



**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CARLOS MAGNO DOS REIS VENTURELLI

**OPERAÇÃO LAVA JATO, UM PRECEDENTE HISTÓRICO.
REPERCUSSÃO CONCORRÊNCIAL E PENAL.**

**Brasília-DF
Fevereiro, 2016.**

CARLOS MAGNO DOS REIS VENTURELLI

**OPERAÇÃO LAVA JATO, UM PRECEDENTE HISTÓRICO.
REPERCUSSÃO CONCORRÊNCIAL E PENAL.**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processo Penal, no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* “Direito Penal e Processo Penal” do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

**BRASILIA,
FEVEREIRO 2016**

CARLOS MAGNO DOS REIS VENTURELLI

**OPERAÇÃO LAVA JATO, UM PRECEDENTE HISTÓRICO.
REPERCUSSÃO CONCORRÊNCIAL E PENAL.**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processo Penal, no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* “Direito Penal e Processo Penal” do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Brasília, 24 de fevereiro de 2016.

Prof.

Prof.

Prof.

À Deus primeiramente por conceder os recursos necessários para a conclusão de mais essa jornada.

As minhas filhas Júlia e Giovanna que se mostram cada vez mais importantes na percepção dos caminhos escolhidos, à minha esposa Isabela e a meus pais.

RESUMO

A operação Lava Jato é um marco na história jurídica, econômica e social do Brasil. “*Leandig case*”, cujas divisas ainda não se têm dimensão, permitiu um reexame por parte das instituições e principalmente por parte da sociedade de um modelo de justiça a ser reinventado após sua deflagração. A análise da operação Lava Jato e a repercussão jurídico-econômica à repressão de condutas anticompetitivas, especialmente os acordos entre concorrentes, perpassando pelo modelo constitucional e o desenho institucional concorrencial serão os objetivos do presente estudo.

Palavras-chave: Lava Jato. Direito Concorrencial. Direito Penal. Direito Constitucional. Práticas Concertada. Cartel.

ABSTRACT

Operation Lava Jet is a milestone in legal history, economic and social development of Brazil. "Leandig case", whose currencies have not yet dimension, allowing a review of institutions and especially by the company of a justice model to be reinvented after its outbreak. The analysis of the operation Lava jet and the legal and economic impact of the repression of anticompetitive conduct, especially agreements between competitors, passing by the constitutional model and the competitive institutional design are the objectives of this study

Keywords: Lava jet. Competition Law. Criminal Law. Constitutional law. Concerted practices. Cartel.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. OPERAÇÃO LAVA JATO.....	13
2. A EVOLUÇÃO DO DIREITO CONCORRENCIAL NO MUNDO E NO BRASIL.....	20
2.1 A Defesa da Concorrência e o Combate ao Cartel.....	26
2.2 O Cartel Clássico e o Cartel em Licitações “ <i>bid rigging</i> ”.....	32
2.3 Metodologia na persecução administrativa dos delitos Econômicos.....	37
2.4A Dosimetria das sanções concorrências, implicações econômicas e penais.....	40
3. O TRATAMENTO PENAL E O CRIME DE CARTEL.....	49
CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS.....	56

INTRODUÇÃO

O Direito como ciência não é lei¹ e a Economia como ciência também não é matemática. Ao longo da história ora como causa ora como efeito ordens Jurídica e Econômica serviram-se uma da outra como influxos e reflexos de suas aspirações.

O que é o Liberalismo senão um aceno de um pensamento Econômico a um aceno dado pelo pensamento Jurídico. A imbricada relação entre Direito e Economia é antiga, entretanto, sua observação pela comunidade acadêmica não trouxe contornos tão significativos quanto em outras áreas do pensamento jurídico, como o direito penal, civil, constitucional, - Posner, em sua obra, *Fronteiras da Teoria do Direito*, afirma que as principais faculdades de direito nos Estados Unidos tem um ou mais economistas com PHD em seu corpo docente².

No Brasil, interessante notar a neutralidade ou talvez a indiferença da Doutrina do “*Law and Economics*” no que tange ao delineamento histórico do assunto, partindo da premissa que o Direito contemporâneo insta a todo momento uma forma de conformar o comportamento do indivíduo à norma³.

1 O professor Paulo Queiroz sobre o tema Pontua – “de sorte que, assim como não existem fenômenos morais, mas apenas uma interpretação moral dos fenômenos, tampouco existem fenômenos jurídicos, mas só uma interpretação jurídica dos fenômenos, pois nada é onticamente jurídico, lícito ou ilícito, mas socialmente construído. Em direito nada é dado; tudo é construído. Em conclusão, o direito é o que dizemos que ele é, porque o direito, como de resto quase tudo que diz respeito ao homem, não está no fato ou na norma em si, mas na cabeça das pessoas, de modo que podemos afirmar, parafrazeando o Evangelho (Lucas, 17:21), que o reino do direito está dentro de nós, e que nós o criamos e recriamos permanentemente, dando-lhe distintos significados a cada momento de sua produção segundo um dado contexto histórico-cultural. Dito de outra forma: o direito e o não direito, tal qual o justo e o injusto, o pio e o ímpio, o moral e o imoral, o ético e o estético, é em nós que ele existe!”. Queiroz, Paulo. *Curso de Direito Penal*. 7 ed. Rio de Janeiro. LUMEN JURIS, 2011. Pág. 23.

2 Posner, Richard A. *Fronteiras da teoria do direito*. São Paulo; Tradução Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. 2011, Pág. 12.

3 As primeiras teorias sobre o tema foram desenvolvidas no século XVIII. Adam Smith e Jeremy Bentham, o primeiro ao estudar os efeitos econômicos decorrentes da formulação das normas jurídicas, o outro ao associar legislação e utilitarismo, demonstravam a importância de análise interdisciplinar ou multidisciplinar de fatos sociais. Embora haja estudos anteriores, é a partir dos anos 1960 do século passado que se inicia o desenvolvimento da denominada área de Law and Economics, que vem se fortalecendo na pesquisa acadêmica. O movimento começa a ganhar corpo com a publicação de “*The Problem of Social Cost*”, de Ronald H. Coase, professor da Universidade de Chicago, passa por Richard Posner, com “*Economic Analysis of Law*”, ambos professores da Universidade de Chicago, por “*The Cost of Accidents*” de Guido Calabresi, de Yale. Além deles, Henry Manne, George Stigler, Armen Alchian, Steven Medema, Oliver Williamson, entre outros, aprofundam o diálogo.

Mais estranho ainda a dogmática e as teorias jurídicas mais tradicionais não sobrestarem suas premissas e com a necessária acuidade analisarem os processos de escolha dos indivíduos lastreados pela estrutura de incentivos envolvida⁴.

A interação entre Direito e Economia antecede o contemporâneo diálogo denominado “*Law and Economics*”⁵. Estabelecer um diálogo teórico e aplicado entre Economia e o Direito, - como diria Umberto Eco⁶, - é trabalho de gênero, cujos limites ultrapassam os fins a que se destina o presente trabalho.

Desse diálogo entre Direito e Economia, cujo campo é de vastíssima operabilidade é que se lançará um olhar sobre o mais emblemático caso criminal e econômico da história brasileira, a Operação Lava Jato.

Longe de transcender os limites, mas também não os obsejando comezinicamente, emergem e emergirão do caso reflexos jurídicos e econômicos que extrapolam a racionalidade binária penal. O trabalho propiciará interessantes reflexões acerca do caso, cuja dimensão mais detida e pouco conhecida será a concorrencial.

4 Segundo Rachel Sztajn, “ É importante lembrar, ainda, que, no primeiro quartel do século XX, Aaron Director, estudioso da concorrência, ressaltou a estreita ligação entre Direito e Economia, chamando a atenção dos juristas que atuam nessa área sobre a importância de observarem comportamentos e análises econômicas a fim de entenderem melhor as questões referentes à competição em mercados. É que, quanto a mercados e concorrência, qualquer regulação prestável passa por prévia e competente análise econômica, seja para evitar super regular as condutas, seja para que os efeitos regulatórios, no médio e longo prazo, não inviabilizem a atividade. Contudo, o sucesso dos diálogos não convence a um grupo de juristas. Eles se baseiam nas diferenças metodológicas entre os dois ramos do conhecimento, que lhes parecem insuperáveis. Essas diferenças são mais nítidas nos países de Direito filiado à família romano-germânico-canônica, em que predominam a dogmática, a discussão e classificação das fontes do Direito, expostas de maneira sistemática para desenhar um conjunto coerente, que não segue a metodologia adotada pelos economistas baseada na análise de esquemas empíricos. Sztajn, Rachel. Direito e Economia. São Paulo. Ed. Elsevier. 2005. Pág. 87.

5 Hovenkamp buscando as premissas históricas do movimento aponta para antecedentes já na primeira metade do século XIX, para além, credita aos primeiros Institucionalistas da chamada Era Progressista no início do século XX. Para o autor esses antecedentes preconizavam intervenção e regulação estatal na economia, com foco em tributação, mas também na concepção da firma como instituição, na relação entre contrato e propriedade legal e distribuição de renda. Agenda contemporânea: direito e economia: trinta anos de Brasil, tomo 1 / Maria Lúcia L. M. Padua Lima, coordenadora, São Paulo, Saraiva, 2012.

6 Minha Experiência me diz que os estudantes que escolhem temas do gênero acabam por fazer teses brevíssimas, destituídas de apreciável organização interna, mais próxima de um poema lírico que de um estudo científico. Eco, Umberto. Como se faz uma tese. 16^o ed. São Paulo, Pág. 11.

Para José dos Santos Carvalho Filho “*A existência de um título na Constituição dedicado à ordem econômica revela bem claro ter o constituinte visão de que a democracia não pode desenvolver-se a menos que a organização econômica lhe seja propícia*”.⁷

Para o Professor Luiz Roberto Barroso, em lição sobre princípios de funcionamento e princípios fins, inseridos no capítulo da ordem econômica, o legislador originário optou de forma expressa pela economia de mercado. Segundo ele, o princípio da livre concorrência, “*contém a crença de que a competição entre os agentes econômicos, de um lado, e a liberdade de escolha dos consumidores, de outro, produzirão os melhores resultados sociais: qualidade dos bens e serviços e preço justo*”⁸.

Ainda segundo o ele, “*os agentes privados têm não apenas direito subjetivo à livre concorrência, mas também o dever jurídico de não adotarem comportamentos anticoncorrenciais, sob pena de se sujeitarem à ação disciplinadora e punitiva do Estado*”⁹.

A busca pela adequação do Estado em fornecer e fomentar as suas riquezas engendrou diversos padrões de atuação, do liberalismo puro oitocentista passando pelo Estado Social provedor até o Estado Constitucional Econômico¹⁰.

Como conformador das normas que regulam a atuação dos agentes econômicos, o Estado retira da Constituição as premissas e os fundamentos de validade das demais normas que, conjuntamente e em face da Constituição, engendram a atuação dos agentes econômicos, inclusive ele, o Próprio Estado.

7 Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. 38 Ed. Curso de direito constitucional. Saraiva. São Paulo. 2012. Pág.. 307.

⁸ Barroso, Luiz Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. Revista diálogo Jurídico. Número 14 – junho/agosto de 2002 – Salvador – Bahia – Brasil. Pág. 3.

⁹ Idem.

¹⁰ O liberalismo inerente ao constitucionalismo pode ser rejeitado por correntes populistas ou de extrema esquerda, mas a oposição se enfraquece quando se fala de um constitucionalismo democrático e social ou se dá ênfase aos aspectos nacionais-nacionalistas. Isso indica que, apesar da falta de concordância sobre conteúdos e funções, o constitucionalismo se apresenta como opção política absolutamente predominante na modernidade. Vieira, Oscar Vilhena; Dimoulis, Dimitri. Constituição e Desenvolvimento, Agenda contemporânea: direito e economia: trinta anos de Brasil, São Paulo. Saraiva, 2012. Pág. 373, Vários autores.

Como centro de dispersão de valores, a Constituição, nas palavras de Hesse, possui força normativa, insere sintática e semanticamente os objetivos a serem alcançados, conferindo-lhe, objetivamente papel fundamental na atividade interpretativa do ordenamento jurídico. Assim, o ordenamento jurídico como um todo, deriva dos desejos, expressos ou não, da norma Maior.

É importante observar até que ponto ou em que medida instrumentos de natureza jurídica conseguem ordenar, efetivamente, a vida econômica, sobretudo no tocante aos abusos do poder econômico, já que a prevenção e repressão de tais ilícitos, no limite, podem desnaturar a “democracia econômica”, cujo intervencionismo não foi calibrado pelo mesmo legislador originário.

Para além da Constituição Federal as normas antitruste e penais, a Jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a doutrina nacional e internacional servirão como referencial teórico para analisar os delitos cometidos no bojo da operação Lava Jato.

O estudo foi estruturado em 3 (três) capítulos. O primeiro traça um panorama sobre a investigação e persecução da operação Lava Jato, os crimes cometidos pelas empresas cartelizadas, desvelando ainda a estrutura beneficiada pelo cartel das empreiteiras.

O segundo capítulo, traçará um panorama histórico da norma concorrencial no direito comparado e sua normatização pelo direito brasileiro buscando a razão econômico/jurídico por detrás da norma e o modelo institucional criado para a proteção da concorrência no Brasil.

Ainda neste capítulo, uma abordagem sobre a defesa da concorrência e o combate ao crime de cartel, trazendo uma sucinta releitura do modelo constitucional cooperativo na perspectiva de uma aproximação dos demais entes federativos na defesa da concorrência. Uma análise da norma concorrencial sob o enfoque prescritivo e repressivo, os tipos de cartéis existentes e os efeitos econômicos e sociais derivados do mesmo.

Analisar-se-á, ainda, a problemática envolvendo a metodologia para a verificação do crime de cartel, a dosimetria na aplicação das sanções concorrências, bem como as implicações econômicas e societárias e a análise crítica do avanço de normas de natureza penal sob o direito administrativo.

Por fim, no terceiro e último capítulo, as implicações penais e o tratamento dispensado pela norma penal ao crime de cartel, suscitando alguns questionamentos sobre o encarceramento como fator dissuasório do crime de cartel.

1. OPERAÇÃO LAVA JATO

O estudo conforme apontado acima parte da análise dos crimes cometidos contra a ordem econômica no bojo do que se convencionou chamar midiaticamente de operação Lava Jato e ainda não possui balizas que apontam para um fim próximo.

A Procuradoria Geral da República e a Polícia Federal consideram a operação Lava Jato como a maior investigação sobre crimes que o Brasil já teve. Os volumes operados pelo esquema entre propinas, desvios e lavagem de dinheiro ultrapassam a casa dos R\$ 14,1 bilhões de reais¹¹.

Soma-se a isso, a repercussão política do caso, cujas investigações descortinaram a intervenção de importantes figuras políticas nos crimes praticados, - mais de 49 investigados são titulares de foro por prerrogativa de função¹², - “foro privilegiado”.

