

**Painel I – CARTÉIS: INTERFACE ADMINISTRATIVA
E CRIMINAL / CARTELS: ADMINISTRATIVE AND
CRIMINAL APPROACHES**

Coordenador / Chairperson: Marcos Vinícius de Campos –

Prof. da Faculdade de Direito da FAAP

Marcelo Moscogliato – Ministério Público Federal

Friedmann Anderson Wendpap – Juiz Federal

Shawn Neylan – Stikeman Elliott Canada

José Mario Barbuto – Ministério Público Estadual

■ **Marcos Vinícius de Campos**

Bom dia a todos. Eu, na qualidade de presidente do 1.º painel, quero agradecer a participação da doutora Elizabeth Farina, que sempre nos traz notícias muito boas, de que o governo vem investindo bastante nesta área. E, a propósito desse tema, gostaríamos de agradecer a presença aqui dos oradores deste painel, no caso em particular do doutor Marcelo Moscogliato, que é Procurador Regional da República junto ao Tribunal Regional Federal da 3.ª Região e mestre pela Universidade de Davis, na Califórnia, a participação do juiz federal doutor Friedmann Wendpap, que é professor de Direito Internacional Público na Faculdade de Direito da Universidade Tuiuti, no Paraná, e da Escola da Magistratura Federal, com mestrado em Direito Público na Universidade Federal do Paraná, e presidente da Associação Paranaense dos Juízes Federais, e também do doutor Shawn Neylan, que é advogado militante no Stateman Eliot em Toronto, no Canadá, que é experiente na área de competição, na parte criminal, com amplos casos, que vai também nos ajudar a mostrar o modelo no Canadá, e por fim do doutor José Mário Barbuto que é membro do Ministério Público Estadual, atua no GAECO há um bom tempo, tendo ampla experiência também em processos criminais na área mais particularmente do nosso interesse, que é a apuração de cartéis. Digo isso porque este painel foi pensado e desenhado para tratar de questões que hoje afligem aos nossos membros do IBRAC, particularmente na interface entre o processo administrativo e o processo criminal para a apuração dos cartéis. Quando a diretoria do IBRAC propôs esse tema, realmente o propôs

à luz de fatos que ocorrem hoje em vários cantos do País e que estão nos levando algumas preocupação particulares, quais sejam, basicamente, nós temos a apuração criminal andando bem mais rapidamente do que a apuração administrativa, o que evidentemente traz uma enorme responsabilidade para a justiça, para os juízes, para o Ministério Público e para nós, advogados, preocupações, afinal estamos num país continental, temos questões relativas a competência, temos a interveniência da justiça estadual, da justiça federal, dos órgãos de defesa do interesse público, no caso o Ministério Público, em particular, nos dois níveis também. E os problemas que decorrem desses dois processos, o criminal e o administrativo, são problemas concretos, como a questão da obtenção das provas, o uso emprestado das provas, a participação do Ministério Público e do juiz criminal no programa de leniência, estes são todos temas que vão evidentemente ser explorados pelos painelistas e sobre os quais posteriormente teremos a oportunidade de discutir. Então, sem mais demora, quero agradecer de fato a presença dos painelistas, dos oradores e passar a palavra ao primeiro orador, o doutor Marcelo Moscoliato.

■ Marcelo Moscoliato

Obrigado. Bom dia. Salve a doutora Elizabeth Farina, presidente do CADE e o doutor Marcos Vinícius em nome do IBRAC. Agradeço o convite. Para mim é uma grande honra estar aqui com vocês, e mais feliz ainda eu fico por ver tanta gente interessada em concorrência e nas questões relacionadas a Direito e Economia, porque é isso que eu enxergo aqui. não só a questão concorrencial. E eu acredito que um grande avanço no nosso sistema vai acontecer no dia em que conseguirmos dar um passo adiante e entender como Direito e Economia funcionam e a relevância dessa relação. Eu confesso que, assim como o Gesner de Oliveira tem a sua veia jurídica – um dos advogados que eu mais leio hoje em dia é o Gesner de Oliveira, que não é advogado –, tenho uma veia de paixão pela Economia, não com competência, porque sou um desastre em matemática, mas se eu soubesse matemática talvez eu conseguisse raciocinar melhor sobre Economia. E, como o tempo é curto, já aviso a tradutora, que me pediu para dar um oi daqui, se por acaso eu falar rápido demais, no final estarei a disposição para esclarecimentos para quem fala português ou inglês.

