

ANA PAULA MARTINEZ

# REPRESSÃO A CARTÉIS

Interface entre Direito Administrativo  
e Direito Penal

**EDITORA SINGULAR**

São Paulo  
2013

## 2. O cartel como a mais grave lesão à concorrência: “Nossos concorrentes são nossos amigos, o consumidor é o inimigo”

A frase acima, do original em inglês “*Our competitors are our friends; our customers are the enemy*”, foi dita por um alto executivo de empresa que confessou participação no cartel das lisinas<sup>14</sup> em reunião entre concorrentes e ganhou notoriedade por traduzir bem o espírito do cartel – o consumidor é visto como o inimigo, como aquele que pode forçar as empresas a competir – essencialmente por meio de preços mais baixos e oferecimento de melhores produtos e serviços ao consumidor.

Cartéis são comumente definidos como acordos, ajustes ou mesmo troca de informações sobre variáveis comercialmente sensíveis entre concorrentes<sup>15</sup> com o objetivo de alterar artificialmente as condições de mercado com relação

14. A lisina é um aminoácido usado na alimentação animal. Cinco empresas fabricantes do produto formaram um cartel internacional na década de 1990; o funcionário de uma delas delatou a prática ao Departamento de Justiça dos Estados Unidos, cooperou com as autoridades e, como resultado, recebeu imunidade criminal no contexto de um acordo de leniência. A persecução desse cartel pelas autoridades norte-americanas foi retratada no filme *The Informant*, de 2009, produzido pela Warner Bros Pictures. Para mais informações sobre o caso, vide: CONNOR, John M.. “Our customers are our enemies”: the lysine cartel of 1992-1995. *Review of Industrial Organization*. Boston, v. 18, n. 1, p. 5-21, 2001.
15. Como veremos adiante, entendemos que, para serem considerados ilícitos, os cartéis precisam ser formados por agentes econômicos que detenham, em conjunto, poder de mercado. O poder de mercado, também referido como posição dominante, é geralmente presumido com base na parcela do mercado relevante detida pelas partes. No Brasil, a Lei 12.529, de 30.11.2011, presume a existência de posição dominante “sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia” (art. 36, § 2.º). Segundo a Portaria Conjunta SEAE/SDE 50, de 01.08.2001, que aprovou o *Guia para Análise de Atos de Concentração Econômica Horizontal* (até a conclusão desta obra, o CADE ainda não havia emitido guia equivalente após a entrada em vigor da Lei 12.529/2011): “A definição de um mercado relevante é o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos, consumidores e produtores, que efetivamente limitam as decisões referentes a preços e quantidades da nova firma criada. Dentro dos limites de um mercado, a reação dos consumidores e produtores a mudanças nos preços relativos – o grau de substituição entre os produtos ou fontes de produtores – é maior do que fora destes limites. O teste do ‘monopolista hipotético’, descrito adiante, é o instrumental analítico utilizado para se aferir o grau de substitutibilidade entre bens ou serviços e, como tal, para a definição do

a bens ou serviços, restringindo ou eliminando a concorrência.<sup>16</sup> Os cartéis operam essencialmente por meio da fixação de preços ou de condições de venda, limitação da capacidade produtiva ou distributiva ou divisão de mercados ou de fontes de abastecimento.<sup>17</sup>

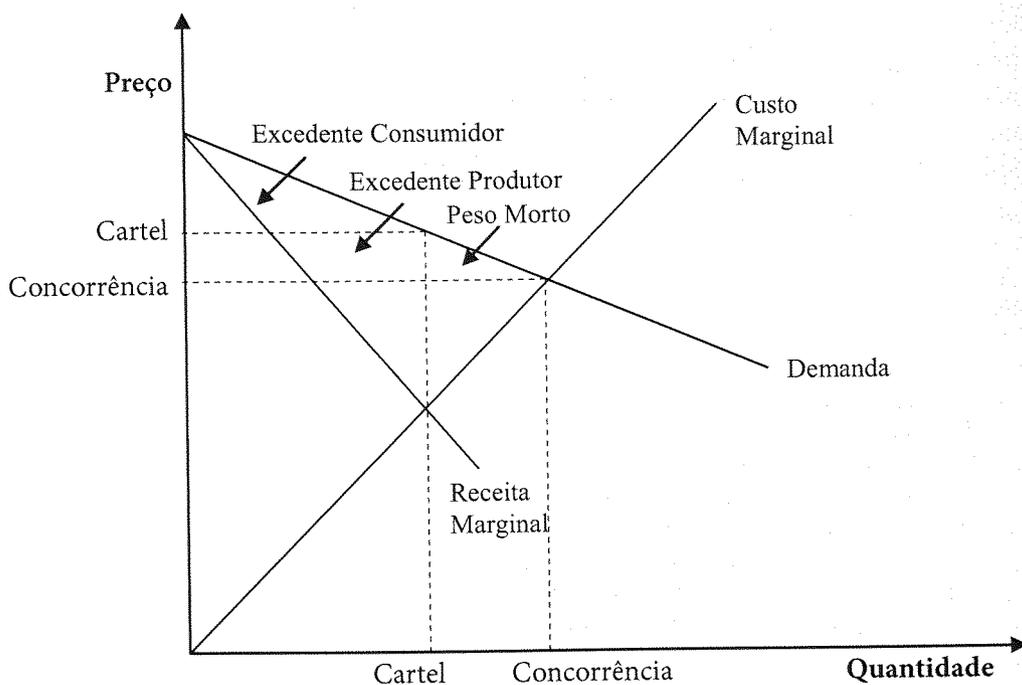
Os cartéis estão associados a três tipos de ineficiências econômicas: alocativa, produtiva e dinâmica.<sup>18</sup> A ineficiência *alocativa* está relacionada à alocação ineficiente dos recursos sociais, essencialmente por conta do aumento de preços e da restrição da oferta. O gráfico a seguir demonstra que, na presença do cartel, parte do que seria excedente do consumidor é transferido indevidamente para o produtor e parte não é apropriada nem pelo consumidor nem pelo produtor, havendo destruição de riqueza social (o chamado “*peso morto*”). É por isso que, como veremos adiante, sanções pecuniárias que recuperem os valores transferidos indevidamente do consumidor para o produtor não fazem a sociedade voltar ao estado em que estava na ausência do cartel, uma vez que parte do que teria sido apropriado pelo consumidor foi destruído pela conduta. A ineficiência *produtiva* relaciona-se ao fato de os agentes

mercado relevante”. O mercado relevante é composto pelas dimensões do produto e geográfica.

16. A então Resolução do CADE 20, de 09.06.99, definia cartéis como sendo a “acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio. Fatores estruturais podem favorecer a formação de cartéis: 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”. O Conselheiro-Relator Ricardo Villas Boas Cueva, no PA n. 08012.002097/99-81, d.j. 09.03.2005, assim se referiu a cartéis: “um acordo, um ajuste, uma convenção de empresas independentes, que conservam, apesar desse acordo, sua independência administrativa e financeira [...] o cartel tem como precípua objetivo eliminar ou diminuir a concorrência e conseguir o monopólio em determinado setor econômico. Os empresários agrupados em cartel têm por finalidade obter condições mais vantajosas para os partícipes, seja na aquisição de matéria-prima, seja na conquista de mercados consumidores, operando de forma a eliminar o processo normal de concorrência”.
17. Para compilação de definições de cartéis adotadas por diferentes jurisdições, vide: INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Defining hard core cartel conduct: effective institutions, effective penalties*, 2005, p. 11. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org>>. Acesso em: 20 nov. 2012.
18. GÜNSTER, Andrea et al. *Do cartels undermine economic efficiency?* American Economic Association Working Paper, 2011.

econômicos operarem com custos mais altos do que teriam na ausência do arranjo colusivo. Por sua vez, a ineficiência *dinâmica* está relacionada à perda de bem-estar social motivada pela redução dos incentivos à inovação – o cartel reduz os incentivos para que os agentes de mercado aprimorem seus processos produtivos e lancem novos e melhores produtos e serviços no mercado. Além disso, a existência de cartéis aumenta as barreiras à entrada em um mercado, tornando esses efeitos especialmente perversos.

**Gráfico 1**  
**Perda de bem-estar imposta pelos cartéis**



Estudo empreendido pela OCDE considerou dados de 16 cartéis internacionais que afetaram o comércio no valor de US\$ 55 bilhões de 1996 a 2000.<sup>19</sup> Segundo o estudo, tais cartéis geraram sobrepreço que variou de 3% a 65% em relação ao preço em um mercado competitivo – o sobrepreço médio foi de

19. OECD. *Hard core cartels: recent progress and challenges ahead*. Paris, OECD Press, 2003, p. 9. OECD. *Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws*. Paris: OECD Press, 2002, p. 72.