A primeira etapa da operação Lava Jato, tem início em 2009, os investigados, o ex-deputado federal José Janene, os doleiros Alberto Youssef e Carlos Habib Chater, são investigados por crimes relacionados à lavagem de recursos relacionados ao parlamentar e evasão de divisas. Desses crimes, ainda emergem elementos de informações quanto à prática de crimes antecedentes ligados a tráfico de entorpecentes (tráfico e associação para o tráfico), esquemas de corrupção junto à empresa Petrobras (corrupção ativa e passiva, fraude em licitações), dentre outros.

A nominada operação Lava Jato, desdobra-se em mais quatro operações, entretanto, considerando a repercussão midiática em torno desta, as demais foram tratadas em conjunto e igualmente nominadas¹³.

11 Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/todas-noticias>. Acesso em 15/12/2015.

12 Idem.

13 **Operação Bidone**, referente às atividades do doleiro ALBERTO YOUSSEF, denunciado nos autos do Processo n. 5025699-17.2014.404.7000 e em outras ações penais. **Operação Dolce Vitta I e II**, referente às atividades da doleira NELMA MITSUE PENASSO KODAMA, denunciada nos autos do Processo n. 5026243-05.2014.404.7000 e por fim na operação **Operação Casa Blanca**, referente às atividades do doleiro RAUL HENRIQUE SROUR, denunciado nos autos do Processo n. 025692-

A partir da assinatura do acordo judicial de delação premiada, o doleiro revela a participação de executivos da empresa Petrobras no esquema. Dá-se início à segunda etapa da operação.

Dos elementos de informação colhidos na segunda fase da operação, apurou-se a prática de crimes de ocultação de recursos provenientes de outros crimes praticados por empreiteiras junto à Estatal.

Estas empreiteiras, em conluio com executivos da Estatal¹⁴, atuavam concertadamente de modo a se beneficiarem dos contratos assinados. Partes dos valores dos respectivos contratos eram repassados a executivos/diretores¹⁵ da Petrobras, partidos políticos, parlamentares¹⁶ e a operadores encarregados também de distribuir esse valores¹⁷.

Operando de maneira concertada, as empreiteiras se beneficiavam dos contratos junto à Estatal¹⁸. Tais praticas só perduraram por tanto tempo por que os diretores, indicados pelos partidos políticos, permitiam a manutenção do falso cenário concorrencial sem questionar o escopo dos respectivos contratos.

25.2014.404.7000. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-no-stj-e-no-stf/peticoes/no-stf/docs/pet5291>. Acesso em 20/01/2016.

14 Segundo as denúncias feitas pelo Procurador Geral da Republica, [...] Esses funcionários permitiam negociações diretas injustificadas, celebravam aditivos desnecessários e com preços excessivos, aceleravam contratações com supressão de etapas relevantes e vazavam informações sigilosas, dentre outras irregularidades, todas em prol das empresas cartelizadas [...].Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-no-stj-e-no-stf/peticoes/no-stf/docs/pet5291>. Acesso em 20/01/2016.

15 **Núcleo administrativo**, formado pelos funcionários de alto escalão da PETROBRAS, especialmente os diretores, os quais eram indicados pelos integrantes do núcleo político e recebiam vantagens indevidas das empresas cartelizadas, componentes do núcleo político, para viabilizar o funcionamento do esquema. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-no-stj-e-no-stf/peticoes/no-stf/docs/pet5291>. Acesso em 20/01/2016.

16 **Núcleo político**, formado principalmente por parlamentares que, utilizando-se de suas agremiações partidárias, indicava e mantinha funcionários de alto escalão da PETROBRAS, em especial os diretores, recebendo vantagens indevidas pagas pelas empresas cartelizadas (componentes do núcleo econômico) contratadas pela sociedade de economia mista, após a adoção de estratégias de ocultação da origem dos valores pelos operadores financeiros do esquema. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-no-stj-e-no-stf/peticoes/no-stf/docs/pet5291>. Acesso em 20/01/2016.

17 **Núcleo financeiro**, formado pelos operadores tanto do recebimento das vantagens indevidas das empresas cartelizadas integrantes do núcleo econômico como do repasse dessa propina aos componentes dos núcleos político e administrativo, mediante estratégias de ocultação da origem desses valores. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-no-stj-e-no-stf/peticoes/no-stf/docs/pet5291>. Acesso em 20/01/2016.

18 O cartel é formado pelas seguintes empresas: GALVÃO, ENGENHARIA, ODEBRECHT, UTC, CAMARGO CORRÊA, TECHINT, ANDRADE GUTIERREZ, MENDES JÚNIOR, PROMON, MPE, SKANSKA, QUEIROZ GALVÃO, IESA, ENGEVIX, SETAL, GDK e OAS.

Segundo os próprios delatores, as práticas concertadas tem início em 2004. A divisão dos contratos se dava antes do início do certame licitatório, de maneira que outras empresas não conseguissem competir. O jogo de cartas marcadas já antecipava aos partícipes os vencedores do certame.

Do crime de cartel, apurou-se a prática dos crimes de corrupção, lavagem de dinheiro e organização criminosa. Considerando que todos estes crimes encontram-se na linha de desdobramento da persecução deflagrada, por conexão, a persecução processual dos demais crimes tornaram prevento o Juízo da 13ª Vara Federal na Capital Paranaense, Curitiba.

Os preceitos atinentes à fixação da competência decorrem, em um primeiro plano, da teoria geral do Direito Penal¹⁹, entretanto dada a autonomia desvelada pela ciência processual erigiu-se a necessidade de estabelecer regras de competência²⁰ no sentido de permitir maior eficiência para a persecução criminal.

A operação Lava Jato, diferentemente do caso mensalão, não consiste em uma única ação penal. A conhecida ação penal 470 julgada no Supremo Tribunal Federal foi objeto de um único inquérito que deflagrou a denuncia de mais de 40 pessoas. A persecução criminal da ação penal 470 desvelou falhas que se depuram na operação Lava Jato; - a operação Lava Jato em sua 22ª fase, diferentemente da ação penal 470, possui implicações processuais diferentes.

Em um esforço de síntese, traz-se um trecho da sentença que contextualiza a persecução criminal²¹:

19 O Professor Eugênio Pacelli leciona que “A primeira regra de fixação de competência no Código de Processo Penal como vimos, é a lugar da infração, em razão das maiores facilidades na coleta do material probatório disponível, bem como de sua produção em juízo. O nosso Código de Processo Penal adotou a teoria do resultado, que considera lugar da infração o local onde se consumou o crime. Se a razão preponderante para a adoção do critério do lugar como regra deveu-se à questão probatória (a facilidade de sua produção), por que motivo teria a nossa legislação processual penal optado pela regra do resultado?”. Pacelli, Eugênio de Oliveira. Curso de processo penal. 18. ed. São Paulo. Atlas, 2014. p.264.

20 Ibid.,p. 265. Acreditamos que explicação esteja ligada às preocupações com a chamada “Perpuatio Jurisdiones”, princípio processual segundo o qual, uma vez iniciada a ação ela perante o juiz territorialmente competente, as modificações e/ou alterações de competência somente deveriam ocorrer de modo excepcional, de modo a preservar, o mais amplamente possível, a celeridade que deve informar o processual penal, evitando-se os inconvenientes decorrentes da declinatória de foro.

21 Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>. Acesso em 17/12/2015 – referente a ação penal AÇÃO PENAL Nº 5007326-98.2015.4.04.7000/PR.

67. Tramitam por este Juízo diversos inquéritos, ações penais e processos incidentes relacionados à assim denominada Operação Lava Jato.

68. A investigação, com origem nos inquéritos 2009.7000003250-0 e 2006.7000018662-8, iniciou-se com a apuração de crime de lavagem consumado em Londrina/PR, sujeito, portanto, à jurisdição desta Vara, tendo o fato originado a ação penal 5047229-77.2014.404.7000.

69. Em grande síntese, na evolução das apurações, foram colhidas provas, em cognição sumária, de um grande esquema criminoso de corrupção e lavagem de dinheiro no âmbito da empresa Petróleo Brasileiro S/A - Petrobras cujo acionista majoritário e controlador é a União Federal.

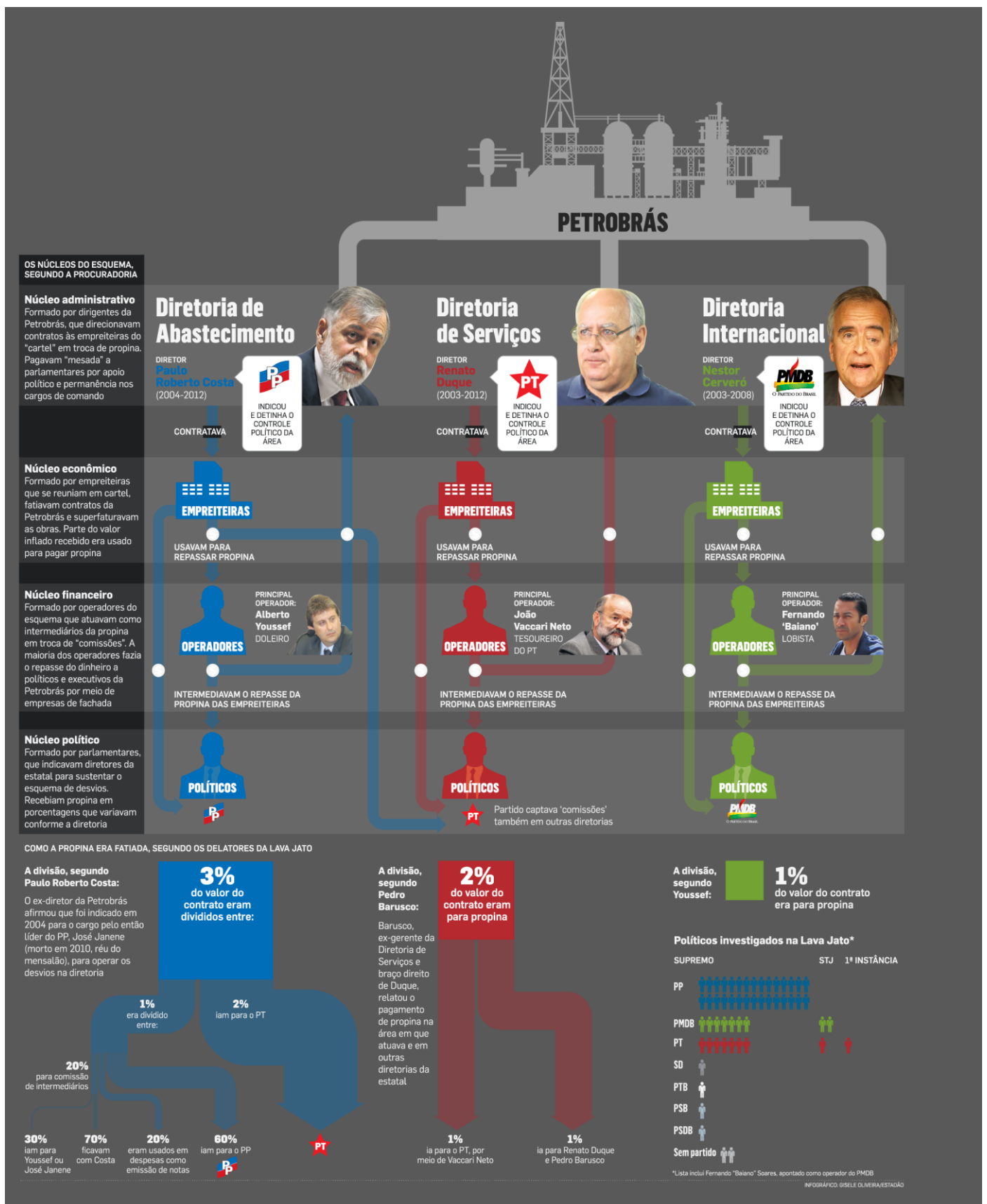
70. Grandes fornecedores da Petrobras de obras e equipamentos pagariam sistematicamente propinas a dirigentes da empresa estatal calculados em percentual sobre o contrato.

71. Paulo Roberto Costa, ex-Diretor de Abastecimento, receberia propinas por intermédio de Alberto Youssef, que dirigia escritório especializado em lavagem de dinheiro. Após acordo de colaboração com a Procuradoria Geral da República e que foi homologado pelo Supremo Tribunal Federal, confessou os crimes e descreveu todo o esquema criminoso.

72. Na área de engenharia, receberiam propinas Renato de Souza Duque, ex-Diretor de Engenharia, juntamente com seu subordinado Pedro José Barusco Filho, gerente de Engenharia. Como intermediadores, atuavam outros operadores de lavagem de dinheiro. Após acordo de colaboração com o Ministério Público Federal, Pedro Barusco confessou os crimes e descreveu todo o esquema criminoso.

73. As propinas também eram em parte destinada a partidos ou agentes políticos que, por sua vez, davam respaldo político à indicação e manutenção no cargo dos aludidos Diretores. A Diretoria de Abastecimento era controlada pelo Partido Progressista - PP. A Diretoria de Engenharia, pelo Partido dos Trabalhadores - PT, enquanto a Diretoria Internacional, pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro - PMDB.

Abaixo, infográfico produzido pelo Jornal Estadão sobre o esquema montado junto à Estatal:



Se a independência das instituições chegou a estar em xeque, a operação revelou e reforçou o grau de maturidade que as mesmas se encontram. Os números produzidos pela operação traduzem, sem dúvida, a afirmação²².



RESULTADOS DA OPERAÇÃO LAVA JATO I

941 PROCEDIMENTOS INSTAURADOS

360 BUSCAS E APREENSÕES,
88 MANDADOS DE CONDUÇÃO COERCITIVA
E **116** MANDADOS DE PRISÃO CUMPRIDOS,
SENDO **61** PRISÕES PREVENTIVAS E **55** PRISÕES TEMPORÁRIAS

85 PEDIDOS DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL,
SENDO **76** PEDIDOS ATIVOS PARA **28** PAÍSES
E **9** PEDIDOS PASSIVOS COM **8** PAÍSES

35 ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA
FIRMADOS COM PESSOAS FÍSICAS,
SENDO **25** COM PESSOAS SOLTAS

4 ACORDOS DE LENIÊNCIA FIRMADOS

35 ACUSAÇÕES CRIMINAIS CONTRA **173** PESSOAS
PELOS SEGUINTE CRIMES:

- CORRUPÇÃO
- CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL
- TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS
- FORMAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA
- LAVAGEM DE ATIVOS, ENTRE OUTROS.

5 ACUSAÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
CONTRA **24** PESSOAS FÍSICAS E **13** EMPRESAS
PEDINDO O PAGAMENTO DE **R\$ 4,47 BILHÕES**

**VALOR TOTAL DO RESSARCIMENTO
PEDIDO: R\$ 14,5 BILHÕES**

OS CRIMES JÁ DENUNCIADOS ENVOLVEM PAGAMENTO
DE PROPINA DE CERCA DE **R\$ 6,4 BILHÕES**
R\$ 1,8 BILHÃO JÁ RECUPERADO
POR ACORDOS DE COLABORAÇÃO,
SENDO **R\$ 654 MILHÕES** OBJETO DE REPATRIÇÃO
R\$ 2,4 BILHÕES EM BENS DOS RÉUS JÁ BLOQUEADOS

ATÉ O MOMENTO SÃO 75 CONDENAÇÕES,
CONTABILIZANDO **626** ANOS, **5** MESES E **15** DIAS DE PENA

MPF

dados atualizados até 12 de novembro de 2015

22 Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/todas-noticias>. Acesso em 17/12/2015.