Primeiro, por que nós temos direito? Alguém, quando veio para cá e saiu de São Paulo ou de Brasília, perguntou para o piloto ou para o motorista se ele tinha habilitação para dirigir, se o pneu estava cheio, se o tanque estava cheio, alguém perguntou qual era o caminho, alguém se preocupou chegando aqui em saber se tinha água quente ou água fria, se a alimentação era de boa qualidade e qual o risco de ser contaminado? Não! Acho que ninguém fez isso. Por que ninguém fez isso? Porque as coisas funcionam automaticamente, e uma das idéias em torno da existência do direito, é que ele existe justamente porque nós não nos conhecemos, e as coisas são estabelecidas de forma automática: é assim que a sociedade moderna funciona. Ao tempo em que o direito gera esse tipo de problema, ou melhor, de solução eu diria que seria bom pensarmos em uma outra coisa: O que é direito? Que são as regras? Eu não acredito em regra perfeita, eu não busco a regra perfeita, porque não acredito que seja possível escrever algo que gere unanimidade entre as pessoas – e não digo só entre os advogados ou os economistas. Eu acredito na construção de algo a partir do esforço coletivo. Eu gosto muito da apresentação de um livro de bolso, não é jurídico, é um livro de história de bolso *O que são as leis?* Nada mais são do que peças de papel, nada mais do que textos sem que as pessoas busquem que elas tem um *enforcement*, uma aplicação concreta, nada mais do que isso elas são. O direito existe porque nós não nos conhecemos. Por que o Judiciário brasileiro demora? Eu acho que o Judiciário brasileiro tem algumas coisas a aprender com o CADE, na apresentação da doutora Elizabeth Farina hoje, que é justamente a capacidade de difundir a informação de forma rápida, disponibilizar dados e tornar público o seu funcionamento o mais rápido possível. Digo isso também com relação à minha instituição, que caminha nesse sentido: o Ministério Público Federal. Por que demora? São muitas as respostas e só para se ter uma idéia – esse é um dado de 2004 e eu vou buscar o de 2006 –, estou esperando o Conselho Nacional de Justiça mostrar a sua estrutura e funcionamento para poder comparar: nos Estados Unidos houve 100 casos, no Supremo no Brasil, no mesmo ano, 106.228 casos. Há uma superoferta de decisões judiciais, que é uma das razões de as decisões judiciais sofrerem de inflação crônica e desvalorização automática. Ao tempo que o juiz produz uma decisão, outra automaticamente chega e a substitui. O preço da decisão judicial no Brasil é muito barato em termos econômicos, eu diria, de demanda e oferta. Porque a doutrina é tão relevante, porque não é tão fácil produzir um jurista ou publicar livros ou pensamentos, daí nós nos fiarmos muito mais na doutrina do que na jurisprudência como fonte de referência, essa é uma tese. Porque eu não consigo imaginar como seja possível funcionar dessa forma, e o meu Tribunal

funciona dessa forma, onde eu atuo funciona dessa forma. Há cuidado, há preocupação, há dificuldade, há um esforço para dar conta dessa demanda, mas me parece que a questão é entender que nem tudo tem que ser decidido, nem tudo tem que ter uma decisão individual. Há a súmula vinculante, mas antes dela nunca usamos uniformização de jurisprudência, argüição de inconstitucionalidade nos planos dos tribunais para reduzir o número de processos, e essa é uma questão posta para todos nós. Eu acredito nessa resposta quando digo porque o Judiciário demora para julgar. São muitas as respostas, mas uma delas me parece que está conosco, os operadores do Direito. Porque nós, operadores do Direito, advogados, juízes, promotores, constituímos a única profissão que domina um poder da República, que é o Judiciário. Nos outros poderes estão engenheiros, economistas, tradutores e fazendeiros, analfabetos, semi-analfabetos, etc. No Judiciário não: há exame de ordem, concurso público e assume-se a função e segue-se a carreira. Além disso, como nós, advogados, somos vistos? Essa é uma citação de um livro que eu me diverti muito lendo: *Sexo, drogas e economia*, e ao final, eu me incluo, está o.k., uma das exceções gerais à regra, ao princípio de que somente as pessoas pagam impostos foi violada no raciocínio da autora, porque ela concluiu que, é claro, advogados também pagam impostos, o.k. E para mim existem só duas categorias de profissionais no Direito. Por exemplo, na Medicina – minha mãe era médica – existem os que esqueceram compressa dentro de pacientes e os que vão deixar – os que não deixaram não existem; já entre os advogados, juízes e promotores, só existem os que já erraram ou os que vão errar, os que nunca erraram não existem, porque o indivíduo submetido ao estresse falha, e temos que entender o que isso significa. É fundamental compreender a urgência do sistema. Como todos aqui têm interesse por concorrência, não vou me ater muito a isso. Um dos fundamentos à idéia em torno da concorrência está bem resumida nessa introdução inicial *Restatement Third* do American Law Institute: porque defender a concorrência? Para competir pela preferência do futuro consumidor. E a competição cria incentivos para oferecer produtos com qualidade, preços razoáveis e promoção da alocação eficiente dos recursos econômicos. Ao não combater a concorrência, transfere-se poupança de um lugar para o outro, ou seja, do consumidor, consumo presente, consumo futuro.