15% a 20%. Publicações da OCDE sobre o tema de cartéis trazem exemplos de sobrepreços impostos por cartéis em diferentes jurisdições, com percentuais variando de 16,5% a 70%.<sup>20</sup>

CONNOR fez abrangente estudo considerando dados de 770 cartéis e concluiu que tais cartéis geraram um sobrepreço médio de 25%.<sup>21</sup> De 1990 a 2008, foram identificadas ao menos 6 mil empresas provenientes de 57 países condenadas por prática de cartéis, que impactaram vendas no valor total de US\$ 16 trilhões.<sup>22</sup> CONNOR indica que a multa média nos Estados Unidos corresponde a 10,2% do volume de vendas afetado pelo cartel, o que somado com a sanção imposta pelas ações privadas de indenização, dá lugar a 18,9% do volume de vendas.<sup>23</sup> Percebe-se que o nível de sanções pecuniárias aplicadas pela juris-

20. OECD. *Implementation of the council recommendation concerning effective action against hard core cartels: third report by the competition committee*. Paris: OECD Press, 2005, p. 25: “[...] Japan has estimated that recent cartels raised prices on average by 16.5 percent. In Sweden and Finland, competition authorities observed price declines of 20 percent-25 percent following enforcement action against asphalt cartels, suggesting unlawful mark-ups of a similar magnitude. Along the same lines, in the above mentioned football replica kits case in the United Kingdom, long-term price reductions in the order of 30 percent were observed following the OFT’s enforcement action. In Israel, the competition authority observed that prices declined by approximately 40 percent-60 percent after it uncovered a bid rigging cartel among envelope producers. And estimates in the United States suggest that some hard core cartels can result in prices increases of up to 60 percent or 70 percent. Em tradução livre: “O Japão estimou que cartéis recentes impuseram aumento médio de preços de 16,5%. Na Suécia e na Finlândia, as autoridades de concorrência observaram redução nos preços de 20 a 15% depois de investigação de cartel no mercado de asfalto, sugerindo um sobrepreço dessa magnitude. Na mesma linha, a autoridade do Reino Unido observou redução de aproximadamente 30% no caso dos kits das réplicas de futebol, após a atuação da OFT. Em Israel, a autoridade de concorrência observou redução de aproximadamente 40 a 60% depois de investigação de cartel de fabricantes de envelopes. E estimativas dos Estados Unidos indicam que cartéis clássicos podem gerar um sobrepreço de 60 a 70%”.

21. CONNOR, John. *Price-fixing overcharges: legal and economic evidence*, American Antitrust Institute Working Paper n. 04-05, 2005.

22. CONNOR, John. *Cartels & antitrust portrayed: private international cartels from 1990 to 2008*. American Antitrust Institute Working Paper n. 09-06, 2006. Disponível em: <[http://www.antitrustinstitute.org/~antitrust/sites/default/files/Working%20Paper%2009-06\\_090120091450.pdf](http://www.antitrustinstitute.org/~antitrust/sites/default/files/Working%20Paper%2009-06_090120091450.pdf)>. Acesso em 22 ou. 2012.

23. BOLOTOVA, Yulija; CONNOR, John M. *Cartel sanctions: an empirical analysis*, 2008. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/abstract=1116421>>. Acesso em: 20 out. 2012.

dição mais avançada na repressão aos cartéis é insuficiente para recuperar os danos causados pela prática – o que, como veremos mais adiante, não significa que não haja dissuasão possível ou que a dissuasão socialmente ótima seja aumentar o nível de sanções pecuniárias atualmente aplicadas. CONNOR estimou que a receita adicional ao ano em âmbito mundial assegurada por cartéis é da ordem de 25 bilhões de euros.<sup>24</sup>

Há vários estudos econômicos voltados ao cálculo dos danos causados por cartéis em economias em desenvolvimento, dos quais se destacam dois. O primeiro deles, de autoria de LEVENSTEIN & SUSLOW,<sup>25</sup> aponta que, em 1997, os países em desenvolvimento importaram US\$ 54,7 bilhões em bens que foram objeto de acordos de cartel na década de 1990. Essas importações representaram 5,2% do total de importações naquele ano e 1,2% do produto interno bruto dos países da amostra. O economista YU<sup>26</sup> empreendeu estudo semelhante sobre o impacto de cartéis internacionais em economias em desenvolvimento. A tabela a seguir indica o percentual estimado por YU de sobrepreço imposto aos países em desenvolvimento por quatro conhecidos cartéis internacionais.

**Tabela 1**  
**Estimativas de sobrepreço de cartéis internacionais em economias em desenvolvimento**

Produto e duração	Número de empresas e nacionalidade	Percentual de sobrepreço
Vitaminas (90-99)	8 (EUA, Japão, Canadá, Suíça, Alemanha)	39%
Ácido cítrico (91-95)	11 (EUA, Alemanha, Suíça, Holanda, Áustria e França)	20%
Eletrodos de grafite (92-97)	8 (Alemanha, EUA e Japão)	49%
Lisina (92-95)	5 (EUA, Japão, Coreia do Sul)	10%

FONTE: YU, Yinne. *The impact of private international cartels on developing countries*. Stanford University Department of Economics, 2003. p. 13.

24. CONNOR, John; HELMERS, C. Gustav. *Statistics on modern private international cartels, 1990-2005*. Working Paper n. 06-11, Purdue University, College of Agriculture, Department of Agricultural Economics, 2006.
25. LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *International price-fixing cartels and developing countries: a discussion of effects and policy remedies*. William Davidson Working Paper n. 538, 2003.
26. YU, Yinne. *The impact of private international cartels on developing countries*, cit.

Um dos principais objetivos das autoridades antitruste deveria ser quantificar os danos causados por cartéis – essa informação é um indicador da gravidade da conduta e dará maior suporte público para sua repressão. Diante das dificuldades óbvias de se proceder a esse cálculo, determinar os ganhos do cartel por parte de seus membros pode dar, alternativamente, uma dimensão da extensão dos danos causados pela conduta, ao ser um indicativo da transferência indevida de renda entre consumidores e produtores. Mesmo este é um exercício difícil, geralmente evitado pelas autoridades, ainda que haja previsão legal para tanto em vários sistemas normativos.<sup>27</sup>

Como procuramos demonstrar acima, os cartéis são práticas pelas quais os produtores extraem renda do consumidor de forma ilícita. Além disso, ao eliminar ou reduzir os benefícios da concorrência, os cartéis impõem prejuízos à sociedade: custos maiores, recursos alocados de forma ineficiente e empresas que não inovam, tornando a economia pouco produtiva – esses resultados tornam a prática colusiva a mais grave do direito antitruste<sup>28</sup> e, de forma geral, uma das condutas mais lesivas à ordem econômica. Para que possamos tratar, com a profundidade necessária, da repressão aos cartéis, faz-se necessário que analisemos, ainda que brevemente, os diferentes tipos de cartel, em que contexto surgem e como se mantêm.

## 2.1 Tipos de cartéis

A diferenciação mais básica entre os cartéis é quanto à variável comercialmente sensível objeto da conduta. Segundo esse critério, os cartéis podem

27. OECD. *Hard core cartels: recent progress and challenges ahead*. Paris, OECD Press, 2003, p. 8-9: “When an estimate of harm is necessary, most officials employ a proxy, which is the unlawful gain accruing to the cartel members from their activity. In its simplest form, this estimation is the product of the cartel ‘mark-up’ above the competitive price and the commerce affected (units) by the cartel agreement”. Em tradução livre: “Quando é necessário proceder a uma estimativa de dano, a maioria das autoridades leva em consideração o ganho ilícito apropriado pelos membros do cartel. Em sua forma mais simples, essa estimativa é o resultado da multiplicação do sobrepreço e o comércio afetado, medido por unidades, pelo acordo de cartel”. A Lei 12.529/2011, seguindo a Lei 8.884/1994, determina que a multa imposta às empresas por infração à ordem econômica “nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação”.
28. OECD. *Recommendation of the Council concerning effective action against hard core cartels*, adotada pelo Conselho em 25.03.1998 [C/M(98)7/PROV]. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/2350130.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2012.

ser classificados em cartéis de preços/quantidade<sup>29</sup> (como nos ensina a microeconomia, os dois terão os mesmos efeitos no mercado, uma vez que a quantidade determina indiretamente o preço e vice-versa) e cartéis de alocação de mercado ou grupos de clientes (também referidos como acordos de *market-allocation* ou *market-sharing*). Neste último caso, a intenção é replicar um ambiente de monopólio, em que cada agente econômico reserva uma área (e.g., bairro, cidade, Estado da Federação ou mesmo um país, no caso de um cartel internacional) ou um perfil de clientes para sua atuação. Os cartéis em licitação podem ser considerados uma subespécie de cartéis de alocação de mercado – por sua relevância, dedicaremos um subcapítulo ao tema mais adiante.