Embora o inconformismo de alguns, - em especial o uso do instituto da delação premiada, as decisões não terminativas, prisões cautelares e preventivas, chegaram às instâncias Superiores e não foram reformadas, demonstrando de alguma forma a higidez com que a Jurisdição fora exercida no curso da operação²³.

Em tempos em que não se fala de outra coisa a não ser de garantismo penal²⁴, o direito penal é fato social em movimento, é a um só tempo, limitador do poder interventivo do Estado no combate a criminalidade, protegendo o indivíduo da repressão desmedida do Estado e, mecanismo de proteção da sociedade contra o abuso do indivíduo.

Essas duas faces de uma mesma moeda devem coexistir, não só para fazer com que haja o respectivo Estado de Direito, protetor da liberdade individual, mas também para atender as expectativas do interesse social, correspondente ao Estado Social, mesmo à custa da liberdade do indivíduo²⁵.

23 Conforme levantamento feito pela Procuradoria-Geral da República, desde o início da Lava Jato, em março de 2014, até meados de janeiro deste ano, foram ao menos 413 recursos apresentados pelas defesas. Deste total, somente 16 reclamações dos defensores foram concedidas total ou parcialmente e 313 (76%) negadas. Cerca de 85 habeas corpus ainda estão em trâmite (incluindo algumas decisões que foram alvo de recursos). Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/cortes-superiores-revisaram-menos-de-4-das-decisoes-do-juiz-sergio-moro/>. Acesso em 25/01/2016.

24 Sobre o tema, “a dupla face do princípio da proporcionalidade, por intermédio da invocação *proibição da proteção insuficiente/deficiente* dos direitos fundamentais (*Untermassverbot*)”. Conferir artigo publicado por Lênio Streck com o nome; - A (primeira) aplicação da *Untermassverbot* pelo Supremo Tribunal Federal: comentário ao RE 418.376. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco, André Rufino do Vale. A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição, Ed. Única. São Paulo. Ed.Saraiva 2010. Pág, 228.

25 ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de direito penal. 3 ed., Lisboa: Coleção Veja Universitária,1998, Pág. 76.

2. A EVOLUÇÃO DO DIREITO CONCORRENCIAL NO MUNDO E NO BRASIL²⁶.

O Direito da Concorrência é, antes de tudo, um dos vários mecanismos de intervenção do Estado junto ao mercado, é uma das formas de expressão da política da concorrência ou antitruste²⁷. A política antitruste possui, como seu objetivo econômico, a manutenção de um ambiente econômico competitivo, reprimindo ou prevenindo as várias modalidades de abuso de poder de mercado exercidas por meio de condutas anticompetitivas, de forma a promover a atuação eficiente das empresas²⁸.

Nasce na América do Norte, ainda no século XIX com vistas a mitigar os efeitos monopolistas respectivamente dos serviços de transporte²⁹ e mais tarde do petróleo³⁰.

O Canadá foi o primeiro País do mundo a editar uma norma concorrencial, o “*Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade*”, foi editado em 1889 e tinha como escopo mitigar colusões comerciais voltadas para a restrição de fixações de preços ou produção (cartéis).

Em 1890, um pouco depois da lei antitruste Canadense, os Estados Unidos editam o *Sherman Act*. Em que pese posterior, a lei antitruste Estadunidense é até hoje considerada a lei mais importante atinente ao tema, erigiu para além do

26 O antitruste é um ramo do direito que procura disciplinar as relações de mercado entre os agentes econômicos, visando ao estabelecimento de um ambiente de livre concorrência, cujos destinatários finais são os consumidores. Desse modo, ele procura tutelar, sob sanção, o pleno exercício do direito à livre concorrência como instrumento da livre-iniciativa, em favor da coletividade. – Franceschini, José Inácio Gonzaga. Introdução ao direito da concorrência. São Paulo: Malheiros, 1996. Pág. 8.

27 A Política Concorrencial não se restringe ao Direito da Concorrência, - como a análise de atos de concentração ou repressão às ações concertadas, os chamados cartéis, a política de concorrência pode ser entendida como um conjunto de medidas ou mecanismos utilizados, cuja finalidade maior é de proporcionar condições de concorrência no mercado.

28 Métodos Quantitativos na Avaliação dos Efeitos de Fusões e Aquisições: uma análise econômica e jurídico-institucional. Tese de Doutorado. Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2010. Pág. 59.

29 *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290 (1897).

30 *Standard Oil Co. v. United States* de 1911 - a Standard Oil, cujo dono era John Rockefeller, monopolizava o setor petrolífero, dados apontam que 90% do mercado de petróleo se concentravam nas mãos da empresa de Rockefeller.

Carter repressivo o caráter preventivo, comportamental, disciplinando a atuação adequada dos agentes no mercado.

Pode-se dizer, que, na Europa, formalmente, o Tratado constitutivo da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, de 1951, foi o primeiro documento que traçou as regras de livre concorrência. O Tratado prescrevia a restrição de formações empresariais tendentes a determinar preços, bem como impedir práticas concertadas por estes agentes visando o controle, restrição e a produção de bens.

No Brasil, o primeiro esboço legislativo sobre o tema foi observado na Constituição de 1934³¹, em seguida, o Decreto-Lei nº 7.666, conhecido com Lei Malaia, de autoria do Ministro Agamennon Magalhães em 1945, criou a Comissão de Defesa Econômica, dando poderes especiais a esta para restringir a ação de empresas que viessem a lesar o interesse nacional, indicando, de forma específica, as empresas nacionais e estrangeiras vinculadas aos trustes e cartéis.

Guindado ao plano político e inserido na Constituição, o tema foi tratado pela primeira vez de maneira expressa na Constituição de 1946³². Derivada da reserva legal estabelecida pelo art. 148 da Constituição, a Lei 4.137 de 1962 assentou em definitivo as bases normativas e principiológicas do direito concorrencial no Brasil³³.

31 "Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses ditames, é garantida a liberdade econômica." Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 18/04/2015.

32 Art. 148. A lei reprimirá a toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 18/04/2015.

33 O art. 8º da referida Lei criou o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), incumbido da apuração e repressão dos abusos do poder econômico. O art. 2º da Lei n. 4.137 considerava abuso do poder econômico as seguintes práticas, na medida em que pudessem produzir os seguintes resultados: a) domínio do mercado ou eliminação total ou parcial da concorrência; b) elevação sem justa causa dos preços, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros, sem aumentar a produção; c) condições monopolísticas ou abuso da posição dominante, com o fim de promover a elevação temporária dos preços; d) formação de grupo econômico. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 20/12/2015

Não foi significativo o número de averiguações preliminares durante a vigência da Lei n. 4.137/62, uma vez que, até 1975, apenas onze processos foram julgados pelo CADE³⁴.

A constitucionalização normativa da ordem econômica e a normatização de um direito ligado à concorrência, tratada em nível de Princípio, decorria da irrefreável realidade social e política, cujo traço marcante se caracterizava pela passagem do Estado Social para o Estado Liberal³⁵. Chegava ao fim a era do Bem-Estar Social e iniciava-se a era Progressista ou do Estado Liberal.

Com a ruptura dos paradigmas econômicos tarifários e os ventos da liberalização soprando cada vez mais fortes nas economias mundo afora e, aqui não foi diferente, no final da década de 80 a concorrência protagoniza um papel de maior destaque e o governo passa a preocupar-se efetivamente com a sua promoção. Neste contexto, a política de defesa da concorrência foi instada a outro patamar, novos horizontes foram definidos, rompe-se a dialética tradicional entre direito público e direito privado, passando o direito econômico a dar voz a traçar novos paradigmas a esse diálogo.

Diante desse novo paradigma, o Estado Brasileiro estabelece sua economia com vistas a uma maior abertura comercial, privatizando e desregulamentando setores até então geridos pelo Estado. O recrudescimento Estatal marca e sedimenta o pensamento Liberal, de lá pra cá, pode-se, afirmar, que

34 Gaban, Eduardo Molan, Domingues, Juliana Oliveira. Direito antitruste. 3º Edição. São Paulo. Saraiva, 2012, Pág. 67.

35 Até a Primeira Guerra Mundial, como já se assinalou anteriormente, as Constituições só se preocupavam com a organização política. A essa regra abre exceção a revolucionária Constituição mexicana de 1917 cuja influência imediata foi pequena. Na verdade, foram as Constituições do pós-guerra, Weimar (1919) e outras, que procuravam acrescentar às Constituições normas que estendessem aos campos econômico e social os valores, se não os mecanismos, democráticos. Daí em diante, no Brasil, a partir de 1934, em geral se abriu espaço nas Constituições para a ordem econômica e social. Assim, ao lado dos preceitos sobre a organização política — órgãos governamentais, divisão de competências etc. — as Constituições modernas passaram a conter também um complexo de regras autoaplicáveis e princípios programáticos destinados a dar raízes, nos planos econômico e social, à democracia política. A Constituição de 1988 abriu um título, o sétimo, para a “Ordem econômica e financeira”. - Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. Curso de direito Constitucional. 38 ed. São Paulo. Saraiva. 2012. Pág. 314/315.

a perspectiva do direito concorrencial também é marcada por essa releitura Jus-Econômico³⁶.

Após o processo de redemocratização e a existência de um título na Constituição de 88 dedicado à “ordem econômica”, o constituinte deixa clara a visão de que *“a democracia não pode desenvolver-se a menos que a organização econômica lhe seja propícia”*³⁷.

O tratamento dispensado à matéria, não se resumiu à programaticidade insita às normas fundamentais, tratou a norma constitucional de determinar a obrigatoriedade de criminalização das condutas ofensivas à Livre Concorrência.

O mandado constitucional de criminalização³⁸ referente à ordem econômica definiu que a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-as as punições compatíveis com sua natureza, em face dos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

A Lei concorrencial contribuiu de maneira determinante para estado de maturação em que se encontra a Autarquia Antitruste Brasileira³⁹. Para além disso, Desempenhou um papel estruturante na transição do Órgão para a Autarquia em

36 Dentre as diversas reservas legais criadas pelo Constituinte Originário, com vistas à dar efetividade ao disposto acerca da ordem econômica, destaca-se a criação em 1990 do Código de Defesa do Consumidor, no mesmo ano edita-se a Lei 8.137 que define os crimes contra a ordem Tributária e Econômica e seis anos mais tarde a Lei 8.884 traz o regramento sobre afeto ao Direito Concorrencial.

37 Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. 38ª Edição. Curso de direito constitucional. Saraiva. São Paulo. 2012. Pág. 307.

38 Note-se, mais, que a Constituição, além de consagrar extensa lista de direitos e garantias individuais, prevê também mandados de criminalização e/ou penalização (art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; 7º, X; 29-A, §§ 2º e 3º; 225, § 4º) e impede a punição de certas condutas (art. 53), isto é, estabelece mandados de não criminalização ou não penalização etc. Feldens, Luciano. A Constituição Penal. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005. Pág. 138.

39 A Autarquia foi avaliada com quatro estrelas de cinco possíveis no ranking realizado anualmente pela revista britânica *Global Competition Review – GCR*, especializada em política de concorrência e regulação. Carvalho, Vinícius Marques e Ragazzo, Carlos Emmanuel Joppert. A defesa da concorrência no Brasil 50 anos. Brasília. 2013. Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em 02/01/2016.

que se tornou. Dispôs sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica entre outras providências ali previstas⁴⁰.

Por fim, após anos de tramitação e muitas emendas, nasce a fórceps a lei nº 12.529. A nova Lei, como a anterior, trouxe alterações profundas, - não se pode dizer nem mesmo que o chamado SBDC, assim, ainda, pode ser chamado, os vetores institucionais e procedimentais de trabalho, i) análises de atos de concentração; ii) a análise de condutas; iii) e o exercício da advocacia da concorrência, são reeditados por completo.

A nova Lei alterou o sistema de notificação. Com a sistemática de notificação prévia, as operações estariam condicionadas a aprovação do CADE, antes de serem realizadas. A Lei previu multas que variam de R\$ 60 mil a R\$ 60 milhões para negócios realizados e não notificados. As operações notificadas e não analisadas nos prazos estabelecidos pela nova Lei serão tacitamente aprovados⁴¹.

Por fim e não menos importante, a reestruturação das competências entre Secretaria de Acompanhamento Econômico, Secretaria de Direito Econômico e Conselho Administrativo de Defesa dão a este último o “*enforcement*” necessário para o desempenho de suas atividades, na medida em que não existem cortes judiciais, ou varas especializadas reservadas a dirimir conflitos na seara concorrencial no Brasil⁴².

40 A lei 8.884/1994 em seu art. 54, estabeleceu que os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre-concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

41 A nova lei prevê que o Cade terá um prazo de 240 dias para analisar qualquer tipo de operação, podendo este prazo ser prorrogado apenas por mais 60 (sessenta) dias, a pedido das partes envolvidas, ou por 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal Administrativo.

42 O julgador, entretanto, avançou para ter como descaracterizada a infração à ordem econômica, a ponto de refutar as atividades das autoras- apeladas como potencialmente atentatórias à liberdade de concorrência. Esse nortear da fundamentação da sentença evidentemente que feriu tema cujas dimensões me parecem ser exclusivas da Administração, o próprio mérito do ato administrativo. A meu convencimento, ainda que a sentença invocasse o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade como fundamento de análise dos motivos determinantes da sanção imposta às autoras-a peladas, tal premissa seria descabida aos moldes em que o legislador privativamente atribuiu ao CADE como órgão regulador e fiscalizador da atividade econômica (art. 70, 11, da Lei 8.884/94). Atribuir qualificação diversa a fatos incontroversos - no caso a atuação das autoras e de seu sindicato na repressão à entrada de novo distribuidor no mercado varejista de combustíveis com prejuízo à livre concorrência - é negar o juízo de valor que o legislador incumbiu a um órgão de composição plural e de conhecimentos técnicos sobre a matéria. Estivesse o juiz examinando a vulneração de qualquer outro requisito do ato (competência, finalidade, forma, objeto, motivação), certamente que admissível o controle judicial. No caso concreto, entretanto, o que se viu foi a

A centralização das análises estruturais e de condutas no CADE, - para alguns críticos a análise compartilhada criava zonas de sombras procedimentais e em alguns casos replicava análises desnecessariamente, fortaleceu o corpo institucional da Autarquia e permitiu que a Autarquia construísse uma agenda com vistas a criar melhores instrumentos na implementação de políticas públicas voltadas à política da concorrência.

A nova Lei destinou à Seae a tarefa de difundir o conhecimento a respeito das melhores práticas concorrências junto ao mercado e aos administrados como um todo, a advocacia da concorrência por assim dizer. A absorção da SDE pelo CADE, extinguiu o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, sendo o mesmo instado à Secretaria Nacional do Consumidor – Senacon.

