

PREVENÇÃO, COMBATE AOS CARTÉIS E A ATUAÇÃO DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS ESTADUAIS¹

Thallyta Ranyelle De Fátima Borges²

Rabah Belaidi³

Unidade Acadêmica: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás

E-mails: thallyta.ranyelle@hotmail.com; rbelaidi@gmail.com

PALAVRAS-CHAVE: Concorrência; Cartéis; Programa de Leniência; Ministérios Públicos Estaduais.

1. INTRODUÇÃO

Tradicionalmente tido como a infração mais grave à ordem econômica e à livre concorrência, os acordos ilícitos entre empresas, cartéis, são reprimidos em diversos sistemas jurídicos. No Brasil, eles são alvo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que concentra seus esforços no combate a este tipo de conduta anticompetitiva, considerando-a como prioridade absoluta.

À luz dos ensinamentos do Direito Econômico e da Concorrência, cabe aos órgãos do SBDC promover a defesa da livre concorrência, através de atividades repressivas (por meio da punição aos que praticam ilícitos econômicos), preventivas (a partir da análise de atos de concentração) e, inclusive, educativas (por meio da difusão da defesa da concorrência). No que se refere especificamente ao papel repressivo exercido pelo SBDC, tem-se que compete ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as sanções pertinentes⁴.

Sob o aspecto repressivo, a Lei nº. 8.884/94 (Lei de Defesa da Concorrência) prevê em seu artigo 20 que, independentemente de culpa, constituem infração à ordem econômica os atos que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, nos termos do referido artigo:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

¹ Revisado pelo orientador.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Goiás e pesquisadora (PIVIC) vinculada ao CNPq, orientanda do docente Rabah Belaidi.

³ Graduado em Direito, com especialização em Direito Privado, pela Faculdade de Direito da Universidade Jean Monnet de Saint-Etienne. Mestrado em Direito Privado pela Universidade de Paris II (Pantheon-Assas), e doutor em Direito Privado pela mesma Universidade. Desenvolve, como orientador, Projeto de Pesquisa intitulado “Concorrência: entre ajustamentos, reformas e desafios”.

⁴ Lei 8.884 de 12 de novembro de 1994, Art. 7º. “Compete ao Plenário do CADE: (...) II – decidir sobre a existência de infração contra a ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei.”

- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante” (Lei nº. 8.884/94, de 11 de junho de 1994).

Dessa forma, os cartéis, objeto de análise da presente pesquisa, consubstanciam-se em práticas restritivas horizontais, que, conforme o anexo I da Resolução nº. 20 do CADE, consistem “*na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência do mercado*”, objetivando aumentar o poder de mercado ou criar condições aptas a exercê-lo com facilidade.

Pode-se, portanto, conceituar cartel como sendo um acordo anticoncorrencial, explícito ou tácito, entre concorrentes do mesmo mercado, visando a fixar preços comuns, estabelecer restrições de produção ou cotas, ou partir ou dividir mercados, com a divisão do território, controlar a oferta, fraudar licitações, dentre outros. Envolvem parte substancial do mercado relevante, na busca incessante pelo aumento do lucro e dos preços para níveis mais próximos dos de monopólio.

A resolução supracitada apresenta também alguns fatores estruturais que podem favorecer a formação de cartéis, tais quais o “*alto grau de concentração do mercado, existência de barreiras à entrada de novos competidores, homogeneidade de produtos e de custos, e condições estáveis de custos e de demanda*” (Resolução nº. 20 do CADE).

A necessidade de combate aos cartéis é evidente. A incompatibilidade dessa conduta anticoncorrencial com a tendência mundial de defesa da livre concorrência e do consumidor, princípios previstos em nossa Constituição, em seu artigo 170, se justifica por razões econômicas e consumeristas. Certamente, os acordos proibidos entre empresas prejudicam os consumidores, que terão que arcar com um preço não concorrencial.

A *priori*, destacamos que a existência de um cartel provoca uma transferência indevida de renda do consumidor para o fornecedor. A redução da oferta de bens e serviços e a redução da pressão concorrencial geram a exclusão de parcela da população do mercado de consumo; de forma que a ineficiência alocativa⁵ resulta em diminuição das ofertas de emprego e, conseqüentemente, da renda, reduzindo, da mesma forma, o crescimento econômico. Ademais, eles desestimulam os investimentos em pesquisas e inovações tecnológicas, reduzindo a melhoria na qualidade dos produtos ofertados e serviços prestados.