Há duas vertentes do Direito Econômico no Brasil, e nós vivemos grandes problemas dentro da nossa estrutura. O nosso Direito Econômico historicamente nos coloca uma dúvida: estamos aqui para defender a concorrência ou para intervir na atividade econômica? Qual a extensão disso? Como

viver no processo inflacionário e crônico, num Estado com um Executivo muito forte? Há dúvidas a respeito do funcionamento do sistema. As regras existem. Esse tipo penal da Lei 8.137 regula a concorrência, esse outro também concorrência, mas e esse outro aqui? Só fala de tabela, só fala de reajuste de preço, só fala de preço tabelado, congelado, administrado, fixado. Ora, o Estado fez isso. É só pegar um caso interessante no STJ em que a União foi condenada a indenizar empresas produtoras de açúcar porque a União fixou o preço do açúcar entre 1989 e 1994 abaixo daquilo que o produtor gastava para produzir. As empresas de açúcar ganharam a demanda, pois fixar preço tem um problema. Qual é o problema de fixar o preço, seja o Estado seja a empresa? Tabelar preço provoca um problema: a tabela nunca funciona, ou funciona num dado momento se ela deixar todo mundo contente, e a partir do momento em que ela deixa alguém descontente, o preço sobe ou desce, o mercado negro aparece, e assim por diante. Esse daqui é um tipo eu diria inflacionário, destinado em 1990 a combater o quê? Qual era o foco? Aqui não era a concorrência, isso daqui era destinado a dar força, a dar padrão, capacidade de aplicação e *enforcement* para a noção de governo da época de que uma tabela seria capaz de controlar a inflação, e não a despesa do governo. Outro exemplo que me chama a atenção – adoro esse tipo penal, e grifei porque é importante –: “comete crime de concorrência desleal”. Essa lei veio logo depois da criação da OMC, da qual o Brasil é um dos fundadores, e o dispositivo é da Lei de Propriedade Intelectual. O que é importante? Vejamos o *caput*: “*Crime de concorrência desleal*. Pena: detenção de três meses a um ano”. Advogado que faz transação penal nesse tipo de crime para mim pratica má advocacia. Por quê? Porque em três meses prescreve, e ninguém vai ser condenado a ficar na cadeia com um tipo penal desse tamanho. Quanto às infrações econômicas, as linhas gerais estão aqui, a base na nossa Constituição Federal, parágrafo único do 170 e parágrafo 4.º do art. 173 e idéias em torno de cartel. Essa é uma definição de cartel encontrada no dicionário de finanças do Sandroni: “acordos de empresas com fim comum”. Não há o elemento de ilícito nessa definição, acordo entre empresas pode acontecer em várias situações.

Todo cartel é ilícito? Se for, como é que ficam o cartel do petróleo, o cartel das drogas, o dos combustíveis, o dos transportes, o dos ônibus, o dos táxis, o da laranja, o dos Bancos? Existe cartel de banco no Brasil, cartel de médicos, de advogados? Todo cartel é ilícito? Se todo cartel é ilícito, por si só temos que tomar alguma providência contra a OLP, por exemplo, que é o cartel do petróleo. Precisamos entender como funciona o cartel, por exemplo

o nosso dos advogados, que tem inclusive tabela para cobrar honorários, não teme mesmo? No passado, quando eu me formei, eu exerci a advocacia por quatro anos e meio antes de fazer concurso público, e nós tínhamos uma tabela para cobrar por separação judicial consensual: eram três salários mínimos. Eu não sei qual é o preço hoje fixado, mas há um acordo de preços a respeito disso ou não há? Na minha época eu não conseguia cobrar três salários mínimos dos meus clientes porque eles eram pobres. Eu fiz a barbaridade de sair da faculdade e abrir meu escritório de advocacia sozinho, foi uma grande aventura.

