

ANA PAULA MARTINEZ

REPRESSÃO A CARTÉIS

Interface entre Direito Administrativo
e Direito Penal

EDITORA SINGULAR

São Paulo
2013

Sumário

Agradecimentos.....	7
Prefácio	9
Lista de siglas e abreviaturas	13
Tabelas e gráficos	21
Apêndices e anexo	23
I. Introdução	25
II. Importância da Concorrência e o Cartel como sua mais Grave Lesão .	29
1. Concorrência como importante ferramenta para o crescimento econômico de longo prazo	29
2. O cartel como a mais grave lesão à concorrência: “Nossos concorrentes são nossos amigos, o consumidor é o inimigo”	36
2.1 Tipos de cartéis	41
2.1.1 Um caso especial: os cartéis em licitação	47
2.2 Formação de cartéis e sua manutenção	51
2.3 Excurso: regra <i>per se</i> , regra da razão e o “dilema dos padeiros”	55
III. Tutela Criminal como Resposta Necessária à Prática de Cartel.....	61
1. Breve nota em sede de Teoria Geral do Direito: a norma jurídica em matéria de crimes econômicos	61
2. Análise econômica do Direito Penal: considerações iniciais	63
2.1 Evidências do efeito dissuasório da pena	69
3. Tutela criminal como <i>ultima ratio</i> para a repressão a cartéis.....	72
4. Repressão criminal a cartéis no direito comparado	92
4.1 Panorama geral.....	92
4.2 Repressão a cartéis nos Estados Unidos: pena privativa de liberdade e maior probabilidade de detecção da conduta.....	98

IV. Repressão a Cartéis no Brasil.....	109
1. Histórico da legislação de defesa da concorrência no Brasil.....	109
2. Esfera administrativa.....	129
2.1 Definição do ilícito à luz da Lei 12.529/2011.....	133
2.2 Sujeito ativo e elemento subjetivo.....	144
2.3 Sanções.....	150
2.4 Meios e padrão de prova.....	162
2.4.1 Ofícios, depoimentos e o direito ao silêncio.....	163
2.4.2 Diligência de inspeção.....	167
2.4.3 Diligência de busca e apreensão de objetos.....	169
2.4.4 Gravação clandestina.....	172
2.4.5 Denúncia anônima e suas limitações.....	175
2.4.6 A valoração das provas indiretas.....	176
3. Esfera criminal.....	182
3.1 Elementos do tipo penal.....	183
3.1.1 Lei 8.137/1990.....	183
3.1.2 Lei 8.666/1993.....	191
3.2 Conflito aparente de normas e concurso de crimes.....	194
3.2.1 Lei 8.137/1990 e Lei 8.666/1993.....	195
3.2.2 Lei 8.137/1990 e Lei 1.521/1951.....	197
3.2.3 Crime de cartel e quadrilha ou bando e o cartel como organização criminoso.....	197
3.2.4 Crime de falsidade ideológica.....	204
3.2.5 Excurso: o cartel como crime de furto ou estelionato	206
3.3 Sujeito ativo.....	208
3.4 Consumação do crime: crime permanente, crime instantâ- neo e a possível caracterização como crime continuado.....	215
3.5 Penas.....	218
3.6 Transação penal e suspensão condicional do processo.....	223

3.7	Competência para processar e julgar o crime.....	228
3.8	Prisões processuais: flagrante, temporária e preventiva	234
3.9	Meios e padrão de prova.....	239
3.10	Efeitos extrapenais da condenação criminal.....	242
4.	Interface das esferas administrativa e criminal.....	243
4.1	Histórico da interface.....	243
4.2	Independência das esferas administrativa e criminal.....	245
4.2.1	A decisão do CADE como valoração subjetiva dos fatos	245
4.2.2	<i>Ne bis in idem</i>	249
4.3	Interdependência das esferas administrativa e criminal	250
4.3.1	Prova emprestada.....	250
4.3.2	Aplicação das regras de prescrição penal ao ilícito administrativo.....	254
4.3.3	O acordo de leniência.....	257
4.3.3.1	Teoria dos jogos, leniência e a lógica “da cénoura e do porrete”.....	260
4.3.3.2	Requisitos: a corrida para “tocar o sino” do CADE	263
4.3.3.3	Negociação e celebração do acordo.....	265
4.3.3.4	Benefícios na esfera administrativa	266
4.3.3.5	Efeitos na esfera penal e constitucionalidade do acordo	269
4.3.3.6	Natureza jurídica do signatário do acordo ...	273
4.3.3.7	Desafios do Programa de Leniência brasileiro.....	274
4.3.3.8	Excursus: implicações ético-morais do Programa de Leniência.....	283
V.	Proposta de Reforma do Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	289
1.	Exclusão de pessoas físicas do polo passivo do processo do CADE	289

