

REVISTA DO

Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

Volume 23 - Número 2 - 2017

IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL

CONTANDO CARTÉIS: MUITOS ACORDOS E QUANTAS CONDUtas?

João Victor Freitas Ferreira

Resumo: Este trabalho se propõe a uma breve digressão sobre enfrentada pela autoridade antitruste para distinguir entre uma ou mais infrações da ordem econômica em contextos de colusão endêmica. Apresenta o problema circunstanciado e as dificuldades práticas dele decorrentes, tais como a garantia de proporcionalidade das sanções impostas e os desafios para a efetividade do programa de leniência e de acordos de cessação de conduta. Aborda como a doutrina e a jurisprudência estrangeira endereçam questão semelhante ao analisar o problema das múltiplas conspirações. Ressalta que a experiência estrangeira tem aplicação limitada ao contexto brasileiro, pontuando as especificidades da legislação pátria. Sugere medidas de natureza jurídica e política para o enfrentamento da questão, focando na flexibilidade da atuação da autoridade ao conduzir investigações e impor sanções.

Palavras-chave: Cartel, responsabilização administrativa, colusão endêmica, individualização de condutas; proibição de *bis in idem*.

Keywords: Cartel, administrative liability, endemic collusion, individualization of punishment, *ne bis in idem*.

1. Contando cartéis: uma experiência contraintuitiva

Cartéis são acordos secretos entre concorrentes por meio dos quais esses fixam preços e dividem mercados, alocando entre si clientes e ou regiões (SALOMÃO FILHO, 2003). Por essa razão, são considerados a mais grave infração à ordem econômica, sendo classificados como um ato ilícito por seu objeto – não havendo espaço para discussão dos efeitos líquidos gerados pela conduta praticada. Foram assim eleitos como uma prioridade por distintas autoridades de defesa da concorrência no mundo em razão dos efeitos deletérios por eles provocados (ARAÚJO E CHEDE, 2012). No Brasil, cartéis são reprimidos por normas criminais, cíveis e administrativas, responsabilizando pessoas físicas (apenas estas em âmbito criminal) e jurídicas pelos atos pelos atos de colusão praticados (MARTINEZ, 2013).

JEPHCOTT e LUBBIG (2003) apontam que há características que tornam determinados mercados mais propensos à colusão, tais como a oferta de produtos homogêneos ou de baixa diferenciação, interação frequente entre concorrentes em contextos lícitos e significativo grau de transparência sobre informações concorrencialmente relevantes.

Tais definições dogmáticas são acompanhadas por um sentimento quase intuitivo de que cartéis funcionam como outras organizações criminais, com uma hierarquia de decisões, códigos e procedimentos peculiares que conferem uma identidade única a um conluio. É nesse espírito que se noticia, por exemplo, a existência do cartel d[o] cimento¹, d[o] metrô², d[as] britas³, d[as] vitaminas⁴, dentre tantos outros. A realidade, no entanto, insiste em ser mais desafiadora.

Algumas dessas indústrias, em razão de determinadas características enfrentam sofrimento com a colusão de forma mais aguda, com múltiplas frentes de interações entre concorrentes, sendo algumas delas problemáticas do ponto de vista da legislação antitruste.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE (2016) reconhece essa propensão classificando determinados mercados como de “colusão endêmica”. Tais mercados, por serem foco de múltiplos episódios de atuação concertada entre competidores, deveriam assim receber esforços adicionais das autoridades na implementação da política antitruste⁵⁶.

¹ Nesse sentido: <https://jornalggn.com.br/noticia/as-acoes-contra-o-cartel-do-cimento>. Acesso em 12.12.2017.

² Nesse sentido: <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/cartel-do-metro-mpf-denuncia-9-pessoas-por-lavagem-de-dinheiro>. Acesso em 12.12.2017.

³ Nesse sentido: <https://oglobo.globo.com/economia/cade-faz-acordo-com-empresas-condenadas-no-cartel-das-britas-3054800>. Acesso em 12.12.2017.

⁴ Nesse sentido: http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL20898-9356,00.html. Acesso em 12.12.2017.

⁵ A OCDE exemplifica como indústrias propensas à colusão endêmica: químicos, serviços de construção, licitações públicas, cimento e concreto, e alimentos: <http://www.oecd.org/competition/globalforum/competition-industries-endemic-collusion.htm>. Acesso em 12.12.2017.

⁶ Importante ressaltar que, para além das características apontadas acima que levariam alguns mercados à maior propensão à colusão, outros fatores podem também interferir na recorrência de conluios em determinadas indústrias (ou na percepção que se têm dela), tais como: a interação entre características próprias de determinado agente econômico e o ambiente competitivo de determinado mercado; maior tolerância cultural à formação de acordos em determinadas indústrias; incentivos à colusão que superam os riscos decorrentes da atuação das autoridades concorrenciais; etc. (OCDE, 2015). De mais a mais, a atuação das autoridades concorrenciais, que podem priorizar

No entanto, a simples eleição de mercados suscetíveis à “colusão endêmica” a um maior escrutínio pelas autoridades não é suficiente para garantir a adequada solução do problema. Isso porque, nessas indústrias, o contexto de múltiplas e constantes interações entre concorrentes⁷ impõe um desafio à necessidade de individualização de condutas, correndo-se o risco imprecisões e distorções na decisão de investigar e punir condutas.