Em apartada síntese, podemos dizer que os efeitos dos cartéis são bem conhecidos e, em longo prazo, são nocivos por desencadearem a existência de entidades industriais não

⁵ A eficiência alocativa é entendida como a alocação de recursos de forma que sejam distribuídos ou alocados da melhor forma possível, ou seja, os diferentes recursos ou insumos (pessoal, materiais, equipamento e tecnologia) devem ser combinados (balanceados) de maneira a maximizar o resultado ou produto pretendido e evitar gargalos e desperdícios, conforme disponível em: http://www.saude.sc.gov.br/gestores/sala_de_leitura/saude_e_cidadania/ed_10/10.html. Acesso em 11/10/2010.

rentáveis, com a diminuição dos ganhos de produtividade e dos investimentos tecnológicos. A imposição de preços duramente mais elevados lesiona não só o consumidor, mas todo o mercado, além de suscitar uma perda de competitividade, que termina por ameaçar as possibilidades de empregos estáveis.

Nessa senda, a pesquisa por nós realizada objetivou, basicamente, procurar entender o que é cartel; a forma pela qual tem-se combatido e prevenido a formação de cartéis; bem como os reflexos desse tipo de conduta no âmbito concorrencial; dando ainda certa ênfase à investigação da atuação dos Ministérios Públicos Estaduais (MPEs) no tocante aos cartéis.

Apesar dos percalços enfrentados, especialmente pela dificuldade de obter respostas por partes dos MPEs, já que muitos não responderam aos questionamentos feitos ou não responderam de forma satisfatória, e tampouco os sites institucionais foram capazes de sanar os questionamentos, esperamos ter contribuído para o esclarecimento dos cartéis, sua formação, como e por que razão se quer prevenir e se quer combater esta conduta, além de fazer apontamentos para a discussão sobre a atuação dos MPEs neste tema.

2. OBJETIVOS

A pesquisa desenvolvida buscou entender esta conduta anticompetitiva conhecida como cartel, investigando as razões que levam a entender pela prejudicialidade dessa conduta; as formas como se busca preveni-la ou combatê-la; as dificuldades enfrentadas para promover uma condenação pela prática de cartel; e ainda, de que maneira podem os MPEs auxiliarem nesta luta contra a mais grave lesão à concorrência, o cartel, procedendo a uma listagem dos MPEs que adotaram dispositivos específicos de combate aos cartéis, analisando tais dispositivos e verificando também se eles estabelecem parcerias com outros órgãos.

3. METODOLOGIA

O método de abordagem utilizado para o desenvolvimento da pesquisa foi, fundamentalmente, o método dialético, com a utilização subsidiária dos métodos fenomenológico e hipotético-dedutivo, por meio da realização de análises sobre o atual sistema de prevenção e combate a cartéis.

Para uma maior compreensão da realidade econômica, social e política que envolve a complexidade da prática de cartel, propusemos, no plano teórico, a leitura e análise dos referenciais teóricos e documentos relacionados com a temática. Fez-se o levantamento de documentos essenciais à análise; leitura e fichamento da bibliografia de apoio; análise do

material fichado e elaboração deste relatório final da pesquisa. Ademais, por meio da tentativa de contato com os Ministérios Públicos Estaduais do Brasil, intentou-se compreender a atuação desses órgãos.

4. RESULTADOS E DISCUSSÃO

4.1 ANÁLISE HISTÓRICA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

No Brasil, o desenvolvimento industrial foi fortemente marcado pela intervenção governamental, que tinha por objetivo desenvolver, incentivar e reforçar os empreendimentos privados, agindo também diretamente através da criação de empresas públicas de grande porte. Daí resulta a conclusão de que “[...] o antitruste não nasce, no Brasil, como elo lógico de ligação entre o liberalismo econômico e (manutenção da) liberdade de concorrência. Nasce como repressão ao abuso do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, do consumidor”⁶.

As primeiras normas legais que trataram da concorrência tiveram a defesa da economia popular como elemento motivador. A discussão sobre a necessidade de criação de diplomas legais foi ganhando força, principalmente na década de 30, em razão do avanço do processo de industrialização.

O Decreto-lei n. 869/1938 foi o primeiro diploma legal brasileiro destinado a reprimir práticas atentatórias à livre concorrência. Só que, na prática, ele pouco fez para a defesa da concorrência. Em 1945, foi promulgado o Decreto-lei n. 7.666 (Lei Malaia), de iniciativa do então Ministro da Justiça, Agamenon Magalhães. Tal Decreto preceituava os atos contrários à ordem moral e econômica, tendo criado a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), órgão autônomo, com personalidade jurídica própria e subordinado diretamente ao Presidente da República. Entretanto, com a queda de Getúlio Vargas, o referido Decreto foi revogado, sem nem ter sido aplicado na prática.