2. Limitação da imputação penal do artigo 4.º da Lei 8.137/1990 a cartéis	291
3. Compatibilização do tipo do artigo 4.º da Lei 8.137/1990 com a Lei 12.529/2011	291
4. Compatibilização das sanções penais	292
5. Previsão de competência federal para processamento e julgamento de cartéis com efeitos interestaduais ou internacionais	300
6. Criação de Varas especializadas em crimes econômico-financeiros	302
7. Indenização simples e exclusão do signatário do acordo de leniência da regra de responsabilidade solidária	303
8. Sanção para divulgação indevida de informação relativa a acordo de leniência	306
9. Imunidade ou redução de sanções por demais ilícitos administrativos relacionados a cartéis	306
VI. Conclusões.....	309
Bibliografia	313
Documentos consultados	328

Apêndices e anexo

Apêndice I – Multas a cartéis superiores a US\$ 10 milhões impostas nos EUA (1890-2012).....	333
Apêndice II – Lista das 10 maiores multas a cartéis aplicadas pela Comissão Europeia (1969-2012).....	339
Apêndice III – Lista de países com repressão criminal a condutas anticompetitivas	341
Apêndice IV – Lista das sanções mais significativas aplicadas a cartéis pelo CADE (1994-2012).....	345
Apêndice V – Multas aplicadas pelo CADE a sindicatos e associações ou valores pagos a título de contribuição pecuniária (2000-2012).....	353
Apêndice VI – Processos relativos a crime de cartel no Brasil denunciado com base na Lei 8.137/1990 e em que houve prolação de sentença, transação penal ou suspensão condicional do processo.....	357
Anexo – Modelo de Declaração de Elaboração Independente de Proposta	363

INTRODUÇÃO

O tema desenvolvido no presente trabalho relaciona-se à tutela criminal da prática de cartel, entendido, de forma mais geral, como um acordo entre concorrentes para fixação de preços ou quotas de produção, divisão de clientes ou de mercados de atuação.

O trabalho procura demonstrar, partindo do arcabouço da análise econômica do direito, a necessidade de conjugação do Direito Penal, com aplicação da pena privativa de liberdade, e do Direito Administrativo, com sanção para a pessoa jurídica, de modo a que se reprima adequadamente a conduta de cartel e se faça cumprir o imperativo constitucional da livre concorrência.

Os cartéis são considerados a mais grave lesão à concorrência e geram dois efeitos imediatos sobre o consumidor: aumento de preços e redução de oferta. O poder de um cartel de limitar artificialmente a concorrência traz prejuízos também à inovação por impedir que concorrentes aprimorem seus processos produtivos e lancem novos e melhores produtos e serviços no mercado. Isso resulta em destruição de riqueza e perda de bem-estar do consumidor e, no longo prazo, em perda de competitividade da economia como um todo.

Contudo, valores constitucionalmente protegidos e socialmente relevantes – como é o mercado orientado pela livre concorrência – não justificam a necessidade da adoção de repressão penal como *ultima ratio*. Esta deveria se limitar àqueles casos em que outros tipos de sanção mostrem-se insuficientes para prevenir o ilícito. E para determinar a necessidade – uma vez superada a discussão da legitimidade – da intervenção penal nessa matéria é que se faz necessário lançar mão da teoria econômica do direito.

A análise econômica do direito tem alguns pressupostos metodológicos dos quais destacamos dois fundamentais: em primeiro lugar, a teoria parte da premissa de que os agentes são racionais. Em segundo lugar, ela parte de uma *definição particular* da racionalidade humana – a de que o *homo economicus* age, em regra, para maximizar sua utilidade. Vale dizer, dados dois cursos de ação alternativos, a análise econômica do direito entende que o agente irá adotar aquele que, *à luz das informações que tem no momento da decisão*, lhe trará o maior benefício esperado, medido em termos de bem-estar.

Nesse contexto, a análise econômica do direito é um *modelo de conduta*, uma categoria simplificadora da realidade. Do ponto de vista científico, portanto, sua validade está limitada à capacidade dessa categoria de antever e explicar o comportamento humano. E, a despeito de todas suas imperfeições, a teoria econômica do direito é a que tem melhor conteúdo *explicativo e preditivo* da conduta humana no campo dos crimes econômicos e patrimoniais. Tudo mais constante, um maior benefício esperado com o crime deverá aumentar sua incidência; um menor benefício (ou maior custo) deverá diminuir sua incidência.