Outra categoria de classificação de cartéis refere-se a cartéis difusos (*soft*) e clássicos (*hard-core*). Cartéis clássicos foram definidos pela OCDE em recomendação a seus membros emitida em 1998 como sendo “um acordo anticompetitivo, uma prática anticompetitiva concertada ou um arranjo anticompetitivo entre concorrentes para fixar preços, fraudar licitações (propostas colusivas), estabelecer restrições na oferta ou quotas, ou dividir mercados por meio de alocação de clientes, fornecedores, área geográfica ou linhas de comércio”.<sup>30</sup> Segundo a OCDE, cartéis clássicos não incluem acordos, práticas ou arranjos que sejam eficientes do ponto de vista econômico. Essa definição foi incorporada pela ICN nos relatórios produzidos pelo subgrupo de cartéis.<sup>31</sup>

Há aqueles que requerem um elemento de institucionalidade, de permanência ao menos pretendida, para diferenciar cartéis clássicos de difusos. Esta foi a posição adotada pelo CADE por ocasião do julgamento do caso das britas, em que cartéis clássicos foram definidos como:

Acordos secretos entre competidores, com alguma forma de institucionalidade, com o objetivo de fixar preços e condições de venda, dividir consumidores, definir nível de produção ou impedir a entrada de novas empresas no mercado. [...] Este tipo de cartel opera através de um mecanismo de coordenação institucionalizado, podendo ser reuniões

29. Sobre cartéis de preços, vide: FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 330.

30. OECD. *Recommendation of the council concerning effective action against hard core cartels*, cit. Do original: “an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce”.

31. Vide, por exemplo, INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Defining hard core cartel conduct: effective institutions, effective penalties*, cit., p. 11.

periódicas, manuais de operação, princípios de comportamento etc. Isto é, sua ação não decorre de uma situação eventual de coordenação, mas da construção de mecanismos permanentes para alcançar seus objetivos.<sup>32</sup>

Por sua vez, os cartéis difusos foram assim definidos pelo CADE por ocasião do julgamento do mesmo processo:

Ato de coordenação da ação entre empresas com objetivo similar ao do cartel clássico, mas de caráter eventual e não institucionalizado. Esse é o caso quando um grupo de empresas decide reunir-se para coordenar um aumento de preço, muitas vezes em função de um evento externo que as afetou simultaneamente. Isto é, tal ação pode ser considerada eventual e não decorreu de uma organização permanente para coordenar as ações das empresas envolvidas.<sup>33</sup>

Com a devida vênia, parece-nos que a definição acima de cartéis clássicos e difusos que tem como elemento diferenciador o caráter institucionalizado ou não do cartel, adotada pelo CADE, não é a mais adequada. Alinhamo-nos ao posicionamento da OCDE e da ICN e consideramos que duas são as características que servem para definir um cartel clássico: (i) a presença de um acordo, explícito ou tácito (i.e., a mera troca de informações comercialmente sensíveis não é suficiente para caracterizar um cartel como clássico); e (ii) que o acordo seja relativo a variáveis comercialmente sensíveis, como preços, quantidade, áreas de atuação/clientes ou participação em licitações. Estando presentes essas características, o acordo é suficientemente grave para justificar a sanção em seu mais alto grau. Cartéis difusos serão basicamente aqueles que não envolvem acordos entre seus partícipes, mas a mera troca de informações comercialmente sensíveis.

Há ao menos outras quatro formas de classificar os cartéis: (i) explícitos ou tácitos; (ii) nacionais ou internacionais; (iii) cartéis de compra ou de venda; e (iv) cartéis de importação ou de exportação.

No caso de colusão explícita, os membros do cartel procedem a um acordo explícito – oral ou escrito – sobre alguma variável concorrencialmen-

32. Trecho do voto do Conselheiro-Relator Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado no PA 08012.002127/2002-14, d.j. 13.07.2005. Entendimento em linha com o adotado pela Superintendência do CADE no PA 08012.010215/2007-96, de 06.09.2012, p. 21: “[...] denominados cartéis ‘clássicos’, nos quais os acordos são *perenes* e têm características que demonstram sua *institucionalização*, diferentemente dos cartéis ‘difusos’, os quais careceriam de tais elementos” (grifos do original).

33. Trecho do voto do Conselheiro-Relator Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado no PA 08012.002127/2002-14, d.j. 13.07.2005.

te relevante. Outras vezes, o acordo se dá de forma tácita, por meio de mecanismos sutis e indiretos de comunicação – via imprensa, por exemplo. A colusão tácita – referida como “conduta paralela intencional” por SALOMÃO FILHO<sup>34</sup> – ocorre mais facilmente na presença de duopólios ou oligopólios. Alguns autores sustentam um tratamento mais leniente para o caso de colusão tácita.<sup>35</sup>

Quanto à definição de cartéis nacionais *versus* internacionais, filiamonos à proposta da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos<sup>36</sup> e consideramos que cartéis poderão ser definidos como internacionais se ao menos um dos seguintes requisitos for preenchido: (i) se envolver partes de ao menos duas jurisdições; (ii) se a conduta causar efeitos em ao menos duas jurisdições; ou (iii) se a conduta tiver sido praticada em uma jurisdição mas causar efeito em outra.

34. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 270 e ss.

35. GICO JUNIOR fez extensa pesquisa sobre esses dois tipos de cartéis, com análise de configuração e efeitos sobre a sociedade. O autor conclui que, “apesar de ser teoricamente justificável a punição das colusões tácitas nos mesmos moldes que as colusões expressas, na prática a implementação de uma política nesse sentido tenderia a gerar mais ônus do que benefícios para a sociedade”. Prossegue afirmando que “as colusões expressas devem ser condenadas e seus agentes perpetradores punidos com multas e obrigações de não fazer, enquanto as colusões tácitas seriam consideradas ilícitas nos casos em que claramente há práticas facilitadoras que auxiliam a manutenção do equilíbrio supracompetitivo, sendo a sanção aplicada em tais hipóteses, a imposição de uma ordem *ex nunc* de interrupção das práticas” (GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex, 2007, p. 498-499).

36. A Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos em 1997 determinou que, para efeitos de estatísticas, uma questão internacional, seja ela uma investigação de condutas ilícitas ou um ato de concentração, será assim considerada se envolver potenciais impactos competitivos no mercado interno dos EUA ou nas suas relações de comércio exterior, e se forem preenchidos pelo menos um dos seguintes requisitos: (i) pelo menos uma das partes envolvidas não ser nacional dos EUA, (ii) pelo menos uma das partes envolvidas não estar situada nos EUA, (iii) a conduta considerada ilegal pela lei americana ter sido praticada fora de seu território, (iv) para análise do caso ou investigação ser necessária a cooperação com autoridades antitruste estrangeiras. Vide: U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, ANTITRUST DIVISION. *International Competition Policy Advisory Committee Final Report*, 2000. Disponível em: <www.usdoj.gov/atr/icpac/icpac.htm>. Acesso em: 20 dez. 2012.

O primeiro caso de que se tem conhecimento de cartel internacional punido por infração contra a ordem econômica é o *U.S. v. American Tobacco*,<sup>37</sup> de 1907. O Departamento de Justiça dos Estados Unidos investigou na ocasião mais de 90 empresas e indivíduos. Uma das condutas analisadas foi o acordo entre empresas de cigarro norte-americanas e britânicas que estabelecia que cada uma não atuaria no país da outra e dividia o restante do mundo entre as empresas. Estudos estimam que, entre 1929 e 1937, os cartéis internacionais controlavam cerca de 40% do comércio mundial.<sup>38</sup> Porém, foi somente a partir dos anos 1940 e 1950 que as autoridades antitruste, notadamente as norte-americanas, começaram a investigar sistematicamente cartéis de âmbito mundial, com atuação nos mais diversos mercados: alumínio, lâmpadas incandescentes, nylon, titânio, equipamentos militares e instrumentos para aeronaves.<sup>39</sup> Após a Segunda Guerra Mundial até o início dos anos 1990, houve uma redução na repressão aos cartéis internacionais por parte das autoridades de defesa da concorrência. Foi somente a partir dos anos 1990, com a crescente globalização do comércio, liberalização da economia e privatização que a perseguição a cartéis internacionais voltou a fazer parte das prioridades dos órgãos antitruste – ensejando discussões sobre aplicação extraterritorial da lei, *bis in idem* e cooperação internacional.

