibilidades de chicana e protelação. A atividade dos infratores, dos usurários e dos delapidadores da economia do povo, fica privada dos mil e um recursos a que se havia habituado para iludir a Justiça. A aparelhagem da repressão está reajustada em todas as suas peças e o castigo será pronto e severo. E com a agravante de que não haverá possibilidade de fiança, “sursis” ou livramento condicional: será a absolvição ou cadeia.

Até aqui, em todos os casos em que pessoas poderosas, jurídicas ou civis, entravam em conflito com pessoas humildes – funcionários, empregados ou operários – tinham a certeza antecipada de levar sempre a melhor, de tudo resolver de acordo com os seus interesses, porque a ação civil a eles sempre está aberta. Dispõem de advogados de partido e de recursos fartos para promover uma justiça caríssima, como ainda é a do fôro civil, entre nós. Para eles tão fácil, é, a bem dizer, inacessível aos pobres, que desconhecem o cipoal da legislação, não podem procurar em causa própria e não têm os recursos para se valer dos serviços de um advogado.

Agora a Lei tornou os crimes contra a economia popular de ação pública. Uma simples queixa na delegacia será o suficiente para a abertura de um inquérito e a punição dos eventuais culpados.

O decreto-lei n. 869, de 18 do corrente, vai exercer extraordinária ação de catalise: defender a economia popular, impedir a formação de *trusts* de especulação e dar ao povo o que já lhe fora assegurado pela Constituição de 10 de novembro.” Cf. CAMPOS, Francisco. A lei de proteção á economia popular. *Revista Forense*. Dezembro, 1938, p 174. Apud HUNGRIA, Nelson. Dos crimes contra a economia popular e das vendas a prestações de domínio. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1939, p. 195-198.

– colocou os delitos por ela punidos na esfera de competência do Tribunal de Segurança Nacional. Passam da alçada da justiça comum – Juízes e Tribunais de todo o País – para a do órgão de justiça especial de defesa do Estado.

Criado após o movimento comunista de 1935, o Tribunal de Segurança foi mantido com atribuições mais amplas, na vigência da Constituição de 10 de novembro, pelo decreto-lei n. 88, e a sua competência, de acordo com o texto constitucional, é agora dilatada, abrangendo as categorias de delito a que nos estamos referindo.

Julgados na Capital da República, para eles vigora o processo sumaríssimo, regulado no decreto-lei n. 474, de junho último.

(...)

De acôrdo com o decreto-lei n. 474, o Presidente do Tribunal, recebido o inquérito relativo ao crime, dá imediata vista ao Procurador ou a um dos adjuntos do Procurador, que tem o prazo de 48 horas para proceder á classificação do crime, indicando autores, cúmplices e penas aplicáveis. A audiência para instrução e julgamento do feito é marcada dentro de três dias. A acusação e a defesa falarão pelo prazo máximo de 30 minutos, sendo a sentença proferida imediatamente pelo Juiz. Havendo apelação, será julgada em Tribunal Pleno, dentro de cinco dias.

Com a nova lei e o processo adotado para os julgamentos, ficam reduzidas de quasi cem por cento as possibilidades de chicana e protelação. A atividade dos infratores, dos usurários e dos delapidadores da economia do povo, fica privada dos mil e um recursos a que se havia habituado para iludir a Justiça. A aparelhagem da repressão está reajustada em todas as suas peças e o castigo será pronto e severo. E com a agravante de que não haverá possibilidade de fiança, “sursis” ou livramento condicional: será a absolvição ou cadeia.

Até aqui, em todos os casos em que pessôas poderosas, jurídicas ou civis, entram em conflito com pessôas humildes – funcionários, empregados ou operários – tinham a certeza antecipada de levar sempre a melhor, de tudo resolver de acordo com os seus interesses, porque a ação civil a eles sempre está aberta. Dispõem de advogados de partido e de recursos fartos para promover uma justiça caríssima, como ainda é a do fôro civil, entre nós. Para eles tão fácil, é, a bem dizer, inacessível aos pobres, que desconhecem o cipoal da legislação, não pódem procurar em causa própria e não têm os recursos para se valer dos serviços de um advogado.

Agora a Lei tornou os crimes contra a economia popular de ação pública. Uma simples queixa na delegacia será o suficiente para a abertura de um inquérito e a punição dos eventuais culpados.

O decreto-lei n. 869, de 18 do corrente, vai exercer extraordinária ação de catalise: defender a economia popular, impedir a formação de *trusts* de especulação e dar ao povo o que já lhe fora assegurado pela Constituição de 10 de novembro.

Muito por conta desse rigor, nossa primeira legislação a tratar de preocupações concorrenciais, o Decreto-lei n° 869/1938 gerou uma “inusitada repercussão”, na expressão do Ministro Francisco Campos, especialmente entre as classes empresariais. Com relação à incriminação dos ajustes anticompetitivos, por exemplo, o jornal O Estado de S. Paulo,

republicando um texto do *Jornal do Commercio*, do Rio de Janeiro, chegou a dizer que, sendo a economia brasileira “corporativa”, não fazia sentido punir “cooperação, aliança, fusão ou consórcio” entre concorrentes e que o “regime da concorrência” previsto em alguns dos artigos da lei seria anacrônico em um contexto de organização econômica corporativa, que visaria justamente mitigar a livre concorrência por meio da organização e direção das atividades econômicas.¹⁸³

É de se notar, todavia, que, a despeito de já se despontarem em 1938 algumas preocupações de natureza concorrencial por parte do Poder Público, fato é que as circunstâncias e políticas econômicas do período, especialmente em razão das guerras¹⁸⁴ e dos problemas de carestia e de desabastecimento de bens de primeira necessidade que delas decorrem, acabaram por deixar essas preocupações em segundo plano em relação às políticas de preço mínimo e de controle de especulações. São evidências disso o próprio ilícito de transgressão de tabelas oficiais de preços previsto no inciso II do art. 3º, bem como a criação, por meio do Decreto-Lei nº 1.607, de 16 de setembro de 1939, da Comissão de Abastecimento, incumbida de “regular a produção e o comércio de gêneros alimentícios, de matérias primas, drogas e medicamentos, de materiais de construção, combustíveis, lubrificantes e outros artigos de primeira necessidade”, inclusive mediante fixação de preços máximos de venda no comércio de todo o país.

As medidas previstas no Decreto-Lei nº 1.607/1939, bem como todas as demais políticas econômicas adotadas no governo Vargas, são indicativas de que o controle antitruste instituído pelo Decreto-lei nº 869/1938 não teve como fundamento a incorporação na economia nacional de um ideal de livre concorrência, correlato ao de livre iniciativa, mas sim o de munir o Poder de Público de vigorosos mecanismos de intervenção no domínio econômico.

Por essas razões talvez, o Decreto-lei nº 869/1938, acabou por ter pouca aplicação prática no que se refere à implementação de uma política de defesa da concorrência como entendemos hoje, tendo servido muito mais ao propósito de controle de preços e de

¹⁸³ O commercio a proibição das vendas com reserva de dominio. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 30 nov. 1938, p. 1. Apud. CABRAL, Mário André Machado. *Estado, Concorrência e Economia: convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil*. 2016. 291 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico, Financeiro e Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 107-108.

¹⁸⁴ Note-se que em 1939 tinha início a II Guerra Mundial, que duraria até 1945.

abastecimento, que marcaram a tônica do período¹⁸⁵, e os próprios objetivos da legislação. Processos de investigação de cartel, se existiram, não chegaram a resultar em condenações relevantes.¹⁸⁶

3.4 DECRETO-LEI N° 7.666, DE 22 DE JUNHO DE 1945

Ainda sob a vigência da Constituição de 1937 e durante o primeiro governo Vargas, foi promulgado, em 1945, o Decreto-Lei n° 7.666, de 22 de junho de 1945. Essa foi a primeira legislação que efetivamente tratou do tema concorrencial de forma mais elaborada, prevendo, inclusive, a criação de uma estrutura administrativa destinada especificamente a implementar uma política de defesa da concorrência: a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, a C.A.D.E. A legislação, assim, ao dispor sobre os “atos contrários à ordem moral e econômica”, estabeleceu um controle antitruste administrativo acerca da

¹⁸⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 3. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 137-138.

¹⁸⁶ Embora tenha se difundido a tese, aparentemente disseminada por Benjamin M. Shieber em seu livro *Os abusos do poder econômico*, publicado em 1966, de que a aplicação do decreto em matéria antitruste tenha se restringido a um único caso, o parecer do Consultor-Geral da República sobre cláusulas de contratos da *Standard Oil Company of Brazil*, Mário Cabral, em vasta pesquisa sobre a política antitruste no período compreendido entre 1930 e 1964, mostra que outros casos existiram na jurisprudência do Tribunal de Segurança Nacional e até do Supremo Tribunal Federal. Nenhum dos casos citados pelo pesquisador, no entanto, tratou especificamente do inciso III do art. 2° que cuidava dos ajustes anticompetitivos. Cf. CABRAL, Mário André Machado. *Estado, Concorrência e Economia: convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil*. 2016. 291 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico, Financeiro e Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 88-93. Por sua vez, Souza Neto, analisando a legislação que substituiu o Decreto-lei n° 869/1938, a Lei n° 1.521/1951, confirma a pouca aplicação de dispositivos antitrustes do Decreto. Ao tratar do inciso III, do art. 2°, da Lei n° 1.521/1951, comentou: “A esta altura, convém dizer que os incisos deste artigo são muito bonitos e necessários, mas, infelizmente, na legislação anterior, de onde vieram, nunca foram incomodados. Não creio que a intimidação tenha afastado os especuladores. Ao contrário, sou levado a crer que, em todos os governos, eles tenham tido coragem, vivendo, muitas vezes sob a proteção das Carteiras de Importação, que favorecem poucos. Êsses favorecidos fazem o que querem, em matéria de concorrência e de fixação de preços, na Capital Federal e nos Estados. Ainda não vi um inquérito policial instaurado em virtude de infração de qualquer destes incisos, o que não quer dizer que não existam. Em geral, porém, os especuladores são hábeis e poderosos, criando meios que dificultam a aplicação do castigo”. Cf. SOUZA NETO. *Júri de economia popular*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1952, p. 97. Eurico Branco, em análise empreendida ainda em 1940 acerca da doutrina e jurisprudência em torno do Decreto-lei n° 869/1938, aponta alguns poucos casos envolvendo os dispositivos antitruste, sem, entretanto, apresentar elementos que indicassem que o decreto tenha resultado em condenações consistentes em casos dessa natureza. Com relação ao inciso III, do art. 2°, relata um único caso envolvendo um suposto “trust” do comércio cinematográfico na cidade de Botucatu, Estado de São Paulo, o qual acabou não sendo condenado. BRANCO, Eurico C. *Anotações às leis de segurança e economia popular*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1940, p. 149-197.

responsabilidade das empresas¹⁸⁷ envolvidas em práticas anticoncorrenciais de forma paralela ao controle penal exercido pelo Decreto-lei nº 869/1938 em relação às pessoas físicas.

Projeto do Ministro da Justiça e Negócios Interiores de Vargas, Agamemnon Magalhães¹⁸⁸, o Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945, também conhecido como Lei Malaia¹⁸⁹, teve como uma de suas principais motivações a proteção do interesse nacional contra os trustes e cartéis, em especial os decorrentes do poder econômico exercido pelo

¹⁸⁷ No parágrafo único do art. 1º do Decreto-Lei nº 7.666/1945 estava definido que por empresa se entendia abrangidas “as pessoas físicas ou jurídicas de natureza comercial ou civil que disponham de organização destinada à exploração de qualquer atividade com fins lucrativos”.

¹⁸⁸ Para um perfil de Agamemnon Magalhães e as influências que o levaram à elaboração do Decreto-Lei nº 7.666/1945, cf. CABRAL, Mário André Machado. *Estado, Concorrência e Economia: convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil*. 2016. 291 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico, Financeiro e Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 116-137. Destaque para o seguinte trecho, p. 136-137: “Em síntese, pode-se dizer que o quadro teórico e ideológico que informou o pensamento e a ação de Agamemnon Magalhães passa pela Doutrina Social da Igreja e por um consenso de crítica à teoria econômica liberal e defesa da intervenção do Estado na economia de modo a evitar instabilidade política e social, promover uma melhor distribuição da riqueza e defender a subordinação da livre iniciativa e da propriedade privada ao interesse social. Seu discurso traduziu também uma preocupação com a indústria nacional, pela consciência do progresso que trazia para as populações e para o País, e com a ação danosa dos trustes, especialmente os internacionais, não só para os diretamente prejudicados por práticas monopolísticas – é dizer, consumidores e empresários nacionais de menor porte, o que revela a continuidade de uma preocupação com a “economia popular”, presente a partir da Constituição de 1934 –, mas também para a economia brasileira como um todo. Sua campanha contra os trustes revelou a estratégia de alguém que via como sua missão formar um senso comum de que trustes e cartéis eram prejudiciais ao País e que era necessária uma lei especificamente vocacionada à sua repressão. Ademais, a postura de Agamemnon Magalhães foi municiada pelo acesso a informações e documentos que davam conta da existência de considerável discussão sobre o tema antitruste no estrangeiro. Ele teve acesso a leis, jurisprudência e literatura econômica estrangeiras. Esse material foi utilizado por Agamemnon Magalhães para mostrar que lei antitruste não era novidade nos países capitalistas ocidentais, inclusive nos Estados Unidos, numa tentativa de conferir legitimidade à sua proposta.”

¹⁸⁹ O apelido tem origem, como explica Paulo Germano Magalhães (filho de Agamemnon Magalhães), em entrevista publicada na *Revista do CADE*, nº 4, p 11, ao fato de que Agamemnon Magalhães, por alguns de seus traços fisionômicos e pela cor de sua pele, possuía algumas características orientais, tendo sido apelidado de Malaio. Apud. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 104.

capital estrangeiro, presente na formação dos grandes grupos empresariais que compunham a estrutura produtiva do país à época^{190 191}.

É bastante comentada na literatura a oposição que fazia Agamemnon Magalhães especificamente aos trustes e cartéis internacionais.¹⁹² Em especial, costuma ser ressaltada a

¹⁹⁰ Em levantamento da literatura que analisa a participação do capital estrangeiro na estrutura produtiva do Brasil durante as fases iniciais de nossa industrialização, levando às preocupações de Agamemnon Magalhães com os trustes e cartéis estrangeiros, Mário Cabral comenta: “A literatura que se dedicou à questão do monopólio no Brasil enfatiza o quadro de concentração de mercados por grupos estrangeiros como uma das características da estrutura produtiva da indústria brasileira no período. A. Rodrigues Monteiro toma o caso da Light, grupo canadense do setor de energia elétrica, para retratar a exploração praticada pelos trustes estrangeiros no País. Alberto Passos Guimarães atribui aos monopólios estrangeiros aqui atuantes parte crucial da responsabilidade pelos problemas de inflação e carestia de vida no Brasil. Moniz Bandeira entende que os cartéis, em sua grande maioria compostos por corporações estrangeiras, já estariam provocando a desnacionalização da economia nacional. Kurt Rudolf Mirow, após analisar casos de cartéis internacionais em diversas indústrias (como elétrica, siderúrgica, química, petrolífera, têxtil, alimentícia e outras), assevera que as corporações estrangeiras legam ao País endividamento público, extração das riquezas nacionais em proporção muito superior ao quanto investido, postergação da dependência econômica e tecnológica em relação aos países desenvolvidos e eliminação da iniciativa privada nacional.

No Brasil, segundo Wilson Suzigan, o desenvolvimento industrial de alguns setores se deu pela “ocupação” do mercado nacional pelo capital estrangeiro, normalmente por meio de subsidiárias de grupos internacionais. Após a descoberta de jazidas de matéria-prima próximas ao Rio de Janeiro e a São Paulo, o setor de cimento se expandiu com a instalação em 1924, com capital estrangeiro, de duas grandes fábricas: uma com capital canadense e a outra uma subsidiária de um grupo dos Estados Unidos. Em relação à indústria têxtil, que era predominantemente nacional, Stanley J. Stein relata a presença da Companhia Brasileira de Linhas para Coser (Machine Cottons), subsidiária de um truste inglês. Stein narra que até 1916 a empresa era “senhora absoluta” do mercado brasileiro de linhas para coser. Mesmo depois disso, tinha “fôlego” financeiro para praticar descontos vantajosos para distribuidores em troca de exclusividade. No campo do serviço público de energia elétrica, Alexandre Macchione Saes reporta que até 1927 o setor era dominado por duas empresas: uma nacional (a Companhia Brasileira de Energia Elétrica) e uma estrangeira (a canadense Light). Essa situação se alterou em 1927, com a entrada da Bond & Share (Amforp), dos Estados Unidos. Sobre a concentração econômica e o domínio estrangeiro no setor, Saes dá o exemplo do estado de São Paulo, em que, em 1930, a potência instalada era dividida entre a Light (80%) e a Amforp (10%), ficando apenas os 10% restantes para companhias nacionais. No caso da siderurgia, antes dos “Acordos de Washington”, assinados em 1942, por meio dos quais se garantiu o financiamento e o fornecimento de equipamentos norte-americanos para a construção de uma usina siderúrgica estatal no Brasil, tem-se registro de tentativas, por parte de grupos estrangeiros, de explorar a atividade no País. Em relação ao petróleo, Francisco Mangabeira relata o gigantismo e o imperialismo das sete maiores companhias de petróleo do mundo, bem como o respaldo da diplomacia dos Estados Unidos à expansão das atividades das empresas norte-americanas em países como o Brasil. A resistência à criação da Petrobrás ilustra o caso brasileiro. Além desses setores, Linhares e Silva listam empresas estrangeiras, especificamente inglesas, francesas e norte-americanas, atuando em atividades relacionadas à produção agrícola e ao abastecimento, o que inclui não só a produção e a comercialização de gêneros agrícolas e alimentícios, mas também infraestruturas ferroviárias e portuárias.” Cf. CABRAL, Mário André Machado. *Estado, Concorrência e Economia: convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil*. 2016. 291 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico, Financeiro e Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 140-142.

¹⁹¹ BANDEIRA, Moniz. *Cartéis e desnacionalização: a experiência brasileira: 1964-1974*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979, p. 5-9.

¹⁹² Apesar de refutar que o Decreto-Lei nº 7.666/1945 fosse discriminatório em relação ao capital estrangeiro, o próprio Agamemnon Magalhães, por diversas vezes, teria se manifestado indicando preocupação específica com o capital estrangeiro. Nesse sentido, observa Mário Cabral: “Documentos de autoria de Agamemnon Magalhães confirmam que havia uma preocupação específica com o capital estrangeiro por

influência que o “episódio” envolvendo Delmiro Gouveia, industrial nordestino assassinado em condições misteriosas em 1917, exerceu em sua batalha contra o capital estrangeiro e em prol da implantação de uma legislação antitruste no Brasil. Sobre o referido episódio, Moniz Bandeira relata:

Efetivamente, ao contrário do que sucedeu nos Estados Unidos e em outros países mais adiantados, onde a concentração resultou do desenvolvimento capitalista, no Brasil, país retardatário, os monopólios implantados pelas corporações estrangeiras constituíam fator de atraso e entrave ao seu próprio esforço de industrialização. O caso Delmiro Gouveia já demonstrava de maneira eloquente como as empresas internacionais agiam para conservar o domínio do mercado. Esse industrial nordestino captou um fio d'água da Cachoeira de Paulo Afonso e erigiu, na localidade de Pedra, região do Rio São Francisco, uma fábrica de linhas para coser, competindo com a Machine Cotton, poderoso grupo inglês que dominava o mercado do produto, por meio de uma subsidiária, a Cia. Brasileira de Linhas para Coser, sediada em São Paulo. Resistiu a todas as pressões para cessar as suas atividades ou vender a fábrica, até que morreu, misteriosamente, assassinado. Ele sabia que estava ameaçado de morte pela Machine Cotton e a opinião pública nunca duvidou de que foram os dirigentes do grupo os empreiteiros do crime.

Na verdade, somente à Machine Cotton interessava o crime. Após o desaparecimento de Delmiro Gouveia, já no ano de 1924, sua empresa, a Cia. Agro-Fábrica Mercantil, voltou a sofrer forte campanha da concorrência internacional, conforme o relatório da diretoria revelou. O Congresso Nacional votou então uma lei, restringindo ou mesmo proibindo a importação de qualquer produto estrangeiro, quando se constatasse que seus fabricantes, representantes ou importadores procuravam dificultar ou prejudicar a venda de similar brasileiro, com a concessão de vantagens especiais. E o Presidente da República, Artur Bernardes, assinou o Decreto

parte do próprio e do governo. Sua campanha contra o truste dos Diários Associados tinha no domínio que este tinha sobre as indústrias de comunicação brasileiras um dos seus motivos. Outra razão era a alegada atuação do grupo de Chateaubriand como porta-voz dos trustes internacionais que atuavam no Brasil. Tal atuação não seria patriótica e conspiraria ‘contra os interesses da nossa economia e da nossa moral social’. Chegou-se a alinhar a atuação dos Diários de ‘desnacionalizante’. Na já mencionada carta enviada a Vargas justificando o Decreto-Lei no 7.666/1945, Agamemnon Magalhães aponta como uma das razões centrais para a inviabilização de indústrias nacionais a atuação abusiva de trustes estrangeiros ou mesmo de trustes nacionais aliados aos primeiros. Os trustes seriam “vampiros da economia nacional”. Consoante já narrado acima, a biografia de Delmiro Gouveia exerceu influência sobre Agamemnon Magalhães. O empresário brasileiro que constituiu uma fábrica têxtil no sertão nordestino passou a sofrer pressão do truste inglês Machine Cotton, até que foi assassinado em condições suspeitas e, anos depois, seus herdeiros venderam a fábrica para o grupo estrangeiro. O episódio foi utilizado por Agamemnon Magalhães para ilustrar do que seriam capazes os trustes estrangeiros. A iniciativa industrial nacional estaria, pois, sob constante ameaça dessas corporações. Mais tarde, no contexto da discussão sobre o projeto de lei que seria proposto por Agamemnon Magalhães para regulamentar o abuso do poder econômico, ele deixaria explícito que sua preocupação com os cartéis e trustes se dirigia, sobretudo, aos grupos estrangeiros: ‘Os “trusts” e cartéis internacionais dominam a iniciativas industriais, fundando, em nosso país e em outros, indústrias, que se articulam e se combinam, eliminando, pelos métodos de concorrência desleal – o “dumping” e outros processos – as empresas mais fracas, ou limitando a produção das fábricas, pela divisão de quotas e de mercados.’” Cf. CABRAL, Mário André Machado. *Estado, Concorrência e Economia: convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil*. 2016. 291 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico, Financeiro e Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 138-139.

nº 17 383, de 19 de julho de 1926, elevando a taxa de importação sobre as linhas de costura de 2 000 reis para 10 000 reis por quilo. O texto do Decreto, depois de informar que a indústria estrangeira estava oferecendo vantagens especiais a comerciantes que se comprometiam *a não vender os produtos da fábrica da Pedra*, atribuía ao truste inglês o propósito de *extinguir a concorrência nacional, para, dominando o mercado, estabelecer preços exorbitantes*. E o acusava da prática de *dumping*, pois os preços de venda do produto, no próprio país de origem, eram muito mais elevados que os vigentes no Brasil, não obstante as despesas advindas do frete, seguro, impostos, etc.

Dois anos depois, entretanto, o Governo de Washington Luís, empenhado num programa de estabilização monetária, revogou esse Decreto, atendendo à solicitação do embaixador da Inglaterra, Henry Lynch, e dos banqueiros de Londres (Rotschild & Cia.), que consideravam o aumento da tarifa sobre a importação de linhas de costura um ato de hostilidade comercial. E os herdeiros de Delmiro Gouveia, numa situação comercialmente difícil e sem recursos para superá-la, não mais tiveram condições de aguentar e capitularam, vendendo a Fábrica de Pedra à Machine Cotton, que a desmontou e atirou seus equipamentos no fundo do rio São Francisco.

Esse episódio, que tanto marcou a atitude antimonopolista de Agamemnon Magalhães, ficou célebre, embora muitos outros exemplos pudessem igualmente ilustrar, da maneira mais viva, como os trustes e cartéis se empenhavam para esmagar a incipiente indústria brasileira. Afora o caso da siderurgia, cuja implantação o cartel internacional do aço obstaculizou o quanto pôde, e a questão da indústria do petróleo (extração e refino), sabotada, particularmente, pela Standard Oil (depois denominada Exxon) havia também problema com a fábrica de álcalis, à qual a Duperial – Indústria Químicas Brasileiras S.A., subsidiária do consórcio formado pela Du Pont de Nemours Co. e pela Imperial Chemical Industries (ICI), opôs todas as dificuldades.

A influência na elaboração da Lei Malaia que teve a preocupação particular de Agamemnon Magalhães com os malefícios causados pelos trustes e cartéis à formação do mercado nacional pode ser evidenciada, ainda, pela carta que ele enviou à Getúlio Vargas encaminhando o projeto de lei que viria a ser convertido no Decreto-Lei nº 7.666/1945. Nela, Agamemnon observou que trustes locais e internacionais teriam sido responsáveis por destruir iniciativas industriais nacionais promissoras em diversos setores da economia, como as indústrias de linhas, de fósforos, de sedas e de energia elétrica¹⁹³:

Os “trusts” de casa e de fora, na luta entre sí, ou reunidos para a destruição dos mais fracos, fizeram desaparecer, entre nós, industrias propensas como

¹⁹³ Carta de Agamemnon Magalhães para Getúlio Vargas, 5 abr. 1945. Arquivo Agamenon Magalhães, FGV/CPDOC, AGM c 45.04.05. Apud CABRAL, Mário André Machado. *Estado, Concorrência e Economia: convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil*. 2016. 291 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico, Financeiro e Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 128.

aconteceu, por exemplo, com as indústrias das linhas no Nordeste; com a do fósforo e das sêdas; com as empresas elétricas”.

É nesse cenário que a Lei Malaia, em seu art. 1º, considerava como “atos contrários aos interesses da economia nacional” certos ajustes e acordos entre empresas que tivessem por efeito “elevar o preço de venda dos respectivos produtos”, “restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas”, ou “influenciar no mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio, ainda que regional”. Nos art. 3º e 4º, previa-se como pena para as empresas que, após notificadas na forma do art. 2º, não cessassem tais atos, a decretação de intervenção temporária:

Art. 1º Consideram-se contrários aos interesses da economia nacional:

I – os entendimentos, ajustes ou acordos entre empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham por efeito:

a) elevar o preço de venda dos respectivos produtos;

b) restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas;

c) influenciar no mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio, ainda que regional;

II – os atos de compra e venda de acervos de empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou de cessão e transferência das respectivas cotas, ações, títulos ou direitos, ou de retenção de estoques de mercadorias, desde que de tais atos resulte ou possa resultar qualquer dos feitos previstos nas alíneas a, b e c do item I;

III – os atos de aquisição ou detenção, a qualquer título, de terras, por parte de empresas industriais ou agrícolas, em proporção superior às necessidades de sua produção, desde que daí resulte ou possa resultar a supressão ou redução das pequenas propriedades ou culturas circunvizinhas;

IV – a paralisação, total ou parcial, de empresas comerciais, industriais ou agrícolas desde que de tal fato resulte ou possa resultar a elevação dos preços das mercadorias ou o desemprego em massa de empregados, trabalhadores ou operários;

V – a incorporação, fusão, transformação, associação ou agrupamento de empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou a concentração das respectivas cota, ações ou administrações nas mãos de uma empresa ou grupo de empresas ou nas mãos de uma pessoa ou grupo de pessoas, desde que de tais atos resulte ou possa resultar qualquer dos efeitos previstos nas alíneas a, b e c do item I.

Parágrafo único. Para os efeitos deste Decreto-lei a palavra "empresa", abrange as pessoas físicas ou jurídicas de natureza comercial ou civil que disponham de organização destinada à exploração de qualquer atividade com fins lucrativos.

Art. 2º Verificada a existência de qualquer dos atos referidos no art. 1º, a C.A.D.E. notificará as empresas faltosas ou comprometidas no ato ou fato

contrário aos interesses da economia nacional para, dentro de prazo certo, fixado de acordo com as circunstâncias, cessarem a prática dos atos incriminados.

Art. 3º Se as empresas notificadas não cumprirem a determinação da C.A.D.E. dentro do prazo fixado, ou se, dentro desse prazo, não cessarem os efeitos prejudiciais aos interesses da economia nacional, a C.A.D.E. decretará a intervenção em todas as empresas envolvidas nos atos ou fatos julgados contrários à economia nacional.

§ 1º A intervenção terá caráter provisório e se limitará às gestões necessárias ao restabelecimento da situação conforme aos interesses da economia nacional.

§ 2º A partir da data da decretação da intervenção, os administradores da empresa visada ficarão impedidos de praticar quaisquer atos de disposição de bens ou direitos integrantes do acervo da empresa.

§ 3º Os atos eventualmente praticados pelos administradores de empresas com infração do disposto no parágrafo anterior, serão nulos de pleno direito.

Art. 4º A intervenção será executada pela C.A.D.E., através da nomeação de interventor que praticará todos os atos necessários ao cumprimento da decisão proferida.

Parágrafo único. As despesas com a intervenção correrão por conta da empresa que a sofrer. (g.n)

Como se observa, o Decreto coibia basicamente as condutas de cartel e de concentração econômica. Os cartéis vinham tipificados agora, diversamente do que ocorria no Decreto-lei nº 869/1938, em dispositivo diferente dos atos característicos de fusões, aquisições e incorporações de empresas. Na Lei Malalaia, estes estavam tipificados como infração, basicamente, nos incisos II, III e V do art. 1º. Além disso, no art. 8º, previa-se que os atos de fusão, incorporação transformação e agrupamento de qualquer modo, quando ocorridos em determinados setores específicos, deveriam ser submetidos para a autorização prévia da C.A.D.E, disciplinada na forma do art. 9º:

Art. 8º Não se poderão fundir, incorporar, transformar, agrupar de qualquer modo, ou dissolver, sem prévia autorização da C.A.D.E.:

- a) os estabelecimentos bancários;
- b) as empresas que tenham por objeto a produção ou distribuição de gêneros alimentícios;
- c) as empresas que operem em seguros e capitalização;
- d) as empresas de transportes ferroviário, rodoviário e as de navegação marítima, fluvial ou aérea;
- e) as empresas editoras, jornalísticas, de rádio e teledifusão, de divulgação e publicidade;
- f) as indústrias bélicas, básicas, de interesse nacional e as empresas distribuidoras dos respectivos produtos;

- g) as indústrias químicas, de especialidades farmacêuticas ou de laboratório e de materiais odontológicos;
- h) as indústrias de tecidos e calçados; i) as empresas de mineração;
- j) a produção e distribuição de instrumentos de trabalho, de um modo geral;
- k) as empresas de eletricidade, gás, telefone e transportes urbanos e, em geral, os concessionários de serviços de utilidade pública.

Art. 9º A partir da data da publicação deste decreto-lei, o Departamento Nacional da Indústria e Comércio e as Juntas Comerciais não poderão registrar alterações nos contratos ou estatutos de quaisquer firmas ou sociedades das espécies referidas no art. 8º, nem atos relativos à fusão, transformação ou incorporação das mesmas, sem a prévia audiência e autorização da C.A.D.E.

Parágrafo único. São nulos de pleno direito os registros feitos com inobservância deste dispositivo.

Com relação aos cartéis, o art. 1º, inciso I, da Lei Malaia, proibia os “entendimentos, ajustes ou acordos” que tivessem “por efeito”: “elevar o preço de venda dos respectivos produtos”, “restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas” e “influenciar no mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio, ainda que regional”. Os cartéis eram, assim, caracterizados por seus efeitos e não por seu elemento intencional ou finalístico. Para Agamemnon Magalhães, a caracterização da conduta por seus resultados danosos e não pela intenção era, inclusive, uma importante diferença que justificava a promulgação da nova lei em coexistência com o Decreto Nelson Hungria.¹⁹⁴

Na temática dos cartéis internacionais, objeto da presente pesquisa e de preocupação especial de Agamemnon Magalhães, destaca-se que a lei chegava a dispor, no art. 5º, que quaisquer atos previstos como “contrários aos interesses da economia nacional”, como os cartéis caracterizados na forma acima descrita ou outros, quando “deles participarem empresas estrangeiras” ou forem resultantes da “ação de empresas nacionais ou estrangeiras, notoriamente vinculadas a coalizões, ‘trusts’ ou cartéis, ajustados no estrangeiro” poderiam ser considerados “atos nocivos ao interesse público”, sujeitos à desapropriação, disciplinada nos termos dos arts. 6º e 7º:

Art. 5º Os atos referidos no art. 1º serão considerados nocivos ao interesse público quando:

¹⁹⁴ Réplica de Agamemnon Magalhães a Raul Fernandes, de junho de 1945. Arquivo Agamenon Magalhães, FGV/CPDOC, AGM c 45.06.00/1. Apud CABRAL, Mário André Machado. *Estado, Concorrência e Economia: convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil*. 2016. 291 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico, Financeiro e Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 110.

a) envolverem indústrias bélicas, indústrias básicas, emprêsas editôras, jornalísticas, de rádio e teledifusão ou de divulgação e publicidade;

b) deles participarem emprêsas estrangeiras;

c) resultarem da ação de emprêsas nacionais ou estrangeiras, notôriamente vinculadas a coalizões, "trusts" ou cartéis, ajustados no estrangeiro.

Art. 6º Serão desapropriadas pela União as emprêsas comerciais, industriais ou agrícolas comprometidas ou envolvida em atos nocivos ao interêsse público.

§ 1º O valor das desapropriações de que cuida êste artigo será pago aos desapropriados em títulos do Tesouro, de emissão especial, amortizáveis em quarenta anos.

§ 2º Para os efeitos do que dispõe o parágrafo único do art. 15 do Decreto-lei nº 3.365, de 21-6-1941 (Decreto-lei nº 4.152, de 6-3-1942), o depósito será feito nos títulos a que se refere o parágrafo anterior e em montante correspondente ao capital registrado das emprêsas desapropriadas.

§ 3º Na avaliação para fixação da indenização devida pela desapropriação, tomar-se-á por base o valor do ativo líquido da emprêsa.

Art. 7º Julgada indispensável a desapropriação a C.A.D.E. transmitirá ao Presidente da República o inteiro teor de sua decisão, acompanhado dos elementos necessários à lavratura do decreto de desapropriação.

A lei previa, portanto, uma penalidade muito mais gravosa para os cartéis internacionais (entendidos aqui como aqueles praticados por empresas estrangeiras), o que indica de forma contundente que o surgimento do antitruste no Brasil esteve intimamente relacionado à preocupação em conter a ação anticompetitiva dos grandes grupos estrangeiros em atuação no país, os quais eram considerados então um dos grandes obstáculos ao desenvolvimento e à competitividade da indústria nacional.

Vale notar, ainda, que, além do controle repressivo dos cartéis previsto no art. 1º, a Lei Malaia instituiu, no art. 11, um controle preventivo daqueles acordos que tivessem “por efeito”: “equilibrar a produção com o consumo”, “regular mercados”, estabilizar preços”, “padronizar ou estabilizar a produção” ou “estabelecer uma exclusividade de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas”:

Art. 11. Não terão validade, senão depois de aprovados e registrados pela C.A.D.E. os atos, ajustes, acôrdos ou convenções entre emprêsas comerciais, industriais ou agrícolas, de qualquer natureza ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais emprêsas ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham efeito:

- a) equilibrar a produção com o consumo;
- b) regular o mercado;
- c) estabilizar preços;

d) padronizar ou racionalizar a produção;

e) estabelecer uma exclusividade de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas.

§ 1º Os atos da categoria referida neste artigo, já vigente na data dada publicação dêste decreto-lei, deverão ser submetidos à aprovação da C.A.D.E. dentro do prazo de trinta dias.

§ 2º Os atos a que se refere o parágrafo anterior que não forem aprovados pela C.A.D.E. ou não lhe forem apresentados no prazo regulamentar, tornar-se-ão nulos e de nenhum efeito.

O art. 11, alíneas “a” à “e” trazia, portanto, justificativas válidas para prática de cartel, sendo que o acordo poderia ser considerado válido desde que fosse registrado e autorizado pela C.A.D.E.

Para apuração e fiscalização dos atos disciplinados pelo Decreto-Lei nº 7.666/1945, os arts. 15 a 17 conferiram à C.A.D.E. instrumentos processuais relevantes, tais como a requisição de informações a autoridades públicas e agentes privados, a determinação às empresas investigadas para exibirem seus livros, documentos, papéis e arquivos, e, inclusive, a apreensão de tais materiais mesmo sem autorização judicial:

Art. 15. As autoridades federais, estaduais ou municipais são obrigadas a prestar, sob pena de responsabilidade, tôda a assistência e colaboração que lhes fôr solicitada pela C.A.D.E.

Parágrafo único. Os funcionários públicos federais, estaduais, municipais ou de autarquias que dificultarem, retardarem ou embaraçarem a ação da C.A.D.E. ou de seus funcionários, ficarão sujeitos à penalidade de demissão a bem do serviço público, iniciando-se o processo administrativo competente mediante representação do Diretor Geral da C.A.D.E.

Art. 16. As empresas compreendidas neste decreto-lei são obrigadas a exhibir aos funcionários da C.A.D.E. todos os seus livros, documentos, papéis e arquivos.

Parágrafo único. O Diretor Geral da C.A.D.E. poderá determinar a apreensão de quaisquer livros, documentos ou papéis sempre que esta providência lhe parecer necessária à segurança dos mesmos.

Art. 17. As empresas são obrigadas a prestar à C.A.D.E., por escrito e devidamente autenticadas, tôdas as informações que lhes forem solicitadas.

Parágrafo único. As empresas que se recusarem a prestar informações, na forma dêste artigo, ou que fornecerem informações inexatas ou falsas, ou embaraçarem de qualquer modo, a ação da C.A.D.E., ou de seus funcionários, ficarão sujeitas à pena de detenção por um a três meses, sem prejuízo das penalidades previstas no Regulamento do Impôsto sôbre a Renda.

O Decreto-Lei nº 7.666/1945, nossa segunda lei antitruste e primeira que por ela estruturou e instituiu um órgão próprio de análise de condutas e estruturas, editada já cerca de 55 anos após o *Sherman Act* norte-americano, sofreu uma forte resistência. As reações foram

oriundas, principalmente, de forças políticas internas, dos parceiros comerciais do país, em especial os Estados Unidos, das elites econômicas nacionais e de parte da imprensa brasileira. As principais críticas centravam-se no autoritarismo com a qual foi editada, sem qualquer debate com a sociedade; na excessiva concentração de poderes conferidos à C.A.D.E., que poderia adotar medidas drásticas como intervenção e desapropriação, sem instância recursal; no intervencionismo que promovia na economia pelo cerceamento da livre iniciativa; e no protecionismo que conferia à indústria nacional, obstando, com isso, a entrada de capitais estrangeiros no país.¹⁹⁵

Muito por conta dessa resistência, com a queda de Getúlio Vargas em 1945, a Lei Malaia acabou sendo imediatamente revogada por seu sucessor, José Linhares, ainda no mesmo ano que entrou em vigor, não chegando a ter, portanto, aplicação efetiva. A jurisdição brasileira continuou, assim, a tutelar a concorrência de forma reflexa e meramente formal mediante a legislação criminal de 1938.

3.5 CONSTITUIÇÃO DE 1946

Com a queda de Getúlio Vargas e do Estado Novo, dá-se início a um novo momento político da história brasileira. Em 1946, juntamente com o início do governo de Eurico Gaspar Dutra, é formada uma Assembleia Constituinte com o objetivo de redigir e promulgar uma nova carta constitucional em substituição à de 1937. Agamemnon Magalhães, tendo sido eleito deputado para a Assembleia, foi escolhido relator do projeto para o título da “Ordem Econômica e Social”, trazendo consigo sua luta contra os trustes e cartéis para as discussões da constituinte.

Em seu anteprojeto, Agamemnon apresentou artigo que tratava da tutela concorrencial de forma bastante direta, com expressa proibição aos trustes e cartéis “para dominar os mercados internos, eliminar os concorrentes e explorar os consumidores pelos preços ou qualquer outra forma de opressão”:¹⁹⁶

¹⁹⁵ CABRAL, Mário André Machado. *Estado, Concorrência e Economia: convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil*. 2016. 291 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico, Financeiro e Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 144-158.

¹⁹⁶ MAGALHÃES, Paulo Germano. *A nova liberdade: combate aos trustes e cartéis*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1965, p. 22.

Art. 4º. Os trustes, cartéis, entendimentos ou ajustes de qualquer organização, grupo, empresa ou indivíduo, seja de que natureza forem, para dominar os mercados internos, eliminar os concorrentes e explorar os consumidores pelos preços ou qualquer outra forma de opressão, serão declarados fora da lei e dissolvidos, de acordo com a legislação especial que for votada pelo Congresso.

No entanto, após diversos debates e emendas, os quais em muito ecoavam as críticas ao intervencionismo e autoritarismo estatal que foi praticado no governo Vargas, o dispositivo acabou não sendo aprovado nos termos sugeridos por Agamemnon. Com redação dada por Ferreira de Souza, o art. 148 do Título da “Ordem Econômica e Social” da Carta de 1946 foi promulgado na seguinte linha:

Art 148 - **A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico**, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros. (g.n.)

Apesar das alterações, o dispositivo aprovado se ateu à preocupação de fundo presente na proposta de Agamemnon e tutelou expressamente a defesa da concorrência em âmbito constitucional, inclusive com referências direta ao tema das “uniões ou agrupamentos de empresas” anticompetitivos. Substituindo a fórmula do “fomento da economia popular” presente nas Cartas de 35 e 37, pela “repressão ao abuso do poder econômico”, a Constituição de 1946 determinou a elaboração de uma lei que coibisse tais atos quando tivesse “por fim”: “dominar os mercados nacionais”, “eliminar a concorrência” e “aumentar arbitrariamente de lucros”¹⁹⁷. Optou-se, assim, por uma definição do abuso de poder econômico a partir de seu elemento finalístico (ou volitivo/intencional) e não meramente de seus efeitos.

Ademais, a mudança da ênfase do fomento da “economia popular” para a “repressão ao abuso do poder econômico” sinaliza o início de um processo de enriquecimento das bases constitucionais da defesa da concorrência pelas ideias de compromisso com a ordem econômica e pela noção de defesa do consumidor. A partir da Carta de 1946, a tônica da política começa a caminhar de um objetivo meramente penal-repressivo para um objetivo preventivo e de orientação da conduta dos agentes econômicos, que refletia em grande medida a consolidação de uma classe empresarial doméstica.¹⁹⁸

¹⁹⁷ Muitas dessas expressões viriam a ser repetidas em várias das referências normativas à tutela concorrencial que se sucederam no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁹⁸ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 26.

Washington Peluso Albino de Souza assim comenta a passagem:¹⁹⁹

Em lugar da expressão **crimes contra a economia popular**, passou a ser usada **abuso do poder econômico**. Trazia-se para o cenário jurídico um outro elemento da maior importância, que era o **poder econômico privado**. O objetivo visado não se limitava apenas ao simples ato de praticar a concorrência contra os limites impostos pelo texto legal ou de modo a ferir princípios éticos na disputa da clientela. Extrapolava-se para o **uso** indevido desse **poder** que se havia fortalecido ao ponto de influir até mesmo no poder público, em defesa de seus interesses particulares. Uma outra dimensão dada ao tema projetava-o, pois dos circunscritos parâmetros dos direitos individuais, particulares, privados, para o interesse público. Não se visava apenas a garantia de sobrevivência de um concorrente ameaçado de destruição pelo outro, mas do direito de toda a coletividade não ficar exposta à imposição da vontade e exploração de um particular situado em posição dominante no mercado.

Levar o problema para o texto constitucional, realmente, não seria fácil, pelo menos em uma primeira experiência e, por isto mesmo, a solução encontrada foi a de uma redação de propósitos amplos e, de certo modo generalizante e ao mesmo tempo especificativa, como se vê do art. 148 da Constituição de 1946 (...)

Os objetivos ali definidos possibilitam a concretização da repressão à prática do **crime** e, assim, integram o espírito anterior voltado para os **crimes contra a economia popular**. Mas a generalização, bem como a especificação das práticas, volta-se para o **poder econômico** e para as formas de organizá-lo e fortalece-lo, isto é, de evitar a sua prática e os seus efeitos sob qualquer das manifestações possíveis, além daquelas enumeradas.” (grifos do autor)

Sobre a expressão “abuso do poder econômico”, Alberto Venâncio Filho, por sua vez, comenta ter sido adotada como um “divisor de águas” com relação a jurisdições que combatem toda e qualquer forma de agrupamento de empresas, já que, por meio dela, proibem-se apenas a formas abusivas.²⁰⁰

A lei brasileira acolheu, assim a expressão “abuso do poder econômico” como fórmula-síntese para abranger na sua totalidade as disposições relativas ao combate das formas monopolísticas. A respeito desta expressão, um especialista norte-americano, CORWIN EDWARDS, teceu os seguintes comentários:

“Em alguns países, o conceito de ação contrária ao interesse público é definido na frase “abuso do poder econômico”, que resume atitudes desenvolvidas durante vários séculos, pela inter-relação de instituições religiosas, políticas e econômicas. O termo é perfeitamente entendido por aqueles que com ele se familiarizaram, embora não tenha sentido para um observador norte-americano.”

¹⁹⁹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. O regime jurídico da concentração de empresas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 15, n. 58, p. 77-92, abr./jun. 1978, p. 80-81.

²⁰⁰ VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Ed. fac-similar. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 333-334.

E desenvolvendo essa observação, de um ponto de vista histórico: “Antes da Reforma, a atitude da Igreja era de não desafiar a existência do poder econômico temporal, nem preocupar-se com a sua concentração, mas aceitando as hierarquias do poder, insistir para que tal poder fosse moralizado e se tornasse religioso. Toda a conquista de poder trazia uma correspondente conquista de deveres. O fracasso em assumir seus deveres instituía uma conduta imoral ou irreligiosa. Essa concepção é claramente uma precursora do conceito legal atual de abuso do poder econômico, a qual sobreviveu à Reforma, não somente nos países católicos, mas também naqueles países nos quais o protestantismo adotou a concepção de que as atividades comerciais privadas têm deveres morais correspondentes à sua autoridade.”

Essa fundamentação filosófica constitui, por assim dizer, o divisor de águas entre as legislações que acolhem o combate de toda e qualquer forma de agrupamento de empresas, e aquelas outras às quais se filia a legislação brasileira, que só reprimem as formas abusivas, resumidas na expressão “abuso do poder econômico”. É também o que se revela no desenvolvimento da legislação francesa, como se depreende do comentário de ROBERT PLAISANT: A jurisprudência faz uma distinção fundamental e tradicional em Direito francês, retomada da Ordenação de 30-6-1945, artigo 59, bis, a distinção entre bons e maus acordos. O acordo não é proibido em si, mas somente nos casos em que produz o efeito nocivo que é proibido pelo artigo 419 do Código Penal.

Encerrados os trabalhos da Constituinte, coube ainda a Agamemnon Magalhães, como deputado, apresentar projeto de lei regulando o art. 148 da Constituição: o Projeto 122/1948, que, após longos anos de tramitação, discussões e emendas, veio a culminar na Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, de natureza administrativa.²⁰¹ Antes, no entanto, que a referida lei fosse aprovada, nova legislação penal de crimes contra a economia popular entrou em vigor, a Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que substituiu o Decreto-lei nº 869/1938, conforme se verá a seguir.

²⁰¹ Para maiores detalhes da tramitação do projeto, seus debates e emendas, cf. MAGALHÃES, Paulo Germano. *A nova liberdade: combate aos trustes e cartéis*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1965, p. 23-33; SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do Poder Econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 9-15; BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2013, p. 36-43; e CABRAL, Mário André Machado. *Estado, Concorrência e Economia: convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil*. 2016. 291 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico, Financeiro e Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 162-169 e 172-198.

3.6 LEI Nº 1.521, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1951

Em 1951, Getúlio Vargas reassume a presidência por meio do voto direito e retoma as medidas intervencionistas de planejamento e controle da economia, bem como os esforços de industrialização dirigida do país adotados em seu primeiro governo, projetos que haviam sido parcialmente descontinuadas durante o governo Dutra.²⁰²

Após adotar uma série de medidas ortodoxas e impopulares para conter a inflação, Vargas lançou mão, em 1951, de seu arsenal jurídico-policial de controle da economia e instituiu a Lei de Defesa da Economia Popular: a Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que alterou dispositivos da legislação penal então vigente sobre crimes contra a economia popular, o Decreto-lei nº 869/1938.²⁰³ A nova lei, reutilizou-se da fórmula dos crimes “contra a economia popular”, de que se valia sua antecessora, também promulgada por Vargas, em lugar da fórmula da “repressão ao abuso do poder econômico”, introduzida pela Constituição de 1946. Também como sua antecessora, essa lei previa, em seus arts. 2º, 3º e 4º, penas de até 10 anos, além de multas, a certas condutas empresariais, entre outras, de natureza concorrencial, tais como os ajustes anticompetitivos:

Art. 2º. São crimes desta natureza:

I - recusar individualmente em estabelecimento comercial a prestação de serviços essenciais à subsistência; sonegar mercadoria ou recusar vendê-la a quem esteja em condições de comprar a pronto pagamento;

II - favorecer ou preferir comprador ou freguês em detrimento de outro, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores;

III - expor à venda ou vender mercadoria ou produto alimentício, cujo fabrico haja desatendido a determinações oficiais, quanto ao peso e composição;

IV - negar ou deixar o fornecedor de serviços essenciais de entregar ao freguês a nota relativa à prestação de serviço, desde que a importância

²⁰² AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 3. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 145-154. Aguillar comenta que o período Dutra pode ser caracterizado como de certo liberalismo econômico, especialmente em seus dois primeiros anos de governo. Em seu mandato perderam força ou foram extintas a maioria das agências de planejamento e controle da economia. Além disso, com o fim da Segunda Guerra em 1946 e o saldo inflacionário elevado que dela resultou, relacionado ao fechamento comercial do país durante vários anos, Dutra, para controlar os preços, decidiu abrir o país às importações. Em 1947, porém, as reservas cambiais brasileiras já haviam se esgotado e o presidente reintroduziu a política de controle de câmbio, que indireta e involuntariamente revalorizou a industrialização nacional. No final do seu mandato, já prevaleciam teses e medidas econômicas que valorizavam a função do Estado na coordenação econômica (p. 145).

²⁰³ Compilando os textos e trabalhos de elaboração da lei, cf. VASCONCELOS, Roberto Pereira de. *Crimes contra a economia popular*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1952.

exceda de quinze cruzeiros, e com a indicação do preço, do nome e endereço do estabelecimento, do nome da firma ou responsável, da data e local da transação e do nome e residência do freguês;

V - misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, expô-los à venda ou vendê-los, como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para expô-los à venda ou vendê-los por preço marcado para os de mais alto custo;

VI - transgredir tabelas oficiais de gêneros e mercadorias, ou de serviços essenciais, bem como expor à venda ou oferecer ao público ou vender tais gêneros, mercadorias ou serviços, por preço superior ao tabelado, assim como não manter afixadas, em lugar visível e de fácil leitura, as tabelas de preços aprovadas pelos órgãos competentes;

VII - negar ou deixar o vendedor de fornecer nota ou caderno de venda de gêneros de primeira necessidade, seja à vista ou a prazo, e cuja importância exceda de dez cruzeiros, ou de especificar na nota ou caderno - que serão isentos de selo - o preço da mercadoria vendida, o nome e o endereço do estabelecimento, a firma ou o responsável, a data e local da transação e o nome e residência do freguês;

VIII - celebrar ajuste para impor determinado preço de revenda ou exigir do comprador que não compre de outro vendedor;

IX - obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos ("bola de neve", "cadeias", "pichardismo" e quaisquer outros equivalentes);

X - violar contrato de venda a prestações, fraudando sorteios ou deixando de entregar a coisa vendida, sem devolução das prestações pagas, ou descontar destas, nas vendas com reserva de domínio, quando o contrato for rescindido por culpa do comprador, quantia maior do que a correspondente à depreciação do objeto.

XI - fraudar pesos ou medidas padronizados em lei ou regulamentos; possuí-los ou detê-los, para efeitos de comércio, sabendo estarem fraudados.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de dois mil a cinquenta mil cruzeiros.

Parágrafo único. Na configuração dos crimes previstos nesta Lei, bem como na de qualquer outro de defesa da economia popular, sua guarda e seu emprego considerar-se-ão como de primeira necessidade ou necessários ao consumo do povo, os gêneros, artigos, mercadorias e qualquer outra espécie de coisas ou bens indispensáveis à subsistência do indivíduo em condições higiênicas e ao exercício normal de suas atividades. Estão compreendidos nesta definição os artigos destinados à alimentação, ao vestuário e à iluminação, os terapêuticos ou sanitários, o combustível, a habitação e os materiais de construção.

Art. 3º. São também crimes desta natureza:

I - destruir ou inutilizar, intencionalmente e sem autorização legal, com o fim de determinar alta de preços, em proveito próprio ou de terceiro, matérias-primas ou produtos necessários ao consumo do povo;

II - abandonar ou fazer abandonar lavoura ou plantações, suspender ou fazer suspender a atividade de fábricas, usinas ou quaisquer

estabelecimentos de produção, ou meios de transporte, mediante indenização paga pela desistência da competição;

III - promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transportes ou comércio;

IV - reter ou açambarcar matérias-primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do País e provocar a alta dos preços;

V - vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência.

VI - provocar a alta ou baixa de preços de mercadorias, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer outro artifício;

VII - dar indicações ou fazer afirmações falsas em prospectos ou anúncios, para fim de substituição, compra ou venda de títulos, ações ou quotas;

VIII - exercer funções de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio com o fim de impedir ou dificultar a concorrência;

IX - gerir fraudulenta ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas e imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlios, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados;

X - fraudar de qualquer modo escriturações, lançamentos, registros, relatórios, pareceres e outras informações devidas a sócios de sociedades civis ou comerciais, em que o capital seja fracionado em ações ou quotas de valor nominativo igual ou inferior a um mil cruzeiros com o fim de sonegar lucros, dividendos, percentagens, rateios ou bonificações, ou de desfalcas ou de desviar fundos de reserva ou reservas técnicas.

Pena - detenção, de 2 (dois) anos a 10 (dez) anos, e multa, de vinte mil a cem mil cruzeiros.

Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito;

b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros. (g.n.)

No art. 2º, vê-se típicas como crimes algumas condutas próximas de ilícitos concorrenciais ainda hoje, de alguma forma, endereçadas pela legislação antitruste atual, tais como o de recusa de venda (inciso I), fixação de preços de revenda (inciso VIII) e exigência de exclusividade (inciso VIII), mas é no inciso art. 3º que se encontram a maior parte delas: destruição, inutilização e açambarcamento de matérias-primas (incisos I e IV), cessação de atividades sem justa causa (inciso II), cartéis e fusões anticompetitivas (incisos III e VIII), preço predatório (inciso V) e utilização de meios enganosos para oscilação de preços de terceiros (inciso VI). No art. 4º, por sua vez, estavam incriminados os crimes de usura, sem qualquer relação com condutas anticompetitivas.²⁰⁴

Com relação aos cartéis, conforme art. 3º, inciso III, a incriminação se fez exatamente nos mesmos moldes da que havia sido feita pelo Decreto-lei nº 869/1938. Era necessário, para sua caracterização, que o agente infrator participasse ou promovesse “consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais”, *com o fim de* “impedir ou dificultar (...) a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio”, *para o efeito específico* “de aumento arbitrário de lucros”. Aqui na Lei nº 1.521/1951, como no Decreto-lei nº 869/1938, fez-se uso de uma fórmula incriminadora que privilegiava o elemento finalístico (e volitivo/intencional) como condição para caracterização do ilícito. Esse elemento finalístico deveria qualificado pelo intuito de produzir um efeito específico, “o aumento arbitrário de lucros”. Na linha do que defendida Nelson Hungria em relação ao tipo do Decreto-lei nº 869/1938, era razoável que fosse considerado igualmente dispensável que tais efeitos fossem alcançados.

E, também como ocorria com relação ao Decreto-lei nº 869/1938, havia o entendimento doutrinário de que entre os crimes de coligação monopolística, aqueles de natureza antitruste, especialmente os previstos no art. 3º, não estavam inseridos os monopólios formados como forma de proteção contra o capital estrangeiro. Nesse sentido,

²⁰⁴ Para uma análise mais detida dos crimes previstos na Lei nº 1.521/1951, cf. SOUZA NETO. *Júri de economia popular*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1952; OLIVEIRA, Elias de. *Crimes contra a economia popular e o júri tradicional*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas de Barros, 1952; MANTECCA, Paschoal. *Crimes contra a economia popular e sua repressão*. São Paulo: Saraiva, 1985; AZEVEDO, Milton. *Comentários à lei de economia popular*. Rio de Janeiro, Livreiros, Editores e Distribuidores Ltda., 1986; LOPES NETO, Antônio; ZUCHERATTO, José Maria. *Defesa da economia popular*. Belo Horizonte: Del Rey, 1987.

escreveu Elias de Oliveira logo após a promulgação da lei, em clara inspiração nas lições de Nelson Hungria sobre o Decreto-lei nº 869/1938.²⁰⁵

Examinemos, porém, o assunto, no que tange às organizações monopolísticas, com o cuidado de evitar interpretações absurdas que pretendam incriminar toda e qualquer forma de monopólio.

No sentido econômico, há monopólios úteis, de licitude irrecusável, que devem ser estimulados pelo Estado, representando às vezes, uma necessidade de sobrevivência das indústrias nacionais contra a iníqua asfixia de concorrências estrangeiras, como significam, noutros casos, um imperioso industrial para o barateamento do custo de produção, interessando, sobretudo, como consequência, o menor custo por unidade de venda. Nestes, quando o fim do consórcio de capitais e de atividades produz resultados benéficos à economia do povo, nada há que punir.

Mas, por outro lado, sucede que certas forças contrárias, nessas organizações monopolísticas, aproveitam o poderio capitalista para afastar a concorrência e procuram obter lucros arbitrários, dominando o mercado e exaurindo a capacidade aquisitiva dos consumidores com a alta imoderada de preços. Então, logo que tal ocorre, o poder público intervém, reprimindo os abusos da especulação ilícita. São êstes os monopólios que constituem crime.

Ao tratar especificamente do crime tipificado na forma do inciso III do art. 3º, o referido autor repisava o entendimento de que haveria cartéis ou trustes “úteis” e, portanto, não passíveis de punição pela Lei nº 1.521/1951:²⁰⁶

A Lei nº 1.521 alude, claramente, às coligações monopolísticas propriamente ditas, isto é, aos *trusts* ou *corners*, tipos ingleses ou americanos; cartéis ou *consortium*, de feição alemã ou italiana; ou *sindicatos*, usuais na França, os quais, embora com caracteres diferenciais entre si, jugulam a livre concorrência e provocam a alta arbitrária de preços, quando em matéria de produção, transporte e comércio, assumem a posição de dominadores do mercado interno ou externo.

A incriminação não visa às coligações úteis de atividades ou capitais, que devem ser estimuladas para o barateamento da produção em condições benéficas no intercâmbio comercial, entregues à licitude de especulações moderadas; mas destina-se a reprimir às ligas abusivas, entravadoras da concorrência leal e honesta, que se afastam da moralidade comercial e finalidade econômica legítima, para exercerem atividade lesiva à bolsa do povo, com expedientes intoleráveis, à cata de lucros exorbitantes.

²⁰⁵ OLIVEIRA, Elias de. *Crimes contra a economia popular e o júri tradicional*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas de Barros, 1952, p. 129.

²⁰⁶ OLIVEIRA, Elias de. *Crimes contra a economia popular e o júri tradicional*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas de Barros, 1952, p. 136-137.

Os crimes do art. 2º deveriam ser submetidos à Juri Popular (art. 12)²⁰⁷. Os demais crimes deveriam submeter-se a procedimento sumário (art. 10)²⁰⁸, tal como já ocorria no sistema do Decreto-lei nº 869/1938, embora já não mais sob a competência do Tribunal de Segurança Nacional, que fora extinto em 1945 com o fim do Estado Novo.²⁰⁹

Vale notar que, além da pena de prisão, em seu art. 6º, a Lei nº 1.521/1951 cominava aos autores de crimes contra a economia popular, considerada a gravidade de seus atos, penas de interdição de direitos e de suspensão provisória do exercício de sua profissão ou atividade:

Art. 6º. Verificado qualquer crime contra a economia popular ou contra a saúde pública (Capítulo III do Título VIII do Código Penal) e atendendo à gravidade do fato, sua repercussão e efeitos, o juiz, na sentença, declarará a interdição de direito, determinada no art. 69, IV, do Código Penal, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, assim como, mediante representação da autoridade policial, poderá decretar, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, a suspensão provisória, pelo prazo de 15 (quinze) dias, do exercício da profissão ou atividade do infrator.

Como se observa, novamente, Vargas procurou se valer do rigor das penas da lei e da supressão de direitos de defesa como forma de ameaça latente para que os empresários cumprissem os desígnios de política econômica do governo.

Juntamente com a promulgação da Lei nº 1.521/1951, foi promulgada a Lei nº 1.522, também de 26 de dezembro de 1951, que complementava o arsenal adotado por Vargas para frear o aumento de preços. A Lei nº 1.522/1951 autorizava o governo a “intervir no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo”. Essa intervenção consistia na compra, distribuição e venda de alimentos, combustíveis, tecidos, medicamentos, cimento, entre outros; na fixação de preços e no controle de abastecimentos; e na desapropriação de bens por interesse social ou na requisição

²⁰⁷ “Art. 12. São da competência do Júri os crimes previstos no art. 2º desta Lei.”

²⁰⁸ “Art. 10. Terá forma sumária, nos termos do Capítulo V, Título II, Livro II, do Código de Processo Penal, o processo das contravenções e dos crimes contra a economia popular, não submetidos ao julgamento pelo júri.

§ 1º. Os atos policiais (inquérito ou processo iniciado por portaria) deverão terminar no prazo de 10 (dez) dias.

§ 2º. O prazo para oferecimento da denúncia será de 2 (dois) dias, esteja ou não o réu preso.

§ 3º. A sentença do juiz será proferida dentro do prazo de 30 (trinta) dias contados do recebimento dos autos da autoridade policial (art. 536 do Código de Processo Penal).

§ 4º. A retardação injustificada, pura e simples, dos prazos indicados nos parágrafos anteriores, importa em crime de prevaricação (art. 319 do Código Penal).”

²⁰⁹ Os crimes de competência do júri de economia popular passaram a ser da competência do juiz singular após a Emenda nº 1, de 1969.

de serviços.²¹⁰ Para realizá-la, foram criadas a Comissão Federal de Abastecimento e Preços (COFAP), as Comissões de Abastecimento e Preços (COAP) estaduais, e as Comissões Municipais de Abastecimento e Preços (COMAP).²¹¹ Essas medidas indicavam, mais uma vez, que o controle antitruste instituído pela Lei nº 1.521/1951 não teve como objetivo a incorporação na economia nacional de um ideal de livre concorrência, correlato ao de livre iniciativa, mas sim o de conferir instrumentos ao Poder de Público para uma forte intervenção no domínio econômico. Talvez por essas razões, ao menos no que diz respeito aos dispositivos de natureza antitruste da Lei nº 1.521/1951, não há registros de que tenham sido de fato aplicados de forma consistente, havendo, no entanto, vários casos de aplicação para controle de preços abusivos, entendidos esses como sendo aqueles fixados acima das tabelas de preço oficiais.²¹²

²¹⁰ “Art. 1º É o Poder Executivo autorizado, na forma do art. 146 da Constituição, a intervir no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de mercadorias e serviços essenciais ao consumo do povo, sempre que dêles houver carência.

Parágrafo único. Idêntica autorização é concedida ao Governo para assegurar o suprimento dos bens necessários às atividades agropastoris e industriais do país.

Art. 2º A intervenção consistirá:

I – na compra, distribuição e venda de:

- a) gêneros e produtos alimentícios de primeira, necessidade;
- b) gado vacum, suíno, ovino e caprino, destinados ao talho;
- c) aves e peixes próprios para alimentação humana;
- d) combustíveis vegetais ou minerais;
- e) tecidos e calçadas de uso popular;
- f) medicamentos;
- g) instrumentos e ferramentas de uso individual;
- h) máquinas, inclusive caminhões, "jeeps", tratores, conjuntos moto-mecanizados e peças sobressalentes, destinados ao trabalho agrícola;
- i) arames farpados e lisos, quando destinados a emprêgo nas atividades rurais;
- j) abrigos sanitários e artefatos industrializados, de uso doméstico, destinados ao consumo normal das pessoas de restrita capacidade econômica;
- k) cimento e laminados de ferro, destinados às construções de casas próprias de tipo popular e às benfeitorias rurais;
- l) produtos e materiais indispensáveis à produção de bens de consumo popular.