Essa questão ganha cores ainda mais especiais quando se considera que as autoridades concorrenciais não tomam conhecimento ao mesmo tempo de todos os atos potencialmente ilícitos praticados em determinada indústria. Dessa forma, decisões importantes para instrução e julgamento das investigações podem negligenciar aspectos importantes da dinâmica anticompetitiva havida.

Dentre tais decisões estão, por exemplo, assinatura de acordos de leniência, abertura de novas investigações ou aporte de novas evidências a investigações em curso, imposição de novas penalidades, etc. Essas decisões tomam por base perguntas elementares como “*este é um novo cartel ou novos fatos de um cartel já detectado?*”, “*estes fatos constituem continuidade de uma conduta anterior ou uma nova conduta?*”, “*há, neste caso, dois cartéis correndo em paralelo ou um único cartel com múltiplos focos de atuação?*”. Tais perguntas, embora pareçam simples, são de difícil resposta em indústrias em que os concorrentes estão habitualmente entrelaçados em uma teia de relações anticompetitivas.

Nesse sentido, este trabalho se propõe a uma breve digressão sobre o desafio enfrentado pela autoridade antitruste ao tentar individualizar condutas referentes a infrações da ordem econômica em contextos de colusão endêmica. Na Seção 2, apresenta-se o problema circunstanciado as dificuldades práticas dele decorrentes, passando-se a uma análise sumária da experiência de autoridades estrangeiras no enfrentamento da questão na Seção 3. Na Seção 4, exploram-se as possibilidades de a legislação vigente oferecer respostas que possam endereçar a questão. A Conclusão segue.

2. O problema de múltiplos conluios na atuação repressiva do Cade em casos de cartel

A Lei 12.529/2011, que tipifica o cartel como conduta punível em

determinados setores ao destinar seus esforços investigativos, opera também um papel importante da percepção da recorrência dos ilícitos concorrenciais em determinado setor.

⁷ Tais interações podem variar de reuniões em que nada se decide a acordos exitosos sobre preço e/ou participação de mercado.

âmbito administrativo, dá poucas pistas sobre como distinguir entre uma ou mais infrações da ordem econômica ocorridas em mercados relacionados. Com efeito, o artigo 36, §3º, I, da referida lei, genericamente associado à prática de cartéis, limita-se a definir como ilícito o acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes que recaiam sobre algum dos objetos das alíneas do mesmo dispositivo⁸.

Na medida em que cartéis tendem a prostrar-se no tempo, é esperado que, durante a sua existência, diferentes combinações e acordos sejam alcançados, resultando em distintos atos de manipulação ou ajuste entre concorrentes. Quando esses episódios estão adstritos a um mesmo produto ou serviço em escopo geográfico definido e personagens relativamente estáveis, há uma tendência de que as autoridades considerem esses fatos concatenados como parte de uma única conduta anticompetitiva e promovam a persecução e sanção dos investigados nesses termos. Os diferentes episódios desse esquema, em vez de serem vistos como múltiplos cartéis, são vistos como atos que se sucedem na “evolução” do acordo anticompetitivo.

Por outro lado, em indústrias em que há uma diversidade de produtos ou serviços ofertados, variação do escopo geográfico e oscilação dos personagens envolvidos, a tarefa de identificar quais episódios constituem cartéis autônomos e quais são parte do mesmo acordo anticompetitivo ganha contornos mais complexos.

2.1. *Imposição proporcional de sanções e vedação do bis in idem*

A primeira implicação prática do desafio de quantificar condutas puníveis é a própria imposição de sanções. Enquanto expressão do direito administrativo sancionador, o direito antitruste também é limitado pelo princípio da vedação de dupla punição (“*ne bis in idem*”) (OSÓRIO, 2009).

⁸ In verbis: As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

Assim, ao punir uma pessoa física ou jurídica com base em duas acusações de cartel distintas quando, na verdade, houve apenas uma infração, a autoridade antitruste atuaria em desacordo com o referido princípio.

Ainda que nem todos os processos abertos resultem em sanções, a mera existência de múltiplas investigações para uma infração única pode significar um complicador para o exercício do direito de defesa.

Os esforços necessários para praticar atos processuais que objetivem atestar a improcedência das acusações em múltiplos procedimentos são certamente maiores do que aqueles necessários para enfrentar uma única acusação. Mesmo que se saia de uma lógica puramente adversarial e se busque a composição por meio da celebração de acordos, também serão necessários múltiplos esforços de negociação e, ao fim, a capacidade financeira individual é uma limitação global à possibilidade de se alcançar um acordo em todas as negociações⁹.