Um indicativo da relevância dos cartéis internacionais é que dos 96 cartéis contra os quais os Estados Unidos impuseram multas superiores a US\$ 10 milhões até 31 de julho de 2012, 93 deles foram internacionais, a grande maioria deles afetando mais de duas jurisdições.<sup>40</sup> Estudo aponta que cartéis internacionais geraram, em média, um sobrepreço 6% maior que os cartéis domésticos nos Estados Unidos.<sup>41</sup> Ainda que esse fenômeno possa não se repetir em outras jurisdições, estudos indicam que cartéis internacionais são especial-

37. *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106, 184 (1911).

38. NUSSBAUM, Helga. International cartels and multinational enterprises. In: NUSSBAUM, Helga et al. *Multinational enterprises in historical perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

39. O estudo *International Cartels as an obstacle to international trade*, elaborado por Corwin D. EDWARDS para o Departamento de Justiça dos Estados Unidos em 1944 mostra que antes da Segunda Guerra Mundial havia 179 cartéis internacionais, dos quais 109 contavam com a participação de empresas norte-americanas. Vide: U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, ANTITRUST DIVISION. *International Competition Policy Advisory Committee Final Report 2000*, cit..

40. Vide Apêndice I para a lista completa.

41. BOLOTOVA, Yuliya; CONNOR, John; MILLER, D. Factors influencing the magnitude of cartel overcharges: an empirical analysis of the United States market. *Journal of Competition Law & Economics*, Oxford, v. 5, n. 2, p. 361-381, 2007.

mente propensos a causar danos significativos – de 133 cartéis estudados pela OCDE no período de 1996-2000, apenas 14 deles eram internacionais, mas estes responderam por mais da metade dos danos estimados no valor de US\$ 55.<sup>42</sup> Investigações de cartéis internacionais recentes envolvem produtos tão diversos como vitaminas, lisinas, eletrodos de grafite, mangueiras marítimas, compressores e carga aérea.

Quanto aos cartéis nacionais, eles são mais facilmente formados naqueles países em que há concentração de poder econômico e em que a economia era até recentemente regulada, com mecanismos governamentais de determinação de preços, volume ou outras variáveis comerciais. Um exemplo é o Brasil, em que a existência do Conselho Interministerial de Preços – CIP e da Superintendência Nacional de Abastecimento – SUNAB criava contexto para trocas de informações comercialmente sensíveis entre concorrentes, tendo sido necessárias décadas para superar a cultura então formada.

Os cartéis de compra, por sua vez, envolvem arranjos colusivos entre adquirentes de insumos,<sup>43</sup> enquanto cartéis de venda atuam na ponta contrária, afetando diretamente seus clientes. Cartéis de venda são mais comuns e historicamente receberam mais atenção das autoridades antitruste. Não obstante, cartéis de compra igualmente geram importantes ineficiências sociais, ainda que, no curto prazo, se possa sustentar que poderia haver redução do preço final do produto ou serviço para o consumidor final naqueles casos em que houvesse repasse da depressão nos preços dos membros do cartel aos consumidores finais.<sup>44</sup> Tal qual acontece com cartéis de venda, cartéis de compra são punidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.<sup>45</sup>

Finalmente, passemos à classificação que considera “cartéis de exportação” *versus* “cartéis de importação”. Os primeiros envolvem ajuste ou troca de informações comercialmente sensíveis entre concorrentes com relação a produtos ou serviços vendidos no exterior, atuando como cartel de venda. Por sua

42. OECD. *Recent progress and challenges ahead*. Paris: OECD Press, 2003, p. 9.

43. Sobre o tema, vide: GOLDBERG, Daniel Krepel. *Poder de compra e política antitruste*. Singular: São Paulo, 2006, p.178-179.

44. O primeiro cartel de compra punido por seus efeitos anticompetitivos envolveu um acordo entre refinarias para deprimir o preço das beterrabas açucareiras utilizadas como insumo de produção. *Mandeville Island Farms, Inc. v. American Crystal Sugar Co*, 334 U.S. 219 (1948).

45. O CADE puniu a conduta pela primeira vez por ocasião do PA 08012.002493/2005-16, Conselheiro-Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, d.j. 28.11.2007, que tratava da alegada formação de cartel de compra de gado bovino com menos de 16 arroubas por parte de quatro empresas do setor.

vez, o segundo envolve agentes econômicos que importam produtos ou serviços, atuando como cartel de compra. Muitos países não reprimem e até mesmo incentivam cartéis de exportação, sob a alegação de que os efeitos danosos da conduta não seriam suportados por sua jurisdição.<sup>46</sup>

Passemos agora a um tipo específico de cartéis de alocação de mercado por sua especial relevância em matéria penal: os cartéis em licitações.

### 2.1.1 Um caso especial: os cartéis em licitação

Cartéis em licitação são aqueles ocorridos no bojo de licitações públicas ou privadas. Número relevante de jurisdições e organismos internacionais como a OCDE<sup>47</sup> e a ICN dedicam atenção detida ao tema – especialmente aos cartéis em licitações públicas – em vista dos graves prejuízos causados pela conduta, que afeta diretamente o erário público. Estima-se que países desenvolvidos dediquem cerca de 15% a 20% de seu PIB adquirindo produtos e serviços<sup>48</sup> – esse percentual é, em média, maior nos países em desenvolvimento não apenas porque estão potencialmente mais expostos a fenômenos de corrupção e cartelização, mas porque ainda estão em estágio de grandes gastos em projetos de infraestrutura. Considerando um sobrepreço médio de 20% em cartéis em licitações, grosso modo, o Estado paga em média de 3% a 4% a mais de seu PIB ao adquirir<sup>49</sup> produtos e serviços na presença de cartéis.

Nesse tipo de cartel, há uma peculiaridade: a depender do formato da licitação, não há propriamente perda de bem-estar em sentido estrito. Como vimos acima, a perda de bem-estar – também referida como *peso morto* ou ineficiência estática – ocorre quando o consumidor de bem ou serviço deixa de adquirir a quantidade ideal desejada por conta do aumento de preço decorrente do poder de mercado (no caso do cartel, poder esse decorrente de prática ilícita). No caso de muitos certames, a entidade licitante *fixa a quantidade*

46. Sobre o tema, vide: MARTINEZ, Ana Paula. Isenção antitruste para cartel de exportação: Qual o caminho? *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 17, n. 17, p. 38-67, 2010.

47. Destacam-se as *Diretrizes para Combater o Conluio entre Concorrentes em Contratações Públicas*, lançadas pela OECD em 2009. Disponível em: <www.oecd.org/competition>. Acesso em: 20 dez. 2012.

48. Vide: OECD. *Collusion and corruption in public procurement*, 2010, DAF/COMP/GF(2010)6. Paris: OECD Press, 2010, p. 10.

49. Cartéis em licitações públicas também podem ocorrer quando o agente licitante aliena bens e direitos, como em processos de privatização. O objetivo dos membros do cartel é depreciar o preço da venda. A análise aqui feita para cartéis em licitações aplica-se tanto para casos em que o poder público é o adquirente quanto nos casos em que é alienante de bens e direitos.

*adquirida* do bem ou serviço, partindo de um dado intervalo de preço. Nesses casos, como o efeito de um eventual cartel *não é o de diminuir a quantidade consumida*, não há peso morto. Tem-se apenas uma transferência de renda da entidade licitante para os ofertantes em conluio. É evidente, contudo, que a ausência de perda direta de bem-estar não torna os efeitos de cartel dessa natureza necessariamente menos graves, em especial no que tange àqueles que atingem o poder público. A transferência de renda do poder público para os agentes do cartel diminui, indiretamente, a quantidade e a qualidade dos serviços públicos, que passam a ser custeados sem os recursos subtraídos ilícitamente pelos membros do arranjo colusivo, prejudicando, em especial, a população de menor renda, naturalmente mais dependente de produtos e serviços públicos. Os efeitos gravosos dos cartéis em licitações e o fato de muitas vezes eles estarem associados a episódios de corrupção fazem que alguns países criminalizem apenas esse tipo de arranjo colusivo,<sup>50</sup> como veremos adiante.