A Constituição de 1946 sofreu influência do Decreto n. 7.666, de forma que dispôs em seu artigo 148 que “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”⁷. Assim, em 1948, Agamenon Magalhães, pioneiro do antitruste no Brasil, encaminhou o Projeto de Lei nº 122, para regulamentar o artigo a que nos referimos.

⁶ FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 114.

⁷ Cf. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm. Acesso em 19/11/2010.

Em 1962, foi publicada a Lei nº 4.137, que decorreu da tramitação do Projeto de Lei nº 122. O art. 8º desta Lei criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com a finalidade de apurar e reprimir os abusos do poder econômico. Após o período da ditadura militar, aos 23 de janeiro de 1986, o Decreto nº 93.323 aprovou o novo Regulamento⁸ para a Lei nº 4.137/62.

No governo Collor, a estrutura a que o Brasil estava habituado, de Estado interventor e de economia até então fechada, não permitia que se pensasse em concorrência, embora tenham existido tentativas de fazê-la vingar, como se observa da criação, em 1990, da Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), por meio do Decreto nº 99.244; da publicação, em 1990, da Lei nº 8.137, pela qual os atos contrários à ordem econômica são configurados como crimes; e, em 1991, da Lei nº 8.158/91, com a finalidade de instruir normas para a defesa da concorrência.

Nos anos seguintes, a defesa da concorrência se inseria num contexto confuso, no qual ganhou destaque o Projeto de Lei nº 3.712-E, de 1993, que propunha a transformação do CADE em autarquia e ainda dispunha sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Com fundamento na Constituição Federal de 1988, é promulgada, portanto, a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

O que se observa é que, ao longo da história, o Estado brasileiro passa por um importante processo: de interventor, atuando diretamente na economia, inclusive como empresário e fixador de preços, para regulador e garantidor da concorrência em benefício do consumidor. Dessa forma, o Estado busca garantir melhores condições de vida aos desfavorecidos, corrigindo também o funcionamento cego das forças de mercado⁹.

É interessante notar que, a partir da Constituição de 1934, todas as Constituições seguintes dedicaram um de seus capítulos à ordem econômica. Na Constituição atual, a disciplina da ordem econômica e financeira está prevista no Título VII (arts. 170 a 192), sendo dividida em quatro capítulos: princípios gerais da atividade econômica (arts. 170 a 181); política urbana (arts. 182 e 183); política agrícola e fundiária e reforma agrária (arts. 184 a 191); e sistema financeiro nacional (art. 192).

As normas acima referidas formam um sistema geral da ordem econômica e dentro de suas disciplinas algumas indicam formas de atuação e intervenção do Estado no domínio econômico. O Estado atua, pois, de duas formas na ordem econômica. Numa

⁸ O primeiro Regulamento da Lei n.º 4.137/62 foi editado pelo Decreto n.º 52.025/63, no governo de João Goulart.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 986-987.

primeira, ele é o agente regulador do sistema econômico, criando normas, estabelecendo restrições e fazendo um diagnóstico social das condições econômicas. Numa outra forma situação, o Estado executa atividades econômicas que, em princípio, estão destinadas à iniciativa privada. Aqui temos um Estado Executor.

Afora isso, a Lei atual e a prática do antitruste no Brasil, em geral, não deixam a desejar em relação a outras jurisdições internacionais; no entanto, é fundamental possibilitar a continuidade da evolução institucional que se tem verificado desde a Lei n. 8.884/94. No plano infra-legal, muito se tem feito, mas a necessidade de alterações legais mais contundentes se torna cada vez mais evidente.

4.2 BREVE RETOMADA DO CONCEITO DE CARTEL E SEUS EFEITOS ANTICONCORRENCIAIS

Conforme dissemos no item "Introdução" deste relatório, o cartel pode ser entendido como acordo, explícito ou tácito, entre concorrentes do mesmo mercado, objetivando fixar preços comuns, dividir quotas de produção e distribuição, dividir o território, fraudar licitações, dentre outros.

Atualmente, o cartel é considerado a mais grave lesão à concorrência por fatores consumeristas e econômicos. Eles restringem a oferta e aumentam os preços, tornando os bens e serviços mais caros ou indisponíveis, com prejuízo sério aos consumidores.