2.2. Implicações para o programa de leniência

Outro aspecto impactado pela definição de se há uma ou mais condutas em jogo é o programa de leniência da autoridade antitruste. Nos moldes do artigo 86, §1º, da Lei 12.529/2011, a celebração de acordo de leniência só está disponível para a primeira empresa que se qualifique com relação à infração noticiada ou sob investigação (ATHAYDE e GRANDIS, 2015).

Ora, a avaliação de se determinado proponente de acordo de leniência é ou não o primeiro a se apresentar às autoridades depende justamente da análise da extensão da infração noticiada. Se uma determinada empresa se propõe a celebrar um acordo de leniência com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade sobre a infração X e uma segunda se apresenta como candidata ao acordo de leniência sobre a infração Y, cabe à autoridade se há ou não sobreposição entre as condutas. Se Y for parte integrante de X, a leniência não estará disponível. Se não, poderão ser iniciadas as negociações com a segunda empresa.

Ocorre que a colaboração para celebração de acordos de leniência é, em grande medida, uma reconstrução artificial da verdade real, sendo, por vezes, impossível ao proponente saber, com exatidão, todos os contornos da conduta anticompetitiva a ser narrada¹⁰. Dificuldade ou impossibilidade de

⁹ Em âmbito administrativo, acordos de leniência e compromissos e de cessação nos termos dos artigos 85 a 87 da Lei 12.529/2011.

¹⁰ Esse exercício é, em regra, precedido por investigações internas por parte das pessoas jurídicas proponentes do acordo de leniência. A natureza de “melhores esforços” de

acessar documentos, participação limitada na conduta, comprometimento da memória dos empregados ou ex-empregados, ou mesmo ausência de colaboração por parte de alguns de seus prepostos são fatores que podem comprometer a possibilidade de o beneficiário da leniência reconstruir a narrativa do cartel em sua íntegra.

Os episódios cuja reconstrução não foi possível ao primeiro candidato à leniência podem ser justamente aqueles que deporiam a favor da unicidade de condutas, dificultando a avaliação de eventual sobreposição pela autoridade.

A situação pode ganhar contornos ainda mais desafiadores levando-se em consideração a existência do programa de leniência *plus* (art. 86, §7º e 8º da Lei 12.529/2011). Os investigados não signatários do primeiro acordo de leniência firmado têm incentivos para identificar novas condutas e reportá-las à autoridade a fim de obter descontos maiores ao negociar acordos.

A existência de tal programa, na verdade, pode ser responsável pela reação em cadeia de celebração de múltiplos acordos de leniência relacionados a um mesmo mercado. Se os fatos adicionais identificados pelo candidato a signatário da leniência *plus* forem considerados como parte da primeira infração noticiada, os referidos benefícios legais não estarão disponíveis. Por outro lado, se os fatos constituírem nova infração, será possível obtê-los.

Dessa forma, há incentivos para que aqueles que não signatários do primeiro acordo de leniência considerem fatos adicionais como novas infrações. Por outro lado, para os signatários do primeiro acordo, há incentivos para que os fatos sejam considerados mera extensão da infração já noticiada – e sujeitos, portanto, à proteção já conquistada.

Esses interesses distintos podem resultar em algum viés da narrativa – em um sentido ou em outro – tornando a tarefa ainda mais complexa.

3. Quantificação de conluios: fundamentos teóricos e experiências em outras jurisdições

Na experiência internacional, o desafio de quantificar casos de cartel guarda algum paralelismo com a controvérsia “*single versus multiple conspiracies*”¹¹, que reflete, a grosso modo, a tentativa das autoridades julgadoras de identificar quando se está diante de um ou vários crimes de

investigações internas é descrita pela American Bar Association (2013) em estudo sobre o tema.

¹¹ Esse problema é também descrito em estudo de 1957 publicado na Columbia Law Review em que tal dilema é associado com o número crescente de acusações por conspiracy e o incremento nas atividades do crime organizado.

conspiracy¹². Por também ser um crime plurissubjetivo (ou de concurso necessário), o tratamento jurídico conferido ao cartel pode ter, como ponto de partida, a análise da referida questão em outras jurisdições.

Nos EUA, a questão está longe de ser pacificada e recebeu tratamento flutuante em diversos precedentes exarados aos longos dos anos. THEIS (1996) faz um apanhado de decisões da Suprema Corte dos EUA e de outros tribunais estadunidenses acerca da questão, destacando as inconsistências na jurisprudência até aquele momento.

Dentre os precedentes destacados no estudo, merece atenção o caso “*United States v. Korfant*” (1985), em que o réu foi acusado de participação em múltiplos cartéis ocorridos em diferentes locais do país.