II – na fixação de preços e na contrôle de abastecimento.

III – na desapropriação de bens por interesse social, ou na requisição de serviços necessários, uns e outros, à realização dos objetivos previstos nesta Lei.

§ 1º A aquisição far-se-á no país, ou no estrangeiro, quando insuficiente a produção nacional, e a venda onde se verificar a escassez,

§ 2º Não podem ser objeto de aquisição por compra, ou desapropriação, na forma desta Lei, os animais destinados ao serviço ou à reprodução.”

²¹¹ “Art. 3º A Comissão Federal de Abastecimento e Preços (COFAP), instituída no Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio e com autonomia administrativa, será o órgão de execução desta Lei. (...)

Art. 5º Como órgãos auxiliares da Comissão Federal de Abastecimento e Preços serão instituídas, nas capitais dos Estados e dos Territórios, Comissões de Abastecimento e Preços (COAP), e, nos municípios, Comissões Municipais de Abastecimento e Preços (COMAP), com a organização e as atribuições que forem determinadas pela Comissão Federal, dentro dos limites desta lei.”

²¹² Benjamin Shieber, escrevendo em 1966, registra que, ao menos até então, os dispositivos antitruste da Lei nº 1.521/1951 não haviam sido aplicados. Cf. SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do Poder Econômico*: direito

A Lei nº 1.522/1951 foi posteriormente revogada Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, não constando até hoje revogação expressa da Lei nº 1.521/1951, embora se possa considerar que ela tenha sido tacitamente revogada pela Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 ao menos no que tange ao crime de cartel, entendimento, no entanto, que suscita debate.²¹³

3.7 LEI Nº 4.137, DE 10 DE SETEMBRO DE 1962

Durante o governo Vargas e o de Juscelino Kubitschek, a defesa da concorrência esteve disciplinada apenas pela legislação penal de crimes contra a economia popular (a Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951). Nesse período, o Projeto 122/1948²¹⁴ de regulamentação do art. 148 da Constituição de 1946, de iniciativa de Agamemnon

e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 12. Paschoal Mantecca, escrevendo em 1985, analisa a Lei nº 1.521/1951 e sua jurisprudência sem trazer julgados que demonstrem a aplicação de seus dispositivos antitruste – exceção para o inciso I do art. 2º (recusa de venda) que, no entanto, não é tratada com viés concorrencial. Cf. MANTECCA, Paschoal. *Crimes contra a economia popular e sua repressão*. São Paulo: Saraiva, 1985. Milton Azevedo, escrevendo em 1986, comenta que a Lei nº 1.521/1951, apesar de estar em plena vigência à época, havia sido de um modo geral relegada ao abandono há cerca de 20 anos daquele momento, quando estaria sendo “ressuscitada” em razão das reformas econômicas que se operavam no governo Sarney a partir dos Decretos-leis nº 2.283 e 2.284, de 27 fevereiro e 10 de março de 1986, respectivamente, que introduziram o congelamento de preços. Entre os julgados decorrentes desse “renascimento” que foram analisados pelo autor em sua obra, não há nenhum sobre questões antitruste. Cf. AZEVEDO, Milton. *Comentários à lei de economia popular*. Rio de Janeiro, Livresiros, Editores e Distribuidores Ltda., 1986, p. 6-7, 46-51. Antônio Lopes Neto e José Maria Zucheratto, escrevendo em 1987 sobre a Lei nº 1.521/1951, também não registram casos envolvendo seus dispositivos antitruste – exceção quanto ao inciso I do art. 2º (recusa de venda), o qual, no entanto, não é analisado pelos autores como dispositivo antitruste, mas sim de proteção ao consumidor. Cf. LOPES NETO, Antônio; ZUCHERATTO, José Maria. *Defesa da economia popular*. Belo Horizonte: Del Rey, 1987.

²¹³ Ana Paula Martinez comenta que pairam dúvidas sobre estar ou não ainda em vigor o art. 3º, III, da Lei nº 1.521/1951. A autora aponta que, apesar de não recorrente, é possível encontrar denúncias de cartel com base tanto no art. 3º, inciso III, da Lei nº 1.521/1951, quanto no art. 4º, da Lei nº 8.137/1990, mas o Judiciário tem entendido que não pode haver concurso material, sob pena de configuração de *bis in idem*. No entendimento da autora, todavia, teria havido revogação tácita dos dispositivos da Lei nº 1.521/1951 que tiveram a mesma matéria regulada pelos dispositivos da Lei nº 8.137/1990. Cf. MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013, p. 197.

²¹⁴ Após Agamemnon Magalhães ser eleito governador do Estado de Pernambuco, o encaminhamento do Projeto 122/1948 ficou prejudicado. Em 1955, quando seu filho Paulo Germano Magalhães assumiu o mandato de deputado federal, o projeto foi desarquivado, sendo renumerado para Projeto 3-A/1955. Cf. MAGALHÃES, Paulo Germano. *A nova liberdade: combate aos trustes e cartéis*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1965, p. 26.

Magalhães, tramitou no Congresso, sendo arquivado, desarquivado, substituído e emendado até culminar na Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962²¹⁵.

A demora para aprovação da Lei nº 4.137/1962 possivelmente se explica justamente pela promulgação das Leis nº 1.521/1951 e nº 1.522/1951 pelo governo Vargas, uma vez que com elas já se tinha conformado um sistema de intervenção estatal para controle dos preços característicos de seu modelo de intervenção na economia.²¹⁶ Durante a tramitação do projeto da Lei nº 4.137/1962, chegou-se mesmo a se utilizar esse argumento como forma de contestar a necessidade de sua transformação em lei.²¹⁷

Tão longa discussão em torno do Projeto 122/1948, bem como de seus substitutivos e emendas, fizeram com que sua concepção atravessasse distintos momentos políticos e de políticas econômicas nacionais, como a política de substituição de importações do segundo período da era Vargas, a expansão econômica a partir do plano de metas do governo Juscelino Kubitschek e a crise do início dos anos 1960, resultante em boa parte dos desequilíbrios dessas políticas.²¹⁸

Após o governo de Jânio Quadros enviar ao Congresso, em 1961, um novo projeto sobre a matéria, o qual foi considerado extremamente rigoroso, os parlamentares resolveram enfim aprovar, já sob o governo João Goulart, o Projeto 3-A/1955, nova numeração do

²¹⁵ Para maiores detalhes da tramitação do projeto, seus debates e emendas, cf. MAGALHÃES, Paulo Germano. *A nova liberdade: combate aos trustes e cartéis*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1965, p. 23-33; SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do Poder Econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 9-15; BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2013, p. 36-43; e CABRAL, Mário André Machado. *Estado, Concorrência e Economia: convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil*. 2016. 291 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico, Financeiro e Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 162-169 e 172-198.

²¹⁶ SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do Poder Econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 11.

²¹⁷ VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 252. SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do Poder Econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 11. Conforme resgata este último autor, foi este o pensamento de Hermes Lima no depoimento que prestou perante uma Comissão Especial incumbida de opinar sobre o projeto a respeito da referida lei: “Disse êle então: ‘Estendo que a legislação atual – a lei n. 1.521 de 26 de dezembro de 1951 e a lei n. 1.522, também de 26 de dezembro de 1951 – dispensam o projeto que atualmente se acha em estudos nesta Casa. Da leitura dessas duas leis conclui-se que, seja quanto à punição, seja quanto à intervenção do poder político no domínio econômico, está, através delas, o Estado perfeitamente armado para fazer a intervenção e tomar as medidas corretoras da concorrência que as circunstâncias impuserem.’ (Vide depoimento de 23 de fevereiro de 1956 transcrito no Suplemento A, pág. 24)”.

²¹⁸ GREMAUD, Amaury Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JÚNIOR, Rudinei. *Economia brasileira contemporânea*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 370-393.

Projeto 122/1948. Quando finalmente o Projeto Agamemnon saiu do papel, o país vivia um momento de crise, com queda da taxa de crescimento da renda brasileira e aumento acelerado da inflação, que chegava a níveis de 50% ao ano.²¹⁹ Ou seja, as condições políticas e econômicas do momento de aprovação da lei não eram mais as mesmas do momento de sua concepção ou mesmo de suas discussões no Congresso.

Promulgada, a Lei nº 4.137/1962 instituiu o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e estabeleceu o controle, pela via administrativa, de condutas anticompetitivas praticadas por pessoas físicas e jurídicas em abuso de poder econômico. O controle penal exercido pela Lei nº 1.521/1951 com relação às pessoas físicas permaneceu coexistindo formalmente com a Lei nº 4.137/1962, embora sem muita aplicação, como já dito.

Na Lei nº 4.137/1962, a fórmula dos ilícitos “contra a economia popular”, presente Lei nº 1.521/1951, foi substituída pela dos ilícitos de “abuso do poder econômico”, na linha da mudança já introduzida pela Constituição de 1946. Dentre as práticas consideradas abuso do poder econômico pela Lei nº 4.137/1962, estavam, além de outras, muitas daquelas já previstas na legislação penal, embora agora por meio de tipos com estruturas distintas. Tais práticas sujeitavam as empresas infratoras a penas de multas e, no caso de continuidade da infração, à intervenção:²²⁰

Art. 2º Consideram-se formas de abuso do poder econômico:

I Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a, concorrência por meio de:

a) ajuste ou acôrdo entre emprêsas, ou entre pessoas vinculadas a tais emprêsas ou interessadas no objeto de suas atividades;

b) aquisição de acervos de emprêsas ou de cotas, ações, títulos ou direitos;

c) coalizão, incorporação, fusão, integração ou qualquer outra forma de concentração de emprêsas;

d) concentração de ações, títulos, cotas ou direitas em poder de uma ou mais emprêsas ou de uma ou mais pessoas físicas;

²¹⁹ GREMAUD, Amaury Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JÚNIOR, Rudinei. *Economia brasileira contemporânea*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 388-389=.

²²⁰ Vale, notar que, durante o período de sua vigência, a Lei nº 4.137/1962 foi regulamentada por duas vezes: uma por meio do Decreto nº 52.025, de 20 de março de 1963, e outra por meio do Decreto nº 92.323, de 23 de janeiro de 1986. Além disso, sofreu alterações relevantes com a edição da Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991, que alterou alguns de seus dispositivos e criou uma outra estrutura administrativa responsável por aplicar, em conjunto com o Cade, a política de defesa da concorrência do país: a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), vinculada diretamente ao Ministério da Justiça.

- e) acumulações de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa;
- f) cessação parcial ou total das atividades de empresa promovida por ato próprio ou de terceiros;
- g) criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa.

II Elevar sem justa causa os preços, no caso de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção.

III Provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva com o fim de promover a elevação temporária de preços por meio de:

- a) destruição ou inutilização por ato próprio ou de terceiros, de bens de produção ou de consumo;
- b) açambarcamento de mercadorias ou de matéria-prima;
- c) retenção, em condições de provocar escassez de bens de produção ou de consumo;
- d) utilização de meios artificiosos para provocar a oscilação de preços em detrimento de empresas concorrentes ou de vendedores de matérias-primas;

IV) Formar grupo econômico, por agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, por meio de:

- a) discriminação de preços entre compradores ou entre vendedores ou fixação discriminatória de prestação de serviço;
- b) subordinação de venda de qualquer bem à aquisição de outro bem ou a utilização de determinado serviço; ou subordinação de utilização de determinado serviço à compra de determinado bem.

V) Exercer concorrência desleal, por meio de:

- a) exigência de exclusividade para propaganda publicitária ;
- b) combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa.**

Art. 3º Quando em relação a uma empresa exista um restrito número de empresas que não tenham condições de lhe fazer concorrência num determinado ramo de negócio ou de prestação de serviços, ficará, aquela obrigada à comprovação do custo de sua produção, se houver indícios veementes de que impõe preços excessivos.

Art. 4º (VETADO).

Art. 5º Entendem-se por condições monopolísticas aquelas em que uma empresa ou grupo de empresas controla em tal grau a produção, distribuição, prestação ou venda de determinado bem ou serviço, que passa a exercer influência preponderante sobre os respectivos preços.

Parágrafo único. Praticará, abuso de poder econômico a empresa que, operando em condições monopolísticas, interromper ou reduzir em grande escala sua produção sem justa causa comprovada, perante o CADE, para provocar a alta dos preços ou a paralisação de indústrias que dela dependam

Art. 6º Considera-se empresa toda organização de natureza civil ou mercantil destinada à, exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fins lucrativos.

Parágrafo único. As pessoas físicas, os diretores e gerentes das pessoas jurídicas que possuam empresas serão civil e criminalmente responsáveis pelos abusos do poder econômico, por elas praticados.

Art. 7º As empresas que praticarem os atos de abuso do poder econômico definidos no art. 2º ficarão sujeitas às penalidades previstas nos arts. 43 e 47. (...)

Art. 43. Decidindo pela procedência da representação e proclamando determinado ato ou atos como de abuso do poder econômico, o CADE, ouvida a Procuradoria, fixará prazo para que os responsáveis, de acordo com as circunstâncias, cessem sua prática, multando-os de 5 (cinco) a 10.000 (dez mil) vezes o valor do maior salário-mínimo vigente no País, na data da decisão.²²¹

§ 1º O prazo a que se refere este artigo contar-se-á a partir da data da publicação da decisão do CADE no Diário Oficial da União.

§ 2º A decisão do CADE será publicada dentro de cinco dias no Diário Oficial da União. (...)

Art. 47. Se os notificados não cumprirem as determinações do CADE, no prazo fixado, este promoverá a execução judicial da decisão, requerendo a intervenção de uma, algumas ou todas as empresas.

Parágrafo único. Na execução da multa será adotado o rito processual das ações executivas por dívidas fiscais.

No que se refere aos cartéis, estavam eles previstos como forma de abuso do poder econômico no art. 2º, inciso I, alínea *a*: “dominação de mercados nacionais ou eliminação total ou parcial da concorrência” *por meio de* “ajuste ou acordo entre empresas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de suas atividades”.

Ainda no âmbito do inciso I do art. 2º, como forma de abuso do poder econômico estava prevista a “dominação de mercados nacionais ou eliminação total ou parcial da concorrência” exercida *por meio de* algumas variedades de concentrações econômica, tais como a “aquisição de acervos de empresas ou de cotas, ações, títulos ou direitos” (alínea *b*), a “coalizão, incorporação, fusão, integração ou qualquer outra forma de concentração de empresas” (alínea *c*), a “concentração de ações, títulos, cotas ou direitos em poder de uma ou mais empresas ou de uma ou mais pessoas físicas” (alínea *d*), e as “acumulações de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa” (alínea *e*).

²²¹ Dispositivo posteriormente alterado pela Lei nº 8.035/90, resultando na seguinte redação do caput, com eliminação dos parágrafos: “Verificada a procedência da representação e proclamado determinado ato ou atos como de abuso do poder econômico, o CADE, ouvida a Procuradoria, fixará prazo para que os responsáveis, de acordo com as circunstâncias, cessem sua prática, multando-os de duzentas mil a cinco milhões de vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional - BTN, da data de decisão”.

Já na alínea *b*, inciso IV, do art. 2º, vinha tipificado, pela primeira vez, o ilícito de cartel em licitações públicas, definido então como exercício de “concorrência desleal” *por meio de* “combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa”.

Vale notar que houve uma inversão na estrutura do ilícito com relação à legislação penal, a Lei nº 1.521/1951, já que esta última previa ser crime contra a economia popular, no art. 3º, inciso III, a promoção ou participação em “consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais” *com o fim* de “impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transportes ou comércio”; e, no inciso IV, o exercício de “funções de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio” *com o fim* de “impedir ou dificultar a concorrência”.

Tal inversão e alteração de fórmula, aparentemente sem grande relevância, não se deram por acaso e trouxeram consequências jurídicas não desprezíveis para o tratamento dos cartéis na esfera administrativa. Enquanto a Lei nº 1.521/1951 caracterizava os crimes contra a economia popular na forma de certos *atos* que tivessem determinadas *finalidades*²²², a Lei nº 4.137/1962 caracterizava o abuso de poder econômico na forma de certos *estados* alcançados a partir de determinados *atos*²²³. Assim, por exemplo, enquanto a Lei nº 1.521/1951 proibia o *ato* de realizar acordo com a *finalidade* de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transportes ou comércio, a Lei nº 4.137/1962 proibia o *estado* consumado de domínio de mercados nacionais ou de eliminação total ou parcial da concorrência que tivesse sido alcançado por meio do *ato* de ajuste ou acordo entre empresas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de suas atividades.

A intenção do legislador com a alteração parece ter sido a de atenuar a importância do componente volitivo do tipo (*dolo*) como elemento caracterizador do ilícito administrativo de abuso de poder econômico, acentuando a necessidade de consumação do abuso ou de produção de um resultado naturalístico (efeitos) no mundo exterior. De forma

²²² Por exemplo, *ato* de realizar acordo com a *finalidade* de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transportes ou comércio.

²²³ Por exemplo, o *estado* de domínio de mercados nacionais ou de eliminação total ou parcial da concorrência alcançado por meio do *ato* de ajuste ou acordo entre empresas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de suas atividades.

bastante esclarecedora, Benjamin Shieber narra que a alteração da fórmula foi intensamente debatida durante a tramitação do projeto que resultou na Lei nº 4.137/1962, tendo sido o texto final da lei aprovado com o propósito deliberado de rejeitar um padrão probatório tal que exigisse a comprovação da finalidade ou objeto do agente em dominar mercados, restringir a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros:²²⁴

[No Projeto Agamemnon, que deu origem à Lei nº 4.137/1962, talvez, baseando-se na crença de que o art. 148 empossara o Congresso para coibir qualquer ato, no campo econômico, que julgasse abuso do poder econômico, o Deputado AGAMEMNON MAGALHÃES visou proibições de certos atos “que tenham por efeito” determinados resultados. Por exemplo, o art. 2º do *Projeto Agamemnon* dispunha:

“Art. 2º Para os efeitos do disposto no art. 148 da Constituição, consideram-se formas de abuso do poder econômico:

“I. Os entendimentos, ajustes ou acordos entre empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios, *que tenham por efeito*:

eliminar ou restringir a livre concorrência;

fixar o preço dos respectivos produtos ou serviços em detrimento do público ou de outras empresas:

.....

f) estabelecer uma exclusividade de produção ou distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas.

“II. Os atos de compra e venda de acervos de empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou de cessão e transferência das respectivas cotas, ações, títulos ou direitos, ou de retenção de estoques de mercadorias, *desde que tais atos resulte qualquer dos efeitos previstos nas alíneas ‘a’ e ‘f’*, do item I’ (Vide Suplemento A, pág. I)

O Deputado ALDE SAMPAIO, no tocante à delimitação do abuso do poder econômico no *Projeto Agamemnon*, disse:

“O projeto de lei, que tenta regular o dispositivo 148 da Constituição, foge às rudimentares regras da disciplina social.

“De fato, o que interessa aos indivíduos, em suas relações na sociedade, é saber o que se classifica como ato lícito ou ilícito, o que a lei permite ou o que proíbe. O ato pode ser lícito em face de determinadas condições e ilícito em outras; pode ser lícito ou ilícito em acordo com sua finalidade, embora esta seja oculta ou simplesmente subjetiva, o que só a análise dos fatos poderá revelar; mas admitir que o mesmo ato, praticado sob as normas correntes de liceidade venha a ser delituoso, ou não, conforme os resultados provenientes de acontecimentos posteriores, é o que não é possível aceitar.

²²⁴ SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do Poder Econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 29-34.

“Entretanto, o projeto toma esta orientação como base essencial de sua estrutura, pois aí assenta a figura do delito que vem caracterizar o abuso do poder econômico...

“O ato é, assim, delituoso ou lícito de acôrdo com os acontecimentos posteriores; tal é em suma a concepção básica do projeto ao criar a figura do delito de abuso do poder econômico.

“O art. 2º do projeto define, com o art. 3º e ainda com os parágrafos segundos dos arts. 46, 47 e 20, o que constitui abuso do poder econômico e está dividido em vários ítems, dentre os quais o mais importante é o primeiro, não só porque não foge ao conceito verdadeiro em que se deve basear a definição de abuso de poder, citada pela Constituição no seu dispositivo n. 148. Ainda assim, como matéria mal expressa, o próprio texto do corpo do item I adota a forma de concretizar o delito *por efeito* de atos e não pelo *objeto* ato, ou pela intenção dos seus autores. O menos aceitável do item está, porém, em várias de suas enumerações, relacionadas por letras.

.....

“Na letra ‘B’ considera-se sempre delito, a combinação que tem por fim (no projeto está por *efeito*, o que seria inconciliável) fixar preço de produtos...” (Vide Suplemento A, págs. 8-9.)

Esta parte do voto do Deputado ALDE SAMPAIO teve grande repercussão no Congresso. O próprio ALDE SAMPAIO apresentou um substitutivo em que abundam, isolada ou conjuntamente, expressões como: *que tenham por fim, no propósito de, com o fim de*. (Vide Suplemento A, págs. 10-11.) Quase todos os substitutivos que posteriormente foram apresentados, ainda que mais moderados no uso de termos de finalidade, seguiram o pensamento do Deputado ALDE SAMPAIO e assentaram a figura do abuso do poder econômico em atos *que tenham por fim* determinados resultados. (Vide *Substitutivo da Comissão de Indústria e Comércio*, de 24 de setembro de 1949, Suplemento A, pág. 11-13; *Substitutivo Ulysses Guimarães* de 29 de abril de 1961, Suplemento A, pág. 38, *Substitutivo da Comissão de Economia*, de 11 de julho de 1961, Suplemento A, pág. 52.)

O emprêgo de tais termos de finalidades nos projetos da lei antitruste foi criticado pelo Deputado JACOB FRANTZ em seu parecer de 12 de maio de 1961, como relator do Projeto de lei antitruste da Comissão de Economia. Disse êle:

“Começo por lamentar que no Substitutivo Guimarães se tenha adotado a fórmula de considerar abuso do poder econômico, quando as coalizões ou demais atos ‘tiverem por fim’ ou a ‘finalidade’ ou ‘o objetivo’ de dominar o mercado, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

“Suponho que ninguém será capaz de condenar uma coalizão de emprêsas pelo fato de haver tido ela apenas ‘por fim’ ou ‘por objetivo’ ou ‘finalidade’ de dominar o mercado, eliminar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, desde que essa coalizão não tenha produzido nenhum desses efeitos. O ilícito, quer da coalizão, como das demais formas, só se caracteriza se produzirem efetivamente os efeitos que a lei repele. A simples intenção de realizar um determinado fato ou ato ilícito não me parece passível de punição, se o ato ilícito não se consumou.

“Pelas razões expostas, opino que a fórmula do ‘quando tiverem por fim’ seja substituída pela do ilícito consumado ou realmente produzido.” (Vide Suplemento A, pág. 45)

De início, esta crítica do Deputado JACOB FRANTZ parece injusta e errada. Injusta, porque equipara a fórmula do *Substitutivo Guimarães* – e dos outros substitutivos que empregaram termos de finalidade – que proibiram a formação de uma coalizão e certos outros atos que tenham por fim domínio dos mercados nacionais, restrição da concorrência, e aumento arbitrário dos lucros, com uma fórmula que punisse ‘a simples intenção de realizar um determinado fato ou ato ilícito...’ É claro que a combinação de um ato e uma finalidade não é uma ‘simples intenção’ e sim uma representação, no mundo exterior, da vontade do agente para alcançar um resultado, neste caso designado como anti-social.

O fato de êsse resultado não tenha sido alcançado, não transforma a combinação do ato e da finalidade em uma ‘simples intenção’.

Errado, porque supôs ‘que ninguém será capaz de condenar uma coalizão de emprêsas pelo fato de haver tido ela apenas por fim... dominar o mercado, eliminar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, desde que essa coalizão não tenha produzido nenhum desses efeitos. O ilícito, quer da coalizão, quer das demais formas, só se caracteriza se produzirem efetivamente os efeitos que a lei repele...’ Não é extraordinário que o direito penal condene e puna atos realizados para alcançar um fim, embora o fim não tenha sido alcançado. São os delitos formais ou de perigo, em que a lei não exige que, para a consumação do crime, se realize efetivamente o fim almejado pelo agente. (Vide NELSON HUNGRIA, *dos Crimes Contra a Economia Popular*, págs. 45-46 (1939).

(...)

Mas, partindo de seu ponto-de-vista, o Deputado JACOB FRANTZ elaborou um substitutivo em que, ao invés de proibir certos atos que tenham por fim domínio dos mercados nacionais, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros, proibiu somente o real domínio, eliminação e aumento se fôssem alcançados ‘através de’ determinados atos. Ora, o art. 2º do *Substitutivo Frantz* dispôs:

“Considera-se abuso do poder econômico:

I – Dominar os mercados nacionais, ou eliminar ou restringir a concorrência, ou aumentar arbitrariamente os lucros, através de:

Entendimentos, ajustes ou acôrdos entre emprêsas, ou entre pessoas ou grupos de pessoas vinculadas a tais emprêsas ou interessadas no objeto de seus negócios...”(Vide Suplemento A, pág. 46.)

A lei em vigor segue o raciocínio e o método do *Substitutivo Frantz* neste particular. A lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962, não caracteriza os abusos do poder econômico em termos de certos atos que tenham determinadas finalidades. Ela considera formas de abuso do poder econômico determinados estados, se êles fôrem conseguidos por certos atos exprimidos na lei.

Assim, são formas de abuso do poder econômico ‘dominar os mercados nacionais’, ‘eliminar total ou parcialmente a concorrência’, ‘provocar condições monopolísticas’, e ‘exercer concorrência desleal’ se êsses estados ou atos fôram conseguidos ou mantidos ‘por meio de’ certos atos expressos em lei. (V. art. 2º, §§ I, III e V).

Não obstante a mudança na estrutura do ilícito, na interpretação de Benjamin Shieber, o “dolo” não teria sido totalmente descartado, haja vista que o fundamento

constitucional da Lei nº 4.137/1962, qual seja o art. 148 da Constituição de 1946, exigia a caracterização do abuso a partir de sua finalidade ao defini-lo como atos que tivessem *por fim* dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros. Esse elemento intencional, no entanto, poderia ser presumido a partir de determinadas circunstâncias que indicassem que o agente não podia ter deixado de querer o resultado. Nos casos dos acordos em restrição da concorrência para fixação de preços ou divisão de mercado, por exemplo, a prova da existência da conduta já bastaria para evidenciar que o agente pretendeu dominar os mercados nacionais ou eliminar a concorrência. Em tais casos, o fato de que os participantes celebraram voluntariamente o acôrdo já seria prova de que tiveram por fim eliminar a concorrência, uma vez que o ato seria em si uma eliminação desta. Nas palavras do autor:²²⁵

A primeira vista, parece que o legislador afastou-se inteiramente do dolo como elemento de abuso do poder econômico. (...)

Talvez, do ponto de vista dos benefícios sociais que a lei antitruste visa a alcançar, tal afastamento do dolo, como um elemento necessário para que haja abuso do poder econômico fôsse aconselhável. Dêste ponto de vista, pouca relevância tem o fato de que o domínio dos mercados nacionais ou a restrição da concorrência fossem atingidos dolosamente ou não. O que importa é o fato de que os mercados nacionais sejam dominados ou que a concorrência seja restringida, e, portanto, que a comunidade não desfrute dos efeitos benéficos da concorrência.

Mas, no Brasil, vivemos sob um sistema em que as leis não podem prescindir dos preceitos da Constituição. A aceitação do ponto de vista de que o legislador afastou-se das finalidades dos atos ao definir os abusos do poder econômico, privará a lei antitruste de sua base no art. 148 da Constituição, aliás expressa no art. 1º da própria lei.

Como vimos, o art. 148 da Constituição outorga o poder de coibir a conduta no campo econômico que tenha por fim domínio dos mercados nacionais, eliminação da concorrência, ou aumento arbitrário dos lucros. A legislação expressamente baseada nessa outorga constitucional não deve ir além do mandato, afastando a finalidade da conduta como elemento de sua ilicitude. Isto pôsto, impõe-se a conclusão de que a lei deve ser interpretada pelo CADE como se a expressão “de propósito” modificasse as palavras “dominar” e “eliminar” no § I do art. 2º da lei. (Não consideramos aqui o poder da União, expresso no art. 146 da Constituição: “mediante lei especial, intervir no domínio econômico...”)

Dada essa interpretação, este preceito básico da lei teria efetivamente a seguinte redação:

“Art. 2º - Consideram-se formas de abuso do poder econômico:

²²⁵ SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do Poder Econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 34-38.

I – Dominar (de propósito) os mercados nacionais ou eliminar (de propósito) total ou parcialmente a concorrência por meio de:”

Esta interpretação da lei exige prova da finalidade dos atos que o CADE apontaria como abusos do poder econômico. A lei não exclui tal prova e, se fornecida, cabe ao Poder Judiciário afirmar a constitucionalidade da lei como interpretada e aplicada pelo CADE, o órgão incumbido da execução da lei antitruste. Aliás, a acolhida pelo Poder Judiciário confere com as regras gerais sobre restrições à declaração de inconstitucionalidade das leis pelos tribunais. Esta é a lição de CARLOS MAXIMILIANO que já tivemos ocasião de citar. (Vide, supra, pág. 6.)

Uma interpretação da lei antitruste que exija prova dos fins da conduta apontada como abuso do poder econômico não atrapalhará a administração da lei, nem impedirá a realização de seus objetivos. Não é de se esperar que os praticantes de abusos do poder econômico admitam que seus atos tenham por fim domínio dos mercados nacionais ou eliminação da concorrência. Mas a lei não é tão facilmente burlada. Como ensina NELSON HUNGRIA, escrevendo sobre prova de dolo:

“Já que não se pode devassar o *fôro interno*, tem-se de *presumir* o dolo, quando as circunstâncias externas (meios empregados, ocasião, conduta do agente antes, durante e depois do fato etc.) indicarem, segundo *id quod soepius fit*, que o agente não podia ter deixado de querer o resultado; mas se vem a ser provada, por iniciativa ou não do réu, alguma circunstância demonstrativa de que êle não quis o resultado antijurídico *como tal*, o juiz terá de reconhecer a ausência de dolo” (Vide *Comentários ao Código Penal*, vol. I, Tomo 2º, pág. 150 - 4º ed. 1958).

Em alguns casos, a prova dos atos das empresas denunciadas como responsáveis por abuso do poder econômico bastará para provar que elas pretenderam dominar os mercados nacionais ou eliminar a concorrência. Isto acontecerá quando se tratar de acordos entre concorrentes para fixação de preços ou divisão de mercados, por exemplo. Em tais casos, o fato de que os participantes celebraram voluntariamente o acordo, já é prova de que tiveram por fim eliminar a concorrência, porque o ato em si é uma eliminação desta.

Em outros casos será necessário recorrer às “circunstâncias externas” de que fala NELSON HUNGRIA e a conclusão vai depender dos fatos peculiares a cada caso. Por exemplo, examinemos a compra do acervo de uma empresa por outra que foi sua concorrente. A presunção de que ela quis eliminar a concorrência na pessoa da única empresa concorrente, parece bastante forte. Mas suponhamos que depois da compra continuem a existir muitos concorrentes que faturam mais de 50% do comércio no ramo. Já é difícil falar da presunção de que a empresa compradora tenha querido eliminar a concorrência (senão admitiríamos que qualquer compra de uma empresa por outra no mesmo ramo significaria sempre eliminar a concorrência) e devemos exigir outras provas que sustentem a conclusão de que o fim da compra tenha sido aquele.

Desejamos frisar que, quando falamos de provas dos fins da conduta apontada como abuso do poder econômico, não nos referimos a dolo no sentido em que esta palavra é usada no direito penal. “*Dolo* é a vontade livre e consciente dirigida ao resultado antijurídico ou, pelo menos, aceitando o risco de produzi-lo.” (Vide NELSON HUNGRIA, ob. cit., pág. 111.)

O dolo requer ação voluntária para conseguir (ou aceitar o risco de produzir) um resultado ilícito. Mas, requer também consciência da antijuridicidade do ato. Êste último requisito não cabe em uma lei não penal, com a finalidade de regular um aspecto da vida econômica do País. A lei antitruste não trata de atos anti-morais, mas como está dito a respeito dos crimes, cuja antijuridicidade é reconhecida por cada membro consciente da comunidade (Vide NELSON HUNGRIA, ob. cit., págs. 153-158.)

Sem esta presunção, um requisito de prova de conhecimento da antijuridicidade de atos que são apontados como abusos do poder econômico resulta num esconderijo aos praticantes de tais atos e em negar à comunidade muitas das vantagens que ela espera da lei antitruste. O preceito constitucional, art. 148, só requer prova de que os atos que configuram abusos do poder econômico “tenham por fim” domínio dos mercados nacionais, eliminação da concorrência, ou aumento arbitrário dos lucros. Portanto, prova de um outro elemento – conhecimento da antijuridicidade do ato – não deve ser exigida.

Note-se, entretanto, que a despeito de ter havido tipificação expressa no art. 2º da Lei nº 4.137/1962 dos acordos de restrição da concorrência, dos atos de concentração econômica e dos cartéis em licitações como ilícitos administrativos de abuso de poder econômico, o art. 74 da lei outorgava ao Cade a possibilidade de legitimar acordos entre empresas que tivessem por efeito “equilibrar a produção com o consumo”, “regular o mercado”, “padronizar a produção”, “estabilizar preços”, “especializar a produção ou distribuição” ou “estabelecer uma restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas”. Para que tal autorização fosse possível, tais acordos deveriam ser submetidos à registro e análise do Cade, num sistema parecido com o sistema europeu de registro de acordos (e que se opunha ao sistema americano de proibição *per se* dessa prática)²²⁶:

²²⁶ Apoiando a adoção do sistema europeu de legitimação de cartéis em oposição ao americano pela legislação brasileira, Alberto Venâncio Filho comentava:

“(…) a definição exata do que seja truste ou monopólio é das mais controvertidas, dada a multiplicidade de formas que assume a concentração das empresas, justificando a afirmação de um comentador de que ‘se emprega o termo truste para designar tudo o que não se pode definir’. Do ponto de vista em que nos colocamos, o que importa é verificar quais as formas de concentração de empresas punidas pela legislação e de que modo têm sido conceituadas. De fato, na imagem de George Comer ‘a competição efetiva’ é um tamborete que se apóia em várias pernas, das quais uma é execução das leis antitrustes. A própria concepção dos atos sujeitos à sanção variará de legislação para legislação, tendo em vista a estrutura econômica, o comportamento dos grupos sociais, os princípios ideológicos que informam a concepção de vida, etc. Pode-se, na matéria, apontar uma distinção fundamental entre o sistema norte-americano e o sistema europeu, uma vez que na expressão de Ascarelli, ‘os Estados da Europa Continental tendem a reconhecer que a liberdade contratual compreende também a de restringir convencionalmente a concorrência, salvo limites de ordem pública’. Essa distinção foi acentuada por Adolf Berle, relatando sua experiência como delegado americano à Conferência Internacional de Aviação Civil, em Chicago, em 1944, e a divergência profunda com a delegação inglesa a respeito da organização do tráfego aéreo no Atlântico. ‘Para um inglês era tão normal cartelizar e dividir o mercado quanto para a maioria da indústria americana de aviação civil insistir

Art. 74. Não terão validade, senão depois de aprovados e registrados pelo CADE os atos, ajustes, acordos ou convenções entre as empresas, de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios que tenham por efeito:

- a) equilibrar a produção com o consumo;
- b) regular o mercado;
- c) padronizar a produção;
- d) estabilizar os preços;
- e) especializar a produção ou distribuição;
- f) estabelecer uma restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas.

§ 1º Os atos de categoria referidos neste artigo já vigentes na data da publicação desta lei, deverão ser submetidos à aprovação do CADE dentro do prazo de 120 (cento e vinte) dias;

§ 2º Os atos a que se refere a parágrafo anterior que não forem apresentados ao CADE, no prazo regulamentar, tornarão os seus responsáveis passíveis de multa que variará entre 5 (cinco) a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo, sem prejuízo do cumprimento dessa exigência legal, sob pena, de intervenção.

§ 3º Em qualquer caso será de 60 (sessenta) dias o prazo para o pronunciamento do CADE. Findo êste prazo, entende-se o ato como válido até que o CADE sôbre êle se pronuncie.²²⁷

na livre competição num céu livre.’ Por isso mesmo acentua Berle, ‘os cartéis internacionais na Europa, dos quais frequentemente grupos norte-americanos participam (e na verdade têm de participar se vão operar na Europa em escala substancial), são na realidade um instrumento de planejamento industrial, sem os quais a vida industrial europeia seria um caos. O modelo de cartéis no outro lado do Atlântico é assim considerado não um vício, mas um método útil de procedimento internacional’. Por isso mesmo, variam os objetivos da legislação nos países europeus, podendo um especialista norte-americano, o Professor Corwin Edwards, afirmar que ‘os objetivos sociais pretendidos pelas políticas européias em relação aos cartéis são quase estáticos. A ênfase maior é na estabilidade – estabilidade de preços, estabilidade de localização industrial, estabilidade de emprêgo’. No Brasil, como nos demais países subdesenvolvidos, onde é grande a escassez de capitais, que se constituem, por assim dizer, o fator escasso, não se pode conceber a reprodução do regime competitivo que caracterizou o desenvolvimento do capitalismo norte-americano, no século passado, marchando-se, de fato, para uma organização industrial de tipo europeu. O aparecimento nos países subdesenvolvidos de uma estrutura industrial, com o regime protecionista de tarifas aduaneiras, leva por vezes à constituição de monopólios naturais. A êsse respeito, comentou o Prof. San Tiago Dantas que ‘não é exato que os monopólios naturais sejam produtos da vida econômica que o Estado tenha sempre interesse em eliminar. Um exemplo do interesse público na manutenção de condições monopolísticas temos nas restrições à importação de produtos quando há similares nacionais, restrições que defendem a indústria doméstica e economizam divisas, mantendo em competição monopolística os produtos nacionais’. VENÂNCIO FILHO, Alberto. Abuso do poder econômico. *Revista de Direito Público e Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. VIII, n. 1, p. 29-62, jan./abr. 1964, p. 50-52, 56.

²²⁷ Em 1991, a Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991, dentre outras modificações, alterou a redação do art. 74 da Lei nº 4.137/1962, o qual passou a vigorar com o seguinte texto:

“Art. 74. Os ajustes, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas, somente serão considerados válidos desde que, dentro do prazo de trinta dias após sua realização, sejam apresentados para exame e anuência da SNDE, que para sua aprovação deverá considerar o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:

No sistema da Lei nº 4.137/1962 era possível, portanto, que acordos de restrição da concorrência de um modo geral, e até mesmo cartéis de preços, fossem validados pelo Cade, após análise de suas justificativas. A lei não previa os critérios para essa análise, deixando ampla margem de atuação ao Cade. O fundamento desta política de autorizações de acordos de restrição da concorrência seria, segundo Benjamin Shieber, uma “crença na existência de bons trusts”, compatível com a ideia de proteção da indústria nacional subjacente à política econômica adotada à época e fundamentada na teoria econômica de proteção à indústria nascente. Essa tese teria sido defendida por Nelson Hungria em depoimento prestado perante a Comissão Especial incumbida de examinar o projeto que resultou na Lei nº 4.137/1962.²²⁸

-
- a) tenham por objetivo aumentar a produção ou melhorar a distribuição de bens ou o fornecimento de serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico ou incrementar as exportações;
 - b) os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, do outro;
 - c) não sejam ultrapassados os limites estritamente necessários para que se atinjam os objetivos visados;
 - d) não implique a eliminação da concorrência de uma parte substancial do mercado de bens ou serviços pertinentes.

§ 1º Também poderão ser considerados válidos os atos de que trata este artigo, ainda que não atendidas todas as condições previstas no "caput", quando a restrição neles contida for necessário por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que a restrição tenha duração pré-fixada e, ao mesmo tempo, se comprove que, sem a sua prática, poderia ocorrer prejuízo ao consumidor ou usuário final.

§ 2º Incluem-se nos atos de que trata o " caput" , aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer outra forma de agrupamento societário ou concentração econômica, cuja consequência implique a participação da empresa ou grupo de empresas resultante, em vinte por cento de um mercado relevante de bens ou serviços.

§ 3º A validade dos atos de que trata este artigo, desde que aprovados pela SNDE, retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo órgão no prazo de sessenta dias após sua apresentação, serão automaticamente considerados válidos, perfeitos e acabados, salvo se, comprovadamente, seus participantes deixarem de apresentar eventuais esclarecimentos solicitados ou documentos necessários ao exame dentro dos prazos marcados pela SNDE, hipótese em que o prazo de exame ficará prorrogado na proporção do atraso na apresentação dos elementos solicitados.

§ 4º Se os ajustes, acordos ou convenções de que trata este artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou se deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, a SNDE, na eventualidade de concluir pela sua não aprovação, deverá determinar as providências cabíveis às partes no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência pelo qual sejam eliminados os efeitos nocivos à concorrência que deles possam advir.

§ 5º Poderão as partes que pretenderem praticar atos de que trata este artigo, previamente à sua realização, consultar a SNDE sobre a validade dos atos a serem celebrados, devendo a consulta respectiva ser apreciada no prazo de sessenta dias, considerando-se a falta de resposta nesse prazo como concordância com a realização do ato, ressalvada a ocorrência de fato previsto na parte final do § 3º acima.

§ 6º Sem prejuízo das demais combinações legais, inclusive aquelas constantes do art. 11 da Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 7.784, de 28 de junho de 1989, se for o caso, a não apresentação dos atos previstos neste artigo para registro e aprovação implicará a abertura de processo na SNDE, para as providências de sua competência.”

²²⁸ SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do Poder Econômico*: direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 110.

O Ministro NELSON HUNGRIA exprimiu as razões que baseiam a política de permitir legitimação de acordos em restrição da concorrência nos seguintes termos:

“... Devemos ter em mente antes de tudo, o seguinte: na atualidade, no mundo econômico moderno, a corporação é elemento indispensável. Os trustes, os consórcios e os cartéis, muitas vezes, são necessários para manter o equilíbrio entre a produção e o consumo ou mesmo para defender a indústria nacional. Ainda: somente tais consórcios podem fazer face à produção em massa e esta proporciona o barateamento de custo. É preciso não confundir ações beneméritas com as criminosas.

“Suponhamos um *dumping* visando ao seguinte: vender caro para o interior, para, em compensação, vender barato para o exterior, a fim de conquistar divisas. Isto é positivamente um ato que atende ao interesse econômico nacional.

“Não poderíamos de modo algum identificar aí um crime.

“Temos de distinguir entre trustes, cartéis e consórcios benéficos e aqueles outros que são maléficos. Desde a *Lei Chapelier* (de 1971) que a jurisprudência francesa sempre timbrou nisso: em distinguir entre as *más uniões* e as *boas uniões*; as que podem atender ao interesse público, e são lícitas, e aquelas outras, que são perniciosas, e são lesivas, e por isso mesmo devem ser consideradas ilícitas” (Vide Suplemento A, pág. 15).

A convivência de um regime de controle repressivo com um regime de registro e aprovação de acordos era considerada por Shieber como fundamento para o entendimento de que não caberia a aplicação da regra *per se*²²⁹ aos ilícitos de acordos em restrição da concorrência. A regra da razão, importada da jurisprudência norte-americana, era considerada aplicável a todos os ilícitos previstos na Lei nº 4.137/1962, inclusive os acordos de restrição da concorrência, aos quais, nos Estados Unidos, se entendia aplicável a regra *per se*. Assim, entendia-se que a amplitude das expressões “eliminar ... parcialmente a concorrência” deveria ser mitigada a partir de uma análise de razoabilidade da restrição em questão em relação à conjuntura do mercado antes e depois de sua adoção, mesmo nos casos de acordos de preços ou cartéis. Isso porque, se o Cade poderia considerar justificativas válidas para legitimar tais acordos mediante o sistema de registro previsto no art. 74, não faria sentido, segundo o autor, que não o fizesse no sistema repressivo do art. 2º. Nas palavras do próprio Benjamin Shieber:²³⁰

Indaga-se: qual a doutrina acolhida pelo legislador brasileiro na lei antitruste nacional? Adotou êle a norma norte-americana e canadense que não reconhece qualquer justificação de acordos cuja função normal seja

²²⁹ Sobre a regra da razão e a regra *per se*, cf. HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitruste policy: the law of competition and its practice*. 4. ed. St. Paul: West, 2011, p. 272-279.

²³⁰ SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do Poder Econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 97-105.

restringir a concorrência, ou aderiu à lei inglesa, pela qual todos os contratos em restrição da concorrência, menos um, podem ser justificados?

Achamos que a resposta a tal pergunta está contida dentro da própria lei n. 4.137, a qual mostra nitidamente a opção pelo sistema inglês, permitindo assim a regra da razão a todos os contratos em restrição da concorrência, inclusive àqueles cuja função normal é conseguir tal restrição.

O fundamento de nossa conclusão neste sentido é o art. 74 da lei antitruste brasileira. No art. 74 o legislador deu poderes ao CADE de legitimar acôrdos cuja função normal é restringir a concorrência, sendo que o citado artigo prevê a aprovação do CADE de acôrdos que visam tal restrição. (...)

Sem entrar em uma interpretação pormenorizada deste preceito, vê-se que êle permite a legitimação perante o CADE, de acôrdos cuja função normal é restringir e até eliminar a concorrência. Assim, ‘equilibrar a produção com o consumo’ permite uma limitação da oferta do artigo produzido, que sob a lei da oferta e procura deve fluir para uma alta dos preços; ‘estabilizar os preços’ permite fixação dos preços por um acôrdo entre duas ou mais empresas; e ‘especializar a produção ou distribuição’ permite uma partição do mercado em têrmos do produto ou em têrmos de territórios. E mais, uma vez registrados, acôrdos desta natureza são lícitos enquanto o CADE não se pronuncie em sentido contrário.

Daí vemos que o CADE tem de considerar justificativas de acôrdos cuja função normal é restringir a concorrência, quando tais justificações sejam apresentadas perante este órgão por meio de registro, conforme o art. 74 da lei. Pergunta-se se o CADE deve seguir a mesma orientação, permitindo recurso à regra da razão pelas emprêsas participantes de um acôrdo em restrição da concorrência, quando se trata não de registro do acôrdo sob art. 74, e sim de um processo administrativo instaurado pelo CADE, baseado no art. 26 da lei, para apurar a existência de um abuso do poder econômico? Prestigiamos uma resposta afirmativa como mais harmônizante com o espírito da lei antitruste brasileira e com a interpretação histórica da lei, ainda que reconheçamos uma desvantagem desta posição.

Nós achamos que no art. 74 o legislador brasileiro deixou bem clara sua discordância com a norma da lei antitruste norte-americana, a qual não permite a aplicação da regra da razão a acôrdos cuja função normal é restringir a concorrência. É evidente pela história legislativa que a adoção dêste ponto de vista pelo legislador brasileiro foi uma consciente opção de permitir a justificação – o emprêgo da regra da razão – quando se trata de acôrdos que possam ser incriminados como abuso do poder econômico. Com a supressão das palavras “comerciais, industriais ou agrícolas” que modificavam a palavra “emprêsas” o *caput* do art. 74 da lei vigente é idêntico ao *caput* do art. 74 do *Projeto Agamemnon Magalhães*, de 1948. Vide Art. 7 do Projeto n. 122-1948 da Câmara Federal, de 16 de abril de 1948 DCN, pág. 244. No curso da tramitação do projeto de lei antitruste, em três ocasiões diferentes foram propostas emendas que visavam a eliminação do artigo que passou a ser o 74 da lei vigente, e todas estas emendas foram rejeitadas. (...)

Em face da história legislativa, tem que se concluir que a política de permitir justificação de ajustes e acôrdos cuja função normal é restringir a concorrência, foi adotada com plena consciência de sua consequência de possibilitar a legitimação de atos que de outra maneira seriam abusos do poder econômico. É possível contestação no sentido de que esta política só

foi adotada com respeito aos ajustes e acórdos que serão registrados com o CADE e não com respeito aos ajustes e acórdos contra os quais o CADE instaurará processo administrativo para apurar sua licitude. Também pode ser apresentado como argumento contra a aceitação de justificações de acórdos em processos administrativos para apurar a existência de abuso do poder econômico o fato de que tal aceitação prejudicará o próprio art. 74. Pois esta aceitação incentivaria empresas a não registrar acórdos que devem sê-lo sob o art. 74. Isto aconteceria porque as empresas teriam o mesmo direito de justificar o acôrdo se registrado ou não, caso o nosso entendimento da lei seja aceito pelo CADE.

Êstes argumentos não nos parecem convincentes. Primeiro, a licitude não deve depender da formalidade de registro ou não. Se um acôrdo em restrição da concorrência fosse considerado lícito pelo CADE em um processo com base no art. 74, as mesmas razões econômicas deveriam levar o CADE a considera-lo lícito em um processo instaurado pelo CADE com base no art. 26. Se êste acordo fôr considerado proveitoso para a economia nacional em processo decorrente de registro, assim deve ser considerado em processo decorrente da instauração pelo CADE para apurar a existência ou não de um abuso de poder econômico. Aliás, foi êste o entendimento da Comissão de Finanças, acolhido pelo Congresso, quando esta Comissão aceitou uma das críticas contidas na Emenda n. 10 de autoria dos Deputados OTHON MADER e NESTOR DUARTE, que já discutimos acima. Constou no *Projeto Agamemnon Magalhães* e no substitutivo da Comissão de Economia, de 11 de julho de 1961, o seguinte dispositivo com relação ao registro de acórdos em restrição da concorrência:

“Os atos a que se refere o parágrafo anterior, que não forem apresentados ao CADE no prazo regulamentar, serão equiparados para os fins desta lei, aos atos de exercício abusivo do poder econômico.” Vide art. 47, § 2º do Projeto 122-1948, 16 de abril de 1948 DCN, pág. 2.447; art. 73, § 2º do substitutivo da Comissão de Economia de 11 de julho de 1961, Suplemento A, pág. 54.

Portanto, vê-se que êstes projetos cogitaram da aplicação da doutrina de ilícito *per se* aos acórdos em restrição da concorrência que não forem registrados com o CADE como regulamenta o art. 74, porque este seria o efeito da equiparação de tais atos a abuso do poder econômico. E assim a formalidade do registro ou não passaria a ser determinante da licitude de acórdos em restrição da concorrência. (...)

Como o substitutivo da Comissão de Finanças foi aceito com respeito a acórdos já vigentes na data da publicação da lei pelo Congresso, conclui-se que o Congresso mostrou sua discordância com a elevação da formalidade de registro ao *status* de determinante de licitude. A êste respeito não há razão de distinguir entre acórdos em restrição da concorrência já vigentes na data da publicação da lei antitruste, e acórdos em restrição da concorrência celebrados depois da publicação da lei.

Para êstes, como para aqueles, a formalidade de registro deve ocupar o lugar do fato determinante da licitude do acôrdo. Mas isto seria o efeito da negação do direito de aproveitar a regra da razão no tocante a ajustes e acórdos cuja função é restringir a concorrência, e que não forem registrados com o CADE; porque esta negação acarretaria a ilicitude de tais ajustes ou acórdos. Portanto, concluímos que a política expressa no art. 74 permitindo justificação de acórdos cuja função normal é restringir a concorrência

quando forem registrados, deve estender-se a tais acórdos, ainda quando não registrados.

Tanto quanto o argumento de que esta aplicação da regra da razão incentivaria emprêsas a não registrar tais ajustes ou acórdos, parece-nos que o cumprimento desta exigência legal deve ser apoiado por penas adequadas. Se as penalidades legais não são suficientes para conseguir cumprimento dêste dispositivo, que sejam aumentadas. Mas a negação do direito de aproveitar-se da regra da razão não nos parece uma pena adequada, pois pune a comunidade ao mesmo tempo que a empresa faltosa. Lembremos que em permitindo justificação de acórdos cuja função normal é restringir a concorrência, o legislador previu situações em que tais acordos sejam no interêsse da comunidade. Ora, se êles são no interesse da comunidade não serve tal interêsse reprimi-los como abuso do poder econômico, por falta de registro.

Note-se que o sistema de registro de acordos previsto no art. 74 não era considerado por Shieber aplicável aos atos de concentração econômica.²³¹ Analisando de forma diferente o escopo do art. 74, Washington Peluso Albino de Souza o entende aplicável a todos “os expedientes concentracionistas habituais e aí expostos, expressa ou tacitamente”.²³² De fato, como se observará mais adiante, esse artigo é a base do controle preventivo de estruturas instituído pela Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991, e posteriormente aperfeiçoado nos sistemas das Leis nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

²³¹ SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do Poder Econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 165.

²³² Washington Peluso Albino de Souza ainda destaca que o artigo conferia, inclusive, competência ao Cade e ao Judiciário para se manifestar sobre a política econômica a respeito dos “expedientes concentracionistas” em questão:

“Verifica-se que, por este texto, o CADE fica investido de poderes bastantes para definir em que condições os expedientes da ‘concentração’ deixam de ser **abuso** e apresentam-se como **uso** autorizado do poder econômico. Nem se argumenta que tais poderes deixam de ter a extensão de definirem a política econômica a respeito do assunto e de estarem limitados apenas às hipóteses descritas na lei e, mais ainda, no próprio artigo 74. Bem analisadas, estas hipóteses abrangem praticamente todos os expedientes concentracionistas habituais e aí expostos, expressa ou tacitamente. Do mesmo modo, o poder de permissão de sua prática constitui, sem dúvida, competência para se manifestar sobre a política econômica a seu respeito, vistos como os itens permissivos, constantes das letras ‘a’ até ‘f’ do art. 74, não exaurem, só por sio, as técnicas econômicas capazes de efetivá-los.

Justamente aqui, a colaboração do Direito Econômico mais uma vez se impõe. Por certo, a composição do CADE, bem como a sua própria competência, não levam à coisa julgada, mas constituem importante indicador, no Judiciário, para que o faça. Entretanto, diante da variedade de circunstâncias sob as quais os fatos a serem julgados ou os atos a serem autorizados se verificam, é necessário o reconhecimento de elementos superiores aos quais se recorrerá de modo a que sejam afirmados princípios juridicamente fundamentados, e não atos arbitrários e incompatíveis com o ideal de justiça em um Estado de Direito. Para que não se reconheçam poderes desta natureza, tanto ao CADE como a qualquer autoridade, inclusive judiciária, por se tratar mais do que de simples questão de fato, deve-se recorrer à análise da compatibilidade da medida com a ideologia adotada constitucionalmente.” SOUZA, Washington Peluso Albino de. O regime jurídico da concentração de empresas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 15, n. 58, p. 77-92, abr./jun. 1978, p. 86-87.

Finalmente, destaca-se que, para apuração e fiscalização dos atos disciplinados pela Lei nº 4.137/1962, o art. 17 conferiu ao Cade instrumentos instrutórios compostos, basicamente, por diligências, perícias, exames, vistorias, estudos e oitivas de testemunhas:

Art. 17. Compete ao CADE: (..)

g) requisitar dos órgãos do poder executivo federal e solicitar dos Estados ou Municípios as providências necessárias para cumprimento desta lei;

h) requisitar de todos os órgãos do poder público serviços, pessoal, diligências e informações necessárias ao cumprimento desta lei;

i) aprovar a indicação de peritos e técnicos que devam colaborar na realização de exames, vistorias e estudos, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários e demais despesas de processo que deverão ser pagas pela Empresa, se vier a ser punida nos termos desta lei; (...)

Art. 37. Na instrução do processo serão inquiridas tôdas as testemunhas convocadas pelo CADE, permitindo-se o arrolamento de oito (8) testemunhas, no máximo, pelos indiciados.

§ 1º Não comparecendo a testemunha, proceder-se-á na forma do disposto no artigo 218 do Código de Processo Penal, a fim de que seja apresentada dentro de 5 (cinco) dias.

§ 2º Constitui crime e será punido na forma do art. 342 do Código Penal, fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade como testemunha, perito tradutor ou intérprete.

Como se observa, a Lei nº 4.137/1962 colocou instrumentos probatórios bastante precários à disposição do Cade, mesmo se considerarmos a época em que foi promulgada. A Lei Malaia, por exemplo, com mais de 20 anos de antecedência, já previa instrumentos mais qualificados à apuração de infrações de natureza econômica, como a possibilidade de busca e apreensão (inclusive sem autorização judicial).

De toda sorte, a partir do exposto acima, vemos que a Lei nº 4.137/1962 foi capaz de criar um sistema administrativo voltado à execução de uma política de defesa da concorrência mais próxima da que hoje conhecemos. No entanto, sua aplicação, embora tenha ocorrido, acabou sendo muito pouco eficaz. Durante mais de 12 anos desde a sua criação, o Cade não chegou a condenar nenhuma empresa. Mais tarde, quando condenações ocorriam, elas eram comumente reformadas pelo Poder Judiciário, em razão de controvérsias quanto à irrefutabilidade das provas, o que em parte decorria dos frágeis instrumentos de que o órgão dispunha à época em matéria de produção probatória.²³³

²³³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2013, p. 43-50.

Durante todo o período de vigência da lei, a orientação da atuação do Cade e escolha dos casos se deu de forma bastante vinculada à vontade política dos governos que se sucediam no poder. Em seus primeiros anos de atuação, de 1963 até o início do governo militar em 1964, o Cade buscou aplicar a lei orientado por objetivos nacionalistas de proteção da economia popular, principalmente em face do capital estrangeiro, que marcaram a política do governo João Goulart²³⁴. No entanto, não foi eficaz em gerar condenações, mencionado.²³⁵ Os demais períodos serão analisados no próximo Capítulo.

²³⁴ O primeiro processo administrativo do Cade, o Processo Administrativo nº 0001/1963, ilustra bem esse objetivo. O processo foi instaurado para apurar um suposto caso de “dumping” e cartel na importação de barrilha, uma matéria prima essencial para a fabricação de vidro. O Representante no caso, o Sindicato dos Trabalhadores da Indústria Química para fins Industriais de Cabo Frio, acusava a Associação Técnica Brasileira das Indústrias Automáticas de Vidro (ATBIAV) de ser “testa de ferro” de trustes internacionais que compunham um cartel para realizar “dumping” na importação barrilha e boicotar a atuação da Companhia Nacional de Álcalis, produtora brasileira que tinha se instalado e já respondia por 75% do consumo nacional. O caso, ainda antes do regime militar, recebeu parecer do Procurador-Geral, Paulo Germano Magalhães, filho de Agamemnon Magalhães, pela condenação. No entanto, em seu julgamento, realizado apenas após a instauração dor regime, com um quadro de Conselheiros completamente substituído, o caso foi considerado improcedente. O Conselheiro-Relator, Luís Garcia, entendeu não teriam sido provadas as irregularidades na importação da barrilha ou o emprego de qualquer outro meio visando o domínio do mercado nacional que estivesse favorecendo a posição monopolística das empresas estrangeiras ou a queda dos preços do produto importado em detrimento do nacional. Cf. GUIMARÃES, Aluysio. *Cadernos de Administração Pública – 64: o caso da barrilha*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1966. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12394/000041101.pdf?sequence=1>>. Acesso em 11 nov. 2016.; NAVARRETE, Pedro Henrique. *As Origens do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: o Cade (1962-1994)*. 2013. 135 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2013, p. 23.

²³⁵ NAVARRETE, Pedro Henrique. *As Origens do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: o Cade (1962-1994)*. 2013. 135 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2013, p. 25-29.

4 DESENVOLVIMENTO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Entre o início das atividades do Cade no começo da década de 1960 e sua atuação destacada nos dias de hoje, várias transformações ocorreram na política de defesa da concorrência brasileira. Todo esse período de desenvolvimento da política até o que poderíamos chamar de amadurecimento institucional, que veio com a promulgação da atual Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, é dividido no presente capítulo em duas fases: (i) de adormecimento, entre 1964 e 1985, durante a ditadura militar, momento na qual a política de defesa da concorrência é posta de lado em prol de objetivos de industrialização tais como a consolidação de grandes grupos econômicos; e (ii) de despertar, entre o início da redemocratização em 1985 e 2011, momento no qual a política de defesa da concorrência volta ao centro do discurso do governo e o combate a cartéis realmente começa a se estruturar no país.

4.1 DEFESA DA CONCORRÊNCIA ADORMECIDA (1964-1985)

Com a implantação do regime militar em 1964, inicia-se um novo capítulo político e econômico da história brasileira. Do ponto de vista político, passou-se de um sistema democrático para um sistema militar fortemente autoritário. Do ponto de vista econômico, embora não tenha havido uma ruptura com as tendências intervencionistas e centralizadoras do período anterior, novas opções de política econômica foram adotadas. De forma simplificada, pode-se dizer que os objetivos de política industrial se aprofundaram, buscando a diversificação do parque industrial nacional e a criação de uma grande indústria de base no país. Diferentes planos e programas se seguiram com vistas a institucionalizar tais objetivos, tais como o Programa de Ação Econômica do Governo (PAEG), relativo ao período 1964-1966, o Programa Estratégico de Desenvolvimento (PED), relativo ao período 1968-1970, o I Plano Nacional de Desenvolvimento (I PND), relativo ao período 1970-1974, e o II Plano Nacional de Desenvolvimento (II PND), relativo ao período 1975-1979 (estes dois últimos inclusive convertidos em lei).

A forma de implementar os objetivos de política industrial também foi alterada. Havia agora uma certa complacência por parte dos governos militares com cartéis, mesmo os realizados com o capital internacional. Não se observa mais, nas discussões da época, a distinção entre “cartéis bons” e “cartéis ruins” que marcou o debate legislativo do período pretérito. Ademais, nesse período, os governos se empenharam em estimular a consolidação de grandes grupos econômicos privados por meio da concessão de estímulos fiscais e creditícios.^{236 237 238} Empresas transnacionais obtiveram inúmeras facilidades de acesso a

²³⁶ AGUILAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 162-176.

²³⁷ GREMAUD, Amaury Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JÚNIOR, Rudinei. *Economia brasileira contemporânea*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 388-430.

²³⁸ Analisando a política econômica concentracionista da década de 1970, especialmente o I e II PND, Washington Peluso Albino de Souza destaca a contrariedade de seus objetivos com os da legislação antitruste de 1946:

“Realmente, a partir da modificação operada pela legislação brasileira no sentido de permitir e incentivar as ‘concentrações’, perdura sempre a indagação sobre os efeitos desta orientação na área dos interesses, tanto públicos, como, especialmente, privados. Afinal, a concessão de estímulos fiscais e creditícios a determinadas empresas, mesmo de áreas prioritárias, pode trazer sérios prejuízos às empresas concorrentes e não beneficiadas. Estas devem encontrar o modo de se defenderem e de impedirem discriminações que lhes sejam prejudiciais. Do mesmo modo, os cidadãos comuns hão de ter assegurados os caminhos pelos quais a orientação dada nas prioridades e diretrizes da Lei do Plano não venham a exigir de sua parte sacrifícios que não possam suportar. Aí reside, sem dúvida, um ponto crucial do Direito neoliberal, porque o arbítrio é sempre a antítese do Estado de Direito.

Neste particular, vale rever os poderes concedidos ao CADE para se analisar se ainda resistem a estas novas circunstâncias. Indaga-se se o sentido programático da Lei do Plano pode ou não ser interpretado por esse órgão, do mesmo modo que se pergunta qual a posição do Judiciário diante das mesmas. A um jurista democrata logo ocorre a resposta de que as leis de política econômica não se exaurem no âmbito do Executivo, em um Estado de Direito. Só assim se poderá impedir o arbítrio, sob a falsa legitimidade dos planos expressos em lei, sobretudo quando na elaboração destas leis, expedientes esdrúxulos reduzem as manifestações do próprio Legislativo a simples gestos de aprovação.

De qualquer modo, a Lei do Plano, por sua vez, tem a qualidade de gerar outras tantas medidas legais de política econômica, que podem incidir sobre o fato ‘concentração’. Assim, contrastando com o sentido de **repressão** da Lei nº 4.137, temos, no Brasil, uma série de diplomas que estimulam a prática concentracionista, bastando destacar, entre outros: Decreto-Lei nº 1.181, de 16 de julho de 1971, que ‘concede estímulos às fusões, às incorporações, e a abertura de capitais de empresas, e dá outras providências’; Decreto-Lei nº 1.186, de 27 de agosto de 1971, no mesmo sentido, com referência à indústria açucareira; Decreto-Lei nº 1.096, de 23 de março de 1970, para as empresas de mineração. Todos eles deslocam o assunto para o campo tributário, numa tendência que vem especialmente do Decreto-Lei nº 157, de 10 de novembro de 1967, que ‘concede estímulos fiscais à capitalização das empresas: reforça os incentivos à compra de ações...’ e assim institucionaliza o apoio à ‘concentração’. (...)

