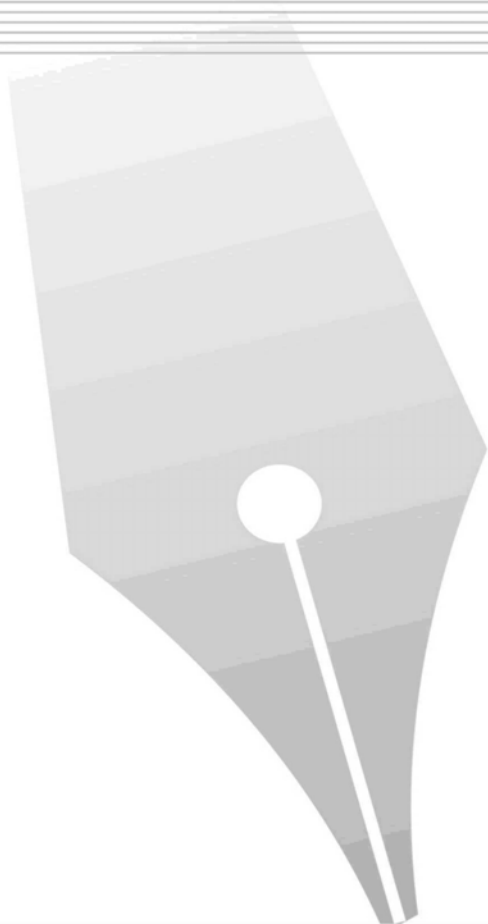


Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa



**MARCO LEGAL DA POLÍTICA
BRASILEIRA DE COMBATE A
CARTÉIS: Possibilidades de
Aprimoramento**

Francisco Schertel Mendes

Textos para Discussão

153

Setembro/2014

SENADO FEDERAL

DIRETORIA GERAL

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho – Diretor Geral

SECRETARIA GERAL DA MESA

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho – Secretário Geral

CONSULTORIA LEGISLATIVA

Paulo Fernando Mohn e Souza – Consultor-Geral

NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS

Fernando B. Meneguim – Consultor-Geral Adjunto

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Como citar este texto:

MENDES, F. S. **Marco Legal da Política Brasileira de Combate a Cartéis: Possibilidades de Aprimoramento**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, setembro/2014 (Texto para Discussão nº 153). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 2 set. 2014.

Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa



Conforme o Ato da Comissão Diretora nº 14, de 2013, compete ao Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa elaborar análises e estudos técnicos, promover a publicação de textos para discussão contendo o resultado dos trabalhos, sem prejuízo de outras formas de divulgação, bem como executar e coordenar debates, seminários e eventos técnico-acadêmicos, de forma que todas essas competências, no âmbito do assessoramento legislativo, contribuam para a formulação, implementação e avaliação da legislação e das políticas públicas discutidas no Congresso Nacional.

Contato:

conlegestudos@senado.leg.br

URL: www.senado.leg.br/estudos

ISSN 1983-0645

MARCO LEGAL DA POLÍTICA BRASILEIRA DE COMBATE A CARTÉIS: Possibilidades de Aprimoramento

RESUMO

A política brasileira de combate a cartéis registrou significativo desenvolvimento nas últimas décadas. A Lei nº 12.529, de 2011, reformulou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e reuniu as competências de implementação da legislação antitruste em uma só autoridade (o Cade), possibilitando avanços relevantes na atividade de repressão a cartéis. O trabalho analisa as atividades recentes do Cade no combate a cartéis para sugerir possibilidades de aprimoramento do marco legal do setor. Ao final, são apresentados dois anteprojetos de lei que refletem as ideias discutidas ao longo do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de concorrência, Antitruste, Cade, Lei nº 12.529/11, Combate a cartéis, Leniência.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	5
2	RECENTES AVANÇOS DA POLÍTICA BRASILEIRA DE COMBATE A CARTÉIS.....	8
3	MARCO LEGAL DO COMBATE A CARTÉIS: POSSIBILIDADES DE APRIMORAMENTO. 12	
	3.1 A REPRESSÃO A ILÍCITOS CONCORRENCIAIS NO SISTEMA FINANCEIRO	12
	3.2 ACESSO ÀS INFORMAÇÕES OBTIDAS POR MEIO DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA. 17	
	3.3 ACORDOS COM INVESTIGADOS E BENEFÍCIOS NA ESFERA PENAL.....	19
	3.4 ALTERAÇÃO DA BASE LEGAL PARA IMPOSIÇÃO DE PENAS A ADMINISTRADORES CONDENADOS POR INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA . 21	
4	CONCLUSÃO	24
	ANEXO I	25
	ANEXO II.....	27

MARCO LEGAL DA POLÍTICA BRASILEIRA DE COMBATE A CARTÉIS: Possibilidades de Aprimoramento

Francisco Schertel Mendes¹

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o combate a cartéis tornou-se tema relevante em diferentes países. Basicamente, cartéis são acordos entre empresas concorrentes voltados a restringir a competição – em geral, por meio da fixação de preços, da restrição da oferta ou da divisão territorial de mercados – com o objetivo de elevar o retorno econômico por elas obtido.

Embora tenham sido tratados por muito tempo como uma forma legítima de atuação empresarial,² cartéis são hoje vistos como uma atividade ilícita em grande parte do mundo. Em 1998, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que reúne trinta e quatro países, aprovou recomendação formal sugerindo a seus membros que implementassem políticas de combate a cartéis, punindo empresas e indivíduos que tomassem parte nesse tipo de conduta.³ Mais recentemente, a *International Competition Network*, rede integrada por autoridades de defesa da concorrência de noventa e dois países, editou manual de combate a cartéis, compilando uma série de boas práticas relativas a técnicas de detecção e punição de conluíus entre concorrentes.⁴

¹ Consultor Legislativo do Senado Federal, na área de Direito Econômico e Regulação, Direito Empresarial e do Consumidor. Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

² Como nota Lee McGowan, a formação de cartéis não apenas era tolerada, mas também incentivada pelos governos dos países europeus até meados do século XX. MCGOWAN, Lee. *The Antitrust Revolution in Europe: Exploring the European Commission's Cartel Policy*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010, fl. 45.

³ Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), *Recommendation of the Council concerning effective Action against Hard Core Cartels*. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>

⁴ International Competition Network (ICN), *Anti-cartel Enforcement Manual*, Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc756.pdf>

A mudança de atitude perante condutas cartelizadoras decorre, dentre outros fatores, da constatação dos graves prejuízos econômicos gerados por esse tipo de prática empresarial. Ao limitar a oferta e aumentar preços, cartéis atingem diretamente os consumidores, que acabam por pagar mais pelos bens e serviços e por ter menos opções de escolha. Vários estudos apontam para a capacidade dos cartéis de elevar os preços cobrados do consumidor em até 200%.⁵

Cartéis também causam sérios prejuízos estruturais às economias de mercado, gerando uma série de efeitos nefastos ao longo das cadeias produtivas. Como ressaltam diferentes autores⁶, além de prejudicar os consumidores diretos, cartéis inibem a inovação, sobrecarregam os vendedores intermediários, desestimulam a demanda de consumidores potenciais, impedem o surgimento de novos concorrentes e geram ineficiências nas cadeias superiores da estrutura de produção.