Ao analisar a alegação de *bis in idem* suscitada pela defesa, o *Second Circuit* identificou oito critérios por meio dos quais seria possível distinguir casos de conspiracy: (1) sucessivos indiciamentos para condutas delituosas; (2) sobreposição de participantes; (3) sobreposição temporal; (4) semelhança de *modus operandi*; (5) existência de atos comuns comprovados; (6) o espaço geográfico em que as supostas conspirações ou atos comprovados ocorreram; (7) objetivos comuns, e (8) grau de interdependência entre as supostas distintas conspirações¹³.

Ao analisar a decisão do *Second Circuit*, THEIS (1996) afirma que as diferenças apontadas como critério da decisão focam nas semelhanças entre as acusações sem reconhecer que esse tipo de análise não tem base legal substantiva. O autor também entende que faz pouco sentido analisar a sobreposição de condutas com base na fixação de parâmetros que não têm ligação com os elementos do tipo (no caso, acordo entre co-partícipes). Destaca, por fim, que a participação do mesmo agente em repetidos crimes de mesma natureza indica uma grande probabilidade de que os atos praticados façam parte de uma mesma *conspiracy*¹⁴.

¹² Em razão das características do Sistema federativo estadunidense, a definição de “conspiracy” varia de acordo com a lei estadual. Há em comum a noção de que “conspiracy” equivale a um acordo entre partícipes objetivando a prática deliberada de atos ilícitos (KATYAL, 2003).

¹³ Tradução livre do original em inglês: “(1) the criminal offenses charged in successive indictments; (2) the overlap of participants; (3) the overlap of time; (4) similarity of operation; (5) the existence of common overt acts; (6) the geographic scope of the alleged conspiracies or location where overt acts occurred; (7) common objectives; and (8) the degree of interdependence between alleged distinct conspiracies”.

¹⁴ THEIS (1996) aponta também que a decisão judicial não faz uma análise de como esses fatores se relacionam entre si e como isso leva à análise geral feita sobre as condutas.

COHEN (1974), ao descrever o problema, aponta que a decisão por uma ou mais acusações de *conspiracy* é feita em um estágio muito preliminar da investigação, de modo que o resultado final da instrução pode levar a uma conclusão distinta (existência de um único crime em vez de vários, ou vice-versa).

CHEREMINSKY (2009) também aponta para a falta de coerência das decisões judiciais nos Estados Unidos no que diz respeito à dificuldade de se estabelecer uma ou múltiplas acusações em um contexto de sucessivos atos delitivos, destacando os impactos dessa decisão para proporcionalidade da punição dos envolvidos e sobre os incentivos para a celebração de acordos.

Inconsistência jurisprudencial é também uma das constatações feitas por GROBERMAN (1982) ao analisar as decisões do Judiciário canadense quando confrontado com o dilema de uma ou múltiplas acusações de *conspiracy*.

GROBERMAN (1982) e COHEN (1974) apontam que, para as autoridades acusatórias, a tarefa de juntar ou separar diferentes acordos não é trivial. A existência de múltiplos objetivos em um conluio, a dificuldade de acesso a prova direta dos acordos entabulados são alguns dos complicadores dessa tarefa.

GROBERMAN (1982) aponta outros fatores da estruturação de conluios que acrescem níveis de complexidade à solução do problema: (i) a existência de um esquema em roda (“*wheel*”), em que apenas um participante se conecta aos demais, não havendo, entre esses, conexão direta ou necessária, (ii) a presença de diferentes fases ou etapas de uma empreitada criminosa, com possível entrada e saída de participantes e alteração dos objetivos, (iii) a divisão de tarefas em cadeia em uma empreitada criminosa e (iv) a formação de esquemas piramidais, em que há formação de uma hierarquia entre os integrantes do acordo.

É possível identificar, na literatura estrangeira, pelo menos três abordagens para endereçar a questão: (a) análise da natureza da empreitada, (b) análise da totalidade das circunstâncias e (c) juízo baseado na culpabilidade¹⁵.

Pela primeira, a individualização da conduta seria feita própria natureza do acordo. Ao responder a pergunta “com quem e a que cada indivíduo concordou?”, o órgão julgador será capaz de individualizar a conduta do réu, atribuindo resposta proporcional ao ilícito cometido por cada indivíduo

¹⁵ A escolha dessa nomenclatura se baseia no quanto proposto por GROBERMAN (1982) e não implica afirmar que as demais análises extrapolam ou desrespeitam um juízo de culpabilidade na imposição de sanções.

(GALVIN e VENOKOUR, 1975)¹⁶.

Na segunda, faz-se a análise conjunta de diversos fatores para se chegar a juízo de unicidade ou multiplicidade de condutas. Nota publicada na *Minesotta Law Review* (1981) aponta sete critérios que podem ser utilizados para realização dessa tarefa: (i) número de atos comprovados em comum, (ii) sobreposição de participantes da conduta, (iii) lapso temporal em que os fatos ocorreram, (iv) similaridade de *modus operandi*, (v) locais em que ocorreram as supostas práticas, (vi) a existência de um objetivo comum aos diferentes acordos e (vii) o grau de interdependência necessário para que a empreitada como um todo fosse bem sucedida¹⁷¹⁸. Já na terceira abordagem, do juízo baseado na culpabilidade, a responsabilização de cada partícipe se daria em relação àquilo com que este comprovadamente concordou e para cuja implementação concorreu diretamente (GROBERMAN, 1982).