O cartel tem o poder de limitar artificialmente a concorrência, prejudicando também a inovação, justamente por impedir que outros concorrentes aprimorem seus processos produtivos e lancem novos produtos no mercado. Disso resulta outro claro prejuízo ao consumidor: perda de seu bem-estar e, a longo prazo, perda da competitividade da economia como um todo. Para se ter uma ideia, segundo dados da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), citados pela Cartilha "Combate a Cartéis e Programa de Leniência" (2009), os cartéis geram sobrepreço estimado de 10 e 20% comparado ao preço em um mercado competitivo.

Compreendido o conceito de cartel e ante a notoriedade de seus efeitos anticoncorrenciais, estamos aptos a discutir as sanções a ele aplicáveis.

4.3 SANÇÕES À PRÁTICA DE CARTEL

No Brasil, os cartéis são combatidos administrativamente pelos órgãos do SBDC, sendo alvo ainda de investigações e punições nos âmbitos civil e criminal.

No que se refere à persecução administrativa, os cartéis podem ser sancionados nos termos do art. 23 da Lei n. 8.884/94. Com outras palavras, o CADE pode impor multa às empresas de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto, excluídos os impostos, no

ano anterior ao início do processo, não podendo nunca ser inferior à vantagem auferida, quando quantificável. Os administradores responsáveis pela infração podem ser multados em valor variável entre dez e cinquenta por cento do valor da multa aplicável à empresa. Em se tratando de outras pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, assim como associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, a multa será de R\$ 6 mil a R\$ 6 milhões. As multas, em caso de reincidência, são dobradas.

A prática de cartel também configura crime. Neste âmbito, a prática é punível com multa ou prisão de dois a cinco anos em regime de reclusão, conforme se denota do artigo 4º da Lei n. 8.137/90. A pena prevista pode ser agravada de um terço até a metade pelas seguintes circunstâncias: a) se ocasionar grave dano à coletividade; b) se o crime for cometido por servidor público no exercício de suas funções ou c) se o crime for praticado em relação à prestação de serviços ou ao comércio de bens essenciais à vida ou à saúde. O Ministério Público é o órgão responsável pela persecução criminal.

Por fim, quanto à persecução civil, a Lei n. 8.884/94 prevê que consumidores podem ingressar em juízo, diretamente ou por meio de associações, MP e PROCONs, para obter indenização por perdas e danos sofridos pela prática de cartel. Embora ainda não seja realidade no Brasil, a existência da previsão já indica a gravidade que o cartel representa como lesão à concorrência.

4.4 A EXISTÊNCIA DE PROVA DE UM CARTEL

No tocante à prova da existência de cartel, constata-se uma das maiores dificuldades, considerando que a simples verificação da existência de preços semelhantes num determinado mercado não leva necessariamente à conclusão de que tenha havido a formação de um cartel. O paralelismo de preço pode significar tanto um mercado de concorrência perfeita, quanto a conduta do cartel.

A formação de um cartel pode ser comprovada por meio de provas diretas ou indiretas, sendo que não há, em tese, hierarquia entre elas. As primeiras, em geral, são constituídas por cópia do acordo por escrito, atas de reuniões, memorandos, circulares, testemunho de pessoas que porventura tenham participado da reunião na qual se chegou ao acordo ou que foi convidada para participar do cartel, dentre outros. Esse tipo de prova é mais difícil de conseguir, considerando que as empresas conhecem a ilicitude de suas condutas. Já as provas indiretas constituem, conforme artigo de autoria do Dr. Denis Alves Guimarães¹⁰,

¹⁰ Referência ao artigo intitulado “Prova Econômica de Cartéis: reflexões a partir da jurisprudência”, publicado na Revista de Direito da Concorrência.

“uma combinação de indícios que podem levar a autoridade à conclusão de que houve acordo expresso entre concorrentes”.

Conforme parecer da SDE no Processo Administrativo nº. 08000.015337/97-48 (Cartel do Aço), “nos países em que o exercício da atividade antitruste alcança maior desenvolvimento, a identificação de cartéis em geral decorre da utilização de provas indiretas”¹¹. Graig Conrath, citado no referido parecer, ensina que a prova indireta é mais útil quando só há uma explicação para o fato, ou seja, quando a única explicação lógica para a conduta é que os competidores discutiram e concordaram com o aumento do preço (CONRATH, 1998:10-11). Portanto, para a análise desse tipo de prova, é relevante que se observe o que se convencionou chamar de *plus factors*, que são as circunstâncias que só podem ser entendidas como justificáveis economicamente se se imagina a existência de acordo entre concorrentes.

Na análise de cartéis, costuma-se presumir a existência de poder econômico e a ausência da possibilidade de análise de excludentes de antijuridicidade. Assim é que nos casos de cartel, embora a Resolução nº 20 afirme que deve ser aplicada a regra da razão, o CADE vem considerando-os como ilícitos *per se*: uma vez demonstrada sua ocorrência, caracteriza-se o ilícito.