No Brasil, a mudança de atitude perante cartéis ocorre principalmente a partir da edição da Lei nº 8.884, de 1994, que inaugura a fase moderna do direito antitruste brasileiro. A modernização do direito concorrencial no Brasil deu-se de forma concomitante a uma série de reformas institucionais que alteraram de forma significativa o papel do Estado na economia. Ao longo do século XX, e principalmente após 1930, a economia brasileira foi marcada pela intervenção direta do Estado em diferentes setores da economia, recorrendo-se muitas vezes à criação de monopólios legais para empresas estatais em esferas tidas como estratégicas, tais como a indústria petrolífera e a telefonia. Outra forma marcante de intervenção estatal na economia nacional ao longo do século passado foi via controle de preços, que em vários setores eram definidos regularmente por órgãos públicos.

Nesse contexto, caracterizado pela difusão de monopólios legais e pela imposição governamental de tabelas de preços, havia pouco espaço para o desenvolvimento de uma política de combate a cartéis. Tal cenário mudou de forma muito significativa na década de 1990, por meio de amplas reformas de liberalização econômica, que incluíram medidas de privatização e de desregulamentação. Como parte de tais reformas, foi editada a Lei nº 8.884, de 1994, que reconfigurou o Conselho

⁵ LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. What Determinates a Cartel Success. In: *Journal of Economic Literature*. Vol. XLIV (March 2006), pp. 43–95., fl. 51.

⁶ FRIEDERISZICK, Hans W.; RÖLLER, Lars-Hendrik. Quantification Of Harm In Damages Actions For Antitrust Infringements: Insights From German Cartel Cases. In: *Journal of Competition Law & Economics*, 6(3), 595–618, 2010, pp. 602/ 605.

Administrativo de Defesa Econômica (Cade) como uma autarquia independente e conferiu determinadas competências na esfera antitruste para a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e para a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE).

Desde então, nota-se uma impressionante evolução na política brasileira de combate a cartéis. As diferentes autoridades brasileiras atuantes no combate a cartéis passaram a atuar de forma coordenada, utilizando recursos mais agressivos de investigação, como interceptações telefônicas e prisões temporárias de executivos. Gradativas alterações na Lei nº 8.884, de 1994, possibilitaram a realização de buscas e apreensões nas sedes dos agentes investigados por formação de cartel, bem como a celebração de acordos de leniência, que constituem o principal mecanismo de detecção de cartéis.⁷ Além do mais, órgãos especializados na investigação de cartéis foram criados, como é o caso do Grupo de Atuação Especial de Repressão à Formação de Cartel e à Lavagem de Dinheiro e de Recuperação de Ativos (GEDEC) do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Como resultado da intensificação e aprimoramento da atividade de detecção de cartéis, severas condenações administrativas passaram a ser aplicadas pelo CADE a empresas condenadas pela prática do ilícito. Também na esfera penal, é perceptível a intensificação da repressão a cartéis, com o aumento de prisões preventivas e de condenações pelo Judiciário de empresários responsáveis por conluíus anticompetitivos. Todos esses avanços levaram o Brasil a ser reconhecido pela OCDE como o país líder, na América Latina, no combate a cartéis.⁸

A política brasileira de repressão a cartéis veio a ser fortalecida com a entrada em vigor da Lei nº 12.529, de 2011, que reformulou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Referido diploma reuniu as competências de implementação da legislação antitruste em uma só autoridade, o Cade, que passou a desempenhar todas as funções de investigação, persecução e julgamento de condutas anticompetitivas, que até então eram divididas com a SDE e a SEAE.

⁷ O acordo de leniência possibilita que um participante de cartel procure o Cade para denunciar o ilícito e cooperar com as investigações, recebendo como contrapartida redução ou imunidade das penalidades administrativas e penais aplicáveis.

⁸ Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), *Lei e Política de Concorrência no Brasil – uma revisão pelos pares*, 2010, fl. 81. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>

Nesse cenário, o presente trabalho aborda possíveis aprimoramentos legislativos na Lei nº 12.529, de 2011, no que se refere à atividade do Cade no combate a cartéis. O item 2 analisa a evolução recente da política brasileira de combate a cartéis, enquanto o item 3 examina, a partir da experiência internacional, possíveis avanços nessa área que demandam intervenção legislativa para serem alcançados. O item 4 traz as conclusões do estudo e apresenta minutas de anteprojeto de leis que podem contribuir para o aperfeiçoamento da atuação do Cade no combate a cartéis.

2 RECENTES AVANÇOS DA POLÍTICA BRASILEIRA DE COMBATE A CARTÉIS

A edição da Lei nº 12.529, de 2011, trouxe avanços para a política brasileira de combate a cartéis, que já havia apresentado uma significativa evolução na última década. Apesar de o novo diploma antitruste estar em vigor há pouco mais de dois anos, já é possível registrar alguns desenvolvimentos dignos de nota.

A primeira constatação que salta aos olhos diz respeito ao número de cartéis condenados pelo CADE desde a entrada em vigor da Lei nº 12.529, de 2011. Com efeito, uma das debilidades perceptíveis no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) era a demora em concluir o julgamento dos processos administrativos e impor condenações aos responsáveis por infrações anticompetitivas. Em 2010, apenas quatro processos administrativos perante o Cade resultaram na condenação dos investigados, dos quais apenas um se referia a uma investigação de cartel. Em 2011, o Cade impôs somente uma condenação por infração à ordem econômica, referente a um cartel de revenda de combustíveis no Rio Grande do Sul.

Após a entrada em vigor da Lei nº 12.529, de 2011, esse cenário mudou drasticamente. Apenas em 2013, o Cade julgou trinta e oito processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, dentre os quais vinte e dois resultaram na condenação dos investigados. Desse universo de condenações, treze se referiam a cartéis. Em 2014, o Cade já concluiu, até o presente momento, dez processos que levaram à condenação dos investigados, dentre os quais cinco diziam respeito a cartéis.

Nota-se, assim que, a Lei nº 12.529, de 2011, permitiu ao Cade um enorme ganho de velocidade na conclusão de investigações de cartéis. Tal avanço foi possível por meio da eliminação das ineficiências administrativas decorrentes da sobreposição de competências entre diferentes órgãos governamentais, existente à época da

vigência da Lei nº 8.884, de 1994. A concentração de todas as atividades administrativas de combate a cartéis em uma só agência facilitou a comunicação institucional e a racionalização do trabalho, o que permitiu ao Cade estabelecer uma agenda prioritária de julgamento de processos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, principalmente aqueles relacionados a investigações de cartéis.