Embora as abordagens acima referidas busquem evitar a violação das garantias fundamentais dos acusados, imputando-lhe acusações na extensão de sua participação e objetivem evitar super ou sub-punição, nenhum dos critérios propostos é à prova de falhas; contextos fáticos mais complexos podem levar a resultados inconsistentes.

Conquanto a comparação com a experiência internacional seja um referencial válido para se vislumbrar soluções para a questão, a importação dessas abordagens pode gerar distorções e falsos problemas para a dogmática brasileira. Na seção seguinte, será feita uma análise de quais parâmetros a legislação brasileira pode oferecer para solucionar a questão, recorrendo-se, em grande medida, à dogmática penal pelo paralelismo que a persecução criminal guarda com o direito administrativo sancionador.

¹⁶ Os autores destacam que, muitas vezes, o julgador contorna a necessidade de responder essa questão como se o julgamento fosse do esquema criminoso em si e não das diferentes pessoas nele envolvidas que, nesse sentido, deverão ser punidas na extensão de sua culpabilidade.

¹⁷ Tradução livre do original em inglês: “(i) the number of alleged overt acts in common; (ii) the overlap in personnel; (iii) the period during which the alleged acts took place; (iv) the similarity in the methods of operation; (v) the locations in which the alleged acts took place; (vi) the extent to which purported conspiracies have a common objective; and (vii) the degree of interdependence needed for the overall operation to succeed”.

¹⁸ A decisão do caso *United States v. Korfant* segue a mesma linha de análise combinada de distintos critérios.

4. Contando cartéis no Brasil

4.1. Três tipos de cartéis

Seguindo parâmetros da dogmática penal, é possível identificar duas categorias com que crimes podem ser praticadas em relação ao seu tempo de execução: instantâneos (com ou sem efeitos permanentes) ou permanentes. No mais, ainda que não seja, no âmbito penal, parte dessa taxinomia, a ideia de crime continuado constitui uma terceira espécie para os fins pretendidos neste trabalho conforme demonstrado a seguir.

Instantâneos são os crimes cuja consumação é imediata, podendo seus efeitos se estender no tempo (caso em que são instantâneos de efeitos permanentes), sem que a ação se renove. Permanentes, por sua vez, são aqueles em que há continuidade temporal da conduta, havendo uma turbação perene do bem jurídico tutelado (GOMES e MOLINA, 2009).

O crime continuado (ou continuidade delitiva), a seu turno, não é propriamente uma modalidade de crime na classificação quanto ao tempo, mas uma ficção jurídica¹⁹ estabelecida pelo legislador brasileiro para efeitos de aplicação da pena²⁰. Embora vários crimes tenham sido cometidos, aplica-se a pena como se só um tivesse ocorrido, sendo aplicada uma causa de aumento em razão da continuidade delitiva (GOMES e MOLINA, 2009). Nos termos do artigo 71 do Código Penal, há crime continuado quando “*o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhanças, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro*”.

Ao se analisar de que forma cartéis podem ser se estender no tempo, vislumbra-se que, dependendo do caso, a conduta pode se amoldar em qualquer uma das categorias.

¹⁹ GOMES e MOLINA (2009) destacam que, no Brasil, prevalece a teoria da ficção jurídica, em oposição à teoria da unidade real (efetivamente todos os crimes formariam um só) e à teoria mista (forma-se um terceiro crime).

²⁰ Nesse sentido, vide a Exposição de Motivos nº 211, de 09.05.1983 referente à reforma da parte geral do Código Penal: “O critério da teoria puramente objetiva não se revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva. O projeto optou pelo critério que mais adequadamente se opõe ao crescimento da criminalidade profissional, organizada e violenta, cujas ações se repetem contra vítimas diferentes, em condições de tempo, lugar, modos de execução e circunstâncias outras, marcadas por evidente semelhança. Estender-lhe o conceito de crime continuado importa em beneficiá-la, pois o delinquentes tornar-se-ia passível de tratamento penal menos grave que o dispensado a criminosos ocasionais.”

Um cartel pode ser instantâneo quando concorrentes prontamente alcançam e materializam um acordo entre si, sem que haja necessidade de que as tratativas sejam retomadas ou renovadas no decorrer do tempo²¹. Pode ser permanente quando o acordo alcançado exige renovação contínua dos atos anticompetitivos²². E, por fim, pode-se estar diante de um cartel continuado quando o conluio entre concorrentes é composto por sucessivos acordos e combinações que se sucedem ao longo do tempo²³.