Assim, sob a ótica de um agente racional, o efeito dissuasório para uma conduta é atingido quando a sanção prevista ponderada por sua probabilidade de detecção é maior do que o benefício esperado advindo da conduta ilícita. No caso dos cartéis, a combinação desses dois fatores – gravidade da conduta e reduzida probabilidade de detecção –, cumulada com o descasamento de incentivos entre pessoas físicas e jurídicas com relação à ocorrência do ilícito, faz que seja necessário lançar mão de severas sanções – em especial da pena privativa de liberdade, dada a ineficiência das penas pecuniárias impostas à pessoa jurídica e aos indivíduos para dissuadir tal prática. O trabalho procura contribuir com essa discussão, trazendo elementos calcados na teoria econômica do direito, especialmente à luz dos incentivos que informam o comportamento dos agentes econômicos racionais. Pretende-se, assim, dar uma contribuição original, de natureza prescritiva, no campo da política criminal: justificar a pena privativa de liberdade como elemento chave para a dissuasão da prática dos cartéis.

Com esse pano de fundo, a obra ocupa-se de pesquisar e analisar a experiência internacional e os motivos que levam um número crescente de países a dar tratamento penal à prática de cartel. No final da década de 1990, começou a haver um consenso no sentido de que as sanções administrativas ou civis até então aplicadas por diferentes países eram insuficientes para dissuadir a prática de cartel, ocasião em que foi retomada a discussão acerca da criminalização da conduta. Especial consideração será dada ao sistema dos Estados Unidos, país que adotou, desde 1890, a pena privativa de liberdade como eixo central de sua política de repressão a cartéis.

Superadas as questões acima, tratamos da evolução da repressão criminal a cartéis no Brasil, em especial da interface entre Direito Administrativo e Direito Criminal à luz da crescente cooperação entre as autoridades administrativas e criminais brasileiras para reprimir o ilícito. Por ocasião desta obra, foi empreendida extensa e pioneira pesquisa legislativa e jurisprudencial, tanto administrativa quanto criminal, para identificar e analisar os temas que servem para informar cada sistema, como são as definições de conduta ilícita, su-

jeito ativo e sanções, além daqueles temas que indicam a interdependência das esferas, como prova emprestada, prescrição da pretensão punitiva do Estado e o acordo de leniência. Mais do que um passeio por diferentes temas, quis-se dar tratamento coerente à inter-relação entre as duas esferas, considerando o sistema jurídico como um todo. De mais a mais, como o eixo metodológico central do trabalho diz respeito aos (atuais e potenciais) efeitos dissuasórios de nosso ordenamento aos cartéis, é importante que possamos entender como os diferentes institutos dos direitos administrativo e penal interagem para compor o arcabouço de detecção da conduta e aplicação das leis que, no fim e ao cabo, determinam *se e como* o agente será sancionado.

Ao final, propõe-se, *de lege ferenda*, à luz do quadro constitucional brasileiro, o melhor desenho do ponto de vista institucional para um eficiente sistema repressivo a cartéis. A incipiência da aplicação da legislação penal à prática de cartel no Brasil (com todos os desafios de fazê-lo em um país que ainda está em fase de construção de uma cultura de concorrência) e a política administrativa de priorizar a repressão a cartéis, dando suporte à esfera criminal, além de uma tendência global de criminalização da prática, fizeram deste o momento adequado para a confecção da presente obra.

Cabe aqui breve esclarecimento de cunho terminológico: para fins do título desta obra e de seus capítulos, fizemos uso da expressão “Direito Penal” em vez de “Direito Criminal”, em vista da preferência do legislador pátrio e do disseminado uso da primeira expressão no Brasil. Não obstante, entendemos ser a segunda qualificadora (“criminal”) mais precisa que a primeira (“penal”) por fazer referência ao que é a razão de existir desse ramo do direito – o crime, o comportamento grave e socialmente indesejável – em vez de referir-se à consequência prevista pelo ordenamento jurídico – a pena.

Por fim, ao longo do texto procuramos tratar os temas de forma que pudessem ser bem compreendidos pelos operadores tanto do Direito Concorrencial quanto do Direito Penal. Por conta disso, é inevitável que especialistas de uma ou outra área se deparem com alguns conceitos básicos com os quais já estejam familiarizados.