Outro desenvolvimento recente que merece registro deu-se no campo das operações de busca e apreensão realizadas para encontrar provas de conluíus anticompetitivos. Desde a entrada em vigor da Lei nº 12.529, de 2011, o Cade realizou – com autorização judicial – sete operações de busca e apreensão na sede de empresas e entidades suspeitas de estarem envolvidas em cartéis. Tal número demonstra a robustez atual da política brasileira de combate a cartéis e o amplo espectro de mercados atingidos por tais operações – que inclui revenda de combustíveis no Rio Grande do Norte, licitações de material escola em São Paulo e produção de minerais silicatados em vários estados da federação – revela a abrangência do seu programa de combate a cartéis.

Nesse quadro, chama atenção uma operação de busca e apreensão específica, realizada pelo Cade, em setembro de 2012, junto a empresas suspeitas de formação de cartel no mercado nacional de produção de sal.⁹ O diferencial de tal operação se encontra no fato de ela não ter como origem um acordo de leniência ou uma denúncia contra o suposto cartel, decorrendo principalmente de análise do mercado conduzida pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do Cade, órgão criado legalmente pelo art. 17 da Lei nº 12.529, de 2011, que identificou sinais de cartelização no comportamento dos preços no mercado em questão.¹⁰

O caso é relevante porque demonstra a capacidade desenvolvida pelo Cade para identificação de cartéis *ex officio*, sem depender de informações trazidas por meio do programa de leniência ou por denúncias. A necessidade do uso de técnicas proativas de

⁹ Processo Administrativo nº 08012.005882/2008-38.

¹⁰ A decisão judicial que autorizou a realização de busca e apreensão na se de das empresas investigadas reconheceu expressamente a qualidade da análise econômica realizada pelo Cade: “*De se ressaltar a seriedade do referido estudo, que abrangeu inclusive a evolução de preços do sal refinado em diversos mercados brasileiros, apresentando uma homogeneidade sobrecomum, tudo representado através de gráficos autoexplicativos*”. Justiça Federal, Quarta Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, Ação Cautelar, Processo nº 0006710-60.2012.4.05.8400.

detecção de cartéis vem sendo ressaltada por diferentes autoridades concorrenciais,¹¹ de forma a não limitar o combate a cartéis apenas aos casos em que a autoridade recebe elementos de terceiros.

Nesse sentido, a referida operação revela importante passo dado pelo Cade no sentido de buscar proativamente a detecção de cartéis por meio da análise dos dados econômicos e do monitoramento dos mercados, ampliando o rol de ferramentas utilizadas no combate a conluíus anticompetitivos.

Avanço que também é digno de nota diz respeito à reforma efetivada pelo Cade na sua política de acordos com empresas investigadas por formação de cartel. A Lei nº 12.529, de 2011, autoriza o Cade a celebrar acordo, cuja nomenclatura legal é “termo de compromisso de cessação” (TCC), com investigados pela realização de práticas anticompetitivas, desde que isso atenda aos interesses defendidos pela legislação antitruste.

Em 2013, o Cade editou resolução em que definiu uma série de novas regras para a celebração de TCCs com suspeitos de envolvimento em cartéis.¹² Tal reforma é de grande relevo por dois motivos.

Primeiramente, ela contribuiu para a transparência do processo de negociação de TCCs. Como a realização de TCC junto ao Cade leva à suspensão do processo administrativo contra o investigado celebrante, é necessário que os critérios utilizados para a negociação do acordo sejam os mais transparentes possíveis, de forma a apontar para a sociedade em que bases o Cade considera razoável abrir mão do poder sancionador estatal em troca da realização de um acordo.

Nesse sentido, referida resolução é de inegável valor, já que estabeleceu de forma explícita os parâmetros aplicados pelo Cade à negociação de TCCs com agentes econômicos acusados de formação de cartel, prevendo de forma bastante específica as condições objetivas para a realização de acordos. Tal postura, além de tornar público para a sociedade os critérios de negociação usados pelo Cade, garante previsibilidade e isonomia aos interessados na celebração de TCC.

¹¹ Nesse sentido, ver nota técnica da Comissão Europeia acerca de investigações de cartéis *ex officio* : [http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2013 oct cartel%20investigations en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2013_oct_cartel%20investigations_en.pdf)

¹² Cade, Resolução nº 5, de 06 de março de 2013

Em segundo lugar, a reforma efetivada pelo Cade na sua política de TCCs estabeleceu que, em processos relativos à investigação de cartéis, o investigado deve necessariamente reconhecer sua participação na conduta para realizar o acordo.¹³ Com a edição de tal regra, ficou vedada a celebração de TCC sem que haja, por parte dos investigados por formação de cartéis, a admissão da sua responsabilidade na prática do conluio.

Tal inovação está em consonância com as melhores práticas internacionais na esfera antitruste, que condicionam à celebração de acordos em investigações de cartéis ao reconhecimento da conduta infrativas por parte dos agentes investigados. Com efeito, diante da gravidade social do ilícito de cartel e da necessidade de preservação dos incentivos do programa de leniência, nenhuma das principais autoridades antitruste do mundo permite que investigados por formação de cartel realizem acordos sem que admitam sua participação na prática. Nesse sentido, estudo da OCDE sobre o assunto concluiu que existem várias razões para que tais acordos sempre incluam a admissão de culpa por parte dos investigados:¹⁴

A admissão pública de culpa cria uma marca que é justificada pela seriedade da infração de cartel. Admissões de culpa evitam a percepção pública acerca de um “acordo inconveniente”, no qual a empresa pode alegar que realizou o acordo não porque era culpada, mas porque desejava evitar os custos da litigância, comprar paz e seguir em frente. Além do mais, se investigados perceberem que existe a possibilidade de realizar o acordo sem a confissão de culpa, eles tentarão fazer isso em toda negociação.

Dessa forma, vê-se que apesar do pouco tempo de vigência da Lei nº 12.529, de 2011, já é possível perceber resultados positivos do rearranjo institucional do Cade realizada pelo referido diploma. A unificação das atividades de persecução administrativa a infrações contra a ordem econômica numa só agência possibilitou importantes avanços institucionais, especialmente no que toca à repressão a cartéis, como examinado anteriormente.

¹³ Regimento Interno do Cade, Art. 185. Tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, o compromisso de cessação deverá, necessariamente, conter reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário.

¹⁴ Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), *Experience with Direct Settlements in Cartel Cases*, 2008. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/44178372.pdf>

3 MARCO LEGAL DO COMBATE A CARTÉIS: POSSIBILIDADES DE APRIMORAMENTO

Embora a política de combate a cartéis no Brasil tenha registrado marcante evolução nos últimos anos, a análise do direito antitruste nacional demonstra que determinados avanços demandam intervenção legislativa para serem alcançados.