Permanece a indagação, entretanto, para se saber até onde normas tributárias podem definir política econômica relativa à ‘concentração’, visto como este **fato econômico** tem extensão muito mais ampla do que se possa atingir apenas pela arma do tributo. Com efeito, seu tratamento tem merecido cuidados repressivos, de natureza pena, e estimulantes, justificados pelo princípio ideológico do desenvolvimento. Seria possível, pois, conduzi-lo em trilhas tão estreitas e permitir, por este processo, a revogação do disposto na Lei nº 4.137, especialmente em seu artigo 74? Em resumo, a concessão do estímulo fiscal dispensa a autorização do CADE e a desclassificação de **abuso**, definido no art. 2º da lei de repressão, para a de ato consentido? A mesma concessão desfigura a característica de crime contra a economia popular definida no art. 2º da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que chegara a merecer até o tratamento do júri (arts. 10 e segs)? Se o júri fora abolido, nem por isso a hierarquia no tratamento do assunto diminui-se, pois que a Lei nº 4.137, de certo modo, a conservou. Realmente, após as Leis dos Planos, no Brasil o tratamento do

crédito e muitas empresas nacionais acabaram se associando ou sendo absorvidas por grandes grupos estrangeiros.²³⁹

A política de defesa da concorrência foi, assim, paulatinamente sendo posta de lado, o que muitas vezes simplesmente se refletia na ausência de indicação, pelo governo, de conselheiros para o Cade. Os incentivos ou a tolerância em relação às concentrações e cartelizações eram então justificados, expressa ou tacitamente, como meios de acumulação de recursos para expansão do parque industrial.

No cenário externo, como visto no Capítulo 2, a cartelização internacional privada, embora ainda continuasse existindo, já não se encontrava mais em seu auge, ocorrendo de forma bem menos ostensiva em razão da onda de combate à cartéis internacional que havia sido praticada pelos Estados Unidos durante e logo após a Segunda Guerra Mundial. Cartéis de exportação autorizados pelos Estados continuavam existindo, agora com predominância também daqueles de origem asiática. No entanto, esses arranjos ocorridos no exterior já não mais dominavam o centro das preocupações e discursos dos governos militares, que estavam agora muito mais interessados em atrair empresas estrangeiras para colobarar com seus objetivos de industrialização.

Ou seja, a mudança na prioridade de política industrial interrompe o desabrochar da defesa da concorrência, levando-a a uma fase de certa dormência que vai até o período da redemocratização. Como não houve edição de nova legislação antitruste no período em questão, a seguir apresentamos os reflexos desse contexto interno e externo na promulgação do marco constitucional do período e na aplicação das leis de defesa da concorrência promulgadas no período anterior que continuaram em vigor nessa fase.

tema modificou-se. Certo é que muitos autores as consideram como **superleis**, isto é, como diplomas capazes de inspirar outras leis, sendo esta a sua característica marcante. No entanto, não nos parece tão tranquila a modificação radical no tratamento do assunto. Os abusos não de ser tratados, porque continuam possíveis e porque a legislação de estímulos tem sido setorial e discriminatória.” (grifos do autor) Cf. SOUZA, Washington Peluso Albino de. O regime jurídico da concentração de empresas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 15, n. 58, p. 77-92, abr./jun. 1978, p. 87-88.

²³⁹ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 29.

4.1.1 Constituição de 1967 e Emenda nº 1 de 1969

No que toca à ordem constitucional, sob o regime militar foi outorgada em 1967 uma nova Constituição. Nela, a repressão ao abuso do poder econômico foi transformada em princípio, conforme art. 157, inciso VI, contido no capítulo da “Ordem Econômica e Social”:

Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I - liberdade de iniciativa;

II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

III - função social da propriedade;

IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção;

V - desenvolvimento econômico;

VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. (g.n.)

Em 1969, foi editada a Emenda nº 1 de 1969, que modificou parcialmente a matéria em relação ao anteriormente disposto na Constituição de 67. A Emenda reenumerou o art. 157 para art. 160, alterando a redação do caput para incluir o “desenvolvimento nacional” como fim da ordem econômica e social, e também reenumerou o inciso VI para inciso V, tudo ainda no mesmo capítulo da “Ordem Econômica e Social”:

Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I - liberdade de iniciativa;

II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

III - função social da propriedade;

IV - harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção;

V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; e

VI - expansão das oportunidades de emprego produtivo.

Analisando as mudanças trazidas ao tratamento constitucional da concorrência na Carta de 1967 e Emenda de 1969 em relação à Constituição de 1946, Washington Peluso Albino de Souza destaca que os elementos ideológicos de “justiça social” e “desenvolvimento nacional” por elas introduzidos passaram a constituir dados essenciais a conferir sentido ao regime jurídico do poder econômico, constituindo parâmetros para a

separação entre o lícito e ilícito, entre o uso e o abuso do poder econômico. O ilícito e o abuso exigiam relativização, especialmente diante do novo cenário de política econômica.²⁴⁰

Não foi tão ambicioso o constituinte de 1967. Modificou a técnica de abordar o tema. Enquanto a Constituição de 1946 dedicava-lhe todo um artigo (148), a de 1967 o incluiu como um dos itens que compõem um artigo de um Título: ‘Da Ordem Econômica e Social’. Vinculou-o, entretanto, a um dado **ideológico** fundamental, definido nesse artigo: (...)

Foi abandonada a expressão “toda e qualquer forma de abuso do poder econômico”, embora se procure dizer que a enumeração adotada abrangesse as hipóteses possíveis e se apresentasse mais objetiva do que o texto de 1946. Até mesmo uma experiência nesse particular poderia ser alegada. Mas, o fato é que a limitação imposta pela discriminação das hipóteses legalmente enquadráveis acabou por criar consequências limitativas na interpretação do próprio texto da lei ordinária de repressão ao abuso do poder econômico (Lei nº 4.137), como também se verá adiante.

A Emenda Constitucional de 1969 introduziu o “desenvolvimento econômico” ao lado da “justiça social”, entre os elementos ideológicos fundamentais constantes do respectivo artigo: (...)

A “concentração” subentendida nesse item deve ser tratada, portanto, a partir daqueles dois elementos, o “desenvolvimento nacional” e a “justiça social”. Eles definirão, em último grau, o sentido do **abuso** do poder econômico. Em relação a eles, definem-se o **lícito** e o **ilícito**. E, assim, também a partir deles é que determinamos os dados essenciais do **regime jurídico do poder econômico** no atual direito brasileiro. Os “juízos de valor” sobre o **uso** e o **abuso** do poder econômico são calcados nestes dois dados ideológicos e torna-se justo afirmar que num Estado de Direito, eles tanto se imponham ao poder econômico privado como ao poder econômico público, visto como estão consignados na Lei Maior, à qual se submete também o Estado. (grifos do autor)

Cabemo-nos destacar, ademais, que, fora o posicionamento e as repercussões daí decorrentes destacadas por Washington Peluso Albino de Souza, a fórmula textual de proteção da concorrência adotada pela Carta de 1967, e replicada pela Emenda nº 1 de 1969, guardou semelhança com aquela adotada pela Constituição de 1946²⁴¹. Embora abandonada a expressão “toda e qualquer forma”, preservou-se o preceito da “repressão ao abuso do poder econômico” como veículo da proteção e manteve-se as mesmas três categorias de qualificação desse abuso: “domínio dos mercados”, “eliminação da concorrência” e “aumento arbitrário dos lucros”. O novo texto, todavia, ao suprimir a expressão “que tenham

²⁴⁰ SOUZA, Washington Peluso Albino de. O regime jurídico da concentração de empresas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 15, n. 58, p. 77-92, abr./jun. 1978, p. 81-82.

²⁴¹ Na Constituição de 1946, a concorrência vinha protegida no âmbito do art. 148, que tinha o seguinte texto: “Art 148 - A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”

por fim”, prevista no art. 148 da Constituição de 1946, eliminou o elemento finalístico ou intencional como condição para a caracterização do abuso de poder econômico, enfatizando, de certa forma, mais o efeito do abuso ou os estados dele decorrentes (“domínio dos mercados”, “eliminação da concorrência” e “aumento arbitrário dos lucros”) que propriamente a intenção em praticá-lo.

Além disso, a Carta de 1967 e a Emenda de 1969 deixaram de prever lei destinada a reprimir o abuso do poder econômico. Trataram, em vez disso, de elencar a sua repressão como um princípio que deveria orientar a ordem econômica. Decorrente disso ou não, sob a égide da Constituição de 1967 e da Emenda nº 1 de 1969 não foram elaboradas novas legislações antitruste, seja de natureza administrativa ou penal, permanecendo em vigor as a legislação elaborada sob o regime constitucional anterior, Leis nº 1.521/1951 e 4.137/1962, as quais não chegaram a ter aplicação expressiva no período, conforme se observa abaixo (Seção 4.1.2).

4.1.2 Aplicação das legislações de defesa da concorrência em vigor (Lei nº 1.521/1951 e Lei nº 4.137/1962)

Após a implantação do regime militar em 1964, a preocupação com os monopólios, cartéis e trustes, nacionais ou internacionais, deixou de ser vista no discurso político dos governantes. Assim, a despeito de formalmente recepcionadas pela Carta de 1967 e Emenda de 1969, as leis antitruste em vigor não foram aplicadas com rigor no período. Fazia-se presente um patente conflito entre texto normativo e vontade política.²⁴²

Conforme já mencionado, ao menos no que diz respeito aos dispositivos de natureza antitruste da Lei nº 1.521/1951, não há registros de que tenham sido aplicados em algum momento.²⁴³ Com relação à Lei nº 4.137/1962, após 1964 sua aplicação foi perdendo

²⁴² ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do direito concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 129.

²⁴³ Paschoal Mantecca, escrevendo em 1985, analisa a Lei nº 1.521/1951 e sua jurisprudência sem trazer julgados que demonstrem a aplicação de seus dispositivos antitruste – exceção para o inciso I do art. 2º (recusa de venda) que, no entanto, não é tratada com viés concorrencial. Cf. MANTECCA, Paschoal. *Crimes contra a economia popular e sua repressão*. São Paulo: Saraiva, 1985. Milton Azevedo, escrevendo em 1986, comenta que a Lei nº 1.521/1951, apesar de estar em plena vigência à época, havia sido de um modo geral relegada ao abandono há cerca de 20 anos daquele momento, quando estaria sendo “ressuscitada” em razão das reformas econômicas que se operavam no governo Sarney a partir dos

expressividade e a atuação do Cade foi sendo reorientada em face das necessidades e aspirações da política econômica dos governos militares.

A política de controle de preços, o estímulo governamental à formação de grandes grupos econômicos e de investimento direto em empresas estatais constituíam medidas incompatíveis com o modelo de controle antitruste que a lei procurava instituir. Com efeito, em razão da nova política de desenvolvimento adotada, especialmente a partir da década de 1970 pelo I e II PND, o incentivo à concentração e à formação de grandes grupos econômicos causava contradições com relação aos preceitos contidos nas Leis nº 1.521/1951 e 4.137/1962, que faziam pairar até uma certa dúvida com relação à subsistência das funções do Cade no controle de concentrações.²⁴⁴

Decretos-leis nº 2.283 e 2.284, de 27 fevereiro e 10 de março de 1986, respectivamente, que introduziram o congelamento de preços. Entre os julgados decorrentes desse “renascimento” que foram analisados pelo autor em sua obra, não há nenhum sobre questões antitruste. Cf. AZEVEDO, Milton. *Comentários à lei de economia popular*. Rio de Janeiro, Livresiros, Editores e Distribuidores Ltda., 1986, p. 6-7, 46-51. Antônio Lopes Neto e José Maria Zucheratto, escrevendo em 1987 sobre a Lei nº 1.521/1951, também não registram casos envolvendo seus dispositivos antitruste – exceção quanto ao inciso I do art. 2º (recusa de venda), o qual, no entanto, não é analisado pelos autores como dispositivo antitruste, mas sim de proteção ao consumidor. Cf. LOPES NETO, Antônio; ZUCHERATTO, José Maria. *Defesa da economia popular*. Belo Horizonte: Del Rey, 1987.

²⁴⁴ Nesse sentido, elucidativa a argumentação que Whashington Albino Pelluso de Souza precisou fazer com vistas a justificar a manutenção das competências do Cade na análise da legitimidade das “concentrações” (palavra usada pelo autor em um sentido amplo) mesmo diante das “Leis do Plano”, que chegavam a prever textualmente a substituição dos instrumentos jurídicos de controle do poder de mercado por “instrumentos econômicos”, tais como o sistema de controle de preços:

“Refletindo esta nova orientação a respeito da ‘concentração de empresas’ no Direito nacional, temos especialmente as Leis dos Planos, como dissemos acima. Assim, vemos o Estado brasileiro incentivando a medida pela Lei nº 5.727, de 4 de novembro de 1971 (I PND) (...)”

A Lei nº 6.151, de 4 de dezembro de 1974 (II PND), ainda empresta maior ênfase ao tema. (...)

Pretende-se substituir os instrumentos jurídicos por instrumentos econômicos, se for tomada a expressão do Plano ao pé da letra.

Mas ressurgem a tese dos efeitos do Plano, quando transformado em lei. E, mais ainda, do modo pelo qual a política econômica adotada na Lei do Plano entrosava-se na ordem jurídica, de modo a assegurar, também aos particulares, os direitos que a Constituição lhes define e que têm que ser definidos contra o arbítrio da autoridade. As ‘diretrizes e prioridades’ da Lei do Plano, por acaso, revogariam direitos de defesa contra os abusos do poder econômico realizados pela ‘concentração’, pelos expedientes da ‘fusão’, da ‘incorporação’, dos ‘conglomerados’ e todos os demais, direitos estes que a legislação anterior garantiu plenamente? (...)

Podemos concluir pela existência, no Direito brasileiro, de três tipos de ‘concentração’: a **reprimida**, a **consentida** e a **estimulada**. A todos os três tipos corresponde lugar adequado no regime jurídico que regulamenta o tema. Por outro lado, se este regime jurídico pode ser acoimado de diversidade, variando desde os aspectos penais aos autorizativos, para chegar aos tributários, em verdade no fundamento de suas razões havemos de encontrar o terceiro elemento do Direito Econômico como capaz de conciliar as suas aparentes contradições. Trata-se do princípio da ‘economicidade’, pelo qual se definirá a ‘linha de maior vantagem’ na aplicação da política econômica, sem que se descambe para o oportunismo autocrático. Justamente este freio ainda integra o espírito de ‘economicidade’, pois longe de argumentos menos consistentes como os da ‘regra da razão’, do ‘bem comum’ e outros que, em última análise, limitam-se à formação cultural do julgador, firma-se no sólido esteio da ideologia constitucionalmente adotada.

Com relação às condutas, embora processos com algum grau de repercussão tenham sido instaurados, inclusive alguns para apurar práticas de cartel, monopolização e “dumping” praticados por empresas e arranjos estrangeiros e suas subsidiárias no Brasil, muitos acabaram sendo arquivados. Os poucos casos que resultaram em condenações, já na década de 1970, tiveram suas decisões anuladas no Judiciário.²⁴⁵

Na verdade, houve, durante o regime militar, grande falta de interesse do governo na implementação de uma política de defesa da concorrência, o que muitas vezes se refletia,

No caso específico da ‘concentração’, o exemplo parece-nos cristalino. A regra repressiva está contida no próprio item V do artigo 160 da Carta de 1969. A Lei nº 4.137, anterior a esta Carta, tem a sua vigência continuada naquilo em que cumpre o princípio ideológico repressivo e afirma-se como a peça legal de política econômica que a efetiva.

Ainda o artigo 74 da mesma Lei nº 4.137 configura ‘concentração’ consentida. E, por fim, as Leis dos Planos e os textos específicos dos incentivos fiscais configuram a ‘concentração estimulada’.

Acima de todos, porém, afirma-se no **caput** do art. 160 da Constituição o princípio ideológico do ‘desenvolvimento econômico e da justiça social’. Este é o dado fundamental da ‘linha de maior vantagem’, isto é, do princípio de ‘economicidade’, norteador de qualquer interpretação e aplicação dos instrumentos legais às circunstâncias oferecidas.

Não tem mais sentido a abordagem do fato ‘concentração’ por apenas um desses aspectos. Muito menos significativa seria a intenção de usar o Direito como instrumento de efetivação de qualquer deles com exclusividade. Ao contrário, no cumprimento dos objetivos capazes de coincidirem com o ideal de desenvolvimento econômico e de justiça social é que a concentração se tornará permitida ou condenada pelo Direito.” Cf. SOUZA, Washington Peluso Albino de. O regime jurídico da concentração de empresas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 15, n. 58, p. 77-92, abr./jun. 1978, p. 89-92.

²⁴⁵ Muitos desses casos foram capitaneados pelo então Procurador-Geral do Cade, Paulo Germano de Magalhães, filho de Agamemnon Magalhães e único membro do Cade que foi mantido após o início do regime militar (quando todos os Cconselheiros renunciaram). Como exemplo, cita-se o Processo Administrativo nº 02, que, seguindo o caso americano *Paramount*, investigou os contratos de exibição de filmes pelas empresas Goldwyn Mayer do Brasil, Luiz Severiano Ribeiro S.A., Livio Bruno S.A. e outras. O procurador-Geral entendeu que havia relação monopolística das empresas na exibição dos filmes, subordinação de vendas, discriminação de preços e conluio entre as distribuidoras, o que, em seu entendimento, provocava a destruição da nascente indústria cinematográfica nacional. O Plenário do Cade, no entanto, absolveu as empresas investigadas das acusações. Outra iniciativa contra empresas multinacionais ocorreu no mercado de frigoríficos, por exemplo. O frigorífico Wilson & Co Inc., que havia sido processo nos Estados Unidos, foi acusado de fazer parte de um grande truste internacional da International Parc Corporation (INTERPAC) e instado a apresentar documentações, sob pena de intervenção. Também a indústria internacional de automobilística, de geradores elétricos, baldes de sopro, motores, entre outras, foram alvo de investigação do Cade. Empresas nacionais de cimento, bebidas, vidros planos, siderurgia, laticíneos, açúcar, também foram investigadas por práticas de estocagem, manipulação de preços, cartel, boicotes, “trustificação” e “dumping”, entre outras. No entanto, o Cade encerrou sua primeira década sem nenhuma condenação. Na década de 1970, algumas poucas condenações ocorreram, mas muitas foram revistas judicialmente, como no caso dos pneumáticos e das garrafas. Cf. NAVARRETE, Pedro Henrique. *As Origens do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: o Cade (1962-1994)*. 2013. 135 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2013, p. 35-85. Criticando o processo de cartelização de vários setores no mercado brasileiro diante da falta de atuação do Cade durante o regime militar, cf. MIROW, Kurt Rudolf. *A ditadura dos cartéis: anatomia de um subdesenvolvimento*. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1979. Criticando a “desnacionalização” da indústria brasileira ocorrida em razão desses fatores, cf. BANDEIRA, Moniz. *Cartéis e desnacionalização (a experiência brasileira: 1964-1974)*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

inclusive, na falta de indicação de nomes para compor o quórum do Cade.²⁴⁶ A atuação do órgão acabou se subordinando aos objetivos de política industrial e à atuação da Superintendência Nacional de Abastecimento (SUNAB) e do Conselho Interministerial de Preços (CIP), que atuavam com proeminência no período para cuidar de questões de controle de preços e abastecimento.²⁴⁷ Críticos afirmam, inclusive, que o órgão chegou a ser reduzido à arbitro de disputas empresarias²⁴⁸ e que suas decisões passaram a ter marcado traço privatístico no período²⁴⁹.

4.2 DESPERTAR DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA (1985-2011)

Com o fim do regime militar, o país entra em um processo de redemocratização, que coincide com um gradual despertar da defesa da concorrência no país. Esta fase perdura por cinco diferentes governos, atingindo seu ápice com a edição da Lei nº 8.884/1994 e toda a evolução em sua aplicação. Durante a desenrolar desse “despertar”, pelo menos dois principais papéis foram atribuídos à política de defesa da concorrência pelos governos que se sucederam: (i) defesa da concorrência como instrumento de controle de preços²⁵⁰; e (ii) defesa da concorrência como instrumento de mercado. O papel de controle de preços se fez mais presente no período de 1985 a 1990, mas ainda podia ser observado durante a década de 1990, até a estabilização. O segundo papel, com algumas variantes, pode ser entendido como presente até hoje.

²⁴⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2013, p. 43-50.

²⁴⁷ NAVARRETE, Pedro Henrique. *As Origens do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: o Cade (1962-1994)*. 2013. 135 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2013, p. 29-85.

²⁴⁸ NAVARRETE, Pedro Henrique. *As Origens do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: o Cade (1962-1994)*. 2013. 135 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2013, p. 27.

²⁴⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 65.

²⁵⁰ Para uma análise da constitucionalidade do controle de preços pelo Estado em face da Constituição de 1988, por exemplo, cf. COMPARATO, Fabio Konder. Regime constitucional do controle de preços no mercado. *Revista de Direito Público*, ano 24, nº 97, p. 17-28, jan./mar. 1991.

4.2.1 Período de 1985 a 1990

O país entrou na década de 1990 em um grave cenário de descontrole inflacionário, elevação da dívida externa e recrudescimento da concentração de renda. Com o fim do regime militar em 1985 e em meio a um contexto político de transição democrática, diferentes planos de estabilização econômica se sucederam no governo Sarney, os quais ficaram marcados pela utilização das técnicas de congelamento de preços. Nenhum desses planos, no entanto, conseguiu ter êxito em conter a escalada inflacionária.^{251 252}

Do ponto de vista de opções de política econômica, o nacional desenvolvimentismo dos governos anteriores começava a atingir seu esgotamento. Para os críticos, o protecionismo das políticas industriais adotadas até então havia garantido margens de lucro elevadas aos grupos beneficiados, sem, no entanto, trazer grandes ganhos de produtividade.²⁵³

No plano externo, o crescimento econômico da Ásia – e o novo poderio econômico japonês – tinha colocado também os Estados Unidos e a Europa na defensiva – gerando uma certa tendência de reação protecionista das duas regiões de maior influência econômica do mundo. A crítica neoliberal, no entanto, já estava se formando, sugerindo que a perda de competitividade dos países decorria desse protecionismo e trazendo novamente a percepção da livre concorrência como necessária para impulsionar a eficiência econômica dos mercados (o que depois veio a culminar na agenda de liberalização dos mercados e combate a cartéis internacionais da década de 1990 descrita no Capítulo 3).

As mudanças ocorridas na defesa da concorrência nesse período explicitam a característica de transição político-econômica do momento. A Constituição de 1988, elaborada sob as mais variadas influências, trouxe em seu texto objetivos em muitos sentidos conflitantes. Também neste período, de forma contrastante, o Cade é ressuscitado pelo governo como órgão de proteção da concorrência, com vistas a servir de instrumento de

²⁵¹ AGUILAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 176-181.

²⁵² GREMAUD, Amaury Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JÚNIOR, Rudinei. *Economia brasileira contemporânea*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 424-451.

²⁵³ NAVARRETE, Pedro Henrique. *As Origens do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: o Cade (1962-1994)*. 2013. 135 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2013, p. 86.

controle de preços abusivos²⁵⁴. Ao mesmo tempo, no entanto, são adotadas medidas mais incisivas de tabelamento e congelamento de preços como tentativas de contenção da inflação e que, no fundo, ao suprimirem por completo o papel da concorrência como mecanismo de alocação dos bens (como mecanismo de definição de preços), acabavam servindo como instrumento de promoção ou facilitação de cartéis.²⁵⁵

²⁵⁴ Em entrevista ao *Jornal do Brasil*, em 12.11.1985, o então ministro da fazenda, Dilson Funaro, assim se pronunciou sobre o papel que se esperavam do Cade: “o governo fez um levantamento da legislação disponível sobre o assunto e usará a Lei Delegada n. 4 – que garante a intervenção na economia para assegurar a livre distribuição de produtos para consume popular – e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – que dispõe de poder de polícia contra a formação de cartéis e políticas predatórias de preços – além do Conselho Interministerial de Preços (CIP) – para refrear os preços industriais”. Apud NAVARRETE, Pedro Henrique. *As Origens do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: o Cade (1962-1994)*. 2013. 135 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2013, p. 94.

²⁵⁵ Sobre a cartelização promovida pelo sistema de controle de preços do período, Considera e Corrêa comentam o seguinte:

“A price control council (Conselho Interministerial de Preços) was installed: any firm trying to obtain price increase had to demonstrate its costs increased. Average rates of returns on capital for 6 years, for isolated firms or even for industries were established and became part of the price control management. Actually, the control rules were very detailed and complex, representing an intervention in the firm administration secrets unimagined in a democratic society. In applying for price readjustment, many industrial secrets of each firm would have to be disclosed to government officials, with little guarantee that it would not be disclosed to their competitors. Besides of all market distortions, price control raised many suspicions of corruption.

The main penalty for failing to follow the rules of price control were the cut of credit facilities, applied by the Central Bank.

It is very important to call attention to the new mechanism of price control created. The basic rule of CIP for determining the price of a new product took in account two aspects: the rate of return of net operational assets of the firm in 4 to 6 years, assuming an 80% of capacity utilisation. If the idle capacity is higher than 20% the price was fixed according to an exam of similarity with other products in the market and the price level of the competitors. In both cases CIP had the intention of stabilising the market price, the objective of any cartel. It is useful to remember that CIP also was responsible for fighting predatory competition, particularly “dumping”.

For products already established in the market, the policy were to give price readjustment according to costs increases, guaranteeing the stability of the margin and therefore the crystallisation of a certain relative prices structure. Moreover, this rule was reinforced by the little frequency of readjustments and the non-written rule of avoiding substantial divergences of prices of similar products. Therefore prices tended to be relatively rigid, with every firm maintaining along the time its participation in its market.

Based on the rules price control above described Frischtak suggests that:

‘...by defining or ratifying the sector leadership and by making institutional the process of price signalling, CIP action reduces the degree of uncertainty of the oligopoly market and organises it contributing to crystallise a certain market structure.’

‘Concerning to the identification and ratification of leadership it is made basically through sector agreements which along the time enlarged the number of products and firms being controlled. As having been said in chapter II (p. 89), the CIP defines itself or together with the sector association or trade union, the firms that should priority participate in the agreement, based on their share in production or in sector sales.

By organising such an agreement, the CIP would be just confirming an accepted situation or creating and legitimating a leadership not yet established. And, not the least, by making the cost structure of those firms as representative structures for price readjustment of a group of producers, the CIP establishes a standard behaviour based on the possibilities and necessities of the dominant firm.

4.2.1.1 Constituição de 1988

Em 1988, a atual ordem constitucional é promulgada. Apesar das ideias neoliberais já estarem começando a ganhar *momentum* no período, o intervencionismo e o nacional desenvolvimentismo ainda tiveram fôlego para influenciar de forma acentuada o texto da Carta de 1988. Nesse sentido, o texto da Constituição de 1988, resultando de uma grande composição de interesses que gravitaram no seio da Constituinte²⁵⁶, trouxe expressas uma série de diretrizes de política econômica com características marcadamente nacional desenvolvimentistas (ao menos originariamente, isto é, antes das emendas constitucionais da década de 1990).²⁵⁷

An analogous process, although no so explicit, is followed in the absence of sector agreement. In this case, the CIP tends to focus on big firms, presumed leaders, assuming that the others firms would naturally (or under pressure of presumed penalties) follow the price readjustment made for the controlled leader.

The process of controlling prices not only creates or reinforces the role of the leader firm but also makes it institutional.

It is possible that an specific sector already had a certain degree of self co-ordination in order to dispense an institutional signal; nevertheless, given the power of the state regulatory function, the signal became accepted by the sector as a whole.’

Therefore, price control practised by the CIP was not only competition preventing, through market rigidity. It was much more harmful. Firstly, it promotes concentration. Secondly, it indicates price leadership giving the signal for tacit agreements when the price controlled was exercised individually by the dominant firm. And thirdly, when there was a sector agreement, there was no need of blustering cartels; they were organised with the incentive of the government. The CIP called meetings with associations or trade unions and, altogether, they talked about costs and fixed prices.

A question has to be made: what the mean of CADE in such an environment? Probably the public interpretation of that CIP action was that it was preventing economic abuses (by controlling prices), even if by organising cartels. Nowadays, it would probably be called ‘nice cartels’ by some of the people (academic researches, professors and lawyers) acting in the area of competition law in Brazil.”

E, sobre a qualificação de “cartéis bons”, os autores complementam: “This is not a joke. In a seminar organised by IBRAC (Brazilian Institute for Competition Advocacy) in Campos do Jordão, in December 2000, during a round table, there have been allegations by some participants against government officials intention of making cartel a crime *per se* in the reform of the competition law. According to that allegations there could have nice cartels since they think that cartels should be analysed by the rule of reason; we only forgot to ask them ‘nice to whom?’.” Cf. CONSIDERA, Claudio Monteiro; CORRÊA, Paulo. *The political economy of anti-trust in Brazil from price control to competition policy*. 2002. Disponível em: <<http://www.professores.uff.br/claudioconsidera/artigos-revistas/The-Political-Economy-of-Anti-trust-final-081001.pdf>>. Acesso em 15 dez. 2016.

²⁵⁶ Como exemplo das composições improváveis que foram feitas na Constituintes como forma de possibilitar a aprovação da Constituição de 1988, cf. GRAU, Eros Roberto. Breve nota histórica sobre o artigo 171 da Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 45, n. 179, p. 241-244, jul./set. 2008.

²⁵⁷ A Constituição de 1988, como leciona Gilberto Bercovici, adotou um modelo de dirigente, trazendo em seu texto um projeto de desenvolvimento que tem por fim alterar a estrutura socioeconômica brasileira por meio de tarefas e políticas nela positivadas. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2005, 11-43.

No que toca à defesa da concorrência, que interessa mais especificamente a esta análise, temos que, na Carta de 1988, o princípio da livre concorrência, no lugar da repressão ao abuso do poder econômico, foi alçado a princípio orientador da ordem econômica, conforme art. 170, inciso IV, contido no capítulo agora denominado de “Ordem Econômica e Financeira”:²⁵⁸

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;²⁵⁹

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.²⁶⁰

²⁵⁸ Na visão de Isabel Vaz, a inserção pela Constituição de 1988 da livre concorrência, ao lado da defesa do consumidor, entre os princípios da ordem econômica, é o resultado de uma paulatina mudança, iniciada já na Carta de 1946, da tônica meramente repressiva do controle antitruste das primeiras normas antitruste brasileiras para uma tônica preventiva e corretiva das relações econômicas, orientada em prol do desenvolvimento e mais preocupada com a defesa do consumidor e com o “direito ao consumo”:

“Com a consagração do princípio da repressão ao abuso do poder econômico pela Carta de 1946, tem início uma nova fase no chamado ‘sistema brasileiro antitruste’, onde a tônica deixa de ser simplesmente a defesa da ‘economia popular’ através dos diplomas legais citados. É claro que o interesse da sociedade estaria presente nas leis desta natureza. Mas passa a ser enriquecido, entre outros elementos, pelo compromisso com a ordem econômica e pela noção de defesa do consumidor. Procura-se acentuar, atualmente, mais do que a natureza meramente repressiva desta legislação, o caráter preventivo e de orientação da conduta dos agentes econômicos, com vistas a conformá-la aos princípios informadores da Ordem Econômica e Financeira e Social, contemplados na Constituição de 1988. Os abusos do poder econômico são reprimidos não como um fim em si, a esgotar-se com a punição do infrator. Além deste aspecto de natureza instrumental, busca-se o concerto das atividades econômicas na implementação da política econômica de desenvolvimento.

Esse aspecto constitui, sem sombra de dúvida, mais um elemento de filiação das leis antitruste aos cânones do Direito Econômico. Entram na ordem das cogitações da legislação antitruste o compromisso com a realização da justiça social, com o desenvolvimento, com o progresso científico e tecnológico, a defesa do consumidor e, mais do que esta, a preocupação com o direito ao consumo.” Cf. VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 249-250.

²⁵⁹ Com a Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, o dispositivo foi alterado passando a conter a seguinte redação: “VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;”

²⁶⁰ Com a Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995, o dispositivo foi alterado passando a conter a seguinte redação: “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

O princípio da livre concorrência, assim, foi inserido no texto constitucional como um dos vários princípios orientadores da ordem econômica, demandando aplicação consistente com os demais princípios previstos no artigo 170, de forma a se atingir o valor-fim associado à dignidade da pessoa humana e conforme os ditames da justiça social. Foi, assim, institucionalizado como um valor importante da ordem econômica, a merecer proteção destacada na implementação das políticas econômicas do país, mas, ao mesmo tempo, a ser compatibilizado com os demais valores previstos no art. 170²⁶¹ e em outros dispositivos previstos na própria Carta, como o art. 219, caput²⁶², e o art. 3º, inciso II²⁶³.

Além da institucionalização do princípio da livre concorrência no art. 170, manteve-se a fórmula da proteção das relações concorrenciais pelo veículo da “repressão ao abuso do poder econômico”. Tal fórmula, no entanto, foi deslocada da lista dos princípios da ordem econômica para a disposição do art. 173, § 4º, destinada a designar que a atuação do Estado em prol dessa repressão seja regulamentada em lei específica:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...)

²⁶¹ Sobre o tema da compatibilização da defesa da concorrência com outros fins, registre-se o debate na literatura brasileira sobre ser a concorrência um fim em si (uma garantia institucional), posição defendida por Calixto Salomão, ou ser a concorrência um instrumento de política pública, de caráter sistemático e teleológico, posição defendida por Paula Forgioni. Há, ainda, aqueles que entendem não haver simplesmente como escolher uma dessas posições, dado que não se excluem mutuamente, posição defendida por José Maria Arruda Andrade. Cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do direito concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 175-178. Registre-se, ademais, posição curiosa dos que enaltecem uma certa impermeabilização e “desconstitucionalização” metodológica atribuída ao direito da concorrência no Brasil, tal como o faz Luis Fernando Schuartz. Cf. SCHUARTZ, Luis Fernando. A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (orgs). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 761-780. Criticando essa dita desconstitucionalização, vide, além da posição supracitada de José Maria Arruda de Andrade, a posição de Ana Frazão, para quem é necessário constitucionalizar o direito da concorrência no Brasil reconhecendo a centralidade da Constituição na discussão sobre os pressupostos e os propósitos do controle do poder econômico. Cf. FRAZÃO, Ana. A necessária constitucionalização do direito da concorrência. In: CLEVE, Clemerson Merlin; FREIRE, Alexandre. *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 139-158.

²⁶² “Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.”

²⁶³ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) II - garantir o desenvolvimento nacional;”

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Note-se que art. 173, § 4º da Constituição de 1988 retoma a caracterização do abuso do poder econômico a partir do elemento intencional, que havia sido suprimido do texto da Carta de 1967 e da Emenda nº 1 de 1969. Esse elemento encontra-se referido agora na expressão “que vise” à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Destaque-se, ainda, o § 5º do mesmo art. 173, que prescreve a elaboração de lei para a responsabilização da pessoa jurídica por atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...)

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.
(g.n.)

Como já mencionado, a ainda vigente Carta de 1988, a partir dos dispositivos acima analisados, sem que nenhum deles tenha sofrido qualquer alteração, atravessou diferentes momentos de aplicação das legislações de defesa da concorrência (ou leis com dispositivos de natureza antitruste), tais como: (i) defesa da concorrência como instrumento de controle de preços (até 1990)²⁶⁴; (ii) a defesa da concorrência como instrumento de mercado (1990-). A seguir, analisaremos cada uma das legislações que vigoraram ou ainda vigoram sob tais bases, com especial destaque para o tratamento que deram à temática dos cartéis.

²⁶⁴ Para uma análise da constitucionalidade do controle de preços pelo Estado em face da Constituição de 1988, por exemplo, cf. COMPARATO, Fabio Konder. Regime constitucional do controle de preços no mercado. *Revista de Direito Público*, ano 24, nº 97, p. 17-28, jan./mar. 1991.

4.2.2.2 Alterações na Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, feitas pela Medida Provisória nº 60, de 26 de maio de 1989 e pela Lei nº 7.784, de 28 de julho de 1989

No contexto dos planos de estabilização econômica e sucessivos congelamentos de preços, o Governo Sarney avançou em sua ofensiva no combate à inflação por meio de instrumentos jurídicos de intervenção no domínio econômico cada vez mais incisivos, que muitas vezes permeavam aspectos concorrenciais ou utilizavam dispositivos dessa natureza para legitimar interesses imediatos de política econômica. Uma dessas ofensivas constituiu em ampliar a atuação da SUNAB e do CIP, além de ressuscitar a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, que autorizava e fixava limites para a União “intervir no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de mercadorias e serviços essenciais ao consumo e uso do povo” – uma reação aos problemas setoriais de desabastecimento que frequentemente emergiam a cada congelamento de preços.

Para tanto, foram feitas alterações que ampliaram o escopo da Lei Delegada nº 4/1962, incluindo entre as infrações previstas algumas de natureza tipicamente concorrencial, como as de cartel. O escopo não era a defesa da concorrência e nem o combate a cartéis em si, mas essencialmente o combate à inflação.

Nessa linha, inicialmente a Medida Provisória nº 60, de 26 de maio de 1989, alterou a redação do art. 11 Lei Delegada nº 4/1962, criando infrações, de natureza tipicamente concorrencial ou próximas, inclusive infrações de cartel, as quais deveriam ser autuadas e punidas pelo órgão de fiscalização de preços do governo, a Superintendência Nacional do Abastecimento (SUNAB), na esfera federal, e seus congêneres estaduais²⁶⁵. Abaixo a nova redação do artigo com destaque para as infrações de caráter concorrencial mais típicas:²⁶⁶

²⁶⁵ Vide Regulamento da Lei Delegada nº 4/1962: o Decreto nº 51.644-a, de 26 de novembro de 1962.

²⁶⁶ A redação do art. 11 da Lei Delegada nº 4/1962 antes das alterações promovidas pela Medida Provisória nº 60/1989 e pela Lei nº 7.784/1989 era a seguinte:

“Art. 11. Fica sujeito à multa de um terço (1/3) do valor do salário mínimo vigente no Distrito Federal, à época da infração, até cem (100) vezes o valor desse mesmo salário, sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei, aquele que:

- a) vender, ou expuser à venda, mercadorias ou oferecer serviços por preços superiores aos tabelados;
- b) sonegar gêneros ou mercadorias, recusar vendê-los ou os reter para fins de especulação;
- c) não mantiver afixado em lugar visível e de fácil leitura, tabela de preços dos gêneros e mercadorias, serviços ou diversões públicas populares;
- d) favorecer ou preferir comprador ou freguês, em detrimento de outros, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores;
- e) negar ou deixar de fornecer fatura, ou nota, ou caderno de venda, quando obrigatório;

Art. 1º O artigo 11 da Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 11. Fica sujeito a multa, variável de 500 a 200.000 Bônus do Tesouro Nacional - BTN, sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei, aquele que:

- a) vender ou expuser à venda mercadorias ou contratar ou oferecer serviços por preços superiores aos oficialmente tabelados, aos fixados pelo órgão ou entidade competentes, aos estabilizados em regime legal de controle ou ao limite de variações previsto em plano de estabilização econômica, assim como aplicar fórmulas de reajustamento de preços diversas daquelas que forem pelos mesmos estabelecidos;
- b) sonegar gêneros ou mercadorias, recusar vendê-los ou os reter para fins de especulação;
- c) não mantiver afixado, em lugar visível e de fácil leitura, tabela de preços dos gêneros e mercadorias, serviços ou diversões públicas populares;
- d) favorecer ou preferir comprador ou freguês, em detrimento de outros, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores;
- e) negar ou deixar de fornecer a fatura ou nota, quando obrigatória;
- f) produzir, expuser ou vender mercadorias cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição, transgrida determinações legais, ou não corresponda à respectiva classificação oficial ou real;
- g) efetuar vendas ou ofertas de venda, e compras ou ofertas de compra que incluam uma prestação oculta, caracterizada, dentre outras formas, pela imposição de transporte, ou recusa de entrega na fábrica, ou pela elevação do custo de frete;
- h) emitir fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida em quantidade ou qualidade, ou, ainda, aos serviços efetivamente contratados;
- i) subordinar a venda de um produto à compra simultânea de outro produto ou à compra de uma quantidade imposta;

-
- f) produzir, expor ou vender mercadorias cuja embalagem, tipo especificação, pêsso ou composição, transgrida determinações legais, ou não corresponda à respectiva classificação oficial ou real;
 - g) efetuar vendas ou ofertas de venda, e compras ou ofertas de compra que incluam, sob qualquer forma uma prestação oculta;
 - h) emitir fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria mencionada, em quantidade ou qualidade;
 - i) subordinar a venda de um produto, compra simultânea de outros produtos ou a compra de uma quantidade imposta;
 - j) dificultar ou impedir a observância das resoluções que forem baixadas em decorrência desta lei;
 - k) sonegar documentos ou comprovantes exigidos para apuração de custo de produção e de venda, ou impedir ou dificultar exames contábeis que forem julgados necessários, ou deixar de fornecer esclarecimentos que forem exigidos.
 - l) adquirir, sob qualquer pretexto, ainda com a concordância do vendedor mercadoria, produto ou qualquer bem por preço inferior ao mínimo oficial quando fixado com base no artigo 2º, item IV, desta lei. (Incluída pelo Decreto Lei nº 422, de 1969)
 - m) descumprir ato intervencionista, norma ou condição de comercialização ou industrialização estabelecidas. (Incluída pelo Decreto Lei nº 422, de 1969)"

j) dificultar ou impedir a observância das resoluções que forem baixadas em decorrência desta lei;

k) sonegar documentos ou comprovantes exigidos para apuração de custo de produção e de venda, ou impedir ou dificultar exames contábeis que forem julgados necessários, ou deixar de fornecer esclarecimentos que forem exigidos;

l) fraudar as regras concernentes ao controle oficial de preços, mediante qualquer artifício ou meio, inclusive pela alteração, sem modificação essencial ou de qualidade, de elementos como a embalagem, denominação, marca (griffe), especificações técnicas, volume ou peso dos produtos, mercadorias e gêneros;

m) exigir, cobrar ou receber qualquer vantagem ou importância adicional a valores relativos a preços tabelados, congelados, fixados, administrados ou controlados pelo Poder Público;

n) descumprir ato de intervenção, norma ou condição de comercialização ou industrialização estabelecidas;

o) organizar, promover ou participar de boicote no comércio de gêneros alimentícios ou, quando obrigado por contrato em regime de concessão, no comércio de produtos industrializados, deixar de retirá-los de fábrica, dificultando a sua distribuição ao consumidor;

p) impedir, restringir ou limitar a produção, comercialização ou distribuição de bens ou a prestação de serviços no País;

q) promover ajuste ou acordo entre empresas ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de suas atividades, que possibilite atuação lesiva à economia nacional ou ao interesse geral dos consumidores;

r) aplicar fórmulas de reajustamento de preços diversas daquelas que forem permitidas por lei, regulamento, instrução ministerial, órgão ou entidade competente;

s) fazer repercutir, nos preços de insumos, produtos ou serviços, aumentos havidos em outros setores, quando tais aumentos não os alcancem, ou fazê-los incidir acima do percentual que compõe seus custos;

t) sonegar insumo ou matéria-prima à produção ou recusar vendê-los; recusar a prestação de serviços a quem esteja em condições de contratá-los segundo o preço exigido pelo prestador;

u) alterar a denominação ou a descrição do insumo ou mercadorias, bem assim a indicação do seu modelo ou referência para obter preço maior;

v) combinar com industriais, atacadistas ou distribuidores do mesmo produto cotação arbitrária ou artificial de preços, ou reajustes acima das oscilações normais do mercado, fraudando as regras da livre concorrência em períodos ou em setores não sujeitos a controle oficial;

x) monopolizar ou conspirar com outras pessoas para monopolizar qualquer atividade de comércio em prejuízo da competitividade, mesmo através da aquisição, direta ou indireta, de controle acionário de empresa concorrente.

Parágrafo único. Requerer a não liberação ou recusar, sem justa causa, quota de mercadoria ou de produtos essenciais, liberada por órgão ou entidade oficial, de forma a frustrar o seu consumo, implicará, além da

multa a que se refere este artigo, diminuição da quota na proporção da recusa." (g.n.)

Posteriormente, a Medida Provisória nº 60/1989 foi convertida na Lei nº 7.784, de 28 de julho de 1989, e o art. 11 foi novamente alterado, ficando com a seguinte redação, ligeiramente diferente, mas ainda contendo infrações de natureza concorrencial ou próximas, inclusive de cartel:

Art. 1º O artigo 11 da Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 11 Fica sujeito à multa, variável de 500 a 200.000 Bônus do Tesouro Nacional - BTN, sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei, aquele que:

- a) vender ou expuser à venda mercadorias ou contratar ou oferecer serviços por preços superiores aos oficialmente tabelados, aos fixados pelo órgão ou entidade competente, aos estabilizados em regime legal de controle ou ao limite de variações previsto em plano de estabilização econômica, assim como aplicar fórmulas de reajustamento de preços diversas daquelas que forem pelos mesmos estabelecidas;
- b) sonegar gêneros ou mercadorias, recusar vendê-los ou os reter para fins de especulação;
- c) não mantiver afixada, em lugar visível e de fácil leitura, tabela de preços dos gêneros e mercadorias, serviços ou diversões públicas populares;
- d) favorecer ou preferir comprador ou freguês, em detrimento de outros, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores;
- e) negar ou deixar de fornecer a fatura ou nota, quando obrigatório;
- f) produzir, expuser ou vender mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição, transgrida determinações legais, ou não corresponda à respectiva classificação oficial ou real;
- g) efetuar vendas ou ofertas de venda, compras ou ofertas de compra que incluam uma prestação oculta, caracterizada pela imposição de transporte, seguro e despesas ou recusa de entrega na fábrica, sempre que esta caracterize alteração imotivada nas condições costumeiramente praticadas, visando burlar o tabelamento de preços;
- h) emitir fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida em quantidade ou qualidade, ou, ainda, aos serviços efetivamente contratados;
- i) subordinar a venda de um produto à compra simultânea de outro produto ou à compra de uma quantidade imposta;
- j) dificultar ou impedir a observância das resoluções que forem baixadas em decorrência desta Lei;
- k) sonegar documentos ou comprovantes exigidos para apuração de custo de produção e de venda, ou impedir ou dificultar exames contábeis que forem julgados necessários, ou deixar de fornecer esclarecimentos que forem exigidos;

l) fraudar as regras concernentes ao controle oficial de preços mediante qualquer artifício ou meio, inclusive pela alteração, sem modificação essencial ou de qualidade, de elementos como a embalagem, denominação, marca (griffe), especificações técnicas, volume ou peso dos produtos, mercadorias e gêneros;

m) exigir, cobrar ou receber qualquer vantagem ou importância adicional a valores relativos a preços tabelados, congelados, fixados, administrados ou controlados pelo Poder Público;

n) descumprir ato de intervenção, norma ou condição de comercialização ou industrialização estabelecidas;

o) organizar, promover ou participar de boicote no comércio de gêneros alimentícios ou, quando obrigado por contrato em regime de concessão, no comércio de produtos industrializados, deixar de retirá-los de fábrica, dificultando a sua distribuição ao consumidor;

p) impedir a produção, comercialização ou distribuição de bens ou a prestação de serviços no País;

q) promover ajuste ou acordo entre empresas ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessados no objeto de suas atividades, que possibilite fraude à livre concorrência, atuação lesiva à economia nacional ou ao interesse geral dos consumidores;

r) aplicar fórmulas de reajustamento de preços proibidas por lei, regulamento, instrução ministerial, órgão ou entidade competente;

s) fazer repercutir, nos preços de insumos, produtos ou serviços, aumentos havidos em outros setores, quando tais aumentos não os alcancem, ou fazê-los incidir acima de percentual que compõe seus custos;

t) negar-se a vender insumo ou matéria-prima à produção de bens essenciais;

u) monopolizar ou conspirar com outras pessoas para monopolizar qualquer atividade de comércio em prejuízo da competitividade, mesmo através da aquisição, direta ou indireta, de controle acionário de empresa concorrente.

§ 1º Requerer a não liberação ou recusar, em justa causa, quota de mercadoria ou de produtos essenciais, liberada por órgão ou entidade oficial, de forma a frustrar o seu consumo, implicará, além da multa a que se refere este artigo, diminuição da quota na proporção da recusa.

§ 2º Na aplicação da multa a que se refere este artigo, levar-se-á em conta o porte da empresa e as circunstâncias em que a infração foi praticada." (g.n.)²⁶⁷

²⁶⁷ Na década de 1990, o *caput* do art. 11 da Lei Delegada de nº 4/1962 foi novamente alterado pelas Leis nº 8.035, de 27 de abril de 1990, e nº 8.881, de 3 de junho de 1994, para corrigir o valor da multa.

Alteração da Lei nº 8.035, de 27 de abril de 1990:

"Art. 11. Fica sujeito à multa no valor de cinco mil até duzentas mil vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional - BTN, da data da infração, sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei, aquele que:

.....".
Alteração da Lei nº 8.881, de 3 de junho de 1994:

É interessante notar que, pela Lei Delegada de nº 4/1962, os fiscais da SUNAB e dos órgãos estaduais congêneres poderiam autuar e multar os autores das infrações do art. 11, inclusive aquelas mais complexas de natureza concorrencial, por meio de procedimentos bastante simples e céleres, sem grandes oportunidades para exercício de contraditório e ampla defesa:

Art. 13. O infrator será autuado independentemente da presença de testemunhas, devendo constar do instrumento a sua assinatura ou a declaração feita pelo autuante, de sua recusa.²⁶⁸

§ 1º O auto de infração será lavrado em três vias, devendo a primeira e a segunda dar entrada no órgão local incumbido da aplicação da lei, dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, entregando-se a terceira via, mediante recibo, ao autuado.

§ 2º O autuado, no prazo de 10 (dez) dias, apresentará defesa, juntando ou indicando as provas que tiver. Findo esse prazo, com ou sem a defesa, juntadas ou indicadas as provas, o processo será encaminhado ao responsável pelo órgão local incumbido da aplicação da lei para, em 5 (cinco) dias, homologar o auto de infração e arbitrar a multa.

Art. 14. Homologado o auto de infração e arbitrada a multa, será o autuado notificado para paga-lá no prazo de 10 (dez) dias.

Art. 15. No prazo de 10 (dez) dias da data da entrega da notificação ao infrator, este, desde que deposite metade do valor da multa, poderá, recorrer à autoridade a que estiver subordinado o prolator da decisão.

Art. 16. Feito o depósito, o processo será encaminhado ao prolator, o qual confirmará ou reformará a decisão antes de remetê-lo "ex officio", à instância final.

Art. 17. Se a decisão final mantiver a multa ou reduzi-la, o depósito converter-se-á, automaticamente, em pagamento, até a quantia depositada, restituindo-se ao infrator o excesso depositado.

Parágrafo único. Se o valor da multa fôr superior ao depósito o infrator pagará o saldo no prazo de 10 (dez) dias.

Art. 18. Decorrido o prazo, sem que seja feito o depósito ou o pagamento, o valor do débito será inscrito como dívida ativa, valendo a certidão de inscrição para a cobrança pelo rito dos executivos fiscais.

A despeito disso, a Lei de Crimes contra a Economia Popular, Lei nº 1.521/51, e a Lei de Repressão ao Abuso de Poder Econômico, Lei nº 4.137/1962, permaneceram em vigor

Art. 1º O caput do art. 11 da Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 11 Fica sujeito à multa de 150 a 200.000 Unidades Fiscais de Referência - UFIR, vigente na data da infração, sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei, aquele que: (...)"

²⁶⁸ Redação dada pelo Decreto-lei nº 2.339, de 1987. A redação anterior era:

"Art. 13. O infrator será autuado na presença de duas testemunhas devendo constar do instrumento a sua assinatura ou a declaração, feita pelo autuante, de sua recusa."

após as alterações na Lei Delegada de nº 4/1962. Inclusive, o art. 21 da Lei Delegada deixava expressa a independência entre as instâncias na apuração das infrações nela previstas:

Art. 21. As cominações previstas nesta lei cumulam-se com as sanções penais e são, umas e outras, independentes entre si, bem assim, as instâncias administrativas, civil e penal.

Não obstante a amplitude concorrencial desta legislação, não foram levantados registros de sua utilização no que toca aos dispositivos relacionaos aos cartéis. E, embora se encontre formalmente vigente até hoje, pelo menos já desde o controle da inflação com o Plano Real e a extinção dos órgãos de controle de preços, sua aplicação perdeu sentido.

4.2.2.3 Aplicação das legislações de defesa da concorrência em vigor (Lei nº 1.521/1951 e Lei nº 4.137/1962)

Durante o governo Sarney, a Lei nº 1.521/1951 foi também ressuscitada como forma de instrumentalizar o controle de preços proposto para conter a inflação.²⁶⁹ Novamente, adotava-se uma fórmula de intensa intervenção estatal – inclusive via tabelamento de preços – usando aspectos concorrenciais que lhe dessem alguma legitimidade. Sua aplicação no período, inclusive, ocorreu exatamente nesse sentido, com os julgados decorrentes desse “ressurgimento” da Lei não retratando crimes de natureza antitruste.²⁷⁰

²⁶⁹ Vide Decretos-leis nº 2.283 e 2.284, de 27 fevereiro e 10 de março de 1986, respectivamente, que introduziram o congelamento de preços.

²⁷⁰ Paschoal Mantecca, escrevendo em 1985, analisa a Lei nº 1.521/1951 e sua jurisprudência sem trazer julgados que demonstrem a aplicação de seus dispositivos antitruste – exceção para o inciso I do art. 2º (recusa de venda) que, no entanto, não é tratada com viés concorrencial. Cf. MANTECCA, Paschoal. *Crimes contra a economia popular e sua repressão*. São Paulo: Saraiva, 1985. Milton Azevedo, escrevendo em 1986, comenta que a Lei nº 1.521/1951, apesar de estar em plena vigência à época, havia sido de um modo geral relegada ao abandono há cerca de 20 anos daquele momento, quando estaria sendo “ressuscitada” em razão das reformas econômicas que se operavam no governo Sarney a partir dos Decretos-leis nº 2.283 e 2.284, de 27 fevereiro e 10 de março de 1986, respectivamente, que introduziram o congelamento de preços. Entre os julgados decorrentes desse “renascimento” que foram analisados pelo autor em sua obra, não há nenhum sobre questões antitruste. Cf. AZEVEDO, Milton. *Comentários à lei de economia popular*. Rio de Janeiro, Livreiros, Editores e Distribuidores Ltda., 1986, p. 6-7, 46-51. Antônio Lopes Neto e José Maria Zucheratto, escrevendo em 1987 sobre a Lei nº 1.521/1951, também não registram casos envolvendo seus dispositivos antitruste – exceção quanto ao inciso I do art. 2º (recusa de venda), o qual, no entanto, não é analisado pelos autores como dispositivo antitruste, mas sim de proteção ao consumidor. Cf. LOPES NETO, Antônio; ZUCHERATTO, José Maria. *Defesa da economia popular*. Belo Horizonte: Del Rey, 1987.

Da mesma forma, a Lei nº 4.137/1962 foi acionada pelo governo para colaborar no combate à inflação e o Cade foi reativado no Governo Sarney, o que pode ser efetivamente considerado o marco do início do despertar da defesa da concorrência. Em mensagem publicada na edição da revista do órgão, o então presidente assim se pronunciou sobre o papel que esperava ver exercido pelo Cade em seu governo:²⁷¹

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE representa papel de grande importância no meu Governo que é, como sempre tenho dito, um Governo voltado para o social, para a defesa dos pequenos, carentes e oprimidos. O CADE deve constituir-se numa cidadela de luta contra o abuso do poder econômico que sufoca o consumidor. Numa época difícil, em que vários fatores contribuem para as dificuldades de produção, em que a ganância de muitos se exercita diariamente sobre os desprotegidos da sorte, um órgão como o CADE, do Ministério da Justiça, precisa ser moderno, de operação veloz, funcional, a fim de corresponder às suas relevantes atribuições. Estou certo de que o CADE ajudará meu Governo a oferecer aos brasileiros melhores dias, em que imperem a justiça e a honestidade – e o abuso do poder econômico seja combatido e banido. Que a revista deste novo CADE divulgue em todos os quadrantes do País o trabalho que o órgão vem realizando em benefício do fraco contra o forte, do oprimido contra o opressor, e que oriente e defenda o consumidor.

No período do Governo Sarney, no entanto, embora a questão dos monopólios e cartéis tivesse voltado a gravitar o discurso político do governo, diante do problema crônico da inflação e dos inúmeros planos de estabilização econômica que se sucederam, à exemplo da aplicação da Lei 1.521/51, a atuação do Cade após essa primeira tentativa de renascimento não chegou resultar em processos relevantes ou em efetiva implementação de política de defesa da concorrência. Foi, de qualquer forma, importante para colocar novamente o Cade e a defesa da concorrência como foco das prioridades políticas.

4.2.2 Período de 1990 a 2011

O início do governo Collor, em 1990, com uma forte influência neoliberal, marca o começo da guinada na agenda contraditória de defesa da concorrência adotada pelo Governo Sarney (que, ao mesmo tempo que ressuscitava o Cade para combater os abusos do poder econômico fazia do CIP um verdadeiro *locus* de cartelização dos mercados).

²⁷¹ SARNEY, José. Em defesa dos pequenos. *Revista de Direito Econômico*, jan. 1996. Apud BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2013, p. 51.

Combinando uma redução significativa dos níveis de proteção tarifários, um encolhimento da dimensão do Estado (tanto em termos de presença estatal como de subsídio a tarifas públicas) – justificado pela busca por um maior equilíbrio fiscal – e uma redução muito elevada dos níveis de liquidez (por meio do congelamento de ativos financeiros),²⁷² a política econômica do governo Collor buscava dar um “choque de eficiência e qualidade” no parque empresarial brasileiro.²⁷³

A concorrência passava a ser vista no contexto das políticas do governo como instrumento de promoção da eficiência dinâmica, não mais apenas por seus aspectos distributivos (sua capacidade de financiar e proteger uma indústria nascente).²⁷⁴ E a eliminação dos cartéis foi considerada peça chave para modernização da economia. Para tanto, entendeu-se necessário dar início a um amplo processo de reforma da legislação de defesa da concorrência, que incluiu uma nova legislação penal, uma nova legislação administrativa e uma nova autoridade concorrencial (a SNDE), a qual, inclusive, chegou a incorporar algumas das atribuições do Cade durante um determinado período tempo.²⁷⁵

²⁷² GREMAUD, Amaury Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JÚNIOR, Rudinei. *Economia brasileira contemporânea*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 451-461.

²⁷³ Vide discurso do Presente Collor discurso no lançamento do “Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade”, em 7 de novembro de 1990. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/fernando-collor/discursos/1990/121.pdf>>. Acesso em 22 dez. 2016.

²⁷⁴ Em discurso de lançamento do “Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade”, em 7 de novembro de 1990, Collor assim se manifestou sobre seus objetivos de política econômica, com a substituição da política industrial pelos instrumentos de mercado como forma de aumentar a eficiência e competitividade da indústria nacional: “Estamos construindo um Brasil novo a partir de profundas transformações na definição das prioridades nacionais, sobretudo na área social, na gestão dos recursos públicos, no relacionamento do Governo com a sociedade e na condução da política econômica. É este o espírito com que está sendo implementada a política industrial e de comércio exterior, que propiciará a modernização da indústria nacional. É este o espírito com que estamos lançando hoje o Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade.

As ações no campo do desenvolvimento industrial realizam uma estratégia fundamental: a reestruturação da indústria brasileira baseada na criação de um ambiente de maior competição no País.

A competição sadia é condição vital para uma economia de mercado contemporânea. Por isso, promovemos a liberação das importações e dos preços, avançamos com vigor os processos de desregulamentação e privatização, e agimos no nosso dia-a-dia, sem tréguas, para mudar o comportamento daqueles agentes econômicos que insistem em manter os seus privilégios, que apostam contra a estabilização e a verdadeira transformação nacional. O livre funcionamento das forças de mercado não é suficiente para que a indústria nacional se torne competitiva. É necessária a atuação do Governo promovendo e incentivando a busca da qualidade, da produtividade e da capacidade de inovação.” Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/fernando-collor/discursos/1990/121.pdf>>. Acesso em 22 dez. 2016.

²⁷⁵ NAVARRETE, Pedro Henrique. *As Origens do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: o Cade (1962-1994)*. 2013. 135 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2013, p. 86-112.

Todavia, mantendo a contradição que vinha desde o governo Sarney, preservou-se o uso de políticas de congelamentos de preços, em um aparente contrassenso com o novo modelo, mas justificado como uma medida transitória de desindexação.

Com o fracasso político do governo Collor, que resultou em seu processo de afastamento logo em 1992, Itamar Franco assumiu o poder, conferindo mais uma vez um papel ambíguo para a defesa da concorrência. Ainda em meio a um cenário de descontrole inflacionário, o novo governo, a despeito de abandonar as técnicas de congelamento, voltou a enxergar no Cade e na defesa da concorrência instrumentos auxiliares de estabilidade de preços.²⁷⁶ Assim, nesse espírito amplo com relação aos objetivos de defesa da concorrência que marcavam o período, foi editada a Lei nº 8.884/1994, que transformou o Cade em autarquia e conferiu novo *status* ao sistema concorrencial brasileiro.

Com o controle da inflação depois do Plano Real e a eleição de Fernando Henrique Cardoso, o papel da concorrência em substituição ao modelo de determinação estatal de preços (congelamentos e câmaras de preço) acabou se consolidando²⁷⁷ e a aplicação da lei passou de fato a refletir um modelo de defesa da concorrência como instrumento de mercado.

No cenário externo, conforme já mencionado no Capítulo 2, a agenda do Governo Clinton se consolidava, conferindo com um papel mais preponderante da concorrência como forma de possibilitar acesso a mercados. No ambiente de liberalização dos mercados que caracteriza a década de 1990, os cartéis internacionais voltaram a ser o foco de atenção da política de defesa da concorrência norte-americana, que partia então para um movimento expansionista de disseminação da cultura de combate a cartéis e de criminalização dessa conduta.

Essa agenda de cartéis, no entanto, somente repercute mais fortemente no Brasil já na década de 2000, quando alterações na Lei nº 8.884/1994 introduzem no direito concorrencial brasileiro, entre outros instrumentos relevantes, o Acordo de Leniência, viabilizando os primeiros passos de uma agenda de combate a cartéis estruturada. A persecução a cartéis emerge como prioridade de política concorrencial no primeiro e,

²⁷⁶ NAVARRETE, Pedro Henrique. *As Origens do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: o Cade (1962-1994)*. 2013. 135 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2013, p. 113-118.

²⁷⁷ CONSIDERA, Claudio Monteiro; CORRÊA, Paulo. *The political economy of anti-trust in Brazil from price control to competition policy*. 2002. Disponível em: <<http://www.professores.uff.br/claudioconsidera/artigos-revistas/The-Political-Economy-of-Anti-trust-final-081001.pdf>>. Acesso em 15 dez. 2016.

sobretudo, segundo governo Lula, quando o foco da defesa da concorrência parece transitar de instrumento de indução de eficiência das empresas para instrumento de proteção do mercado consumidor doméstico. Ou seja, novamente o *locus* de justificativa da defesa da concorrência parece ir gradualmente retirando peso do aspecto dinâmico dos efeitos dos cartéis para concentrar-se no aspecto estático (alocativo), mas desta vez com viés oposto ao do período de industrialização: a proteção do consumidor e não da empresa nascente ou do financiamento da expansão do parque industrial. A partir de então, com as decisões do Cade conferindo *status* de infração *per se* aos cartéis (embora sem que assim estivessem expressamente qualificados na legislação), esses esquemas passam a ser percebidos apenas como “ruins”, desaparecendo qualquer qualificação ou referência a “cartéis bons” nos discursos ou decisões envolvendo o tema.

Assim, ao final desse processo de despertar da defesa da concorrência, iniciado ainda no começo da redemocratização e impulsionado em meados da década de 1990, o país acabou convergindo para uma política mais próxima daquela disseminada pela agenda americana – de ordem microeconômica – modificando quase seis décadas de interpretação ambígua com relação ao impacto econômico dos cartéis e seu tratamento jurídico.

A seguir, apresentamos a evolução e os reflexos desse contexto interno e externo no renascimento da defesa da concorrência no país, o que se fará pela análise, em sequência cronológica, dos novos instrumentos jurídicos que foram sendo elaborados para dela tratar, criminal, administrativa e civilmente (esse último aspecto em especial pelas alterações promovidas pela Lei n 8.884/1994 na Lei de Ação Civil Pública).