E qual seria, em âmbito administrativo, a consequência de um cartel ser caracterizado como instantâneo, permanente ou continuado? A Lei 12.529/2011 menciona em apenas uma passagem a existência de infrações permanentes ou continuadas:

Art. 46. Prescrevem em 5 (cinco) anos as ações punitivas da administração pública federal, direta e indireta, objetivando apurar infrações da ordem econômica, contados da data da prática do ilícito ou, **no caso de infração permanente ou continuada**, do dia em que tiver cessada a prática do ilícito²⁴ (sem grifos no original).

A menção específica a infrações permanentes e continuadas, ao contrário de negar, reforça a existência de infrações mais simples, do tipo instantâneas.

Subjaz à formulação do artigo 46 a noção de que atos ilícitos que tenham a forma de condutas permanentes ou continuadas devem ser havidos como uma conduta única. Tanto é, que a própria lei atribui-lhes um único marco

²¹ Imagine-se, por exemplo, que no dia da entrega das propostas de uma licitação, o concorrente A oferece a seu concorrente B a possibilidade de subcontratação no projeto licitado, exigindo, para isso, a supressão da proposta de A que seria entregue naquele dia. Ao deixar de entregar a proposta mediante combinação com concorrente, tem-se um cartel de consumação instantânea – ainda que seus efeitos, a contratação de B para o projeto, tenham caráter permanente.

²² Imagine-se, por exemplo, que A e B, vendedores de um mesmo produto X, decidem entre si alocar os clientes C, D, E, F e G, ficando os dois primeiros com aquele e os dois últimos com este. Considerando que o fornecimento do produto X é contratado de forma reiterada, enquanto perdura o “respeito” pelo acordado e nem A nem B ofertam produtos aos clientes alocados ao outro concorrente, há um cartel permanente em curso.

²³ Imagine-se, por exemplo, que A e B, vendedores de um mesmo produto X, reúnem-se repetidamente para discutir aumentos de preços e divisão de clientes, oscilando na consecução de acordos, com constante renegociação de condições.

²⁴ Neste ponto, a disciplina antitruste abre divergência com o tratamento criminal em que, embora punidos como um só, os crimes cometidos em continuidade delitiva têm contagem autônoma da prescrição.

prescricional, tratando-lhes, portanto, como uma unidade jurídica²⁵.

A lógica do artigo 46 significa que, malgrado um sem-número de acordos, combinações, ajustes ou manipulações possam ter sido levados a cabo entre concorrentes, se entre eles houver um vínculo de permanência (i.e. perenidade) ou continuidade (i.e. reiteração), tais atos devem ser vistos como uma única infração à ordem econômica.

Isso, no entanto, é diferente do que se enfrenta no desafio da análise de “*multiple conspiracies*” nas jurisdições anglo-saxãs. Senão, vejamos.

Ao tentar quantificar as condutas delituosas de um complexo conjunto fático, as autoridades estrangeiras precisam analisar se os diferentes atos objeto de investigação constituem um ou mais conluíus – i.e. uma ou mais empreitada criminosa, ao passo que, no Brasil, diferentes conluíus que entre si guardem uma relação de permanência ou continuidade deveriam ser tratados como infração única.

Explica-se: para que diferentes atos constituam partes de uma mesma infração, não seria necessário provar que os fatos investigados são parte de uma mesma empreitada criminosa, e sim que entre eles há vínculo de permanência ou continuidade.

A permanência não possui definição legal e pode ser compreendida como uma turbção perene da ordem econômica nos moldes já descritos acima. Para identificação de uma relação de continuidade entre diferentes conluíus, é necessário recorrer à definição do artigo 71 do Código Penal, podendo-se dizer que ela está presente quando se verificarem os elementos ali descritos.

Do referido conceito do artigo 71 do Código Penal é possível extrair pelo menos três elementos:

Multiplicidade de atos praticados: para que haja continuidade, é preciso que o agente tenha praticado uma pluralidade de ações. Transportando-se essa lógica para o contexto dos cartéis, a multiplicidade consistiria, em por exemplo, realizar diferentes acordos para fixação de preços, divisão de mercado ou coordenação de atividades.

a) Mesma espécie dos atos praticados: além da diversidade de ações, a continuidade dependeria de as infrações praticadas fossem do mesmo tipo. Não podem ser havidos como interagentes de uma continuidade infracional atos de espécie diferentes, como, por exemplo, exigência de exclusividade praticada unilateralmente por um agente econômico em

²⁵ Com relação aos ilícitos continuados, a solução adotada pelo legislador administrativo é diferente da escolhida pelo legislador criminal, tendo em vista que neste âmbito os efeitos da definição de crime continuado alcançam tão somente a pena ser imposta.

publicidades em meios de comunicação de massa (art. 36, §3º, VI, da Lei 12.529/2011) e um acordo entre concorrentes para dividir entre si determinado mercado (art. 36, §3º, I, c, da Lei 12.529/2011), salvo se um for utilizado para consecução do outro, caso em que pode haver consunção (e não continuidade).

b) Semelhança de circunstâncias: paralelismo de condições de tempo, lugar, maneira de execução ou outras circunstâncias das condutas praticadas são elementos que indicariam que, de fato, está-se diante de uma continuidade.