3.1 A REPRESSÃO A ILÍCITOS CONCORRENCIAIS NO SISTEMA FINANCEIRO

Uma primeira questão que se mostra essencial para o aperfeiçoamento do arcabouço legislativo concorrencial é o resgate do Projeto de Lei Complementar (PLC) nº 265, de 2007, que modifica a Lei nº 4.595, de 1964, e a Lei nº 8.884, de 1994, para estabelecer competências complementares do Banco Central do Brasil (Bacen) e do Cade na prevenção e repressão a infrações contra a ordem econômica no âmbito do Sistema Financeiro Nacional (SFN).

Referido projeto é de grande relevância porque busca encerrar antiga controvérsia a respeito das atribuições do Cade e do Bacen no campo concorrencial. Tal polêmica se iniciou há mais de uma década a partir de posicionamentos opostos do Cade, que se considerava competente para analisar – tanto do ponto de vista preventivo quanto repressivo – questões concorrenciais no setor financeiro, e do Bacen, que entendia que apenas a ele cabia intervir no setor.

O conflito positivo de competências entre Cade e Bacen levou a Advocacia-Geral da União (AGU) a editar o Parecer nº GM – 020/01, que foi aprovado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União em 25/05/2001 e restou assim ementado:

ASSUNTO: Conflito positivo de competência entre o Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

EMENTA: 1. Consulta sobre conflito de competência entre o Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

2. As posições conflitantes: Parecer da Procuradoria-Geral do Banco Central, de um lado, e Pareceres da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça e da Procuradoria do CADE e estudo do Dr. Gesner Oliveira, de outro.

3. O cerne da controvérsia.

4. Conclusão pela competência privativa do Banco Central do Brasil para analisar e aprovar os atos de concentração de instituições integrantes do sistema financeiro nacional, bem como para regular as condições de concorrência entre instituições financeiras e aplicar-lhes as penalidades cabíveis.

No parecer, conclui a AGU que, à luz da legislação então vigente, a competência para regular as condições concorrenciais entre instituições financeiras era privativa do Bacen, o que impossibilitaria o CADE de interferir no SFN para investigar possíveis infrações à ordem econômica ou para analisar atos de concentração realizados no setor.

A edição do Parecer nº GM – 020/01 não foi suficiente, todavia, para resolver a controvérsia, uma vez que o CADE – afirmando sua competência para a análise de questões concorrenciais na seara financeira – continuou a exigir que bancos submetessem a seu exame os atos de concentração econômica por eles realizados. Contra tal posicionamento do CADE, o Banco Bradesco S.A. ajuizou mandado de segurança buscando reconhecer judicialmente a competência privativa do Bacen para a defesa da concorrência no SFN. Embora a decisão da primeira instância tenha sido favorável ao Bradesco, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região entendeu, em sede de apelação, que as competências do Cade e do Bacen na prevenção e na repressão a infrações econômicas no setor financeiro eram complementares. Segundo o TRF da 1ª Região:

A Lei Bancária e a Lei Antitruste devem ser aplicadas tendo presente a regra da complementaridade. Com efeito, dessa idéia matriz extrai-se a possibilidade de coexistência da Lei 4.595/64 com a Lei 8.884/94, uma vez que a primeira fica limitada ao exame da questão concorrencial como instrumento necessário à defesa do equilíbrio do sistema financeiro, ao passo que a segunda versa especificamente sobre a tutela da concorrência, refletindo com mais propriedade e nitidez os princípios que presidem a ordem econômica e financeira e, no particular, a preocupação do legislador constituinte com a defesa da concorrência e do consumidor, em situação mui diversa do que sucedia na época da edição da Lei 4.595/64. Isso sem contar que a autarquia antitruste é dotada de longa experiência e de estrutura técnico-jurídica especializada que garantem ao Estado maior eficiência na proteção contra os abusos do Poder Econômico.

(Apelação em Mandado de Segurança AMS nº 2002.34.00.033475-0/DF)

A disputa judicial entre Cade e Bradesco prosseguiu e o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.094.218 DF, reverteu a decisão do TRF da 1ª Região, decidindo que a competência para análise dos atos de concentração relacionados ao Sistema Financeiro Nacional era de competência exclusiva do Bacen. Contra a decisão do STJ, interpôs o CADE o Recurso Extraordinário nº 664.189, que o Ministro Dias Toffoli considerou inadmissível em decisão recente, uma vez que

envolveria a reapreciação do conjunto fático probatório da causa e da legislação infraconstitucional pertinente.

Embora no caso analisado o Bradesco tenha conseguido invalidar, pela via judicial, a atuação do CADE na defesa da concorrência no SFN, outras instituições financeiras não obtiveram êxito em pleitos semelhantes. Recentemente, por exemplo, decisão da Justiça Federal rejeitou a pretensão do Banco do Brasil de interromper processo administrativo sancionador instaurado pelo Cade para investigar a ocorrência de infração antitruste atribuída ao banco. Segundo a decisão:¹⁵

(...) tanto os enfoques de atuação do BACEN e do CADE são diferentes que o primeiro, cientificado dos contratos reputados lesivos à concorrência pelo CADE, limitou-se a informar a inexistência de ato normativo que os vedasse, e por isso, fizesse com que ele devesse sancionar as instituições financeiras por seu descumprimento. O CADE, constatada a lesividade da conduta, tomou medidas para a sanar, para que o que relevou a inexistência de norma que a proibisse. Decorre daí que o BACEN adota o entendimento de que a lesividade da conduta decorre da sua vedação normativa, ao passo que o CADE apura a lesividade real, que efetivamente importa para a defesa da concorrência.

O processo administrativo – que investigava a possível ocorrência de infração à ordem econômica decorrente de contratos de exclusividade realizados pelo Banco do Brasil com órgãos públicos para concessão de crédito consignado a servidores – marcou a atuação mais incisiva do CADE na defesa da concorrência no setor financeiro, levando à celebração de acordo em que o Banco do Brasil concordou em abster-se de exigir exclusividade em contratos vigentes e futuros relativos à consignação em folhas de pagamento no setor público. Além de se comprometer a cessar a prática investigada, o Banco do Brasil concordou em pagar R\$ 100 (cem) milhões de reais a título de contribuição pecuniária e multa administrativa para que a investigação conduzida pelo Cade fosse encerrada.

A atuação do Cade no combate à exclusividade no crédito consignado, cuja importância foi publicamente reconhecida,¹⁶ demonstra a relevância do papel da autoridade antitruste na defesa da concorrência no setor financeiro.

¹⁵ Justiça Federal, Sexta Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, Processo nº 61339-91.2011.4.01.3400.

¹⁶ Ver notícias sobre o assunto publicadas por diferentes veículos de mídia, tais como: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,o-banco-do-brasil-e-enquadrado-pelo-cade-imp-946659>

Vale notar que, diante das mesmas acusações contra o Banco do Brasil investigadas pelo Cade, o Bacen optou por não abrir qualquer procedimento investigativo, afirmando que “*a ausência de regulamentação da matéria, no âmbito do sistema financeiro nacional, impede que as condutas sejam analisadas com vistas a eventual instauração de processo administrativo punitivo contra a instituição financeira representada*”.¹⁷ Isto é, após receber grave denúncia acerca de possível infração econômica no setor financeiro, entendeu o Bacen que não era cabível a instauração de investigação para examinar a conduta, o que poderia ter levado a perpetuação da prática não fosse à oportuna intervenção do Cade por meio da abertura de processo administrativo e posterior celebração de acordo com o Banco do Brasil.