Os cartéis em licitação podem se travestir de várias formas, das quais se destacam o loteamento e o rodízio. No loteamento, os membros dos cartéis dividem os entes promotores de licitações ou os itens de uma mesma licitação – por exemplo, para um produto X comumente adquirido por ANATEL, ANEEL e ANAC, as empresas A, B e C acordam que a empresa A atenderá apenas a ANATEL, a empresa B ficará com a ANEEL e a empresa C ficará com a ANAC. Haverá também loteamento se o edital previr vários itens e as empresas dividirem os lotes de produtos entre si. No caso do rodízio, os participantes do cartel estabelecem a ordem em que cada um deverá ganhar uma determinada licitação – nesse caso, imaginemos uma situação em que as empresas A, B e C participam das licitações promovidas pela ANATEL, estabelecendo entre si a ordem em que vencerão os certames. A prática de rodízio é mais comum se as licitações forem promovidas com regularidade antecipada pelos entes privados e se tiverem dimensão e escopo semelhantes.

Tanto no caso do loteamento quanto no de rodízio, os membros do cartel se esforçam para dar a impressão de concorrência no certame – o que é muitas vezes atingido por meio de mecanismos como a apresentação de propostas pró-forma ou propostas de cobertura. Na apresentação de propostas pró-forma, o membro do cartel apresenta proposta que, contudo, contém erros que provocam a desqualificação do agente econômico do certame – o agente deixa de apresentar documentos obrigatórios exigidos no edital, por exemplo (o efeito é o mesmo causado pelo mecanismo de supressão de propostas, em que um determinado membro do cartel deixa de apresentar lance que, ausente o acordo, teria submetido ao agente público). Há também a possibilidade de

50. É o caso, por exemplo, de Áustria, Alemanha e França.

subcontratação: os agentes combinam o resultado e, de modo a haver uma compensação àquele que não foi declarado vencedor, este passa a ser subcontratado pelo membro do cartel signatário do contrato com o ente público.

Dessa forma, por meio de um ou uma combinação desses mecanismos, os membros do cartel objetivam evitar a competição, determinando resultados e fazendo que o ente público ou privado extraia menos benefícios do que extrairia na ausência do conluio.

A prática mostrou que alguns sinais podem indicar a ocorrência de cartéis em licitações: (i) desistência inesperada de fornecedores que eram esperados a participar da licitação; (ii) existência de empresas que, apesar de qualificadas para a licitação, não apresentam propostas para um determinado órgão, embora o façam para outro; (iii) no caso de pregões eletrônicos, propostas de diferentes empresas com a mesma terminação nas casas decimais; (iv) padrão de rodízio entre os vencedores das licitações; (v) existência de margem não racionalmente explicável entre proposta vencedora e demais propostas; (vi) apresentação de propostas com valores muito diferentes nas diversas licitações de que as empresas participam, no caso de as licitações terem objeto e escopo semelhantes; (vii) semelhança na redação das propostas, eventualmente com os mesmos erros ou rasuras; (viii) subcontratação de concorrentes que participaram da licitação pelo vencedor do certame; e (ix) o valor dos lances se reduz quando um novo agente entra no processo licitatório.<sup>51</sup>

Uma questão peculiar diz respeito à formação de consórcios para participar de licitações. Estes podem tanto restringir como incrementar a concorrência,<sup>52</sup> devendo a autoridade antitruste analisar a conduta conside-

51. Vide: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Combate a cartéis em licitações*. Brasília: Imprensa Oficial, 2008, p. 6-7.

52. Vide: OECD. *Public procurement – the role of competition authorities in promoting competition*. DAF/COMP(2007)34. Paris: OECD Press, 2007, p. 34: “Joint bidding is competition-enhancing if it allows firms that are not able to supply complementary products to join with other firms to jointly supply those complementary products. [...] However, when competing firms bid jointly, this usually reduces competition as joint bidding reduces the number of participants. This so-called reduced competition effect promotes less aggressive bidding and therefore has negative effects on competition”. Em tradução livre: “A apresentação de propostas em consórcio incrementa a competitividade se permitir que empresas que não têm condições de fornecer produtos complementares se juntem a outras empresas para então fornecer de forma conjunta tais produtos complementares. [...] Por outro lado, quando empresas concorrentes apresentam ofertas de maneira conjunta, isso geralmente diminui a concorrência, já que o consórcio diminui o número de participantes. Esse assim chamado efeito de diminuição de concorrência

rando os efeitos gerados em cada caso. Haverá restrição à concorrência se for possível demonstrar que as empresas consorciadas teriam capacidade plena de competir individualmente no certame, ausente o consórcio. Haverá promoção da concorrência se o consórcio permitir que empresas que de outra forma não teriam capacidade para oferecer lances passem a fazê-lo por meio da combinação de forças. Aqui é importante reconhecer que concorrência pode não ser o único valor buscado pela autoridade no momento da contratação de serviços ou aquisição de produtos. A autoridade também pode estar buscando redução de risco econômico, por exemplo, o que justificaria a opção por consórcios mesmo que isso resulte em menor nível de concorrência no certame.

Por paradoxal que possa soar, a transparência comumente exigida em licitações aumenta as chances de colusão – e esse efeito é particularmente danoso em contratações públicas. A transparência não apenas reduz custos de monitoramento para os cartéis já existentes, como também possibilita a formação de arranjos colusivos ao disponibilizar com antecedência a informação de quem participa do certame. Por exemplo, é comum que autoridades solicitem àqueles que retiram os editais ou que acessam o *data room* de um determinado projeto identificação e assinatura em folha de presença, ficando o nome das empresas e agentes responsáveis disponíveis a terceiros. Além da divulgação prévia ao certame da identidade de seus esperados participantes, outro fator que pode facilitar a formação de cartéis é o desenho do edital. O edital pode, intencionalmente ou não, estar redigido de forma tal que reduza o número de possíveis participantes – o membro da comissão de licitação, por exemplo, inclui uma especificação de produto tão restritiva que apenas duas empresas conseguem se habilitar ao certame.<sup>53</sup> Nesse caso, é a própria

promove ofertas menos agressivas e consequentemente efeitos negativos na concorrência”. Nesse mesmo sentido, já decidiu o Tribunal de Contas da União: “Ao nosso ver, a formação de consórcio tanto pode se prestar a fomentar a concorrência (consórcio de empresas menores que, de outra forma, não participariam do certame), quanto a cerceá-la (associação de empresas que, caso contrário, concorreriam entre si)” (Acórdão 2813/2004, 1.ª Câmara, Relatório do Ministro-Relator Marcos Vinícios Vilaça, d.j. 09.11.2004).

53. Exemplo dessa situação é a descrita pelo Conselheiro-Relator Abraham Benzaquen Sicsu do CADE por ocasião do julgamento do chamado “cartel de vigilância privada”: “Quanto às características do mercado, pode-se verificar que o mercado de prestação de serviços de vigilância privada em licitações públicas no Estado do Rio Grande do Sul possui características que favorecem a ocorrência e a manutenção de um cartel. [...] A despeito do número de empresas de segurança privada autorizadas pela Polícia Federal no Rio Grande do Sul, as condições constantes dos editais faz com que somente as maiores possam fazer frente às

autoridade que provoca uma restrição à concorrência. E, finalmente, a modalidade de contratação pública – licitação, pregão eletrônico, pregão presencial, carta-convite, entre outros – é também fator que pode facilitar ou dificultar a formação de cartéis.

Uma forma encontrada pelas autoridades para reforçar a importância da legislação antitruste e possibilitar algum tipo de punição àqueles que intercambiam informações com os concorrentes sobre uma licitação são os chamados *Certificates of Independent Bid Determination* (CIBD) ou, em português, Declaração de Elaboração Independente de Proposta. O CIBD é uma declaração por meio da qual o licitante declara não ter intercambiado qualquer tipo de informação com seu concorrente sobre o certame em questão. Dessa forma, caso seja identificada prova de comunicação entre concorrentes, o poder público tem à sua disposição a possibilidade de investigar e punir os licitantes envolvidos por falsidade ideológica, o que se mostrará válido especialmente naqueles casos em que não for possível identificar uma prova do cartel, que tem requisitos mais restritivos para a configuração da conduta.<sup>54</sup> O Brasil é um dos poucos países a ter adotado a exigência da declaração para as contratações federais – retomaremos o tema no subcapítulo IV.3.2.4. Canadá e Estados Unidos são outros exemplos de países que, em linha com a recomendação da OCDE,<sup>55</sup> adotam, para determinados tipos de contratações, tais declarações.

## 2.2 Formação de cartéis e sua manutenção

Certas características tornam um mercado mais propenso à formação de cartéis. São elas: número reduzido de agentes, agentes de mesmo porte e cus-

exigências, em especial no que se refere à série de certificações negativas de pendências com órgãos públicos. Tal fato se configura em barreira a entrada” (PA 08012.001826/2003-10, voto do Conselheiro-Relator Abraham Benzaquen Sicsu, d.j. 19.09.2007).