Em síntese a estrutura do Conselho estruturou-se da seguinte forma:

A) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica: Órgão julgante do CADE, composto por um Presidente e seis Conselheiros.

B) Superintendência-Geral: Órgão responsável por fiscalizar e dar aplicação à lei concorrencial, faz também em paralelo o monitoramento e acompanhamento do mercado.

C) Departamento de Estudos Econômicos: responsável pela elaboração de estudos e pareceres econômicos, seu foco é o aprimoramento técnico das decisões do órgão, seus pareceres não são vinculativos.

D) Procuradoria Federal: É o legitimado jurídico a representar o CADE judicial e extrajudicialmente. Como antes, suas atribuições são de consultoria e assessoramento jurídico ao CADE, seus pareceres não são vinculativos.

completa substituição de um juízo valorativo por outro. Ainda que se registre no âmbito do Superior Tribunal de Justiça um precedente quanto à possibilidade da intervenção judicial em casos tais, por força do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, é de ver-se que também ambas as turmas da 3ª Seção convergem para o entendimento da impossibilidade da revisão judicial das decisões do CADE, salvo nos requisitos de sua formação. Brasil. STJ. Resp. nº 1.436.903-DF, Voto Ministro Hermam Benjamin. (AC 200134000253660, Laranjeira, 51 T., e-DJF1 307/10, Pág. 101; Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 18/12/2015

No que tange à participação da Procuradoria-Geral da República junto ao Conselho, esta poderá de ofício ou a requerimento do Conselheiro Relator e ouvido o Conselho Superior, designar membro do Ministério Público Federal para emitir parecer, nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica.

Vistos, de modo geral, os referências históricos que nortearam a evolução do Direito Concorrencial no Mundo e no Brasil, passa-se a observar de forma mais acurada a atuação deste no controle das condutas infracionais junto à ordem econômica.

2.1 A DEFESA DA CONCORRÊNCIA E O COMBATE AO CARTEL

A frase “nossos concorrentes são nossos amigos, o consumidor é o inimigo” feita em 2001 por “*Jhon M. Connor*” sobre o Cartel da lisina é atual e revela que o jogo feito de cartas marcadas, não fere somente a dinâmica concorrencial, antes, fere um Postulado Constitucional, a livre concorrência.

Com o respeito que nos merecem todos, observamos um ponto cego sobre o tema concorrencial, que é a Defesa da Concorrência na perspectiva dos demais entes federados. A criação de agências, autarquias ou órgãos antitrustes junto à administração indireta dos entes federados não encontra o devido eco.

A intenção aqui não é aprofundar o assunto, pois ele é tão complexo e tão extenso quanto o objeto deste estudo, mas qualquer estudo, independente de sua pretensão, deve trazer provocações a permitir uma interação menos monológica e mais dialógica de suas proposições.

A constituição em seu art. 37 caput, dispõe que a *administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.*

Não obstante, mesmo não havendo impedimentos para os demais entes criarem suas autarquias ou agências de defesas da concorrência, somente a União legislou sobre o tema. Cumpre destacar, que decorre do próprio sistema adotado pelo Constituinte originário a autonomia política e administrativa das diversas esferas federativas. Na verdade, o critério ontológico do sistema funda-se na prevalência do interesse da entidade federativa⁴³.

As atividades afetadas pelo Estado ao processo de descentralização são de máxima importância, pois é voltado predominantemente para o desenvolvimento e fiscalização de atividades econômicas que tais instituições estruturam suas competências. O fenômeno federativo ainda não assentou a discussão sobre como os demais entes da federação podem colaborar, em suas respectivas esferas de competências sobre o tema.

Se cabe ao Estado a avaliação do que deve continuar a ser executado centralizadamente ou transferido à administração indireta, por assentar esta última sua persecução na busca de eficiências junto à gestão administrativa, um questionamento é necessário, - Não é hora da discussão centrar-se na criação de órgãos ou entidades com a finalidade de observar o fenômeno da concorrência de maneira mais técnica junto aos Estados?

Em linhas de conclusão e sugestão, cremos que sim. O modelo de Federalismo Cooperativo⁴⁴ é a melhor e mais adequada resposta ao

43 [...] As Autarquias podem ser federais, estaduais, distritais e municipais, conforme instituídas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios [...] Anote-se, no entanto, que as regras gerais previstas na Constituição para essa categoria aplicam-se a todas elas, independentemente da esfera federativa de onde se tenham originado [...] Carvalho Filho, José dos Santos, Manual de Direito Administrativo, 24^o Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, Pág. 448.

44 Ao analisar o modo de separação de atribuições (competências) entre os entes federativos, a doutrina identificou tanto o federalismo dual como o federalismo cooperativo. No federalismo dual, a separação de atribuições entre os entes federativos é extremamente rígida, não se falando em cooperação ou interpenetração entre os mesmos. O exemplo seria os Estados Unidos em sua origem. Flexibilizando a rigidez do modelo dual (clássico), surge o modelo cooperativo, especialmente durante o século XX, com o surgimento do Estado do Bem-Estar Social, ou Estado-providência. Nesse modelo, as atribuições serão exercidas de modo comum ou concorrente, estabelecendo-se uma verdadeira aproximação entre os entes federativos, que deverão atuar em conjunto. Assim, modernamente, percebe-se, cada vez mais, uma gradativa substituição do federalismo dual pelo cooperativo. A doutrina adverte o risco de, a pretexto do modelo cooperativo, instituir-se um federalismo de "fachada", com fortalecimento do órgão central em detrimento dos demais entes federativos e, assim, havendo sobreposição da União, a caracterização de um federalismo de subordinação. Zimmermann, contudo, salienta que, se por um lado existe esse risco de negação do próprio federalismo, não se pode deixar de admitir o federalismo cooperativo verdadeiramente

questionamento. Os entes federativos são parcelas de um todo e o conjunto desses entes federativos não é uma simples soma de partes. O todo (a Federação) é mais do que a mera soma das partes (entes federados)⁴⁵.

Outrossim, há um “condomínio legislativo” no que tange às normas de caráter econômico. Da análise sistemática das competências concorrente⁴⁶ e privativa⁴⁷, conclui-se que não há óbice legislativo para tratar o tema sob a perspectiva dos demais entes federados.

Trazidos tais apontamentos, continuemos a análise do tema.

A função da norma concorrential no controle de estruturas e comportamentos é importante na medida em que encontra seu fundamento de validade em norma fundamental e originária, a própria Constituição.

Dois postulados fundamentam a ordem econômica, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Nesse sentido, infere-se de tal premissa que se a atividade econômica estiver de alguma forma vulnerando os referidos fundamentos, será considerada inválida e inconstitucional.

E por que a necessidade de uma Lei concorrential se as premissas estabelecidas pelo próprio Constituinte são livre iniciativa e livre concorrência?

Por que não existem mercados perfeitos.

democrático, formado“... no consentimento geral da nação, e não através da imposição do poder central”, eliminando-se, dessa forma, o autoritarismo. **O modelo brasileiro pode ser classificado como um federalismo cooperativo.** Lenza, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 16º Edição. Rev., Atual. e Ampl. São Paulo. Saraiva, 2012. Pág. 510. (Grifo nosso)

45 Disponível em: www.cidades.gov.br/ParecerMarcalJustenSaneamento.pdf. Acesso em: 10/01/2016. Parecer elaborado sobre minuta de anteprojeto da Lei da Política Nacional de Saneamento Básico.

46 Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; II – (...) § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender as suas peculiaridades. § 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 20/01/2016

47 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – (...) VII – política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores; VIII – comércio exterior e interestadual; IX – diretrizes da política nacional de transportes; X – (...) XIX – sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 20/01/2016

A Lei antitruste não é tida como norma indutora de formas de comportamento⁴⁸, ao contrário, é norma que equaciona falhas estruturais e comportamentais, concentra-se em corrigir distorções geradas pelos agentes que atuam no mercado⁴⁹.

A lei concorrencial destaca-se no plano do dever-se. Os fatores para o desenvolvimento de um mercado livre sofrem influxos de diversas formas, incrementos ao mercado podem derivar desde custos de transação, barreiras a entrada até formatos institucionais e normativos onde se desenvolve a atividade econômica.

Nesse sentido, não sendo a norma concorrencial condição suficiente para o bom e saudável funcionamento do mercado é condição necessária para estabelecer um “*standard*” comportamental no ambiente empresarial, assentando as melhores práticas junto ao mercado.

A lei concorrencial, nesse sentido, fomentando a livre concorrência incentiva a melhoria dos padrões de eficiências nos mercados, aumenta a qualidade de produtos e serviços, gerando por sua vez a necessidade de investimentos em tecnologia contribuindo para sua higidez e para a geração de benefícios à coletividade, notadamente representada pelos consumidores⁵⁰.

São substratos de análise do direito concorrencial, a análise ou controle de estruturas e a análise ou controle de condutas. O Cartel é analisado sob a perspectiva comportamental, inserindo-se no substrato do controle de condutas.

48 O programa neoclássico, como se sabe, julga a norma a partir de seu efeito sobre a alocação de recursos. Normas indutoras de formas de comportamento que levam ao ótimo de Pareto são vistas como benéficas; normas que dificultam sua obtenção são nocivas. Para o programa neoclássico, as escolhas valorativas devem ser realizadas no interior do conjunto de alocações de recursos que atendem ao critério de Pareto. L. SHAVELL “Fairness versus Welfare: Notes on the Pareto Principle, Preferences and Distributive Justice”. NBER Working Paper 9622, 2003.

49 Como reflexo da liberdade humana, a liberdade de iniciativa no campo econômico mereceu acolhida nas encíclicas de caráter social, inclusive na célebre encíclica Mater et Magistra. Esta, textualmente, afirma que “no campo econômico, a parte principal compete à iniciativa privada dos cidadãos, quer ajam em particular, quer associados de diferentes maneiras a outros” (2ª parte, n 1.).Daí decorre que ao Estado cabe na ordem econômica posição secundária, embora importante, já que sua ação deve reger-se pelo chamado “princípio da subsidiariedade” e deve ser tal que “não reprima a liberdade de iniciativa particular, mas antes a aumente, para a garantia e proteção dos direitos essenciais de cada indivíduo” (id., ibid.).O princípio da livre iniciativa reclama a livre concorrência, que também é erigida em princípio (art. 170, IV). Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. 38 Ed. Curso de direito constitucional. Saraiva. São Paulo. 2012. p. 316.(Grifo Nosso).

50 FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Singular, Pág. 199.

As práticas concertadas estruturam-se em dois planos, os acordos de cadeia, práticas concertadas verticais⁵¹ e os horizontais⁵², estes situados no mesmo mercado relevante em sua dimensão produto.

O Cartel pode ser definido como sendo uma associação de agentes econômicos que, expressa ou tacitamente, acordam em coordenar as decisões estratégicas no tocante a variáveis relevantes do ponto de vista concorrencial⁵³. Por meio deste tipo de prática concertada, o fim maior dos partícipes da colusão é único, maximizar suas margens de ganhos.

A Lei 12.529/11 prevê em seu art. 36, §3º, inciso I, exemplificativamente as práticas concertadas passíveis de punições. Uma crítica pouco sedimentada sob a perspectiva argumentativa é que infrações à Lei Antitruste muitas vezes caracterizam infrações a outras leis, como a que previne os crimes contra a ordem econômica (Lei n. 8.137/90), o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) e a Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93), instando constantemente um conflito aparente de normas e, segundo esses críticos um convite à prática do “*bis in idem*”.

Entretanto, é importante observar que o macrossistema protetivo da ordem econômica, assenta-se sobre microssistemas e como tal, as premissas metodológicas e teóricas devem seguir seus paradigmas. Outrossim, nada impede que a pessoa, seja concomitantemente punida em âmbitos jurídicos distintos, relativamente à mesma conduta, porque em tal hipótese os fundamentos da punição são distintos, a diversidade de bens jurídicos protegidos constitucionalmente e infraconstitucionalmente.

Por fim, é razoável afirmar que o conflito aparente de normas, quando implique em uma dupla punição, pode ser facilmente resolvido por “*standars*”

51 Já os acordos verticais disciplinam relações entre agentes econômicos que desenvolvem suas atividades em mercados relevantes diversos (em níveis diversos de uma cadeia industrial de produção de matéria-prima, de fornecimento e distribuição). *Idem.*

52 Os acordos horizontais são aqueles celebrados entre agentes econômicos que atuam em um mesmo mercado relevante (no mesmo nível de uma cadeia industrial), possuindo direta relação de concorrência. *Ibidem.*

53 SCHUARTZ, Luis F. O direito da concorrência e seus fundamentos. In: POSSAS, Mário L. (Org.) Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência. São Paulo: Singular, 2002. Pág 119.

hermenêuticos⁵⁴. Ademais, a reprodução de condutas iguais em normas distintas, antes de tudo, parece refletir uma opção bem definida de política criminal no âmbito econômico.

Contudo, é necessário esclarecer que os arranjos empresariais não necessariamente estabelecem seu eixo de atuação à prática de atos anticoncorrentiais. Estratégias cooperativas, no sentido de extrair um ótimo de eficiências, é um traço comum em mercados oligopolizados. A interdependência das decisões empresariais nessas estruturas podem trazer arranjos pró competitivos aumentando o bem estar do consumidor.

Por essa razão, o combate ao mais prejudicial dos crimes contra a ordem econômica não pode assentar seu foco de atuação somente em seu caráter punitivo. A criação de mecanismos que possam identificar ambientes com potencialidades a este tipo de comportamento, também devem criar o necessário e relevante diálogo entre os meios para se prevenir tais atos⁵⁵.

54 Afasta-se ou se permite a melhor individualização da conduta basicamente por meio de três princípios admitidos pela doutrina para solucionar o conflito aparente de normas: 1) princípio da especialidade; 2) princípio da subsidiariedade; e 3) princípio da consunção. Assim é possível afastar ao menos no âmbito da aplicação da norma controvérsias ligadas ao “*ne bis in idem*”.