Importante observar que a experiência internacional recente confirma a relevância da defesa da concorrência no setor financeiro. No final de 2013, a Comissão Europeia condenou oito bancos internacionais, incluído instituições renomadas como Deutsche Bank, Citigroup e Société Générale, pela prática de cartel voltado a manipular as taxas de juros no mercado europeu, aplicando multas que ultrapassaram a marca de 1,7 bilhão de euros.¹⁸ Ao longo da investigação que ficou conhecida como “Escândalo Libor”, a Comissão Europeia descobriu um sofisticado conluio entre os bancos, que lhes permitia suprimir a concorrência e aumentar seus lucros por meio do alinhamento ilegal de suas estratégias empresariais.

A investigação foi iniciada após o Banco Barclays ter realizado um acordo de leniência com a Comissão Europeia, no qual denunciou a sua participação no conluio e trouxe provas do envolvimento de outras instituições financeiras. A partir dos elementos trazidos na leniência, a Comissão conduziu buscas e apreensões surpresas na sede dos bancos envolvidos. A robustez da investigação fez com que outras instituições financeiras realizassem acordos com a Comissão, reconhecendo sua participação na conduta, concordando em pagar voluntariamente altíssimas multas pelo cometimento da infração¹⁹ e colaborando com o desenvolvimento das investigações.

e <http://veja.abril.com.br/noticia/economia/acuado-pelo-cade-bb-abre-mao-de-exclusividade-em-consignado>

¹⁷ Carta PGBC-6/2011, enviada pela Procuradoria do Banco Central do Brasil à Federação Interestadual dos Servidores Públicos Municipais e Estaduais (Fesempre).

¹⁸ Nota da Comissão Europeia, disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1208_en.htm

¹⁹ O Deutsche Bank, por exemplo, concordou em pagar multa de 465 milhões de euros, enquanto o Société Générale concordou em recolher multa de 445 milhões de euros.

O “Escândalo Libor” é relevante para o debate brasileiro acerca da defesa da concorrência no SFN porque demonstra o grande aparato técnico e jurídico necessário para o desbaratamento de infrações concorrenciais no setor financeiro. A repressão a tais condutas demanda a existência de um programa de leniência ativo e confiável, de competência legal e técnica na utilização de recursos agressivos de investigação (como a realização de buscas e apreensões, interceptações telefônicas e prisões temporárias) e de capacidade e experiência na imposição de sanções cujo poder dissuasório esteja à altura dos danos sociais gerados pela infração.

Nesse contexto, o resgate do PLC 265, de 2007, representa medida legislativa de altíssima relevância. Referida proposição estabelece, de forma clara, as competências complementares do Cade e do Bacen para prevenção e repressão a infrações contra a ordem econômica no âmbito do SFN. De maneira bastante coerente, o projeto afirma a capacidade do Cade para defender a concorrência no setor financeiro, permitindo ao mesmo tempo que o Bacen intervenha para decidir acerca de atos de concentração que acarretem algum risco sistêmico ao SFN.

Tal arranjo institucional está em consonância com aqueles de outros países com maior experiência no desenvolvimento do direito concorrencial,²⁰ com estudos teóricos que confirmam a relevância da atuação da autoridade antitruste no setor financeiro²¹ e com os marcos regulatórios dos demais setores regulados da economia brasileira, que sem exceção preveem a atuação do Cade na prevenção e repressão de ilícitos antitruste.

Ocorre que algumas previsões do PLC 265, de 2007, restam atualmente ultrapassadas, já que alteravam dispositivos da Lei nº 8.884, de 1994, revogada pela Lei nº 12.529, de 2011. Assim, faz-se hoje necessária a apresentação e aprovação de novo projeto de lei, que – resgatando o espírito do PLC 265, de 2007 – altere a Lei nº 4.595, de 1964, e a Lei nº 8.884, de 1994, para definir e esclarecer as competências complementares do Bacen e do Cade na prevenção e repressão a infrações contra a ordem econômica no sistema financeiro.

²⁰ Nesse sentido, tanto os Estados Unidos quanto a União Europeia atribuem às autoridades antitruste competência legal para aplicação das normas de defesa da concorrência ao setor financeiro.

²¹ VICKERS, John. *Central banks and competition authorities: institutional comparisons and new concerns*. Bank for International Settlements, Monetary and Economic Department, 2010

3.2 ACESSO ÀS INFORMAÇÕES OBTIDAS POR MEIO DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA

Questão concorrencial que também deve ser objeto de análise no âmbito legislativo refere-se ao escopo da proteção legal conferida ao material obtido pelo CADE por meio do acordo de leniência. Mais uma vez, não se trata de tema que interessa apenas ao Brasil, existindo na comunidade antitruste internacional forte debate acerca do assunto.

Autoridades de defesa da concorrência e cortes judiciais de diferentes países têm nos últimos anos se defrontado com vários conflitos oriundos do interesse de agentes privados de terem acesso aos documentos e às informações obtidos por meio dos acordos de leniência para ajuizarem ações de reparação contra as empresas participantes do cartel. Nesses conflitos, opõem-se duas faces dos sistemas de repressão a cartéis: por um lado, as autoridades públicas procuram blindar seus programas de leniência e impedir que terceiros tenham acesso aos documentos trazidos pelo leniente, de forma a não reduzir os incentivos do programa; por outro, agentes privados que foram prejudicados pela atuação do cartel procuram acessar os documentos da leniência para utilizá-los em ações judiciais de reparação civil.

Decisão marcante nesse contexto foi a tomada pelo Tribunal de Justiça da União Européia (TJUE) no chamado caso *Pfleiderer*,²² no qual se debateu o efeito do acesso de terceiros a documentos obtidos pela autoridade antitruste por meio da leniência. A controvérsia se originou a partir de uma investigação do *Bundeskartellamt*, autoridade alemã de defesa da concorrência, que – a partir de um acordo de leniência – levou à condenação de um cartel no mercado de fabricação de papéis para decoração. Após a condenação das empresas envolvidas no âmbito administrativo, a *Pfleiderer* – que adquiria papéis de decoração das empresas condenadas – requereu ao *Bundeskartellamt* acesso aos documentos da leniência para preparar ação judicial de reparação civil.