54. No Brasil, o crime de falsidade ideológica é previsto no artigo 299 do Código Penal: “Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular”. Caso seja possível configurar a conduta como crime de cartel, sustentamos que o crime de falsidade ideológica é absorvido por este, conforme veremos no subcapítulo IV.3.2.4.

55. OECD, *Guidelines for fighting bid-rigging in public procurement*, Paris: OECD Press, 2009.

tos, presença de produtos homogêneos e existência de uma associação empresarial ou sindicato.<sup>56</sup>

Parece intuitivo que é mais fácil intercambiar informações ou entrar em acordo com três em vez de quinze empresas. Há que se ter cuidado aqui para não se concluir que todos os mercados oligopolizados – ou seja, aqueles mercados em que há reduzido número de agentes, com interdependência natural entre os atores – são cartelizados. O que a evidência empírica mostra é apenas que há maior probabilidade de formação de cartéis naqueles mercados em que há grande concentração de mercado. Isso não significa, é claro, que não seja possível haver formação de cartéis em mercados com menores índices de concentração econômica<sup>57</sup> – como é o caso daqueles no setor de revenda de combustíveis líquidos – ou que todo mercado oligopolizado é também alvo de cartel.

Igualmente, se os agentes têm porte e custos similares provavelmente terão os mesmos incentivos para ingressar em um cartel e será mais fácil chegar a um consenso. Por outro lado, a presença de uma grande empresa cercada por empresas menores também pode propiciar um ambiente para a formação de cartéis, com a empresa de maior porte ameaçando as menores com práticas predatórias caso não ingressem no cartel.<sup>58</sup> Estudo com base em 43 cartéis condenados pela Comissão Europeia de 2002 a 2007 indica que em 38% dos casos os líderes do cartel eram ao menos 50% maiores do que a segunda empresa integrante do cartel em porte econômico.<sup>59</sup>

Produtos e serviços homogêneos também facilitam o entendimento quanto aos termos do acordo, uma vez que não será necessário discutir ajustes que reflitam as diferenças nos produtos e serviços. Mercados na vanguarda da tecnologia são, assim, menos propensos à formação de cartéis.

56. HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust*. 2. ed. Washington: West Information Publishing Group, 1997, p. 5.

57. GÜNSTER, Andrea et al. (*Do cartels undermine economic efficiency?*, cit.) empreenderam estudo sobre 49 cartéis punidos pela Comissão Europeia entre 1980 e 2004, um dos quais contou com a participação de 42 membros.

58. Foi o caso do cartel de refeições congeladas na Austrália, formado por 12 empresas, sendo uma delas de porte muito maior que as demais, que ameaçava as menores com a prática de preço predatório caso não cumprissem o acordo de cartel. Vide OECD. *Hard core cartels: recent progress and challenges ahead*. Paris, OECD Press, 2003, p. 12.

59. GANSLANDT, Mattias; PERSSON, Lars; VASCONCELOS, Helder. *Asymmetric cartels: a theory of ring leaders*. CEPR Discussion Paper n. 6829, 2008.

A existência de sindicatos e associações – que têm função legítima e podem incrementar bem-estar social e aumentar a eficiência no mercado – pode facilitar a formação de cartéis ao servir de plataforma para encontros e troca de informações entre concorrentes;<sup>60</sup> grande parte das condenações de cartéis no Brasil, por exemplo, envolveu a participação de tais entidades. Sindicatos e associações possibilitam estabilidade àqueles cartéis formados por um maior número de empresas.

Uma vez formado o cartel, o que determina seu “sucesso”? E como medir “sucesso”? Há duas variáveis principais: lucro extraído da conduta ilícita e duração. Um cartel que tenha conseguido impor um sobrepreço de 50% por dois anos pode ser considerado, do ponto de vista de seus membros, um arranjo superior a um cartel que tenha imposto um sobrepreço ao ano de 10% por cinco anos.<sup>61</sup> Porém, diante da dificuldade de medir o sobrepreço imposto por cartéis,

60. Os cartéis podem se aproveitar da ocasião em que há encontros formais da associação ou sindicato para organizar encontros ilícitos. Vide trecho de Decisão da Comissão Europeia no caso dos aminoácidos, parágrafo 122: “ADM further proposed that the producers attend trade association meetings quarterly to adjust their price and sales volumes according to their agreements. It explained how forming an industry association could provide a seemingly legitimate, but artificial, reason to meet, and thus conceal the fact that purported competitors were secretly meeting to discuss prices and sales volumes. ADM described how to have ‘official’ and ‘unofficial’ meetings. ADM explained that while attending an official industry association meeting, one person would book a hotel suite and quietly notify the others and then they would secretly meet to discuss prices and sales volumes away from official meeting” (2001/418/EC, Decisão de 07.06.2000, no caso COMP/36.545/F3, JOUE L 152, 07.06.2001 p. 24-72). Em tradução livre: “A ADM também sustentou que os produtores compareceram às reuniões trimestrais da associação para ajustar o preço e volume de vendas conforme seus acordos. Explicou como a formação de uma associação da indústria poderia dar lugar a uma razão legítima, mas artificial, para [concorrentes] se encontrarem e assim disfarçar o fato de que concorrentes estavam se encontrando secretamente para discutir preços e volume de vendas. A ADM descreveu como organizavam encontros ‘oficiais’ e ‘não oficiais’. A ADM explicou que, paralelamente ao encontro oficial da associação, alguém reservava uma suite de hotel e secretamente informava o fato aos demais, que então procediam à suite para se encontrar e discutir preços e volume de vendas fora dos encontros oficiais”.

61. O efeito dessas duas variáveis – lucro extraído da conduta ilícita e duração – na probabilidade de detecção do cartel é dúbio. Se quanto maior a duração do cartel, seria razoável sustentar que maior seria o risco de detecção, também é verdade que aumentos abruptos no preço provocados por um arranjo colusivo de curta duração chamam mais a atenção das autoridades para o mercado e podem ensejar a instauração de investigações.

os economistas concentram seus estudos na duração do cartel como um indicativo de sucesso. Aí há outra dificuldade: como estabelecer o início e o fim da conduta? Cartéis são arranjos naturalmente instáveis, que envolvem, em muitos casos, desvios temporários da conduta. Nesses casos, deveriam ser contados múltiplos episódios de cartel ou apenas um, de duração maior, marcado por episódios de traição e instabilidade? Estudos empíricos parecem ignorar os episódios de instabilidade do cartel ao proceder à determinação da duração do cartel e geralmente medem a duração do momento em que o cartel foi formado até quando ele deixou de existir por completo.<sup>62</sup> A depender do estudo econômico levado em consideração,<sup>63</sup> o tempo médio de duração de um arranjo ilícito entre concorrentes é de 3,7 a 7,5 anos; cartéis internacionais duram em média 57% mais quando comparados com cartéis puramente domésticos.<sup>64</sup> Aqui diferenciamos arranjo “ilícito” daquele “lícito” entre concorrentes porque algumas jurisdições preveem isenções para determinados tipos de cartéis, caso em que a duração tende a ser maior – e.g., a média é de 15,5 anos para cartéis de exportação registrados nos termos do *U.S. Webb-Pomerene Act*.<sup>65</sup>

O maior desafio para a duração do cartel – partindo da premissa de que a conduta seja ilícita na jurisdição em que cause efeitos – é o fato de os custos de monitoramento serem altos e a informação disponível no mercado ser imperfeita, o que gera um ambiente de desconfiança entre os membros do arranjo colusivo e incentivos para desvio da conduta, como já apontou STIGLER em seu

62. Sobre a confusão entre duração e estabilidade do cartel, com revisão de estudos empíricos, vide: DE, Oindrila. Analysis of cartel duration: evidence from ec prosecuted cartels. *International Journal of the Economics of Business*, London, v. 17, n. 1, p. 33-65, 2010.

63. Vide: MARQUEZ, Jaime. Life expectancy of international cartels: an empirical analysis. *Review of Industrial Organization*, Boston, v. 9, n. 3, p. 331-41, 1994; POSNER, Richard. A statistical study of antitrust enforcement. *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 13, n. 2, p. 365-419, 1970; GRIFFIN, James M. Previous cartel experience: any lesson for OPEC? In: KLEIN, Lawrence R.; MARQUEZ, Jaime (org.), *Economics in theory and practice: an eclectic approach*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 179-206; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *What determines cartel success*. University of Michigan Working Paper n. 01/2002, 2002; GÜNSTER, Andrea et al. *Do cartels undermine economic efficiency?*, cit., p. 19.

64. Vide: CONNOR, John M.. *Cartels & antitrust portrayed: private international cartels from 1990 to 2008*, cit. CONNOR conduziu estudo tendo por base dados de 516 cartéis.