A alegação de provas insuficientes, a ausência de contraditório ou devido processo legal, dentre outros, são motivos constatados pela análise feita que ensejam o ajuizamento de ações perante o Judiciário por parte das partes condenadas. Embora a lei antitruste atribua ao CADE o caráter de entidade judicante, com jurisdição em todo território nacional, e preconize que suas decisões não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo¹², o desenvolvimento da política da concorrência no Brasil perpassa, quase sempre, pela apreciação do Poder Judiciário, diante da previsão constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹³.

4.4 PROGRAMA DE LENIÊNCIA

4.4.1 INTRODUÇÃO DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA NO BRASIL

Diante das questões que até então foram apresentadas, é que se coloca a importância da temática do Programa de Leniência. Em razão da dificuldade de se provar a

¹¹ A consulta ao parecer pode ser feita por meio do acesso ao item “Processual” – “Pesquisa processual”, situado do lado direito da página inicial do site do CADE (www.cade.gov.br), preenchendo o campo nº. do processo com “97-48”.

¹² Lei 8.884 de 12 de novembro de 1994, Art. 50. “As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.”

¹³ Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 5º, inciso XXXV.

formação de um cartel, utilizar-se das informações obtidas por meio de um autor de infração à ordem econômica (desde que não seja o líder) é um caminho facilitador para que as condenações por formação de cartéis aumentem. Nesse sentido, acredita-se que a sociedade aceita abrir mão da punição do membro que toma a iniciativa de denunciar o cartel do qual faz parte em prol da extinção deste cartel e da punição dos demais participantes.

No Brasil, o Programa de Leniência foi introduzido em 21 de dezembro de 2000, através da Lei n. 10.149, que modificou a Lei n. 8.884/94, acrescentando-lhe, dentre outros, os artigos 35-B e 35-C. Esses artigos prevêem a possibilidade de celebração de acordo de leniência, os benefícios advindos de tal acordo, bem como os requisitos para obtenção desses benefícios.

A portaria MJ n. 4, de 5 de janeiro de 2006, dedica capítulo ao Programa de Leniência, estabelecendo que este visa a informar e orientar permanentemente as empresas e os cidadãos em geral acerca dos arts. 35-B e 35-C da Lei de Defesa da Concorrência; conscientizar os órgãos públicos a respeito da importância do Acordo de Leniência como instrumento de repressão às infrações contra a ordem econômica; e assistir, apoiar, orientar e incentivar os proponentes à celebração do Acordo de Leniência.

Concomitantemente à introdução do Programa de Leniência, observava-se uma mudança de postura das autoridades antitruste. Conscientes de que os acordos concorrenciais ilegais eram responsáveis por graves lesões à economia e ao consumidor, as autoridades antitruste passaram a dar prioridade à investigação desses acordos, em detrimento de outras análises anticoncorrenciais inofensivas. Hodiernamente, a Secretaria de Direito Econômico concentra seus esforços no combate aos cartéis.

A mudança de posicionamento das autoridades antitruste, com a reformulação da política do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, tornou possível:

[...] através da reinterpretação do critério de faturamento para notificação de operações, [a] criação de procedimentos sumários de análise concorrencial, acordos entre os órgãos do SBDC para padronizar e evitar análise duplicada, e [o] redirecionamento de recursos financeiros, pessoal e tempo para investigações de práticas anticoncorrenciais. (ACORDOS DE LENIÊNCIA, 2008)

Na mesma época, convênios eram assinados com o intuito de maximizar os resultados bem-sucedidos de punições a cartéis. Assim ganhava força os convênios com os Ministérios Públicos e com a Polícia Federal, por meio dos quais se permite a estes órgãos se envolverem diretamente na investigação de práticas criminais, por meio, por exemplo, de escutas telefônicas. Do mesmo modo, eram criados instrumentos investigatórios para as autoridades antitrustes, e reforçados os já existentes. A Lei n. 10.149, por exemplo, outorgou à SDE poderes para promover a busca e apreensão em empresas suspeitas de prática de

infrações concorrenciais¹⁴.

4.4.2 REQUISITOS E IMUNIDADES

O Programa de Leniência funciona da seguinte forma: a SDE é o órgão competente para negociar e firmar o Acordo de Leniência. O CADE, quando do julgamento da conduta, observará se foram preenchidos todos os requisitos (termos e condições previstos no acordo de leniência) para a concessão dos benefícios. Se isso for observado, aplica-se a imunidade total ou parcial concedida pela SDE e extingue-se automaticamente a punibilidade na esfera criminal.