4.2.3.1 Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990

Em 1990, já no governo Collor, mas ainda no começo dessa transição de influência neoliberal, houve a edição da nova legislação penal de proteção da ordem econômica, a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que definiu vários crimes contra a ordem econômica puníveis com reclusão de 2 a 5 anos ou multa, dentre os quais os ajustes e acordos anticompetitivos. Essa lei, entretanto, ainda apresentava muitos resquícios do período anterior, com vários de seus dispositivos dedicados ao controle de preços, uma vez que que, nesse momento, esse ainda era o principal problema a ser controlado pelo governo:

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante:²⁷⁸

- a) ajuste ou acordo de empresas;²⁷⁹
- b) aquisição de acervos de empresas ou cotas, ações, títulos ou direitos;²⁸⁰
- c) coalizão, incorporação, fusão ou integração de empresas;²⁸¹
- d) concentração de ações, títulos, cotas, ou direitos em poder de empresa, empresas coligadas ou controladas, ou pessoas físicas;²⁸²
- e) cessação parcial ou total das atividades da empresa;²⁸³
- f) impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente.²⁸⁴

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

- a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;
- b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;
- c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

III - discriminar preços de bens ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;²⁸⁵

IV - açambarcar, sonegar, destruir ou inutilizar bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;²⁸⁶

V - provocar oscilação de preços em detrimento de empresa concorrente ou vendedor de matéria-prima, mediante ajuste ou acordo, ou por outro meio fraudulento;²⁸⁷

VI - vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência;²⁸⁸

VII - elevar, sem justa causa, os preços de bens ou serviços, valendo-se de monopólio natural ou de fato.²⁸⁹

²⁷⁸ Dispositivo posteriormente alterado pela Lei nº 12.529/11, resultando na seguinte redação: “I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas”.

²⁷⁹ Dispositivo posteriormente revogado pela Lei nº 12.529/11.

²⁸⁰ Dispositivo posteriormente revogado pela Lei nº 12.529/11.

²⁸¹ Dispositivo posteriormente revogado pela Lei nº 12.529/11.

²⁸² Dispositivo posteriormente revogado pela Lei nº 12.529/11.

²⁸³ Dispositivo posteriormente revogado pela Lei nº 12.529/11.

²⁸⁴ Dispositivo posteriormente revogado pela Lei nº 12.529/11.

²⁸⁵ Dispositivo posteriormente revogado pela Lei nº 12.529/11.

²⁸⁶ Dispositivo posteriormente revogado pela Lei nº 12.529/11.

²⁸⁷ Dispositivo posteriormente revogado pela Lei nº 12.529/11.

²⁸⁸ Dispositivo posteriormente revogado pela Lei nº 12.529/11.

²⁸⁹ Dispositivo posteriormente alterado pela Lei nº 8.884/94, resultando na seguinte redação: “VII - elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado”. Com a Lei nº 12.529/11, o dispositivo foi revogado.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.²⁹⁰

Art. 5º Constitui crime da mesma natureza:²⁹¹

I - exigir exclusividade de propaganda, transmissão ou difusão de publicidade, em detrimento de concorrência;

II - subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço;

III - sujeitar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de quantidade arbitrariamente determinada;

IV - recusar-se, sem justa causa, o diretor, administrador, ou gerente de empresa a prestar à autoridade competente ou prestá-la de modo inexato, informando sobre o custo de produção ou preço de venda.

Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso IV.

Art. 6º Constitui crime da mesma natureza:²⁹²

I - vender ou oferecer à venda mercadoria, ou contratar ou oferecer serviço, por preço superior ao oficialmente tabelado, ao regime legal de controle;

II - aplicar fórmula de reajustamento de preços ou indexação de contrato proibida, ou diversa daquela que for legalmente estabelecida, ou fixada por autoridade competente;

III - exigir, cobrar ou receber qualquer vantagem ou importância adicional de preço tabelado, congelado, administrado, fixado ou controlado pelo Poder Público, inclusive por meio da adoção ou de aumento de taxa ou outro percentual, incidente sobre qualquer contratação.

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, ou multa. (g.n.)

Como se observa, pela primeira vez aparece a fórmula do ilícito “contra a ordem econômica”, dentre os quais a lei incluiu os abusos do poder econômico, previstos principalmente em seu art. 4º. O artigo regulamentou penalmente, portanto, o art. 173, § 4º, da Constituição Federal de 1988²⁹³, conferindo aos ilícitos nela previstos tanto estruturas que enfatizam o elemento finalístico (e volitivo/intencional) do ato, por meio das expressões “visando” e “com e fim de”, quanto estruturas que enfatizam determinado estado de coisas

²⁹⁰ Dispositivo posteriormente alterado pela Lei nº 12.529/11, resultando na seguinte redação: “Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa”.

²⁹¹ Dispositivo posteriormente revogado pela Lei nº 12.529/11.

²⁹² Dispositivo posteriormente revogado pela Lei nº 12.529/11.

²⁹³ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...)

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

ou, em certa medida, determinados efeitos, alcançados por meio de certos atos, a partir de expressões do tipo “mediante”, “por [meio de]” e “valendo-se de”. Os ajustes anticompetitivos na forma de cartéis foram caracterizados de ambas as formas:

- (i) Art. 4º, inciso I, alínea *a*: abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante ajuste ou acordo de empresas;
- (ii) Art. 4º, inciso II, alíneas *a* e *b*: formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas e ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas.

No primeiro caso, do inciso I, o crime é de abuso de poder econômico, definido como sendo a dominação de mercados ou a eliminação total ou parcial da concorrência, desde que alcançado *por meio* de acordo entre empresas. A ênfase está em proibir o próprio estado de abuso de poder econômico, desde que alcançado por determinado meio, no caso da alínea *a*, o acordo entre empresas. A ênfase está, portanto, em coibir a produção dos efeitos do acordo no mercado.

Já no segundo caso, do inciso II, o crime é de formação de acordo entre ofertantes realizado com a *finalidade* de fixar preços ou quantidades ou de dividir mercados. A ênfase está em proibir o próprio acordo em si, desde que tenha sido realizado para atingir determinadas finalidades. A ênfase está, portanto, em coibir a finalidade do acordo e não seu resultado ou mesmo independentemente do seu resultado ou efeito.

Como se observa, a Lei nº 8.137/1990 conferiu tratamento aos cartéis que os tornam ilícito tanto por sua finalidade (seu objeto) quanto por seus efeitos. Em todo caso, sendo de natureza penal, é condição necessária para a caracterização de qualquer dos crimes previstos na Lei nº 8.137/1990 a identificação do dolo do agente infrator.

Cumprido notar que, em 2011, com a entrada em vigor da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, foram revogados vários dispositivos sobre crimes contra a ordem econômica previstos na Lei nº 8.137/1990, remanescendo apenas aqueles mais diretamente relacionados a cartéis: art. 4º, inciso I, alínea *a*, e inciso II, alíneas *a*, *b*, e *c*. A penalidade cabível para os crimes remanescentes também sofreu alteração, passando de 2 (dois) a 5 (cinco) anos *ou* multa para 2 (dois) a 5 (cinco) anos *e* multa. Aparentemente, o legislador considerou muito excessiva a repressão às demais infrações contra a ordem econômica pela

esfera penal, preferindo restringir essa via à coibição dos cartéis, prática que também considerou merecer a aplicação de sanções em tese mais rigorosas.

Diferentemente das legislações criminais anteriores, a Lei nº 8.137/1990 tem encontrado alguma aplicação em casos de cartel, especialmente em casos de cartéis na revenda de combustíveis e nos casos de cartéis decorrentes de acordos de leniência celebrados pelo Cade a partir de 2000.²⁹⁴ Com efeito, nas décadas de 2000 e 2010, em razão dos conveniêncios de cooperação técnica celebrados entre a SDE/MJ e o Cade com órgãos de persecução criminal, bem como após a iniciativas de coordenação entre ambas as esferas por intermédio da Estratégia Nacional de Combate a Cartéis (ENACC), a investigação criminal de cartéis disseminou de forma relevante, como será melhor explorado nas Seções 4.2.3.4 e 5.1.

4.2.3.2 Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991

No âmbito das reformas liberalizantes operadas pelo Governo Collor, o Cade e a legislação antitruste começaram a ser repensados e reformulados. A defesa da concorrência passou a ser vista pelo governo como instrumento prioritário de modernização da economia, necessário para promover a alteração na estrutura oligopolizada e cartelizada do país que criava distorções para o livre jogo dos mercados. Para tanto, entedia-se necessário reformular a Lei nº 4.137/1962 e desburocratizar o Cade.²⁹⁵

Em 1991, após uma sucessão de medidas provisórias que haviam criado a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE) e esvaziado várias das funções do Cade, o governo Collor conseguiu aprovação do Congresso para a Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991, a qual instituiu normas para a defesa da concorrência e deu outras providências, como a redefinição da estrutura dos ilícitos concorrenciais, conforme se observa abaixo:

Art. 2º A Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE) atuará de forma a evitar que as seguintes distorções possam ocorrer no mercado:

²⁹⁴ MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal. São Paulo: Singular, 2013, p. 357-362.

²⁹⁵ NAVARRETE, Pedro Henrique. *As Origens do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: o Cade (1962-1994)*. 2013. 135 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2013, p. 101-.

- a) a fixação de preços dos bens e serviços abaixo dos respectivos custos de produção, bem como a fixação artificial das quantidades vendidas ou produzidas;
- b) o cerceamento à entrada ou à existência de concorrentes, seja no mercado local, regional ou nacional;
- c) o impedimento ao acesso dos concorrentes às fontes de insumos, matéria-prima, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição.
- d) o controle regionalizado do mercado por empresas ou grupos de empresas;
- e) o controle de rede de distribuição ou de fornecimento por empresas ou grupo de empresas;
- f) a formação de conglomerados ou grupos econômicos, por meio de controle acionário direto ou indireto, bem como de estabelecimento de administração comum entre empresas, com vistas a inibir a livre concorrência.

Art. 3º Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados, tais como:

I - impor preços de aquisição ou revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas e margens de lucro, bem assim estabelecer preços mediante a utilização de meios artificiosos;

II - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

III - dividir os mercados de produtos acabados ou semi-acabados, ou de serviços, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;

IV - fixar ou praticar, em conluio com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

V - regular mercados mediante acordo visando a limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção e a distribuição de bens e serviços;

VI - dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços;

VII - recusar, injustificadamente, a venda de bens ou a prestação de serviço, dentro das condições de pagamento normais aos usos e praxes comerciais;

VIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;

IX - dificultar ou romper a continuidade de relações comerciais de prazo indeterminado, com o objetivo de dominar o mercado ou causar dificuldades ao funcionamento de outra empresa;

X - impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XI - abandonar, fazer abandonar ou destruir lavoura ou plantações, com o fim de dificultar ou impedir a concorrência ou obter lucro arbitrário;

XII - destruir, inutilizar ou açambarcar sem justificada necessidade, matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir ou inutilizar equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los, transportá-los, ou dificultar a sua operação;

XIII - vender mercadoria ou prestar serviços sem margem de lucro, visando à dominação do mercado;

XIV - importar ou exportar mercadoria ou comercializá-la abaixo do preço praticado no país exportador em prejuízo de concorrente com estabelecimento no Brasil;

XV - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

XVI - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas;

XVII - constituir ou participar de associação ou entidade de qualquer natureza cuja finalidade ou efeitos configurem quaisquer das práticas vedadas por esta lei;

XVIII - agir ou omitir-se, em conluio com concorrentes, mediante condutas paralelas cuja finalidade ou efeitos tipifiquem quaisquer das práticas indicadas nesta lei.

Como se constata, uma nova fórmula foi adotada pelo art. 3º da Lei nº 8.158/1991 para o ilícito concorrencial: a da “infração da ordem econômica”, a qual se mantém até hoje na esfera administrativa. Pela lei de 1991, a infração da ordem econômica foi caracterizada como sendo “qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática” *tendo por objeto ou produzindo os efeitos* (i) “de dominar mercado de bens ou serviços”; (ii) “prejudicar a livre concorrência” ou (iii) “aumentar arbitrariamente os lucros”, *ainda que os fins visados não sejam alcançados*.

Com isso, as fórmulas constitucionais de caracterização do abuso de poder econômico, quais sejam “dominação dos mercados”, “eliminação da concorrência” e “aumento arbitrário dos lucros” se fizeram presentes na caracterização da “infração da ordem econômica”, porém a “eliminação da concorrência” foi ligeiramente abrandada para “prejuízo à concorrência”.

A controvérsia sempre presente entre a opção de caracterização do ilícito por seu elemento finalístico/intencional ou pelos seus efeitos foi resolvida pelo legislador da Lei nº 8.158/1991 pela opção de caracterização do ilícito de ambas as formas, como, de certa forma, também já havia sido feito por meio de estruturas diferentes na Lei nº 8.137/1990. Assim, pela Lei nº 8.158/1991, a “infração da ordem econômica” estaria caracterizada quando *tivesse por objeto ou produzisse os efeitos* previstos no caput do art. 3º. No entanto, conforme

disposto no art. 22 da lei, os efeitos deveriam ser sempre privilegiados quando da análise da conduta, mesmo na ausência de dolo ou culpa dos agentes:

Art. 22. Na apuração e correção dos atos ou atividades previstos nesta lei, a autoridade levará em conta, primordialmente, os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, ainda que não se caracterize dolo ou culpa dos agentes causadores.

Nos incisos do art. 3º Lei nº 8.158/1991 vieram previstos exemplos de condutas que poderiam configurar “infrações da ordem econômica”. Tendo em vista que o legislador fez uso da expressão “tais como” antes de apresentar a listagem das condutas consideradas ilícitas, foi utilizada a técnica de apresentação de rol não taxativo de condutas que podem configurar infração administrativa contra a ordem econômica. Nesse rol exemplificativo, vieram previstas algumas condutas caracterizáveis como cartel ou acordos ilícitos entre concorrentes de forma mais ampla (expressos ou tácitos):

- (i) divisão de mercados entre concorrentes, elencada no inciso III: “dividir os mercados de produtos acabados ou semi-acabados, ou de serviços, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários”;
- (ii) conluio para fixação de preços e condições de venda ou prestação de serviços, elencado no inciso IV: “fixar ou praticar, em conluio com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços”;
- (iii) acordo de regulação privada de mercados, elencado no inciso V: “regular mercados mediante acordo visando a limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção e a distribuição de bens e serviços”;
- (iv) cartel em sindicato e associações, elencado no inciso XVII: “constituir ou participar de associação ou entidade de qualquer natureza cuja finalidade ou efeitos configurem quaisquer das práticas vedadas por esta lei”;
- (v) comportamento paralelo entre concorrentes, comissivos ou ou omissivos, elencado no inciso XVIII: “agir ou omitir-se, em conluio com concorrentes, mediante condutas paralelas cuja finalidade ou efeitos tipifiquem quaisquer das práticas indicadas nesta lei”.

No sistema da Lei nº 8.137/1990, as competências de apuração das “infrações da ordem econômica” foram transferidas do Cade para SNDE, conforme arts. 4º a 6º. As competências de repressão e aplicação foram divididas entre os dois órgãos, conforme arts.

7º e 15. As penalidades de competência do Cade eram as multas previstas na Lei nº 4.137/1962 e a recomendação de desapropriação constante do art. 15 da Lei nº 8.137/1999. As penalidades de competência da SNDE eram as sanções introduzidas pelo art. 7º da Lei nº 8.137/1990, consistentes na (i) declaração de inidoneidade do agente para fins de habilitação em licitação ou contratação, promovendo a publicação do ato no órgão oficial; (ii) inscrição do agente no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; (iii) recomendação de que não seja concedido ao agente parcelamento de tributos federais por ele devidos:

Art. 4º A SNDE atuará de ofício, mediante provocação de órgão ou entidade de Administração Pública ou em razão de representação de qualquer interessado.

Art. 5º A SNDE, tomando conhecimento, fundada em provas ou indícios, da ocorrência de ilícito previsto nesta lei, notificará, no prazo de oito dias, o agente apontado como responsável para prestar esclarecimentos no prazo de quinze dias, prorrogável a juízo e na extensão que a SNDE considerar adequada à espécie.

§ 1º É facultado ao agente, juntamente com os esclarecimentos fornecidos, apresentar defesa prévia bem como requerer a produção de provas de qualquer natureza e pertinentes à denúncia.

§ 2º Para efeito de apuração das ocorrências, a SNDE poderá determinar a realização das diligências cabíveis, bem como requisitar, em caráter confidencial, do agente de qualquer órgão ou entidade da Administração Pública, de empresas, firmas individuais, estabelecimentos, administradores ou controladores, o fornecimento, no prazo de quinze dias, prorrogável na forma do "caput", de documentos, informações ou esclarecimentos que julgar necessários.

§ 3º Quando a ocorrência versar sobre a baixa artificial de preço, mediante importação, no todo ou em parte, de produto estrangeiro, a SNDE deverá, ainda, comunicar o fato ao Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento para a adoção das medidas cabíveis.

Art. 6º Analisado o material coligido na forma do disposto no artigo precedente, a SNDE, alternativamente:

a) arquivará o processo se, fundamentalmente, considerar inexistentes ou insubsistentes as ocorrências que determinaram a respectiva instauração; ou, caso contrário:

b) encaminhará relatório ao agente a fim de que este, em quinze dias, prorrogáveis a juízo e na extensão que a SNDE considerar adequada à espécie, deduz sua defesa comprovando a improcedência da representação.

Art. 7º Verificada a procedência da representação, a SNDE, em circunstanciado relatório final, que evidenciará os fundamentos de seu juízo, recomendará ao agente as medidas de correção cabíveis, com fixação de prazo para o seu atendimento, e encaminhará o processo ao Cade para as medidas de sua competência, as quais serão adotadas no prazo de cento e vinte dias, prorrogáveis por mais noventa dias.

§ 1º Desatendida a recomendação, a SNDE providenciará, conforme o caso, cumulativa ou alternadamente:

- a) a declaração de inidoneidade do agente para fins de habilitação em licitação ou contratação, promovendo a publicação do ato no órgão oficial;
- b) a inscrição do agente no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;
- c) a recomendação de que não seja concedido ao agente parcelamento de tributos federais por ele devidos; e
- d) solicitará ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) que delibere, liminarmente, sobre a prática ilícita e determine sua imediata cessação, se for o caso, até final julgamento do processo.

§ 2º As providências tomadas pela SNDE, nos termos deste artigo, permanecerão em vigor até o completo atendimento, pelo agente, do inteiro teor da recomendação, observado o disposto no § 3º.

§ 3º Verificando a SNDE o completo atendimento, pelo agente, das recomendações, e desde que não se trate de reincidência, serão canceladas as sanções adotadas nos termos das alíneas a, b e c do § 1º, e feita a devida comunicação ao Cade, que deliberará sobre a suspensão ou não dos procedimentos porventura iniciados.

§ 4º Em caso de reincidência, as sanções aplicadas pela SNDE permanecerão em vigor por um período não inferior a doze meses nem superior a trinta e seis meses, contados da data do reconhecimento, pelo órgão, da cessação das práticas daquelas sanções.

(...)

Art. 15. Por infração a esta lei ou à Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, o Cade poderá recomendar a desapropriação de empresas, de suas ações ou quotas, as quais deverão ser, no mais breve tempo possível, objeto de alienação mediante licitação ou em bolsas de valores.

Outra alteração importante trazida pela Lei nº 8.158/1991 foi a reintrodução do controle de estruturas no país, o que foi feito mediante a alteração do art. 74 da Lei nº 4.137/1962, que até fazia referência expressa apenas à aprovação e registro de acordos entre concorrentes:

Art. 13. O art. 74 da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 74. Os ajustes, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas, somente serão considerados válidos desde que, dentro do prazo de trinta dias após sua realização, sejam apresentados para exame e anuência da SNDE, que para sua aprovação deverá considerar o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:

- a) tenham por objetivo aumentar a produção ou melhorar a distribuição de bens ou o fornecimento de serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico ou incrementar as exportações;
- b) os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, do outro;
- c) não sejam ultrapassados os limites estritamente necessários para que se atinjam os objetivos visados;

d) não implique a eliminação da concorrência de uma parte substancial do mercado de bens ou serviços pertinentes.

§ 1º Também poderão ser considerados válidos os atos de que trata este artigo, ainda que não atendidas todas as condições previstas no " caput" , quando a restrição neles contida for necessário por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que a restrição tenha duração pré-fixada e, ao mesmo tempo, se comprove que, sem a sua prática, poderia ocorrer prejuízo ao consumidor ou usuário final.

§ 2º Incluem-se nos atos de que trata o " caput" , aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer outra forma de agrupamento societário ou concentração econômica, cuja consequência implique a participação da empresa ou grupo de empresas resultante, em vinte por cento de um mercado relevante de bens ou serviços.

§ 3º A validade dos atos de que trata este artigo, desde que aprovados pela SNDE, retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo órgão no prazo de sessenta dias após sua apresentação, serão automaticamente considerados válidos, perfeitos e acabados, salvo se, comprovadamente, seus participantes deixarem de apresentar eventuais esclarecimentos solicitados ou documentos necessários ao exame dentro dos prazos marcados pela SNDE, hipótese em que o prazo de exame ficará prorrogado na proporção do atraso na apresentação dos elementos solicitados.

§ 4º Se os ajustes, acordos ou convenções de que trata este artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou se deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, a SNDE, na eventualidade de concluir pela sua não aprovação, deverá determinar as providências cabíveis às partes no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência pelo qual sejam eliminados os efeitos nocivos à concorrência que deles possam advir.

§ 5º Poderão as partes que pretenderem praticar atos de que trata este artigo, previamente à sua realização, consultar a SNDE sobre a validade dos atos a serem celebrados, devendo a consulta respectiva ser apreciada no prazo de sessenta dias, considerando-se a falta de resposta nesse prazo como concordância com a realização do ato, ressalvada a ocorrência de fato previsto na parte final do § 3º acima.

§ 6º Sem prejuízo das demais combinações legais, inclusive aquelas constantes do art. 11 da Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 7.784, de 28 de junho de 1989, se for o caso, a não apresentação dos atos previstos neste artigo para registro e aprovação implicará a abertura de processo na SNDE, para as providências de sua competência." (g.n.)

O art. 74 da Lei nº 4.137/1962, portanto, agora seria aplicável tanto aos acordos entre concorrentes quanto aos atos de concentração econômica. O controle era posterior à realização do ato. O responsável pela aprovação não mais seria o Cade e sim a SNDE, que deveria atender os critérios de análise agora previstos no texto da lei, alíneas *a* à *d* do *caput*,

bem como § 1º. Pelos critérios da lei, os acordos entre concorrentes e atos de concentração somente poderiam ser aprovados se, de forma cumulativa, (i) tivessem por objetivo aumentar a produção ou melhorar a distribuição de bens ou o fornecimento de serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico ou incrementar as exportações; (ii) os benefícios decorrentes fossem distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, do outro; (iii) não fossem ultrapassados os limites estritamente necessários para que se atinjam os objetivos visados; e (iv) não implicassem a eliminação da concorrência de uma parte substancial do mercado de bens ou serviços pertinentes. Não alcançados todos esses objetivos, poderiam ainda ser aprovados quando a restrição neles contida fosse necessária por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que a restrição tivesse duração pré-fixada e, ao mesmo tempo, caso se comprovasse que, sem a sua prática, poderia ocorrer prejuízo ao consumidor ou usuário final.

A nova lei vigorou em coexistência com a Lei 4.137/1962 e também com a legislação penal. Chegou a ter aplicação relevante, tendo o Cade julgado alguns casos significativos no período.²⁹⁶ No entanto, a política de combate a cartéis acabou não sendo efetivada, de acordo com especialistas, em razão da precariedade de recursos humanos e operacionais da SNDE e do Cade.²⁹⁷ A Lei nº 8.158/1991, ademais, acabou tendo vida curta, eis que, já em 1994, no Governo Itamar Franco, foi revogada pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

4.2.3.3 Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993

Em 1993, foi editada a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Essa lei regulamentou o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública, dentre as quais a definição de crimes em procedimentos licitatórios, como o de cartel em licitações públicas, punível com detenção de 2 anos e multa:

²⁹⁶ NAVARRETE, Pedro Henrique. *As Origens do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: o Cade (1962-1994)*. 2013. 135 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2013, p. 110.

²⁹⁷ NAVARRETE, Pedro Henrique. *As Origens do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: o Cade (1962-1994)*. 2013. 135 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2013, p. 111-112.

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Como se observa, as fórmulas utilizadas pela Lei nº 8.666/1993 para caracterizar o crime de cartel em licitações são diferentes das utilizadas pelas demais legislações que cuidam de cartel. Não se fala em “crime contra a economia popular”, “crime contra a ordem econômica” ou “abuso do poder econômico”, mas em “frustração ou fraude ao caráter competitivo da licitação”. Isso porque o bem protegido pela lei não é concorrência diretamente, mas sim a isonomia entre os licitantes e obtenção de proposta mais vantajosa para a Administração Pública.²⁹⁸

A estrutura do ilícito cuida de coibir determinado estado de coisas ou, em certa medida, determinado efeito, alcançado por meio de certos atos e com uma finalidade específica. A lei proíbe, assim, um *resultado*, de frustração ou fraude do caráter competitivo do procedimento licitatório, alcançado *mediante* “ajuste, combinação ou qualquer outro expediente” realizado *com o intuito* “de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente do objeto da adjudicação da licitação”. Lei nº 8.666/1993 um mesmo dispositivo definidor do ilícito confere ênfase tanto na coibição da produção dos efeitos do acordo no processo licitatório quanto na finalidade com o qual foi adotado.

Note-se que, sendo o art. 90 da Lei nº 8.666/1993 de natureza penal, é condição necessária para a caracterização do crime nele previsto a identificação do dolo do agente infrator.

A Lei nº 8.666/1993, embora não trate diretamente de uma lei de natureza antitruste, constitui, a partir do dispositivo analisado acima, instrumento de natureza criminal presente no regime jurídico da política de combate a cartéis, encontrando-se em vigor até hoje. Em razão da crescente importância que tem sido conferida à persecução a cartéis em licitações no Brasil (em especial quando associado a crimes de corrupção), tema que ser abordado nas próximas Seções, trata-se de legislação que tem ganhado cada vez mais relevância para a política de defesa da concorrência brasileira.

²⁹⁸ Vide: “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

4.2.3.4 Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994

Em 1994, foi promulgada uma nova lei antitruste pelo governo Itamar Franco, a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Essa lei revogou as Leis nº 4.137/1962 e 8.158/1991, transformou o Cade em Autarquia, dispôs sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e deu outras providências. No âmbito da Lei nº 8.884/94 foi criado o chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que era então composto pelo Cade, pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ)²⁹⁹, e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF)³⁰⁰. Enquanto o Cade era competente para julgar e punir as apurações dos ilícitos concorrenciais e para decidir sobre aprovação ou reprovação dos atos e contratos, a SDE/MJ e a SEAE/MF compartilhavam competências instrutórias sobre tais questões, as quais resultavam em pareceres opinativos e não vinculantes remetidos ao Cade.

Sob a égide da Lei nº 8.884/94, os ilícitos concorrenciais, tipificados no art. 20, foram definidos a partir da fórmula, já utilizada na Lei nº 8.158/1991, de “infrações da ordem

²⁹⁹ A Secretaria de Direito Econômico era a nova denominação da Secretaria Nacional de Direito Econômico.

³⁰⁰ A SEAE foi criada logo depois da entrada em vigor da lei, em janeiro de 1995, como consequência do desmembramento da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda (SPE/MF), que tinha competências previstas na Lei nº 8.884/94 para atuar no controle de condutas e de estruturas por ela disciplinados (vide arts. 38 e 54). No sítio eletrônico da SEAE/MF, consta o seguinte relato acerca da base jurídica de sua estrutura organizacional: “A Seae foi criada em 1º de janeiro de 1995, por meio da Medida Provisória nº 813, como resultado do desmembramento da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda. Tendo em vista seu papel em questões relativas ao acompanhamento de preços e ao reajuste de tarifas públicas, herdou parte de estrutura de unidades do Executivo responsáveis, no passado, pelo controle de preços da economia, a exemplo do extinto Conselho Interministerial de Preços - CIP.

A questão do acompanhamento econômico, no entanto, é bastante anterior à criação da Seae, remetendo-se à Comissão Nacional de Estímulo à Estabilização de Preços - CONEP - criada, em 23 de fevereiro de 1965, no âmbito da Superintendência Nacional de Abastecimento - SUNAB. A CONEP estava autorizada a conceder estímulos de caráter fiscal e creditício a empresas que se comprometessem a manter estáveis, ou só aumentar com autorização prévia, os preços de seus produtos. Em 29 de agosto de 1968 foi instituído o Conselho Interministerial de Preços - CIP -, com a atribuição de fixar e fazer executar as medidas destinadas à implementação da sistemática reguladora de preços.

Em 24 de setembro de 1979 era criada, no âmbito da Presidência da República, a Secretaria Especial de Abastecimento e Preços - SEAP, sendo sucedida, em 10 de maio de 1990, pelo Departamento de Abastecimento e Preços, subordinado à Secretaria Nacional de Economia do extinto Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento.

Mais recentemente, em 19 de novembro de 1992, era instituída, no âmbito do Ministério a Secretaria de Política Econômica, que, desmembrada dois anos depois, deu origem à Secretaria de Acompanhamento Econômico.” Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/institucional/base-juridica>>. Acesso em 14 nov. 2016.

econômica”, que substituiu a dos “abusos do poder econômico”, de tradição no direito brasileiro desde a Constituição de 1946:

Art. 20. 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;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A parcela de mercado referida no parágrafo anterior é presumida como sendo da ordem de trinta por cento.³⁰¹

Como se observa, a infração da ordem econômica foi caracterizada como sendo “atos sob qualquer forma manifestados” *que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos* (i) “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”; (ii) “dominar mercado relevante de bens ou serviços” ou (iii) “aumentar arbitrariamente os lucros”; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante”, *ainda que tais efeitos não sejam alcançados*.

Da mesma forma que a Lei nº 8.158/1991, a controvérsia entre a opção de caracterização do ilícito por seu elemento finalístico/intencional ou pelos seus efeitos foi resolvida pelo legislador da Lei nº 8.884/1994 pela opção de caracterização do ilícito de ambas as formas. Assim, pela Lei nº 8.884/1994, a “infração da ordem econômica” estaria caracterizada quando *tivesse por objeto ou* pudesse produzir os efeitos previstos no caput do art. 3º. Os efeitos potenciais, assim, eram considerados suficientes para caracterizar o ilícito, em ligeira alteração em relação à Lei nº 8.158/1991, que falava em efeitos. Ademais, também diferentemente da Lei nº 8.158/1991, não houve a previsão de que os efeitos deveriam ser sempre privilegiados quando da análise da conduta, mesmo na ausência de dolo ou culpa dos

³⁰¹ Em 1995, o dispositivo foi alterado pela Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, e passou a ter a seguinte redação: “§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.”.

agentes. A Lei nº 8.884/1994 não fez essa hierarquização entre as duas formas de caracterização, mas expressamente estipulou que as infrações da ordem econômica poderiam ser configuradas “independentemente de culpa” do agente.

Destaque-se, ainda, que, para indicar as finalidades ou efeitos do ato capazes de configurar infração, foram utilizadas as mesmas fórmulas previstas na Constituição de 1988 para caracterizar os abusos de poder econômico, ligeiramente alteradas ou qualificadas.

A fórmula constitucional da “eliminação da concorrência” foi alterada para “limitação, falseamento ou qualquer forma de prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa”. Além de haver um abrandamento quanto à indispensabilidade de eliminação total da concorrência, a livre iniciativa foi incluída como elemento a ser preservado.

A fórmula constitucional da “dominação dos mercados” foi alterada para “dominação de mercado relevante de bens ou serviços”, trazendo para o texto da lei o conceito mais técnico do antitruste de mercado relevante.

A fórmula constitucional do “aumento arbitrário dos lucros”, a despeito das várias críticas e complexidades que traz dentro de si, permaneceu inalterada.

E, finalmente, uma nova fórmula foi também incluída: a do “exercício abusivo de posição dominante”. Conforme expressamente previsto no § 2º do art. 20, a posição dominante presente quando uma empresa ou grupo de empresas controlasse parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa. Essa parcela de mercado suficiente para conferir posição dominante, pelo § 3º, seria presumida como sendo da ordem de 30% (trinta por cento). Com alterações posteriormente promovidas no dispositivo pela Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, esse percentual passou a ser da ordem de 20% (vinte por cento), podendo ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

No art. 21, a Lei nº 8.884/1994 apresentou um rol exemplificativo de condutas que poderiam ser caracterizadas como infração da ordem econômica na forma do art. 20, conforme se observa abaixo com destaque para aquelas caracterizadoras de ilícitos de cartel:

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;

IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VII - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;

IX - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

XI - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

XII - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XIII - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XIV - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XV - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XVI - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XVII - abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações, sem justa causa comprovada;

XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;

XIX - importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário dos códigos Antidumping e de subsídios do Gatt;

XX - interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada;

XXI - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XXII - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;

XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:

I - o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade;

II - o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais;

III - o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis;

IV - a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos. (g.n.)

Como se verifica, nesse rol exemplificativo do art. 21, vieram previstas algumas condutas caracterizáveis como cartel, agora sem menção aos acordos tácitos:

- (i) acordo para fixação de preços e condições de venda ou prestação de serviços, elencado no inciso I: “fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços”;
- (ii) influência de conduta comercial uniforme, elencada no inciso II: “obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes”;
- (iii) divisão de mercados entre concorrentes, elencado no inciso III: “dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários”;
- (iv) cartel em licitações públicas, elencado no inciso VIII: “combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa”;

- (v) acordo de regulação privada de mercados, elencado no inciso X: “regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição”.

As penalidades previstas para a prática de infração da ordem econômica, prevista no art. 23 e seguintes da lei, eram as seguintes (i) multas, para as pessoas físicas e jurídicas envolvidas; (ii) publicação em jornal da decisão; (iii) proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação por prazo não inferior a cinco anos; (iii) inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; (iv) recomendação aos órgãos públicos competentes para que fosse concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator ou para que não fosse concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos; e/ou (v) cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos da infração na ordem econômica:

Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;

II - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador.

II - No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente. (Incluído pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)

Parágrafo único. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

Art. 24. Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

I - a publicação, em meia página e às expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas;

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos;

III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Art. 25. Pela continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica, após decisão do Plenário do CADE determinando sua cessação, ou pelo descumprimento de medida preventiva ou compromisso de cessação previstos nesta lei, o responsável fica sujeito a multa diária de valor não inferior a 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente, podendo ser aumentada em até vinte vezes se assim o recomendar sua situação econômica e a gravidade da infração. (...)

Art. 27. Na aplicação das penas estabelecidas nesta lei serão levados em consideração:

I - a gravidade da infração;

II - a boa-fé do infrator;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a consumação ou não da infração;

V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;

VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

VII - a situação econômica do infrator;

VIII - a reincidência.

Com relação ao controle de concentrações econômicas, na linha das alterações que já haviam sido introduzidas pela Lei nº 8.158/1991 com relação ao art. 74 da Lei nº 4.137/1962, a Lei nº 8.884/1994 estabeleceu, nos arts. 54 e seguintes, um sistema de análise *a posteriori* da legitimidade de atos e contratos que pudessem limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços:

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

§ 1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

§ 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em trinta por cento ou mais de mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a 100.000.000 (cem milhões) de Ufir, ou unidade de valor superveniente.³⁰²

§ 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SPE.³⁰³

§ 5º A inobservância dos prazos de apresentação previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) Ufir nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de Ufir a ser

³⁰² Em 2000, o dispositivo foi alterado pela Medida Provisórias nº 1.950-70, de 16 de novembro de 2000 e pela Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000, passando a vigorar com a seguinte redação: “§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).”.

³⁰³ Em 1995, o dispositivo foi alterado pela Lei nº 9.021, de 30 de março de 1995, passando a vigorar com a seguinte redação: “§ 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à Seae.”.

aplicada pelo CADE, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32.

§ 6º Após receber o parecer técnico da SPE, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do CADE, que deliberará no prazo de trinta dias.³⁰⁴

§ 7º A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo CADE no prazo de trinta dias estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados.³⁰⁵

§ 8º Os prazos estabelecidos nos §§ 6º e 7º ficarão suspensos enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo, solicitados pelo CADE, SDE ou SPE.

§ 9º Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do CADE, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.

§ 10. As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados à SDE, pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e pelo Departamento Nacional de Registro Comercial do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo (DNRC/MICT), respectivamente, no prazo de cinco dias úteis para, se for o caso, serem examinados.

Art. 55. A aprovação de que trata o artigo anterior poderá ser revista pelo CADE, de ofício ou mediante provocação da SDE, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados.

Art. 56. As Juntas Comerciais ou órgãos correspondentes nos Estados não poderão arquivar quaisquer atos relativos à constituição, transformação, fusão, incorporação ou agrupamento de empresas, bem como quaisquer alterações, nos respectivos atos constitutivos, sem que dos mesmos conste:

- I - a declaração precisa e detalhada do seu objeto;
- II - o capital de cada sócio e a forma e prazo de sua realização;
- II - o nome por extenso e qualificação de cada um dos sócios acionistas;

³⁰⁴ Em 1995, o dispositivo foi alterado pela Lei nº 9.021, de 30 de março de 1995, passando a vigorar com a seguinte redação: “§ 6º Após receber o parecer técnico da Seae, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do CADE, que deliberará no prazo de sessenta dias.”.

³⁰⁵ Em 1995, o dispositivo foi alterado pela Lei nº 9.021, de 30 de março de 1995, passando a vigorar com a seguinte redação: “§ 7º A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo CADE no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados.”.

V - o local da sede e respectivo endereço, inclusive das filiais declaradas;

V - os nomes dos diretores por extenso e respectiva qualificação;

VI - o prazo de duração da sociedade;

VII - o número, espécie e valor das ações.

Art. 57. Nos instrumentos de distrato, além da declaração da importância repartida entre os sócios e a referência à pessoa ou pessoas que assumirem o ativo e passivo da empresa, deverão ser indicados os motivos da dissolução. (g.n.)

O art. 54, assim, herdeiro de tradição pertinente ao art. 74 da Lei nº 4.137/1962, era apto à análise e aprovação tanto de acordos entre concorrentes quando de concentrações econômicas. Em tese, dada a redação do artigo, um acordo de cartel poderia ser submetido à aprovação do Cade, que teria que analisá-lo a partir dos §§ 1º e 2º. Conforme doutrina desenvolvida por Benjamim Shieber em referência ao art. 74 da Lei nº 4.137/1962, apresentada na Seção 3.7, essa análise de legitimidade, a ser realizada pela “regra da razão”, implicaria a necessidade de que fosse conferido o tratamento semelhante se a análise da mesma conduta fosse feita no âmbito do controle repressivo. Ou seja, a análise de infração de cartel por meio do controle repressivo deveria também comportar o exame de justificativas que eventualmente o legitimassem. Não foi esse, no entanto, o entendimento construído pelo Cade ao longo da evolução de sua jurisprudência sobre o tema. Cartéis clássicos (e *hard core cartéis*)³⁰⁶, pelo menos, passaram a ser considerados um espécie de ilícitos de análise *per se* (ou ilícitos pelo objeto)³⁰⁷, não havendo justificativas que pudessem ser consideradas plausíveis para sua permissão, entendimento que permanece sendo aplicado até hoje.

Para finalizar, é pertinente destacar, ainda, que, a Lei nº 8.884/1994, em seu art. 88, alterou dispositivos da Lei nº 7.347/1985, a Lei da Ação Civil Pública (ACP), para incluir no rol de danos patrimoniais e morais reprimíveis por meio da ACP aqueles causados por infrações da ordem econômica:

Art. 88. O art. 1º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação e a inclusão de novo inciso:

³⁰⁶ Sobre a diferença entre cartéis clássicos e cartéis *hard core*, vide Seção 2.1.1.3.

³⁰⁷ O voto *leading case* nesse sentido foi o proferido pelo Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado no julgamento do Cartel das Britas, Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14. Autos disponíveis em: http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuQpynCIZls_rHQcc3fMu8I2htJ1ahuckyi_C139hS_T2PibvtPEJzIW9XvH0ohE8tV6sCUfbvqgLqnfjoZZg,,>. Acesso em 5 jan. 2017.

"Art. 1º Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

.....
 V - por infração da ordem econômica."

Parágrafo único. O inciso II do art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 passa a ter a seguinte redação:

"Art.5º

.....
 II - inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

.....".

Essa alteração foi importante para aprimorar o controle civil de infrações da ordem econômica, até então cabível por meio da ação comum de reparação de danos individualmente sofridos. Com a modificação, criou-se mais um instrumento de persecução a danos difusos, coletivos e individuais homogêneos decorrentes de cartéis e infrações da ordem econômica de um modo geral.

A Lei nº 8.884/1994 permaneceu em vigência por mais de 17 anos e, pela primeira vez, tivemos uma Lei de Defesa da Concorrência com aplicação vigorosa. Durante todo o período que ficou em vigor, foram mais de 8 mil processos analisados pelo Cade, entre processos administrativos de investigação de condutas anticompetitivas e atos de concentração analisados pelo Cade³⁰⁸.

No que toca especificamente aos cartéis, a efetividade de sua repressão somente veio a se solidificar a partir de 2000, no governo Fernando Henrique Cardoso, com a inclusão, pela Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000, dos arts. 35-A, 35-B e 35-C na Lei nº 8.884/1994. Por meio desses dispositivos, o SBDC foi dotado de instrumentos processuais mais capazes de permitir uma investigação efetiva de ilícitos econômicos: o acordo de leniência e a busca e apreensão de evidências:

Art. 35-A. A Advocacia-Geral da União, por solicitação da SDE, poderá requerer ao Poder Judiciário mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse da instrução do procedimento, das averiguações preliminares ou do processo administrativo, aplicando-se, no que couber, o disposto no art.

³⁰⁸ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013, p. 127.

839 e seguintes do Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura de ação principal

§ 1o No curso de procedimento administrativo destinado a instruir representação a ser encaminhada à SDE, poderá a SEAE exercer, no que couber, as competências previstas no caput deste artigo e no art. 35 desta Lei

§ 2o O procedimento administrativo de que trata o parágrafo anterior poderá correr sob sigilo, no interesse das investigações, a critério da SEAE

Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais co-autores da infração; e

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

§ 1o O disposto neste artigo não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária.

§ 2o O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

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

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

III - a SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo;

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

§ 3o O acordo de leniência firmado com a União, por intermédio da SDE, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 4o A celebração de acordo de leniência não se sujeita à aprovação do CADE, competindo-lhe, no entanto, quando do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à SDE sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada;

II - nas demais hipóteses, reduzir de um a dois terços as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 27 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

§ 5o Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais co-autores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o art. 23 desta Lei.

§ 6o Serão estendidos os efeitos do acordo de leniência aos dirigentes e administradores da empresa habilitada, envolvidos na infração, desde que firmem o respectivo instrumento em conjunto com a empresa, respeitadas as condições impostas nos incisos II a IV do § 2o deste artigo.

§ 7o A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de investigação ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a SDE, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual não tenha qualquer conhecimento prévio a Secretaria.

§ 8o Na hipótese do parágrafo anterior, o infrator se beneficiará da redução de um terço da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4o deste artigo em relação à nova infração denunciada.

§ 9o Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada pelo Secretário da SDE, da qual não se fará qualquer divulgação

§ 11. A aplicação do disposto neste artigo observará a regulamentação a ser editada pelo Ministro de Estado da Justiça.

Art. 35-C. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

Desse momento em diante, a política de combate a cartéis começou a se estruturar no Brasil. Ainda em 2000, foi editada a Portaria MJ nº 849, de 22 de setembro de 2000, que disciplinando as competências da SDE/MJ relativas à apuração de infrações à ordem econômica, regulamentou o Programa de Leniência brasileiro pela primeira vez.

Em 2003, já no governo Lula, o combate a cartéis foi classificado como prioridade de atuação da SDE/MJ. Nesse mesmo ano, foi firmado o primeiro acordo de leniência no Brasil, no caso do Cartel dos Vigilantes do Rio Grande do Sul (Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10)³⁰⁹, e realizada a primeira busca e apreensão do país para coleta de

evidências de cartel, no caso do Cartel das Pedras Britadas (Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14)^{310,311}. A partir de então, o governo Lula, por meio da SDE/MJ, iniciou uma grande investida contra os cartéis. Vários outros acordos de leniência e buscas e apreensões foram sendo realizados, por diversas vezes em parceria com órgãos de investigação criminal.

Em 2006, por meio da Portaria MJ nº 4, de 5 de janeiro de 2006, o Programa de Leniência sofreu reformulações em sua regulamentação. Já a partir de 2007, segundo mandato do Presidente Lula, buscou-se fortalecer a política, por meio de medidas de conscientização da sociedade e da comunidade empresarial, bem como do estabelecimento de parcerias com órgãos de controle e autoridades criminais para instituição de centros de inteligência e investigação de cartel, especialmente cartéis em licitações públicas.

Ainda em 2007, a partir da Portaria MJ nº 1.077, de 30 de maio de 2007, foram intensificados os esforços de combate a cartéis em licitações públicas, que passaram a ser foco de especial atenção, notadamente em função do volume previsto de contratação para obras e serviços relacionados à Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016. A Portaria preconizou o fortalecimento de parcerias com diversos órgãos públicos incumbidos de investigações de ilícitos relacionadas a contratações públicas, tais como a Advocacia Geral da União, o Ministério Público Federal, os Ministérios Públicos estaduais, a Polícia Federal, a Controladoria-Geral da União, o Tribunal de Contas da União e os órgãos responsáveis pelo controle externo e interno dos Estados e Municípios.³¹²

Em 2008, o governo estabeleceu parceria com a OCDE, no âmbito de seu programa “The OECD Project to Reduce Bid Rigging in Latin America” com vistas à montagem de uma unidade anticartéis em licitações no âmbito da SDE/MJ. Ainda no mesmo ano, reforçando a importância da política de combate a cartéis no âmbito de suas ações, o governo

³¹⁰ [7HVPth0qfy4BTnTQGB-1fZe5x7Wj6r2vtVggqFIBXHwDO21HkeSCrjObd4mSu_PjovIMPX_NFqkg.,>](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuOpynCIZls_rHQcc3fMu8I2htJ1a_huckvi_C139hS_T2PibvtPEJzIW9XvH0ohE8tV6sCUfbvqgLnqfjoZZg.,>). Acesso em 14 nov. 2016. Autos disponíveis em:

³¹¹ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013, p. 130-131.

³¹² MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013, p. 132-133.

editou um Decreto Presidencial estabelecendo o dia 08 de outubro como o Dia Nacional do Combate a Cartéis.³¹³

Em 2009, por iniciativa do Ministério da Justiça e da Associação Nacional do Ministério Público Criminal (MPCrim), foi criada a chamada Estratégia Nacional de Combate a Cartéis (ENACC). Inspirada na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro (ENCCLA)³¹⁴, a ENACC foi concebida com vistas a constituir uma rede de parcerias de autoridades envolvidas na persecução administrativa, penal e civil de cartéis.³¹⁵ A Declaração de Brasília, que instituiu a ENACC, explicita o compromisso assumido pelos órgãos signatários na formulação de estratégias e estabelecimento de metas para o fortalecimento do combate a cartéis:³¹⁶

“(...)9. Por essas razões, os abaixo-assinados resolveram estabelecer a “Estratégia Nacional de Combate a Cartéis - Enacc”, que visa fomentar a definição de um plano coordenado e sistemático de atividades entre os diversos órgãos estatais responsáveis pela investigação e repressão às infrações contra a ordem econômica, em especial as Polícias Judiciárias e

³¹³ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013, p. 133. De acordo com a autora, a escolha do dia 08 de outubro se deve ao fato de ter sido essa o dia, no ano de 2003, da assinatura do primeiro acordo de leniência do Brasil.

³¹⁴ Instituída em 2003, a ENCCLA constitui uma rede de parcerias composta por diversos órgãos e representantes da sociedade civil que atuam, direta ou indiretamente, na prevenção e combate à corrupção e à lavagem de dinheiro. No sítio eletrônico do Ministério da Justiça consta a seguinte descrição da ENCCLA:

“Instituída em 2003, sob a coordenação do Ministério da Justiça e Cidadania, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) é formada por mais de 60 órgãos, dos três poderes da República, Ministérios Públicos e da sociedade civil que atuam, direta ou indiretamente, na prevenção e combate à corrupção e à lavagem de dinheiro. A Estratégia intensifica a prevenção a esses crimes porque soma a expertise de diversos parceiros em prol do Estado brasileiro.

Anualmente, os órgãos participantes reúnem-se em plenária para, a partir de consenso, traçar as ações que serão executadas no ano seguinte. Os órgãos são divididos em grupos de trabalho que coordenam, ao longo do ano, a execução de cada uma das ações eleitas.

O Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI/SNJ) tem por competência articular a implementação da ENCCLA e a Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania coordena a Estratégia, em parceria com os demais órgãos que a compõem.

Ao longo desses anos, os trabalhos desenvolvidos pela Estratégia trouxeram diversos resultados positivos no combate ao crime de lavagem de dinheiro e às práticas de corrupção.

Destacam-se, dentre os resultados alcançados pela ENCCLA, o Programa Nacional de Capacitação e Treinamento no Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (PNLD); a Rede Nacional de Laboratórios contra Lavagem de Dinheiro (Rede-LAB); o Sistema de Movimentação Bancária (SIMBA); a iniciativa de padronização do layout para quebra de sigilo bancário e a posterior criação do Cadastro Único de Correntistas do Sistema Financeiro Nacional (CCS); a proposição legislativa que resultou na promulgação de leis importantes para o país, tais como a Lei 12.683/12, que modernizou a nossa Lei de Lavagem de Dinheiro.” Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

³¹⁵ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013, p. 245.

³¹⁶ Declaração de Brasília. Disponível em: <http://conaci.org.br/download/v_encontro_maceio_al/59.pdf>. Acesso em 14 nov. 2016.

Ministério Público, conferindo sinergia, organicidade e capilaridade em todo território nacional à política de combate aos cartéis.

10. Essa rede institucional visa à busca de sinergias entre as autoridades envolvidas, de modo a possibilitar o desenvolvimento de mecanismos e instrumentos mais sólidos e capazes de incrementar a investigação das autoridades, o que já foi iniciado pela Secretaria de Direito Econômico, entidade, no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, primordialmente voltada à investigação de condutas anticompetitivas, com a celebração de Acordos de Cooperação Técnica com o Departamento da Polícia Federal, o Ministério Público Federal e com diversos Ministérios Públicos Estaduais, sendo incentivada a celebração de acordos de cooperação com todos os Ministérios Públicos Estaduais do país.

11. A implementação dessa rede permitirá significativo incremento na comunicação entre as autoridades e persecução das investigações futuras. Pretende-se, nesse sentido, organizar uma reunião anual para a discussão de metas e avaliação dos resultados dessa Estratégia Nacional, assim como criar um sistema de cadastramento e base virtual para os representantes envolvidos no projeto de cada autoridade. (...)

14. Essa declaração tem como escopo primeiro informar, a toda a sociedade civil, as políticas públicas que têm sido discutidas e implementadas para a elevação do bem-estar de todos os cidadãos deste País.”

As parcerias entre o SDE/MJ e demais órgãos envolvidos, direta ou indiretamente, na persecução a cartéis, em âmbito civil e criminal, também se materializaram pela celebração de diversos convênios e acordos de cooperação técnica. Por meio desses instrumentos, eram previstas regras para troca de informações e participação conjunta em diligências e grupos de trabalho. Em alguns deles, houve, inclusive, previsão de destinação de recursos da União para instalação de laboratórios forenses destinados à repressão a cartéis no âmbito das estruturas organizacionais de alguns Ministérios Públicos, como os do Estado de São Paulo, Paraíba, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Santa Catarina.³¹⁷

Ainda durante o governo Lula, a SDE/MJ editou e distribuiu diversos exemplares de publicações educativas sobre cartéis, tais como a “Cartilha de Combate a Cartéis e Programa de Leniência” (2008)³¹⁸, “Cartilha de Combate a Cartéis em Licitações” (2008)³¹⁹, “Cartilha

³¹⁷ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013, p. 244-245.

³¹⁸ BRASIL. Secretaria de Direito Econômico. *Combate a cartéis e programa de leniência*. Brasília: Secretaria de Direito Econômico, 2008. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_leniencia.pdf/view>. Acesso em: 14 nov. 2016.

³¹⁹ BRASIL. Secretaria de Direito Econômico. *Combate a cartéis em licitações*. Brasília: Secretaria de Direito Econômico, 2008. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_licitacao.pdf/view>. Acesso em: 14 nov. 2016.

de Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações” (2009)³²⁰ e “Cartilha de Combate a Cartéis na Revenda de Combustíveis” (2009)³²¹.

A “Cartilha de Combate a Cartéis e Programa de Leniência” recebeu uma versão em inglês, “Fighting cartels: Brazil's Leniency Program” (2009)³²², destinada a atingir o público estrangeiro e fomentar as investigações de cartéis internacionais, que de fato se expandiram no período (vide Seção 6.2.3). Com efeito, como será analisado em mais detalhes no Capítulo 6, os casos de cartel internacional foram os grandes impulsionadores do Programa de Leniência em sua fase de amadurecimento, viabilizando o amadurecimento necessário para que depois viessem a se consolidar nos casos domésticos de cartéis em licitações.

Em 2009, uma publicação especialmente destinada à educação do público infantil foi elaborada pelo governo: a história em quadrinhos da Turma da Mônica, de autoria de Maurício de Souza, intitulada “O Cartel da Limonada” (2009).³²³ No evento de lançamento da Cartilha, realizado em comemoração ao Dia Nacional de Combate a Cartéis, o Presidente Lula discursou, exaltando a importância do combate a cartéis como forma de fortalecer a economia nacional, especialmente diante dos desafios inerentes às inúmeras obras que estavam então em andamento em preparação para a Copa do Mundo.³²⁴

(...) estamos celebrando hoje, 8 de outubro, o Dia Nacional de Combate a Cartéis. Eu não sei se havia a intenção do Tarso Genro de fazer uma homenagem ao Che Guevara, porque hoje, o dia 8, é o aniversário da morte do Guevara.

Mas, com isso, nós buscamos fortalecer a economia nacional, dotando o país de critérios republicanos e transparentes na concorrência. Cartéis normalmente geram aumento de preço e pressionam os índices da inflação,

³²⁰ BRASIL. Secretaria de Direito Econômico. *Combate a cartéis em sindicatos e associações*. Brasília: Secretaria de Direito Econômico, 2009. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_sindicatos.pdf/view>. Acesso em 14 nov. 2016.

³²¹ BRASIL. Secretaria de Direito Econômico. *Combate a cartéis na revenda de combustíveis*. Brasília: Secretaria de Direito Econômico, 2009. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_revenda_combustiveis.pdf/view>. Acesso em 14 nov. 2016.

³²² BRASIL. Secretaria de Direito Econômico. *Fighting cartels: Brazil's leniency program*. Brasília: Secretaria de Direito Econômico, 2009. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/brazil_leniencia_program_brochure.pdf/view>.

³²³ Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartel-da-limonada.pdf/view>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

³²⁴ Discurso do Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, durante cerimônia do Dia Nacional de Combate a Cartéis. Ministério da Justiça – Brasília-DF, 08 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/luiz-inacio-lula-da-silva/discursos/2o-mandato/2009/08-10-2009-discurso-do-presidente-da-republica-luiz-inacio-lula-da-silva-durante-cerimonia-do-dia-nacional-de-combate-a-carteis>>. Acesso 15 nov. 2016.

consequentemente prejudicando as pessoas que vivem de salário neste país. Os desdobramentos recentes da crise mundial apontam para a necessidade de uma presença mais vigilante do Estado na economia. O país, que agora está transformado em um canteiro de obras... E é importante dizer que essa crise econômica, que causou um mal tão grande a todos os povos, ela, no fundo, no fundo, vai trazer um benefício, porque as pessoas estão hoje tendo consciência de que o Estado não pode ser mínimo, o Estado tem que ser o Estado que cumpre o papel de indutor do desenvolvimento dos países e, ao mesmo tempo, de fiscalizador das boas práticas financeiras também nos países.

Bem, é fundamental, assim, garantir um ambiente de muita competição. Essa é outra briga que nós temos na reunião do G-20. É que tinha tanta gente que falava em livre comércio que agora, que veio a crise, muita gente que defendia o livre comércio está defendendo agora o protecionismo, e isso não é uma boa prática para o desenvolvimento econômico, sobretudo, para ajudarmos os países mais pobres.

Bem, com a quantidade de obra que nós estamos fazendo, Tarso, em uma livre concorrência, a gente pode, de cara, economizar entre 10% a 20% nos preços. Permitirá, igualmente, garantir a qualidade dos produtos e serviços contratados. Será fundamental a iniciativa do Ministério da Justiça nessa rede de inteligência com os mais diferentes órgãos, como a Controladoria-Geral e o Tribunal de Contas da União, para combater os cartéis em licitações públicas. Apesar dos avanços, falta concluir a reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, como prevê o projeto de lei, pendente de aprovação pelo Senado Federal. Ele garantirá o aumento de investimento no País, dotará o Brasil de um marco regulatório adequado, incentivando a eficiência econômica e a produtividade e a inovação tecnológica.

O cartel é grave lesão à concorrência, é um acordo para fixar preços, cotas de produção, divisão de clientes e de mercado. Às vezes, as reuniões não se dão nem dentro do Brasil. Às vezes, é até em uma viagem, aparentemente de turismo, que se dão as grandes negociações de quem quer praticar o cartel dentro do nosso país e dentro de outros países. Prejudica seriamente os consumidores ao aumentar custos e restringir a oferta, tornando os bens e serviços mais caros e indisponíveis. Ao limitar artificialmente a concorrência, traz prejuízos também à inovação, impede que outras empresas aprimorem seus processos produtivos e lancem novos e melhores produtos no mercado. Isso resulta em perda de bem-estar do consumidor e, ao longo prazo, perda da competitividade da economia como um todo.

Desde o início do governo, fizemos do combate aos cartéis uma prioridade absoluta. A Secretaria de Direito Econômico passou a utilizar ferramentas sofisticadas de investigação, como a realização de operações de busca e apreensão e a celebração de acordo de leniência. A Secretaria tem cooperado crescentemente com autoridades estrangeiras. Paralelamente, o Cade passou a impor multas recorde a empresas, funcionários e sindicatos pela prática do cartel. Os avanços do Programa Brasileiro de Combate a Cartéis são reconhecidos hoje no mundo inteiro. A estratégia da Secretaria de focar seus recursos disponíveis no combate a cartéis tem permitido seu desmantelamento com impacto positivo na economia brasileira.

Além disso, o Cade tem demonstrado seu comprometimento com a punição severa dos cartéis.

Bem, as penas de multa e reclusão em relação à prática de cartel são um importante fator dissuasório. Ajuda a cooperação do Cade com as Polícias Federal e Civil e com os Ministérios Públicos para assegurar que empresários que não participem do Programa de Leniência sejam responsabilizados criminalmente.

Em 2009, lançamos a Estratégia Nacional de Combate a Cartéis, um foro que reúne diferentes autoridades, repetindo os bons resultados da Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro. Hoje, há, pelo menos, cem administradores brasileiros e estrangeiros que enfrentam processos criminais no Brasil por prática de cartel. A Mariana já falou, nos últimos anos, ao menos 34 executivos já foram condenados.

Como se vê, meus amigos e amigas, buscamos dotar nossas instituições de instrumentos adequados e necessários para acompanhar os extraordinários avanços econômicos que tivemos até agora. Mas, sobretudo, nos preparamos para enfrentar os desafios que se colocam a um país que está ocupando um novo e promissor papel na economia global. (...)

Então, eu acho que essa organização, esses acordos internacionais e essas leis próprias para combater os cartéis são uma necessidade de todos os países, mas é muito mais responsabilidade de um país que começa a ganhar a respeitabilidade que o Brasil tem ganho no mundo. (...)

Dito isso, eu queria, Tarso, dizer que é muito importante que a gente tenha um dia em que a gente possa comemorar, 8 de outubro, Dia Nacional de Combate a Cartéis. Porque essas coisas começam assim: é a primeira vez, é a segunda vez... Daqui a pouco, isso vai virar um negócio que quando a gente estiver fazendo em Brasília, estará acontecendo nos estados movimentos, estará acontecendo debate nos estados.

Você imagina: o Maurício conseguiu fazer com que essa coisa chamada “cartel” fosse, para a meninada de hoje, uma coisa extraordinária, porque eles vão aprendendo dos velhos. Isso vai ser que nem internet, ou seja, um menino de oito anos leu esse gibizinho, ele já vai ficar sabendo o que é cartel primeiro do que o avô dele, porque a internet é a única coisa que as crianças são mais espertas que os velhos. Então, pode ter outras coisas que a gente não sabe, mas essa certamente. Então, eu acho que é um dia alegre, é um dia alegre, a gente comemorar um dia de combate aos cartéis, é uma coisa fantástica, porque isso demonstra que nós conquistamos maioridade e não queremos mais ser tratados como um país pequeno, insignificante.

Pelo discurso do Presidente Lula, observa-se que a defesa da concorrência e o combate a cartéis, mantendo-se no papel de instrumento de mercado promotor de eficiência, começam a assumir no período funções mais claras de proteção do mercado consumidor interno e do erário público. Verifica-se, também, a sinalização para uma preocupação com o acesso a mercados para empresas brasileiras, na linha do que havia sido a agenda americana da década de 1990.

No ano seguinte, ano da Copa do Mundo da África do Sul, foi lançada a “Campanha Jogando Limpo” (2010), a pretexto da prevenção a cartéis na Copa do Mundo do Brasil de

2014.³²⁵ No mesmo ano, por meio da Portaria MJ nº 456, de 15 de março de 2010, o Programa de Leniência foi mais uma vez reformulado, com vistas a ser adequar às melhores práticas internacionais.

Como resultado de toda essa ofensiva, foram instauradas investigações de cartel, nacional e internacional, nos mais variados setores, tais como serviços privados de vigilância, extração de pedra britada, combustíveis, vitaminas, frigorífico, extração de areia, gases industriais e hospitalares, equipamento de energia, peróxido de hidrogênio, perborato de sódio, transporte aéreo de cargas, frete aéreo de cargas, cimento e concreto, compressores herméticos, mangueiras marítimas, entre outros. Se até 2003, o Cade havia condenado apenas um caso relevante em matéria de cartel, o Cartel dos Aços Planos (1999)³²⁶, instruído sem prova direta, e alguns poucos casos no setor de revenda de combustíveis, instruídos basicamente com provas e indícios colhidos na esfera criminal, a partir de então o montante e o perfil probatório dos casos condenados alterou-se significativamente, assim como o valor das multas, que passaram a ser cada vez mais rigorosas.³²⁷ Mas, em função do tempo de instrução dos processos de cartel, grande parte dos casos iniciados a partir dessas iniciativas somente foi levado a julgamento já na vigência da Lei nº 12.529/2011, como será analisado a seguir.

³²⁵ Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/Campanha%20Jogando%20Limpo/view>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

³²⁶ Processo Administrativo nº 08000.015337/1997-48. Autos disponíveis em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuQpynClZls_rHQcc3fMu8I2htJ1_ahuckyi_C139hQhbmqziWAVbLXpKd2QR5Qr7v3Bj8Z6vPqxKQbPIGoGIQ_>. Acesso em 14 nov. 2016.

³²⁷ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013, p. 345-352.

5 AMADURECIMENTO INSTITUCIONAL DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

O segundo mandato do Governo Lula e, especialmente, do governo Dilma Rouseff são caracterizados pela retomada de um modelo mais intervencionista na economia. O ressurgimento da discussão sobre política industrial, o direcionamento de investimentos e subsídios por meio de bancos públicos (notadamente BNDES) e a forte expansão do consumo (inclusive por meio do crédito) foram a tônica das políticas econômicas que marcaram esses governos.³²⁸

Em termos de política de defesa da concorrência, em linha com um movimento que havia se iniciado ainda no Governo FHC, há um grande crescimento da atuação e importância do Cade, fazendo emergir a necessidade de se promover uma significativa reestruturação dos órgãos concorrenciais, com vistas a conferir maior racionalidade institucional e agilidade ao sistema de defesa da concorrência brasileiro, por meio da redução de instâncias decisórias. Nessa esteira, ainda no governo Lula, foi encaminhado ao Congresso projeto lei que se converteu na Lei 12.529/2011, aprovada durante o primeiro mandato do governo Dilma. Com a nova lei, a SDE/MJ foi estruturalmente integrada ao Cade, concentrando atividades e racionalizando recursos para aplicação administrativa da defesa da concorrência. A Lei ainda dotou o regime de aprovação prévia de atos de concentração e revogou dispositivos da Lei nº 8.137/1990, mantendo apenas os cartéis como crimes contra a ordem econômica e tornando mais rigorosa sua punição (ao alterar a cominação de pena de prisão *ou* multa para pena de prisão *e* multa).