55 A identificação de cartéis tem sido um desafio para as autoridades de concorrência do mundo todo. Como meio de aumentar as denúncias de cartel, diversas agências antitrustes adotaram programas de leniência, em que os denunciadores recebem imunidade no julgamento do caso ao auxiliarem as autoridades a construir casos promissores. No entanto, os acordos de leniência possuem limitações, pois além de manter as agências em uma posição reativa, costumam delatar cartéis pouco estáveis, que já estão próximos do momento de ruptura. Assim, aqueles cartéis lucrativos e mais bem sucedidos, possivelmente, não serão delatados, pois as empresas beneficiárias teriam menos incentivos a procurar as autoridades. Dessa forma, políticas eficientes de repressão a cartéis precisam considerar métodos proativos de identificação, sendo os filtros econômicos uma opção adicional para as autoridades. A proposta dos filtros é identificar os mercados nos quais haja suspeita de cartéis para uma posterior análise minuciosa das indústrias envolvidas. De fato, a maior disponibilidade de dados permite que a análise econômica seja útil para discriminar os mercados competitivos dos colusivos. Essa filtragem pode envolver a análise de padrões de preços, custos e fatores que interfiram na demanda, além de outras variáveis que permitam a distinção entre o comportamento concorrencial e o colusivo. O desenvolvimento da literatura de filtros quantitativos tem contribuído para as autoridades de concorrência a iniciar investigações de cartel, na medida em que fornecem indícios adicionais que podem ser utilizadas para convencer o judiciário da existência de um acordo colusivo. Tal fato é especialmente importante tendo em vista que as operações de busca e apreensão, essenciais para colher evidências concretas sobre o acordo, só podem ser realizadas, caso o judiciário autorize a entrada das autoridades nas empresas investigadas. Destaca-se ainda que, assim como nos Estados Unidos, a condenação de um cartel no Brasil só é possível se houver provas diretas que apontem a atividade coordenada da indústria, ou se houver o chamado “paralelismo *plus*”- quando os encontros entre concorrentes, somados aos fatos econômicos, são entendidos como evidências de um acordo colusivo. Assim, o uso de técnicas de filtro de cartel pode contribuir para que as autoridades de concorrência iniciem investigações em setores onde não haja denúncias, ou ainda, apresentar evidências econômicas em casos que existam apenas provas

2.2 O CARTEL CLÁSSICO E O CARTEL EM LICITAÇÃO OU “*BID RIGGING*”.

É possível afirmar em tom de consenso que os Cartéis “*prima facie*”, afetam o mercado o investimento e o bem estar do consumidor, devendo ser declarados ilícitos “*per se*”. Os falsos cenários monopolísticos ou monopsonicos criados por estes acordos, respectivamente, elevam preços de serviços e de produtos junto a compradores, bem como, podem impor achatamentos de preços junto aos vendedores, transferindo considerável parte da renda da sociedade para seus partícipes.

No Brasil, Jurisprudência e Doutrina entendem que os cartéis clássicos⁵⁶ e os cartéis em licitação são ilícitos “*per se*”, a uma; pela incapacidade de tais concertos produzirem externalidades positivas; a duas; e decorrência lógica da primeira, por haver o Legislador tipificado tais condutas de maneira a proibi-las⁵⁷.

Como supracitado Doutrina e Jurisprudência não divergem, Cartéis, salvo raríssimas exceções⁵⁸, não produzem externalidades positivas.

indiretas de cartel. Apesar de já haver uma vasta agenda de pesquisa na literatura internacional, ainda existem poucos exemplos de análise de filtros no Brasil. Destacam-se as pesquisas de Vasconcelos e Vasconcelos (2005), que desenvolvem uma metodologia para obter indícios de atos colusivos no setor petroquímicos; e a metodologia de filtro no mercado de combustíveis, utilizada em casos concretos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade (Ragazzo e Silva, 2006). O Cade tem aplicado alguns filtros em casos concretos; todavia, torna-se crucial o envolvimento da academia para a construção de novos testes para a identificação precoce de cartéis. Cuiabano, Simone; Leandro, Tainá; Oliveira, Glauco; Bogossian, Paula. Filtrando cartéis: a contribuição da literatura econômica na identificação de comportamentos colusivos. Revista de Defesa da Concorrência. Nº 4. Novembro de Ano 2014. Pág. 43/45. (Grifo Nosso).

56 Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14 — SDE/MJ ex officio v. Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo. Em um Parecer de quase 200 páginas, a SDE/MJ entendeu que o cartel objetivou (i) a fixação de preços, (ii) a divisão do mercado e direcionamento de obra; (iii) o controle da oferta por meio do controle do volume de vendas e fixação de cotas; (iv) discriminação de clientes e recusa de vendas; e (v) participação fraudulenta em concorrência pública. Gaban, Eduardo Molan, Domingues, Juliana Oliveira. Direito antitruste. 3ª Edição. São Paulo. Saraiva, 2012, Pág. 366.

57 Lei 12.529/11; Lei n. 8.137/90; Lei n. 8.078/90 e Lei n. 8.666/93.

58 Os cartéis de crise, como a Doutrina aponta, nascem de conjunturas de depressão econômica em que os agentes se organizam para resistirem à situação de crise. Para ilustrar, traz-se o caso do Cartel Japonês no mercado de Alumínio. [...] No Japão as leis antitrustes estabelecidas no pós-guerra abriram exceções, permitindo a fixação de preços em diversos casos – por exemplo, para lidar com uma recessão temporária ou crises estruturais, assim como o choque causado pelo aumento dos preços do petróleo, para racionalizar a produção, para exportar ou importar e viabilizar pequenos negócios. Nenhum caso é típico, mas nas indústrias de alumínio foi ilustrada uma exceção. Com a elevação do preço do petróleo, a indústria de alumínio japonês não poderia ser competitiva, porque

A Lei concorrencial define o Cartel clássico em seu art. 36, §3º, alínea “a” e o Cartel em licitação na alínea “d”. O Cartel pode estabelecer-se tanto no eixo horizontal quanto vertical, na mesma dimensão produto estão normalmente os acordos horizontais.

Algumas características do mercado influenciam a sustentação do conluio e afetam as condições descritas anteriormente. São características que induzem a comportamentos colusivos tendentes a formação de cartéis: (i) poucas empresas envolvidas no acordo, (ii) elevada concentração de mercado, (iii) produtos homogêneos e em determinados casos, (iv) a existência de uma associação de classe que “coordene” as atividades dos players envolvidos.

Nesse sentido, quanto mais presente os fatores citados, mais acentuada e provável a cooperação ilícita entre agentes, o cartel.

Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10 e 20% comparado ao preço em um mercado competitivo, causando perdas monetárias e sociais significativas aos consumidores⁵⁹. Entretanto, em determinados mercados, é possível que os sobrepreços variem entre 3% a 65%⁶⁰.

Do quadro exposto, pode-se concluir que, no cenário concorrencial os cartéis afetam negativamente o bem-estar social, não se observando ganhos de eficiência com a fixação de preços acima dos praticados em um ambiente concorrencial desprovido destes acordos.

seus rivais internacionais tinham a opção estratégica de usar os baixos custos da energia hidroelétrica. [...] O Ministério do Comércio Internacional (MITI) recomendou um cartel para reduzir a capacidade da indústria, e foi aprovado pela Comissão de Comércio (responsáveis pelas leis de cartel). Juntos, o MITI e cinco produtores de alumínio conseguiram uma redução na produção de lingote de alumínio para 530.000 toneladas, cerca de 32% da capacidade produtiva no ano de 1978. Não é claro o quanto o cartel foi crucial para que esse resultado fosse alcançado. O preço dos produtores japoneses era tão alto que, sob qualquer circunstância, cortes seriam necessários. Mas o cartel, sem dúvida, transformou o que devia ser um fracasso, em um relativo sucesso. [...] Abraão Flores, Gustavo. Cartel: Teoria Econômica e a Prática Antitruste no Brasil, Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Economia da Universidade Federal Fluminense como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre em Economia. Pág. 48/49.

59 Cartilha de cartéis. Combate a Cartéis e Programa de Leniência (2009), 3ª ed. Secretaria de Direito Econômico, Ministério da Justiça Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Pág. 6.

60 MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal. São Paulo: Singular, 2013, Pág. 38.

Um primeiro fator limitante da persecução e condenação de agentes cartelizados decorre da clandestinidade em tais ilícitos ocorrem⁶¹. Poucas conspirações antitruste são estabelecidas por provas explícitas, diretas, como acordos escritos, gravações, ou testemunhos de oferecimento e aceitação, como resultado, algum tipo de prova circunstancial deve ser aceita⁶².

Outro fator que contribui para o baixo número de condenações se assenta nas premissas econômicas adotadas para se estabelecer o nexo causal entre conduta e resultado.

O “*price leadership*”, tradução livre o “preço do líder” é um dos exemplos de práticas concertadas, que não configuram “*per se*” uma conduta como anticoncorrencial. Normalmente, empresas com grandes participações de mercado ou que detenham posição dominante sobre as demais empresas, ditam, dada a estrutura desse mercado, os preços a serem praticados, sendo seguidas pelas demais empresas com pequena participação de mercado.

Cumprir destacar que o “*free-rider*” que obtém maior aproveitamento do preço não pode ser coagido a praticá-lo, a sujeição é natural e como dito acima, decorre da própria estrutura do mercado, caso não se observe tal aproveitamento, estar-se-ia diante de um caso de Cartel.

O paralelismo de conduta é outra prática que não induz ao um juízo de tipicidade “*per se*”. Em que pese seu formato ser muito próximo ao que se observa dos formatos de mercados cartelizados, o paralelismo de conduta geralmente é o movimento nos preços, em períodos próximos de tempo, para patamares idênticos ou muito próximos.

Observar o fenômeno cooperativo empresarial e distingui-lo dos acordos cooperativos ilícitos é um problema encontrado pelos órgãos antitrustes para a

⁶¹ Menciona-se aqui, a título de ilustração, o comunicado de 8 de dezembro de 2013, em que a Autoridade da Concorrência francesa (*Autorité de la concurrence*) autuou 4 empresas do setor de detergentes e de sabão em pó que praticaram cartel entre 1997 a 2004, envolvendo as empresas Unilever, Procter & Gamble, Henkel e Colgate Palmolive. Os referidos agentes econômicos realizavam três ou quatro encontros secretos por ano, em hotéis e restaurantes de Paris, acordando os preços e promoções que cada um faria individualmente.

⁶² HOVENKAMP, Herbert. Federal antitrust policy: the law of competition and its practice. St. Paul: West Group, Capítulos 4, 5 e 6, 1999.

identificação da prática de cartel. Nesse sentido, distinguir entre essas duas formas de coordenação, apenas com a observação da realidade, do paralelismo da conduta, ou seja, do comportamento das firmas, bem como do desempenho em termos de preços e quantidade ofertada, requer um sistema muito mais voltado para o caráter preventivo do que repressivo de atuação destes órgãos.

A operação Lava Jato foi imprescindível para desvelar o cartel das empreiteiras, fonte de recurso que alimentava todo o esquema criminoso. A operação não foi a primeira a desmantelar esse tipo de crime⁶³, entretanto, observa-se em especial junto aos cartéis em licitação, um baixo índice de sanções por parte da autoridade antitruste no Brasil⁶⁴.

De acordo com a “Cartilha de Combate a Cartéis em Licitações — guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação”, vários são os formatos em que o cartel pode se estabelecer, (i) fixação de preços, na qual existe acordo firmado entre concorrentes para aumentar ou fixar preços e impedir que as propostas fiquem abaixo de um preço-base; (ii) direcionamento privado da licitação, em que se pode definir quem irá vencer determinado certame ou uma série de processos licitatórios, bem como as condições nas quais essas licitações serão adjudicadas; (iii) divisão de mercado, em que um conjunto de licitações pode ser dividido entre membros do cartel, que, assim, deixam de concorrer entre si em cada uma delas; (iv) supressão de propostas, em que concorrentes possíveis e esperados para participar em licitação não comparecem ou, comparecendo, retiram a proposta formulada, com a finalidade de favorecer determinado licitante, previamente escolhido; (v) apresentação de propostas pró-forma, quando alguns concorrentes formulam propostas com preços muito altos para serem aceitos ou entregam propostas com vícios reconhecidamente desclassificatórios; (vi) o rodízio, que consiste no acordo entre os concorrentes para alternassem entre os vencedores de

63 Como exemplo cite-se as operações Guabiru (17/05/2004), Vampiro (19/05/2004), Sentinela (02/12/2004), Sanguessuga (04/05/2006), Carta Marcada (02/05/2006), Fox (18/07/2006), dentre outras.

64 Processo Administrativo 08012.009118/1998-26, julgado em 12/07/2001; Processo Administrativo 08012.006989/1997-43, julgado em 15/07/2005; Processo Administrativo 08012.001826/2003-10, julgado em 19/09/2007; Processo Administrativo 08012.011853/2008-13, julgado em 05/02/2014; Processo Administrativo 08012.006199/2009-07, julgado em 10/12/2014; Processo Administrativo 08012.009611/2008-51, julgado em 10/12/2014; Processo Administrativo 08012.008507/2004-16, julgado em 10/12/2014, Processo Administrativo 08012.009885/2009-21, julgado em 08/04/2015. Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em 20/01/2016.

uma licitação específica e por fim (vii) a subcontratação, pela qual concorrentes não participam das licitações ou desistem das suas propostas, a fim de serem subcontratados pelos vencedores⁶⁵.

Um estudo publicado pela OCDE sobre práticas concertadas em licitação, as ditas “fraudes em licitações”, revelou que estas devem ser entendidas como gênero, do qual são espécies a corrupção e os cartéis.

Estima-se que o Cartel da Petrobras gerou para a empresa uma perda de aproximadamente 6 bilhões de dólares, mas os efeitos concorrências talvez nunca poderão ser observados pois as distorções e as falhas geradas no mercado atingiram um sem números de indivíduos.

O cenário envolvendo a maior Estatal brasileira em perspectiva é esse, a Petrobras em 2012 chegou a valer R\$ 320,000.000.00 (trezentos e vinte bilhões de reais), segunda a revista Forbes⁶⁶, deflagrada a operação Lava Jato, despencou cerca de 400 posições no ranking das maiores empresas do mundo, a estatal brasileira ocupa atualmente a 416ª posição, avaliada em US\$ 44,4 bilhões.

Segundo cálculos apresentados pela consultoria Tendências, a Lava Jato deve ter um impacto negativo de 2,5 pontos percentuais no PIB deste ano. A estimativa em relação à retração da economia brasileira é 3,2% em 2015, embora o número deva ser revisado para uma queda ainda mais brusca em função dos resultados do PIB do terceiro trimestre de 2015⁶⁷.

Ainda segundo a pesquisa, descontados os efeitos econômicos atribuídos às investigações, a queda do PIB seria, portanto, de algo em torno de 0,7% e 1,3% (dependendo da revisão). Alessandra Ribeiro, economista da Consultoria Tendências, ainda disse que "A Lava Jato paralisou setores que têm um peso

65 Cartilha de cartéis. Combate a Cartéis e Programa de Leniência (2009), 3ª ed. Secretaria de Direito Econômico, Ministério da Justiça Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Pág. 6.

66 Disponível em: <http://www.valor.com.br/empresas/4038120/petrobras-cai-mais-de-300-posicoes-em-ranking-global-da-forbes>, Acesso em 10/12/2015.

67 Disponível em: <http://www.tendencias.com.br/news>. Acesso em 29/01/2016.

grande nos investimentos totais da economia, então é natural que tenha um impacto negativo expressivo no PIB no curto prazo”⁶⁸.

Estudo encomendado pela Federação da Indústria do Estado de São Paulo, - F.I.E.S.P, sobre os efeitos da corrupção na economia estima que se os recursos desviados pela da corrupção chegassem às atividades produtivas (isto é, o custo médio anual da corrupção) teríamos uma receita na ordem de R\$ 69,1 bilhões (Sessenta Bilhões de Reais) (valores de 2008), correspondentes à 2,3% do PIB⁶⁹.