Mesmo à luz dos critérios do artigo 71, a tarefa de unir ou separar condutas para processamento e julgamento permanece complexa, especialmente no que diz respeito ao terceiro elemento: semelhanças de circunstâncias entre os ilícitos praticados. Isso porque a interpretação desses critérios tem grau significativo de subjetividade.

Em âmbito criminal, a identificação do crime continuado também não é trivial. A construção sobre que grau de semelhança entre as circunstâncias autorizam o tratamento dos fatos como crime continuado dividem os tribunais e, circunstâncias extraprocessuais, como a gravidade dos fatos, clamor pela responsabilização dos envolvidos ou mesmo razões de política criminal podem ter alguma influência sobre a análise de continuidade delitivas.

Por outro lado, há uma grande assimetria entre o volume e a frequência com que crimes violentos, contra o patrimônio ou pequenas fraudes são levados a julgamento quando comparados aos crimes econômicos. Tal circunstância limita a aplicabilidade dos parâmetros já alcançados para identificação de crimes continuado em âmbito criminal para a atividade administrativa em matéria de defesa da concorrência.

Cite-se, por exemplo, a fixação de período de trinta dias como lapso temporal máximo para que dois atos criminosos sejam considerados continuidade delitiva²⁶. Se a fixação de tal período já seria questionável para

²⁶ Vide, por exemplo, as decisões do Superior Tribunal de Justiça nos seguintes casos: AgRg no AREsp 468460/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/05/2014, DJe 28/05/2014; HC 239397/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 15/04/2014; RHC 38675/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/03/2014, DJe 02/04/2014; HC 168638/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 01/03/2013; RHC 24125/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 01/02/2012; AREsp 346230/SE (decisão monocrática), Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, julgado em 11/06/2014, DJe 16/06/2014; EDcl no AREsp

crimes de execução menos complexa como furto, roubo e afins, tão mais inviável é sua aplicação a delitos cuja execução depende de uma multiplicidade de ações mais complexa, como é o caso dos crimes econômicos. Especialmente no que diz respeito aos cartéis, a renovação de tratativas entre concorrentes é motivada pelas oscilações ou variações do ambiente concorrencial, as quais podem ocorrer em intervalo de tempo muito superior aos trinta dias fixados pela jurisprudência.

4.2. *Flexibilidade da política antitruste em ambientes de colusão endêmica*

Tendo em vista que a separação ou união de casos depende, entre outros aspectos, da atividade interpretativa na reconstrução da narrativa do(s) cartel(éis) e que imprecisões podem ocorrer nessa atividade, sugerem-se algumas medidas que podem ser tomadas pela autoridade antitruste com o fito de corrigir inconsistências geradas por essa dificuldade:

a) Prudência na negociação de acordos de leniência:

Considerando que nem todas as informações estão disponíveis ao candidato a signatário da leniência quando este solicita o início das negociações com o Cade, cabe à autoridade evitar, tanto quanto possível, a sobreposição entre negociações.

Permitir ao primeiro que se propõe a negociar o acordo de leniência avançar em sua colaboração apresentando, de forma livre, os resultados de sua investigação permitirá à autoridade entender a extensão da conduta narrada, antecipando possíveis conflitos com outros pedidos de negociação.

Tal postura implica reconhecer a atuação em um contexto de colusão endêmica em que, em certa medida, há um funcionamento patológico da indústria que leva um dado conjunto de concorrentes a replicar comportamentos colusivos em muitos – se não todos – os seus ambientes de interação. Apenas com a percepção do contexto geral em que sua intervenção ocorre é que será possível à autoridade avaliar os vínculos e as relações de permanência e continuidade entre os diferentes episódios expostos pela investigação.

b) Flexibilidade na negociação de acordos:

Da mesma forma, ao negociar compromissos de cessação em suas investigações, a autoridade deve estar sensível às relações existentes entre as diferentes investigações em curso, permitindo a adoção de critérios de negociação que internalizem a noção de colusão endêmica do ambiente

441816/MG (decisão monocrática), Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, julgado em 20/05/2014, DJe 22/05/2014; REsp 1110726/RS (decisão monocrática), Rel. Ministra MARILZA MAYNARD, julgado em 20/05/2014, DJe 19/12/2013.

concorrencial.

Concretamente, isso quer dizer perceber a assimetria de papéis ocupados pelos participantes na(s) conduta(s) e compreender que seu ímpeto de solucionar as contingências pela via da negociação depende de um esforço global de cooperação e de uma capacidade financeira única para fazer frente aos compromissos derivados da cooperação.

c) *Poder de revisão pelo Tribunal:*

Quando levados a julgamento casos em que, durante a instrução, optou-se pela segmentação de casos envolvendo mercados relacionados, cabe ao Tribunal Administrativo avaliar se o conjunto probatório colacionado confirma a existência de diversas condutas ou se, ao contrário, indica que os fatos investigados em processos distintos são, na verdade, uma conduta única.