Nesse novo contexto institucional, embora os primeiros anos do novo Cade tenham sido marcados por uma guinada de esforços e recursos para o controle de estruturas, em linha com o novo desafio imposto em termos de tempo de instrução para aprovação prévia, rapidamente o órgão se viu atropelado por um aumento acentuado das discussões de cartel nas pautas de julgamento. Isso se deu em razão de terem chegado a julgamento os processos instaurados no âmbito das iniciativas da SDE de reforçar o combate a cartéis, em especial a

³²⁸ Sobre a retomada do desenvolvimentismo pelo governo Lula, defendendo tratar-se de um modelo diferente dos adotados anteriormente pelo Brasil, cf. TRUBEK, David M.; COUTINHO, Diogo R.; e SCHAPIRO, Mario G Schapiro. “Toward a New Law and Development – new state activism in Brazil and the challenge for legal institutions”, *The World Bank Legal Review* (2013): Legal Innovation and Empowerment for Development: 4: 281-314

construção do Programa de Leniência – cujo êxito se deu sobretudo entre empresas internacionais, que haviam colocado o Brasil no seu mapa de negociações de acordos – e, no período mais recente, em razão do crescimento das investigações de cartéis iniciadas de forma autônoma na esfera criminal – por exemplo, Lava Jato.

Neste particular, o uso da mecânica de cartéis como mecanismo de financiamento de corrupção e sustentação do sistema político revelado pela Operação Lava Jato acabou ampliando a sobreposição de investigações de cartel com atribuições de outras esferas, como Tribunal de Contas (TCU), Controladoria Geral da União (CGU) e Ministério Público (MP) – amparados também por uma legislação mais dura anticorrupção. E, nesse processo, parece haver hoje uma disseminação da agenda de investigação de cartéis entre os órgãos de controle do Estado, o que reconduz essa matéria para uma maior proeminência de sua natureza criminal e judicial, com o Cade, na esfera administrativa, perdendo a preponderância absoluta na atividade de persecução aos cartéis, mas consolidando-se como órgão técnico para avaliação dessas discussões.

Esse processo decorrente da Lava Jato parece também ter reforçado e disseminado a percepção dos cartéis – e de sua capacidade de direcionar excedentes dos consumidores para certos grupos econômicos – como algo negativo. E, conseqüentemente, diminuiu na sociedade o espaço para o uso de uma política de estímulo ou tolerância a cartéis como forma de financiamento de qualquer tipo, inclusive do processo de crescimento ou para proteção setorial que em outros períodos tornavam a discussão sobre a natureza dos cartéis ambígua (vide Seção 2.2).

A seguir, analisaremos em maiores detalhes as principais particularidades trazidas pela Lei nº 12.529/2011, em especial no que concerne ao combate a cartéis.

5.1 LEI Nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011

Como mencionado, em 2011, foi aprovada a Lei nº 12.529 de 30 de novembro, de 2011, que revogou a Lei nº 8.884/1994 e promoveu uma série de alterações no marco jurídico da defesa da concorrência. Entre tais alterações, destacam-se a introdução do controle prévio de atos de concentração econômica e a consolidação das competências de instrução e julgamento de processos no âmbito do Cade, que passou a ser composto por um Tribunal, uma Superintendência-Geral e um Departamento de Estudos Econômicos. Enquanto o

Tribunal foi dotado de competências judicantes, a Superintendência-Geral, assumindo funções antes desempenhadas pela SDE/MJ e SEAE/MF, foi dotada de competências instrutórias. A SEAE/MF continuou a existir, mas passou a atuar exclusivamente na função de advocacia da concorrência em relação a atos regulatórios e demais políticas de governo.

Com a introdução do controle prévio de atos de concentração e a redução das instâncias administrativas por onde tramitavam as decisões em matéria de defesa da concorrência no Brasil, esperava-se conferir mais agilidade e coerência à política.

No que se refere à repressão aos cartéis, a nova lei não trouxe profundas alterações de ordem material, mantendo a sistemática geral de estrutura do ilícito concorrencial nas mesmas linhas da Lei nº 8.884/1994. A nova lei, no entanto, reuniu as disposições antes previstas no art. 20 e 21 em um único dispositivo, o art. 36:

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.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca. (g.n.)

Assim, da mesma forma que na Lei nº 8.884/1994, o art. 36 da Lei nº 12.529/2011 definiu os ilícitos concorrenciais a partir da fórmula de “infrações da ordem econômica”, e não de “abusos do poder econômico”.

Ademais, a infração da ordem econômica continuou sendo caracterizada como “atos sob qualquer forma manifestados” *que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos* (i) “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”; (ii) “dominar mercado relevante de bens ou serviços” ou (iii) “aumentar arbitrariamente os lucros”; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante”, *ainda que tais efeitos não sejam alcançados*.

Assim como na Lei nº 8.158/1991 e na Lei nº 8.884/1994, a controvérsia entre a opção de caracterização do ilícito por seu elemento finalístico/intencional ou pelos seus efeitos foi resolvida pelo legislador da Lei nº 12.529/2011 pela opção de caracterização do ilícito de ambas as formas. Assim, pela Lei nº 12.529/2011, a “infração da ordem econômica” estará caracterizada quando *tiver por objeto ou* puder produzir os efeitos previstos no caput do art. 3º. Os efeitos potenciais, como na Lei nº 8.884/1994, continuam sendo considerados suficientes para caracterizar o ilícito, em ligeira alteração em relação à Lei nº 8.158/1991, que falava em efeitos. Ademais, também diferentemente da Lei nº 8.158/1991, a Lei nº 12.529/2011, assim como a Lei nº 8.884/1994, não previu que os efeitos deveriam ser sempre privilegiados quando da análise da conduta, mesmo na ausência de dolo ou culpa dos agentes. A Lei nº 12.529/2011 não fez essa hierarquização entre as duas formas de caracterização, mas expressamente estipulou que as infrações da ordem econômica poderiam ser configuradas “independentemente de culpa” do agente.

Destaque-se, ainda, que, assim como na Lei nº 8.884/1994, foram utilizadas, para indicar as finalidades ou efeitos do ato capazes de configurar infração, as mesmas fórmulas previstas na Constituição de 1988 para caracterizar os abusos de poder econômico, porém de forma ligeiramente alteradas ou qualificadas.

A fórmula constitucional da “eliminação da concorrência” foi alterada para “limitação, falseamento ou qualquer forma de prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa”. Além de haver um abrandamento quanto à indispensabilidade de eliminação total da concorrência, a livre iniciativa foi incluída como elemento a ser preservado.

A fórmula constitucional da “dominação dos mercados” foi alterada para “dominação de mercado relevante de bens ou serviços”, trazendo para o texto da lei o conceito mais técnico do antitruste de mercado relevante.

A fórmula constitucional do “aumento arbitrário dos lucros”, a despeito das várias críticas e complexidades que traz dentro de si, permaneceu inalterada.

E, finalmente, manteve-se a fórmula introduzida pela Lei nº 8.884/1994: a do “exercício abusivo de posição dominante”. Conforme expressamente previsto no § 2º do *caput* do art. 36, a posição dominante passou a ser entendida presumida quando sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

No § 2º do *caput* do art. 36, a Lei nº 12.529/2011 apresentou um rol exemplificativo de condutas que poderiam ser caracterizadas como infração da ordem econômica na forma *caput* e seus incisos. Nesse rol, passou a conceituar a prática de cartel a partir de novos termos. Antes, na Lei nº 8.884/1994, as condutas características de cartel estavam definidas no art. 21 a partir das fórmulas

- (i) “fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços”;
- (ii) “obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes”;
- (iii) “dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários”;
- (iv) “combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa”; e
- (v) “regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição”.

Agora, no art. 36, § 3º, da Lei nº 12.529/2011, as condutas características de cartel passaram a ser definidas pelas fórmulas de

- (i) “acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública”;
- (ii) “promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes”; e
- (iii) “regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição”.

A despeito de representar uma possível orientação didática mais avançada a respeito do tratamento dos cartéis por parte do legislador com relação a algumas das fórmulas, do ponto de vista da estrutura legal de caracterização da infração da ordem econômica, pouca repercussão tem as alterações feitas. Isso porque o relevante para caracterização da infração da ordem econômica é a possibilidade de que a conduta configure hipótese prevista no *caput* do art. 36 da Lei nº 12.529/11, pouco importando a forma com que ela se manifesta e o nome que lhe é dado, legal, doutrinária ou jurisprudencialmente. E os incisos do *caput* do art. 36 da Lei nº 12.529/11 continuam prevendo exatamente as mesmas hipóteses que já previam os incisos do *caput* do art. 20 da Lei nº 8.884/94, quais sejam: (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.

As penalidades previstas para a prática de infração da ordem econômica, previstas no art. 37 e seguintes da lei, também não sofreram grandes alterações quanto às modalidades, sendo as seguintes (i) multas, para as pessoas físicas e jurídicas envolvidas; (ii) publicação em jornal da decisão; (iii) proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação por prazo não inferior a 5 cinco anos; (iii) inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; (iv) recomendação aos órgãos públicos competentes para que seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator ou

para que não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos; (v) cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade; (vi) a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e/ou (vii) qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos da infração na ordem econômica. A grande mudança com relação à Lei nº 8.884/1994 foi no tocane aos valores das multas:

Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);

III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

§ 1º Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

§ 2º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do caput deste artigo, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea.

Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em

entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;

III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;

VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e

VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Art. 39. Pela continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica, após decisão do Tribunal determinando sua cessação, bem como pelo não cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer impostas, ou pelo descumprimento de medida preventiva ou termo de compromisso de cessação previstos nesta Lei, o responsável fica sujeito a multa diária fixada em valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), podendo ser aumentada em até 50 (cinquenta) vezes, se assim recomendar a situação econômica do infrator e a gravidade da infração. (...)

Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração:

I - a gravidade da infração;

II - a boa-fé do infrator;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a consumação ou não da infração;

V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;

VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

VII - a situação econômica do infrator; e

VIII - a reincidência.

Como instrumentos de detecção das infrações da ordem econômica, a Lei nº 12.529/11 continuou prevendo aqueles mesmos já constantes da Lei nº 8.884/1994, tais como as diligências, perícias, exames, vistorias, estudos, oitivas de testemunhas, interrogatórios de investigados, buscas e apreensões e acordos de leniência. Com relação aos Acordos de Leniência, vale destacar que algumas mudanças importantes foram trazidas pelos arts. 86 e 87 da nova lei, dentre as quais a possibilidade de que a empresa líder da

conduta infracionária esteja apta a celebrar o acordo com o Cade, bem como a previsão expressa de que a extinção da punibilidade em matéria penal abrange não apenas os crimes previstos na Lei nº 8.137/1990, mas também os demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, por exemplo os tipificados na Lei nº 8.666/1993 e os tipificados no art. 288 do Código Penal:

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

I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e

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

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

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

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

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

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

§ 2º Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1º deste artigo.

§ 3º O acordo de leniência firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 4º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II - nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

§ 5º Na hipótese do inciso II do § 4º deste artigo, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos

demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o inciso I do art. 37 desta Lei.

§ 6º Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas.

§ 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio.

§ 8º Na hipótese do § 7º deste artigo, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada.

§ 9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação.

§ 11. A aplicação do disposto neste artigo observará as normas a serem editadas pelo Tribunal.

§ 12. Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento.

Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

Com relação ao controle de concentrações econômicas, como já mencionado, a Lei nº 12.529/2011 estabeleceu, nos arts. 88 e seguintes, um sistema de análise prévia da legitimidade de atos e contratos:

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

§ 1º Os valores mencionados nos incisos I e II do caput deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça.

§ 2º O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.

§ 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.

§ 4º Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no § 3º deste artigo.

§ 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo.

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;
- e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

§ 7º É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.

§ 8º As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados ao Cade pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM e pelo Departamento Nacional do Registro do Comércio do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, respectivamente, no prazo de 5 (cinco) dias úteis para, se for o caso, ser examinados.

§ 9º O prazo mencionado no § 2º deste artigo somente poderá ser dilatado:

I - por até 60 (sessenta) dias, improrrogáveis, mediante requisição das partes envolvidas na operação; ou

II - por até 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal, em que sejam especificados as razões para a extensão, o prazo da prorrogação, que será não renovável, e as providências cuja realização seja necessária para o julgamento do processo.

Art. 89. Para fins de análise do ato de concentração apresentado, serão obedecidos os procedimentos estabelecidos no Capítulo II do Título VI desta Lei.

Parágrafo único. O Cade regulamentará, por meio de Resolução, a análise prévia de atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em leilões, licitações e operações de aquisição de ações por meio de oferta pública.

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

Art. 91. A aprovação de que trata o art. 88 desta Lei poderá ser revista pelo Tribunal, de ofício ou mediante provocação da Superintendência-Geral, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados.

Parágrafo único. Na hipótese referida no caput deste artigo, a falsidade ou enganosidade será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais), a ser aplicada na forma das normas do Cade, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 67 desta Lei, e da adoção das demais medidas cabíveis.

Como se observa, houve mudanças relevantes no dispositivo que cuida do controle de concentrações em relação à Lei nº 8.884/1994, muito além do sistema de análise prévia. Especificamente no que é relevante para o presente trabalho, diferentemente dos arts. 54 e seguintes da Lei nº 8.884/1994, herdeiros do art. 74 da Lei nº 4.137/1962, os arts. 88 e seguintes não são mais indistintamente aplicáveis à análise de legitimidade de atos de concentração e de acordos entre concorrentes de um modo geral. As únicas espécies de

acordos entre concorrentes a que se aplicam o controle preventivo previsto nos arts. 88 e seguintes são os contratos associativos referidos no inciso IV do art. 90, com ressalva para aqueles destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.³²⁹ Assim, um acordo de cartel, não pode ser submetido à análise de legitimidade do art. 88, tal como, em tese, podia no sistema do art. 54 da Lei nº 8.884/1994 e do art. 74 da Lei nº 4.137/1962. Assim, a argumentação empreendida por Benjamin Shieber para a justificar a impossibilidade de aplicação da regra *per se*³³⁰ à análise de acordos entre concorrentes no Brasil (vide Seções 3.7 e 4.2.3.4), não mais subsistiria com as mudanças trazidas pelo art. 88, tornando absolutamente razoável, portanto, a implementação de uma política que não aceitasse justificações para acordos de cartéis sob a égide da Lei nº 12.529/2011, mesmo para aqueles que concordavam com a posição do referido autor.

No âmbito da Lei nº 12.529/2011, o Cade vem adotando uma série de iniciativas infralegais de fortalecimento da política de combate a cartéis. O Programa de Leniência foi aprimorado, a partir de nova regulamentação constante Regimento Interno do Cade, arts. 197 e seguintes. Sua aplicação vem sendo progressivamente ampliada para casos de cartéis domésticos, especialmente após os desdobramentos da promulgação da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013), da introdução de um Programa de Leniência para ilícitos de corrupção no âmbito dos órgãos de controle, e da intensificação que tem sido promovida pelas instituições de persecução criminal, administrativa e civil do país do combate à corrupção e à lavagem de dinheiro.

Em 2016, o Cade editou um “Guia do Programa de Leniência Antitruste do Cade”, que, entre outros, tratou das diferenças entre os Programa de Leniência Antitruste do Cade, o Programa de Leniência Anticorrupção da CGU e atuação do Ministério Público e das autoridades criminais, com relação às infrações de cartel e ilícitos relacionados à corrupção em compras públicas.³³¹

³²⁹ Destaque para a absoluta falta de lógica da exceção contida no parágrafo único do art. 90 da Lei nº 12.529/2011, exceção essa que a realidade dos fatos revelada pelos casos do Cartel do Metrô, do Cartel da Petrobrás e demais cartéis investigados dos desdobramentos da Operação Lava Jato, mostrou ser bastante temerária. Se há um contrato associativo capaz de gerar risco elevado de restrição indevida à concorrência e prejuízos ao erário e ao consumidor, é o contrato de consórcio para participação em licitações públicas.

³³⁰ Sobre regra da razão e regra *per se*, vide HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitruste policy: the law of competition and its practice*. 4. ed. St. Paul: West, 2011, p. 272-279.

³³¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia do Programa de Leniência do Cade*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016. Disponível em:

Outra medida foi a regulamentação dos Termos de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC). Esse instrumento, previsto no art. 85 da 12.529/2011, permite que o Cade celebre acordo para suspensão e posterior arquivamento do processo de investigação de infração da ordem econômica desde que o investigado cesse sua participação na conduta e, no caso de cartéis, recolha contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD) não inferior à multa mínima prevista na Lei. Por meio da Resolução Cade nº 5, de 6 de março de 2013, o Cade alterou dispositivos do Regimento Interno que regulavam os TCCs e estabeleceu uma série de critérios de conveniência e oportunidade para celebração de acordos desse tipo em casos de cartel. Em síntese, para que fosse possível celebrar TCC em casos de cartel, o Cade passou a exigir que o investigado, além de cessar a conduta investigada e recolher contribuição pecuniária, também reconhecesse os limites de participação e, em caso de processo ainda em trâmite, colaborasse com as investigações. Em contrapartida à confissão e à colaboração, sua contribuição pecuniária seria calculada a partir de faixas de descontos estabelecidas com base na ordem de apresentação das propostas.

Essa regulamentação aproximou o instrumento de TCC do instrumento da leniência, possibilitando que investigados interessados em colaborar com o processo, mas que não preenchessem os requisitos de qualificação para o acordo de leniência, pudessem vislumbrar antecipadamente os benefícios que decorreriam de tal colaboração. Em 2016, o Cade editou o “Guia de Termos de Compromisso de Cessação para Casos de Cartel” contendo informações sobre o processo de negociação dos acordos, bem como os parâmetros de valoração da confissão e da colaboração com o processo no cálculo da contribuição pecuniária.³³²

Por fim, foram adotadas pelo Cade algumas medidas preventivas destinadas ao aumento da dissuasão da prática de cartel. Nesse sentido, em 2016, o órgão editou um “Guia de Programas de *Compliance*” contendo orientações para os agentes privados acerca da estruturação de programas de *compliance* concorrencial e dos benefícios decorrentes de sua adoção, inclusive em termos de impacto na dosimetria das sanções em eventual processo por infração da ordem econômica. O guia, que contém seções especificamente destinadas aos

<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em 16 nov. 2016.

³³² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia de termos de compromisso de cessação para casos de cartel*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final.pdf>. Acesso em 16 nov. 2016.

cartéis, foi publicado no contexto dos desdobramentos da promulgação da Lei nº 12.846/2013 e da profusão de programas de *compliance* anticorrupção no meio empresarial^{333 334}.

No âmbito da vigência da Lei nº 12.529/2011, portanto, a política de repressão a cartéis ganhou novo fôlego. Como consequência, houve um aumento significativo de casos julgados, já que as mudanças estruturais promovidas pela lei permitiram ao Cade, até então bastante sobrecarregado com o controle de estruturas, pudesse concentrar esforços na instrução e, principalmente, no julgamento de casos envolvendo essa conduta.³³⁵ As medidas de fortalecimento do combate a cartéis adotadas pelo Cade, conforme acima relatado, também resultaram no aumento de investigações de cartel, especialmente de âmbito doméstico e associados a ilícitos de corrupção. De especial repercussão foram os casos do Cartel do Metrô (Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41)³³⁶ e as investigações de cartel decorrentes dos desdobramentos da Operação Lava Jato: o Cartel de Obras de Montagem Industrial *onshore* da Petrobras (Processo Administrativo nº 08700.002086/2015-14)³³⁷, o Cartel nas Licitações da Usina Angra 3 (Processo Administrativo nº 08700.007351/2015-51)³³⁸, o Cartel das Licitações de Ferrovias da Valec

³³³ Em setembro de 2015 a CGU havia publicado um documento semelhante destinada à prevenção de ilícitos relacionadas à corrupção: BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Programa de integridade: diretrizes para Empresas Privadas*. Brasília, Controladoria-Geral da União, 2015. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>>. Acesso em 16 nov. 2016.

³³⁴ Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>. Acesso em 16 nov. 2016.

³³⁵ Cf. apresentação institucional do Cade “Balanço 4 anos da nova lei”. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/balanco-4-anos-nova-lei-1.pdf/view>>. Acesso em 16 nov. 2016.

³³⁶ Processo iniciado a partir de acordo de leniência com a empresa Siemens e alguns de seus funcionários e ex-funcionários, para investigação de cartel em licitações para metrô e trens e sistemas auxiliares no Brasil. Autos disponíveis em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?NJILMKAUD29j6X1yj2GO_P27TZb287t6FyKxmleAun3eE-Yv8A3-YsYRdrsUNznfUuuYgshvXwnRwpIcMBSGTQ,,>. Acesso em 16 nov. 2016.

³³⁷ Processo iniciado a partir de acordo de leniência com a empresa Setal/SOG e alguns de seus funcionários e ex-funcionários, para investigação de cartel em licitações para obras de montagem industrial *onshore* da Petrobras. Autos disponíveis em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?g3XpuoWYp-7HVpTh0qfy4BTnTQGB-1fZe5x7Wj6r2vt8duEm8qvneyY9o5ztJC39cEv418jBlpTwPmVRSNb40A,,>. Acesso em 16 nov. 2016.

³³⁸ Processo iniciado a partir de acordo de leniência com a empresa Camargo Corrêa e alguns de seus funcionários e ex-funcionários, para investigação de cartel em licitação para obras de montagem eletrônica na usina Angra 3 da Eletronuclear. Autos disponíveis em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuQpynCIZls_rHQcc3fMu8I2htJ1ahuckyi_C139hTz_DhaA552CMc0Bz7kih_uFjZtONsaUo90lxOhsgkiVg,,>. Acesso em 16 nov. 2016.

(Inquérito Administrativo nº 08700.001836/2016-11)³³⁹, o Cartel das Licitações de Construção e de Operação da Usina de Belo Monte (Inquérito Administrativo nº 08700.006377/2016-62)³⁴⁰, o Cartel Licitação para obras urbanização de Favelas do Rio de Janeiro (Inquérito Administrativo nº 08700.007776/2016-41)³⁴¹, o Cartel de Edificações Especiais da Petrobrás (Inquérito Administrativo nº 08700.007777/2016-95)³⁴², bem como os mais de 30 cartéis ainda em fase de investigação sigilosa³⁴³, todos iniciados a partir da negociação de acordos de leniência. Muitos desses casos decorreram de investigações criminais de cartéis, que, não obstante a desarticulação da ENACC (vide Seção 4.2.3.4) após a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011 e a extinção da SDE/MJ, continuaram se expandindo, especialmente nos casos de cartéis em licitações, muito em função da entrada em vigor da legislação anticorrupção em 2013 (Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013) e da repercussão da Operação Lava Jato.

³³⁹ Processo iniciado a partir de acordo de leniência com a empresa Camargo Corrêa e alguns de seus funcionários e ex-funcionários, para investigação de cartel em licitações da Valec para implantação da Ferrovia Norte-Sul e da Ferrovia Integração Oeste-Leste. Autos disponíveis em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuQpynCIZls_rHQcc3fMu8I2htJ1ahuckyi_C139hQgpvolXaM9JdqIx7v3KEowoCNDUHhO33-IJiZGVXtoWg,>. Acesso em 16 nov. 2016.

³⁴⁰ Processo iniciado a partir de acordo de leniência com a empresa Andrade Gutierrez Engenharia S/A e alguns de seus funcionários e ex-funcionários, para investigação de cartel na licitação para a concessão de exploração da Usina Hidrelétrica de Belo Monte – Leilão nº 06/2009 – e na contratação para a construção da UHE Belo Monte na modalidade EPC – Concorrência Privada da Norte Energia S/A. Autos disponíveis em:

<http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuQpynCIZls_rHQcc3fMu8I2htJ1ahuckyi_C139hQpIYILk8xvxgo0DOfJXOA3B00v-Q8VKQa-GdY_-Al8xg,>. Acesso em 17 nov. 2016.

³⁴¹ Processo iniciado a partir de acordo de leniência com a empresa celebração de acordo de leniência com a Andrade Gutierrez Engenharia S/A e executivos e ex-executivos da empresa para investigação de cartel em obras de urbanização do Complexo do Alemão, do Complexo de Manguinhos e da Comunidade da Rocinha. Autos disponíveis em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuQpynCIZls_rHQcc3fMu8I2htJ1ahuckyi_C139hS5T3k4r9jjOFsSIPV1K9WqeRtAvpPLRXKIPXmpk1YNrA,>>. Acesso em 04 jan. 2017.

³⁴² Processo iniciado a partir de acordo de leniência com a empresa celebração de acordo de leniência com a Carioca Christiani-Nielsen Engenharia S/A e executivos e ex-executivos da empresa para investigação de cartel em concorrências públicas realizadas pela Petrobras para contratação de serviços de engenharia e construção civil predial de “Edificações de Grande Porte com Características Especiais” para a construção do Centro de Pesquisas Leopoldo Américo Miguez de Mello (Novo Cenpes), do Centro Integrado de Processamento de Dados da Tecnologia da Informação (CIPD), ambos localizados no Rio de Janeiro, e da Sede da Petrobras de Vitória (Sede de Vitória), no Espírito Santo. Autos disponíveis em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuQpynCIZls_rHQcc3fMu8I2htJ1ahuckyi_C139hTMjbo0yGohhIAw3hrcpbI2FmrroHKh2igYSITwiCh8Uw,>. Acesso em 04 jan. 2017.

³⁴³ Vide notícia “Lava Jato provoca corrida de empresas em busca de acordos de leniência”, de 18 de novembro de 2016, publicada no UOL Notícias, Últimas Notícias, Estadão Conteúdo. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2016/11/18/cade-investiga-30-carteis-formados-por-empresas-envolvidas-na-lava-jato.htm>>. Acesso em 18 nov. 2016.

5.2 SÍNTESE HISTÓRICA E LUGAR DE DESTAQUE DO COMBATE AOS CARTÉIS INTERNACIONAIS NA EVOLUÇÃO DA POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA BRASILEIRA

Como se pôde observar da análise empreendida neste capítulo, a defesa da concorrência surgiu no Brasil como corolário do objetivo de fomento da chamada “economia popular”, que era entendida como o “patrimônio de um indefinido número de pessoas”, necessário para propiciar a captação de reservas de que o país necessitava para a expansão de sua industrialização. Entre a década de 1930 até Constituição de 1946³⁴⁴, o que efetivamente buscou-se alcançar por meio das diferentes normas de defesa da concorrência que vigoraram no país foi a proteção da “poupança popular”, que na visão do Estado à época, se via ameaçada por fraudes e especulações de todo gênero, novidades de um mercado em formação. Dentre tais fraudes e especulações compreendia-se, à época, estarem incluídas as chamadas “coligações monopolísticas”, juntamente com as cláusulas leoninas, as fraudes de pesos, os esquemas de "bola de neve", "cadeias", "pichardismo" etc, e a usura, entre outros. Era nesse conceito amplo de “coligações monopolísticas” que se incluíam cartéis, trustes, fusões e aquisições, além de outras condutas de natureza anticompetitiva.

Nesse contexto, marcado por técnicas de intervenção no domínio econômico protecionistas e nacionalistas, “coligações monopolísticas” formadas para defender a indústria nacional incipiente ou contra a concorrência estrangeira eram consideradas legítimas, sendo passíveis de repressão apenas aquelas formadas para a obtenção de lucros máximos, em detrimento da economia popular. No entanto, embora assim se tenha desenhado o arcabouço normativo da defesa da concorrência no período que vai até meados a década de 1990, não houve consistente e efetiva aplicação de tais instrumentos. A defesa da concorrência não passou do discurso político do governo e da produção legislativa, com muito pouco aplicação prática.

Já a partir da Constituição de 1946 e especialmente da Lei nº 4.137/1962, o tratamento da defesa da concorrência começa a evoluir para incorporar objetivos de contenção do poder econômico, que se consolidava no país com a formação dos grandes

³⁴⁴ Com exceção da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que, promulgada por Vargas em seu segundo governo, reproduziu as mesmas fórmulas utilizadas pelos instrumentos normativos que trataram da temática concorrencial em seu primeiro governo: a proteção da “economia popular”.

grupos econômicos. A fórmula da “proteção da economia popular” é então convertida na da “repressão ao abuso do poder econômico”. Seguindo a política nacionalista de industrialização, o combate aos trustes e cartéis surge idealizado como instrumento de proteção do mercado e da indústria nacional em face do capital estrangeiro. Cartéis internacionais, que, no entendimento da época, compreendiam os formados em âmbito doméstico por subsidiárias de empresas multinacionais, foram o alvo prioritário da elaboração das normas antitruste da época. Entretanto, em razão das mudanças políticas que se seguiram com a instituição do regime militar logo após a criação do Cade, que repercutiram em mudanças no direcionamento da política econômica e de concorrência do país, emerge um longo período em que a política defesa da concorrência fica praticamente inativa.

O cenário começa a mudar com a redemocratização no final da década de 1980, com a retomada de um discurso por parte do Estado com relação ao papel de destaque da defesa da concorrência. O combate a cartéis entrava nesse discurso como peça chave, mas em razão do cada vez mais acirrado descontrole inflacionário que se estabeleceu no país nos anos que seguiram, foi o controle de preços e de abastecimentos que realmente se tornou foco das atenções e intenções de aplicação das legislações antitruste do período.

Já em meados da 1990, no contexto das reformas liberais pelas quais passava o país, a defesa da concorrência sofre mais uma mudança de concepção, passando a ser vista como instrumento de modernização da economia, necessário para conferir igualdade de condições para os agentes econômicos competirem e para promover redução de custos e maior eficiência econômica. A fórmula do “abuso do poder econômico”, embora não tenha sido abandonada, até porque de matriz constitucional, cede espaço para a da “infração da ordem econômica” e a do “crime contra a ordem econômica”, expressões que englobam uma noção mais ampla que a mera repressão, incluindo funções corretivas e orientativas, e resgata a pluralidade de objetivos presentes no art. 170 da Constituição Federal de 1988.

Mas é a partir dos anos 2000 que a política de combate a cartéis do Brasil realmente começa a se estruturar, seguindo uma agenda internacional de verdadeira guerra a essa conduta. Nesse momento, com a introdução de um Programa de Leniência no país, a persecução a cartéis internacionais começa a despontar, não como um instrumento de proteção da economia nacional frente ao capital estrangeiro, como havia sido idealizada nos primórdios do antitruste brasileiro, mas como comungação dos esforços internacionais de combate e dissuasão dessa prática. E foi com o combate a esse tipo de prática que se abriu

caminho para o desenvolvimento do Programa de Leniência Antitruste brasileiro, que vem possibilitando o florescimento do combate a cartéis em licitações públicas desde meados da década de 2010.

A análise realizada no presente capítulo, portanto, permitiu uma ampla compreensão da evolução legislativa do tratamento dos cartéis no Brasil (vide resumo nos quadros constantes do Anexo A), trazendo ainda importantes elementos a indicar que o combate a cartéis internacionais, idealizado ou praticado, teve um papel fundamental no desenvolvimento do antitruste e do combate a cartéis no Brasil, embora a partir de concepções e objetivos diferentes em cada momento.

5.3 PANORAMA DO QUADRO LEGISLATIVO DE COMBATE A CARTÉIS ATUALMENTE EM VIGOR

Ao longo dos Capítulos 3, 4 e 5 da Parte II deste trabalho foi analisada, de forma cronológica, a evolução legislativa da defesa da concorrência no Brasil, opção realizada com vistas a melhor recuperar o contexto econômico e político que influenciou cada uma das normas examinadas, o que contribui para explicar a política hoje em vigor. Cabe agora, antes de adentrar um exame mais pormenorizado e atual da experiência brasileira de combate a cartéis internacionais, apresentar, de forma bastante resumida, o panorama geral do quadro legislativo de persecução a cartéis atualmente em vigor.

Assim, após as inúmeras alterações legislativas ao longo das quase 80 décadas de construção da política concorrencial no país, o atual regime jurídico da defesa da concorrência e combate a cartéis é composto por uma matriz constitucional presente nos artigos 170, 173, §§ 3º e 4º da Constituição Federal de 1988³⁴⁵, e pelas seguintes normas de natureza antitruste: (i) Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica (Lei nº 8.137/1990) e (ii) Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011).

De forma auxiliar, duas outras normas que não visam de forma direta e específica a proteção da defesa da concorrência, ainda complementam o regime jurídico do combate a cartéis: (i) Lei de Licitações Públicas (Lei nº 8.666/1993), que, visando proteger bens jurídicos como a isonomia entre os licitantes e obtenção de proposta mais vantajosa para a Administração Pública, prevê crimes de cartel em licitação pública; e (ii) Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), que possibilita ações privadas por danos difusos, coletivos e individuais homogêneos causados em decorrência de infrações da ordem econômica.

Ademais, conforme ressaltado no art. 47 da Lei nº 12.529/2011, há ainda possibilidade de regramento dos cartéis por intermédio do Código Civil, que possibilita o ajuizamento de ações privadas individuais de reparação de danos por prática de cartel ao estabelecer no art. 186 que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e ao instituir no art. 927 que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

³⁴⁵ E que devem ser compreendidos, ainda, à luz do disposto nos artigos 219 e 3º, inciso II, da própria Carta de 1988.

O Brasil possui, portanto, sistema de competência tripartite para repressão aos cartéis, podendo haver persecução simultânea tanto pela via administrativa, quanto pela penal e, ainda, pela via civil. Nesse arcabouço jurídico complexo, são alcançadas, de diferentes formas, tanto pessoas físicas quanto pessoas jurídicas envolvidas na prática de cartel, o que tende a constituir um fator complicador para a manipulação dos instrumentos de persecução disponíveis e para a adequação de incentivos necessários à aplicação da política.

Se de um lado, toda essa regulação dos cartéis expressa uma positiva constatação de que ordem econômica tem sido considerada pelo legislador brasileiro como um bem jurídico de maior relevância, merecedor de múltipla tutela, de outro ela resulta em uma série de repercussões jurídicas complexas, especialmente diante do fato de não terem sido criados mecanismos de inter-relacionamento entre as três esferas de incidência de ilicitude, tal como já existe para as interfaces entre o direito penal e civil (vide, por exemplo, art. 63 e seguintes do Código de Processo Penal).

E, ademais, por mais que a persecução à prática de cartel por três esferas distintas possa ensejar, em tese, a possibilidade de que ela seja exemplar e adequadamente punida pelo ordenamento jurídico brasileiro como um todo, sendo eventualmente desnecessário lançar mão de punições muito rigorosas em cada uma das esferas para que não haja uma punição geral excessiva e incompatível com o princípio da proporcionalidade, a falta de coordenação simultânea entre elas pode gerar tensões e contradições com possíveis efeitos adversos para a adequada punição, compensação e dissuasão da prática, tratando-se, pois, de questão merecedora de melhores regramentos legislativos.

Em casos de cartel internacional, essas dificuldades intrínsecas ao sistema jurídico brasileiro são ainda agravadas em função da simultânea persecução da prática pelos mais diferentes regimes jurídicos presentes nos países afetados, como se verá em maiores detalhes no próximo Capítulo.

PARTE III – COMBATE A CARTÉIS INTERNACIONAIS NO BRASIL: QUESTÕES ATUAIS

Apresentada a problemática dos cartéis internacionais no Parte I e seus reflexos na evolução da política de combate a cartéis no Brasil na Parte II, analisa-se nessa Parte III as especificidades da atual experiência brasileira de combate a cartéis internacionais, seus avanços e desafios ainda a serem enfrentados.

6 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA NO COMBATE A CARTÉIS INTERNACIONAIS

Considerando a abordagem adotada pelo presente trabalho e a natureza das questões já tratadas, a experiência brasileira de combate a cartéis internacionais será analisada neste Capítulo 6 a partir de três eixos principais: (i) as distintas influências que recebeu, oriundas de diferentes agendas internas e externas com relação a objetivos de política de defesa da concorrência e combate a cartéis (Seção 6.1); (ii) sua evolução à luz dessas influências (Seção 6.2); e (iii) os desafios que ainda precisa enfrentar (Seção 6.3.1).

A partir da análise desses 3 eixos, que refletem os estudos empreendidos na Parte I e II do trabalho, serão projetados alguns elementos para uma agenda de incremento do *enforcement* da política de combate a cartéis internacionais brasileira (Seção 6.3.2).

6.1 UMA PRÁTICA DE DUAS INFLUÊNCIAS: EVOLUÇÃO PRÓPRIA DA LEGISLAÇÃO DOMÉSTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E AGENDA NORTE-AMERICANA DA DÉCADA DE 1990

Cartéis internacionais, conforme analisado no Capítulo 2, são capazes de extrair excedentes dos consumidores em escalas ainda maiores que cartéis domésticos. Além disso, do ponto de vista de países majoritariamente importadores dos produtos comercializados por empresas integrantes de cartéis internacionais, como é o caso do Brasil com relação a vários dos esquemas que tem sido descobertos (vide Seção 6.2.3), os sobrepreços por eles gerados

representam transferência de excedentes dos seus consumidores domésticos para empresas e economias de outros países. Ainda, considerando os efeitos dinâmicos geralmente associados a esquemas de cartelização, eles muitas vezes resultam na elevação de barreiras à entrada e eliminação ou perda de competitividade de produtores locais não alinhados à conduta, causando perdas de mais longo prazo para a economia afetada.

Como visto na Parte II, a preocupação com os efeitos dos cartéis internacionais na economia brasileira fez-se presente em nossa política de defesa da concorrência em diferentes momentos ao longo de sua evolução, tendo influenciando, sobretudo, o próprio nascimento da legislação antitruste na década de 1930. Nesse período, os esquemas de cartelização internacional encontravam-se no seu auge, incentivados pelos países de origem das empresas que os compunham – e o Brasil buscava reunir esforços para lidar com os problemas impostos por esses esquemas em um contexto de industrialização tardia. Cartéis internacionais constituíam, portanto, efetiva drenagem de recursos do país e a legislação concorrencial foi então pensada como mecanismo de defesa com relação a eles.

Para lidar com esses esquemas, entendia-se admissível a própria cartelização doméstica que viabilizasse a proteção da indústria nascente local. Não havia uma política industrial institucionalizada nesse sentido como em outros países à época (ex. Japão e Alemanha), mas, embora a lei assim não dispusesse expressamente, esses “cartéis bons” eram entendidos como estando fora do âmbito de aplicação da legislação concorrencial.

No entanto, as preocupações com a cartelização internacional, se bem que tenham dominado boa parte da produção legislativa e da discussão doutrinária que se seguiram, não tiveram qualquer *enforcement* efetivo até a década de 2000. Especialmente entre meados da década de 1960 e início da década de 1990, pode-se dizer que houve inclusive permissividade ou até um certo estímulo aos esquemas de cartelização internacional por parte da política industrial adotada pelo país, que buscava aliar recursos com o capital estrangeiro e usou essa permissividade para tornar mais atrativo os investimentos de empresas no exterior. Não houve nesse período, todavia, mudanças significativas no marco legal da defesa da concorrência que tenham acompanhado essas novas concepções.

Mesmo depois na década de 1990, quando a legislação concorrencial começa a sofrer uma série de alterações e o *enforcement* da política dá uma guinada relevante, pode-se dizer que o arcabouço legal e doutrinário da defesa da concorrência no Brasil manteve-se influenciado pelas mesmas raízes.

Na década de 2000, o cenário muda e uma influência mais direta da agenda norte-americana de disseminação do combate a cartéis internacionais começa a se fazer presente na legislação antitruste e, sobretudo, no *enforcement* da política de combate a cartéis brasileira. A introdução do Programa de Leniência no direito concorrencial brasileiro, a adoção de melhores práticas difundidas internacionalmente e a adoção do entendimento, nas decisões do Cade, de que cartéis agora constituem um ilícito *per se* ou pelo objeto, não admitindo justificativas, autorizações ou exceções à proibição legal, promovem uma grande mudança na postura do Estado ante aos cartéis – e, particularmente, aos cartéis internacionais.

Essa mudança na aplicação da Lei não decorre ou é acompanhada por uma mudança do arcabouço legal no tocante à redação dos dispositivos que disciplinavam a proibição de cartéis. Isto é, a partir da mesma proibição legal, passou-se a considerar a prática uma infração não justificável (*per se*), promovendo-se, com isso, uma forte integração da prática da política concorrencial brasileira ao projeto de convergência disseminado pela agenda norte-americana da década de 1990, inclusive em termos de escolha e tratamento dos casos de cunho internacional.

É interessante notar, no entanto, que, a criminalização da conduta de cartéis, um aspecto relevante disseminado em vários países pela agenda norte-americana da década de 1990, já era realidade legislativa no Brasil desde as origens da defesa da concorrência no país, não tendo sofrido grandes influências dessa agenda específica, nem mesmo em termos de aumento de *enforcement*. E, de fato, não foi na esfera criminal que a guinada no entendimento prático de cartéis ocorreu. Embora pioneira, nossa legislação antitruste criminal continua não tendo, nos casos de cartel internacional, papel relevante. Apesar do Ministério Público geralmente assinar os Acordos de Leniência celebrados pelo Cade como interveniente-anuente nesses casos (para garantir maior segurança aos beneficiários com relação às imunidades conferidas também na esfera criminal), a criminalização do combate a cartéis internacionais tem sido bastante limitada, muito possivelmente em função das dificuldades de se processar criminalmente indivíduos estrangeiros envolvidos em crimes multijurisdicionais.

Na verdade, a esfera criminal só começou a ganhar relevância prática no combate a cartéis em meados da década 2010, quando passou a ser aplicada de forma mais destacada nos casos cartéis domésticos em licitação pública, especialmente quando acompanhados de crimes de corrupção.

Mesmo os instrumentos criminais trazidos do direito concorrencial norte-americano por meio dessa agenda, tais como o Acordo de Leniência e a própria busca e apreensão de evidências, foram introduzidos não no âmbito da legislação concorrencial brasileira de cunho criminal, mas sim na administrativa (embora com reflexos naquela). Essa adaptação de instrumentos criminais a uma legislação de cunho administrativo, embora de um modo geral venha se dando de forma até bem-sucedida, não tem se dado, no entanto, sem nenhum contratempo, especialmente nos casos de cartel internacional como se verá na próxima Seção.

Assim, a despeito de termos no Brasil legislações concorrenciais concorrentes que tornam a prática de cartel um ilícito em diferentes esferas já há bastante tempo, a experiência com cartéis internacionais no Brasil, na prática, tem se limitado à experiência administrativa, iniciada na década de 2000. E é dessa experiência que iremos tratar em maiores detalhes na próxima Seção.

Em breve síntese, essa experiência revela que, se por um lado o estudo realizado até aqui demonstra claramente que o combate a cartéis internacionais é compatível com os interesses e fundamentos da política de defesa da concorrência brasileira, por outro o *enforcement* dessa política enfrenta significativos desafios jurídicos de ordem prática capazes, inclusive, de torná-la eventualmente desvantajosa ou improficua para o país se não forem superados.

6.2 COMBATE A CARTÉIS INTERNACIONAIS PELO CADE A PARTIR DA DÉCADA DE 2000

A experiência de combate a cartéis internacionais no Brasil somente tem início na década de 2000, com a iniciativa do governo brasileiro de instaurar investigações de alguns casos de cartel internacional que haviam sido condenados no exterior a partir das decisões e acordos de confissão de outras jurisdições publicamente disponíveis. Essa iniciativa levou à efetiva condenação pelo Cade do chamado Cartel das Vitaminas, após um extenso debate acerca da extraterritorialidade da legislação brasileira com relação a práticas cometidas fora do território nacional, mas que aqui tenham produzido efeitos.

Após esse marco, a política foi ganhando relevo, principalmente por meio do desenvolvimento do Programa de Leniência, que, pelo menos em seu início, era muito mais

efetivo em atrair empresas estrangeiras participantes de cartéis internacionais e que já estavam simultaneamente confessando suas práticas em outras jurisdições, notadamente Estados Unidos e União Européia, que empresas participantes de condutas de âmbito estritamente doméstico. No entanto, a despeito do número crescente de casos que foram sendo iniciados, vários obstáculos surgiram no caminho levando a um fraco *enforcement* da política que, até bem recentemente, não vinha sendo bem-sucedida em levar os processos a julgamento e em obter condenações. Ainda hoje, a despeito das condenações obtidas, é questionável se as multas aplicadas estejam sendo suficientes para compensar os efeitos causados pelas condutas investigadas ou mesmo os custos materiais e humanos envolvidos nessas investigações (e que deixaram de ser aplicados em outras investigações). É incerto, ainda, o posicionamento que terá o Judiciário com relação a muitos temas complexos que marcam as especificidades da persecução a cartéis internacionais. Nos próximos tópicos, serão analisadas em maiores detalhes alguns dos principais aspectos da evolução dessa experiência, seus avanços e obstáculos.

6.2.1 Extraterritorialidade da legislação concorrencial brasileira: antecedentes e adoção da teoria dos efeitos pelas Leis nº 8.884/1994 e nº 12.529/2011

Em vista da possibilidade de violação da soberania de outros países, o exercício da jurisdição estatal, isto é, da autoridade do Estado de dizer o direito (por meio da produção de normas, de sua aplicação ou, ainda, de sua execução) encontra-se normalmente limitado pelas fronteiras de seu território. Em algumas situações, todavia, admite-se efeitos extraterritoriais às normas nacionais, que passam a alcançar pessoas, recursos ou eventos fora dos limites territoriais de um determinado país. Tradicionalmente, o exercício da jurisdição extraterritorial restringiu-se em questões eminentemente, mas vem cada vez mais se ampliando para outras áreas, em especial o direito concorrencial.³⁴⁶

Os critérios de aplicação da jurisdição extraterritorial, embora em alguns casos na prática acabem sendo definidos de forma unilateral por alguns Estados, costumam encontrar parâmetros em princípios de Direito Internacional Público tradicionalmente aceitos pelos

³⁴⁶ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 38-76.

países, tais como o princípio da nacionalidade, da proteção da segurança nacional, da universalidade e da territorialidade.³⁴⁷

No direito concorrencial, três são os critérios comumente utilizados pelos países, muitas vezes de forma conjugada, para determinar sua jurisdição sobre determinada prática tida como anticoncorrencial: (i) territorialidade; (ii) nacionalidade dos agentes; e (iii) local de verificação dos efeitos.³⁴⁸ Pelo critério da territorialidade, o mais aceito pelo Direito Internacional Público, entende-se aplicável a norma antitruste do local de ocorrência da prática. Pelo critério da nacionalidade, entende-se aplicável a lei antitruste do país de nacionalidade das pessoas e empresas participantes da conduta³⁴⁹. Já pelo critério dos efeitos, entende-se aplicável a legislação do país onde são produzidos os efeitos da prática, mesmo que atos sejam realizados em território estrangeiro e tenham sido praticados por nacionais de outros países³⁵⁰.³⁵¹ Veja-se que, em se tratando de cartéis internacionais, seja qual for o critério utilizado, é bastante provável a existência de conflitos positivos de jurisdições, com mais de um país aplicando sua legislação interna em razão de uma mesma prática, o que pode gerar complexidades com relação à efetividade das decisões³⁵² e *double counting* de multas³⁵³.

³⁴⁷ SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: uma abordagem dos mecanismos extraterritoriais de persecução*. São Paulo: LTR, 2007, p. 109-118; SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 54-61.

³⁴⁸ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 430.

³⁴⁹ A grande dificuldade aqui consiste na determinação da nacionalidade da pessoa jurídica, havendo divergência doutrinária e entre países se a referência é a sede estatutária da empresa, o local de incorporação ou a nacionalidade dos acionistas majoritários. Cf. SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 65-72.

³⁵⁰ Esse critério também traz algumas dificuldades, especialmente com relação à determinação da extensão e materialidade dos efeitos que são suficientes para se fixar a jurisdição. Cf. SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 74-75. Atualmente, o tema tem sido bastante discutido com relação aos chamados efeitos indiretos que decorrem de cartéis internacionais em produtos intermediários, isto é, efeitos produzidos ao longo da cadeia produtiva quando o produto cartelizado serve de insumo para outros produtos. Cf. OCDE. *Roundtable on cartels involving intermediate goods: background paper by the Secretariat*. 2015. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2015\)18&doclanguage=em](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2015)18&doclanguage=em)>. Acesso em 29 dez. 2016.

³⁵¹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 430-433.

³⁵² A país que isentar determinada prática de sua legislação nacional tenderá, muito provavelmente, a negar a execução, em seu território, de decisão de autoridade estrangeira que condenar a mesma prática. Cf. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 434-437.

³⁵³ OCDE. *Roundtable on cartels involving intermediate goods: background paper by the Secretariat*. 2015. Disponível em:

O critério dos efeitos, também conhecido como teoria dos efeitos, constitui uma especificidade controversa do direito concorrencial, que foi desenvolvida pela jurisprudência dos Estados Unidos em 1945 no Caso *Alcoa* a partir de uma interpretação extensiva do princípio da territorialidade. Tendo em vista que no direito concorrencial os efeitos da prática são de fato o cerne das preocupações que motivam a proteção legal, a teoria dos efeitos, a despeito de ter sido de início duramente criticada pelos parceiros comerciais dos Estados Unidos (resultando, inclusive, na profusão das chamadas leis de bloqueio – vide Seção 2.3), é hoje amplamente adotada pelos países.³⁵⁴

No Brasil, apesar das preocupações com as práticas de cartelização internacional terem influenciado de maneira destacada as origens e a evolução das legislações concorrenciais domésticas, somente a partir da Lei nº 8.884/1994 o tema da aplicação extraterritorial veio efetivamente a ser refletido no texto legal.

Antes da Lei nº 8.884/1994, o tema sofreu apenas tratamento doutrinário e jurisprudencial no âmbito da Lei nº 4.137/1962. Inicialmente, prevaleceu o princípio da territorialidade estrita, firmado em 1975 na Averiguação Preliminar nº 55, que tinha como representante a empresa Codima Máquinas e Acessórios S.A. e representadas AEG Tlefunken do Brasil S.A. e outras. Com o tempo, no entanto, essa posição foi sendo abrandada, sobretudo em face do posicionamento da doutrina no sentido de que, para a proteção plena do mercado nacional, conforme determinação do art. 148 da Constituição de 1946 e art. 2º da Lei nº 4.137/1962, fazia-se necessária a aplicação do direito concorrencial em caráter extraterritorial contra os atos praticados no exterior por empresas estrangeiras.³⁵⁵

Com o advento da Lei nº 8.884/1994, a problemática se resolveu por meio da adoção conjugada do princípio da territorialidade e da teoria dos efeitos de forma expressa no art. 2º, sistemática integralmente replicada também no atual art. 2º da Lei 12.529/2011: “Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou

[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2015\)18&doclanguage=em](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2015)18&doclanguage=em). Acesso em 29 dez. 2016.

³⁵⁴ Na Europa, em razão das críticas que a teoria sofre pela doutrina do direito internacional, houve desolvimento de teorias alternativas como a da unidade econômica e a da localização do comportamento concorrencial, que, no entanto, buscam alcançar os mesmos fins da teoria dos efeitos, embora por justificativas diversas. Cf. SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 75-76.

³⁵⁵ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 327-330.

possam produzir efeitos”. Note-se, assim, que a lei expressamente estabeleceu que há jurisdição brasileira tanto com relação aos atos praticados no todo ou em parte do território nacional (princípio da territorialidade) quanto com relação aos atos que nele produzam ou passam produzir efeitos (teoria dos efeitos). A materialização dos efeitos não foi exigida pela lei, bastando a mera potencialidade de sua ocorrência como consequência da prática.

Assim, de acordo com o texto da legislação brasileira, o fato das empresas participantes de um cartel internacional terem nacionalidade estrangeira (estarem sediadas no exterior, terem sido incorporadas no exterior ou terem sócios majoritários de nacionalidade estrangeira) não impede a persecução dessas entidades pelo Cade. Também não é impedimento o fato do acordo ter sido celebrado no exterior ou os contatos terem ocorrido em território estrangeiro.

Ainda durante a vigência da Lei nº 8.884/1994, no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.004599/1999-18³⁵⁶, conhecido como caso do Cartel das Vitaminas, o Cade estabeleceu entendimento sobre a matéria que vem repercutindo até hoje. No caso em questão, as principais produtoras mundiais de vitaminas realizaram um cartel de âmbito internacional que teria produzido efeitos em território nacional a partir da importação pelo país do produto cartelizado com sobrepreço. No voto do Conselheiro-Relator Ricardo Cueva, foi destacado que se aplica a norma brasileira a casos de cartel internacional com potencialidade de causar danos internamente, ainda que nenhum ato tenha sido praticado fora do Brasil e ainda que nenhum efeito tenha de fato sido produzido no território nacional:

Argüiu-se logo no início do processo e como fundamento para o pedido de exclusão das co-representadas estrangeiras do pólo passivo, a incompetência das autoridades brasileiras para conhecer e decidir sobre atos praticados fora do país, a menos que o alcance dos seus efeitos possa ter afetado o mercado nacional, hipótese esta negada pelas co-representadas. Tal argumento não resiste, contudo, à leitura do art. 2º da Lei nº 8.884/94, que define o âmbito de aplicação das normas contidas neste mesmo diploma (...). Induvidosa, portanto, a aplicabilidade das normas brasileiras de defesa da concorrência, ainda que nenhum ato tenha sido praticado em território nacional, e mesmo que nenhum efeito tenha de fato se produzido, bastando que se prove a potencialidade dos danos internamente, dos atos praticados fora do Brasil.

356

Autos completos disponíveis em:
<Acesso em 29 dez. 2016.

Houve debate com relação ao tema, especialmente no tocante à prova de que o acordo teria envolvido o mercado brasileiro, mas por maioria o Conselho acompanhou o entendimento do relator no sentido de que provado o cartel e provada a importação do produto cartelizado, havia elementos suficientes para indicar a potencialidade de efeitos no território nacional.

Mais recentemente, no Processo Administrativo nº 08012.000774/2011-74³⁵⁷, referente ao Cartel de Plástico ABS, o Cade estabeleceu limitações à extraterritorialidade da Lei nº 12.529/2011, definindo mais precisamente o entendimento com relação ao conceito de “efeitos”. O entendimento foi particularmente relevante para casos de cartéis internacionais de produtos intermediários que produzem apenas efeitos “indiretos” no território nacional, como era a hipótese em questão.

No referido caso, as empresas produtoras de plásticos do tipo Acrilonitrila Butadieno Estireno (ABS), Poliestireno (PS), Acrilonitrila Estireno (AS) e Polimetilmetacrilato (PMMA) teriam formado um cartel para os mercados de Hong Kong e China. Como os produtos cartelizados foram utilizados na fabricação de uma série de produtos finais importados pelo Brasil da região afetada pelo cartel, investigou-se a possibilidade de que efeitos da conduta pudessem ter sido produzidos no mercado doméstico. No entanto, a Superintendência-Geral do Cade (SG/Cade) entendeu que, nesse caso concreto, não havia elementos a indicar que (a) os efeitos indiretos no Brasil foram suficientemente materiais, contabilizáveis e relevantes; (b) o Brasil de fato era um destino relevante do produto final afetado pelo cartel; (c) as empresas do cartel eram origens relevantes da demanda brasileira; e (d) as empresas do cartel tinham atuação e presença no Brasil de forma substancial, por meio de outros mercados; ou (e) outras evidências de efeitos potenciais relevantes. O Conselheiro-Relator, ao julgar o processo, afirmou que havia, no caso, uma grande dificuldade em se “apurar quais produtos foram afetados e quão significativos foram os sobre-preços dos insumos nos preços dos produtos finais exportados para o Brasil, se é que de fato houve esse repasse”, questão que criava dificuldade para “justificar uma punição (...) [e] para se analisar os elementos de dosimetria da pena”, bem como implicava “em discussões acerca do possível *double counting* de base de cálculo

357

Autos completos disponíveis em:
<http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?NJILMKAUD29j6X1yj2GO_P27TZb287t6FyKxmleAun3Yqr7cS6Dh1JI3oqbwKR-uJCg4UGQcRxjZx6H1qtSQfQ,>. Acesso em 29 dez. 2016.

(faturamento), em caso de condenações no exterior”. Com esses argumentos, o caso foi arquivado.

O despeito do arquivamento do processo em questão, ficou estabelecido de forma clara, pelos menos pela SG/Cade, que, presentes determinadas circunstâncias (ausentes, todavia, no referido caso), efeitos indiretos podem ser suficientes para firmar a jurisdição brasileira em casos de cartel internacional. Nas palavras constantes da Nota Técnica da SG/Cade, a fixação da jurisdição brasileira em casos de cartéis internacionais dispensa prova dos efeitos da conduta, exigindo apenas demonstração da potencialidade concreta e materializável de geração de efeitos em território nacional:

Veja-se que não se trata de aprofundar a discussão sobre provas de efeitos do cartel internacional no território nacional, mas sim de avaliar se existem condições que permitam concluir que este cartel poderia, ao menos potencialmente, afetar o Brasil. Ou seja, seguindo o rito de análise de cartéis clássicos, exposto no tópico anterior, não há que se *provar* os efeitos ocorridos no mercado brasileiro em razão do cartel internacional investigado, mas há que se *demonstrar* que efeitos poderiam ter ocorrido no Brasil, dadas as condições específicas do cartel e/ou do mercado em investigação. Para tanto, para além de meras ilações sem lastros, bastaria a *demonstração* de que efeitos concretos e materializáveis poderiam ter sido produzidos no território brasileiro em decorrência do cartel.

A *demonstração* da potencialidade concreta e materializável de geração de efeitos em território nacional pode se dar de diversas formas, como, por exemplo, por meio de evidências contendo um ou mais dos seguintes elementos, entre outros: (i) menções expressas ao Brasil como parte do objeto do cartel ou da divisão de mercado por ele promovida; (ii) menções às regiões da América Latina ou da América do Sul como parte do objeto do cartel ou da divisão de mercado por ele promovida, sem exclusão expressa ao Brasil; (iii) menções a todo território mundial como objeto do cartel ou da divisão de mercado por ele promovida, sem exclusão expressa ao Brasil; (iv) em qualquer hipótese prevista anteriormente ou outra, menções ao fato de que as exportações dos membros do cartel também eram objeto do conluio e que direta (e/ou indiretamente em alguns casos) ingressaram no Brasil.

Sem maiores digressões e aprofundamento a respeito da *prova* econômica da dimensão dos efeitos, a *demonstração* de potencialidade de efeitos no território nacional pode ser corroborada, quando possível, por dados de mercado que permitam concluir que importações do produto ou serviço ofertado pelos membros do cartel efetivamente ingressaram no território nacional, lesando a economia e os consumidores brasileiros (*efeitos diretos*). Constitui fator adicional a demonstrar a lesividade do cartel ao mercado brasileiro a constatação do ingresso em território nacional de importações de produtos ou serviços que utilizaram como insumo o produto ou serviço cartelizado (*efeitos indiretos*).

Finalmente, é válido registrar, apenas para que não se confunda, que a constatação de importações do produto cartelizado para o Brasil consiste meramente em um elemento apto a demonstrar a incidência da jurisdição brasileira com relação à prática como um todo e não em uma condição para

responsabilização de cada um de seus membros. Todos os membros de um cartel internacional que afetou ou poderia ter afetado o mercado brasileiro, mesmo aqueles que não tenham auferido vendas diretas no território nacional, devem ser responsabilizados perante a legislação brasileira pela prática que colaboraram para constituir e implementar. Admitir o contrário seria artificial, ao desconsiderar para fins de punição da conduta como um todo os esforços empreendidos por determinados participantes para a formação e consecução dos objetivos do acordo. Representaria, por exemplo, deixar sem punição membros de um cartel que (i) contribuíram para diminuir as opções e o nível de concorrência do mercado brasileiro ao optar por aqui não vender em razão de um pacto do grupo para divisão de mercados geográficos mundiais; ou (ii) contribuíram para que o objetivo de elevação global dos preços do produto ou serviço cartelizado fossem alcançados, incluindo os preços praticados para o mercado brasileiros ou para clientes brasileiros; ou (iii) contribuíram para que o consumidor brasileiro arcasse, como elo final da cadeia produtiva de um produto fabricado por tais membros, com o sobre-preço repassado a subprodutos e serviços aqui comercializados. Seria, portanto, incompatível com os fins e as disposições da Lei de Defesa da Concorrência brasileira.

Diante do exposto, tem-se que, de forma geral, ou seja, sem prejuízo de se analisar as especificidades do caso concreto e sem excluir outras eventuais situações fáticas, um parâmetro inicial em termos da competência legal para a atuação da jurisdição brasileira em casos de cartel internacional poderia ser assim delineado:

(i) Cartéis internacionais, de âmbito global ou envolvendo regiões/países específicos, nos quais há provas de inclusão do Brasil no objeto do acordo: são passíveis de persecução e punição pela jurisdição brasileira (vide PA nº 08012.010932/2007-18 – “Cartel de Mangueiras” – e PA nº 08012.001029/2007-66 – “Cartel de Perboratos”);

(ii) Cartéis internacionais, de âmbito global ou envolvendo regiões/países específicos, nos quais há provas de que todas ou algumas das empresas participantes do conluio exportaram o produto cartelizado diretamente para o Brasil: são passíveis de persecução e punição pela jurisdição brasileira, sendo que, mesmo as empresas que não exportaram seus produtos diretamente para o Brasil podem ser passíveis de responsabilização, seja porque tais empresas (a) em casos de divisão geográfica de mercados, assim agiram em decorrência de ajustes do próprio cartel; seja porque (b) em casos de fixação de preços, entre outros, contribuíram para a construção e o sucesso da prática; ou, ainda, porque (c) em qualquer caso, contribuíram para a construção e o sucesso do cartel, bem como para elevação de preços, redução de oferta e qualidade dos produtos a nível global, entre outros (vide PA nº 08012.004599/1999-18 – “Cartel das Vitaminas”);

(iii) Cartéis envolvendo regiões do globo ou países específicos, nos quais não há provas de que as empresas participantes do conluio exportaram o produto cartelizado diretamente para o Brasil, mas apenas de que tal produto foi utilizado como insumo para fabricação de subprodutos finalizados ou semifinalizados importados pelo país: podem ou não ser passíveis de persecução e punição pela jurisdição brasileira, a depender da materialidade e substancialidade dos efeitos potenciais da conduta no Brasil.

A redação estrita do art. 2º da Lei 12.529/11 não exclui de plano a sua persecução, já que a princípio é possível que um produto final não cartelizado, mas que tenha usado como insumo um produto intermediário cartelizado, gere efeitos negativos no Brasil ao ser para cá exportado. Contudo, é fato que a reconstrução do nexos causal entre o cartel e seu potencial impacto indireto no território nacional é bastante complexa. Com efeito, para além de uma mera ilação, a materialização e contabilização de efeitos indiretos de um cartel demanda informações acerca da dimensão de seus efeitos diretos sobre as vendas do produto afetado nos locais em que a conduta ocorreu, bem como acerca da extensão de seus reflexos nas vendas dos subprodutos exportados ao Brasil. Tais informações, muitas vezes, não estão disponíveis à autoridade concorrencial brasileira, especialmente se o cartel não foi investigado pelas autoridades locais.

Por outro lado, nas situações em que tais autoridades já investigaram e puniram o cartel, uma não trivial discussão de *double counting* de base de cálculo (faturamento) para punições de empresas se apresenta. Não deve se confundir a discussão de dupla contagem com uma discussão de *bis in idem*, que tem fundo jurídico. Juridicamente, uma multa aplicada fora do Brasil, por autoridade que não é brasileira, não afasta a jurisdição e punição pelas autoridades brasileiras competentes. É certo, porém, que as autoridades públicas antitruste não podem ser totalmente cegas a questão do *double counting* no caso de exportações indiretas. Veja-se que tal questão não existe no caso de exportações diretas, em que o Cade considera como base para o cálculo da multa o faturamento representado pelas exportações ao país, faturamento este que não é considerado pela autoridade do país de origem, a princípio (já que se trata de faturamento fora de seu território). No caso de efeitos indiretos, contudo, quando se trata de produto que não foi exportado diretamente para o Brasil, mas sim vendido como insumo em outro país, e depois inserido em produto final para cá exportado, a situação é distinta. Note-se que, neste caso, se a autoridade do país de origem multa as empresas que praticaram o cartel com base nas suas vendas do produto cartelizado, estas empresas em tese estão punidas. Elas não faturam mais quando o produto cartelizado é inserido em um produto final e exportado para outros países. Um posicionamento de autoridades antitruste ao redor do mundo que não atente para isso pode gerar o efeito nefasto de sobrepunir em demasia determinadas empresas, que seriam sancionadas diversas vezes em cima do mesmo faturamento. Tal diretriz, além de juridicamente desproporcional, poderia ter como efeito até mesmo falências múltiplas, o que ao final significa restrições de oferta, aumento de custos e redução da concorrência. Significa dizer, em conclusão, que os países, incluindo o Brasil só devem punir cartéis desse tipo naqueles casos em que os efeitos potenciais da conduta no país sejam claramente substanciais, a ponto de demandar uma ação coercitiva da própria autoridade brasileira.