A Lei de Defesa da Concorrência brasileira determina que, para habilitação ao Programa de Leniência, sejam observados os requisitos previstos no rol de incisos do §2º do art. 35-B, da Lei n. 8.884/94. Para haver a concessão dos benefícios, deverá haver cooperação plena e permanente com a investigação por parte do proponente; cessamento do envolvimento na prática denunciada e abstenção de destruir, falsificar ou dissimular evidências do cartel.

Pode o Programa de Leniência conceder imunidade administrativa total ou parcial às empresas e pessoas físicas, a depender de a SDE ter ou não conhecimento prévio da conduta anticoncorrencial. Se a SDE desconhecia a existência do cartel, o beneficiário pode ter direito à imunidade total. Entretanto, se a SDE estava ciente da existência do mesmo, a penalidade pode ser reduzida de um a dois terços, de acordo com a efetividade da cooperação e da boa-fé da parte no cumprimento do acordo de leniência. A própria SDE declarará, no acordo de leniência, se tinha conhecimento prévio da conduta.

Assim, a proteção conferida pelo Acordo de Leniência abrange dirigentes e administradores da empresa beneficiária na esfera administrativa e na criminal, com a condição de que essas pessoas físicas assinem o Acordo em conjunto com a empresa e cumpram os requisitos dispostos em lei.

A observância dos requisitos extingue automaticamente a punibilidade do beneficiário quanto aos crimes previstos na Lei de Crimes contra a Ordem Econômica (Lei n. 8.137/90) - previsão no art. 35-C da Lei n. 8.884/94. Ademais, pode haver extinção total ou parcial das penalidades administrativas originalmente aplicáveis pela prática de cartel.

Ainda que não seja requisito previsto na Lei de Defesa da Concorrência, se houver anuência da parte, a SDE pode convidar o MPF ou o MPE para atuar como interveniente-anuente do acordo. Como contribuição à garantia do sucesso do Programa, é preciso destacar que até hoje nenhum beneficiário do Acordo de Leniência enfrentou processo criminal pela

¹⁴ A esse respeito, conferir art. 35-A da Lei n. 10.149. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L10149.htm>>. Acesso em 18/11/2010.

prática denunciada. Isto porque o Ministério Público reconhece o Programa como importante pilar no Programa de Combate a Cartéis.

O Programa de Leniência brasileiro somente beneficia o primeiro a firmar o Acordo de Leniência. O interessado que não se habilita ao Programa com relação a um caso sob investigação, mas que tenha informações sobre outro cartel, pode obter todos os benefícios com relação a esse outro cartel e redução de um terço da pena que lhe seria aplicável com relação à primeira infração, desde que preencha os requisitos do Programa de Leniência. É a chamada “Leniência *plus*”.

Com o estudo sobre o Programa de Leniência, o que se constatou foi que os acordos de leniência são utilizados como meio para desvendar cartéis e puni-los, objetivando a preservação dos princípios da livre concorrência, baseada num mercado aberto, e da defesa do consumidor. Eles têm-se mostrado eficazes para detectar, desestabilizar e pôr termo aos cartéis, nomeadamente os cartéis secretos.

4.5 PONDERAÇÕES ACERCA DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS ESTADUAIS

Além do que já foi dito nos tópicos antecedentes sobre os Ministérios Públicos Estaduais, convém dizer que os Ministérios Públicos são responsáveis pela persecução dos crimes contra a ordem econômica e promovem ações civis públicas. Alguns Estados criaram unidades especializadas no combate a cartéis, como é o caso do MP de São Paulo, pioneiro na criação de um grupo especializado nessa área – Grupo de Atuação Especial de Repressão à Formação de Cartel e à Lavagem de Dinheiro e de Recuperação de Ativos (GEDEC), que contou com o apoio da SDE para a sua implementação.

Observamos que a SDE, órgão responsável pela investigação administrativa de cartéis, está incrementando sua cooperação com as Polícias Federal e Civil e com os Ministérios Públicos, especialmente para assegurar que administradores de empresas que não participem do Programa de Leniência sujeitem-se à persecução e condenação severa no âmbito criminal.

O fundamento da atuação do Ministério Público está na própria Constituição Federal, que preconiza incumbir a este órgão a defesa dos princípios da ordem constitucional econômica, dentre os quais, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico (art. 127, CF/88).

É, pois, função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública para a defesa do interesse difuso e coletivo à livre iniciativa e à livre concorrência; obter a cessação de práticas que constituam infração contra a ordem econômica, bem como

promover a reparação de danos difusos, coletivos e individuais homogêneos dela decorrentes. Compete ainda ao MP promover exclusivamente a ação penal pública em face dos crimes contra a ordem econômica, nos termos do artigo 129, I, CF/88.