Cartel envolve a noção de criar campeão nacional para competir internacionalmente. A grande pergunta quando se fala: vamos reforçar essa empresa porque ela ganha escala e se torna um grande exportador competindo com os gigantes do mercado internacional, porque isso é benéfico para a economia nacional. A pergunta é a seguinte: quem paga por criar um competidor nacional? Alguém vai pagar. Se é o consumidor, basicamente é ele que vai pagar porque essa empresa existe, porque subsídio pode ser público ou privado, depende da decisão estabelecida. Eu particularmente detesto subsídio. E mais, ali está sobre as profissões liberais. Isto daqui é de um artigo do Mário Monti, que era o comissário de concorrência da União Européia em que ele fala dos problemas que ele na União Européia enfrentou durante os dez anos praticamente que ficou no trabalho com as chamadas profissões liberais: engenheiros, advogados, arquitetos. Quer dizer, o problema vai para todos os lugares. Sobre o cartel dos Bancos, adoro esse texto da Agnès Belaisch publicado dentro do FMI – mandei isso por meio eletrônico para vocês. Ela questiona a taxa de juros no Brasil, quais são os motivos: alto risco, estabilidade econômica tal e tal, mas ela chega a uma conclusão de que há indícios empíricos que confirmam que no Brasil os bancos se comportam oligopolisticamente, e aqui se levanta uma série de questões em torno do comportamento bancário, desde a captura do regulador pelo regulado, até a forma como as estruturas são montadas, as opções que o consumidor tem etc. Mas eu vou deixar isso para lá, porque vamos para o ponto central da apresentação, que não quer mudar. Aqui temos a definição da Paula Forgioni sobre cartéis, que está no livro *Os fundamentos do antitruste*, com base no artigo 20 da lei, e aqui um tipo, o tipo penal *concorrência*. Artigo 4.º da Lei 8.137, de 1990: “Constitui crime contra a ordem econômica abusar da propriedade, do poder econômico mediante ajuste ou acordo de empresas para... e formar acordo, convênio, ajuste, aliança entre ofertantes visando...” Está ali: discriminar preço de bens ou prestação de serviços para ajuste ou acordo

de grupo econômico. São algumas das possibilidades de inserção de cartel. A minha pergunta para vocês está lá em cima: isso daqui é o que? *Per se* é a regra da razão. *Per se*? Boa resposta. Eu não acredito que seja *per se*, porque eu vou dar um exemplo: em Direito Penal nós chamamos *per se* a definição de conduta, ou seja, há uma definição da conduta praticada, e consequência é a pena. Entretanto, existem as famosas excludentes de juridicidade, de culpabilidade, de todas as justificativas de conduta. Ou seja, basta pegar o título do art. 121 do Código Penal, o mais simples de todos: matar alguém. Pena: seis a vinte anos. Isso é *per se*, o.k. Mas e se for por legítima defesa? E se for por estado de necessidade? E se por acaso existe alguma cláusula que implique excludente de diminuição de pena, redução de pena ou aplicação de algum outro conceito benéfico naquela situação concreta? Porque o grande problema da regra *per se* é justamente chegar ao beco sem saída, que é o seguinte: numa dada situação aplicar a regra *per se* é injusto. Em Direito Penal, a regra da razão tem outro nome, mas em Direito Criminal existe a regra da razão, a razoabilidade na aplicação da pena, que vai do artigo 69 do Código Penal até todas as regras que indicam que em determinadas situações você vai agravar a pena ou você vai reduzir a pena. Estelionato, parágrafo 3.o do art. 171: se houver entidade pública no pólo de vítima ou se envolvido o seu interesse, aumenta-se a pena. Isso é regra da razão? Porque ali tem de 1/3 a 2/3, e daí? Em Direito Penal eu digo: não temos situações de regra *per se*. Por que então nós temos regras e situações de regras *per se* em Direito Administrativo? É uma pergunta que eu deixo para vocês, porque eu não acredito que não existe no sistema infração *per se*. Existe definição de conduta e essa definição é feita pelo legislador e as agências, os tribunais, e as Cortes aplicam mas sempre se valendo da regra da razão, que pode ter vários nomes dentro do sistema: razoabilidade é a questão.