Deve-se destacar também um fator aliado ao princípio constitucional da eficiência administrativa que deve orientar toda e qualquer política pública, incluída aí a política de defesa da concorrência. É que a não mitigação da regra do art. 2º em tais situações poderia levar ao absurdo, senão impossível, de se exigir da autoridade brasileira a persecução de todo e qualquer cartel existente no mundo em que, em algum momento, em algum elo da cadeia, um produto influenciado por um insumo cartelizado tenha sido comercializado em território nacional. Numa economia globalizada, é quase certo que um produto final que contenha em si um produto intermediário cartelizado ingresse no país em algum momento, em alguma

quantidade. Se isso, por si só, for considerado um “efeito potencial” de um cartel no Brasil, a ponto de demandar a atuação da autoridade antitruste, isso significaria que o Cade deveria abrir investigações toda vez que um cartel fosse investigado em qualquer parte do mundo. Isso evidentemente é impossível e indesejado. Frente aos recursos escassos disponíveis à Administração, impõe-se que haja uma ponderação, no caso concreto, acerca da conveniência e oportunidade de se investigar conduta semelhante vis a vis a priorização de casos com impactos mais relevantes no território nacional. Não por outra razão, são raros ou inexistentes casos de cartéis com efeitos puramente indiretos sendo investigados por outras jurisdições.

Nesse sentido, é possível se estabelecer, como parâmetro geral, que cartéis dessa natureza poderão ser investigados e punidos quando for possível verificar, além de outros, um ou mais dos seguintes fatores, ponderáveis conforme especificidades do caso concreto e o grau indiciário e probatório disponível ou apurável, sem prejuízo de outros: (a) os efeitos indiretos no Brasil são suficientemente materiais, contabilizáveis e relevantes; (b) o Brasil de fato é um destino relevante do produto final afetado pelo cartel; (c) as empresas do cartel são origens relevantes da demanda brasileira; (d) as empresas do cartel tem atuação e presença no Brasil de forma substancial, por meio de outros mercados; ou (e) inexistência de investigações e/ou condenações relevantes do cartel nas autoridades direta e primordialmente afetadas, entre outros cuja aferição seja possível de maneira objetiva.

Registre-se que as tipologias de cartel descritas acima não constituem necessariamente hipóteses fáticas isoladas e estanques, podendo se sobrepor ou ocorrer concomitantemente entre si e também com relação a condutas ocorridas também em âmbito local. Por exemplo, e comum uma situação de um cartel internacional com exportações cartelizadas diretas (tipo “i”) e indiretas (tipo “ii”) concomitantemente, situação esta bastante diferente de um cartel apenas com exportações indiretas.

Conclui-se assim, que, nos termos da legislação brasileira e da jurisprudência do Tribunal do Cade, e considerados os parâmetros delineados acima, estão sujeitos à jurisdição brasileira acordos entre concorrentes que, a despeito de terem ocorrido fora do território nacional, geraram ou poderiam ter gerado efeitos deletérios para a economia e os consumidores brasileiros.

É preciso que se registre que, embora existam críticas por parte dos internacionalistas com relação a própria teoria dos efeitos e sua ampliação para efeitos indiretos ou mediatos³⁵⁸, o questão concreta que se impõe é que, diante da adoção de teorias semelhantes por outros países, conforme já analisado no Capítulo 2, a estratégia de não adoção pelo Brasil de tratamento semelhante à questão não apenas contribuiria para uma dissuasão subótima da cartelização internacional, como impossibilitaria o país de reaver os excedentes extraídos do mercado interno em razão dessas práticas (ao passo que muitas outras jurisdições assim

³⁵⁸ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 335.

estariam fazendo, inclusive aquelas que costumam ser origem das empresas normalmente envolvidas nesses esquemas).

6.2.2 Posição do Brasil em matéria de cooperação internacional para combate a cartéis internacionais

Como já analisado, existe hoje uma espécie de consenso geral no sentido de que cartéis internacionais³⁵⁹ são práticas que devem ser combatidas pelas políticas concorrenciais dos países e que, para que isso ocorra de forma bem-sucedida e haja um nível ótimo de dissuasão, é necessário reforçar a cooperação internacional.

Com efeito, em relatório sobre a cooperação entre autoridades de defesa da concorrência em investigações de cartel, a ICN reforçou a importância do tema e listou uma série de razões pelas quais a cooperação entre países é importante. Essas razões variam desde a discussão de estratégias de investigação até o acesso a evidências ou infratores localizados em outros territórios:³⁶⁰

For example, it is possible that an agency may not be aware of a cartel affecting its jurisdiction, while another agency has cognizance of it. In the case of international cartels, coordination of investigatory measures may be necessary in order to avoid the risk of destruction of evidence if one agency moves before other agencies, on whose territory evidence may be located. Subsequently, agencies may well wish to gain access to evidence located outside their own jurisdiction. More general discussions and comparing of notes between investigators of the same cartel in different agencies may facilitate the smooth progression of the case, and better rebutting of the arguments of the parties. Information on turnover relevant for the calculation of sanctions may be exchanged. Between jurisdiction with sanctions against individuals, extradition proceedings may also play a part in co-operation.

Conforme apontou o relatório, a cooperação em matéria de cartéis internacionais pode ocorrer em diferentes momentos – seja na fase pré-investigatória, na fase investigatória e/ou na fase pós-investigatória –, sendo útil em todas elas:

At the *pre-investigatory phase*, that is the phase before evidence-gathering takes place, agencies can co-operate regarding markets to be investigated, companies to be targeted, the location of evidence, and avoidance of destruction of evidence;

³⁵⁹ Esse “consenso” refere-se apenas a cartéis internacionais do tipo *hard core* conforme definição da OCDE, os quais não incluem, por exemplo, cartéis de exportação apoiados por governos nacionais. Vide Seção 2.1.

³⁶⁰ ICN. *Co-operation between competition agencies in cartel investigations*. Report to the ICN Annual Conference. 2007. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2006.pdf>>. Acesso em 29 dez. 2016.

At the investigatory phase, the phase during which evidence is gathered and analyzed, and the case built up, they may coordinate investigatory measures. This could include the organization of simultaneous search, raids or inspections, issuing of subpoenas or other requests for information, or interviewing of witnesses;

At the post-investigatory phase, which concerns prosecution, adjudication and sanctioning, agencies may exchange evidence and other information which they have obtained, and they may co-operate via general case discussions between the investigators.

O relatório listou ainda os diferentes instrumentos hoje existentes capazes de embasar os mais diferentes tipos de arranjos cooperativos entre países. Conforme é mencionado no documento, a cooperação em cartéis internacionais pode se dar tanto por meio de mecanismos informais quanto formais. Os mecanismos informais, que podem ser bilaterais ou multilaterais, incluem, por exemplo, telefonemas e trocas de e-mails sobre estratégias e coordenação de investigações, impressões gerais sobre casos e mercados, e fornecimento de informações públicas, entre outros. Já os mecanismos formais, que também podem ser bilaterais ou multilaterais, incluem cooperação para notificação acerca de investigações em curso que possam afetar outro país, execução de atos processuais, troca de evidências, entre outros. Eles podem ser baseados nos instrumentos mais tradicionais de direito internacional público – como acordos de cooperação Estado-Estado; acordos de cooperação agência-agência; tratados de assistência jurídica mútua; acordos de livre comércio; acordos de parceria econômica; acordos regionais de comércio; e memorandos de entendimentos – ou em instrumentos de *soft law* – como recomendações, relatórios e melhores práticas divulgadas por organizações internacionais, tais como a OCDE, UNCTAD e a própria ICN, entre outros.³⁶¹

Em sua atuação no cenário antitruste internacional, o Brasil se utiliza de vários desses instrumentos formais e informais³⁶². Em matéria de acordos específicos em defesa da concorrência, o Brasil já assinou, por exemplo, os seguintes acordos e protocolos de entendimentos: Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Federação da Rússia sobre Cooperação na Área da Política de Concorrência (2001); Acordo de Cooperação entre a República Federativa do Brasil e a República da Argentina (2003);

³⁶¹ Para maiores informações sobre os instrumentos de cooperação internacional em defesa da concorrência e suas características, cf. SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: uma abordagem dos mecanismos extraterritoriais de persecução*. São Paulo: LTR, 2007, p. 122-140; CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. *Direito antitruste & relações internacionais: extraterritorialidade e cooperação*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 157-209.

³⁶² OCDE. *Improving international co-operation in cartel investigations: contribution from Brazil*. 2012. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/internacional/publicacoes-anexos/16.pdf>>. Acesso em 30 dez. 2016.

Acordo de Cooperação entre o governo da República Federativa do Brasil e o governo dos Estados Unidos da América (2003); Protocolo de Cooperação Técnica entre Cade, SDE, SEAE e Autoridade da Concorrência de Portugal (2005); Entendimento de Cooperação entre Fiscalía Nacional Económica do Chile e o Cade, SDE e SEAE (2008); Entendimento de Cooperação entre o governo do Canadá e a República Federativa do Brasil (2008); Entendimento de Cooperação entre o DG Competition e o Cade, SDE e SEAE (2009); Entendimento sobre Cooperação entre as Autoridades de Defesa de Concorrência dos Estados Partes do Mercosul para o Controle de Concentrações Econômicas de Âmbito Regional (2009); Entendimento sobre Cooperação entre as Autoridades de Defesa da Concorrência dos Estados Partes do Mercosul para a Aplicação de suas Leis Nacionais de Concorrência (2009); Programa de Cooperação entre o Cade/SDE/SEAE e o Serviço Federal Antimonopólio da Federação da Rússia (2009); Entendimento de Cooperação Técnica entre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a Autoridade da Concorrência de Portugal (2010); Entendimento de Pequim sobre a 2ª Conferência Internacional sobre Concorrência dos BRICS (2011); Programa de Cooperação entre o Cade/SDE/SEAE e o Serviço Federal Antimonopólio da Federação da Rússia (2011); Acordo de Cooperação Técnica entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade e a Autorité de la Concurrence da França (2011); Memorando de Entendimento entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade e a SAIC da República Popular da China (2012); Acordo de Cooperação Técnica entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade e o INDECOPI do Peru (2012); Convênio de cooperação entre a Superintendência de Control del Poder de Mercado - SCPM do Equador e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade (2013); Convênio de cooperação entre o Federal Antimonopoly Service of the Russian Federation e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade (2014); Convênio de cooperação entre a Fair Trade Commission do Japão e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade (2014); Convênio de cooperação entre a Superintendencia de Industria Y Comercio - SIC da Colômbia e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade (2014); Convênio de cooperação entre a Fair Trade Commission da República da Coreia e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade (2014); Termo aditivo do acordo de Cooperação Técnica entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade e a Autorité de la Concurrence da França (2014); Memorando de Entendimento entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade e o Grupo Banco Mundial (2015); Convênio para cooperação e compartilhamento de informação entre o Conselho

Administrativo de Defesa Econômica – Cade e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (2015); Memorando de Entendimento celebrado pelos membros do BRICS (2015).³⁶³

A maioria dos acordos acima permite a cooperação entre agências de defesa da concorrência na forma de notificações com relação a atividades de *enforcement* de sua legislação que possam afetar os interesses da outra agência, bem como com a realização de consultas, cooperação técnica, trocas de informação (sujeitas à lei de proteção à informação confidencial vigentes em cada jurisdição), reuniões regulares e concessão de cortesias negativas ou positivas.³⁶⁴

O Brasil participa, ainda, de vários fóruns internacionais de discussão e trocas de experiências em matéria específica de concorrência, tais como os existentes no âmbito da ICN, OCDE, BRICS, Mercosul e Unctad, por exemplo.

Com relação a um nível mais amplo de cooperação, isto é, cooperação jurídica entre Estados (e não agências de defesa da concorrência), o Brasil já assinou tratados de assistência jurídica mútua (Mutual Legal Assistance Treaties – MLATs) em matéria civil com Bélgica, Espanha, França e Líbano. A Brasil é aplica, ainda, os seguintes acordos: Acordo sobre o Benefício da Justiça Gratuita e a Assistência Jurídica Gratuita entre os Estados-Partes do MERCOSUL, do República da Bolívia e da República do Chile (Florianópolis, 2000); Protocolo de Medidas Cautelares entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai (Ouro Preto, 1994); Convenção I Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile (Buenos Aires, 2002); Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai (Las Leñas, 1992); Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias (Panamá/1975); Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias (Montevideu/1979); e Convenção Interamericana sobre Prova e Informação acerca do Direito Estrangeiro (Montevideu/1979); além de outros envolvendo

³⁶³ Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/internacional/cooperacao-bilateral-1>>. Acesso em 29 dez. 2017.

³⁶⁴ OCDE. *Improving international co-operation in cartel investigations: contribution from Brazil*. 2012. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/internacional/publicacoes-anexos/16.pdf>>. Acesso em 30 dez. 2016.

direitos civis não relacionados a temática concorrencial, todos ratificados por uma série de países.³⁶⁵

Em matéria penal, o Brasil assinou MLATs, por exemplo, com Canadá, China, Colômbia, Cuba, Itália, França, Honduras, México, Nigéria, Panamá, Peru, Portugal, Reino Unido, Espanha, Coréia do Sul, Suriname, Suíça, Ucrânia e Estados Unidos. Por meio desses acordos, é possível, por exemplo, executar pedidos de fornecimento de informações e evidências confidenciais e não confidenciais, pedidos de execução de mandados de buscas e apreensões, pedidos de levantamento de sigilos (bancário, fiscal, telecomunicação e comunicação), e pedidos de apreensão, confisco e repatriação de ativos. O Brasil aplica, ainda, os seguintes acordos: Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais do Mercosul (Protocolo de São Luís); Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Material Penal (Convenção de Nassau, OEA); Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida); Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo); Convenção Sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais; além de outros envolvendo questões penais menos relacionados a temática concorrencial, todos ratificados por uma variada gama de países.³⁶⁶

Mesmo com relação aos países em relação aos quais não há tratado, acordo ou convenção de cooperação jurídica internacional a basear a colaboração, o Brasil pode estabelecer cooperação mediante compromisso de reciprocidade. No caso da existência de acordo, o pedido tramita diretamente do órgão do país requerente responsável por receber, analisar, adequar, transmitir e acompanhar o cumprimento dos pedidos de cooperação jurídica (órgão esse comumente chamado de “autoridade central” em matéria de cooperação

³⁶⁵ BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria civil* / Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI). – 4. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes>>. Acesso em 30 dez. 2016.

³⁶⁶ OCDE. *Improving international co-operation in cartel investigations: contribution from Brazil*. 2012. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/internacional/publicacoes-anexos/16.pdf>>. Acesso em 30 dez. 2016; BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal* / Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI). – 3. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes>>. Acesso em 30 dez. 2016.

jurídica internacional) para seu congêneres no país requerido. No Brasil, para a maioria das questões, a autoridade central para cooperação jurídica internacional é o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, órgão integrante da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça. Na ausência de acordo, o pedido de reciprocidade, além de tramitar pela autoridade central, ainda passa pelos canais diplomáticos. Em qualquer cenário, sem dúvida, esses instrumentos importam em procedimentos de não muita celeridade.³⁶⁷

Tanto os instrumentos de cooperação jurídica internacional em matéria civil quanto os em matéria criminal podem ser utilizados pelo Brasil em investigações de cartel internacional, tendo em vista que, aqui, cartel constitui infração punível tanto administrativa quanto civil e penalmente (vide Seção 5.3). Nas investigações administrativas do Cade, devem ser utilizados os MLATs em matéria civil (assim como em eventuais processos de reparação de danos),³⁶⁸ enquanto nas investigações criminais devem ser utilizados os MLATs em matéria criminal. Embora uma esfera não possa fazer uso de MLATs de outra esfera, evidências relevantes obtidas por qualquer delas podem eventualmente ser compartilhadas com outra por meio de mecanismos de colaboração internos que viabilizem o empréstimo de provas.

No entanto, a despeito de todas essas possibilidades e arranjos, a cooperação do Brasil com outros países, na prática, é ainda bastante limitada. Dos casos de cartel

³⁶⁷ Para maiores referências sobre o tema, cf. BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. *Cartilha cooperação jurídica internacional em matéria penal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes>>. Acesso em 30 dez. 2016; BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. *Cartilha cooperação jurídica internacional em matéria civil*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes>>. Acesso em 30 dez. 2016; BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria civil* / Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI). – 4. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes>>. Acesso em 30 dez. 2016; BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal* / Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI). – 3. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes>>. Acesso em 30 dez. 2016.

³⁶⁸ A Lei nº 12.529/2011 institui um sistema administrativo de persecução a cartéis. No entanto, inexistindo mecanismos de cooperação jurídica internacional de cunho puramente administrativo que seja aplicável à questão, o Cade se vale dos MLATs em matéria civil

internacional investigados pelo Cade, nenhum contou com a utilização de mecanismos formais de investigação que tenham levado à troca de evidências ou informações efetivamente relevantes sobre a conduta investigada. Não é comum sequer o *compliance* com relação às cláusulas de notificação acerca da abertura investigações sobre práticas que possam afetar ou interessar outra jurisdição. E, mesmo no que se refere à cooperação informal, que tem sido bastante incentivada pelos fóruns internacionais (mas que possui utilidade muito mais limitada), apesar de ter sido de fato utilizada em alguns casos, não é possível dizer que tenha constituído instrumento rotineiro ou de valor relevante para as investigações brasileiras.³⁶⁹

O mecanismo mais comum de cooperação que tem sido utilizado nas investigações de cartel internacional do Cade são os acordos e compromissos de reciprocidade com relação à notificação inicial (citação) de investigados localizados no exterior. Não obstante o mecanismo esteja sendo de fato utilizado, ele esbarra em uma série de entraves burocráticos que tornam o cumprimento dos pedidos extramente lentos, podendo uma mera notificação inicial para apresentação de defesa demorar até dois anos ou mais para ser cumprida, a depender do país ao qual se requer a cooperação e das exigências específicas por ele feitas para efetuar o atendimento.

A baixa utilização e efetividade dos mecanismos de cooperação não ocorre em razão de questões meramente internas ou exclusivas Brasil. O próprio relatório da ICN sobre cooperação acima mencionado reconhece que, apesar de todos os instrumentos existentes, a cooperação em matéria de cartéis tem ocorrido de modo geral em níveis baixos. Segundo aponta o relatório, pesquisas realizadas junto a várias autoridades concorrenciais teriam indicado que os maiores obstáculos à cooperação estariam relacionados a diferenças nos

³⁶⁹ Durante o procedimento de negociação de acordos de leniência envolvendo casos de cartel internacional, mediante o oferecimento de *waiver* por parte do proponente do acordo, o Cade algumas vezes troca informações gerais e impressões sobre suas investigações com outras autoridades de defesa da concorrência, especialmente com vistas à coordenação de *timing* de procedimentos. Além disso, durante a instrução do processo, comunicações por meio de telefonemas e e-mails são às vezes feitas como vistas ao esclarecimento de questões pontuais que possam ser de conhecimento da outra autoridade. Em um caso específico, conhecido como Cartel dos Compressores (Processo Administrativo nº 08012.000820/2009-11), a antiga Secretaria de Direito Econômico (SDE/MJ) chegou a coordenar com o DOJ e o DGComp o dia e a hora de operações de busca e apreensão ocorridas simultaneamente no Brasil, nos Estados Unidos e na Europa. A coordenação foi apenas de *timing* dos procedimentos. O Brasil não executou mandados de busca e apreensão para os Estados Unidos e Comissão Européia e nem vice versa. Também não foram trocadas evidências apreendidas nessas operações (ao menos com o Brasil). Cf. OCDE. *Improving international co-operation in cartel investigations: contribution from Brazil*. 2012. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/internacional/publicacoes-anexos/16.pdf>>. Acesso em 30 dez. 2016.

regimes jurídicos domésticos e internacionais a que os países estão submetidos. Entre tais obstáculos estariam: complexidade e duração de alguns procedimentos de cooperação; barreiras relacionadas a informações confidenciais; indisponibilidade de alguns tipos de instrumentos de cooperação para algumas autoridades; limitações à admissibilidade como evidência de informações trocadas entre autoridades; risco à integridade da investigação da jurisdição receptora em razão das diferenças nos regimes jurídicos domésticos com relação a informações privilegiadas; entraves à troca de “informação da autoridade”.³⁷⁰

Em outro material da ICN – o *Chapter on International Cooperation and Information Sharing*, do *Anti-cartel enforcement manual* – a organização também lista os seguintes desafios responsáveis pela limitação da cooperação internacional e da troca de informações em matéria de combate a cartéis: troca de informações confidenciais; diferentes definições acerca do que se enquadra como informação confidencial; regimes civis ou administrativos *versus* regimes criminais; limitação de recursos; obstáculos legais, enquadramento jurídico e falta de coordenação.³⁷¹

Não obstante todas as razões listadas pela ICN constituírem obstáculos reais que tornam a cooperação mais difícil, elas não parecem contar toda a estória; refletindo muito mais uma visão pragmática das pessoas encarregadas do *enforcement* das políticas de defesa da concorrência dos diferentes países. Isso porque, diante de tantos instrumentos e possibilidades oferecidas pelo direito internacional público para promover a cooperação entre países em matéria de combate a cartéis, seria de se esperar que, no caso a caso, diante de cada um dos obstáculos acima mencionados, houvesse pelo menos uma opção de colaboração efetiva para se lançar mão ou ao menos que, de modo geral, os níveis de cooperação fossem um pouco mais elevados.

Nos parece, assim, que também contribui para o problema, conforme já mencionado no Capítulo 2, o fato de que os próprios países podem estar evitando uma cooperação mais intensa, em prol da implementação de outros interesses internos. Para os países de origem das empresas envolvidas nessas práticas (geralmente os que possuem mais acesso a

³⁷⁰ ICN. *Co-operation between competition agencies in cartel investigations*. Report to the ICN Annual Conference. 2007. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2006.pdf>>. Acesso em 29 dez. 2016.

³⁷¹ ICN. Chapter on international cooperation and information sharing. In: ICN. *Anti-cartel enforcement manual*. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/cartel%20wg/icn_chapter_on_international_cooperation_and_information_sharing.pdf>. Acesso em 29 dez. 2016.

informações relevantes), cartéis internacionais muitas vezes representam entrada de excedentes em suas economias (vindos de consumidores de outros países e não dos seus), além de um eventual melhor posicionamento no comércio internacional. Além disso, o pagamento de multas por parte de empresas do país para o qual se está pedindo cooperação acaba significando um ressarcimento de um país para o outro, na forma de transferência de riquezas.

Mesmo quando não são essas as questões envolvidas, considerando que a principal fonte de detecção de cartéis internacionais são os Programas de Leniência internos de cada país (com especial destaque para o dos Estados Unidos e o da Comissão Européia) e que esses programas, na forma como estão hoje desenhados, costumam oferecer confidencialidade como incentivo à auto-delação, o espaço para cooperação se torna extremamente limitado. Com efeito, tendo em vista que o acordo de leniência é um instrumento que confere ao participante de um cartel imunidade com relação à infração cometida em troca de sua confissão e da entrega de evidências que possam levar a condenação dos demais co-autores da prática, quando uma jurisdição compartilha com outra informações decorrentes desses acordos, expondo assim o beneficiário da leniência à perseguições nessa segunda jurisdição, os incentivos à auto delação na primeira jurisdição podem acabar se reduzindo, enfraquecendo seu programa de leniência. No entanto, veja-se que, à medida que esses programas vão amadurecendo e os regimes de perseguição a cartéis se aprimorando nas mais distintas jurisdições, vai se tornando cada vez mais improvável que qualquer interessado em aplicar para o programa de leniência dos Estados Unidos e da Comissão Européia, por exemplo, também não faça nessas outras jurisdições que foram se aprimorando no combate a cartéis internacionais (e que tenham sido afetadas pelo cartel em questão). Nessa situação, deixam de se sustentar argumentos de impossibilidade de trocas de informação e evidências com vistas à proteção do programa de leniência e, ao menos entre esse “grupo” de jurisdições mais desenvolvidas no tema, deveria ser de se esperar uma maior cooperação.

Mas, ainda sob a ótica das respectivas autoridades de defesa da concorrência, há ainda outra questão em jogo. Tendo em vista que a capacidade de pagamento de multas e indenizações por parte dos infratores não é ilimitada, em situações de múltiplas investigações, está em situação de vantagem aquela jurisdição que primeiro investigar e condenar a prática, o que pode constituir estímulo à cooperação ou pelo menos a uma cooperação célere.

Todas essas questões, aliadas aos fatores de cunho mais prático indicados pela ICN, acabam contribuindo para que o *compliance* aos instrumentos de cooperação existentes seja reduzido, prejudicando especialmente o *enforcement* das políticas de países em desenvolvimento como o Brasil, tendo em vista que, em regra, provas, testemunhas e infratores (ao menos suas matrizes ou controladores) não estão localizados em seus territórios. Esses desafios estão refletidos na instrução dos casos investigados pelo Brasil, como se verá a seguir.

6.2.3 A experiência brasileira de investigação de cartéis internacionais desde o cartel das vitaminas: casos investigados, obstáculos processuais enfrentados e resultados obtidos

6.2.3.1 Evolução da experiência e informações gerais sobre os casos investigados

O Brasil iniciou o *enforcement* de sua política de combate a cartéis internacionais a partir da investigação do Cartel das Vitaminas. O processo administrativo (PA nº 08012.004599/1999-18, instaurado no ano de 2000, foi julgado pelo Cade em 2006, levando à condenação das empresas F. Hoffman-La Roche Ltd., Basf Aktiengesellschaft e Aventis Animal Nutrition ao pagamento de multas de, respectivamente, cerca de R\$ 12 milhões, R\$ 4,7 milhões e R\$ 840 mil.³⁷² O Cartel das Vitaminas foi o primeiro caso de cartel internacional condenado pelo país, tendo as multas sido efetivamente pagas após a condenação. As discussões durante o julgamento do processo acerca da extraterritorialidade da lei, da legitimidade passiva em casos de cartel internacional acordado no exterior, do padrão probatório e da suficiência da prova indiciária nesse tipo de investigação representaram um passo importante para estabelecer os parâmetros de uma política de combate a cartéis internacionais, repercutindo na atuação das autoridades brasileiras até hoje.³⁷³

³⁷² Essas multas corresponderam, respectivamente, a 20, 15 e 10% sobre o faturamento de cada representada com a exportação de vitaminas para o Brasil no ano anterior à instauração do processo administrativo.

³⁷³ Autos completos disponíveis em: http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?g3XpuoWYp-7HVPth0qfy4BTnTQGB-1fZe5x7Wj6r2vuo0Q5fzP-pmV4cBTYIuqbtdh09L4Ld18pEejWkgEGT4A,,>. Acesso em 29 dez. 2016.

A investigação do Cartel das Vitaminas decorreu de uma iniciativa do governo brasileiro adotada por volta do final da década de 1990 e início de 2000, de promover *ex officio* (a partir de decisões e acordos de confissão publicamente disponíveis em outras jurisdições) apurações de cartéis internacionais já punidos no exterior e que poderiam ter impactado o mercado brasileiro, dados os nossos volumes de importação dos produtos em questão. Além dos Cartel das Vitaminas, também foram investigados a partir dessa iniciativa o Cartel das Lisinas³⁷⁴ e o Cartel dos Eletrodos de Grafite³⁷⁵. No entanto, apenas o Cartel das Vitaminas resultou em condenção, tendo sido esses dois últimos processos, depois de vários anos de instrução, arquivados em razão de problemas processuais: o primeiro por ocorrência de prescrição intercorrente³⁷⁶ e o segundo por nulidade do despacho de instauração³⁷⁷ - evidenciado as dificuldades enfrentadas por essas investigações no seu início, similares às observadas no processo americano.

Mais ou menos por volta do mesmo período da iniciativa acima referida, mais precisamente, no início da década de 2000, a Lei nº 8.884/1994, como já mencionado no Capítulo 4, sofreu algumas alterações que resultaram na introdução no direito concorrencial brasileiro de mais eficientes instrumentos processuais de investigação, com destaque para os instrumentos de busca e apreensão de evidências e a possibilidade de acordos de leniência,

³⁷⁴ Processo Administrativo nº 08012.004897/2000-23.

³⁷⁵ Processo Administrativo nº 08012.009264/2002-71, posteriormente desmembrado também nos Processos Administrativo nº 08700.007247/2014-85 e nº 08700.009509/2012-84.

³⁷⁶ Processo Administrativo nº 08012.004897/2000-23: autos completos disponíveis em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?g3XpuoWYp-7HVPth0qfy4BTnTQGB-1fZe5x7Wj6r2vtpAYqNSY41_zxp6EaGMgPnKSAg1O80BpnG5M_WmZQv9w,,>. Acesso em 31 dez. 2016.

³⁷⁷ O Processo Administrativo nº 08012.009264/2002-71 (original) e Processo Administrativo nº 08700.009509/2012-84 (desmembrado do original) foram arquivados em razão de nulidade do despacho de instauração. Processo Administrativo nº 08012.009264/2002-71: autos completos disponíveis em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?g3XpuoWYp-7HVPth0qfy4BTnTQGB-1fZe5x7Wj6r2vv4vQ5gjP1jH64Xl5HIQx7BGZNMZ7sV8uV2_kgeEgTq_w,,>. Acesso em 31 dez. 2016.; e Processo Administrativo nº 08700.009509/2012-84: Autos completos disponíveis em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?NJILMKAUD29j6X1yj2GO_P27TZb287t6FyKxmleAun2fLVO-Qxj-VycSrKNSv4eroutpm2BKunqyx700IJVkhW,,>. Acesso em 31 dez. 2016.

Já o Processo Administrativo nº 08700.007247/2014-85, no entanto, em razão de ter sido realizado TCC, foi arquivado pelo seu cumprimento, sem análise do mérito ou de vícios processuais. Autos completos disponíveis em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?u0r2HDE7WIdiBH3O1y0Dr6krqmN-VVCNjJtZWrdX1mgQQzXZb8nYv3uwxYyzALIMEHPEcCoy77qx5y1J81uPXiw,,>. Acesso em 31 dez. 2016.

em clara influência da agenda norte-americana da década de 1990 de disseminação da cultura de combate a cartéis.

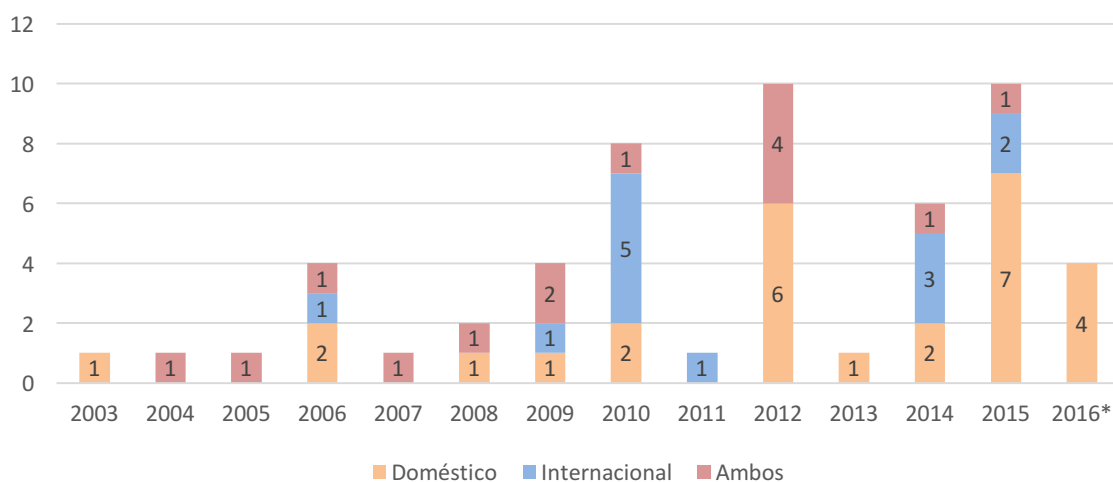
Essas alterações, somadas à apuração e efetiva condenação das empresas participantes do Cartel das Vitaminas em 2006, fizeram com que o Brasil entrasse no radar dos programas de leniência a serem considerados pelas empresas que pretendiam assumir suas práticas ao governo americano. Isso porque, se de um lado a lei brasileira agora também possuía instrumentos de incentivo a auto delação, de outro o Cade sinalizou que poderia apurar e condenar cartéis internacionais com base em provas indiciárias consistentes em condenações e acordos de confissão em outras jurisdições.

A partir de então, diante do risco de serem multadas no Brasil ao participarem de acordos de leniência nos Estados Unidos e Europa, empresas passaram a aplicar também para o Programa de Leniência brasileiro, que, inclusive foi amplamente divulgado pelas autoridades brasileiras no exterior no ano de 2008³⁷⁸. Essa evolução pode ser visualizada a partir dos gráficos abaixo, que mostram de fato um aumento significativo de acordos de leniência celebrados e processos de investigação de cartel internacional instaurados após 2006 e especialmente 2008:³⁷⁹

³⁷⁸ BRASIL. Secretaria de Direito Econômico. *Relatório de gestão SDE 2008*. Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 134; 136-144.

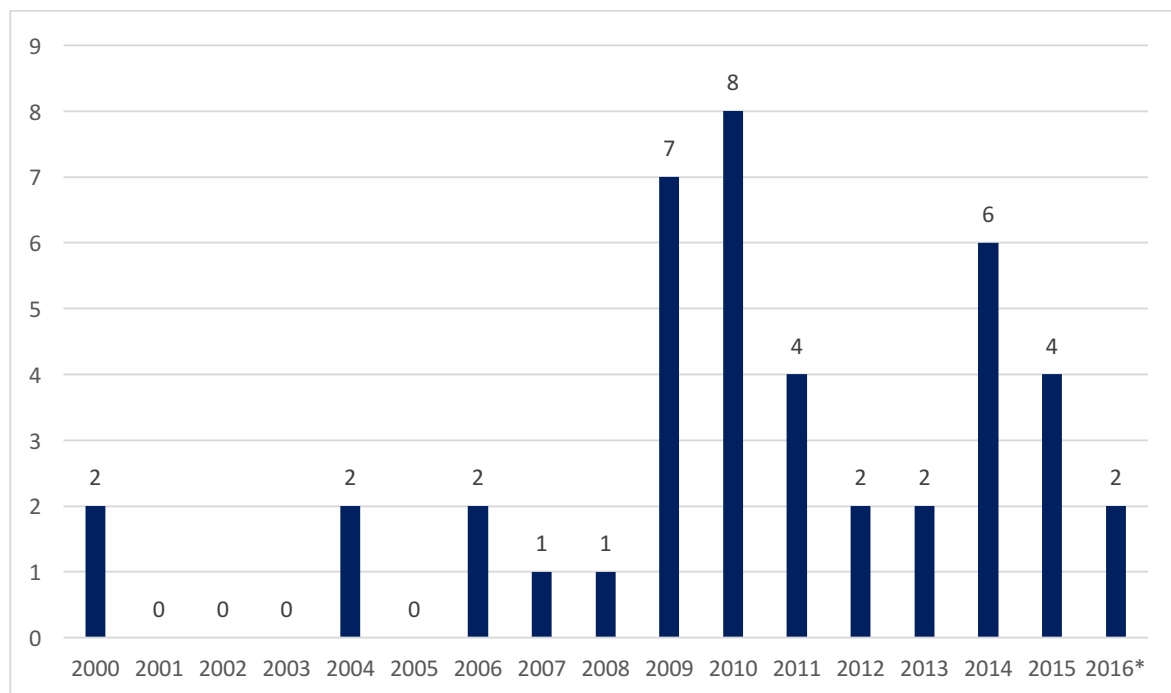
³⁷⁹ Gráficos extraídos de: ATHAYDE, Amanda; FERNANDES, Marcela Campos Gomes. A glimpse into Brazil's experience in international cartel investigations: legal framework, investigatory powers and recent developments in Leniency and Settlements Policy. *Concurrences Review*, Paris, n. 3-2016, set. 2016. As informações dos gráficos foram coletadas para o artigo até abril de 2016, mas, no que tange às investigações de cartel internacional, permaneceram inalteradas até dezembro de 2016, conforme atualização de pesquisa realizada pela presente autora.

Gráfico 1 – Número de leniências assinadas por ano e tipos de cartel detectados em cada uma delas



* Atualizado até abril de 2016

Gráfico 2 – Número de novos processos administrativos de investigação de cartel internacional instaurados por ano



* Atualizado até dezembro de 2016

As investigações de cartéis internacionais refletidas nesses gráficos ocorreram nos mais variados mercados, conforme se observa do quadro abaixo:

Quadro 3 – Casos de cartel internacional investigados pelo Cade³⁸⁰

CARTEL	NÚMERO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO	RESULTADO*
Lisinas	08012.004897/2000-23	Arquivamento
Vitaminas	08012.004599/1999-18	Condenação
Peróxido de hidrogênio	08012.004702/2004-77	Condenação
	08012.007818/2004-68	Condenação
<i>Gas insulated switchgear</i> (GIS)	08012.001376/2006-16	Aguarda julgamento pelo Tribunal do Cade
<i>Air insulated switchgear</i> (AIS)	08012.001377/2006-52	Parte internacional da investigação arquivada. Parte nacional da investigação ainda em instrução na SG/Cade.
Mangueira marítima	08012.010932/2007-18	Condenação
	08012.001127/2010-07	Condenação
Carga aérea	08012.011027/2006-02	Condenação
	08012.0000084/2010-34	Condenação (assinatura de TCC)
Compressor hermético	08012.000820/2009-11	Condenação
Perborato de sódio	08012001029/2007-66	Condenação
Eletrodo de grafite	08012.009264/2002-71	Arquivamento

³⁸⁰ Casos com mais de um processo administrativo existem em razão de desmembramento processual (vide próximo tópico de “obstáculos processuais”).

CARTEL	NÚMERO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO	RESULTADO*
	08700.009509/2012-84 08700.007247/2014-85	Arquivamento Condenação (assinatura de TCC)
Painel TFT-LCD	08012.011980/2008-12 08012.008871/2011-13	Instrução na SG/Cade Notificação
Vidro para CRT	08012.005930/2009-79	Condenação
Barrilha (<i>soda ash</i>)	08012.008881/2010-60	Instrução na SG/Cade
<i>Color Picture Tube</i> (CPT) – para aparelhos de televisão	08012.002414/2009-92 08700.010731/2013-00	Instrução na SG/Cade Notificação
<i>Color Display Tube</i> (CDT) – para monitores de computador	08012.010338/2009-99 08700.010979/2013-71	Instrução na SG/Cade Notificação
Memória DRAM	08012.005255/2010-11	Condenação
Cabo submarino e subterrâneo	08012.003970/2010-10 08700.008576/2012-81	Instrução na SG/Cade Notificação
Frete aéreo internacional	08012.001183/2009-08	Instrução na SG/Cade
Metionina	08012.009581/2010-06	Instrução na SG/Cade
<i>Optical Disk Drive</i> (ODD)	08012.001395/2011-00 08700.006569/2015-98	Aguarda julgamento pelo Tribunal do Cade Notificação
Plástico TPE	08012.000773/2011-20	Arquivamento
Plástico ABS	08012.000774/2011-74 08700.009161/2014-97	Arquivamento Arquivamento

CARTEL	NÚMERO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO	RESULTADO*
Velas de ignição	08700.005789/2014-13	Notificação
Revestimento de embreagem	08700.000949/2015-19	Notificação
Rolamentos antifricção	08012.005324/2012-59 08700.007052/2015-16	Instrução na SG/Cade Notificação
Chicotes elétricos	08700.009029/2015-66	Notificação
Capacitores	08700.010056/2014-09	Notificação
Taxa de câmbio (FOREX)	08700.004633/2015-04	Notificação
Substrato de cerâmicas	08700.009167/2015-45	Notificação
Transporte marítimo de cargas rolantes	08700.001094/2016-24	Notificação
Sistemas de direção assistida elétrica (EPS)	08700.003735/2015-02	Notificação

* Atualizado até dezembro de 2016.

Algumas importantes constatações podem ser extraídas desses números. A primeira delas é que, de fato, após cerca de 80 anos do início da política antitruste no Brasil, fortemente marcada desde suas origens pelo objetivo de defender a economia nacional de cartéis internacionais, o país começou a construir um *enforcement* dessa política.

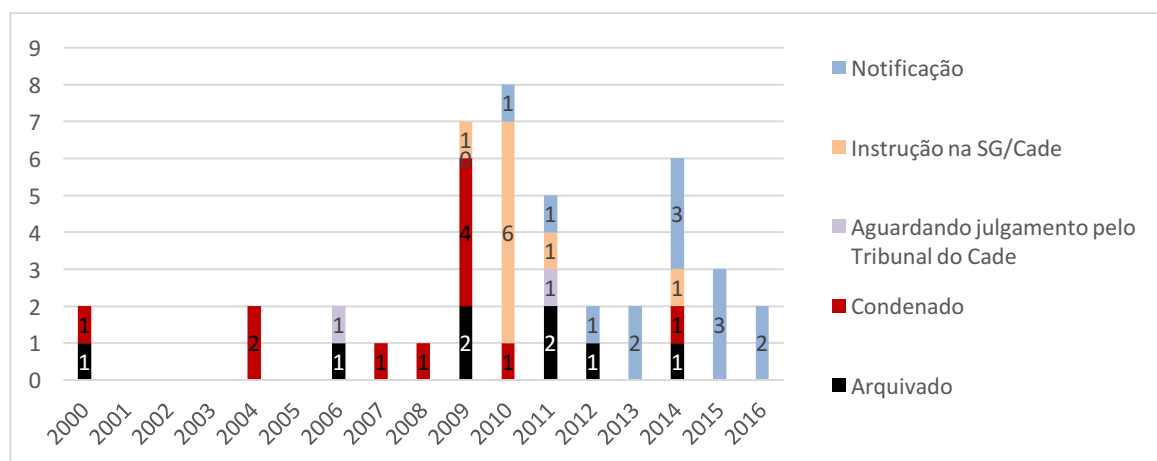
Uma segunda constatação decorrente dos gráficos acima é que o Programa de Leniência brasileiro foi fortemente impulsionado, em seu início, pelas investigações de cartel internacional. Foram essas investigações, portanto, que contribuíram para fomentar o amadurecimento do Programa, possibilitando que atualmente ele contribua decisivamente para a apuração dos cartéis domésticos em licitações que estão sendo desbaratados pelo Cade e autoridades criminais.

Outra constatação que se pode extrair é que o Programa de Leniência passou a ser o principal mecanismo de detecção e obtenção de evidências de casos de cartel internacional.

Embora investigações *ex officio* iniciadas a partir de decisões, acordos de confissão e documentos de outras jurisdições tenham continuado a ser instauradas, tais como nos processos referentes ao Cartel de Painés TFT-LCD³⁸¹, Cartel da Memória DRAM³⁸², Cartel da Metionina³⁸³ e Cartel da Barrilha³⁸⁴, as investigações iniciadas a partir de acordos de leniência têm sido prioridade e foco da política. E, se no começo dessa política, as instaurações de processos de cartéis internacionais ocorriam anos depois do início das investigações sobre os mesmos cartéis nos Estados Unidos e Europa, hoje elas já ocorrem de forma mais *pari passu*.

Todaíva, como se observa do gráfico abaixo, essas investigações são bastante lentas, demorando muitos anos para chegar a julgamento, período no qual consomem de forma considerável os recursos materiais e humanos que o Cade (não) dispõe. Dos 43 processos administrativos instaurados até hoje, apenas 12 chegaram à condenação em cerca de 17 anos de política, conforme se observa do Quadro 3 acima e do gráfico abaixo.³⁸⁵

Gráfico 3 – Fases atuais dos processos administrativos de investigação de cartel instaurados a cada ano



³⁸¹ Processo Administrativo nº 08012.011980/2008-12, posteriormente desmembrado também no Processo Administrativo nº 08012.008871/2011-13.

³⁸² Processo Administrativo nº 08012.005255/2010-11.

³⁸³ Processo Administrativo nº 08012.009581/2010-06.

³⁸⁴ Processo Administrativo nº 08012.008881/2010-60.

³⁸⁵ Gráfico gerado a partir de atualização de informações constantes de: ATHAYDE, Amanda; FERNANDES, Marcela Campos Gomes. A glimpse into Brazil's experience in international cartel investigations: legal framework, investigatory powers and recent developments in Leniency and Settlements Policy. *Concurrences Review*, Paris, n. 3-2016, set. 2016.

A lentidão das investigações de cartel internacional, com risco de prescrição dos casos, decorre de uma série de obstáculos processuais que dizem respeito, principalmente, às dificuldades de (i) submissão de estrangeiros à legislação brasileira, especialmente pessoas físicas; e (iii) acesso a provas e testemunhas localizadas no exterior.

6.2.3.2 Obstáculos processuais enfrentados

(i) Submissão de estrangeiros à legislação brasileira e questões de notificação

Com relação ao obstáculo da submissão de estrangeiros à legislação brasileira, eles estão relacionados a dificuldades, por exemplo, de localização e notificação inicial de investigados para apresentação de defesa, as quais são bastante frequentes, tendo-se feito presentes na maioria dos casos. O problema é especialmente crítico com relação a pessoas físicas, muito mais difíceis de se identificar, localizar e serem submetidas à jurisdição alheia que as pessoas jurídicas.

Mas, mesmo com relação a pessoas jurídicas, a notificação pode constituir entrave. A Lei nº 12.529/2011 dispõe em seu art. 2º que a empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais nela previstos, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do agente ou representante ou pessoa responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil.³⁸⁶ Essa disposição é, em muitos casos, insuficiente para viabilizar a notificação das pessoas jurídicas envolvidas em casos de cartel internacional. Em primeiro lugar, porque a lei se vale de figuras jurídicas hoje pouco usadas, sequer fazendo referência às figuras das controladas, coligadas, subsidiárias ou empresas em geral do mesmo grupo econômico, tão

³⁸⁶ Conforme §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei nº 12.529/2011 (idênticos aos antigos §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei nº 8.884/1994):

“§ 1º Reputa-se domiciliada no território nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante.

§ 2º A empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais previstos nesta Lei, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do agente ou representante ou pessoa responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil.”

caras ao direito concorrencial.³⁸⁷ Embora o Cade tenha mantido entendimento de que tais figuras, embora não expressas, se incluem no bojo do dispositivo, trata-se de questão que, em razão de estar mal disciplinada pela lei, gera controvérsia e risco de demora ao processo em razão de judicialização.

Em segundo lugar, em muitos casos de cartel internacional, algumas das empresas envolvidas, a despeito de contribuírem para conduta internacional com efeitos no mercado brasileiro³⁸⁸, não têm qualquer presença no Brasil. Para esses casos e para casos de pessoas físicas domiciliadas no estrangeiro, faz-se necessário recorrer a mecanismos de cooperação jurídica internacional que permitam a realização da notificação em outra jurisdição. E esses mecanismos, como já mencionado na Seção 6.2.2, tem se mostrado extremamente lentos e burocráticos. Somam-se a esses entraves inerentes aos próprios mecanismos de cooperação jurídica internacional, dificuldades administrativas internas do Cade para cumprir com as exigências normalmente feitas pelos países como condição para atenderem o pedido, tais como a tradução de uma série de documentações do processo (traduções essas que, além de custosas, são difíceis de serem contratadas, seja em razão das dificuldades próprias do processo de contratação da administração pública, seja em razão de não estarem disponíveis à contratação, como ocorre com alguns idiomas mais exóticos que sofrem de escassez de tradutores).

Ademais, mais comumente em relação a pessoas físicas estrangeiras (embora não exclusivamente), mesmo quando elas são localizadas e notificadas regularmente, possuem pouco ou nenhum incentivo a se submeter a um processo administrativo conduzido pelo Cade, apostando no fracasso do processo de execução de eventual multa aplicada e optando pela revelia.

Esses obstáculos como um todo refletem as fragilidades inerentes ao próprio mecanismo da extraterritorialidade. Por mais que um Estado tente ampliar sua jurisdição para além de seu território afirmando a extraterritorialidade de suas leis, em algum momento essas iniciativas vão encontrar limites na soberania dos demais Estados. Assim, sem mecanismos de cooperação eficientes e, principalmente, sem interesse do Estado de origem

³⁸⁷ Embora, no art. 36, estabeleça que, “serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica.”

³⁸⁸ Seja por meio de exportações, seja ajudando a viabilizar um aumento global dos preços do produto cartelizado, seja realizando acordo de divisão de territórios pelo qual se comprometem a não atuar no mercado brasileiro.

dos infratores investigados, tais iniciativas estão sempre em constante risco de sofrer de falta de efetividade. E se isso é verdade em qualquer área (como a da criminalidade comum, por exemplo), em questões concorrenciais, como já várias vezes mencionado neste trabalho, a cooperação esbarra em interesses econômicos internos bastante preponderantes em relação à disposição em cooperar.

Nos Estados Unidos, onde problemas semelhantes relacionados à submissão de estrangeiros à jurisdição americana também se fizeram presentes no início da implementação de sua agenda de combate a cartéis da década de 1990 (vide Seção 2.3.2), tais questões se minimizaram por meio da implementação de uma política de *carrot and stick* (cenoura e porrete) com várias frentes de benefícios para réus colaboradores e punições rigorosas para réus não colaboradores. Essa política, em seu início, envolveu, por exemplo, benefícios (*carrots*) tais como o oferecimento de *no-jail deals* (acordos de confissão sem exigência cumprimento de tempo de prisão) e arranjos internos com o Serviço de Imigração e Naturalização norte-americano (*Immigration and Naturalization Service – INS*) para resolução de problemas de imigração de indivíduos investigados. Como porrete (*carrot*), foram usados instrumentos de controle estrito de fronteiras para identificação, citação, tomada de depoimentos e até detenção de envolvidos em trânsito (*border watches*), bem como punição muito mais rigorosa para os não colaboradores.

Some-se a isso o fato de que, dada a relevância econômica dos Estados Unidos, empresas e executivos envolvidos em investigações norte-americanas com interesse em continuar operando naquele território não possuíam muita alternativa a não ser cumprir com as leis e decisões daquela jurisdição. Como consequência, hoje, diante da reputação que a política desenvolveu e da credibilidade dos benefícios oferecidos para colaboradores e das punições rigorosas para não colaboradores, questões de submissão de estrangeiros à jurisdição norte-americana já são menos relevantes, sendo comum que os próprios envolvidos, inclusive estrangeiros, se apresentem espontaneamente às autoridades quando da abertura de uma investigação. O fato de se tratar de persecução criminal também parece contribuir para que as pessoas físicas envolvidas na conduta levem mais a sério o risco de serem processadas.³⁸⁹

³⁸⁹ SPRATLING, Gary R. *Are the recent titanic fines in antitrust cases just the tip of the iceberg?* Speech presented at The Twelfth Annual National Institute on White Collar Crime, ABA's Criminal Justice Section, San Francisco (Mar., 6, 1998), p. 7-11. Disponível em

Na União Europeia, não havendo persecução de pessoas físicas nos processos da Comissão, o problema já é por si só minimizado. E, com relação a pessoas jurídicas, assim como nos Estados Unidos, a relevância econômica da região cria incentivos para que empresas estrangeiras que queiram lá operar acabem se submetendo às leis e decisões européias.

Para essas duas jurisdições, portanto, embora cooperação seja uma questão relevante, não é de forma alguma determinante para o sucesso de suas políticas de combate a cartéis internacionais. O Brasil, no entanto, assim como outros países em desenvolvimento em posição semelhante na persecução a cartéis internacionais, não goza do mesmo poder de barganha dos Estados Unidos e da União Europeia com relação aos infratores, necessitando de forma muito mais substancial de contar com mecanismos de cooperação com essas e outras jurisdições de origem de empresas e indivíduos infratores para resolver os desafios de submissão de estrangeiros. Isso não significa, todavia, que medidas internas não possam e não devam ser adotadas como forma de contribuir para a superação desse obstáculo de submissão de estrangeiros à jurisdição brasileira, como se verá no item (iii) mais adiante e na Seção 6.3

(ii) Acesso a provas e testemunhas localizadas no exterior

Já com relação à dificuldade de acesso a provas e testemunhas localizadas em território estrangeiro, embora se trate de obstáculo também de certa forma relacionado às fragilidades do mecanismo de extraterritorialidade, seu principal entrave é a baixa cultura de cooperação internacional em matéria concorrencial para produção probatória em nome de outra jurisdição e para troca de evidências.

<<https://www.justice.gov/atr/file/519536/download>>. Acesso em 11 dez. 2016; SPRATLING, Gary R. *Making companies an offer they shouldn't refuse: The antitrust division's corporate leniency policy – an update*. Speech presented at the Bar Association of the District of Columbia's, 35th Annual Symposium on Associations and Antitrust, Washington D.C. (Feb., 16, 1999), p. 2. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/518611/download>>. Acesso em 11 dez. 2016; HAMMOND, Scott D. *The evolution of criminal antitrust enforcement over the last two decades*. Speech before The 24th Annual National Institute on White Collar Crime, presented by the ABA Criminal Justice Section and the ABA Center for Continuing Legal Education (Feb., 25, 2010), p. 4-6. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/518241/download>>. Acesso em 8 dez. 2017.

Apesar do acordo de leniência ser um importante instrumento de obtenção de provas de cartéis internacionais, muitas vezes as informações em posse de um participante de cartel interessado em confessar e colaborar com as investigações são por demais unilaterais ou demonstrativas em maior escala de sua própria participação, de modo que evidências adicionais da participação dos demais membros do cartel precisam ser produzidas. Nos casos de cartel internacional em que sequer há acordo de leniência celebrado, a importância de provas adicionais tende a ser ainda maior.

Normalmente, em um processo de cartel doméstico, evidências adicionais são obtidas por meio de buscas e apreensões, oitivas de testemunhas, tomadas de depoimentos pessoais e demais meios de produção probatória em matéria concorrencial. No entanto, tais instrumentos têm pouca ou nenhuma utilidade em se tratando de condutas realizadas em outros territórios. Somente por meio de trocas de evidências entre jurisdições ou instrumentos de cooperação jurídica internacional que viabilizassem que uma autoridade produza provas em nome da outra é que tais obstáculos poderiam ser superados.

No entanto, como já mencionado na Seção 6.2.2, não há cultura no direito concorrencial envolvendo esse tipo de cooperação, ao menos não com relação ao Brasil. As diferenças de regimes jurídicos parecem dificultar ainda mais a utilização de tais mecanismos de cooperação: enquanto o Cade é uma autoridade administrativa que conduz um processo administrativo de apuração de cartel, o DOJ, por exemplo, é uma autoridade criminal que conduz investigação penal. E, no Brasil, a despeito de cartel também constituir crime, a persecução a cartéis internacionais não tem constituído prioridade ou objeto de interesse das autoridades criminais. Com efeito, a despeito dos Ministérios Públicos assinarem os acordos de leniência com o Cade como forma de conferir maior segurança de não persecução criminal aos beneficiários do acordo, não é comum o ajuizamento de denúncias com relação aos demais co-autores dessas práticas, especialmente quando se tratam de condutas adotadas integralmente em território estrangeiro e por empresas e indivíduos estrangeiros.

(iii) Estratégias que têm sido utilizadas pelo Cade para minimizar os obstáculos processuais

Na ausência de mecanismos de cooperação mais eficientes, o Cade tem adotado algumas estratégias paliativas para lidar com a morosidade dos processos decorrente das dificuldades de acesso a envolvidos, provas e testemunhas.

A primeira dessas estratégias correspondeu ao desmembramento dos processos em investigações separadas contra pessoas físicas e jurídicas já notificadas e não notificadas. Essa estratégia teve a vantagem de permitir ao menos a continuidade da instrução probatória em relação a alguns investigados, porém a desvantagem de multiplicar o número de processos em trâmite (e, conseqüentemente, os custos de acompanhamento de tais processos), mantendo sem solução a situação dos investigados não notificados. Essa multiplicação de processos em razão de desmembramentos pode ser observada no Quadro 3 constante da Seção 6.2.3.1.

Mais recentemente, o Cade tem também incluído, como parte das obrigações de cooperação decorrentes de acordos de leniência e termos de compromisso de cessação (TCC), cláusulas de colaboração processual que exigem dos signatários beneficiados por esses instrumentos que traduzam documentos necessários à instrução do processo e realizem esforços no sentido de localizar e comunicar envolvidos na infração acerca da existência do processo.

Mas a principal das estratégias até o momento adotadas pelo Cade foi a mudança da própria política de TCCs para casos de cartel. Conforme já mencionado no Capítulo 5, por meio desse instrumento previsto no art. 85 da Lei nº 12.529/2011³⁹⁰, o Cade pode

³⁹⁰ “Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

§ 1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos:

I - a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis;

II - a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas;

III - a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível.

§ 2º Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1º deste

suspender e, ao final do processo, arquivar as investigações contra empresas e indivíduos representados em processo administrativos de apuração de infração da ordem econômica, mediante o compromisso de cessação da prática e, em casos de cartel, de pagamento de uma contribuição pecuniária não inferior à multa mínima prevista como sanção. Essa disposição é bastante semelhante à que já existia no âmbito do art. 53 da Lei nº 8.884/1994³⁹¹ desde as

artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 37 desta Lei.

§ 3º (VETADO).

§ 4º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática somente poderá ser apresentada uma única vez.

§ 5º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática poderá ter caráter confidencial.

§ 6º A apresentação de proposta de termo de compromisso de cessação de prática não suspende o andamento do processo administrativo.

§ 7º O termo de compromisso de cessação de prática terá caráter público, devendo o acordo ser publicado no sítio do Cade em 5 (cinco) dias após a sua celebração.

§ 8º O termo de compromisso de cessação de prática constitui título executivo extrajudicial.

§ 9º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo.

§ 10. A suspensão do processo administrativo a que se refere o § 9º deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados.

§ 11. Declarado o descumprimento do compromisso, o Cade aplicará as sanções nele previstas e determinará o prosseguimento do processo administrativo e as demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução.

§ 12. As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo Cade se se comprovar sua excessiva onerosidade para o representado, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade.

§ 13. A proposta de celebração do compromisso de cessação de prática será indeferida quando a autoridade não chegar a um acordo com os representados quanto aos seus termos.

§ 14. O Cade definirá, em resolução, normas complementares sobre o termo de compromisso de cessação.

§ 15. Aplica-se o disposto no art. 50 desta Lei ao Compromisso de Cessação da Prática.”

³⁹¹ “Art. 53. Em qualquer das espécies de processo administrativo, o CADE poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

§ 1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos:

I - a especificação das obrigações do representado para fazer cessar a prática investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis;

II - a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas;

III - a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível.

§ 2º Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I, II, III ou VIII do caput do art. 21 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 23 desta Lei.

§ 3º A celebração do termo de compromisso poderá ser proposta até o início da sessão de julgamento do processo administrativo relativo à prática investigada.

§ 4º O termo de compromisso constitui título exclusivo extrajudicial

§ 5º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado se atendidas todas as condições estabelecidas no termo.

§ 6º A suspensão do processo administrativo a que se refere o § 5º deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados.

alterações realizadas pela Lei nº 11.482, de 2007, para possibilitar a realização de TCCs em casos de cartel.³⁹²

Até 2013, no entanto, havia poucos casos de cartel em que tivesse havido de fato celebração de TCCs. Isso porque a regulamentação do instituto até então existente não oferecia incentivos suficientes nem para a autoridade concorrencial e nem para os investigados utilizarem o instrumento. De um lado, o TCC não exigia a obrigação por parte dos investigados de cooperar com as investigações, tornando-o pouco atrativo para a autoridade, especialmente em casos que já contavam com elementos suficientes para a condenação do investigado interessado no TCC. De outro lado, não haviam regras claras em relação ao estabelecimento da contribuição pecuniária que deveria ser paga como condição para celebração do TCC, o que tornava o instrumento menos atrativo para investigados, dada a insegurança jurídica com relação aos resultados de uma negociação.³⁹³

Em 2013, no entanto, o Cade modificou sua política de TCCs por meio da Resolução no 5, de 06 de março de 2013, que alterou os artigos 179 e seguintes de seu Regimento Interno (RICADE). O objetivo das alterações foi aproximar os TCCs dos acordos

§ 7º Declarado o descumprimento do compromisso, o CADE aplicará as sanções nele previstas e determinará o prosseguimento do processo administrativo e as demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução.

§ 8º As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo CADE se comprovar sua excessiva onerosidade para o representado, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade.

§ 9º O CADE definirá, em resolução, normas complementares sobre cabimento, tempo e modo da celebração do termo de compromisso de cessação.”

³⁹² Sobre o tema dos acordos em investigações de cartel no Cade e todas as complexidades e desafios que envolve, cf. ARANOVITCH, Tatiana. Cartéis e os incentivos para o TCC. *Economic Analysis of Law Review (EALR)*, Brasília, volume 2, no 1, p. 115-140, Jan-Jun, 2011; AZEVEDO, Paulo Furquim de; HENRIKSEN, Alexandre Lauri. Cartel deterrence and settlements: the brazilian experience. *ITextos para Discussão da Escola de Economia de São Paulo*, n. 265, julho de 2010; GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. Compromisso de cessação e compromisso de desempenho na lei antitruste brasileira. In: GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo.; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 27, agosto/setembro/outubro, 2011; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. 332 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Acordos substitutivos dão mais eficácia ao direito da concorrência? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André Janjácómo. *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014; SCHIRATO, Vitor Rhein; e PALMA, Juliana Bonacorsi. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 24, dezembro, janeiro, fevereiro, 2011.

³⁹³ ATHAYDE, Amanda; FERNANDES, Marcela Campos Gomes. A glimpse into Brazil's experience in international cartel investigations: legal framework, investigatory powers and recent developments in Leniency and Settlements Policy. *Concurrences Review*, Paris, n. 3-2016, set. 2016, p. 7.

de leniência em termos de incentivos, encorajando empresas e indivíduos envolvidos em casos de cartel a cooperar com a autoridade mesmo quando não fossem os primeiros a se apresentar para reportar suas atividades ilegais (e, portanto, mesmo quando não se qualificassem para assinar um acordo de leniência).

Nessa esteira, com as alterações realizadas, exigências mais rígidas foram estabelecidas para se celebrar um TCC em casos de cartel. Para assinar o acordo, passou a ser exigido dos investigados não apenas que (i) cessassem seu envolvimento e (ii) pagassem uma contribuição pecuniária, mas também que (iii) admitissem a prática investigada. E, em troca de maiores descontos na contribuição pecuniária devida, passou a ser exigido que os investigados (iv) cooperassem com as investigações por meio da apresentação de evidências ou da explicação, tradução ou oferecimento de detalhes sobre documentos e informações relevantes para o processo.³⁹⁴

Por outro lado, regras mais claras de cálculo da contribuição pecuniária e descontos relevantes oferecidos como contrapartida pela colaboração oportuna, foram oferecidos aos investigados que assinassem TCC. Nesse sentido, faixas de descontos expressamente previstas no texto do RICADE, artigos 187 e 188, foram previstas: no caso de processos ainda em instrução na SG/Cade, de acordo com a qualidade e momento da colaboração, o primeiro investigado a apresentar proposta de TCC passou a poder receber descontos de 30 a 50% na multa esperada; o segundo, descontos de 25 a 40% e os demais descontos de até 25%.³⁹⁵ No caso de processos que já foram enviados ao Tribunal do Cade, a cooperação não é exigida pela regulamentação (embora possa ser requerida) e o interessado no TCC pode receber uma redução de apenas até 15% da multa esperada.³⁹⁶

³⁹⁴ ATHAYDE, Amanda; FERNANDES, Marcela Campos Gomes. A glimpse into Brazil's experience in international cartel investigations: legal framework, investigatory powers and recent developments in Leniency and Settlements Policy. *Concurrentes Review*, Paris, n. 3-2016, set. 2016, p. 7.

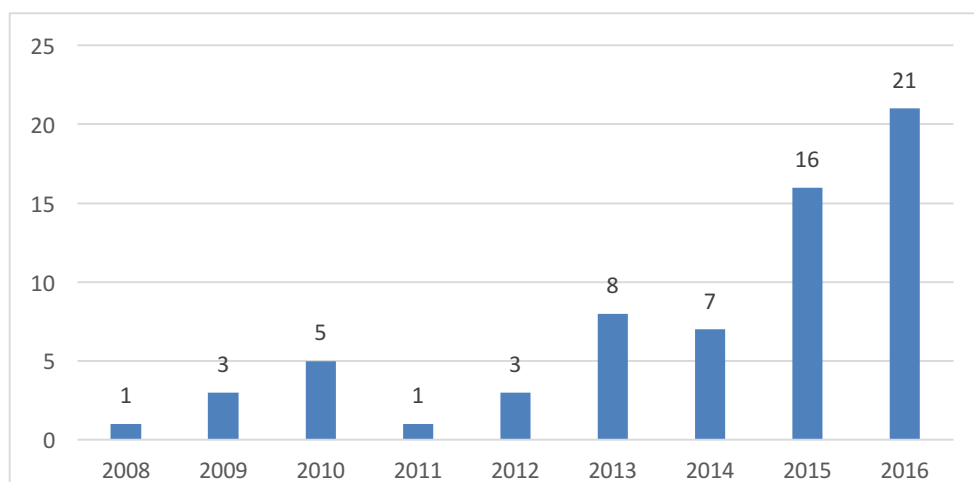
³⁹⁵ O cálculo do exato valor do desconto é explicado no "Guia de Termos de Compromisso de Cessação para Casos de Cartel" editado em 2016 pelo Cade. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia de termos de compromisso de cessação para casos de cartel*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final.pdf>. Acesso em 16 nov. 2016.