2.3 METODOLOGIA PARA APURAÇÃO DE PRÁTICAS CONCERTADAS.

O sistema concorrencial Brasileiro, assim como a maioria das jurisdições concorrenciais no mundo, adotou o critério híbrido de análise para determinar se um acordo entre concorrentes é ou não ilegal, o “*per se*”⁷⁰ e a regra da razão⁷¹.

68 Idem.

69 Custo da corrupção considerando a percepção do cidadão sobre a corrupção no País, se o Brasil possuísse um nível de percepção da corrupção igual a média desses países de 7,45, o produto per capita do país passaria de US\$ 7.954 a US\$ 9.184, ou seja, um aumento de 15,5% na média do período 1990-2008 (equivalente a 1,36% ao ano). Isto corresponde a um custo médio anual da corrupção estimado em R\$ 41,5 bilhões, correspondendo a 1,38% do PIB (valores de 2008). Se o controle da corrupção fosse ainda mais rigoroso. No entanto, este valor corresponde a um referencial teórico, em que se considera um nível de percepção da corrupção tendendo a zero, condição que não foi observada por nenhum país até então. Disponível em: <http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corrupcao-custos-economicos-e-propostas-de-combate>. Acesso em 01/02/2016.

70 Segundo o “*Antitrust Guidelines For Collaborations Among Competitors*”, elaborado pela autoridade Antitruste Norte Americana os “Acordos ilegais “*per se*”, - são Acordos de um tipo que sempre ou quase sempre tendem a aumentar preços ou reduzir a quantidade ofertada, são ilegais “*per se*”. Os tribunais presumem que estes acordos, uma vez identificados, são ilegais, sem analisar os seus objetivos comerciais alegados, danos anticompetitivos, benefícios pró-competitivos ou efeitos competitivos líquidos. Disponível em: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf. Acesso em 15/12/2015.

71 Ibidem. Os Acordos analisados sob a regra da razão, que não são questionados como ilegais *per se* são analisados sob a regra da razão para determinar seus efeitos competitivos líquidos. Entre estes se incluem acordos tais que, de outra maneira, seriam considerados ilegais “*per se*”, desde que estes estejam razoavelmente relacionados, e sejam razoavelmente necessários para o alcance de benefícios pró-competitivos de uma integração que aumente a eficiência de uma atividade econômica. A análise sob a regra da razão concentra-se no status da concorrência na presença do acordo analisado, em comparação com a sua ausência. A questão central é determinar se o acordo analisado provavelmente causará danos à concorrência por aumentar ou incentivar aumentos lucrativos de preços ou reduções de quantidade, qualidade, serviço ou inovação abaixo do que provavelmente prevaleceria na ausência desse acordo.

No Brasil, parece haver consenso no que tange a aplicação da regra “*per se*” aos casos de Cartel, mesmo havendo fundamentos que adotaram como causa de decidir interpretação diversa⁷².

A doutrina autorizada aponta equívocos na interpretação e aplicação das regras, nestes termos, “*in verbis*”⁷³:

Qualquer investigação no contexto de um procedimento de aplicação do direito (em qualquer área do direito) requer a existência de certas regras, por assim dizer “parajurídicas” ou de “economia processual”, que nos digam que estamos autorizados a decidir pela licitude ou ilicitude de uma prática no instante em que tivermos uma certa quantidade de informações e evidências a seu respeito. Onde localizar, em cada caso concreto, essa “certa quantidade”, é algo que, em geral, varia ao longo de um contínuo, e as regras destinadas a mapeá-lo estão normalmente implícitas na práxis de aplicação do direito. Como se sabe, isso demanda, daquele que pretende conhecer bem essas regras, longa experiência prática, bem como uma certa capacidade de decifração e explicitação de padrões de comportamentos relevantes para a formulação de prognoses sobre eventos futuros. No direito antitruste, a jurisprudência norte-americana construiu, e a literatura nomeou explicitamente e sistematizou o uso de duas “super-regras” de mapeamento do extenso contínuo em que se move a análise dos casos concretos, a saber, a regra *per se* e a “regra da razão”.

[...] Uma investigação antitruste, seja ela qual for, deve ser interrompida em algum ponto. A diferença entre uma análise *per se* e uma que leve o título de “regra da razão” consiste, típica e simplesmente, em que a análise do primeiro tipo pode ser interrompida em um estágio anterior que a do outro tipo. [...]

A identificação de uma conduta anticompetitiva pode requerer, em suma, uma quantidade maior ou menor de análise sobre as circunstâncias tratadas como relevantes. De acordo com o exposto, toca então a uma teoria antitruste a função de estabelecer as necessárias presunções de modo a prover aos trabalhos do analista e do julgador orientação metodológica bastante para permitir uma dosagem eficiente entre tempo e custo social da investigação, de um lado, e consistência técnica da conclusão, de outro. Excluída como está a possibilidade de certeza nesse âmbito, a questão que se coloca diz respeito ao quantum de informações acerca do comportamento investigado que se faz necessário coletar e analisar a fim de assegurar plausibilidade técnico-jurídica à decisão que deverá ser tomada. Isto posto, é um equívoco supor que a regra *per se* representaria uma espécie de estágio arcaico do direito antitruste, inferior, numa escala ideal de racionalidade e

72 Processo Administrativo n. 08012.002127/02-14, Representante: Secretaria de Direito Econômico ex officio. Representados: Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo – SINDIPEDRAS e outros. Relator: Cons. Luiz Carlos Delorme Prado, p. 9. Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em 15/12/2015

73 SCHUARTZ, Luis F. O direito da concorrência e seus fundamentos. In: POSSAS, Mário L. (Org.) Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência. São Paulo: Singular, 2002. Pág 121.

sofisticação técnica, à regra da razão. Do ponto de vista teórico, não há menos racionalidade e sofisticação no tratamento tipicamente *per se* das chamadas “*naked price restraints*”, que na *rule-of-reason analysis* que caracteriza o exame de acordos de cooperação tecnológica entre concorrentes. Na verdade, se quiséssemos levar a discussão ao limite, poderíamos mesmo dizer que o arrastamento da análise no caso de um Cartel *hard-core* seria uma clara demonstração de irracionalidade e falta de eficiência administrativas.

É imprescindível indicar que toda teorização acerca do delito, como toda pretensa necessidade de sistematização do mesmo, implica, invariavelmente, uma esquematização, uma classificação – de pessoas e coisas – e constitui, por isso, um meio – necessário, mas insuficiente – a serviço de um fim, que nem sempre é alcançável ou mesmo desejável, tal é o número (imprevisível) de variáveis que sempre a surpreendem⁷⁴.

A regra da razão ou a regra “*per se*”, são faces de uma mesma moeda, desdobramentos lógicos de um nexos, que permite, maior ou menor elasticidade, quanto a causalidade do ato e seu resultado.

É de suma importância observar que a Lei 12.529 não definiu os comportamentos ali descritos como crimes, nem previu sanções como penas, isso porque, sua constitucionalidade seria facilmente contestada.

A Lei Concorrencial, como norma de natureza administrativa que é, ou que deveria ser, destina-se predominantemente a pessoas jurídicas, mas também é aplicada a pessoas físicas e, devido ao permissivo constitucional de criminalização daqueles, considerando os diversos formatos empresariais passíveis de se enquadrarem como infração à ordem econômica, (i) acordos sobre preços, (ii) sobre condutas para excluir concorrentes, e (iii) até sobre regras de disputas contratuais, - como no caso desvelado pela operação Lava Jato, o rol trazido pela meramente exemplificativo de infrações à ordem econômica.

A aplicação de qualquer regra metodológica e teórica sobre a persecução de um ilícito deve ser prevista em norma incriminadora e como tal, oferecer as presunções, regras e princípios de uma lei com natureza criminal.

74 Queiroz, Paulo. Curso de Direito Penal. 7 Ed. Rio de Janeiro. LUMEN JURIS,2011. Pág. 118.

Nesse sentido, coube a Lei 8.137 tipificar condutas e cominar penas para infrações contra a ordem econômica, ou seja, a definição acerca da regra a ser usada, antes de tudo, deve observar a opção legislativa em tipificar como crime ou não uma conduta, mesmo que eficiências existam em determinados acordos, já que para a perspectiva penal o que se observa é o desvalor da conduta e não as prováveis externalidades positivas derivadas do acordo.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que, nem toda prática concertada deve ser considerada uma infração à ordem econômica, mas toda prática concertada com fins de, — acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma, os preços de bens ou serviços ofertados individualmente, bem como preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública, deve ser considerada um ilícito “*per se*”.

Em síntese, é possível concluir que na regra “*per se*” o resultado, econômico e penalmente relevante, assenta sua relação de causalidade nos elementos do tipo inserido na norma penal, - princípio da legalidade estrita, enquanto na regra da razão um resultado econômico e penalmente relevante, assenta sua relação de causalidade, em ineficiências e perda do bem estar do consumidor e externalidades negativas.

2.4 A DOSIMETRIA DAS SANÇÕES CONCORRÊNCIAS, IMPLICAÇÕES ECONÔMICAS E PENAS.

Todo ilícito comporta em si, sob a perspectiva do agente que o pratica, um nível de percepção de seus efeitos. Na seara concorrencial não é diferente, como visto acima, os incentivos são relevantes. Nesse sentido, calcular os prós e contras ou os custos e as perdas derivadas da conduta ilícita são fatores levados em conta por agentes que operam de maneira concertada.

Para a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico O.C.D.E⁷⁵, a probabilidade de (i) detecção de sua conduta, (ii) de condenação, (iii) de efetivação da punição, multiplicadas pelas multas aplicáveis no caso de condenações ou necessárias para celebração de um acordo são os fatores mais observados pelos agentes que atuam concertadamente.

Ainda segundo a OCDE, considerando que as práticas concertadas, em muitos casos, não são descobertas e punidas, o ótimo da punição seria um múltiplo (i) dos ganhos esperados (ii) pela probabilidade de a prática ser efetivamente punida. Em torno dessa equação, há certo consenso de que uma multa três vezes superior aos lucros potenciais seria eficiente para desestimular infrações concorrenciais.

Desse modo, a sanção econômica deve ser proporcional ao dano provocado, incentivando infratores a escolherem condutas que imponham menores perdas sociais.

Assim, a sanção decorrente de infração a ordem econômica, partindo do caráter da prevenção geral negativa, deve, operando em abstrato, sinalizar aos possíveis infratores a repercussão de suas condutas de maneira a dissuadi-las “*ex ante*”, feições de um sistema penal funcionalista radical.

O efeito repressivo das sanções concorrenciais deve exercer outra função relevante, permitir que infratores interrompam as práticas e busquem cooperarem com as investigações conduzidas pelas autoridades concorrenciais.

Esse formato, incentivos com penalidade ou em inglês, - “*stick and carrot*”, conduz o agente a colaborar com as autoridades de maneira a tornar essa colaboração vantajosa no sentido de permitir a colaboração por parte do infrator na celebração de um Acordo de Leniência⁷⁶ ou de um Termo de Cessação de Conduta (TCC).

75 Disponível em: <http://www.cade.gov.br/internacional/Peer-Review-Report-English.pdf>. *Competition law and policy in Brazil*, a peer review. 2005. Pág. 136. Acesso em: 02/02/2016.

76 A palavra leniência, do latim lenitate, significa brandura, suavidade. Esse termo para o direito da concorrência significa a aplicação de uma sanção ou obrigação mais branda, com menor severidade,

Todas estas questões, invariavelmente, derivam, em última análise, das funções da pena, ou das teorias que as fundamentam⁷⁷, distinguindo, contudo, no caso das pessoas jurídicas, os efeitos da condenação.

Entretanto, em se tratando de infração à ordem econômica as bases de cálculo para aplicação das sanções a gerar um ótimo de ressarcimento aos danos causados ou a dissuadir o infrator a praticar as infrações à ordem econômica devem observar quais “proxys”?

A dosimetria da sanção concorrencial deve observar nesse sentido alguns efeitos decorrentes da medida imposta. A desproporcionalidade da sanção pode afetar a capacidade competitiva da empresa, não só no mercado relevante em que atua, como em outros mercados onde exerce atividade econômica.

A “proxy” mais adequada para aplicação da sanção administrativa, estaria assentada na informações disponível ou ao menos observáveis, em relação ao valor do sobrepreço praticado pela empresa no caso concreto, quando praticado na inexistência da infração.

A lei 12.529 definiu bases de cálculos diversas para aplicação das multas, tanto poderá ser considerado como base de calculo, o faturamento no mercado relevante onde se praticou a conduta anticoncorrencial⁷⁸, quanto o faturamento do grupo econômico em que se insere o infrator⁷⁹, destacando que a mesma nunca poderá ser inferior ao proveito obtido pela infração.

concedida em decorrência de uma cooperação voluntária e plena que ajude na investigação da formação de cartéis hard core, é a irmã gêmea da delação premiada aplicada às pessoas físicas.

77 Teorias Absoluta, Relativas, Mistas ou Unificadoras são todas observáveis na dosimetria das sanções impostas aos agentes econômicos.

78 I – no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, *no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração*, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação. Grifo nosso. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 03/02/2016. (Grifo Nosso)

79 § 2º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do caput deste artigo, *o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração definido pelo Cade*, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea. (Grifo nosso) Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 03/02/2016. (Grifo Nosso)

Sob o ponto de vista das realidades das formas, ou da estruturas societárias dos agentes econômicos, a metodologia aplicada a depender do supracitado, pode criar um efeito deletério, já que empresas atuando de maneira concertada, poderiam ser punidas de maneiras desproporcionais, senão vejamos:

Conglomerado “A” constituído sob a forma de sociedade anônima de capital aberto, com inúmeras empresas dentro de seu grupo econômico, concorrendo no mercado “X” por meio da subsidiária “C” pratica concertadamente com a empresa “B”, esta por sua vez constituída sob a forma de sociedade limitada também exercendo atividade econômica em diversas áreas, contudo de forma concentrada por intermédio de divisões ou departamentos internos.

Os faturamentos globais, tanto do conglomerado “A” quanto da empresa “B” são idênticos, R\$ 500 milhões cada. Constada a prática concertada, a autoridade antitruste identificou que o sobrepreço proporcionou às respectivas empresas um aumento no seu faturamento em torno de 10%, fixando multa em 20% sobre o faturamento bruto das empresas infratoras.

Considerando que a multa aplicada deverá observar “o ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração” e que o faturamento da empresa “C” pertencente ao grupo econômico “A” seja de 20 milhões de reais, a multa aplicada considerando essa proxy seria de R\$ 4 milhões de reais, enquanto essa mesma multa se valendo da mesma proxy imporá à empresa “B” um multa de 100 milhões de reais.

Os ramos são os mesmo, as empresas exercem atividades econômicas idênticas e atuaram de maneira concertada, contudo, as sanções aplicadas podem alijar uma empresa do mercado, enquanto a outra não terá maiores problemas em assimilar a infração.

A margem de discricionariedade dada pelo legislador é necessária na medida em que nem sempre será possível aferir com precisão os danos decorrentes de determinadas infrações, entretanto, importante destacar que a exegese desatenta seria, portanto, capaz de gerar distorções concorrências derivadas da própria atuação Estatal.