Nesse sentido, nós enviamos e-mail a todos os MPEs do país, sendo que não obtivemos resposta de todos. Além do que nem todos os sítios institucionais continham informações satisfatórias sobre o tema. Em razão do limite máximo de páginas a que deve obedecer este relatório, optamos por apenas citar brevemente as respostas consideradas satisfatórias do MP, manifestando aqui nossos agradecimentos a todos os que prontamente se dispuseram a nos responder. Assim, segue:

a) MP-BA: possuem o Grupo de Atuação Especial de Combate à Sonegação Fiscal e aos Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica, as Relações de Consumo, a Economia Popular e os Conexos Previstos na Lei nº. 9.609/98, criado pela Resolução nº 04/2006 e modificada pela Resolução nº 08/2006;

b) MP-MT: possuem o GAECO – Grupo de Atuação Especial Contra ao Crime Organizado, criado pela Resolução nº 11/1999-CPJ;

c) MP-MS: não possuem grupo especializado de combate aos cartéis. O responsável por tomar providências é o promotor atuante na área de patrimônio público da respectiva comarca em que for verificado caso de cartel;

d) MP-DFT: não possuem grupo específico de atuação em cartel, sendo que, conforme o tipo de cartel, é escolhida a Promotoria que atuará no caso;

e) MP-RS: possuem ações de combate a cartéis na área do consumidor (cartel de combustíveis) e na área criminal (cartel de cimento e concreto). Os departamentos responsáveis pelos mesmos foram o Centro de Apoio Operacional de Defesa do Consumidor e o Centro de Apoio Operacional Criminal;

f) MP-CE: informaram sobre a existência do Centro de Apoio Operacional;

g) MP-RO: além das Promotorias de Justiça, possuem o Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado - GAECO, que além de combater organizações criminosas, é responsável também por prevenir a formação de cartéis. Nesse campo, inclusive, já ocorreram operações policiais em conjunto com a Polícia Federal para combater a formação de cartéis em postos de gasolina e de contrabando de combustível. Além disso, possuem os Centros de Apoio Operacional, que prestam auxílio aos órgãos de execução em casos que transcendem as fronteiras de cada comarca. Por fim, possuem também o CAEX - Centro de Atividades Extrajudiciais, que realiza investigações complementares em casos de solicitação pelos órgãos de execução;

h) MP-RN: não possuem grupo de atuação específica no combate aos cartéis;

i) MP-GO: não possuem grupo de atuação especial na prevenção e repressão à formação de cartéis;

j) MP-SP: possuem o Grupo de Atuação Especial de Repressão à Formação de Cartel e à Lavagem de Dinheiro e de Recuperação de Ativos (Gedec), criado em setembro de 2008;

k) MP-RJ: aprovou a criação da Divisão Anticartel e de Defesa da Ordem Econômica;

l) MP-PB: firmou, em abril de 2008, convênio com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e a Polícia Federal para combater a cartelização no setor de combustíveis, o GAECO (Grupo de Atuação Especial Contra o Crime Organizado);

m) MP-AM: o combate à formação dos cartéis é feito por meio das Promotorias de Defesa do Consumidor e do Centro de Apoio Operacional de Inteligência, Investigação e de Combate ao Crime Organizado – CAO-CRIMO, este último com a finalidade de combater as atividades criminosas organizadas, dentre as quais está inserida a formação de cartéis. O referido centro de apoio foi criado pelo Ato PGJ nº. 144/2002, de 04 de julho de 2002.

Na estrutura do CAO-CRIMO, está inserido o GECOC - Grupo de Combate às Organizações Criminosas e Atividades Ilícitas Especializadas, cuja função, dentre outras, é identificar, prevenir e reprimir o crime organizado e as atividades ilícitas especializadas no Estado do Amazonas.

A atuação do CAO-CRIMO/GECOC no combate aos cartéis é desenvolvida por meio de investigações sigilosas e realização de operações de fiscalização em postos e distribuidoras de combustíveis. Para a realização dessas operações o CAO-CRIMO conta com o eventual apoio da ANP – Associação Nacional do Petróleo, INMETRO, Polícias Civil e Federal, entre outros.