³⁹⁶ "Art. 186. Tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, a proposta final encaminhada pelo Superintendente-Geral ao Presidente do Tribunal, nos termos do Art. 181, §4o deste Regimento Interno, deverá, necessariamente, contar com previsão de colaboração do compromissário com a instrução processual.

Art. 187. A análise da contribuição pecuniária nas propostas de TCC realizadas nos termos do art. 186 deste Regimento Interno levará em consideração a amplitude e utilidade da colaboração do compromissário com a instrução processual e o momento de apresentação da proposta, observados, quando possíveis de estimação e caso seja celebrado o TCC, os seguintes parâmetros:

A partir dessas alterações, o número de TCCs assinados em investigações de cartel aumentou expressivamente, especialmente nos casos de cartel internacional. Nesses casos, até 2013, o Cade tinha assinado apenas 13 TCCs. Após as alterações do Regimento Interno, esse número já está em torno de 50³⁹⁷, conforme se observa do gráfico abaixo:³⁹⁸

Gráfico 4 – Número de TCCs celebrados em casos de cartel internacional ano a ano³⁹⁹



* Atualizado até dezembro de 2016

I – redução percentual entre 30% e 50% da multa esperada para o primeiro Representado que requerer TCC no âmbito da investigação de uma conduta;

II – redução percentual entre 25% e 40% da multa esperada para o segundo Representado que requerer TCC no âmbito da investigação de uma conduta; e

III – redução percentual de até 25% da multa esperada para os demais Representados que requererem TCC no âmbito da investigação de uma conduta.

Art. 188. A análise da contribuição pecuniária nas propostas de TCC realizadas nos termos do art. 182 em investigações de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, levará em consideração o estado do processo administrativo, observado, quando possível de estimação, a redução percentual máxima de 15% da multa esperada ao Representado.

Art. 189. Nenhuma proposta realizada nos termos dos artigos 187 e 188 deste Regimento poderá prever redução percentual superior àquela estabelecida em TCCs já celebrados no âmbito do mesmo processo administrativo.”

³⁹⁷ Cumpre notar que o aumento do número de compromissários de TCC foi ainda muito maior, tendo em vista que, com a nova política, empresas e funcionários passaram a poder assinar o TCC de forma conjunta (pelo sistema de adesões), o que não era uma opção antes.

³⁹⁸ Informações extraídas do artigo seguinte, corrigidas e atualizadas pela presente autora conforme levantamento constante do Anexo B. Cf. ATHAYDE, Amanda; FERNANDES, Marcela Campos Gomes. A glimpse into Brazil's experience in international cartel investigations: legal framework, investigatory powers and recent developments in Leniency and Settlements Policy. *Concurrences Review*, Paris, n. 3-2016, set. 2016, p. 7.

³⁹⁹ Inclui TCCs celebrados em processos administrativos e em inquéritos administrativos (ou averiguações preliminares) de investigação de cartel internacional.

Essa mudança na regulamentação dos TCCs do Cade teve um impacto relevante no *enforcement* da política de combate a cartéis, tendo em vista que acordos desse tipo se traduzem em menores custos processuais, processos mais céleres e em casos com mais e melhores evidências, e, portanto, com mais chances de resultarem em condenação. Além disso, resultam no recebimento antecipado pela autoridade dos valores de multa devidas (denominadas “contribuições pecuniárias” quando pagas em TCC). O impacto nas investigações de cartel internacional tem sido particularmente relevante, tendo em vista que a cooperação dos envolvidos muitas vezes possibilita à autoridade quebrar as barreiras territoriais de localização de ofendidos e de acesso a evidências mencionadas no tópico anterior. Com efeito, a política tem de fato resultado na superação de alguns dos obstáculos processuais anteriormente descritos, tendo em vista que, em muitos casos, interessados em negociar TCC passaram a se apresentar ao Cade mesmo antes do início dos procedimentos para realização de notificação. Ainda, tem permitido que o país receba de forma célere e espontânea valores pagos a título de contribuição pecuniária por parte de empresas e indivíduos que não possuem qualquer ativo no Brasil, recuperando-se, assim, ao menos parte dos excedentes desviados com a conduta.⁴⁰⁰

No entanto, não se pode deixar de reconhecer que essa estratégia consiste em mero paliativo aos problemas em questão, pois nem todos os casos contam com investigados colaboradores. Ademais, se os problemas processuais acima mencionados não forem enfrentados em sua raiz, a tendência pode ser de que a política de TCCs vá perdendo efetividade ao longo do tempo, já que os investigados poderão passar a avaliar que as dificuldades da autoridade em instruir esse tipo de processo naturalmente os conduzirão à impunidade, desincentivando-os à celebração de acordo.

⁴⁰⁰ ATHAYDE, Amanda; FERNANDES, Marcela Campos Gomes. A glimpse into Brazil's experience in international cartel investigations: legal framework, investigatory powers and recent developments in Leniency and Settlements Policy. *Concurrences Review*, Paris, n. 3-2016, set. 2016, 7-8.

6.2.3.3 Resultados obtidos: os casos condenados, as multas aplicadas e as contribuições pecuniárias pagas

As iniciativas adotadas pelo Cade desde 2000 para impulsionar a política de combate a cartéis internacionais e as estratégias de superação de obstáculos processuais mencionadas acima permitiram as seguintes condenações (incluindo multas e contribuições pecuniárias):⁴⁰¹

CASOS	PROCESSOS	TOTAL DE MULTAS COMINADAS	TOTAL DE CONTRIBUIÇÕES ACORDADAS EM TCC	TOTAL
Lisinas	08012.004897/2000-23	-	-	-
Vitaminas	08012.004599/1999-18	17.686.045,88	-	17.686.045,88
Peróxido de hidrogênio	08012.004702/2004-77	150.002.481,91	-	150.002.481,91
	08012.007818/2004-68	-	-	-
Gas insulated switchgear (GIS)	08012.001376/2006-16	-	15.370.800	15.370.799,69
Air insulated switchgear (AIS)	08012.001377/2006-52	-	39.863.275	39.863.275,38
Mangueira marítima	08012.010932/2007-18	12.531.138,57	29.948.052	42.479.190,43
	08012.001127/2010-07	3.442.363,50	151.015	3.593.378,33
Carga aérea	08012.011027/2006-02	226.470.072,29	14.000.000	240.470.072,29
	08012.000084/2010-34	-	50.000	50.000,00
Compressor hermético	08012.000820/2009-11	21.367.775,95	104.209.108	125.576.883,95
Perborato de sódio	08012.001029/2007-66	17.428.573,35	-	17.428.573,35
Eletrodos de grafite	08012.009264/2002-71	-	-	-
	08700.009509/2012-84	-	-	-
	08700.007247/2014-85	-	278.681	278.680,93

⁴⁰¹ Registre-se que, a despeito da determinação prevista no §7º do art. 85 da Lei nº 12.529/2011 (cujo espírito é de permitir escrutínio público em relação aos TCCs e possibilitar que delas se sucedam efeitos dissuasórios), há pouca publicidade do Cade em relação a esses acordos, de modo que não é possível assegurar que o levantamento acima acerca dos valores pagos em cada um dos acordos celebrados em casos de cartel internacional até o momento esteja completo. Também deve-se registrar que não constam desse levantamento os valores de contribuições pagas a título de adesão a TCC, tendo sido levantamento apenas os valores pagos pelos signatários diretos (de modo que os valores reais já pagos são um pouco maiores – mas não muito já que essas adesões são geralmente de pessoas físicas, cujos valores de contribuição pecuniária são menos expressivos no volume total). Com relação às multas, os valores levantados dizem respeito aos constantes da decisão de julgamento do processo, não tendo levado em conta eventuais alterações posteriores ou efetivo recolhimento. De qualquer forma, pode-se afirmar que o levantamento confere um bom indicativo do *enforcement* nessa temática até o presente.

CASOS	PROCESSOS	TOTAL DE MULTAS COMINADAS	TOTAL DE CONTRIBUIÇÕES ACORDADAS EM TCC	TOTAL
Painel TFT-LCD	08012.011980/2008-12		42.830.880	42.830.879,70
	08012.008871/2011-13		-	-
Vidro para CRT	08012.005930/2009-79	10.853.820,00	6.254.143	17.107.963,29
Barrilha (soda ash)	08012.008881/2010-60	-	-	-
Color Picture Tube (CPT) – para aparelhos de televisão	08012.002414/2009-92	-	32.706.067	32.706.067,30
	08700.010731/2013-00	-	-	-
Color Display Tube (CDT) – para monitores de computador	08012.010338/2009-99	-	20.706.067	20.706.067,30
	08700.010979/2013-71	-	-	-
Memória DRAM	08012.005255/2010-11	7.095.868,60	9.008.740	16.104.608,88
Cabo submarino e subterrâneo	08012.003970/2010-10	-	1.532.274	1.532.274,00
	08700.008576/2012-81	-	-	-
Frete aéreo internacional	08012.001183/2009-08	-	24.850.621	24.850.621,22
Metionina	08012.009581/2010-06	-	-	-
Optical Disk Drive (ODD)	08012.001395/2011-00	-	-	-
	08700.006569/2015-98	-	-	-
Plástico TPE	08012.000773/2011-20	-	-	-
Plástico ABS	08012.000774/2011-74	-	-	-
	08700.009161/2014-97	-	-	-
Velas de ignição	08700.005789/2014-13	-	55.328.831	55.328.830,90
Revestimento de embreagem	08700.000949/2015-19	-	699.216	699.216,11
Rolamentos antifricção	08012.005324/2012-59	-	65.210.472	65.210.472,40
	08700.007052/2015-16	-	-	-
Chicotes elétricos	08700.009029/2015-66	-	55.592.632	55.592.631,69
Capacitores	08700.010056/2014-09	-	1.201.360	1.201.360,41
Taxa de câmbio (FOREX)	08700.004633/2015-04	-	183.525.254	183.525.253,58
Substrato de cerâmicas	08700.009167/2015-45	-	-	-
Transporte marítimo de cargas rolantes	08700.001094/2016-24	-	28.341.064	28.341.063,55
Sistemas de direção assistida elétrica (EPS)	08700.003735/2015-02	-	8.933.433	8.933.432,82
Total casos		466.878.140,05	740.591.985,23	1.207.470.125,28

Em termos evolutivos ano a ano, os resultados podem ser observados nos gráficos abaixo:

Gráfico 5 –Número de condenações e TCCs em casos de cartel internacional ano a ano

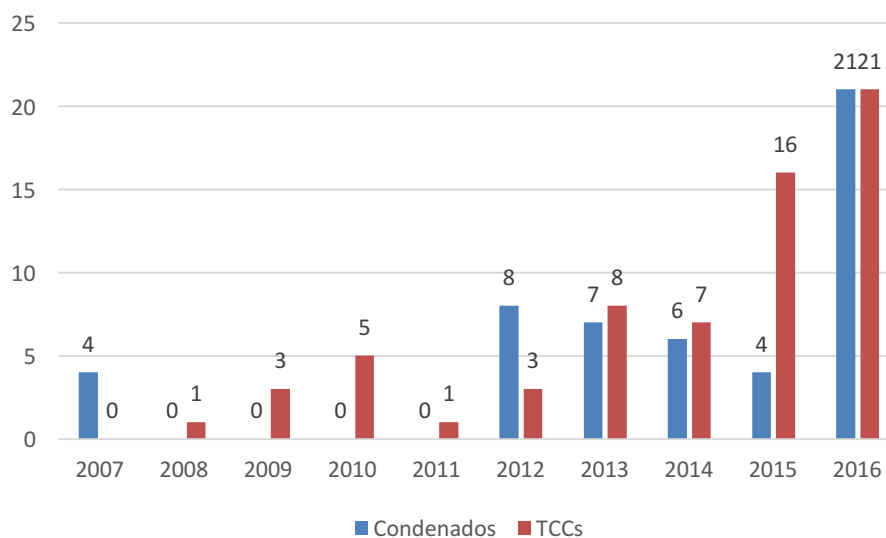
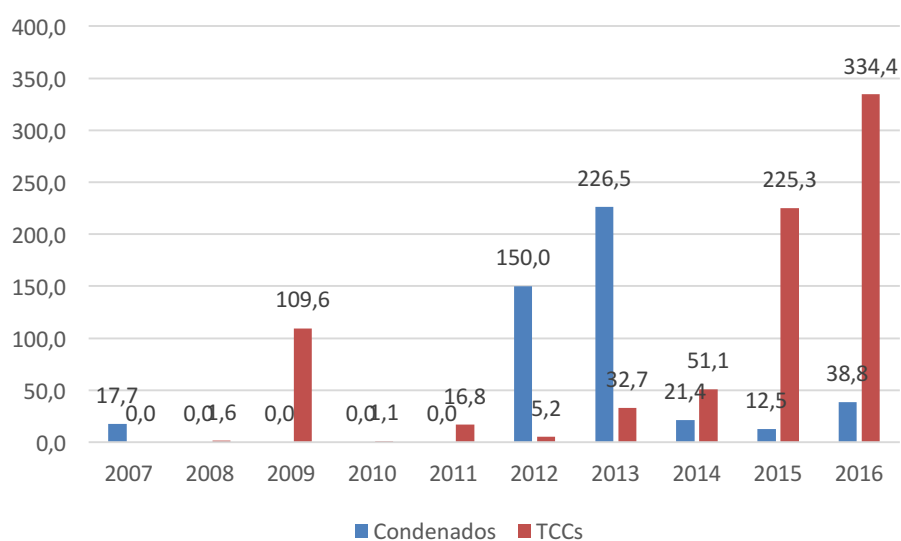


Gráfico 6 – Valores de multas cominadas e de contribuições pecuniárias acordadas em TCCs em casos de cartel internacional ano a ano



Conforme se constata acima, ao longo da experiência analisada o Cade vem aprimorando o combate cartéis internacionais, tendo efetivamente passado a aplicar sanções em valores crescentes de multas e contribuições pecuniárias, especialmente nos anos recentes, o que pode ser considerado um avanço significativo para a política brasileira de defesa da concorrência. Observa-se, ainda, um aumento significativo de processo repressivo via contribuições pecuniárias em TCC com relação a multas em decisões finais.

Considerando a função dissuasória da atividade repressiva do Cade, cabe, no entanto, realizar as seguintes linhas de indagação e reflexão: (i) será que o êxito da recente política de acordos não decorre justamente de um baixo valor das contribuições pecuniárias que estão sendo acordadas (tendo em vista os altos descontos previstos no RICADE e outras vantagens que são normalmente oferecidas como incentivo à colaboração)?; e, na mesma linha, (ii) até que ponto as condenações obtidas efetivamente sinalizam para uma dissuasão da prática (tendo em vista o alto potencial de dano que elas podem causar – vide Capítulo 2)?

No que tange ao primeiro aspecto, o momento inicial de uma política de acordos impõe um desafio de consolidação e ganho reputacional perante empresas e pessoas físicas (de todo o mundo no caso de cartéis internacionais) que geralmente exige uma postura mais branda da autoridade. Como já mencionado, nos primeiros *plea agreements* celebrados pelo DOJ em casos de cartel internacional durante a década de 1990, como forma de convencer indivíduos estrangeiros a se submeterem à jurisdição norte-americana, o governo dos Estados Unidos adotou uma política de *carrot and stick* onde os benefícios (*carrots*) oferecidos para investigados colaboradores eram bastante favoráveis (tais como auxílio para solução de problemas de imigração e não exigência de cumprimento de tempo de prisão). O outro lado da moeda dessa política (o *stick*) foi o de buscar endurecer fortemente as penas aplicadas a investigados não colaboradores e de aprimorar os instrumentos de investigação e de cooperação com outras jurisdições (como forma de sinalizar a punição por cartel como certa e rigorosa). Já no início da década de 2000, com a consolidação da política e o aumento da efetividade dos instrumentos de investigação, o DOJ, apesar de manter sistemática de *carrot and stick*, começou a reduzir drasticamente os benefícios a réus colaboradores, de modo que, por exemplo, acordos sem cumprimento de tempo de prisão passaram a não estar mais disponíveis. Com efeito, dadas as condenações rigorosas que foram sendo obtidas nos tribunais por aqueles réus que haviam decidido não colaborar (com penas que chegavam a 10

anos de prisão), o poder de barganha das autoridades norte-americanas aumentou significativamente.⁴⁰²

A partir do exemplo da experiência americana, pode-se dizer que o fato de empresas envolvidas em diferentes cartéis internacionais passarem a negociar acordos no Brasil – e a colaborarem com as investigações e efetivamente pagarem algum valor a título de contribuição pecuniária – constitui um avanço importante para a política brasileira, mesmo que esses valores, inicialmente, não tenham sido (ou não sejam) tão elevados quando deveriam para assegurar dissuasão. Cabe ao Cade, no entanto, assim como fez o DOJ, implementar processos de melhoria de seus instrumentos de investigação em conjunto com um endurecimento das sanções aplicadas para aqueles investigados que optarem pela não colaboração com o processo. E, com a consolidação da política, cabe ao Cade, também em paralelo com o que fez o DOJ, realizar um processo de revisão do patamar de contribuições pecuniárias negociadas, aumentado-o se necessário, como forma de garantir os efeitos dissuasórios de sua atuação.

Ou seja, embora um momento inicial de celebração de TCCs em valores eventualmente baixos possa até ser considerado um passo necessário para a consolidação de uma política de acordos, é importante que essa etapa não se prolongue por um período maior que o indispensável. Do contrário, o Cade perde por completo seu poder dissuasório e processos de cartel internacional e TCCs no Brasil correm o risco de tornar-se meros custos de se fazer negócios no país, custos esses, no entanto, que são largamente compensados pelos lucros obtidos ilegalmente com a prática.

Esse aspecto traz à tona a segunda discussão, a saber, em que medida as sanções aplicadas pelo Cade têm sido suficientes para dissuadir as práticas de cartel internacional. E sobre isso, é importante lembrar que em vários aspectos, a dissuasão à prática deve ser

⁴⁰² SPRATLING, Gary R. *Are the recent titanic fines in antitrust cases just the tip of the iceberg?* Speech presented at The Twelfth Annual National Institute on White Collar Crime, ABA's Criminal Justice Section, San Francisco (Mar., 6, 1998), p. 7-11. Disponível em <<https://www.justice.gov/atr/file/519536/download>>. Acesso em 11 dez. 2016; SPRATLING, Gary R. *Making companies an offer they shouldn't refuse: The antitrust division's corporate leniency policy – an update.* Speech presented at the Bar Association of the District of Columbia's, 35th Annual Symposium on Associations and Antitrust, Washington D.C. (Feb., 16, 1999), p. 2. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/518611/download>>. Acesso em 11 dez. 2016; HAMMOND, Scott D. *The evolution of criminal antitrust enforcement over the last two decades.* Speech before The 24th Annual National Institute on White Collar Crime, presented by the ABA Criminal Justice Section and the ABA Center for Continuing Legal Education (Feb., 25, 2010), p. 4-6. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/518241/download>>. Acesso em 8 dez. 2017.

global, como mencionado no Capítulo 2, sendo bastante improvável que Brasil isoladamente possa tornar essa prática menos rentável empresarialmente. De todo modo, também não parece que o país esteja contribuindo para melhorar a capacidade dissuasória das sanções aplicadas a cartéis internacionais⁴⁰³.

Como visto também no Capítulo 2, dado que cartéis internacionais têm um potencial de dano maior que os cartéis domésticos, as multas aplicadas nesses casos deveriam ser proporcionalmente maiores que as aplicadas nos casos de cartéis domésticos, o que não tem sido evidente nas análises do teor das decisões do Cade nesses processos⁴⁰⁴.

Mais que isso, a Lei brasileira possui uma limitação relevante nesse aspecto que ajuda a agravar o problema. Nos termos do seu art. 37, a multa aplicável à empresa envolvida em cartel pode variar de 0,1 a 20% do faturamento obtido no ano anterior à abertura do processo administrativo no ramo de atividades em que ocorreu a infração. Veja-se que, mesmo considerando o máximo previsto, a multa aplicável está longe de compensar os efeitos de sobre-preço causados por esse tipo de prática, de ordem mediana de 40%, considerado todo o período de duração da conduta (geralmente muito superior a um ano).⁴⁰⁵

E considerando ainda que, em casos de cartéis, as multas aplicadas já estão relativamente próximas do teto de 20%, há hoje pouco espaço para um endurecimento maior das sanções. Incorporar novas formas de sanção – inclusive criminais – parece ser importante nesse aspecto. Mais que isso, dadas todas as limitações associadas à aplicação de sanções mais elevadas, parece que poderia ser produtivo também “privatizar” a questão da dissuasão, por meio de uma promoção de ações de recuperação de dano por entes privados. O Cade parece ter optado por promover essa segunda via, tendo em vista que no final de 2016 colocou em consulta pública uma nova resolução que apresenta dispositivos de fomento à reparação de danos concorrenciais no Brasil, ao mesmo tempo em que regulamenta os

⁴⁰³ Segundo estimativas, enquanto cartéis domésticos geram sobre-preços médios da ordem de 23 a 25%, cartéis internacionais geram sobre-preços médios de cerca de 40%. Cf. CONNOR, John M. *Private international cartels: a concise introduction*. (Nov. 12, 2014). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2523883>>. Acesso em 12 dez. 2016.

⁴⁰⁴ Chama-nos a atenção que, nas discussões sobre multas, seja frequente alegar-se duplicidade na base de cálculo da sanção e mesmo bis in idem. A primeira alegação refere-se ao cômputo da mesma base de cálculo por mais de uma jurisdição. A segunda alegação refere-se a ser condenado duas vezes pela mesma prática. Não há, no entanto, uma clara sustentação para essas alegações na literatura, aparentemente se tratando de uma tese de defesa.

⁴⁰⁵ CONNOR, John M. *Private international cartels: a concise introduction*. (Nov. 12, 2014). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2523883>>. Acesso em 12 dez. 2016.

procedimentos para acesso a documentos provenientes de acordos de leniência, de TCCs e de operações de busca e apreensão no âmbito do órgão.⁴⁰⁶ Não têm sido vistas, no entanto, iniciativas de promoção do *enforcement* criminal da conduta pelo órgão, inclusive tendo em vista a desarticulação da ENACC (vide Seção 4.2.3.4) que ocorreu após a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011 e a extinção da SDE/MJ (embora a maior criminalização dos casos de cartel, em especial em licitações públicas, tenha continuado a evoluir de forma autônoma desde então). Há, assim, inúmeros desafios que ainda precisam ser enfrentados nessa seara, o que será melhor explorado na próxima Seção.

6.3 LIMITES E HORIZONTES DA POLÍTICA BRASILEIRA DE COMBATE A CARTÉIS INTERNACIONAIS

6.3.1 Desafios ainda a serem enfrentados

A análise empreendida ao logo de todo o presente trabalho aponta três ordens de desafios ainda a serem enfrentados pela política brasileira de combate a cartéis internacionais: (i) detecção; (ii) instrução probatória; e (iii) dissuasão ótima. Como visto, os dois primeiros já vêm sendo endereçados desde a década de 2000, embora de forma insuficiente, enquanto o último ainda não chegou a ser confrontado.

Com relação ao desafio de *detecção*, há dois aspectos que precisam ser avaliados. O primeiro refere-se a uma forte dependência da política brasileira de combate a cartéis internacionais ao seu Programa de Leniência, que por sua vez depende da decisão das empresas em delatar as práticas no país. Nesse sentido, a despeito da utilização dos acordos de leniência em casos de cartel internacional ter representado um avanço importante, possibilitando o aumento do número de casos investigados e o acesso a provas que de outra forma não estariam disponíveis à autoridade brasileira, ao permanecer focado quase que exclusivamente nesse caminho, o país corre o risco de selecionar de forma deficiente os melhores cartéis para se investigar.

⁴⁰⁶ Vide <<http://www.cade.gov.br/cade-submete-a-consulta-publica-resolucao-sobre-procedimentos-de-acesso-a-documentos-provenientes-de-investigacoes-antitruste>>. Acesso em 02 jan. 2017.

Isso porque a auto delação é muito mais provável em cartéis que já estão desestabilizados ou em vias de desestabilização que em cartéis que estão no seu auge em termos de dano ao mercado. E, assim, embora o Programa de Leniência seja um instrumento efetivo de desestabilização de cartéis, ele pode não ser eficaz em termos de combater os cartéis certos – os que causam mais danos aos mercado – restringindo-se aos cartéis que são mais fáceis de descobrir.⁴⁰⁷

Além disso, quando uma autoridade concorrencial permanece dependente em investigações de cartel originadas de acordos de leniência, o próprio sucesso de seu Programa de Leniência passa a correr risco, já que os infratores começam a perceber uma probabilidade menor de serem descobertos.⁴⁰⁸ Assim, se o Cade não abre investigações *ex officio* (condenando os participantes do cartel internacional com efeitos no Brasil), o incentivo para incluir o Brasil no circuito internacional de delações é muito baixo para as empresas envolvidas. Dessa forma, investigar casos que não foram objeto de leniência é condição necessária para a consolidação de uma reputação de efetivo combate a cartéis por parte do Cade.

Um segundo aspecto relacionado à dissuasão refere-se à dependência da agenda de casos investigados nas jurisdições mais relevantes no circuito internacional de leniências, quais sejam, Estados Unidos e União Européia, cujas escolhas obedecem aos interesses econômicos dos seus respectivos mercados. E, evidentemente, a discricionariedade dessas

⁴⁰⁷ SOKOL, Daniel D. Detection and compliance in cartel policy. *CPI Antitrust Chronicle*, v. 2, September 2011. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1935907>. Acesso em 2 dez. 2016.; HARRINGTON, Joseph E.; CHANG, Myong-Hun. *Modeling the Birth and Death of Cartels with an Application to Evaluating Antitrust Policy*, 7 J. EURO. ECON. ASSOC. 1 (2009). Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/21e4/bd490df242a0c6257d8ebe438fa8d499b47f.pdf>>. Acesso em 2 jan. 2017.

⁴⁰⁸ Note-se que essa dependência dos programas de leniência não é exclusividade do Brasil. Cerca de 90% das multas por cartel aplicadas nos Estados Unidos desde 1996 decorreram do programa de leniência desse país e 88% das condenações de cartéis pela Comissão Européia tiveram origem similar. E vários críticos questionam se essa dependência de fato é saudável para a detecção de cartéis mais nocivos e para o próprio sucesso dos programas de leniência. Essa crítica se baseia na mecânica do programa de leniência. Se a autoridade concorrencial não pune cartéis que não foram delatados por algum de seus membros, as empresas percebem esse fato e deixam de considerar o risco de ter a conduta identificada, sendo a eficácia do programa reduzido ao seu efeito de aumentar a instabilidade intrínseca do cartel: “Amnesty/leniency programmes continue to be the most effective cartel detection measure. Many competition authorities rely extensively on a leniency program to detect and investigate cartels, recognising that such programs have a high successful detection rate and provide strong evidence on the existence and functioning of the cartel. However, over-reliance on amnesty/leniency programmes may undermine the very effectiveness of leniency programmes, as it may undermine the likelihood that cartel conduct can be detected outside the leniency program. A combination of tools that could include both pro-active and reactive detection measures is viewed to be most effective”. Cf. OCDE. *Ex-officio cartel investigations and the use of screens to detect cartels*: background note. 2013, p. 5; 13. Disponível em <<http://www.oecd.org/daf/competition/exofficio-cartel-investigation-2013.pdf>>. Acesso em 2 jan. 2017.

jurisdições com relação à escolha de casos a investigar (mesmo os descobertos a partir de seus programas de leniência) tende a estar muito mais relacionada aos cartéis que mais afetam suas economias. Cartéis internacionais que não afetam suas economias ou as afetam de forma pouco relevante, mesmo que cheguem ao seu conhecimento, provavelmente não ingressam em suas agendas de casos a serem perseguidos (embora possam afetar outras economias, como as do Brasil).

Como consequência, ao basear sua política de investigações de cartéis internacionais nesse binômio programa de leniência e agenda internacional de investigações, de mais fácil persecução, a autoridade brasileira acaba tendo uma certa acomodação em um conjunto de casos que não são aqueles que mais geram dano à economia doméstica. Exemplo notório é o referente a um alegado cartel internacional envolvendo o mercado de potássio, que teria sido objeto grandes ações reparatórias nos Estados Unidos. Apesar de notícias que circularam na mídia darem conta de que referido cartel envolveu acordos direcionados especificamente ao mercado brasileiro, chinês e indiano (mas não diretamente ao mercado americano e europeu, por exemplo), não há registros (ao menos públicos) de que ele tenha chegado a ser investigado no Brasil⁴⁰⁹, muito provavelmente por nunca ter sido objeto de uma negociação de leniência. No entanto, dada a relevância econômica do produto em questão para a agricultura doméstica, cuja demanda é basicamente atendida por importações, é possível que se trate de cartel com impactos no mercado nacional muito mais significativos que diversos outros que foram investigados (e condenados) a partir de acordos de leniência (vide Quadro 1 constante da Seção 6.2.3.1).

Com efeito, Connor identificou 1336 casos de cartéis internacionais já investigados⁴¹⁰. Se é verdade que muitos deles não devem alcançar o Brasil, é improvável que somente cerca de 31 casos tenham tido potenciais efeitos no país (dos quais cerca de 25 foram detectados por meio de leniência).⁴¹¹ Em linha com as iniciativas adotadas no início da política de combate a cartéis internacionais do país por volta do início da década de 2000⁴¹², a investigação de cartéis internacionais *ex-officio* deve voltar a ser adotada pelo

⁴⁰⁹ Vide: <<http://www.law360.com/competition/articles/277753/potash-buyers-fight-for-global-cartel-suit-in-7th-circ->>.

⁴¹⁰ CONNOR, John M. *International cartel stats: a look at the last 26 years*. (Aug. 12, 2016). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2862135>>. Acesso em 12 dez. 2016.

⁴¹¹ Vide gráficos e quadros da Seção 6.2.3.

⁴¹² Foram abertos processos administrativos *ex-officio* nos cartéis das vitaminas, lisinas e eletrodos de grafite entre 2000 e 2002. Note-se que o Cade não mais divulga quais casos são originados de leniência e quais casos foram decorrentes de investigações *ex-officio*.

Cade, inclusive como uma estratégia de sinalização para futuras empresas deladoras. Essa postura mais ativa abrirá espaço para que a escolha dos casos a serem investigados obedeça uma agenda mais focada em investigações com impacto econômico no país. E para tal, é importante que sejam definidos critérios para essa escolha.

Mais que isso, fica claro que o Brasil precisa ter uma postura mais ativa de investigações para além somente dos casos já investigados no exterior. Isso é necessário tanto para identificar cartéis internacionais que efetivamente causam dano (e extração de excedentes) mais significativos ao país (criando uma própria agenda para o tema) quanto para consolidar a reputação do Programa de Leniência local. Para tanto, requer-se introduzir mecanismos auxiliares de detecção⁴¹³, instrução e *enforcement* desses casos.

Com relação aos desafios de *instrução* em matéria de cartéis internacionais, estes estão relacionados, principalmente, às dificuldades de submissão de estrangeiros à jurisdição nacional e de acesso a provas e testemunhas localizadas no exterior. Essas dificuldades têm como origem as particularidades próprias de investigações de cartéis transfronteiriços e a dificuldade ou falta de cultura de cooperação internacional nesse tema. Como debatido ao longo do trabalho, esses baixos níveis de cooperação internacional decorrem dos dilemas econômico e jurídico associados à problemática dos cartéis internacionais mencionados no Capítulo 2. No entanto, cabe questionar por que a cooperação internacional nas esferas tributária, de lavagem de dinheiro e nas ainda mais recentes discussões sobre política anticorrupção parecem estar mais consolidadas que aquela observada no universo de cartéis internacionais, se dilemas semelhantes também se encontram presentes nessas áreas (mesmo que, talvez, com um peso menor).

Sem esgotar o tema, que envolve análise de questões específicas dessas áreas, incluindo fatores jurídicos, culturais e históricos de cada uma, observa-se a presença de dois diferenciais importantes. O primeiro deles diz respeito ao fato de que tais áreas parecem contar com um emprego maior da vertente criminal de suas políticas que o combate a cartéis internacionais no Brasil, o que, em matéria de cooperação jurídica internacional pode garantir maior eficácia, dada a presença de instrumentos mais efetivos.

⁴¹³ SOKOL, Daniel D. Detection and compliance in cartel policy. *CPI Antitrust Chronicle*, v. 2, September 2011. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1935907>. Acesso em 2 dez. 2016.

Ademais, ao contrário das discussões tributárias – cujas autoridades administrativas (Receita Federal no Brasil) são geralmente autoridades centrais para cooperação jurídica internacional nessa matéria, no Brasil e no exterior, empregando um foco maior nas especificidades do tema –, e da discussão de corrupção e lavagem de dinheiro – que é talvez a principal atribuição hoje do DRCI –, as discussões de cooperação em matéria antitruste sofrem de um problema de agenda. Embora envolvam intensa necessidade de cooperação no que se refere a notificação de envolvidos, compartilhamento de provas, *timing* de investigações e confidencialidade de informações, todas com peculiaridades bastante destacadas, as discussões concorrenciais em matéria de cooperação utilizam-se do DRCI como Autoridade Central no Brasil e diversas outras autoridades centrais nos demais países. Consequentemente, tem-se uma perda relevante de eficácia, priorização, especialização e foco no processo, que se traduz em processos lentos e cooperações limitadas.

E, embora o Cade tenha ganhado o *status* de Autoridade Central em matéria de cooperação jurídica internacional em defesa da concorrência, por meio do Decreto nº 7.738, de 28 de maio de 2012⁴¹⁴, até hoje esse papel não foi exercido de fato pelo órgão. E mesmo que isto venha a ocorrer, é também verdade que essa mesma postura deveria seguir-se também nos demais países, de modo a conferir um processo mais célere e especializado para a questão. Conforme Aranovich, essa configuração constitui uma “abordagem mais moderna” para a cooperação jurídica internacional em matéria concorrencial que poderá gerar muitos ganhos de eficácia se adotada.⁴¹⁵

Finalmente, com relação ao o desafio da dissuasão, ele está associado à aplicação de uma sanção para a prática capaz de prevenir tanto que o agente infrator reincida na conduta (prevenção específica) quanto que outros agentes venham a adotar práticas similares (prevenção geral). Para tanto, é necessário que haja uma relação mais clara entre sanção e dano ocasionado. E, conforme analisado, com os níveis de sanções atuais aplicados pelo Cade na esfera administrativa, única a combater cartéis internacionais no Brasil até o presente, é improvável que esta relação esteja adequada. E, considerando as limitações conferidas pela Lei nº 12.529/2011 em termos de patamar máximo de multas aplicáveis nessa

⁴¹⁴ No Brasil, também a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) é autoridade central para cooperação jurídica internacional em sua esfera de atuação, em linha com o que ocorre em outras jurisdições do mundo.

⁴¹⁵ ARANOVICH, Tatiana de Campos. Inovações na cooperação jurídica internacional para o Cade. *Revista de Defesa da Concorrência*, nº1, Maio 2013, pp. 124-148. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrência/article/view/52>>. Acesso em 03 jan. 2017.

esfera, é improvável também que haja espaço para que o Cade consiga sozinho enfrentar esse desafio dissuasório. Embora o órgão venha discutindo a necessidade de aplicar suas multas a partir do cálculo da vantagem auferida com a prática, cabe questionar se a esfera administrativa é de fato o *locus* adequado para que esse tipo de cálculo ocorra, até porque, entre outros motivos, poderia debilitar as chances de que os consumidores e demais afetados por cartéis recuperem diretamente os danos que sofreram.

A incorporação das esferas criminal e civil no combate a cartéis internacionais pelo Brasil é, assim, uma necessidade em termos de política dissuasória. Sem isto, aparentemente o país não conseguirá contribuir – e é improvável que hoje contribua – para o desafio de dissuasão global. Considerando que muitas jurisdições não investigam a prática, e que os efeitos potenciais de um cartel internacional são, via de regra, maiores que os alcançados por cartéis domésticos, é muito improvável que cartéis internacionais se mostrem economicamente desvantajosos para seus membros nesse contexto. Ademais, a punição subótima destes cartéis pode resultar no direcionamento desse tipo de prática para jurisdições que possuam um *enforcement* menos efetivo. Já há evidências de que isso ocorre na prática⁴¹⁶ e uma política branda no Brasil poderia facilitar essa situação.

6.3.2 Sugestão de agenda para incremento do *enforcement* da política brasileira de combate a cartéis internacionais

Diante desses aspectos, entende-se que uma agenda de incremento do *enforcement* da política de combate a cartéis internacionais brasileira que possibilite um enfrentamento mais adequado dos desafios acima referidos deve considerar dois aspectos principais: (i) aumento dos níveis de cooperação internacional; e (ii) maior coordenação interna de política pública. Além disso, entende-se que ajustes pontuais em dispositivos legais e infra-legais domésticos deveriam ser avaliados à luz das dificuldades enfrentadas na persecução a esse tipo de conduta.

A necessidade de maior cooperação internacional tem sido reiteradas vezes mencionada neste trabalho como um obstáculo a uma política mais eficaz de combate a cartéis internacionais. A ausência de uma atuação conjunta mais efetiva entre jurisdições

⁴¹⁶ Cf. Processo Administrativo nº 08012.001376/2006-16.

afeta a capacidade de detecção (e em particular, a possibilidade de ter uma agenda ativa de investigações), impõe elevados custos processuais às investigações (resultando em longa demora dos processos) e tem impacto direto na capacidade de *enforcement* da política.

Nesse sentido, a busca por uma maior cooperação com outras autoridades que permita uma atuação mais ativa de investigações fora do território brasileiro torna-se uma agenda necessária para a autoridade brasileira elevar a eficácia de sua política. Essa agenda passa por:

- (i) efetivamente implementar o Decreto n. 7.738/2012, que torna o Cade autoridade central em matéria de cooperação jurídica internacional, bem como estudar formas de aprofundar essa cooperação por meio de instrumentos específicos;
- (ii) utilizar o reconhecimento internacional que o órgão tem recebido nos últimos anos⁴¹⁷, para disseminar nos fóruns internacionais de que participa uma agenda de cooperação efetiva com outras jurisdições (com mecanismos objetivos que auxiliem efetivamente na detecção, instrução e *enforcement* da política);
- (iii) promover a criação de uma rede de inteligência internacional entre autoridades de defesa da concorrência para compartilhamento de estratégias e para divulgação ao menos de informações e documentos públicos dos casos que estão sendo investigados ou foram condenados nas respectivas jurisdições⁴¹⁸; e
- (iv) utilizar os instrumentos criminais de cooperação jurídica internacional já existentes – e que estão mais consolidados que os instrumentos cíveis e administrativos – para aumentar a capacidade de investigação de empresas e pessoas físicas no exterior.

⁴¹⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia de termos de compromisso de cessação para casos de cartel*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final.pdf>. Acesso em 16 nov. 2016.

⁴¹⁸ ATHAYDE, Amanda; FERNANDES, Marcela Campos Gomes. A glimpse into Brazil's experience in international cartel investigations: legal framework, investigatory powers and recent developments in Leniency and Settlements Policy. *Concurrences Review*, Paris, n. 3-2016, set. 2016.

Este último aspecto traz à tona uma segunda agenda para o Brasil, a saber, uma maior coordenação interna de políticas públicas relacionadas à defesa da concorrência. Em particular, há a necessidade de incorporar a esfera criminal na política de combate a cartéis internacionais do País.

Com efeito, como já analisado neste trabalho, o Brasil possui legislação criminal antitruste desde 1938, mas sua atuação tem sido muito limitada até hoje. Recentemente, a esfera criminal ganhou alguma relevância em matéria antitruste na persecução a cartéis em licitações, mas isso não se estendeu para a matéria internacional. Uma crítica comum à persecução criminal de indivíduos em casos de cartéis internacionais – e que se reflete em certa resistência no âmbito do Ministério Público – é que não teria sentido focar esforços em prender executivos estrangeiros, com baixa probabilidade de efetivamente cumprirem sentença no país. Todavia, a existência do processo criminal aumenta o risco dos executivos envolvidos, limita seu trânsito em países que possuem acordos de extradição com o Brasil, facilita a cooperação com órgãos de defesa da concorrência que criminalizam a questão – DOJ destacadamente – e funciona como um instrumento auxiliar para o *enforcement* do processo administrativo.

Essa agenda de coordenação interna de políticas públicas passa também pela:

- (i) promover o ajuizamento de ações privadas de reparação de dano por parte de nacionais afetados (*private enforcement*), de modo a aumentar o poder de dissuasão da prática. Isto poderia ser feito pela oferta de maior suporte da autoridade administrativa à instrução desses casos, como por exemplo, pelo cálculo de danos ocasionados. Com efeito, ao invés de trazer a discussão do dano para a métrica da sanção administrativa, que na lei está relacionado à vantagem auferida⁴¹⁹, uma alternativa seria sinalizar ao mercado a dimensão desse dano – para fins informativos no processo – de sorte a facilitar que agentes privados possam litigar com menor custo⁴²⁰.

⁴¹⁹ A diferença econômica entre dano e vantagem auferida (extração de excedentes) é relevante economicamente, conforme se observa na seção 2.2.1.

⁴²⁰ Note-se que a discussão de sanção, na lei, esbarra em vários aspectos. O primeiro é que há uma grande discussão sobre se a lei permite que multas acima de 20% do faturamento do ano anterior ao início da conduta seriam possíveis de ser aplicadas caso a vantagem auferida superasse esse patamar. O segundo aspecto é que a discussão de dano é economicamente complexa e, muitas vezes, guarda subjetividades. Incorporar essa discussão ao processo administrativo aumenta o custo da investigação e pode inclusive diminuir o *enforcement* da decisão, através de uma judicialização desnecessária, não do mérito, mas de aspectos contábeis da sanção.

- (ii) promover o ajuizamento de ações civis públicas pelos legitimados constantes da Lei nº 7.347/1985, especialmente o Ministério Público, com referência a dano difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Essa agenda, intimamente relacionada com a política de defesa do consumidor, poderia ser articulada pelo Cade, em conjunto com a Secretaria Nacional do Consumidor, do Ministério da Justiça (SENACON/MJ), junto às promotorias do consumidor nos Ministérios Públicos.
- (iii) promover a coordenação da política de combate a cartéis internacionais com política comercial do país e, em particular, com investigações *antidumping*. Conforme visto no Capítulo 2, cartéis internacionais podem imiscuir-se por estratégias de elevação de barreiras à entrada em seus mercados e estratégias de eliminação de rivais locais não alinhados. Essas estratégias passam, muitas vezes, por aspectos diretamente relacionados às discussões de barreiras comerciais em diferentes países e, especialmente, por práticas de *dumping* contra certas economias. Criar canais de troca de informação entre os órgãos responsáveis pelas políticas de defesa comercial (distribuído entre Camex, MDIC e MRE) e autoridades de investigação de cartéis internacionais (Cade) pode auxiliar a eficácia das atividades nos dois temas⁴²¹.
- (iv) utilizar o antitruste como um dos elementos de direcionamento de política industrial. Em particular no que tange aos cartéis internacionais, a identificação de setores nos quais ocorre uma extração indevida de excedentes econômicos pode auxiliar no desenho de eventuais políticas públicas para contornar o problema de modo estrutural. Este aspecto passa, por exemplo, pela ampliação da gama de sanções efetivamente usadas pelo órgão concorrencial, já previstas em lei (quando objetivamente relacionado com os fatos investigados), via abertura de canais com os órgãos setoriais responsáveis por essa gestão (e não meramente pelo encaminhamento de decisão contendo referida recomendação).

⁴²¹ Com efeito, o Cade se beneficiaria dessa parceria, tanto para aumentar a capacidade de detecção de cartéis focados no país – pela ocorrência de dumping – quanto pela economia processual que isso geraria – pela informação de dados de importação detalhados por empresa e produto. As autoridades comerciais se beneficiariam pela possibilidade de identificar novas situações de dumping a partir de investigações de cartéis pelo Cade, pelo entendimento de solicitações de dumping que na verdade buscam apenas proteção a cartéis domésticos ou ainda pelo aumento de sua capacidade de dissuasão – pelo risco que as investigações nesses órgãos chamem a atenção para investigações de natureza criminal dos envolvidos.

Vale mencionar que essa proposta de integração entre políticas industriais e de concorrência difere enormemente daquela utilizada historicamente no Brasil (especialmente no período do regime militar). Não se trata de usar isenções antitruste (expressas ou tácitas) como contrapartida para atrair investimentos, mas sim em direcionar ações de política industrial para restabelecer padrões saudáveis de competição em mercados que tiveram sua dinâmica distorcida pela atuação de cartéis.

Historicamente, já foi buscada uma agenda de coordenação de políticas públicas internas, especialmente entre esferas administrativa e criminal de persecução a cartéis, na Estratégia Nacional de Combate a Cartéis (ENACC), hoje desarticulada. Retomar iniciativas semelhantes, de modo institucionalizado e expandindo para as outras esferas de política pública acima mencionadas, com foco específico no combate a cartéis internacionais, poderia ser um caminho para implementação dessa agenda.

Finalmente, ainda no que tange a eficiência das investigações, ajustes pontuais de ordem legal e infralegal para superar as dificuldades de notificação, barreiras linguísticas e acesso a originais de provas localizadas no exterior são essenciais para dar celeridade ao processo e tornar a condenação dos cartéis algo crível, contribuindo para a formação de uma reputação ao Programa de Leniência brasileiro. Nesse sentido, sem prejuízo de outras possíveis soluções, cita-se a possibilidade de:

- (i) incluir, no art. 2º da Lei nº 12.529/2011, em linha com espírito do art. 33, menção expressa à possibilidade de notificação inicial e intimação da pessoa jurídica estrangeira, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do responsável por *qualquer empresa pertencente a seu grupo econômico*;
- (ii) estudar formas para que a persecução administrativa limite-se apenas a pessoas jurídicas (desde que efetivamente se desenvolva a persecução na esfera criminal das pessoas físicas) ou, alternativamente, que essas investigações se restrinjam às pessoas físicas chaves ou administradores, ao menos para o que tange às investigações de cartel internacional (em que essa persecução é mais custosa). Para esta segunda alternativa, o Cade precisaria definir expressamente quais os critérios que serão usados para essa abordagem, o que poderia ser feito em instrumento infra-legal adequado;

- (iii) estudar a criação de novos mecanismos de detecção de cartéis, como por exemplo, distribuição de partes das sanções a denunciante que tragam evidências concretas do conluio (à exemplo do que faz a Coréia) ou a utilização de filtros para detecção econômica de cartéis internacionais no universo do comércio exterior brasileiro, entre outras possibilidades. Este aspecto é crucial para uma agenda ativa de investigações por parte do órgão concorrencial brasileiro;
- (iv) aumentar a transparência com relação à divulgação dos termos de compromisso de cessação de prática e das condições e valores pagos pelos investigados signatários em razão de tais acordos, em seção própria do *site* do órgão, no espírito do que determina § 7º do art. 85 da Lei nº 12.529/2011, de forma a permitir um melhor escrutínio público a respeito desses atos e também de possibilitar que se sucedam efeitos dissuasórios decorrentes dessa atuação;
- (v) incluir na regra de sanção prevista no art. 37, inciso I, um fator multiplicador ao limite de 20% em função da duração identificada do cartel, permitindo que as multas possam efetivamente contemplar efeitos dissuasórios;
- (vi) incluir, eventualmente no bojo do art. 45 da Lei nº 12.529/2011, regras mais claras de coordenação entre os processos e sentenças das instâncias administrativas, penais e civis de persecução a cartéis, tais como os já existentes entre as esferas civis e penais (vide, por exemplo, art. 63 e seguintes do Código de Processo Penal), evitando-se, com isso, sentenças contraditórias e punições desproporcionais.

O conjunto de propostas acima, evidentemente, requer um aprofundamento de seus impactos e formatos mais adequados. Todavia, entende-se que a avaliação da evolução da política de combates a cartéis internacionais no Brasil autoriza essas sugestões e mostra a necessidade de continuar avançando para sua consolidação.

7 CONCLUSÃO

Política de combate a cartéis internacionais, a despeito dos muitos consensos e da crescente convergência a que está associada hoje, é questão bem mais complexa do que um primeiro olhar possa supor. Refletir sobre seu *enforcement*, seus instrumentos e desafios, exige, antes de tudo, entender os dilemas de âmbito internacional e interno relacionados ao tema. Para saber para onde devemos caminhar, portanto, é preciso entender onde estamos e como viemos parar aqui. Esse trabalho buscou realizar esse esforço.

Nesse sentido, a primeira pergunta que a pesquisa formulou refere-se à existência alguma razão para se conferir um tratamento diferenciado a cartéis internacionais em relação a cartéis em geral (cartéis domésticos). E, nesse sentido, cumpre destacar que, para fins deste estudo, o cartéis internacionais foram definidos como acordos entre concorrentes, para fixação de preços, restrição de oferta, alocação de mercado e combinação de propostas em licitações públicas, que envolvam mais de uma jurisdição em relação à origem de seus membros e/ou ao seu escopo. O conceito proposto buscou abarcar todas as particularidades e complexidades que o tema envolve.

Conforme analisado neste trabalho, do ponto de vista de uma análise microeconômica, não há grandes diferenças entre cartéis internacionais e domésticos, já que os efeitos alocativos e dinâmicos são basicamente os mesmos. A única diferença substancial é que os cartéis internacionais possuem um poder de dano maior, até porque também a competição vinda de importações é manipulada por esse tipo de conduta, não deixando alternativas para os consumidores afetados.

Do ponto de vista de uma análise macroeconômica, entretanto, as semelhanças diminuem. Se cartéis (e cartéis internacionais) encontram defensores como mecanismo de acumulação de capital e incentivo à indústria nascente, nos cartéis internacionais, o custo desse processo é “exportado” e os consumidores de outros países acabam pagando por esse processo, gerando uma transferência de riqueza do mercado consumidor para o mercado produtor. Não por acaso, historicamente, grande parte dos países mais desenvolvidos protegeu e inclusive incentivou a formação de cartéis internacionais envolvendo suas empresas de modo a criar um mecanismo de aumento dos seus níveis de riqueza (Estados Unidos, inclusive, no que tange a cartéis de exportação).

Esta característica faz com que cartéis internacionais tenham uma sobreposição muito elevada com questões de acesso a mercados e política comercial dos países, que se consubstancia em um dilema para os governos entre combater a prática quando adotada por empresas de países concorrentes comercialmente e incentivá-la ou tolerá-la quando adotada por suas próprias empresas. Isso inclui o Brasil, que tem no combate ao cartel internacional a motivação para suas primeiras legislações sobre o tema (desde 1938), mas que passou décadas discutindo a existência de cartéis bons e cartéis ruins, evidenciando essa dubiedade. E ainda hoje essa discussão é evidente em um segundo dilema para os países, de ordem jurídica – colaborar para a persecução a prática ou proteger suas empresas de persecuções no exterior.

Por tudo isso, incentivos postos, desafios e efeitos dos cartéis internacionais diferem da discussão mais ampla de cartéis, explicando a justificativa para uma análise particularizada para cartéis internacionais.

Esta constatação leva a uma segunda pergunta, a saber, qual a importância de se investigar cartéis internacionais em jurisdições como a brasileira, que poderia concentrar seus escassos recursos em problemas de ordem doméstica, deixando o combate a cartéis internacionais para países como Estados Unidos. E a resposta decorre diretamente das constatações acima. Economicamente, é relevante para o Brasil combater cartéis internacionais porque essa prática representa uma extração de excedentes (e riqueza) da economia nacional. Ademais, dinamicamente, com frequência impacta outras dimensões econômica, como acesso a mercados e estratégias de retaliação a competidores não alinhados (eventualmente, produtores domésticos). Juridicamente, porque há um desafio global de dissuasão da prática, comum a todos os mercados (países) afetados, em relação ao qual, se o Brasil não participar dos esforços de persecução, não apenas contribuirá para que a prática continue sendo rentável para seus membros, como corre o risco de vê-la direcionada mais especificamente a seus mercados.

Na verdade, as conclusões da pesquisa permitem que se realize a seguinte reflexão. Se economicamente os cartéis internacionais têm maior potencial de dano que os cartéis domésticos, se esta prática já foi e ainda é incentivada ou ao menos não combatida por outros Estados como mecanismo de transferência de riqueza e, finalmente, se a discussão está intimamente ligada a questões de ordem comercial, como acesso a mercados e potencial *dumping* contra empresas domésticas, a pergunta que se deveria fazer é por que não aumentar o foco na persecução a esse tipo de prática.

Vale notar que os Estados Unidos direcionaram grande parte dos recursos da divisão antitruste do seu Departamento de Justiça (DOJ) para a prática, inclusive como uma política de ampliação de acesso a mercados. E, embora o foco no combate a cartéis internacionais tenha se disseminado no mundo justamente por conta dessa agenda norte-americana – em uma política deliberada nesse sentido – a nossa história legislativa e de aplicação da política de combate a cartéis nos mostra que a preocupação no Brasil com os cartéis internacionais emergiu muito antes, no período entre-guerras. E mesmo tendo passado um longo período entre esquecimento do tema e um tratamento dúbio de combate à conduta⁴²², o Brasil nunca chegou a adotar políticas deliberadas de estímulo a cartéis⁴²³. No país, cartéis foram sempre classificados como crimes, em diferentes abordagens, ainda que sua persecução não tenha ocorrido até o início dos anos 2000.

A mudança na política de persecução de cartéis no país no início deste milênio – sobretudo internacionais – parece resultar muito mais da disseminação da influência da agenda norte-americana na esfera administrativa federal (notadamente na SDE/MJ e no Cade), devidamente adaptada aos dispositivos legais existentes, do que de uma guinada do legislador brasileiro no sentido de elevar o rigor ante a essa conduta. Mas também é verdade que a agenda americana teve pouca influência sobre a agenda legislativa doméstica, uma vez que o Brasil já detinha uma legislação claramente contrária a cartéis.

O que parece ter ocorrido foi uma convergência de políticas que tornou possível a persecução de cartéis internacionais. Do lado doméstico, pela superação da fase de industrialização por substituição de importações que tornava dúbia a conveniência política pelo combate a cartéis – e que levou a uma consolidação da conduta como algo negativo. Do lado internacional, pela possibilidade prática de alcançar algum *enforcement* ante essa conduta em função de uma efetiva persecução das empresas simultaneamente aos países centrais.

Essa capacidade de *enforcement* decorreu de uma série de avanços da legislação brasileira. Primeiro, com a introdução de mecanismos de investigação mais adequados –

⁴²² Originalmente, cartéis foram vistos no país como instrumento para promoção da industrialização e proteção de indústria nascente, ainda que de modo velado. A aceção negativa à prática estava relacionada justamente aos cartéis internacionais, que extraíam excedentes do país. Todavia, ao longo da história legislativa brasileira, as políticas de combate a cartéis por vezes foram usadas como forma de legitimizar a intervenção sobre a economia e particularmente sobre preços. Apenas nos períodos recentes o tema se consolidou como uma forma de proteção do mercado consumidor interno.

⁴²³ Isto separa o país da maioria das economias da Europa e Ásia, que em períodos de sua história, usaram instrumentos legais para incentivar ou proteger essa prática entre suas empresas.

como buscas e apreensões, um programa de leniência – de sanções mais claras aos seus participantes e da aplicação extraterritorial da lei. Em seguida, com a consolidação institucional da Cade possibilitada pela Lei nº 12.529/2011 e pela clara sinalização do órgão quanto a um tratamento rigoroso do tema – particularmente, pelo tratamento da conduta como ilícito pelo objeto (*per se*), pela aplicação de sanções próximas ao teto legal permitido e pela política de acordos (TCCs) implementada.

Com efeito, um rápido levantamento das investigações no período recente apontam para um aumento acentuado do número de casos envolvendo cartéis internacionais na última década, que demonstra um amadurecimento processual significativo. Aspectos como a aplicação extraterritorial da lei, notificação de pessoas e empresas no exterior e obtenção de documentos fora do país de fato foram usados pela autoridade administrativa para incrementar seu *enforcement* sobre a matéria.

Todavia, mesmo esse avanço parece ser bastante tímido face ao porte do problema. Há desafios substanciais relacionados à detecção da prática, instrução probatória dos processos e dissuasão ótima. Hoje, há uma dependência excessiva para com o Programa de Leniência e a agenda de casos investigados no exterior em termos de detecção de novos cartéis, fruto de uma certa acomodação da autoridade concorrencial doméstica. Isto traz uma série de fragilidades à consolidação do próprio Programa e, sobretudo, a um uso subótimo de recursos públicos, já que esses cartéis não necessariamente são os que mais afetam a economia brasileira.

Em relação à instrução, o maior desafio refere-se à obtenção de provas no exterior e à identificação e notificação de investigados e testemunhas situados no exterior, que encontra obstáculos nas limitações evidentes da extraterritorialidade. Em princípio, uma agenda mais incisiva de cooperação jurídica internacional – que esbarra repetidas vezes no dilema jurídico acima mencionado – e o uso da política criminal em relação a essas condutas – já que os instrumentos de cooperação nessa esfera estão mais bem consolidados internacionalmente – poderiam contribuir para superar esse ponto.

Finalmente, em relação ao desafio da dissuasão, há indícios de que as multas aplicadas no Brasil são insuficientes para tornar a prática antieconômica para as empresas, funcionando como mecanismos de prevenção específica e geral da conduta. Isso decorre, em grande parte, da própria sistemática de cálculo de multa prevista na legislação brasileira, que utiliza como base de cálculo apenas um ano de faturamento das empresas infratoras, ao passo que cartéis (em especial cartéis internacionais) costumam ter duração muito maior. Nesse

sentido, entende-se que há a necessidade de ajustes na legislação relacionada a multas, bem como um aumento do papel da persecução criminal nesses casos – ainda que atuando como instrumento auxiliar do processo administrativo – e um maior promoção a ações privadas de recuperação de danos (*private enforcement*).

Tais desafios levam a três agendas futuras de desenvolvimento: (i) aprofundamento dos instrumentos de cooperação internacional; (ii) aumento da coordenação entre políticas públicas para o tema; e (iii) ajustes legais e infralegais para incrementar o enforcement da política. A primeira passa pela criação e disseminação no exterior de uma agenda brasileira em favor de uma maior institucionalização de mecanismos de cooperação jurídica internacional específicos à matéria antitruste – em linha com a postura adotada pelos Estados Unidos na década de 90.

A segunda passa especialmente por uma maior integração já mencionada com a esfera criminal, mas também pela coordenação das políticas de persecução a cartéis internacionais com outras instâncias do Estado. Na verdade, trata-se de tornar a persecução a cartéis uma política de Estado e não uma agenda do Cade, sendo elemento de direcionamento das políticas comerciais e eventuais políticas industriais do Estado. Note-se que se trata de um papel inverso ao detido historicamente pelo tema. Não se trata de usar o antitruste como uma concessão para fomentar o crescimento econômico, mas usar a matéria para direcionar a política pública em questões econômicas no sentido de promover maior concorrência.

A terceira passa pelo contínuo aperfeiçoamento dos mecanismos legais existentes, sejam eles no sentido de ampliar os mecanismos de detecção e condenação de cartéis, sejam no sentido de redução dos custos dessa persecução.

Em linhas gerais, este trabalho advoga pela assunção, pelo Cade, de um papel mais relevante na disseminação de uma agenda de efetivo combate a cartéis internacionais no exterior e dentro do Estado brasileiro, em linha com a vocação histórica de vanguarda do país nessa temática e com a boa reputação criada pelo órgão no exterior. Isto passa pela consolidação da problemática dos cartéis não apenas como uma conduta negativa a ser enfrentada, mas principalmente, como um dos pilares das políticas de Estado em temas econômicos para direcionar suas ações de modo estrutural.

Nesse aspecto, entende-se que a judicialização e efetiva criminalização são uma tendência natural para esse processo de disseminação e consolidação do tema no Estado. E

isto pode ser positivo para a construção de uma política mais sólida. Nesse contexto, o Cade deixaria de ser o agente central desse processo em termos de promoção e detecção de cartéis e passaria a ter um papel muito mais relevante, de articulação e difusão técnica da matéria.

Olhando nosso passado, há uma oportunidade histórica para tanto, justamente porque superada a fase de industrialização e de controle da hiperinflação, se está em um raro período em que o tema concorrencial não vem sendo tratado de modo dúbio na opinião pública geral.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 3. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012.

AMSDEAN, ALICE; SINGH, Ajit. *The optimal degree of competition and dynamic efficiency in Japan and Korea*. 1993. Disponível em: <https://mpra.ub.uni-muenchen.de/54982/1/MPRA_paper_54982.pdf>. Acesso em 14 dez. 2016.

ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do direito concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

ARANOVITCH, Tatiana de Campos. Cartéis e os incentivos para o TCC. *Economic Analysis of Law Review (EALR)*, Brasília, volume 2, no 1, p. 115-140, Jan-Jun, 2011;

ARANOVICH, Tatiana de Campos. Inovações na cooperação jurídica internacional para o Cade. *Revista de Defesa da Concorrência*, nº1, Maio 2013, pp. 124-148. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/52>>. Acesso em 03 jan. 2017.

ATHAYDE, Amanda; FERNANDES, Marcela Campos Gomes. A glimpse into Brazil's experience in international cartel investigations: legal framework, investigatory powers and recent developments in Leniency and Settlements Policy. *Concurrences Review*, Paris, n. 3-2016, set. 2016.

AZEVEDO, Milton. *Comentários à lei de economia popular*. Rio de Janeiro, Livreiros, Editores e Distribuidores Ltda., 1986.

AZEVEDO, Paulo Furquim de; HENRIKSEN, Alexandre Lauri. Cartel deterrence and settlements: the brazilian experience. *ITextos para Discussão da Escola de Economia de São Paulo*, n. 265, julho de 2010.

BANDEIRA, Moniz. *Cartéis e desnacionalização (a experiência brasileira: 1964-1974)*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

BERCOVICI, Gilberto; ANDRADE, José Maria Arruda de. A Concorrência Livre na Constituição de 1988. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (Org.). *Filosofia e Teoria Geral do Direito: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BINGAMAN, Anne. *Change and continuity in antitrust enforcement*. Speech addressed at Fordham Corporate Law Institute (Oct. 21, 1993). Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/518751/download>>. Acesso em 8 dez. 2017.

BINGAMAN, Anne. *The Clinton administration: trends in criminal antitrust enforcement*. Speech addressed before the Corporate Counsel Institute. San Francisco, California. (Nov.

21, 1995). Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/519076/download>>. Acesso em 8 dez. 2017.

BRANCO, Eurico C. *Anotações às leis de segurança e economia popular*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1940.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2013.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia de termos de compromisso de cessação para casos de cartel*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final.pdf>. Acesso em 16 nov. 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia do Programa de Leniência do Cade*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em 16 nov. 2016.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Programa de integridade: diretrizes para Empresas Privadas*. Brasília, Controladoria-Geral da União, 2015. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>>. Acesso em 16 nov. 2016.

BRASIL. Secretaria de Direito Econômico. *Combate a cartéis e programa de leniência*. Brasília: Secretaria de Direito Econômico, 2008. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_leniencia.pdf/view>. Acesso em: 14 nov. 2016.

BRASIL. Secretaria de Direito Econômico. *Combate a cartéis em licitações*. Brasília: Secretaria de Direito Econômico, 2008. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_licitacao.pdf/view>. Acesso em: 14 nov. 2016.

BRASIL. Secretaria de Direito Econômico. *Combate a cartéis em sindicatos e associações*. Brasília: Secretaria de Direito Econômico, 2009. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_sindicatos.pdf/view>. Acesso em 14 nov. 2016.

BRASIL. Secretaria de Direito Econômico. *Combate a cartéis na revenda de combustíveis*. Brasília: Secretaria de Direito Econômico, 2009. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_revenda_combustiveis.pdf/view>. Acesso em 14 nov. 2016.

BRASIL. Secretaria de Direito Econômico. *Fighting cartels: Brazil's leniency program*. Brasília: Secretaria de Direito Econômico, 2009. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/brazil_leniencia_program_brochure.pdf/view>.

BRASIL. Secretaria de Direito Econômico. *Relatório de gestão SDE 2008*. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. *Cartilha cooperação jurídica internacional em matéria civil*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes>>. Acesso em 30 dez. 2016.

BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. *Cartilha cooperação jurídica internacional em matéria penal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes>>. Acesso em 30 dez. 2016.

BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria civil* / Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI). – 4. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes>>. Acesso em 30 dez. 2016.

BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal* / Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI). – 3. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes>>. Acesso em 30 dez. 2016.

BUZZARD, Christine M. Discovering civil antitrust violations overseas. *Yale Journal on Regulation*, Vol. 30, Iss. 2, 2013. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1375&context=yjreg>>. Acesso em 11 dez. 2016.

CABRAL, Mário André Machado. *Estado, Concorrência e Economia: convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil*. 2016. 291 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico, Financeiro e Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. *Direito antitruste & relações internacionais: extraterritorialidade e cooperação*. Curitiba: Juruá, 2001.

CHANG, Ha-Joo. *Infant industry promotion in historical perspective: a rope to hang oneself or a ladder to climb with?* 2001. Disponível em: <<http://www.cepal.org/prensa/noticias/comunicados/8/7598/chang.pdf>>. Acesso em 15 dez. 2016.

CHANG, Ha-Joon. *Industrial policy and East Asia: the miracle, the crisis, and the future*. Mimeo. World Bank. 1999. Disponível em: <http://bdresearch.org/home/attachments/article/711/Chang_wbip.pdf>. Acesso em 14 dez. 2016.

COMPARATO, Fabio Konder. Regime constitucional do controle de preços no mercado. *Revista de Direito Público*, ano 24, nº 97, p. 17-28, jan./mar. 1991.

CONNOR, John M. *Global Price Fixing*. 2. ed. rev. e atual. Berlin: Springer, 2008.

CONNOR, John M. *International cartel stats: a look at the last 26 years*. (Aug. 12, 2016). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2862135>>. Acesso em 12 dez. 2016.

CONNOR, John M. Latin America and the control of international cartels. Chapter XIV. In:

FOX, Eleonor M.; SOKOL, Daniel D. (Eds.). *Competition law and policy in Latin America*. Oxford: Hart Publishing, 2009, pp. 291-324. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156401>. Acesso em 29 nov. 2016.

CONNOR, John M. *Price-fixing overcharges: revised 3rd edition*. (Feb. 24, 2014). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2400780>>. Acesso em 12 dez. 2016.

CONNOR, John M. *Private international cartels: a concise introduction*. (Nov. 12, 2014). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2523883>>. Acesso em 12 dez. 2016.

CONNOR, John M. *The Rise of Anti-Cartel Enforcement in Africa, Asia, and Latin America*. Jan. 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2711972>>. Acesso em 25 nov. 2016.

CONNOR, *The private international cartels (PIC) data set: guide and summary statistics, 1990-july2016 (revised 2nd edition)*. (Aug. 9, 2016). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2821254>>. Acesso em 13 dez. 2016.

CONSIDERA, Claudio Monteiro; CORRÊA, Paulo. *The political economy of anti-trust in Brazil from price control to competition policy*. 2002. Disponível em: <<http://www.professores.uff.br/claudioconsidera/artigos-revistas/The-Political-Economy-of-Anti-trust-final-081001.pdf>>. Acesso em 15 dez. 2016.

DOBBIN, Frank; DOWD, Timothy J. How policy shapes competition: early railroad foundings in Massachussets. *Administrative Science Quarterly*, 42, 1997, p. 501-529. Disponível em: <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/3202908/Dobbin_PolicyShapesCompetition.pdf?sequence=2>. Acesso em 14 dez. 2016.

EVENETT, Simon J., LEVENSTEIN, Margaret C. e SUSLOW, Valerie Y. International cartel enforcement: lessons from the 1990s. *The World Economy* 24, Jul. 11, 2001. Disponível em: <https://www.umass.edu/economics/publications/econ2001_01.pdf>. Acesso em 11 dez. 2017.

FEAR, Jeffrey. *Cartels and competition: neither markets nor hierarchies*. Harvard Business School, Working Paper n. 07-011, 2006. Disponível em: <<http://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/07-011.pdf>>. Acesso em 17 dez. 2016.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FRAZÃO, Ana. A necessária constitucionalização do direito da concorrência. In: CLEVE, Clemerson Merlin; FREIRE, Alexandre. *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 139-158.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex Editora, 2006.

GRAU, Eros Roberto. Breve nota histórica sobre o artigo 171 da Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 45, n. 179, p. 241-244, jul./set. 2008.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. Compromisso de cessação e compromisso de desempenho na lei antitruste brasileira. In: GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GREMAUD, Amaury Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JÚNIOR, Rudinei. *Economia brasileira contemporânea*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GUIMARÃES, Aluysio. *Cadernos de Administração Pública – 64: o caso da barrilha*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1966. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12394/000041101.pdf?sequence=1>>. Acesso em 11 nov. 2016.

GUNSTER, Andrea; CARREE, Martin; DIJK, Mathijs A. van. *Do cartels undermine efficiency?* 2011. Disponível em <<https://www.aeaweb.org/conference/2012/retrieve.php?pdfid=510>>. Acesso em 13 jan. 2016.

HAMMOND, Scott D. *The evolution of criminal antitrust enforcement over the last two decades*. Speech before The 24th Annual National Institute on White Collar Crime, presented by the ABA Criminal Justice Section and the ABA Center for Continuing Legal Education (Feb., 25, 2010). Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/518241/download>>. Acesso em 8 dez. 2017.

HARRINGTON, Joseph E.; CHANG, Myong-Hun. *Modeling the Birth and Death of Cartels with an Application to Evaluating Antitrust Policy*, 7 J. EURO. ECON. ASSOC. 1 (2009). Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/21e4/bd490df242a0c6257d8ebe438fa8d499b47f.pdf>>. Acesso em 2 jan. 2017.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitruste policy: the law of competition and its practice*. 4. ed. St. Paul: West, 2011.

HUNGRIA, Nelson. *Dos crimes contra a economia popular e das vendas a prestações de domínio*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1939.

ICN. *Bulding blocks for effective anti-cartel regimes: defining hard core cartel conduct, effective institutions, effective penalties*, 2005. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>>. Acesso em 25 nov. 2016.

ICN. Chapter on international cooperation and information sharing. In: ICN. *Anti-cartel enforcement manual*. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/cartel%20wg/icn_chapter_on_international_cooperation_and_information_sharing.pdf>. Acesso em 29 dez. 2016.

ICN. *Co-operation between competition agencies in cartel investigations*. Report to the ICN Annual Conference. 2007. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2006.pdf>>. Acesso em 29 dez. 2016.

IVALDI, Marc; JENNY, Frédéric; KHIMICH, Aleksandra. Cartel Damages to the economy: an assessment for developing countries. In: JENNY, Frédéric; KATSOULACOS, Yannis. *Competition Law enforcement in the BRICS and in developing countries*. Berlim: Springer, 2016, p. 103-133. Disponível em: <http://www.cresse.info/uploadfiles/2015_pa16_p2.pdf>. Acesso em 12 dez. 2017.

JACQUEMIN, Alexis; NAMBU, Tsuruhiko; Dewez, Isabelle. A dynamic analysis of export cartels: the japanese case. *The Economic Journal*. Vol. 91, n° 363 (Sep., 1981), pp. 685-696.

KLEIN, Joel I. *Anticipating the millennium: international antitrust enforcement at the end of the twentieth century*, Speech presented at 24th Annual Conference on International Law and Policy, Fordham Corporate Law Institute, New York (Oct., 16, 1997). Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/517656/download>>. Acesso em 11 dez. 2016.

KLEIN, Joel I. *The war against international cartels: lessons from the battlefield*. Speech addressed at Fordham Corporate Law Institute, 26th Annual Conference on International Antitrust Law & Police (Oct. 14, 1999). Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/war-against-international-cartels-lessons-battlefront>>. Acesso em 19 ago. 2016.

LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. *International Cartels*. 2 Issues in competition law and policy 1107 (ABA Section of Antitrust Law 2008). Disponível em: <<http://www-personal.umich.edu/~maggiel/files/aba.pdf>>. Acesso em 07 dez. 2017.

LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie; OSWALD, Lynda. *International price-fixing cartels and developing countries: a discussion of effects and policy remedies*. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2003. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w9511>>. Acesso em 5 dez. 2017.

LOPES NETO, Antônio; ZUCHERATTO, José Maria. *Defesa da economia popular*. Belo Horizonte: Del Rey, 1987.

LYRA, Roberto. *Crimes contra a economia popular*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1940.

MAGALHÃES, Paulo Germano. *A nova liberdade: combate aos trustes e cartéis*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1965.

MANTECCA, Paschoal. *Crimes contra a economia popular e sua repressão*. São Paulo: Saraiva, 1985.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo.; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 27, agosto/setembro/outubro, 2011.

MARTINEZ, Ana Paula. Isenção antitruste para cartel de exportação: Qual o caminho? *Revista do IBRAC*, v. 17, 2010, p. 38-67.

MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013.

MELAMED, A. Douglas. *Antitrust enforcement in a global economy*. Speech before The 25th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, Fordham Corporate Law Institute (Oct., 22, 1998), p. 5. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/519511/download>>. Acesso em 11 dez. 2017.

MIROW, Kurt Rudolf. *A ditadura dos cartéis: anatomia de um subdesenvolvimento*. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1979.

MIYAJIMA, Hideaki. Japanese industrial policy during the intewar period: strategies for international and domestic competition. *Business and Economic History*, 2nd Series, Vol. 21, 1992. Disponível em: <<http://coursesa.matrix.msu.edu/~business/bhcweb/publications/BEHprint/v021/p0270-p0279.pdf>>. Acesso em 14 dez. 2016.

MOTTA, Massimo. *Competition policy: theory and practice*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2004. Edição Kindle.

NAVARRETE, Pedro Henrique. *As Origens do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: o Cade (1962-1994)*. 2013. 135 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2013.

OCDE. *Assessment of the impact of competition authorities' activities*: note by Prof. Stephen Davies. Paris. 2013. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP2\(2013\)1&docLanguage=Em](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP2(2013)1&docLanguage=Em)>. Acesso em 5 dez. 2016.

OCDE. Crisis cartels: contribution from the European Union. 2011. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2011_feb_crisis_cartels.pdf>. Acesso em 15 dez. 2016.

OCDE. *Crisis cartels*. 2011. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/cartels/48948847.pdf>>. Acesso em 14 dez. 2016.

OCDE. *Ex-officio cartel investigations and the use of screens to detect cartels*: background note. 2013, p. 5; 13. Disponível em <<http://www.oecd.org/daf/competition/exofficio-cartel-investigation-2013.pdf>>. Acesso em 2 jan. 2017.

OCDE. *Facilitating Practices in Oligopolies*. 2007. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/41472165.pdf>>. Acesso em 26 nov. 2016.

OCDE. *Fighting bid rigging in public procurement: report on implementing the OECD Recommendation*. 2016. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/Fighting-bid-rigging-in-public-procurement-2016-implementation-report.pdf>>. Acesso em 23 nov. 2016.

OCDE. *Fighting hard core cartels: harm, effective sanctions and leniency programs*. Paris. 2002. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>>. Acesso em 5 dez. 2016.

OCDE. *Fighting hard core cartels: harm, effective sanctions and leniency programs*. Paris. 2002. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>>. Acesso em 12 dez. 2016.

OCDE. *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement*. 2009. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42851044.pdf>>. Acesso em 23 nov. 2016

OCDE. *Hard Core Cartels*. Paris. 2000. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/2752129.pdf>>. Acesso em 5 dez. 2016.

OCDE. *Improving international co-operation in cartel investigations: contribution from Brazil*. 2012. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/internacional/publicacoes-anexos/16.pdf>>. Acesso em 30 dez. 2016.

OCDE. *Information exchanges between competitors under competition law*. 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/48379006.pdf>>. Acesso em 26 nov. 2016.

OCDE. *Oligopoly*. 1999. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/1920526.pdf>>. Acesso em 26 nov. 2016;

OCDE. *Price Transparency*. 2001. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/2535975.pdf>>. Acesso em 26 nov. 2016.

OCDE. *Prosecuting cartels without direct evidence*. 2006. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/37391162.pdf>>. Acesso em 26 nov. 2016.

OCDE. *Recommendation of the OECD Council Concerning Effective Action against Hard Core Cartels*. 1998. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>>. Acesso em 23 nov. 2016.

OCDE. *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*. 2012. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/RecommendationOnFightingBidRigging2012.pdf>>. Acesso em 23 nov. 2016

OCDE. *Trade associations*. 2007. Disponível em: <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/41646059.pdf>>. Acesso em 26 nov. 2016.

OCDE. *Unilateral disclosure of information with anticompetitive effects*. 2012. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/Unilateraldisclosureofinformation2012.pdf>>. Acesso em 26 nov. 2016.

OLIVEIRA, Elias de. *Crimes contra a economia popular e o júri tradicional*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas de Barros, 1952.

OSEAS, Israel B. Antitrust prosecutions of international business. *30 Cornell L. Rev.* 42 (1944), p. 47-48. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1481&context=clr>>. Acesso em 16 dez. 2017.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. 332 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Acordos substitutivos dão mais eficácia ao direito da concorrência? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André Janjácómo. *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SALGADO, Lucia Helena. *A Economia Política da Ação Antitruste: o debate conceitual e um exercício para o caso brasileiro*. São Paulo: Singular, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: uma abordagem dos mecanismos extraterritoriais de persecução*. São Paulo: LTR, 2007.

SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis transnacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2016.

SCHIRATO, Vitor Rhein; e PALMA, Juliana Bonacorsi. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 24, dezembro, janeiro, fevereiro, 2011.

SCHUARTZ, Luis Fernando. A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (orgs). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 761-780.

SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do Poder Econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2010.

SOKOL, Daniel D. Detection and compliance in cartel policy. *CPI Antitrust Chronicle*, v. 2, September 2011. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1935907>. Acesso em 2 dez. 2016.

SOUZA NETO. *Júri de economia popular*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1952.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. O regime jurídico da concentração de empresas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 15, n. 58, p. 77-92, abr./jun. 1978.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. O regime jurídico da concentração de empresas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 15, n. 58, p. 77-92, abr./jun. 1978.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. O regime jurídico da concentração de empresas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 15, n. 58, p. 77-92, abr./jun. 1978.

SPRATLING, Gary R. *Are the recent titanic fines in antitrust cases just the tip of the iceberg?* Speech presented at The Twelfth Annual National Institute on White Collar Crime, ABA's Criminal Justice Section, San Francisco (Mar., 6, 1998), p. 7. Disponível em <<https://www.justice.gov/atr/file/519536/download>>. Acesso em 11 dez. 2016.

SPRATLING, Gary R. *Making companies an offer they shouldn't refuse: The antitrust division's corporate leniency policy – an update*. Speech presented at the Bar Association of the District of Columbia's, 35th Annual Symposium on Associations and Antitrust, Washington D.C. (Feb., 16, 1999), p. 5. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/518611/download>>. Acesso em 11 dez. 2016.

SUSLOW, Valerie Y. The changing international status of export cartel exemptions. *American University International Law Review*, 20, no. 4 (2005): 785-828. Disponível em <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1144&context=auilr>>. Acesso em 15 dez. 2016.

VASCONCELOS, Roberto Pereira de. *Crimes contra a economia popular*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1952.

VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Ed. fac-similar. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. Abuso do poder econômico. *Revista de Direito Público e Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. VIII, n. 1, p. 29-62, jan./abr. 1964.

WESTPHAL, Larry E. *Empirical justification for infant industry protection*. World Bank Staff Working Paper n. 445, mar. 1981. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/898671468766751634/pdf/multi0page.pdf>>. Acesso em 13 dez. 2016.

YU, Yinne. *The impact of private international cartels on developing countries*. California: Stanford University, 2003. Disponível em: <http://economics.stanford.edu/files/Theses/Theses_2003/Yu.pdf>. Acesso em 6 dez. 2012.

ANEXO A – EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO TRATAMENTO DOS CARTÉIS NO BRASIL

Quadro 1 – Evolução do controle repressivo dos cartéis no Brasil

<p>Decreto-Lei n° 869 18 de novembro de 1938</p>	<p>Situação Revogado</p> <p>Natureza Penal</p> <p>Tipo Art. 2º São crimes dessa natureza: (...) III - promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio;</p> <p>Sanção Pena: prisão celular de 2 a 10 anos e multa de 10:000\$000 a 50:000\$000.</p>
<p>Decreto-Lei n° 7.666 22 de junho de 1945</p>	<p>Situação Revogado</p> <p>Natureza Administrativa</p> <p>Tipo Art. 1º Consideram-se contrários aos interesses da economia nacional: I – os entendimentos, ajustes ou acordos entre empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham por efeito: a) elevar o preço de venda dos respectivos produtos; b) restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas; c) influenciar no mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio, ainda que regional; (...) Parágrafo único. Para os efeitos deste Decreto-lei a palavra "empresa", abrange as pessoas físicas ou jurídicas de natureza comercial ou civil que disponham de organização destinada à exploração de qualquer atividade com fins lucrativos. (...)</p> <p>Art. 5º Os atos referidos no art. 1º serão considerados nocivos ao interesse público quando: a) envolverem indústrias bélicas, indústrias básicas, empresas editoras, jornalísticas, de rádio e televisão ou de divulgação e publicidade; b) deles participem empresas estrangeiras; c) resultarem da ação de empresas nacionais ou estrangeiras, notoriamente vinculadas a coalizões, "trusts" ou cartéis, ajustados no estrangeiro.</p> <p>Sanção Art. 2º Verificada a existência de qualquer dos atos referidos no art. 1º, a C.A.D.E. notificará as empresas faltosas ou comprometidas no ato ou fato contrário aos interesses da economia nacional para, dentro de prazo certo, fixado de acordo com as circunstâncias, cessarem a prática dos atos incriminados. Art. 3º Se as empresas notificadas não cumprirem a determinação da C.A.D.E. dentro do prazo fixado, ou se, dentro desse prazo, não cessarem os efeitos prejudiciais aos interesses da economia nacional, a C.A.D.E. decretará a intervenção em todas as empresas envolvidas nos atos ou fatos julgados contrários à economia nacional. § 1º A intervenção terá caráter provisório e se limitará às gestões necessárias ao restabelecimento da situação conforme aos interesses da economia nacional. § 2º A partir da data da decretação da intervenção, os administradores da empresa visada ficarão impedidos de praticar quaisquer atos de disposição de bens ou direitos integrantes do acervo da empresa. § 3º Os atos eventualmente praticados pelos administradores de empresas com infração do disposto no parágrafo anterior, serão nulos de pleno direito.</p> <p>(continua)</p>

<p>Decreto-Lei n° 7.666 22 de junho de 1945</p>	<p>Sanção (continuação) Art. 4º A intervenção será executada pela C.A.D.E., através da nomeação de interventor que praticará todos os atos necessários ao cumprimento da decisão proferida. Parágrafo único. As despesas com a intervenção correrão por conta da empresa que a sofrer. (...) Art. 6º Serão desapropriadas pela União as empresas comerciais, industriais ou agrícolas comprometidas ou envolvida em atos nocivos ao interesse público. § 1º O valor das desapropriações de que cuida este artigo será pago aos desapropriados em títulos do Tesouro, de emissão especial, amortizáveis em quarenta anos. § 2º Para os efeitos do que dispõe o parágrafo único do art. 15 do Decreto-lei nº 3.365, de 21-6-1941 (Decreto-lei nº 4.152, de 6-3-1942), o depósito será feito nos títulos a que se refere o parágrafo anterior e em montante correspondente ao capital registrado das empresas desapropriadas. § 3º Na avaliação para fixação da indenização devida pela desapropriação, tomar-se-á por base o valor do ativo líquido da empresa. (...) Art. 7º Julgada indispensável a desapropriação a C.A.D.E. transmitirá ao Presidente da República o inteiro teor de sua decisão, acompanhado dos elementos necessários à lavratura do decreto de desapropriação.</p>
<p>Lei nº 1.521 26 de dezembro de 1951</p>	<p>Situação Revogada tacitamente pela Lei nº 8.137/1990. Há entendimento em sentido contrário.</p> <p>Natureza Penal</p> <p>Tipo Art. 3º. São também crimes desta natureza: (...) III - promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transportes ou comércio;</p> <p>Sanção Pena - detenção, de 2 (dois) anos a 10 (dez) anos, e multa, de vinte mil a cem mil cruzeiros.</p>
<p>Lei nº 4.137 10 de setembro de 1962</p>	<p>Situação Revogada</p> <p>Natureza Administrativa</p> <p>Tipo Art. 2º Consideram-se formas de abuso do poder econômico: I Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a, concorrência por meio de: a) ajuste ou acôrdo entre empresas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de suas atividades; (...) V) Exercer concorrência desleal, por meio de: b) combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa.</p> <p>Sanção Art. 7º As empresas que praticarem os atos de abuso do poder econômico definidos no art. 2º ficarão sujeitas às penalidades previstas nos arts. 43 e 47. (...) Art. 43. Decidindo pela procedência da representação e proclamando determinado ato ou atos como de abuso do poder econômico, o CADE, ouvida a Procuradoria, fixará prazo para que os responsáveis, de acôrdo com as circunstâncias, cessem sua prática, multando-os de 5 (cinco) a 10.000 (dez mil) vezes o valor do maior salário-mínimo vigente no País, na data da decisão. § 1º O prazo a que se refere este artigo contar-se-á a partir da data da publicação da decisão do CADE no Diário Oficial da União. § 2º A decisão do CADE será publicada dentro de cinco dias no Diário Oficial da União. Art. 43. <i>Verificada a procedência da representação e proclamado determinado ato ou atos como de abuso do poder econômico, o CADE, ouvida a Procuradoria, fixará prazo para que os responsáveis, de acordo com as circunstâncias, cessem sua prática, multando-os de duzentas mil a cinco milhões de vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional - BTN, da data de decisão. (Redação dada pela Lei nº 8.035, de 1990)</i> (continua)</p>

<p style="text-align: center;">Lei nº 4.137 10 de setembro de 1962</p>	<p>Sanção (continuação)</p> <p>Art. 44. A decisão do CADE pela existência de abuso do poder econômico conterà:</p> <p>a) especificação dos fatos que constituam os abusos apurados e a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-los cessar.</p> <p>b) prazo dentro do qual devam ser iniciadas e concluídas as providências referidas na alínea anterior;</p> <p>c) multa estipulada.</p> <p>Art. 45. Os indiciados declararão, dentro de 10 (dez) dias, sua disposição ou não de realizar as providências ordenadas pelo CADE para que cessem, no prazo que lhes foi assinalado, o abuso do poder econômico apurado.</p> <p>§ 1º No caso de recusa, o CADE requererá imediata intervenção.</p> <p>§ 2º Declarando os indiciados que realizarão as providências ordenadas e findo o prazo a que se refere o artigo 43, o CADE procederá a investigações para verificar a cessação ou não do abuso do poder econômico apurado.</p> <p>Art. 46. Apurada pelo CADE a cessação do abuso do poder econômico, os responsáveis assinarão um termo comprometendo-se a não reincidir, sob pena de nova multa, cujo limite é fixado no dôbro da incidência máxima prevista no art. 43.</p> <p>Parágrafo único. No caso dessa reincidência ser específica, além do agravamento da multa, dar-se-á de imediato a intervenção.</p> <p>Art. 47. Se os notificados não cumprirem as determinações do CADE, no prazo fixado, este promoverá a execução judicial da decisão, requerendo a intervenção de uma, algumas ou tôdas as emprêsas.</p> <p>Parágrafo único. Na execução da multa será adotado o rito processual das ações executivas por dividas fiscais.</p>
<p style="text-align: center;">Lei Delegada nº 4 26 de setembro de 1962</p> <p>Conforme as alterações de feitas pela Medida Provisória nº 60, de 26 de maio de 1989</p>	<p>Situação</p> <p>Revogada</p> <p>Natureza</p> <p>Administrativa</p> <p>Tipo</p> <p>Art. 11. Fica sujeito a multa, variável de 500 a 200.000 Bônus do Tesouro Nacional - BTN, sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei, aquele que: (...)</p> <p>q) promover ajuste ou acordo entre empresas ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de suas atividades, que possibilite atuação lesiva à economia nacional ou ao interesse geral dos consumidores; (...)</p> <p>v) combinar com industriais, atacadistas ou distribuidores do mesmo produto cotação arbitrária ou artificial de preços, ou reajustes acima das oscilações normais do mercado, fraudando as regras da livre concorrência em períodos ou em setores não sujeitos a controle oficial;</p> <p>x) monopolizar ou conspirar com outras pessoas para monopolizar qualquer atividade de comércio em prejuízo da competitividade, mesmo através da aquisição, direta ou indireta, de controle acionário de empresa concorrente.</p> <p>Sanção</p> <p>Multa, variável de 500 a 200.000 Bônus do Tesouro Nacional - BTN, sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei</p>
<p style="text-align: center;">Lei Delegada nº 4 26 de setembro de 1962</p> <p>Conforme as alterações feitas pelas Leis nº 7.784, de 28 de julho de 1989; nº 8.035, de 27 de abril de 1990, e nº 8.881, de 3 de junho de 1994</p>	<p>Situação</p> <p>Formalmente vigente. Inaplicada.</p> <p>Natureza</p> <p>Administrativa</p> <p>Tipo</p> <p>Art. 11 Fica sujeito à multa, variável de 500 a 200.000 Bônus do Tesouro Nacional - BTN, sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei, aquele que: (Redação dada pela Lei nº 7.784, de 1989)</p> <p>Art. 11. Fica sujeito à multa no valor de cinco mil até duzentas mil vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional - BTN, da data da infração, sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei, aquele que: (Redação dada pela Lei nº 8.035, de 1990)</p> <p>(continua)</p>

<p>Lei Delegada nº 4 26 de setembro de 1962</p> <p>Conforme as alterações feitas pelas Leis nº 7.784, de 28 de julho de 1989; nº 8.035, de 27 de abril de 1990, e nº 8.881, de 3 de junho de 1994</p>	<p>Sanção (continuação) Art. 11 Fica sujeito à multa de 150 a 200.000 Unidades Fiscais de Referência - UFIR, vigente na data da infração, sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei, aquele que: (Redação dada pela Lei nº 8.881, de 1994) (...) q) promover ajuste ou acordo entre empresas ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessados no objeto de suas atividades, que possibilite fraude à livre concorrência, atuação lesiva à economia nacional ou ao interesse geral dos consumidores; (...) u) monopolizar ou conspirar com outras pessoas para monopolizar qualquer atividade de comércio em prejuízo da competitividade, mesmo através da aquisição, direta ou indireta, de controle acionário de empresa concorrente.</p> <p>Sanção Multa, variável de 500 a 200.000 Bônus do Tesouro Nacional - BTN, sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei (Redação dada pela Lei nº 7.784, de 1989) Multa no valor de cinco mil até duzentas mil vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional - BTN, da data da infração, sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei (Redação dada pela Lei nº 8.035, de 1990) Multa de 150 a 200.000 Unidades Fiscais de Referência - UFIR, vigente na data da infração, sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei (Redação dada pela Lei nº 8.881, de 1994)</p>
<p>Lei nº 8.137 27 de dezembro de 1990</p> <p>Redação original</p>	<p>Situação Redação alterada (vide abaixo)</p> <p>Natureza Penal</p> <p>Tipo Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante: a) ajuste ou acordo de empresas; (...) II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.</p> <p>Sanção Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.</p>
<p>Lei nº 8.158 8 de janeiro de 1991</p>	<p>Situação Revogada</p> <p>Natureza Administrativa</p> <p>Tipo Art. 2º A Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE) atuará de forma a evitar que as seguintes distorções possam ocorrer no mercado: a) a fixação de preços dos bens e serviços abaixo dos respectivos custos de produção, bem como a fixação artificial das quantidades vendidas ou produzidas; (...) d) o controle regionalizado do mercado por empresas ou grupos de empresas; (...) Art. 3º Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados, tais como: I - impor preços de aquisição ou revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas e margens de lucro, bem assim estabelecer preços mediante a utilização de meios artificiosos; (...) III - dividir os mercados de produtos acabados ou semi-acabados, ou de serviços, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários; IV - fixar ou praticar, em conluio com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços; V - regular mercados mediante acordo visando a limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção e a distribuição de bens e serviços; (...) XVII - constituir ou participar de associação ou entidade de qualquer natureza cuja finalidade ou efeitos configurem quaisquer das práticas vedadas por esta lei; (...) XVIII - agir ou omitir-se, em conluio com concorrentes, mediante condutas paralelas cuja finalidade ou efeitos tipifiquem quaisquer das práticas indicadas nesta lei.(...) Art. 22. Na apuração e correção dos atos ou atividades previstos nesta lei, a autoridade levará em conta, primordialmente, os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, ainda que não se caracterize dolo ou culpa dos agentes causadores. Art. 23. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, mantidas as normas definidoras de ilícitos e sanções constantes da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, assim como em outros diplomas legais relativos a práticas de abuso de poder econômico.</p>

<p style="text-align: center;">Lei nº 8.158 8 de janeiro de 1991</p>	<p>Sanção</p> <p>Art. 7º Verificada a procedência da representação, a SNDE, em circunstanciado relatório final, que evidenciará os fundamentos de seu juízo, recomendará ao agente as medidas de correção cabíveis, com fixação de prazo para o seu atendimento, e encaminhará o processo ao Cade para as medidas de sua competência, as quais serão adotadas no prazo de cento e vinte dias, prorrogáveis por mais noventa dias.</p> <p>§ 1º Desatendida a recomendação, a SNDE providenciará, conforme o caso, cumulativa ou alternadamente:</p> <p>a) a declaração de inidoneidade do agente para fins de habilitação em licitação ou contratação, promovendo a publicação do ato no órgão oficial;</p> <p>b) a inscrição do agente no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;</p> <p>(continua)</p> <p>c) a recomendação de que não seja concedido ao agente parcelamento de tributos federais por ele devidos; e</p> <p>d) solicitará ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) que delibere, liminarmente, sobre a prática ilícita e determine sua imediata cessação, se for o caso, até final julgamento do processo.</p> <p>§ 2º As providências tomadas pela SNDE, nos termos deste artigo, permanecerão em vigor até o completo atendimento, pelo agente, do inteiro teor da recomendação, observado o disposto no § 3º.</p> <p>§ 3º Verificando a SNDE o completo atendimento, pelo agente, das recomendações, e desde que não se trate de reincidência, serão canceladas as sanções adotadas nos termos das alíneas a, b e c do § 1º, e feita a devida comunicação ao Cade, que deliberará sobre a suspensão ou não dos procedimentos porventura iniciados.</p> <p>§ 4º Em caso de reincidência, as sanções aplicadas pela SNDE permanecerão em vigor por um período não inferior a doze meses nem superior a trinta e seis meses, contados da data do reconhecimento, pelo órgão, da cessação das práticas daquelas sanções. (...)</p> <p>Art. 15. Por infração a esta lei ou à Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, o Cade poderá recomendar a desapropriação de empresas, de suas ações ou quotas, as quais deverão ser, no mais breve tempo possível, objeto de alienação mediante licitação ou em bolsas de valores.</p>
<p style="text-align: center;">Lei nº 8.666 21 de junho de 1993</p>	<p>Situação</p> <p>Vigente</p> <p>Natureza</p> <p>Penal</p> <p>Tipo</p> <p>Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:</p> <p>Sanção</p> <p>Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.</p>
<p style="text-align: center;">Lei nº 8.884 11 de junho de 1994</p>	<p>Situação</p> <p>Revogada</p> <p>Natureza</p> <p>Administrativa</p> <p>Tipo</p> <p>Art. 20. 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:</p> <p>I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;</p> <p>II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;</p> <p>III - aumentar arbitrariamente os lucros;</p> <p>IV - exercer de forma abusiva posição dominante. (...)</p> <p>(continua)</p>

<p style="text-align: center;">Lei nº 8.884 11 de junho de 1994</p>	<p>Tipo (continuação)</p> <p>Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;</p> <p>I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;</p> <p>II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;</p> <p>III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários; (...)</p> <p>VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa; (...)</p> <p>X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;</p> <p>Sanção</p> <p>Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:</p> <p>I - no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;</p> <p>II - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador.</p> <p>III - No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente. (Incluído pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)</p> <p>Parágrafo único. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.</p> <p>Art. 24. Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:</p> <p>I - a publicação, em meia página e às expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas;</p> <p>II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos;</p> <p>III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;</p> <p>IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:</p> <p>a) seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator;</p> <p>b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;</p> <p>V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.</p> <p>(continua)</p> <p>Art. 25. Pela continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica, após decisão do Plenário do CADE determinando sua cessação, ou pelo descumprimento de medida preventiva ou compromisso de cessação previstos nesta lei, o responsável fica sujeito a multa diária de valor não inferior a 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente, podendo ser aumentada em até vinte vezes se assim o recomendar sua situação econômica e a gravidade da infração. Art. 25. Pela continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica, após decisão do Plenário do CADE determinando sua cessação, ou pelo descumprimento de medida preventiva ou compromisso de cessação previstos nesta lei, o responsável fica sujeito a multa diária de valor não inferior a 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente, podendo ser aumentada em até vinte vezes se assim o recomendar sua situação econômica e a gravidade da infração.</p>
	<p style="text-align: center;">Lei nº 12.529 30 de novembro de 2011</p>

<p style="text-align: center;">Lei nº 12.529 30 de novembro de 2011</p>	<p>Tipo</p> <p>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:</p> <p>I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;</p> <p>II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;</p> <p>III - aumentar arbitrariamente os lucros; e</p> <p>IV - exercer de forma abusiva posição dominante. (...)</p> <p>§ 3o As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:</p> <p>I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:</p> <p>a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;</p> <p>b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;</p> <p>c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;</p> <p>d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;</p> <p>II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; (...)</p> <p>VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;</p>
	<p>Sanção</p> <p>Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:</p> <p>I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;</p> <p>II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);</p> <p>III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo. (continua)</p> <p>§ 1o Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro</p> <p>§ 2o No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do caput deste artigo, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea.</p> <p>Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:</p> <p>I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;</p> <p>II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;</p> <p>III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;</p> <p>IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:</p> <p>a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;</p> <p>b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;</p>

<p style="text-align: center;">Lei nº 12.529 30 de novembro de 2011</p>	<p>Sanção (continuação)</p> <p>V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;</p> <p>VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e</p> <p>VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica. Art. 39. Pela continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica, após decisão do Tribunal determinando sua cessação, bem como pelo não cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer impostas, ou pelo descumprimento de medida preventiva ou termo de compromisso de cessação previstos nesta Lei, o responsável fica sujeito a multa diária fixada em valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), podendo ser aumentada em até 50 (cinquenta) vezes, se assim recomendar a situação econômica do infrator e a gravidade da infração.</p>
<p style="text-align: center;">Lei nº 8.137 27 de dezembro de 1990</p> <p>Conforme alterações feitas pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011</p>	<p>Situação</p> <p>Vigente</p> <p>Natureza</p> <p>Penal</p> <p>Tipo</p> <p>Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:</p> <p>I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;</p> <p>II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:</p> <p>a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;</p> <p>b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;</p> <p>c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.</p> <p>Sanção</p> <p>Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.</p>

Quadro 2 – Evolução do controle preventivo dos cartéis no Brasil (autorizativo)

<p>Decreto-Lei n° 869 18 de novembro de 1938</p>	<p>Situação Revogado</p> <p>Natureza Penal</p> <p>Controle preventivo Não havia</p>
<p>Decreto-Lei n° 7.666 22 de junho de 1945</p>	<p>Situação Revogado</p> <p>Natureza Administrativa</p> <p>Controle preventivo</p> <p>Art. 11. Não terão validade, senão depois de aprovados e registrados pela C.A.D.E. os atos, ajustes, acôrdos ou convenções entre emprêsas comerciais, industriais ou agrícolas, de qualquer natureza ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais emprêsas ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham efeito :</p> <p>a) equilibrar a produção com o consumo;</p> <p>b) regular o mercado;</p> <p>c) estabilizar preços;</p> <p>d) padronizar ou racionalizar a produção;</p> <p>e) estabelecer uma exclusividade de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas.</p> <p>§ 1º Os atos da categoria referida neste artigo, já vigente na data dada publicação dêste decreto-lei, deverão ser submetidos à aprovação da C.A.D.E. dentro do prazo de trinta dias.</p> <p>§ 2º Os atos a que se refere o parágrafo anterior que não forem aprovados pela C.A.D.E. ou não lhe forem apresentados no prazo regulamentar, tornar-se-ão nulos e de nenhum efeito.</p> <p>Art. 12. Independerão da aprovação de que cuidam as letras a, b e c do artigo anterior, os atos das autarquias federais incumbidas da direção, organização e defesa de determinados setores econômicos.</p> <p>Art. 13. A C.A.D.E. poderá, reservada a competência que lhe é privativa, delegar às autarquias referidas no artigo anterior, a fiscalização ou execução do presente decreto-lei.</p> <p>Art. 14. Nos setores econômicos a que se refere o art. 15. 50% das cotas de aumento de produção que venham a ser eventualmente concedidas, deverão ser reservadas para novos produtores mediante concorrência pública.</p> <p>Parágrafo único. Os proprietários, sócios ou acionistas de emprêsas do mesmo gênero, já existentes, não poderão ser beneficiados com as novas cotas de aumento, senão no caso em que se não apresentem candidatos capazes à primeira</p> <p>Art. 15. As autoridades federais, estaduais ou municipais são obrigadas a prestar, sob pena de responsabilidade, tôda a assistência e colaboração que lhes fôr solicitada pela C.A.D.E.</p> <p>Parágrafo único. Os funcionários públicos federais, estaduais, municipais ou de autarquias que dificultarem, retardarem ou embaraçarem a ação da C.A.D.E. ou de seus funcionários, ficarão sujeitos à penalidade de demissão a bem do serviço público, iniciando-se o processo administrativo competente mediante representação do Diretor Geral da C.A.D.E.</p>

<p style="text-align: center;">Lei nº 1.521 26 de dezembro de 1951</p>	<p>Situação Revogada tacitamente pela Lei nº 8.137/1990. Há entendimento em sentido contrário.</p> <p>Natureza Penal</p> <p>Dispositivo Não havia</p>
<p style="text-align: center;">Lei nº 4.137 10 de setembro de 1962</p> <p>(antes das alterações feitas pela Lei nº 8.137, 27 de dezembro de 1990)</p>	<p>Situação Revogada</p> <p>Natureza Administrativa</p> <p>Dispositivo Art. 74. Não terão validade, senão depois de aprovados e registrados pelo CADE os atos, ajustes, acordos ou convenções entre as empresas, de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios que tenham por efeito: a) equilibrar a produção com o consumo; b) regular o mercado; c) padronizar a produção; d) estabilizar os preços; e) especializar a produção ou distribuição; f) estabelecer uma restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas. § 1º Os atos de categoria referidos neste artigo já vigentes na data da publicação desta lei, deverão ser submetidos à aprovação do CADE dentro do prazo de 120 (cento e vinte) dias; § 2º Os atos a que se refere o parágrafo anterior que não forem apresentados ao CADE, no prazo regulamentar, tornarão os seus responsáveis passíveis de multa que variará entre 5 (cinco) a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo, sem prejuízo do cumprimento dessa exigência legal, sob pena, de intervenção. § 3º Em qualquer caso será de 60 (sessenta) dias o prazo para o pronunciamento do CADE. Findo este prazo, entende-se o ato como válido até que o CADE sobre ele se pronuncie.</p>
<p style="text-align: center;">Lei Delegada nº 4 26 de setembro de 1962</p> <p>Conforme as alterações de feitas pela Medida Provisória nº 60, de 26 de maio de 1989, e pelas Lei nº 7.784, de 28 de julho de 1989, nº 8.035, de 27 de abril de 1990, e nº 8.881, de 3 de junho 1994.</p>	<p>Situação Formalmente vigente. Inaplicada.</p> <p>Natureza Administrativa</p> <p>Dispositivo Não há</p>

<p style="text-align: center;">Lei nº 8.137 27 de dezembro de 1990</p>	<p>Situação</p>
	<p>Vigente</p>
	<p>Natureza</p>
	<p>Penal</p>
<p style="text-align: center;">Lei nº 8.158 8 de janeiro de 1991</p>	<p>Dispositivo</p>
	<p>Não há</p>
	<p>Situação</p>
	<p>Revogada</p>
	<p>Natureza</p>
	<p>Administrativa</p>
	<p>Dispositivo</p>
	<p>Art. 13. O art. 74 da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 74. Os ajustes, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas, somente serão considerados válidos desde que, dentro do prazo de trinta dias após sua realização, sejam apresentados para exame e anuência da SNDE, que para sua aprovação deverá considerar o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:</p> <p>a) tenham por objetivo aumentar a produção ou melhorar a distribuição de bens ou o fornecimento de serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico ou incrementar as exportações;</p> <p>b) os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, do outro;</p> <p>c) não sejam ultrapassados os limites estritamente necessários para que se atinjam os objetivos visados;</p> <p>d) não implique a eliminação da concorrência de uma parte substancial do mercado de bens ou serviços pertinentes.</p> <p>§ 1º Também poderão ser considerados válidos os atos de que trata este artigo, ainda que não atendidas todas as condições previstas no "caput", quando a restrição neles contida for necessário por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que a restrição tenha duração pré-fixada e, ao mesmo tempo, se comprove que, sem a sua prática, poderia ocorrer prejuízo ao consumidor ou usuário final.</p> <p>§ 2º Incluem-se nos atos de que trata o "caput", aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer outra forma de agrupamento societário ou concentração econômica, cuja consequência implique a participação da empresa ou grupo de empresas resultante, em vinte por cento de um mercado relevante de bens ou serviços.</p> <p>§ 3º A validade dos atos de que trata este artigo, desde que aprovados pela SNDE, retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo órgão no prazo de sessenta dias após sua apresentação, serão automaticamente considerados válidos, perfeitos e acabados, salvo se, comprovadamente, seus participantes deixarem de apresentar eventuais esclarecimentos solicitados ou documentos necessários ao exame dentro dos prazos marcados pela SNDE, hipótese em que o prazo de exame ficará prorrogado na proporção do atraso na apresentação dos elementos solicitados.</p> <p>§ 4º Se os ajustes, acordos ou convenções de que trata este artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou se deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, a SNDE, na eventualidade de concluir pela sua não aprovação, deverá determinar as providências cabíveis às partes no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência pelo qual sejam eliminados os efeitos nocivos à concorrência que deles possam advir.</p> <p>§ 5º Poderão as partes que pretenderem praticar atos de que trata este artigo, previamente à sua realização, consultar a SNDE sobre a validade dos atos a serem celebrados, devendo a consulta respectiva ser apreciada no prazo de sessenta dias, considerando-se a falta de resposta nesse prazo como concordância com a realização do ato, ressalvada a ocorrência de fato previsto na parte final do § 3º acima.</p> <p>§ 6º Sem prejuízo das demais combinações legais, inclusive aquelas constantes do art. 11 da Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 7.784, de 28 de junho de 1989, se for o caso, a não apresentação dos atos previstos neste artigo para registro e aprovação implicará a abertura de processo na SNDE, para as providências de sua competência."</p>

<p style="text-align: center;">Lei nº 8.666 21 de junho de 1993</p>	Situação
	Vigente
	Natureza
	Penal
	Dispositivo
	Não há
<p style="text-align: center;">Lei nº 8.884 11 de junho de 1994</p>	Situação
	Revogada
	Natureza
	Administrativa
	Tipo
	<p>Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.</p> <p>§ 1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:</p> <p>I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:</p> <p>a) aumentar a produtividade;</p> <p>b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou</p> <p>c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;</p> <p>II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;</p> <p>III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;</p> <p>IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.</p> <p>§ 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.</p> <p>§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em trinta por cento ou mais de mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a 100.000.000 (cem milhões) de Ufir, ou unidade de valor superveniente.</p> <p>§ 3o Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). (Redação dada pela Medida Provisória nº 1.950-70, de 2000)</p> <p>§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em trinta por cento ou mais de mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a 100.000.000 (cem milhões) de Ufir, ou unidade de valor superveniente.</p> <p>§ 3o Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). (Vide Medida Provisória nº 2.055-4, de 2000) (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)</p> <p>(continua)</p>

<p style="text-align: center;">Lei nº 8.884 11 de junho de 1994</p>	<p>Tipo (continuação)</p> <p>§ 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SPE.</p> <p>§ 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à Seae. (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95)</p> <p>§ 5º A inobservância dos prazos de apresentação previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) Ufir nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de Ufir a ser aplicada pelo CADE, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32.</p> <p>§ 6º Após receber o parecer técnico da SPE, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do CADE, que deliberará no prazo de trinta dias.</p>
<p style="text-align: center;">Lei nº 12.529 30 de novembro de 2011</p>	<p>Situação</p> <p>Vigente</p> <p>Natureza</p> <p>Administrativa</p> <p>Dispositivo</p> <p>Não há</p>

**ANEXO B – LEVANTAMENTO DE PROCESSOS
ADMINISTRATIVOS E REQUERIMENTOS DE TCC EM CASOS
DE CARTEL INTERNACIONAL**

**Quadro 4 – Multas cominadas em processos administrativos de cartel
internacional até dezembro de 2016**

PROCESSO ADMINISTRATIVO	REPRESENTADA	VALOR DA MULTA COMINADA NO VOTO	ANO DA CONDENAÇÃO
08012.011027/2006-02	Varig Logistica AS	182.199.045	2013
08012.011027/2006-02	Absa Aerolinhas Brasileiras S.A.	40.406.222	2013
08012.011027/2006-02	Alitalia Linee Aeree Italiane Societa per Azioni	2.103.966	2013
08012.011027/2006-02	Marcelo Del Padre	92.012	2013
08012.011027/2006-02	Norberto Maria Jochmann	808.124	2013
08012.011027/2006-02	Hernan Arturo Merino Figueroa	404.062	2013
08012.011027/2006-02	Javier Felipe Meyer de Pablo	404.062	2013
08012.011027/2006-02	Dener José de Souza	52.578	2013
08012.004702/2004-77	Peróxidos do Brasil Ltda.	133.644.181	2012
08012.004702/2004-77	Nicolas Makay Junior	4.454.801	2012
08012.004702/2004-77	Paulo Francisco Trévia Schirch	4.454.801	2012
08012.004702/2004-77	Carlos Alberto Tieghi	2.128.200	2012
08012.004702/2004-77	Sérgio Afonso Zini	2.128.200	2012
08012.004702/2004-77	Luiz Leonardo da Silva Filho	2.128.200	2012
08012.004702/2004-77	Roberto Nascimento da Silva	532.050	2012
08012.004702/2004-77	Gibran João Tarantino	532.050	2012
08012.010932/2007-18	Flexomarine S.A.	9.611.900	2015
08012.010932/2007-18	Flexomarine Empreendimentos e Participações Ltda	1.456.208	2015
08012.010932/2007-18	Pagé Indústria de Artefatos de Barracha Ltda.	1.317.410	2015
08012.010932/2007-18	Maria Lúcia Peixoto Ferreira Leite Ribeiro de Lima	145.621	2015
08012.004599/1999-18	F. Hoffman- La Roche Ltd.	12.112.558	2007
08012.004599/1999-18	Basf Aktiengesellschaft	4.726.362	2007
08012.004599/1999-18	Aventis Animal Nutrition	847.125	2007
08012.001127/2010-07	Peter Whittle	1.064.100	2016
08012.001127/2010-07	Romano Pisciotti	766.152	2016
08012.001127/2010-07	Jacques Cognard	425.640	2016
08012.001127/2010-07	Christian Caleca	595.896	2016
08012.001127/2010-07	Misao Hioki	164.936	2016
08012.001127/2010-07	Franco Guasti	212.820	2016
08012.001127/2010-07	Charles Gillespie	212.820	2016
08012.001029/2007-66	Solvay S.A	17.428.573	2016
08012.005930/2009-79	Tamotsu Kitagawa	106.410	2016
08012.005930/2009-79	Hutajima (ou Futajima)	106.410	2016
08012.005930/2009-79	Takuo Horiuch	106.410	2016

PROCESSO ADMINISTRATIVO	REPRESENTADA	VALOR DA MULTA COMINADA NO VOTO	ANO DA CONDENAÇÃO
08012.005930/2009-79	Atushi Shimomura	292.628	2016
08012.005930/2009-79	Nippon Electric Glass Co. Ltd.	5.852.550	2016
08012.005930/2009-79	Schott AG	4.389.413	2016
08012.005255/2010-11	Elpida Memory	1.596.150	2016
08012.005255/2010-11	Mitsubishi Electric Corp	1.596.150	2016
08012.005255/2010-11	Nanya Technology Corporation	1.537.014	2016
08012.005255/2010-11	NEC Corporation	532.050	2016
08012.005255/2010-11	Toshiba Corporation	1.596.150	2016
08012.005255/2010-11	Akihiko Furusawa	106.410	2016
08012.005255/2010-11	Dimitrios James Sogas	131.944	2016
08012.000820/2009-11	ACC	4.788.450	2014
08012.000820/2009-11	Danfoss	4.788.450	2014
08012.000820/2009-11	Panasonic	4.788.450	2014
08012.000820/2009-11	Ingo Erhardt	3.277.800	2014
08012.000820/2009-11	José Roberto Leimontas	1.638.900	2014
08012.000820/2009-11	Miguel Estevão de Avellar	2.085.726	2014

Quadro 4- Requerimentos de TCC e contribuições pagas em casos de casos de cartel internacional até dezembro de 2016

PROCESSO ADMINISTRATIVO	REQUERIMENTO DE TCC	COMPROMISSÁRIO	PF/PJ	ANO DE HOMOLOGAÇÃO DO TCC	CONTRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA (EM REAIS)
08012.010932/2007-18	08700.001882/2008-19	Bridgestone	PJ	2008	1.594.000
08012.010932/2007-18	08700.005321/2008-81	Manuli Hidráulica do Brasil Ltda.	PJ	2009	2.100.000
08012.010932/2007-18	08700.002312/2009-19	Trelleborg	PJ	2009	4.400.000
08012.000820/2009-11	08700.001369/2009-09	Whirlpool S.A., Brasmotor S.A., Whirlpool S.A. - Unidade de Negócios Embraco	PJ	2009	100.000.000
08012.000820/2009-11	08700.001369/2009-09	Ernesto Heinzelmann, Laércio Hardt, Gilberto Heinzelmann, Dário Gert Isieb, Dailson Farias, Michael Inhetvin, Nelson Effting e Paulo Frederico Meira de Oliveira Periquito.	PF	2009	3.068.108
08012.000820/2009-11	08700.003622/2009-51	Mauro de Carvalho Mendonça	PF	2010	11.000
08012.000820/2009-11	08700.003621/2009-14	Walter Sebastião Desiderá	PF	2010	15.000
08012.000820/2009-11	08700.003321/2009-27	José Aluizio Malagutti	PF	2010	15.000
08012.000820/2009-11	08700.002248/2009-76	Gerson Veríssimo	PF	2010	1.100.000
08012.000820/2009-11	08700.003623/2009-03	Miguel Estevão Avellar		2010	
08012.010932/2007-18	08700.004174/2011-27	Dunlop	PJ	2011	16.752.565
08012.010932/2007-18	08700.006544/2012-41	Parker ITR S.R.L.	PJ	2012	5.101.487
08012.003970/2010-10	08700.004273/2011-17	Yasutoshi Watanabe	PF	2012	25.000
08012.003970/2010-10	08700.004272/2011-64	Takeo Osada	PF	2012	25.000
08012.000084/2010-34	08700.0010809/2012-1	Fernando Lazaro Fetter	PF	2013	50.000
08012.003970/2010-10	08700.002074/2013-28	ABB Ltd	PJ	2013	1.367.274
08012.003970/2010-10	08700.002074/2013-28	Hans-Ake Jönsson	PF	2013	50.000
08012.010338/2009-99	08700.011327/2013-54	LG Electronics, Inc. e LG Electronics do Brasil Ltda.	PJ	2013	8.556.067
08012.002414/2009-92	08700.011328/2013-07	LG Electronics, Inc. e LG Electronics do Brasil Ltda.	PJ	2013	8.556.067
08012.001127/2010-07	08700.001846/2012-23	David Brammar	PF	2013	50.000
08012.001127/2010-07	08700.001846/2012-23	Bryan Allison	PF	2013	50.000
08012.011027/2006-02	08700.010220/2012-16	KLM	PJ	2013	14.000.000

PROCESSO ADMINISTRATIVO	REQUERIMENTO DE TCC	COMPROMISSÁRIO	PF/PJ	ANO DE HOMOLOGAÇÃO DO TCC	CONTRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA (EM REAIS)
08012.001183/2009-08	08700.010662/2012-54	Expeditors	PJ	2013	
08012.001183/2009-08	08700.010809/2012-14	Fernando Fetter	PF	2013	50.000
08012.005255/2010-11	08700.001718/2011-07	Infineon Technologies AG	PJ	2014	452.791
08012.005255/2010-11	08700.001718/2011-07	Infineon Technologies AG	PJ	2014	90.558
08012.005255/2010-11	08700.001718/2011-07	Theodore Rudd Corwin, Heinrich Florian, Gunter Hefner e Peter Schaefer	PF	2014	160.000
08012.001183/2009-08	08700.010314/2013-68	Panalpina	PJ	2014	7.265.367
08012.001183/2009-08	08700.010314/2013-68	Marcelo Franceschetti	PF	2014	72.654
08012.001183/2009-08	08700.010314/2013-68	Robert Frei	PF	2014	72.654
08012.011980/2008-12	08700.003192/2013-53	Samsung	PJ	2014	8.960.880
08012.011980/2008-12	08700.007696/2013-42	LG Display	PJ	2014	33.870.000
08012.003970/2010-10	08700.003911/2013-36	Jogy Yamaguchi	PF	2014	65.000
08012.001127/2010-07	08700.002771/2014-60	Giovanni Scodeggio	PF	2014	51.015
08012.001183/2009-08	08700.011226/2013-83	Davi Lara	PF	2014	60.000
08012.001183/2009-08	08700.011226/2013-83	Ceva	PJ	2014	9.657.850,00
08700.007247/2014-85	08700.002147/2015-43	Hydro Aluminium Deutschland GmbH (sucessora legal da Vaw Aluminium AG)	PJ	2015	278.681
08012.005255/2010-11	08700.001469/2015-75	Micron Technology, Inc.	PJ	2015	2.218.122
08012.005255/2010-11	08700.003191/2013-09	Samsung Semiconductor, Inc e Samsung Electronics Co. Ltd.	PJ	2015	1.714.244
08700.005789/2014-13	08700.008910/2015-40	Cerâmicas e Velas de Ignição NGK do Brasil LTDA (NGK BRASIL)	PJ	2015	24.595.557
08700.005789/2014-13	08700.008910/2015-40	Paulo Abe	PF	2015	234.243
08700.005789/2014-13	08700.008910/2015-40	Takao Hamada	PF	2015	234.243
08700.005789/2014-13	08700.008910/2015-40	Shozo Fujita	PF	2015	234.243
08700.005789/2014-13	08700.008910/2015-40	Edson Isamu Yoshimura	PF	2015	50.000
08700.005789/2014-13	08700.008910/2015-40	Jerônimo Yoshitaka Suehiro	PF	2015	50.000
08700.005789/2014-13	08700.008910/2015-40	Norihiko Adachi	PF	2015	50.000
08700.005789/2014-13	08700.008910/2015-40	Mitsuaki Koyama	PF	2015	50.000
08700.005789/2014-13	08700.008910/2015-40	Kazunori Umemura	PF	2015	50.000
08700.005789/2014-13	08700.008910/2015-40	Akihiko Yamauchi	PF	2015	50.000
08700.005789/2014-13	08700.008910/2015-40	Gilberto Maeda	PF	2015	50.000
08012.005324/2012-59	08700.001413/2015-11	Schaeffler Brasil Ltda.	PJ	2015	60.651.224
08012.005324/2012-59	08700.001413/2015-11	Alexandre Alberto do Nascimento	PF	2015	50.000

PROCESSO ADMINISTRATIVO	REQUERIMENTO DE TCC	COMPROMISSÁRIO	PF/PJ	ANO DE HOMOLOGAÇÃO DO TCC	CONTRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA (EM REAIS)
08012.005324/2012-59	08700.001413/2015-11	Antônio Marcondes de Almeida	PF	2015	50.000
08012.005324/2012-59	08700.001413/2015-11	Fernando Veríssimo de Mello	PF	2015	50.000
08012.005324/2012-59	08700.001413/2015-11	Reginaldo Tabajara Marques	PF	2015	50.000
08012.005324/2012-59	08700.001413/2015-11	Rubens de Jesus Campos	PF	2015	50.000
08012.005324/2012-59	08700.001413/2015-11	Ricardo Reimer	PF	2015	606.512
08012.005324/2012-59	08700.001413/2015-11	Sérgio Pin	PF	2015	606.512
08700.010056/2014-09	08700.010997/2015-15	Hitachi Aic Inc	PJ	2015	85.346
08012.001183/2009-08	08700.008219/2015-66	Deutsche Bahn e Schenker	PJ	2015	9.556.997
08700.001094/2016-24	08700.001444/2015-71	Kawasaki Kisen Kaisha, Ltd.	PJ	2015	8.082.260
08012.001183/2009-08	08700.001455/201551	HellmannWorldwide Logistics GmbH., HellmannWorldwide Logistics do Brasil Ltda	PJ	2015	1.721.273
08012.001183/2009-08	08700.001455/201551	Joachim Kohl	PF	2015	86.064
08012.002414/2009-92	08700.002856/2014-48	Koninklijke Philips N.V. e outros	PJ	2015	24.000.000
08012.002414/2009-92	08700.002856/2014-48	Leo Mink, João Gordo, Roberto Ribeiro, José Jorge Duaik e Joel Garbi	PJ	2015	150.000
08012.010338/2009-99	08700.002857/2014-92	Koninklijke Philips N.V. e outros	PJ	2015	12.000.000
08012.010338/2009-99	08700.002857/2014-92	Leo Mink, João Gordo, Roberto Ribeiro, José Jorge Duaik e Joel Garbi	PJ	2015	150.000
08012.005324/2012-59	08700.001393/201588	JTEKT Corporation, Koyo Rolamentos do Brasil Ltda., JTEKT Automotiva Brasil Ltda., Tetsuo Kamo e Hiroshi Yamaguchi	PJ	2015	3.096.223
08700.009029/2015-66	08700.006523/201579	Yazaki Corporation, Yazaki do Brasil Ltda., Yazaki Autopartes do Brasil, Yazaki International Corporation do Brasil Comércio de Autopeças Ltda., e Yazaki Automotive Products do Brasil Sistemas Eletricos Ltda.	PJ	2015	54.116.721
08700.001094/2016-24	08700.001450/201529	Compañia Sud Americana de Vapores S.A.	PJ	2015	7.255.714
08700.001094/2016-24	08700.001451/201573	Nippon Yusen Kabushiki Kaisha	PJ	2015	13.003.089
08012.011980/2008-12	08700.001448/201550	AU Optronics, CORP.; H.B. Chen; Hui Hsiung, L.J. Chen; Steven Leung; Hubert Lee; Richard Bai; Evan Huang; Sylvania Hung; Irene Chang; Meng Yueh Wu; Morris Wong; Simon Hsieh; S.I. Jeong; Michael Wong; Dominic Chen; David KerTai (K.T.) Chu; Alex Wang; Anderson Liao; ChuGang Tsu; Eddy Chu; Gilbert Hua; Kai Hsiang Chang; Kevin Lin; Mandy Chen; Nero Hung; Shuren ("Steven") Wang; Tony Hsu; Tyler Hsiao; Vicent Cheng; Yian Joanne Chen	PJ	2015	16.676.031,12
08700.004633/2015-04	08700.006946/2015-99	Banco Barclays AS	PJ	2016	21.100.000
08700.004633/2015-04	08700.007789/2015-39	HSBC Bank PLC	PJ	2016	19.910.000
08700.004633/2015-04	08700.007418/2015-57	Citicorp	PJ	2016	80.000.000

PROCESSO ADMINISTRATIVO	REQUERIMENTO DE TCC	COMPROMISSÁRIO	PF/PJ	ANO DE HOMOLOGAÇÃO DO TCC	CONTRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA (EM REAIS)
08700.004633/2015-04	08700.007074/2015-86	JPMORGAN Chase & Co	PJ	2016	11.117.093
08700.004633/2015-04	08700.007064/2015-41	Deutsche Bank S. A. – Banco Alemão	PJ	2016	51.398.160
08012.001376/2006-16	08700.001808/2016-02	Japan AE Power Systems Corporation	PJ	2016	4.345.163
08012.001376/2006-16	08700.002026/2016-82	Alstom Grid Energia Ltda. e Alstom Grid SAS	PJ	2016	11.025.637
08012.005930/2009-79	08700.002125/2016-64	Asahi Glass Co. Ltd. e Hankuk Eletric Glass Co.	PJ	2016	5.982.143
08012.005930/2009-79	08700.002125/2016-64	Yuji Nishimi; Yoji Nishima; Toshiharu Ariyoshi; Hyun Soo Chang; Toshihisa Hayakawa	PF	2016	272.000
08012.005255/2010-11	08700.004176/2015-40	Hynix	PJ	2016	3.007.466
08012.005255/2010-11	08700.004176/2015-40	Chae Kyun Chung	PF	2016	120.299
08012.005255/2010-11	08700.004176/2015-40	Dae Soo Kim	PF	2016	120.299
08012.005255/2010-11	08700.004176/2015-40	Kun Chul Suh	PF	2016	75.000
08012.005255/2010-11	08700.004176/2015-40	Choon Yub Choi	PF	2016	75.000
08012.005255/2010-11	08700.003672/2016-67	Hitachi, Ltd.	PJ	2016	974.961
08700.009029/2015-66	08700.006523/2015-79	Bernhard Schroer	PF	2016	491.970
08700.009029/2015-66	08700.006523/2015-79	Jean Parpaleix	PF	2016	491.970
08700.009029/2015-66	08700.006523/2015-79	Tetsuro Suzuki	PF	2016	491.970
08700.003735/2015-02	08700.007742/2015-75	TRW Automotive Ltda.	PJ	2016	8.807.610
08700.003735/2015-02	08700.007742/2015-75	Wilson Roscha Filho	PF	2016	125.823
08700.010056/2014-09	08700.001449/2015-02	Rubycon Corporation	PJ	2016	489.589
08700.010056/2014-09	08700.009213/2015-14	NEC TOKIN Corporation	PJ	2016	421.081
08700.010056/2014-09	08700.009213/2015-14	Hideaki Sato	PF	2016	60.000
08700.010056/2014-09	08700.009213/2015-14	Tomohide Date	PF	2016	60.000
08700.010056/2014-09	08700.010997/2015-15	Hitachi AIC	PJ	2016	85.346
08700.000949/2015-19	08700.011024/2015-01	Schaeffler Friction Products GmbH.	PJ	2016	699.216
08012.001377/2006-52	08700.002108/2016-27	Alstom Brasil Energia e Transporte e Grid Solutions Transmissão de Energia Ltda.	PJ	2016	39.863.275
08012.001183/2009-08	08700.005552/2016-02	United Parcel Service Inc. (UPS) e UPS SCS Transportes Brasil S.A. (SCS Brasil)	PJ	2016	5.965.613
08700.005789/2014-13	08700.008910/2015-40	Paulo Abe	PF	2016	116.970
08700.005789/2014-13	08700.008910/2015-40	Edson Isamu Yoshimura	PF	2016	116.970
08700.005789/2014-13	08700.008910/2015-40	Jerônimo Yoshitaka Suehiro	PF	2016	116.970
08700.005789/2014-13	08700.008910/2015-40	Norihiko Adachi	PF	2016	116.970

PROCESSO ADMINISTRATIVO	REQUERIMENTO DE TCC	COMPROMISSÁRIO	PF/PJ	ANO DE HOMOLOGAÇÃO DO TCC	CONTRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA (EM REAIS)
08700.005789/2014-13	08700.008910/2015-40	Takao Hamada	PF	2016	116.970
08700.005789/2014-13	08700.008910/2015-40	Shozo Fujita	PF	2016	116.970
08700.005789/2014-13	08700.008910/2015-40	Mitsuaki Koyama	PF	2016	116.970
08700.005789/2014-13	08700.008910/2015-40	Akihiko Yamauchi	PF	2016	116.970
08700.005789/2014-13	08700.008910/2015-40	Gilberto Maeda	PF	2016	116.970
08700.005789/2014-13	08700.000843/2016-04	Grupo OW/WW (Wallenius Wilhelmsen Logistics AS - WWL e Eukor Car Carriers Inc.)	PJ	2016	28.627.814
08700.010318/2012-65	08700.001445/2015-16	Schaeffler Brasil Ltda., Luk GMBH & Co. KG e Schaeffler Technologies AG & CO KG	PJ	2016	37.135.286