Com base em previsão do programa de leniência que garantia sigilo perante terceiros aos documentos e informações trazidos pelo leniente, o *Bundeskartellamt* rejeitou o pedido da *Pfleiderer*, afirmando que tal medida era essencial para não reduzir os incentivos que o programa de leniência conferia a possíveis interessados em

²² Tribunal de Justiça Europeu, *Pfleiderer AG v Bundeskartellamt*, C-360/09, 14 de junho de 2011. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-360/09>

denunciar os cartéis dos quais participassem. Diante da resposta negativa do *Bundeskartellamt*, a Pfleiderer recorreu ao Judiciário alemão, alegando que o acesso aos documentos fornecidos pelo leniente era essencial para o exercício do seu direito de reparação dos prejuízos causados pelo cartel. Considerando que a disputa entre o *Bundeskartellamt* e a Pfleiderer exigia a interpretação do direito comunitário, o Tribunal de Bonn optou por submeter a controvérsia ao TJUE.

Em sua decisão, o TJUE reconheceu que os programas de leniência são ferramentas fundamentais em uma política de combate a cartéis e que a sua efetividade seria comprometida se os documentos trazidos pelo leniente pudessem ser acessados por agentes interessados em buscar a reparação cível dos danos causados pelo conluio. A possibilidade de tal acesso, observou a corte, acabaria por desencorajar interessados em recorrer ao programa de leniência. Por outro lado, o TJUE também notou que indivíduos e empresas prejudicados por cartéis possuem o direito de buscar, pela via judicial, a reparação dos danos sofridos. Segundo o tribunal, a existência de ações cíveis de reparação contra empresas participantes de conluios anticompetitivos reforçaria, inclusive, o sistema antitruste europeu, representando mais um elemento dissuasório da política de combate a cartéis.

Reconhecendo a validade dos argumentos apresentados por ambas as partes, o TJUE decidiu, então, que a questão do acesso a documentos da leniência por terceiros deveria ser resolvida a partir de um balanceamento, nos casos concretos, entre os interesses dos particulares na reparação civil e o interesse público na preservação do programa de leniência. Tal balanceamento deveria ser feito pelas cortes nacionais levando em consideração as condições específicas de cada caso, sempre de forma a não tornar a reparação cível impossível ou extremamente difícil.

A partir da decisão do TJUE, o Tribunal de Bonn decidiu que a Pfleiderer não tinha direito a acessar os documentos fornecidos pelo leniente no caso. Segundo o tribunal, tais documentos não se mostravam indispensáveis ao exercício do direito de reparação naquele momento, já que existiam vários outros documentos e informações públicos que eram suficientes para embasar a pretensão da Pfleiderer. Ademais, entendeu a corte alemã que o fornecimento de acesso ao material trazido pelo leniente prejudicaria o funcionamento do sistema público de combate a cartéis, devendo ser valorizadas as expectativas de sigilo criadas pelas regras de confidencialidade do programa de leniência do o *Bundeskartellamt*.

Tal debate mostra-se extremamente relevante para o direito da concorrência brasileiro, que cada vez mais vê aumentar o interesse na busca pela reparação civil dos prejuízos decorrentes de condutas anticompetitivas. Atualmente, inexistente regra legal clara que defina o grau de sigilo que deve ser conferido aos documentos e informações obtidos pelo Cade mediante acordos de leniência.

Esse quadro pode gerar situações bastante delicadas do ponto de vista da efetividade e credibilidade do programa brasileiro de leniência, como se viu recentemente na investigação acerca de possível cartel no fornecimento de equipamentos para metrô e trens em diferentes estados, iniciada pelo Cade após uma empresa participante no suposto conluio celebrar acordo de leniência. Depois de o Cade realizar, com autorização do Judiciário e a partir dos elementos trazidos pelo leniente, buscas nas sedes das demais empresas acusadas de participação no cartel, surgiram várias disputas políticas e judiciais para obtenção de acesso ao material obtido a partir do acordo de leniência,²³ que demonstram a importância da existência de regras legais claras sobre a confidencialidade dos documentos e informações produzidos pelo leniente.

Como não há na legislação antitruste brasileira regramento expresso acerca da matéria, mostra-se relevante a apresentação de projeto de lei voltado a definir o âmbito de proteção conferido às informações e ao material obtido pelo Cade por meio de acordo de leniência. Tal iniciativa ampliaria a segurança jurídica do programa brasileiro de leniência, estabelecendo as circunstâncias em que documentos e informações trazidos pelo leniente poderiam ser acessados por terceiros, o que asseguraria maior previsibilidade tanto aos interessados em recorrer à leniência quanto ao próprio Cade.

3.3 ACORDOS COM INVESTIGADOS E BENEFÍCIOS NA ESFERA PENAL

A recente reforma efetivada pelo Cade no sistema de negociação de termos de compromisso de cessação (TCC) representou – conforme já analisado – inegável contribuição à política brasileira de combate de cartéis, uma vez que ampliou a

²³ Nesse sentido, ver decisão da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal que indeferiu pedido do Estado de São Paulo para ter acesso aos documentos apreendidos pelo CADE na investigação, sob o argumento de que “*grande parte da documentação foi obtida mediante ordem judicial e esta ordem foi expressa no sentido de que o CADE deveria manter os documentos sob sigilo. Ou seja, a cautela do CADE está plenamente justificada: amparada em ordem judicial prévia.*” Processo nº 0041875-13.2013.4.01.3400 - 2ª Vara Federal, Decisão de 05/08/2013.

transparência do processo negocial e estabeleceu o reconhecimento de participação no ilícito como elemento necessário do TCC.

Todavia, alguns autores apontam – com certa dose de razão – uma lacuna do atual sistema de acordos conduzido pelo Cade: ao contrário do que ocorre na leniência, que confere imunidade penal como contrapartida à confissão e à colaboração por parte do leniente, a celebração de TCC não gera qualquer tipo de benefício na esfera penal à empresa ou pessoa física signatária.

Com isso, há um desestímulo a potenciais interessados na celebração de TCC, uma vez que o reconhecimento da participação no ilícito administrativo realizado perante o Cade pode vir a agravar sua situação na esfera penal. Como bem expõe Pierpaolo Bottini, a celebração de TCC nesses termos poderia eventualmente colocar o investigado em delicada posição:²⁴

De um lado lhe é oferecida a oportunidade de cessar a prática de cartel em troca do arquivamento do processo administrativo. De outro, impõe-se a confissão da participação no crime sem a garantia da extinção da ação penal. Ou seja, o signatário do termo fica protegido das sanções administrativas, mas é muito provável que seja processado criminalmente e que tenha contra si suas próprias declarações prestadas ao Cade, onde reconheceu o comportamento delitivo.

Ainda que o signatário do compromisso seja uma pessoa jurídica – contra a qual não caberá ação penal – a confissão cria o risco de um processo criminal para as pessoas físicas que a integram, com elementos fortes para a acusação, uma vez que a própria instituição reconheceu a prática do delito em seu seio. Em suma, a assinatura do termo de compromisso equivale a uma nota de culpa confessa, que será usada para instruir uma ação penal contra o próprio signatário ou seus integrantes.