Feito o tipo, vamos para a regra da razão. Esse texto eu peguei do advogado Gesner de Oliveira (que eu disse para vocês que se disfarça de economista mas que é advogado na verdade), publicado agora esse ano, em inglês, na revista na North Western. Eu tenho feito pesquisa a respeito do CADE e o que tem sido produzido a respeito do nosso sistema concorrencial em termos de doutrina no sistema americano, que é o que me interessa. E é muito interessante ver muitas vezes como as coisas são publicadas ou são apreciadas de lá para cá, justamente por conta da experiência antitruste que eles tem lá. Algumas questões a serem consideradas no processo contra cartéis: primeiro, a competência criminal Ministério Público no CADE, a leniência e a interceptação telefônica, e a prova emprestada.

Competência criminal, esse é o grande foco de discussão. O artigo 109 da Constituição Federal diz que aos juízes federais compete processar e julgar, no inciso IV, quando a União tem interesse, no inciso VI, os crimes contra a ordem e o sistema econômico-financeiro, quando a lei assim determinar. A interpretação que tem sido dada é que quando a hipótese se enquadra no inciso VI, é especial em relação ao inciso IV – parece que esse tem sido o entendimento predominante. O Supremo Tribunal Federal decidiu isso em novembro do ano passado num *habeas corpus* relacionado a petróleo e óleo, que diz: há interesse da União, sim, da Agência Nacional de Petróleo; entretanto, a especialidade da regra no inciso VI diz que se afasta o inciso IV do art. 109 e a competência é da Justiça Estadual. Em termos de crime, essa é a definição de competência hoje, sobre a qual eu tenho algumas dúvidas que vou trazer para vocês.

Primeiro, acredito que existe uma armadilha nessa definição de ordem econômico-financeira: quem colocou bem a questão foi o José Afonso da Silva, no seu festejado *Direito constitucional positivo*, que diz que há duas ordens econômico-financeiras dentro da Constituição Federal: uma pública, aquela relacionada a orçamento e gestão, que a doutora Elizabeth Farina trouxe para cá com muita maestria para demonstrar que o sistema funciona e quais são as agruras do gestor público. Para nós brasileiros é uma vergonha, eu acredito, ver que a nossa agência de concorrência funciona com um orçamento de aproximadamente 5 milhões de dólares por ano: é pouco, é muito pouco (se há alguma coisa útil a ser feita nesse país é brigar para isso aumentar. Eu li, mas eu somei todos, fiz pela média 7,5 milhões e pouco e dividi por 2,2, como eu não sei matemática, deu mais ou menos isso: 5 milhões, então está pior ainda do que parecia, são 3 milhões de dólares aproximadamente). Só voltando um pouquinho, a questão do público, e aí vem a disposição lá no inciso VI é que envolve não mais a gestão e o orçamento público, mas sim o relacionamento e as operações privadas, as financeiras privadas e públicas na interface que existe entre bancos etc., funcionando o Banco Central e o sistema financeiro nacional como o grande órgão de ligação disso. Decorrência disso está aqui: o julgado do Supremo Tribunal Federal do ano passado em que essa competência foi definida, e aí eu tenho a pergunta: se todo crime econômico-financeiro para ser da competência federal depende de lei específica que defina essa competência e nós temos um problema, por exemplo, de informação privilegiada, em não há definição de competência apesar de a CVM ser o único órgão que funciona dentro do sistema. Os crimes contra a ordem econômico-financeira são definidos assim como concorrenciais e há