65. DICK, Andrew. *Information, enforcement costs and cartel stability: an empirical investigation*. University of California Working Paper n. 698, 1993, p. 4

conhecido trabalho sobre assimetrias de informação.<sup>66</sup> Há cartéis que contam com sofisticadas formas de identificação de desvios de conduta, com previsão de punição e compensação entre membros, incluindo “contas-correntes” e “câmaras de compensação”; a prática aponta que cartéis com boa organização administrativa têm maiores chances de perdurar no tempo.

O fato de o cartel contar com reduzido número de membros não está relacionado a uma duração maior da conduta – o que pode soar contraintuitivo. Estudo feito por POSNER,<sup>67</sup> que teve por base 989 cartéis investigados pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos entre 1890 a 1969, indica que 52% deles que contavam com dez participantes ou menos existiram por seis anos ou mais. Esse percentual aumenta para 64% nos casos de cartéis com mais de dez membros.

Se, por um lado, a maior duração do cartel não está associada a um menor número de participantes, dados empíricos indicam que a duração do cartel é maior naqueles casos em que seus membros controlam parte substancial do mercado.<sup>68</sup> Além disso, STIGLER<sup>69</sup> e DICK<sup>70</sup> apontam ao menos correlação entre a existência de grandes consumidores e a duração do cartel: na presença de grandes consumidores, os membros do cartel têm maiores incentivos para trair os demais membros da conduta, o que leva a uma menor duração do cartel.

Outras variáveis que podem influenciar negativamente a duração do cartel são: demanda irregular, alteração nos contextos político e econômico, entrada de novos agentes no mercado e introdução de novas tecnologias.

### 2.3 Excurso: regra per se, regra da razão e o “dilema dos padeiros”

Como visto, cartéis impõem significativas perdas de bem-estar social, sendo considerados a mais grave lesão à concorrência. Esse fato impulsionou algumas jurisdições a, do ponto de vista prescritivo, considerarem acordos entre concorrentes sobre variáveis economicamente sensíveis ilícitos *per se*, in-

66. STIGLER, George. A theory of oligopoly. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 72, n. 1, p. 44-61, 1964.

67. POSNER, Richard. A statistical study of antitrust enforcement, cit.

68. Vide MARQUEZ, Jaime. Life expectancy of international cartels: an empirical analysis, cit.; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *What determines cartel success*, cit.; DICK, Andrew. *Information, enforcement costs and cartel stability: an empirical investigation*, cit.

69. STIGLER, George. A theory of oligopoly, cit.

70. DICK, Andrew. *Information, enforcement costs and cartel stability: an empirical investigation*, cit., p. 4.

dependentemente dos efeitos causados no mercado (presunção *iuris et iure*). Nesses modelos jurídicos, como é o caso dos Estados Unidos<sup>71</sup> e Canadá,<sup>72</sup> a autoridade não necessita comprovar danos à sociedade causados pelo cartel (o que, conseqüentemente, afasta a necessidade de definição de mercado relevante e poder de mercado<sup>73</sup>), mas apenas comprovar que o cartel existiu, e não é dada possibilidade às partes de justificarem sua conduta sob a alegação de que não provocou efeitos (reais ou potenciais) no mercado ou mesmo de que seria eficiente socialmente. Assim, por exemplo, um acordo de preços não pode ser justificado sob a alegação de que, na ausência do acordo, os preços seriam iguais ou, inclusive, menores.

A análise dos efeitos no mercado para a determinação da licitude ou não da conduta é o que se costumou chamar regra da razão (do inglês, *rule of reason*), padrão utilizado por tantas outras jurisdições. Nesses casos, a autoridade deve estabelecer a existência de poder de mercado e a geração de efeitos lesivos no mercado; as partes, por sua vez, podem apresentar justificativas para o acordo, de modo a afastar sua ilicitude, como pode ser a geração de eficiências econômicas.

O Brasil parece ter optado historicamente por uma regra da razão modificada:<sup>74</sup> a autoridade adota presunção *iuris tantum* em relação à geração

71. *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 US 150, 1940, em que a Corte sustentou que “Whatever economic justification particular price-fixing agreements may be thought to have, the law does not permit an inquiry into their reasonableness. They are all banned” (em tradução livre: “Qualquer que seja a justificativa econômica que um determinado acordo de preços possa ter, a lei não permite que se perquirira sobre sua razoabilidade. Eles são todos banidos”). Casos mais recentes apreciados pela Suprema Corte dos Estados Unidos são: *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 886, 2007; *Bus. Elecs. Corp. v. Sharp Elecs. Corp.*, 485 U.S. 717, 723, 1988; *Nw. Wholesale Stationers, Inc. v. Pac. Stationery & Printing Co.*, 472 U.S. 284, 289, 1985. Para uma discussão sobre a aplicação da regra *per se* ou regra da razão para acordos entre concorrentes, vide: USFTC; USDOJ, *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, 2000. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2012.
72. O Canadá passou a considerar cartel clássico anticompetitivo *per se* após alteração legislativa introduzida em seu ordenamento jurídico em 2009.
73. Poder de mercado é usualmente definido como a habilidade de impor preços acima do nível competitivo (i.e., acima do custo marginal médio nos mercados perfeitamente competitivos). Participação de mercado relevante é geralmente usada como um indicativo da existência de poder de mercado.
74. Nesse sentido, reconheceu a OCDE, por ocasião do processo de Revisão por Pares feito em 2010: “Como mencionado anteriormente, a regra *per se* não é aplicável

de efeitos anticompetitivos no mercado provocado pelo cartel, ainda que mais recentemente se note clara tendência do CADE a considerar cartéis clássicos ilícitos *per se*.<sup>75</sup>

no Brasil. Assim, em todos os casos, algum grau de poder de mercado deve ser demonstrado, embora em casos de cartéis clássicos aparentemente apenas uma demonstração mínima é exigida” (OECD. *Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. Paris: OECD Press, 2010). O Anexo I da Resolução 20/1999 do CADE trazia como critério de análise de práticas restritivas a regra da razão: “O principal pressuposto, a ser verificado preliminarmente pela análise, é que condutas prejudiciais à concorrência, e não apenas a(s) concorrente(s), em geral, requerem a preexistência, a alavancagem de um mercado para outro ou a busca de posição dominante no mercado relevante por parte de quem a pratica. Aplicando-se o princípio da razoabilidade, esses requisitos constituem condições necessárias, mas não suficientes, para considerar uma conduta prejudicial à concorrência. Para tanto é preciso avaliar seus efeitos anticompetitivos e ainda ponderá-los *vis-à-vis* seus possíveis benefícios (‘eficiências’) compensatórios”.

75. No julgamento do suposto cartel da pedra britada pelo CADE (PA 08012.002127/2002-14, d.j. 13.07.2005), o Conselheiro-Relator Luiz Carlos Delorme Prado pareceu indicar que o critério adotado pela lei antitruste brasileira seria o da ilicitude *per se*: “Por outro lado, os cartéis geram apenas os efeitos negativos do poder de mercado, sem qualquer efeito de aumento de eficiência. Portanto, cartéis, particularmente cartéis clássicos, são sem qualquer ambiguidade, nocivos ao bem-estar dos consumidores e são conseqüentemente um delito *per se*, sem possibilidade de qualquer mitigação, por argumentos da regra da razão. [...] Portanto, estabelecidas as condições de existência de um cartel integral, alcança-se aquele *quantum* probatório em que uma decisão pode ser exarada. Desta forma, não há que se provar efeitos. Estudos econométricos neste caso são desnecessários, controversos e irrelevantes para a caracterização da conduta ou da gravidade do ilícito”. Foi nessa mesma linha o voto do Conselheiro-Relator Fernando de Magalhães Furlan no PA 08012.009888/2003-70, d.j. 01.09.2010, que apurou alegada formação de cartel na indústria de gases industriais e hospitalares: “Quando competidores entram em contato para minimizar o nível de disputa entre si, já há aí um prejuízo à sociedade. Nesta situação, a atividade econômica passa a ser orientada não pelas demandas do cliente, e sim pelas demandas dos parceiros no acordo espúrio. Um fundamento básico do sistema capitalista é a confiança no setor privado para a produção de bens e serviços. E essa confiança sustenta-se, basicamente, na ideia de que qualquer tentativa de abuso por parte de um empresário implicaria perda de clientes e negócios para seu competidor. Quando empresários se unem para combinar preços e condições de mercado, tem-se a perda de mecanismo básico que assegura a eficácia do nosso sistema econômico. Nestas linhas, concluo que a realização de contatos com o intuito de arrefecer ou afastar a competição no mercado já aduz, em si, um prejuízo à concorrência punível nos termos da lei. Uma vez provada a existência de tais contatos ilícitos, não há como

Mas adotar o critério *per se* seria a solução adequada para o Brasil? Para responder a esta indagação, precisamos definir *adequação* – i.e., precisamos estipular quais critérios empregamos para afirmar que determinada solução legislativa ou tendência jurisprudencial é desejável em relação a outra. E, como veremos mais adiante, esta obra defende – sendo este um de seus eixos condutores – que a definição de adequado ou desejável é medida pelo seu impacto sobre o bem-estar social, na melhor tradição da avaliação econômica do direito de cunho *welfarista*.<sup>76</sup> Assim, a lei que diminui o *bem-estar social* tipicamente será menos desejável que outra que não o faça.