Levando em conta o faturamento total da empresa infratora “C” a “*proxy*” sugerida pelo legislador não estabeleceria uma relação necessária entre o danos causados e sua reparação, sem contar com a falta de isonomia na aplicação da sanção.

O que se deve ter em linha interpretativa é que o mínimo do conjunto das bases de cálculo juridicamente admitidas, não permitam (i) a imposição de multas insuficientes a reparar os danos causados, (ii) que estas não impliquem por outro lado a insubsistência do agente penalizado, (iii) que sua interpretação possa perseguir para além das realidades das formas societárias o vínculo jurídico-econômico estabelecido entre os beneficiários diretos e indiretos da infração⁸⁰.

Observadas as questões de cunho econômico, derivadas da aplicação da multa por parte da autoridade antitruste, e sem a pretensão de esgotar o assunto, passa-se à reflexão sobre a dogmática relativa aos crimes praticados pela pessoa jurídica no contexto constitucional da ordem econômica.

Não se pode perder de vista a necessária distinção entre norma e lei. A lei antitruste não prevê penas para os condenados pelas praticas de infrações a ordem econômica, - em relação aos crimes contra a economia popular e a ordem econômica e financeira, ainda não sobreveio lei definidora dos crimes da pessoa jurídica, contudo, qual a natureza da norma por detrás da lei antitruste brasileira?

Seria possível, como visto acima, a aplicação da responsabilidade objetiva, a transcendência das sanções para além da pessoa jurídica infratora, a interpretação ampliativa e ainda, as analogias em “*malan parte*” deferidas pelo Legislador ao interprete junto à lei concorrencial?

Tem-se clara a natureza repressiva e sancionadora, da lei 12.529. Esse caráter penal, ou quase do *penal*, que ostenta a norma em comento, traz consigo a

80 A querida professora Lucia Helena Salgado, sobre o tema, quando do julgamento do Ato de Concentração nº 08012.002730/1998-41, sopesou: Se fosse adotado como parâmetro o faturamento de uma simples sucursal, estar-se-ia menosprezando dramaticamente o potencial que um grande conglomerado tem de exercer poder econômico; e não é esse o alicerce que sustenta as diretrizes adotadas pelo Cade. A matriz e suas filiais mantêm vínculo jurídico-econômico entre si, o que basta para as caracterizar como partes do mesmo grupo empresarial perante a legislação antitruste. Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em 03/02/2016.

necessidade de maiores cautelas quanto a aplicação e mais, o respeito aos limites inerentes às normas de caráter repressivo.

Não há dúvida de que subsiste vigoroso elo entre o Direito Penal e o Direito Econômico, principalmente quanto à “interpretação dos chamados crimes contra a ordem econômica”, como também à interpretação e aplicação das infrações concorrenciais que capitulam penas pecuniárias.

Preambularmente, cumpre esclarecer que a multa decorrente da infração a ordem econômica, por definição é espécie de sanção penal, de natureza patrimonial, prevista no art. 5º, XLVI, c, da Constituição Federal⁸¹, para além das demais sanções ou alterações penais trazidas pela lei.

Nesse sentido, o controle de condutas Anticompetitivas realizado pelas autoridades concorrenciais, encontra nos conceitos subjetivos e dicionários o indesejável pela Doutrina Penal, a um só tempo a responsabilidade objetiva⁸² e a elasticidade da culpa do infrator⁸³.

A punição da pessoa jurídica, como já exposto, decorre de mandado constitucional de criminalização⁸⁴. Contudo, decorre também quanto à imputação de responsabilidade das pessoas jurídicas, próprio do sistema paralelo de imputação, - “teoria da dupla imputação”, condicionar a responsabilidade da pessoa jurídica ao cometimento de uma infração por decisão do seu representante e em benefício da empresa.

81 Ainda nesse sentido, o conceito legal de infração é dado pela Lei de Introdução ao Código Penal (Dec. lei nº 3.914/41), cujo artigo art. 1º dispõe: “considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”

82 Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 02/02/2016 (Grifo Nosso)

83 Art. 33. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica. Idem.

84 A responsabilidade penal prevista na constituição para pessoas jurídicas, segundo, René Ariel Dotti, Miguel Reale Júnior, Sheila Jorge Selim de Sales e Luiz Regis Prado, “embora ambíguo o texto, não há falar aqui, porém, em previsão de responsabilidade criminal das pessoas coletivas. Aliás, o dispositivo em tela refere-se, claramente, a conduta/atividade e, em sequência, a pessoas físicas ou jurídicas. Queiroz, Paulo. Curso de Direito Penal. 7 ed. Rio de Janeiro. LUMEN JURIS,2011. Pág. 130.

Ao se aceitar a responsabilidade da pessoa jurídica, deve destacar-se que esse reconhecimento não exclui, ou ao menos não deveria, sob a perspectiva dogmática, excluir a responsabilidade da pessoa física coautora ou partícipe da infração.

Nesse contexto, dilatar a responsabilidade da pessoa jurídica infratora e punir outras pessoas jurídicas, dotadas de autonomia diretiva e executiva e que não agiram ou coadunaram com a conduta ilícita praticada, pertencentes ao conglomerado onde a empresa infratora se encontra, é promover um “*by pass*” na teoria da dupla imputação por via indireta⁸⁵.

Esse dirigismo penal por via oblíqua ou transmutado por leis “não penais” contradiz o Estado Constitucional de Direito. Qualquer norma que queira impor pena, multa ou qualquer tipo de sanção, transbordando as garantias da ampla defesa e do contraditório, pilares desse modelo de Estado, flerta com a inconstitucionalidade.

Não defendendo aqui a distinção entre sujeito de ação e sujeito de imputação para o crime em comento, o direito penal, antes de ser penal (adjetivo), é direito (substantivo), tendo, assim, uma estrutura comum⁸⁶.

Entretanto, um modelo normativo sancionador, com viés penal, deve se adequar ao modelo constitucional estabelecido. O sacrifício dos meios é opção de um modelo historicamente superado.

85 REsp 889.528/SC, rel. Felix Fischer, 5.^a Turma, j. 17.04.2007. No mesmo sentido: HC 92.822/SP, rel. originário Min. Arnaldo Esteves Lima, rel. para acórdão Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.^a Turma, j. 17.06.2008, noticiado no Informativo 360.

⁸⁶ É admissível a condenação de pessoa jurídica pela prática de crime ambiental, ainda que absolvidas as pessoas físicas ocupantes de cargo de presidência ou de direção do órgão responsável pela prática criminosa. Com base nesse entendimento, a 1.^a Turma, por maioria, conheceu, em parte, de recurso extraordinário e, nessa parte, deu-lhe provimento para cassar o acórdão recorrido. Neste, a imputação aos dirigentes responsáveis pelas condutas incriminadas (Lei 9.605/98, art. 54) teria sido excluída e, por isso, trancada a ação penal relativamente à pessoa jurídica. (...) No mérito, anotou-se que a tese do STJ, no sentido de que a persecução penal dos entes morais somente se poderia ocorrer se houvesse, concomitantemente, a descrição e imputação de uma ação humana individual, sem o que não seria admissível a responsabilização da pessoa jurídica, afrontaria o art. 225, § 3.º, da CF. Sublinhou-se que, ao se condicionar a imputabilidade da pessoa jurídica à da pessoa humana, estar-se-ia quase que a subordinar a responsabilização jurídico-criminal do ente moral à efetiva condenação da pessoa física. Ressaltou-se que, ainda que se concluísse que o legislador ordinário não estabelecera por completo os critérios de imputação da pessoa jurídica por crimes ambientais, não haveria como pretender transpor o paradigma de imputação das pessoas físicas aos entes coletivos. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 548181/PR, rel. Min. Rosa Weber, 1.^a Turma, j. 06.08.2013, noticiado no Informativo 714.

Fato é que, no Brasil uma terceira via processual de persecução de crimes praticados por pessoas jurídicas precisa de disciplina própria⁸⁷.

Todos os países que inseriram a responsabilidade penal da pessoa jurídica em sua Parte Geral do Código Penal adotaram normas procedimentais gerais para as pessoas jurídicas⁸⁸.

As adaptações do processo penal e do processo civil, voltadas à colocação da pessoa jurídica no polo passivo da ação, não se mostram consentâneas com modelo Constitucional brasileiro, muito menos com o sistema jurídico aqui adotado submetido à norma do devido processo legal e não à construção jurisprudencial das normas adjetivas, típico dos países da “*common law*”⁸⁹.

Entendemos que a administrativização do direito penal, não pode ser utilizada para reforçar valores do direito privado ou administrativo. O direito penal como meio de se instrumentalizar a função protetiva de determinados bens jurídicos, deve observar, se utilizado dessa forma, todos seus postulados e princípios, sob pena de se esvaziar seu caráter subsidiário.

Se o caminho escolhido para se enfrentar esses novos desafios parte da análise do melhor sistema jurídico, se o Direito Penal clássico, se um novo Direito Penal, se o Direito Administrativo e o Civil, ou, ainda, se uma terceira via, como o Direito de intervenção ou Direito sancionador o momento propício é este⁹⁰. A

87 O Direito Tributário e Direito do Trabalho são exemplos de áreas que possuem diplomas processuais próprios e que caminham melhor em suas especificidades.

88 Shecaria, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2003, Pág. 167. O autor cita também o caso do direito português onde, concomitantemente à criação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, houve a adaptação do processo penal (Decreto-Lei n. 28/84) (Responsabilidade, cit., p. 167). Uma descrição completa da disciplina processual penal francesa pode ser encontrada em Fernando Castelo Branco, A pessoa jurídica no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2001, Pág. 163-178.

89 Estelita, Heloisa. Aspectos processuais penais da responsabilidade penal da pessoa jurídica prevista na lei n. 9.605/98 à luz do devido processo legal. Direito penal econômico. São Paulo. Ed. Saraiva, Pág. 168.

⁹⁰ Winfried Hassemer sustenta a necessidade da criação de um novo sistema para tutelar os novos bens jurídicos, chamado de Direito de intervenção. Estaria situado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo. Caracteriza-se pela aplicação de sanção de natureza não penal e pela flexibilização de garantias processuais, mas com julgamento afeto a uma autoridade judiciária e não a uma administrativa. O autor critica o Direito Penal clássico como modo de controle da nova criminalidade em face de sua ineficácia, pois é voltado ao indivíduo e não aos atuais grupos, pessoas jurídicas e organizações sociais. Em relação ao Direito Administrativo, assevera que as autoridades

operação Lava Jato pode ceder espaços a um repensar de nosso sistema de política criminal, se é que já não estamos colhendo os seus frutos⁹¹.

administrativas não possuem independência necessária para aplicação das penalidades. Por isso, propõe a criação desse novo ramo (Direito de intervenção) para o combate da criminalidade moderna, voltado para o risco e não para o dano, de sorte que deve ser célere e de eficácia preventiva, já que os eventuais danos podem ser de grande dimensão. Hassemer.Winfried. Três temas *de Direito Penal*. Porto Alegre. Fundação escola Superior do Ministério Público, Ano.1993, Pág. 95.

⁹¹ Vale a reflexão acerca da mudança de jurisprudência do Supremo em relação à relativização da presunção de inocência no julgamento do HC 126. 892.

3. O TRATAMENTO PENAL E O CRIME DE CARTEL

A Constituição não seleciona os bens jurídicos a serem criminalizados, apenas reduz os limites da criminalização, impedindo que o legislador crie normas penais incriminadoras incompatíveis com a Carta Constitucional.

O legislador originário em diversas ocasiões legou ao constituinte derivado a tarefa de comatar os vários mandados constitucionais, entre eles os criminalizadores. A ordem econômica parte da ordem jurídica foi um deles⁹².

O sistema das relações erigidas pelo “*establishment*” pós constituição de 88, assentou, se não um modelo, diretrizes que pudessem dar conformidade com os objetivos perseguidos pelo Estado Brasileiro. Erigido a bem jurídico pela constituição, a defesa da concorrência, marcada pelo vetor da livre iniciativa, impõem aos agentes atuantes no mercado restrições estruturais e comportamentais ajudando a fomentar a busca por tais objetivos.

Nesse sentido, permitir o livre jogo das forças de mercado é dar concretude a um só tempo a fundamentos, objetivos e princípios Constitucionais.

Contrário a esse bem constitucionalmente garantido e para além dele à soma dos valores insertos nos fundamentos⁹³, objetivos⁹⁴ e princípios constitucionais⁹⁵, o Cartel impõem perdas significativas a toda sociedade.

92 Em sentido primeiro “ordem econômica” é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão; aqui, é termo de conceito de fato e não de um conceito normativo ou de valor (é conceito do mundo do ser, portanto); o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos materiais, ou seja, relação entre fatores econômicos concreto, conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato; - em segundo sentido, “ordem econômica” é expressão que designa o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral etc.) que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica;- em um terceiro sentido, “ordem econômica” significa ordem jurídica da economia. Moreira, Vital, in - Roberto Grau, Eros. A ordem econômica na Constituição de 1988. São Paulo, 9ª Edição. Malheiros. Págs. 55/56.

93 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Disponível em: www.planalto.gov.br . Acesso em 18/02/2016

94 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

Assim, e em simetria ao defendido no presente estudo, diante da elevada importância constitucional do bem “*ex examem*”, legítima é a tutela penal da concorrência.

O Cartel, tido como um fato lesivo a um valor constitucionalmente relevante foi tratado pelo legislador infraconstitucional em diversos diplomas⁹⁶.

Parafraseando Beck⁹⁷, a dogmática atual já não responde às necessidades de uma sociedade pós-industrial, pós-moderna ou sociedade global do risco⁹⁸.

As orientações funcionalistas, em especial o funcionalismo sistêmico de Jakobs⁹⁹, ganham cada vez mais força insurgindo-se contra a noção tradicional de bem jurídico, cuja neocriminalização ultrapassa as expectativas fundamentais de proteção à bens jurídicos como a vida, a liberdade, o patrimônio entre outros.

Em face dessa nova contingência social de riscos, o legislador com vista a imprimir um maior grau de controle social sobre estes novos fatos da vida moderna impõem ao destinatário da norma penal o substrato do dever ser. Constroem-se figuras típicas para proteger esses novos bens jurídicos cuja afetação não mais se circunscreve ao indivíduo ou o ente individualizado e sim ao ente socioeconômico e socioambiental.

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Idem.

95 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Ibidem.

96 Vide itens 4.1;4.2 e 4.3.

97 BECK, Ulrich; ZOLO, Danilo. A sociedade global do risco: uma discussão entre Ulrich Beck e Danilo Zolo. Universidade Federal de Santa Catarina – Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Trad. Selvino J. Assmann. Disponível em: <http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/ulrich.htm>. Acesso em: 16/02/2016

98 Sobre a discussão acerca do risco no direito penal, ver o excelente artigo do Professor Pierpaolo Cruz Bottini, *O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea*. São Paulo, Saraiva, 2011, (Série IDP) Pág. 81/98. Vários autores.

99 LYNETT, Eduardo Montealegre. Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Org.). *El funcionalismo en derecho penal: libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, Pág. 26.