Embora as recentes celebrações de TCC com investigados em cartéis demonstrem que o compromisso de cessação continua a mostrar-se uma porta de saída atraente para empresas envolvidas em conluíus anticompetitivos,²⁵ é possível se vislumbrar aperfeiçoamento legislativo que confira alguma forma de benefício na seara penal a pessoas físicas que queiram confessar sua participação no ilícito e colaborar com as investigações, mesmo quando já tenha sido celebrado acordo de leniência no processo em questão.

²⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Acordo de leniência para apurar cartel merece reflexão*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-10/direito-defesa-acordo-leniencia-apurar-cartel-merece-reflexao>

²⁵ Em 20/08/2014, o Cade celebrou três TCCs com empresas investigadas por formação de cartéis. Ver: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?ac9f6ebb55ca21e2370457ef4709>

Tal situação é hoje legalmente inadmissível, já que – de acordo com o art. 86, § 1º, inc. I, da Lei nº 12.529, de 2011 – o acordo de leniência é reservado apenas à primeira empresa que denunciar e colaborar com o Cade na investigação de um determinado cartel. Às demais empresas interessadas em colaborar com o Cade, resta apenas a celebração do TCC, que – como visto – não confere qualquer efeito na esfera penal.

A fim de colmatar tal lacuna na política de acordos do Cade, seria relevante a apresentação de proposição legislativa que alterasse a Lei nº 12.529, de 2011, para criar alguma forma de solução negociada que possibilitasse a concessão de benefícios na seara penal para outros investigados que não apenas a primeira empresa que colaborar com o Cade na investigação de determinado cartel.

3.4 ALTERAÇÃO DA BASE LEGAL PARA IMPOSIÇÃO DE PENAS A ADMINISTRADORES CONDENADOS POR INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA

Outra questão que também merece atenção do Poder Legislativo no direito antitruste brasileiro diz respeito às penas aplicáveis às pessoas físicas responsáveis pela infração à ordem econômica, em particular aquelas referentes aos administradores. Atualmente, o art. 37, inc. III da Lei nº 12.529, de 2011, prevê que os administradores que forem responsáveis por ilícitos antitruste serão apenados com multas de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa ou à pessoa jurídica ou entidade por ele administrada.

Ocorre que as multas aplicadas a pessoas jurídicas no direito concorrencial podem ser muito elevadas, especialmente em casos de cartel. Nessa situação, dada a gravidade da infração, as autoridades de defesa da concorrência tendem a ser extremamente rigorosas na dosimetria da pena. Como se viu anteriormente, investigação da Comissão Europeia que apontou a existência de conluio entre bancos levou, em 2013, à imposição de multas que somadas ultrapassaram o valor de 1,7 bilhão de euros. No começo de 2014, a Comissão Europeia multou seis fabricantes de rolamentos automotivos em mais de 950 milhões de euros.²⁶ Estudo recente indica que as multas aplicadas pela Comissão a empresas condenadas pela prática de cartel superaram a

²⁶ Nota da Comissão Europeia, disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-280_en.htm

marca de 8,6 bilhões de euros.²⁷ Nos Estados Unidos, a prática do direito antitruste também leva à aplicação de multas altíssimas: apenas em 2013, o Departamento de Justiça norte-americano obteve mais de um bilhão de dólares em multas aplicadas em cinquenta investigações de cartéis.²⁸

No Brasil, o cenário não poderia ser diferente, dada a forte evolução da política de combate a cartéis na última década, que necessariamente passa pela imposição de penalidades que façam frente aos enormes prejuízos decorrentes de conluíus entre concorrentes. Nesse sentido, vê-se uma clara tendência de majoração das multas impostas pelo Cade a empresas condenadas pela prática de cartel. Em 2010, a autarquia condenou cinco empresas do ramo de gases hospitalares a pagarem multas que somadas ultrapassaram a marca de 3 bilhões de reais. Apenas a empresa White Martins, apontada como líder do cartel, foi multada em R\$ 2,2 bilhões de reais.

Mais recentemente, em julgamento finalizado em maio de 2014, seis empresas do setor de cimentos foram condenadas pelo Cade ao pagamento de multas que somam R\$ 3,1 bilhões de reais. A maior multa individual foi aplicada à Votorantim Cimentos S.A., principal produtora de cimento do país, que foi penalizada em 1,5 bilhão de reais.

Ainda que haja debate teórico sobre a dosimetria exata a ser utilizada para empresas condenadas pela prática de cartel,²⁹ há um entendimento consolidado no direito da concorrência acerca da necessidade de imposição de severas multas às empresas participantes de conluíus, dados os enormes prejuízos econômicos causados por tais ilícitos e a dificuldade de se coletar evidências que comprovem a ocorrência da infração.

Por outro lado, a penalização de pessoas físicas envolvidas em ilícitos concorrenciais gera várias controvérsias na comunidade internacional. Enquanto os Estados Unidos defendem de forma veemente a responsabilização de administradores e empregados que contribuem para conluíus anticompetitivos, inclusive por meio de

²⁷ Comissão Europeia, *Cartel Statistics 2010-2014*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>

²⁸ Department of Justice, *Statement before the Subcommittee on Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights Committee on the Judiciary United States Senate*, 14 de novembro de 2013, Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/testimony/301680.pdf>

²⁹ CONNOR, John M., and Robert H. Landes. "How High Do Cartels Raise Prices-Implications for Optimal Cartel Fines." *Tul. L. Rev.* 80 (2005): 513, e LANDES, William M. "Optimal sanctions for antitrust violations." *The University of Chicago Law Review* (1983): 652-678.

penas restritivas de liberdade,³⁰ a Comissão Europeia atua apenas na responsabilização de pessoas jurídicas, não possuindo competência para apenar pessoas físicas. Ainda que prevista na legislação antitruste de diferentes países europeus, a responsabilização de indivíduos por infrações concorrenciais ainda é, de forma geral, bastante incipiente na Europa.³¹

No Brasil, o legislador optou por um sistema repressivo bastante severo em relação às pessoas físicas, que permite que elas sejam penalizadas tanto na esfera penal, nos termos do art. 4º da Lei nº 8.137, de 1991, quanto na seara administrativa, como prevê o art. 37 da Lei nº 12.529, de 2011. E é justamente no que toca à penalização administrativa de pessoas físicas que o arcabouço legal brasileiro de combate a cartéis pode ser aperfeiçoado.

Isso porque, como as multas aplicadas pelo CADE às empresas atingem em várias ocasiões valores elevadíssimos, a atual previsão legal do art. 37, inc. III da Lei nº 12.529, de 2011 – que estabelece a multa aplicada à empresa como vetor central da dosimetria da pena aplicável aos seus administradores – acaba por levar à imposição de pesadas multas administrativas a pessoas físicas que não necessariamente condizem com a culpabilidade e a reprovabilidade dos seus atos no caso concreto.