Nesse contexto, parece-nos que, para sistemas jurídicos codificados (*civil law*), a solução de regra da razão com inversão do ônus da prova, que pode ser considerada como uma via intermediária entre a regra *per se* e a regra da razão, é a mais adequada ao sistema de justiça. Hoje já há consenso sobre os efeitos

se alegar a ausência de efeitos danosos”. Vide ainda voto do Conselheiro-Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo no PA 08012.004702/2004-77, que investigou alegado cartel de peróxido de hidrogênio, d.j. 09.05.2012. A Superintendência do CADE parece igualmente caminhar para adotar posicionamento de ilicitude *per se*: “No Brasil, a jurisprudência caminha no sentido de aplicar a regra *per se* às hipóteses dos cartéis denominados clássicos [...]. Nesse sentido, grande parte dos países que possui políticas de defesa da concorrência trata os cartéis clássicos como delitos *per se*, dispensando a prova acerca da existência de prejuízos efetivos para fins de sua repressão, calcando suas decisões na presunção dos efeitos nocivos a partir da comprovação da existência do acordo. O Brasil é um desses países que considera suficiente a prova do acordo para configurar sua ilicitude. Mesmo assim, nas decisões que analisaram os cartéis sob a perspectiva da regra *per se*, foi avaliado o poder de mercado das empresas, embora tal etapa a princípio fosse dispensável em casos de cartéis clássicos” (vide parecer da Superintendência-Geral do CADE no PA 08012.010215/2007-96, de 06.09.2012, p. 21). Alguns ex-integrantes do Conselho adotaram um critério próprio para determinar a ilicitude da conduta; vide, por exemplo, voto vogal da então Presidente do CADE, Elizabeth Farina no PA 08012.004599/1999-18, Conselheiro-Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, d.j. 11.04.2007, que apurou suposto cartel internacional no mercado de vitaminas: “Assim, acompanho o Conselheiro-Relator na visão de que tais estimações são desnecessárias para a análise de casos com farta documentação que comprovam a organização cartelizada, mesmo sem adotar o entendimento de que o cartel é uma conduta ilegal *per se*, mas que, uma vez comprovada sua organização, seus efeitos estarão enquadrados nos incisos I, II e IV do artigo 20”, devendo a autoridade comprovar que os efeitos não são impossíveis.

76. Sobre o tema, vide MARTINEZ, Ana Paula. Análise de custo-benefício na adoção de políticas públicas e desafios impostos ao seu formulador. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 29-59, 2010.

deletérios que os cartéis causam no mercado, mas a mera existência de um acordo para fixar preços não deveria ser suficiente para configurar sua ilicitude. Imaginemos um acordo entre dois padeiros para fixar o preço do pãozinho francês em R\$ 5,00 em um bairro com centenas de padarias, em que o preço do pãozinho varia entre R\$ 0,15 e R\$ 0,20. Em uma jurisdição que adote a regra *per se*, o acordo será punido, ainda que reste clara a incapacidade de ele gerar, ainda que potencialmente, efeitos anticompetitivos no mercado. O único efeito esperado desse acordo é a perda de clientela por parte dos dois padeiros. A sociedade estaria melhor ou pior com essa persecução? Inequivocamente pior: por conta de uma conduta sem quaisquer efeitos lesivos (ainda que potenciais), a persecução dispendirá recursos – públicos e privados, que são, por natureza, escassos –, sem qualquer ganho compensatório ao consumidor. Os preços continuarão os mesmos, a despeito do que venha a ocorrer com os padeiros.

Os proponentes da regra *per se* como vetor de política pública sustentam que ela expande o bem-estar social, porque, na prática, dispensa as autoridades administrativas e criminais de desenvolver investigações dispendiosas em torno de questões como definição de mercado relevante e poder de mercado, assumindo, como presunção *iuris et de iure*, a existência de efeitos anticompetitivos sempre que houver conduta colusiva. Dessa forma, entendem, a eventual condenação de casos irrelevantes como o dos dois padeiros é compensada pela facilidade (i.e., desnecessidade de se comprovar poder de mercado) em processar cartéis efetivamente danosos à sociedade. O argumento tem algum mérito – entronizar a discussão relativa a poder de mercado em cada caso de inquirição em torno da conduta cartelizadora pode, de fato, consumir recursos sociais de forma ineficiente. Contudo, a solução que preconizamos – aplicação da regra da razão com inversão do ônus da prova – resolve a contento esse desafio, sem com isso vincular a atividade sancionatória estatal a persecuções custosas e ineficientes, como no nosso exemplo dos padeiros sem poder de mercado. Se for verdade que um sistema baseado na regra da razão mas com inversão do ônus da prova é o mais eficiente, maximizando bem-estar social, por que então o sistema norte-americano, conhecido por adotar no bojo de sua jurisprudência considerações de eficiência, adotou a regra *per se*?

A resposta, a nosso ver, parece residir na distinção – crucial – entre sistemas codificados, como é o caso do Brasil, e sistemas anglo-saxões, que seguem a *common law*, como é o caso dos Estados Unidos e do Canadá. Isso porque, nestes últimos, há discricionariedade por parte da autoridade no que diz respeito à persecução de condutas. A solução do “dilema dos padeiros” – a investigação e persecução de condutas inofensivas para a sociedade – é resolvida, assim, de outra maneira: a autoridade, seja administrativa seja criminal, pode simplesmente optar por não oferecer ação contra uma conduta que, ilícita em

tese, não gere prejuízos à sociedade, sem que com isso corra o risco de prevaricar ou de violar mandato constitucional da “indisponibilidade do interesse público”. Nessas jurisdições, a combinação que maximiza o interesse social claramente é o da regra *per se* – serão processados apenas os casos graves de cartel (em que presumivelmente exista poder de mercado), sem que o aparato estatal precise alocar tempo e recursos em discussão estéril dos efeitos da conduta obviamente lesiva.



## TUTELA CRIMINAL COMO RESPOSTA NECESSÁRIA À PRÁTICA DE CARTEL

### 1. Breve nota em sede de Teoria Geral do Direito: a norma jurídica em matéria de crimes econômicos

As normas jurídicas definidoras da infração penal, como manifestações do *imperium* estatal, regulam e restringem a liberdade individual em homenagem a algum interesse social, que por sua vez está sempre relacionado a um bem jurídico tutelado pelo ordenamento constitucional. Nesse sentido, como bem disse MESTIERI, “a norma jurídica deve ser necessária e culturalmente adequada”.<sup>1</sup> A necessidade diz respeito ao grau de intensidade que a sanção (incentivo negativo) deve ter para que se alcance a conduta desejada. E a adequação cultural tem pertinência com a eleição de bens jurídicos protegidos que encontrem ressonância com o complexo de valores metajurídicos que informam a construção do ordenamento jurídico.

No contexto do tratamento penal das infrações contra a ordem econômica, o bem jurídico tutelado é o mercado, a ordem econômica, regida pelo princípio da livre concorrência (art. 170, IV, da Constituição Federal). Uma vez que a própria Constituição Federal inscreve a concorrência no rol dos princípios que emolduram nossa ordem econômica, não resta dúvida de que, do ponto de vista puramente normativo, está legitimado o tratamento do ilícito antitruste por parte do direito sancionador. E é isso que prevê o artigo 173, § 4.º, da Constituição quando estabelece: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Mas isso não basta para justificar a repressão penal – dado o caráter extremo da norma penal, exige-se certo grau de legitimação do arcabouço normativo mediante demonstração de que aqueles interesses juridicamente protegidos são particularmente importantes para a sociedade. Daí o elemento “cultural” a que alude MESTIERI. Foi por essa razão que o Capítulo II tratou da importância da concorrência no campo factual e

1. MESTIERI, João. A norma no direito criminal. In: FERRAZ, Sérgio (org.). *A norma jurídica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 150.