Para finalizar, o que pudemos observar é que o delito de formação de cartéis, tipificado na Lei n. 8.137/1990, crime contra a economia popular, inserido na criminalidade organizada econômica, poderia ser melhor combatido e prevenido se houvesse uma atuação conjunta de todos os MPs e que o MP de uma região aprendesse com o de outro, já que observamos uma disparidade acentuada entre a atuação dos MPs, de forma que uns sequer sabiam informar, outros não tinham grupos específicos, e outros tinham grupos, Promotorias, parcerias etc. Observamos também que parece que a situação atual caminha para o que estamos idealizando aqui. Com outras palavras, há esforços conjuntos dos órgãos no sentido de não deixar a conduta cartelizadora na impunidade e também no sentido de preveni-la.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conscientes da importância do combate aos cartéis para a preservação dos princípios constitucionais da ordem econômica, com destaque para a livre concorrência e a defesa do consumidor, intentamos com a pesquisa realizada entender melhor a prática cartelizadora e seus efeitos no mercado; estudando também as formas de punição e combate a essa conduta.

Constatamos que a perseguição aos cartéis tem se intensificado na última década, tanto no Brasil, quanto no restante do mundo, tornando válido o posicionamento da SDE no sentido de que o cartel, sendo a mais grave lesão à concorrência, deve ser o centro dos esforços dos órgãos do sistema brasileiro de defesa da concorrência.

Vale dizer que o cartel objetiva elevar os preços ao consumidor, por meio da redução da concorrência, aproximando os lucros daqueles obtidos em uma situação de monopólio. Tem, portanto, efeito direto sobre o bem-estar econômico, gerando redução das inovações tecnológicas, perda de empregos estáveis, redução do crescimento econômico, dentre outros efeitos nocivos. É nesse contexto que ganham realce os Programas de Leniência abordados neste relatório.

Nessa senda, esperamos que a pesquisa desenvolvida possa contribuir para o esclarecimento da prática cartelizadora, bem como para o processo de melhora constante pelo qual deve passar os instrumentos de combate e prevenção aos cartéis, dentre os quais o Programa de Leniência. Ressaltamos que as experiências positivas observadas no Brasil devem ser mantidas, e deve-se buscar corrigir os erros existentes, realizando uma análise comparada com outros países, observando as falhas e inspirando-se no que efetivamente deu certo em outros lugares, já que, em verdade, estamos lidando com um mercado globalizado, onde o prejuízo à concorrência e aos consumidores brasileiros, por exemplo, repercute negativamente em diversos outros mercados, que não o brasileiro.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACORDOS DE LENIÊNCIA, 11 de novembro de 2008, São Paulo-SP. Evento realizado pelo IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/Evento.aspx?Id=16>>. Acesso em: 13 de agosto de 2010.

BAGNOLI, Vicente. *Introdução ao Direito da Concorrência: Brasil – Globalização – União Européia – Mercosul – ALCA*. São Paulo: Editora Singular, 2005.

BRASIL. Lei nº. 8.8884/94, de 11 de junho de 1994. Disponível em:
<<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8884.htm>>. Acesso em: 11.07.2010.

BRASIL. Resolução nº. 20 do CADE, de 09 de junho de 1999. Disponível em:
<http://www.globalcompetitionforum.org/regions/s_america/Brazil/20.pdf>. Acesso em:
11.07.2010.

CARTILHA DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Combate a Cartéis e Programa de Leniência. Brasília: SDE/DPDE/MJ, nº. 1, 2009.

CARTILHA DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Combate a Cartéis em Licitações. Brasília: SDE/DPDE/MJ, nº. 2, 2009.

CARTILHA DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações. Brasília: SDE/DPDE/MJ, nº. 3, 2009.

CARTILHA DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Combate a Cartéis na Revenda de Combustíveis. Brasília: SDE/DPDE/MJ, nº. 4, 2009.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex Editora, 2006.

GUIMARÃES, Denis Alves. *Prova Econômica de Cartéis: Reflexões a Partir da Jurisprudência*. Revista de Direito da Concorrência, Brasília – DF: IOB/CADE, 2004, nº. 13, p.29-44, jan. a mar. 2007.

KHEMANI, R. Shyam, et al. *Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência*. São Paulo: Ed. Singular, 2003.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº. 08000.015337/97-48. Relator: Conselheiro Ruy Afonso de Santacruz Lima. 28 jan. 1999 Parecer SDE. Disponível em:
<http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000496111347.pdf>. Acesso em: 13.01.2010.

OCDE. Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, adopted March 25, 1998, C(98)35/FINAL.

Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. São Paulo: vol. 14, número 4, 2007.

SALOMAO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SOUZA, Ricardo Inglez de. Acordo de Leniência e o Combate a Cartéis no Brasil. In: *Desafios Atuais do Direito da Concorrência*. 2008