Se as provas reunidas ao fim da instrução levarem à conclusão de que se trata de uma única infração da ordem econômica em vez de várias, como formulado na acusação, cabe ao Tribunal Administrativo reconhecer a infração continuada, aplicando-lhe sanção proporcional com base na variação da alíquota aplicável, nos termos do artigo 45, I e V, da Lei 12.529/2011.

Mesmo após a prolação de uma decisão, é possível ao Tribunal, diante de novas evidências surgidas no curso das investigações pendentes de julgamento, constatar que os fatos investigados constituem na verdade conduta única. Nesse caso, impõe-se o reconhecimento da unificação das sanções aplicadas, recorrendo-se, por analogia, à disposição do artigo 82 do Código de Processo Penal - CPP.

5. Considerações finais

Conquanto a individualização de casos de cartel não seja tarefa trivial e a opção por uma ou múltiplas acusações tenha sério impacto no exercício do direito de defesa e na utilidade das investigações, é preciso que a autoridade antitruste esteja, nos moldes descritos acima, sensível a situações em que um ambiente de colusão endêmica acomete determinadas indústrias, possibilitando a punição proporcional dos envolvidos e o estímulo à cooperação com as investigações.

As medidas sugeridas acima, longe de encerrar o debate, têm por objetivo promover a discussão sobre o assunto. Especialmente porque, em muitos casos, as razões de decidir da autoridade antitruste – como da aceitação ou não de um acordo de leniência com determinados contornos – não são públicas.

A atividade de repressão a cartéis, quando comparada a outras frentes

de persecução estatal, é bastante recente. Mais recente ainda é a possibilidade de descortinar contextos de colusão endêmica resultando em múltiplos acordos em um mesmo ramo de atividade econômica. A evolução da política de defesa da concorrência é, nesse aspecto, algo em construção e, nesse sentido, não ocorrerá sem alguma turbulência.

6. Referências

ATHAYDE, Amanda e GRANDIS, Rodrigo de. Programa de leniência antitruste e repercussões criminais: desafios e oportunidades recentes. In: CARVALHO, Vinícius Marques de. *A Lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência*. São Paulo: Singular, 2015.

COHEN, R. Benjamin, The Single versus Multiple Conspiracy Problem, 2 *Crim. Just. Q.* 111, 122 (1974)

DUFFY, Jan D. Best practices in internal investigations: 2013 Edition. Disponível em : <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/labor_law/Transatlantic%20conferences/2013/whistleblowing_duffy_authcheckdam.pdf>. Acesso em 05 ago 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States v. Korfant. Disponível em: <<https://www.ravellaw.com/opinions/1643aae15124d8d8f22d21267bb7f1e6>>. Acesso em 05 ago 2017.

GALVIN, Harriett; VENOKOUR, Sherri, Resolution of the Multiple Conspiracies Issue Via a Nature of the Enterprise Analysis: The Resurrection of Agreement, 42 *Brook. L. Rev.* 243, 308 (1975)

GOMES, Luiz Flávio e MOLINA, Antonio García-Plabos de. Direito penal: parte geral. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009.

GROBERMAN, Harvey, Multiple Conspiracies Problem in Canada, The, 40 *U. Toronto Fac. L. Rev.* 1, 34 (1982).

JEPHCOT, Mark e LÜBBIG, Thomas. Law of cartels. Bristol: Jordans, 2003.

KATYAL, Neal Kumar, Conspiracy Theory. *Yale Law Journal*, Vol. 112, June 2003. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=346500>>. Acesso em 02 set 2017.

MARTINEZ, Ana Paula. Challenges Ahead of Leniency Programmes: The Brazilian Experience. In: *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, pp. 1-8.

_____. *Repressão a carteis: interface entre direito administrativo e penal*. São Paulo: Singular, 2013.

MNCUBE, Libery. Why are some industries prone to endemic collusion?

Disponível em: <<http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2014/09/Why-some-industries-seem-prone-to-endemic-collusion.pdf>>. Acesso em 10 set 2017.

Nota, “Federal Treatment of Multiple Conspiracies.” *Columbia Law Review*, vol. 57, no. 3, 1957, pp. 387–405. *JSTOR*, Disponível em: <www.jstor.org/stable/1119616>. Acesso em 15 set 2017.

OCDE. Serial offenders: a discussion on why some industries seem prone to endemic collusion. 05 out 2016. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2015\)13/FINAL&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)13/FINAL&doclanguage=en)>. Acesso em 10 ago 2017.

Single vs. Multiple Criminal Conspiracies: A Uniform Method of Inquiry for Due Process and Double Jeopardy Purposes, 65 *Minn. L. Rev.* 295, 318 (1981)

THEIS, William H. The double jeopardy defense and multiple prosecutions for conspiracy. 1996. Disponível em: <<http://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2473&context=smulr>>. Acesso em 05 jul 2017.