O Cartel como um crime que lesa um bem jurídico constitucionalmente tutelado, de caráter supraindividual¹⁰⁰, tem recebido das autoridades antitrustes, tanto no Brasil¹⁰¹ quanto em outras jurisdições, atenção especial¹⁰².

Diante de tudo quanto se apresentou até o presente momento, é importante não perder de vista o contexto econômico, social e político em que se encontra a sociedade brasileira diante dos efeitos desveladores da Operação Lava Jato. A repercussão da operação transcendeu as fronteiras de nosso território.

O Cartel da Petrobras afetou centenas de investidores nacionais e estrangeiros, os efeitos transnacionais do cartel atingiram inúmeros investidores nos Estados Unidos, entretanto, lá, um grupo de acionistas já se mobilizou e intentou uma “*class action*” no sentido de aplicarem as “*punitive damages*” à estatal brasileira¹⁰³. Nada de novo para o direito antitruste¹⁰⁴.

100 Zaczek distingue originalmente entre bens jurídicos interpessoais (Unrecht, p. 165 e ss.), bens jurídicos da sociedade (p. 170 e ss.) e bens jurídicos do Estado liberal (p. 181 e ss.). Jakobs, Günther. Os dilemas do Direito Penal, São Paulo, Saraiva, 2011; (Série IDP) Pág. 16. Vários autores.

101 O movimento de encarceramento dos cartelistas já começou. No cartel de licitações de coleta de lixo na região Sul, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decretou prisão preventiva, considerando que “o risco que a soltura dos denunciados representa à ordem pública e econômica, pela natureza dos delitos e forma organizada de atuação dos envolvidos, com cartelização, em prejuízo ao erário público, que sugere a reiteração da conduta”. O mesmo foi determinado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná para as pessoas naturais participantes de cartel de combustíveis em Londrina/PR. com a seguinte constatação: “a medida constritiva da liberdade dos pacientes repercutiu no comércio de combustíveis da localidade, revelando a Juíza da ação penal que a paz voltou a reinar entre os outros proprietários de Postos de Combustíveis e que os preços regrediram visivelmente”. O cartel internacional de transporte de cargas aéreas também teve sua persecução penal deflagrada em primeira instância e com uma nítida constatação: “observa-se que o valor do prejuízo, neste caso, é infinitamente superior aos danos decorrentes de delitos patrimoniais comumente praticados pela imensa maioria daqueles que habitam as prisões do país”. Existem, ainda, outras decisões judiciais proferidas nesse mesmo sentido em diversos casos, que também revelam que o Poder Judiciário já está pronto e consciente do seu importante papel de desmantelamento de cartéis. Cristine Almeida Braga, Tereza. Cartéis e Licitações: um Novo Nicho da Política Antitruste Brasileira. Revista de Defesa da Concorrência. Nº 1. Vol. 3. Maio de 2015. Pág. 17.

102 Em 2008, três executivos foram condenados a longas penas de prisão no Reino Unido no caso do Cartel das mangueiras marinhas. No mesmo ano quatro executivos da British Airways tiveram processos criminais instaurados por acordos de fixação de preços. O Parlamento australiano tipificou o crime de cartel em 24 de julho de 2009. Outras jurisdições, como Chile, República Checa, Grécia, México, Holanda, Nova Zelândia, Rússia e África do Sul também recentemente estão considerando a persecução criminal com vistas a criminalizar infrações de cartel. Hammond. Scoot, THE EVOLUTION OF CRIMINAL ANTITRUST ENFORCEMENT OVER THE LAST TWO DECADES”. *Annual National Institute on White Collar Crime*. Miami, 25 Fev, 2010, Pág. 10.

103 A teoria dos efeitos foi inaugurada nos EUA tendo sua aplicação concreta no ano de 1945, no caso “*United States Vs Aluminium Corp. O America*” (Alcoa). Este caso envolveu um cartel de produtores de alumínio, com sede na Suíça que fixou quotas de produção para elevar os preços do produto a nível internacional. Nesse caso a Suprema Corte Americana entende que o Sherman Act seria aplicável ao caso, estando a empresa Canadense, partícipe do acordo, passiva de responsabilização pelos efeitos gerados em solo norte americano. No Brasil a lei anticoncorrencial

Entretanto, aqui no Brasil, ainda não nos demos conta dos efeitos desse tipo de crime e os efeitos que decorrem dele junto à sociedade. Não se atentou para a pseudo cultura de mercado que temos e os formatos oligopolizados que sustentam as principais estruturas de serviços e produtos em nosso País¹⁰⁵.

Soma-se à análise do exposto até o presente momento¹⁰⁶, um novo elemento dissuasório à prática do crime analisado, a aplicação de penas maiores de reclusão¹⁰⁷. Alguns países relatam que em decorrência desse efeito, de penas maiores de reclusão, alguns cartéis não se concretizaram em razão da existência de mecanismos mais duros de repressão para este crime¹⁰⁸.

É imprescindível que os elementos dissuasórios não se limitem somente à imposição de multas às pessoas jurídicas, - é possível afirmar que tais multas nunca alcancem o ótimo ressarcitório, pois os ganhos obtidos suplantam as multas aplicadas. Para a efetiva repressão do crime de cartel a imposição de penas que possam repercutir na privação de liberdade dos agentes intelectuais torna-se fundamental.

Um estudo realizado pela autoridade antitruste do Reino Unido mostrou que das sanções previstas, a pena de privativa de liberdade é a que carrega maior carga dissuasória entre os entrevistados¹⁰⁹.

À luz do exposto até o presente momento é possível inferir que as sanções administrativas são tidas como elementos dissuasórios de extrema

adota a teoria dos efeitos, segundo se lê do art. 2º. Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 23/02/2016.

104 Processo Administrativo n. 08012.004599/1999-18. Mais conhecido como o cartel das vitaminas. No caso do cartel das vitaminas houve a fixação de preços e divisão de mercados para o mercado mundial de vitaminas, Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em 22/02/2016.

¹⁰⁵ A nível de curiosidade confira-se a quantidade de players nos mercados de telefonia móvel, de supermercados, de automóveis, de transporte aéreo, de petróleo, de bancos dentre outros. Nossa estrutura de consumo de massa está assentada sobre modelos concorrenciais monopsônicos ou oligopolizados. Brincamos de fazer concorrência em nosso País.

106 Vide item 4.2

107 A Lei nº 12.529/11 elimina a possibilidade de suspensão condicional do processo na esfera criminal, sendo a pena de reclusão somada à pena de multa.

¹⁰⁸ HAMMOND, Scott D. *Charting new waters in international cartel prosecutions*. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/214861.pdf>> Acesso em 22/02/2016.

¹⁰⁹ O estudo foi conduzido pela autoridade antitruste – U.K. Office of fair Trading (OFT) e analisou as respostas feitas a 500 pessoas, entre dirigentes de empresas nacionais e multinacionais, bem como a advogados. Disponível em: www.oft.gov.uk. Acesso em 23/02/2016.

relevância. Contudo, da análise comparada é possível afirmar que a aplicação de penas restritivas de liberdade para as pessoas físicas que administram ou que tornam estes acordos possíveis tende a ser um vetor mais eficaz no combate a este crime.

CONCLUSÃO.

Esta monografia se propôs a analisar a repercussão da operação Lava Jato sob o enfoque do direito concorrencial e penal. Buscou-se no sistema normativo brasileiro, bem como no direito comparado, possíveis respostas que imprimam uma maior eficácia no combate ao crime mais prejudicial contra a ordem econômica, o cartel.

Para tanto, optou-se por uma abordagem que buscou integrar a análise da estrutura do crime em exame, sua atuação e a forma como o mesmo fora executado. Os aspectos jurídicos e econômicos e as considerações atinentes aos fatores jurídico-institucionais envolvidos na aplicação de um instrumental punitivo no combate ao crime de cartel foram observados, cujas linhas conclusivas são expostas abaixo.

A operação Lava Jato é tido como o maior caso de investigação sobre crimes no período democrático. O cartel das empreiteiras desvelou sua natureza criminogênica, delito financiador dos demais crimes, dentre eles, a lavagem de dinheiro, corrupção passiva e ativa, falsidade ideológica dentre outros.

O impacto gerado pela operação junto a Petrobras fez com que a empresa saltasse 400 posições no ranking das maiores empresas do mundo, a estatal brasileira ocupa atualmente a 416ª posição.

Os estudos econômicos mostraram a retração da economia brasileira, em face do cenário de incertezas políticas e econômicas que afetaram o PIB em torno de 3.2% em 2015. A Lava Jato paralisou setores que têm um grande peso nos investimentos totais da economia.

Do condômínio legislativo observado para tratar a matéria econômica, sugerimos, com base no modelo constitucional cooperativo, a maior participação dos demais entes federativos no combate aos crimes contra a ordem econômica.

Pode-se constatar que o modelo repressivo precisa ser repensado com vistas a permitir a criação de mecanismos que possam detectar as infrações contra a ordem econômica “*ex ante*”.

Constatou-se ainda que as bases legais em que estão assentadas as premissas metodológicas para a apuração do crime de cartel, bem como as premissas metodológicas de dosimetria na aplicação das multas impostas pelo CADE conduzem por vezes o interprete a caminhos bivalentes gerando insegurança jurídica na aplicação da norma.

Observou-se ainda que o processo de expansão de normas de natureza penal junto ao direito administrativo, fruto de uma demanda neocriminalizadora, não se mostra apto a combater os delitos contra a ordem econômica.

O Estado Democrático de direito para conformar de maneira eficiente o poder punitivo do Estado, deve buscar mecanismos dissuasórios contra os crimes econômicos, cujo instrumental, a partir da análise do direito comparado, mostrou-se mais eficaz à persecução destes crimes.

Por fim, o Cartel como um crime que lesa um bem jurídico constitucionalmente tutelado, de caráter supraindividual, tem recebido das autoridades antitrustes, tanto no Brasil quanto em outras jurisdições, atenção especial.

Constatou-se, partindo da análise do direito comparado e da norma concorrencial brasileira que o processo de encarceramento para o crime de cartel caminha para um crescimento significativo.

A imposição de penas maiores penas de reclusão foi observada como um novo elemento dissuasório na pratica do delito tanto por parte de outros órgãos antitruste quanto por parte do órgão antitruste brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luiz Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, n. 14, p.3, jun./ago.2002.

BECK, Ulrich; ZOLO, Danilo. **A sociedade global do risco: uma discussão entre Ulrich Beck e Danilo Zolo**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina; Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Tradução de Selvino J. Assmann. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/ulrich.htm>>. Acesso em: 16/02/2016

BOTTINI, Pierpaolo Cruz, **O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2011. (Série IDP)

BRAGA, Tereza Cristine Almeida. Cartéis e licitações: um novo nicho da política antitruste brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**. Brasília, n. 1, v. 3, p.17, maio 2015.

BRANCO, Fernando Castelo. **A pessoa jurídica no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14. Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em 10/01/2016

BRASIL. Ministério Público Federal. **Entenda o caso**. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/todas-noticias>>. Acesso em 15/12/2015.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Processo nº 5047229-77.2014.404.7000**. Disponível em: < <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-no-stj-e-no-stf/peticoes/no-stf/docs/pet5291> >. Acesso em 20/01/2015

BRASIL. Presidência da República. Planalto. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em.

BRASIL. Superior tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.436.903-DF**. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 18/12/2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Disponível em <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=autenticidade_documentos> Acesso em 17/12/2015

CARTILHA de cartéis: Combate a Cartéis e Programa de Leniência. 3. ed. Brasília: Ministério da Justiça; Secretaria de Direito Econômico; Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

CARVALHO, Vinícius Marques; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **A defesa da concorrência no Brasil 50 anos**. Brasília. 2013. Disponível em: <www.cade.gov.br>. Acesso em 02/01/2016.

CORRUPÇÃO, Relatório. **Custos econômicos e propostas de combate**. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corrupcao-custos-economicos-e-propostas-de-combate>> Acesso em 01/02/2016.

CUIABANO, Simone; et al. Filtrando cartéis: a contribuição da literatura econômica na identificação de comportamentos colusivos. **Revista de Defesa da Concorrência**. Brasília, nº 4, p. 43-45, nov. 2014.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 16.ed. São Paulo: 2001

ECONÔMICO, Valor. **Petrobras cai mais de 300 posições em ranking global da Forbes**. Disponível em: <http://www.valor.com.br/empresas/4038120/petrobras-cai-mais-de-300-posicoes-em-ranking-global-da-forbes>, Acesso em 25/01/2016.

ESTELITA, Heloisa. Aspectos processuais penais da responsabilidade penal da pessoa jurídica prevista na lei n. 9.605/98 à luz do devido processo legal. In.: **Direito penal econômico**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.168.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38.ed. Saraiva. São Paulo. 2012.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Singular. 2011.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Introdução ao direito da concorrência**. São Paulo: Malheiros, 1996.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HAMMOND, Scott D. **Charting new waters in international cartel prosecutions**. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/214861.pdf>. Acesso em 22/02/2016.

HAMMOND, Scoot. The evolution of criminal antitrust enforcement over the last two decades. In: **Annual National Institute on White Collar Crime**. Miami, 25 fev, 2010, p. 10.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitrust policy: the law of competition and its practice**. St. Paul: West Group, 1999.

JAKOBS, Günther. **Os dilemas do Direito Penal**, São Paulo, Saraiva, 2011. (Série IDP)

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). **Agenda contemporânea: direito e economia: trinta anos de Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012. tomo 1

LYNETT, Eduardo Montealegre. Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Org.). **El funcionalismo en derecho penal: libro homenaje al Profesor Günther Jakobs**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003. p. 26.

MACEDO, Fausto. **Cortes superiores revisaram menos de 4% das decisões do juiz Sérgio Moro**. Disponível em: < <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/cortes-superiores-revisaram-menos-de-4-das-decisoes-do-juiz-sergio-moro/>. Acesso em 17/12/2015.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal**. São Paulo: Singular, 2013.

MOREIRA, Vital. Economia e constituição. In.: GRAU, Eros Roberto. A **ordem econômica na Constituição de 1988**. 9.ed. São Paulo: Malheiros. p. 55-56.

PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo. Atlas, 2014.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles, Pedre Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**. 7.ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3.ed. Lisboa, 1998. (Coleção Veja Universitária).

SCHUARTZ, Luis F. O direito da concorrência e seus fundamentos. In: POSSAS, Mário L. (Org.) **Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2002. p. 119.

SHAVELL, L. Fairness versus Welfare: Notes on the Pareto Principle, Preferences and Distributive Justice. **NBER Working Paper** n. 9622, 2003.

SHECARIA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2. ed. São Paulo: Método, 2003.

STRECK, Lênio. A (primeira) aplicação da *Untermassverbot* pelo Supremo Tribunal Federal: comentário ao RE 418.376. In.: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; Vale, André Rufino do. **A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição**. São Paulo: Saraiva 2010. p. 228.

SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia**. São Paulo: Elsevier. 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena; et al. **Constituição e Desenvolvimento: Agenda contemporânea: direito e economia: trinta anos de Brasil**, São Paulo. Saraiva, 2012.