Os altos valores das multas impostas a indivíduos condenados pelo Cade por prática de cartel podem ser notados em diferentes casos. No julgamento do Processo Administrativo nº 08012.010215/2007-96, referente à investigação de um cartel de postos de combustíveis em Caxias do Sul, foram impostas multas a doze pessoas físicas que totalizaram mais de R\$ 10 milhões, sendo que somente a uma pessoa física foi imposta multa de R\$ 2,3 milhões. Já no Processo Administrativo 08012.011027/2006-02, os três principais executivos condenados por participação num conluio anticompetitivo no mercado de carga aérea foram condenados ao pagamento de multas que ultrapassaram a marca de R\$ 4,6 milhões. Por fim, no Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79, as multas aplicadas a administradores das empresas de cimento condenadas por formação de cartel chegaram a mais de R\$ 20 milhões.

³⁰ Apenas em 2013, o Departamento de Justiça norte-americano conduziu casos judiciais que levaram à imposição da pena de prisão a vinte e oito indivíduos. Department of Justice, *Statement before the Subcommittee on Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights Committee on the Judiciary United States Senate*, 14 de novembro de 2013, Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/testimony/301680.pdf>

³¹ THÉPOT, Florence. "Leniency and Individual Liability: Opening the Black Box of the Cartel." *Competition Law Review* 7.2 (2011): 221-240.

Todas essas multas aplicadas a pessoas físicas foram fixadas tendo como base de cálculo as multas impostas às empresas em que elas trabalhavam, conforme determina o art. 37, inc. III da Lei nº 12.529, de 2011. Ainda que a gravidade da infração de cartel seja inegável, merecendo severa repressão por parte dos órgãos do Estado, a regra de dosimetria prevista no referido dispositivo parece possibilitar, e até mesmo impulsionar, cenários de sobrepena, uma vez que – como já visto – as multas impostas pelo Cade às empresas condenadas por formação de cartel podem atingir valores muito elevados. Dessa forma, parece mais prudente que a referida regra legal seja alterada para desvincular a pena imposta aos administradores da pena aplicada as empresas.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou, após analisar rapidamente a evolução recente da política brasileira de combate a cartéis, propor sugestões de aprimoramento do quadro legal que fundamenta a atividade do Cade na repressão a condutas anticompetitivas.

Nesse cenário, a primeira intervenção legislativa que se faz necessária consiste na apresentação de projeto de lei complementar que defina a competência do Cade na prevenção e repressão a infrações contra a ordem econômica no sistema financeiro. O conteúdo de tal projeto deve se inspirar no PLC 265, de 2007, que resolvia de forma harmônica e coerente o conflito de competências entre Cade e Bacen, mas que hoje se encontra ultrapassado por causa da entrada em vigor da Lei nº 12.529, de 2011.

Outra intervenção legislativa de relevo na esfera antitruste seria a apresentação de projeto de lei que alterasse a Lei nº 12.529, de 2011, para contemplar as demais questões discutidas neste trabalho:

- a) a definição de regra para acesso ao material e às informações obtidas pelo Cade por meio do programa de leniência;
- b) a criação de solução negociada que permita a concessão de benefícios na esfera penal a investigados por formação de cartel, para além da primeira empresa que colaborar com o Cade;
- c) a modificação da base de cálculo das penas impostas pelo Cade a administradores responsáveis por ilícitos concorrenciais.

A fim de contribuir com o debate sobre o tema analisado, são apresentados, nos anexos I e II deste artigo, anteprojetos de lei que buscam dar tratamento adequado às questões identificadas.

ANEXO I

Minuta Anteprojeto

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº , DE 2014 (Complementar)

Altera a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, para definir, como competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, a defesa da concorrência no Sistema Financeiro Nacional, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º As alíneas “c” e “g” do inciso X do art. 10 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, passam a vigorar com a seguinte redação:

“**Art. 10.**
.....
X –
.....

c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou ter alterado, por alienação ou transferência a qualquer título, seu controle acionário, respeitado o exercício da competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)

.....
g) alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário, respeitado o exercício da competência do Cade.”(NR)

Art. 2º O art. 10 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XIV e do seguinte § 3º:

“**Art. 10.**
.....

XIV – decidir acerca de atos de concentração entre instituições financeiras que afetem a confiabilidade e segurança do Sistema Financeiro Nacional

§ 3º No exercício da competência a que se refere o inciso XIV deste artigo, se o Banco Central do Brasil entender que o ato de concentração não afeta a confiabilidade e segurança do sistema financeiro, encaminhará, de imediato, a matéria ao Cade, que julgará o ato de concentração nos termos dos arts. 88, 89, 90 e 91 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, bem como das demais disposições legais aplicáveis.”(NR)

Art. 3º A Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 46-A:

“**Art. 46-A.** Compete ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), observado o disposto no § 3º do art. 10 desta Lei, prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, nos termos da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, bem como das demais disposições legais aplicáveis.”(NR)

Art. 4º O art. 9º da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XX:

“**Art. 9º**

.....
XIV – zelar pela defesa da concorrência no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, decidindo os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral e os processos administrativos de atos de concentração econômica, na forma desta Lei e da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.”(NR)

Art. 5º Esta Lei entra em vigor após decorridos trinta dias da data de sua publicação.

ANEXO II

Minuta Anteprojeto

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº , DE 2014

Altera a Lei nº 12.528, de 30 de novembro de 2011, para aperfeiçoar a disciplina de repressão às infrações contra a ordem econômica.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O inciso III do art. 37 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, passa a vigorar com a seguinte redação:

“**Art. 37.**

.....
III – no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).”(NR)

Art. 2º Revoga-se o inciso I, do § 1º, do art. 86 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

Art. 3º O art. 86 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, passa a vigorar acrescido dos seguintes § 13 e § 14:

“**Art. 86.**

.....
§ 13. As informações, os documentos e os demais elementos fornecidos pelo ao agente beneficiário da leniência são sigilosos, cabendo ao Cade decidir acerca de pedidos de acesso, que deverão conter a identificação do requerente e a fundamentação necessária.

§ 14. A decisão a que se refere o § 13 deste artigo examinará, além dos fundamentos trazidos pelo requerente, o interesse público na preservação da efetividade do programa de leniência, não comportando revisão no âmbito do Poder Executivo.”(NR)

Art. 4º O art. 87 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, passa a vigorar com a seguinte redação:

“**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.

§ 1º A celebração de acordo de leniência impede o oferecimento da denúncia, em relação aos crimes a que se refere o caput deste artigo, contra o beneficiário da leniência que primeiro se qualificou com respeito à infração noticiada ou sob investigação.

§ 2º Cumprido o acordo pelo beneficiário da leniência que primeiro se qualificou com respeito à infração noticiada ou sob investigação, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

§ 3º Em relação aos demais beneficiários da leniência que cumprirem o acordo, o juiz poderá, a requerimento do Cade, reduzir até à metade a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos, nos crimes a que se refere o *caput* deste artigo.”(NR)

Art. 5º Esta Lei entra em vigor após decorridos trinta dias da data de sua publicação.