também os relacionados ao petróleo e ao óleo. Mas eu busquei no Código Penal essas disposições aí no art. 359, do *a* ao *h*. São crimes contra a ordem econômico-financeira ou não? Essas disposições foram inseridas no nosso Código Penal em razão da Lei de Responsabilidade Fiscal, esse foi o fundamento, a razão. Isso daqui é crime contra a ordem econômico-financeira ou não? Isso daqui: restos a pagar, ordenar a funções de obrigação sem base, ordenar despesa não autorizada em lei – doutora Elizabeth, vou usar a senhora um pouquinho como exemplo, por favor, com licença. Vamos imaginar que a doutora Elizabeth na gestão dessa fábula de 3 milhões de dólares por ano realize uma despesa não autorizada por lei: crime contra a ordem financeira de quem? Do Estado? Se é um crime contra a ordem financeira do Estado e não há disposição expressa definindo competência para esse tipo de crime no Código Penal e em nenhum outro lugar, se eu seguir o raciocínio desenvolvido no âmbito do Supremo Tribunal Federal, vou afastar a aplicação do inciso IV para dizer que tem que prevalecer o inciso VI do artigo 109, e vou dizer para a doutora Elizabeth Farina o seguinte: olha, a senhora é presidente de autarquia federal, mas eu tenho que aplicar o artigo 109, inciso VI, da Constituição Federal, e a senhora vai ser processada e julgada por um juiz estadual. É só um exemplo, é só um problema que eu já avisei aos meus colegas. Eu vou ser o primeiro Procurador Regional da República que quando chegar uma representação contra autoridade federal com foro privilegiado ou prefeito ou juiz gestor do foro, juiz federal diretor do foro e acusado de uma dessas infrações aqui, vou dizer: vamos seguir o Supremo Tribunal Federal, não é da competência do TRF; é da competência do TJ, porque eu tenho que afastar a aplicação do inciso IV, regra geral, para aplicar o inciso VI do artigo 109 da Constituição Federal. Eu acredito que essa competência mais cedo ou mais tarde vai ser revista por conta de alguns problemas em torno disso, mas hoje o que prevalece é isso. Por que existe o inciso VI? Existe o inciso VI porque sem aquelas cláusulas todos os crimes contra a ordem econômico-financeira de município e de estado seriam crimes federais. Mas não quero excluir o resto. Sobre essa questão da competência, a minha colega da Procuradoria escreveu um texto sobre isso e ela traz algumas questões: não há como em outros casos competência administrativa comum com os estados membros. A única agência, a única autarquia, o único órgão encarregado de regular e combater infrações contra a ordem econômica é o Sistema Brasileiro da Concorrência, não existe essa entidade no âmbito do estado. A mesma coisa ocorre com relação à Comissão de Valores Mobiliários: não existe CVM estadual, municipal, local. O interesse direto da União e a forma como isso funciona para mim parece claro.

Aqui, eu adoro esse caso, ele é fabuloso, quem leu meu texto, que foi distribuído já sabe: é uma coisa extraordinária. Aí todo mundo errou. O indivíduo submetido a estresse falha, falaram Procurador da República, Juiz Federal, Promotor de Justiça, Juiz do Estado, um Subprocurador Geral da República e a 3.a Sessão do STJ inteira. O que eles fizeram? Eles só afirmaram que compete à justiça estadual julgar os feitos que visam à apuração de possível infração contra a ordem econômica prevista na Lei 8.884/94. Só isso, em 2003. E a questão era criminal. Ninguém leu a Lei 8.884/94 para descobrir que lá não tem tipo penal. Os problemas do caso são sete, é o jogo dos sete erros. Está aqui o jogo dos sete erros daquele julgado que diz que cabe à autarquia, é da justiça federal a competência para executar as decisões do CADE em âmbito cível-administrativo: o rito é da execução fiscal federal e vai assim por diante. Não vou perder muito mais tempo nisso aqui. Se vocês quiserem, depois voltaremos a isso.

Ministério Público Federal no CADE. A disposição expressa: para que um Procurador da República funciona? Isso já gerou alguns conflitos internos dentro da carreira, que é justamente a interpretação de qual é o papel do Procurador da República dentro do CADE. Hoje prevalece a noção de que ele é órgão de ligação. Aqui estão os dispositivos legais que dão fundamento à atuação com base legal na Lei Complementar 75/93, além das disposições da Lei do CADE e do Ministério Público sobre a questão. Tudo aqui diz respeito à atuação do Ministério Público na defesa da concorrência, e a coletividade é a titular dos direitos. Essa é uma disposição esquecida (artigo 29 da Lei do CADE), que abre oportunidade para a ação de reparação de danos. Não conheço demanda de indivíduo, Associação de defesa da concorrência ou de alguém pedindo reparação de danos na questão por violação de regra concorrencial, e um problema que foi muito discutido dentro da nossa carreira – aqui eu abro parênteses – é a situação do promotor natural. A nossa posição é de que é órgão de ligação, que é o que tem prevalecido hoje dentro da carreira. Mas não foi assim no passado: alguns colegas que atuaram entendiam que eles podiam fazer e funcionar diretamente movendo demandas, ajuizando ações e investigando, atuando diretamente em todos os processos do CADE. Já que eles poderiam fazer isso, o problema está na nossa lei orgânica, e aqui eu conto uma piada ministerial para vocês: o indivíduo passa no concurso de Procurador da República, ele sabe muita coisa, ele estudou muito, então ele é Procurador de toda a República. Passados alguns anos ele emburrece. Por excesso de trabalho, falta de tempo para estudar, ele vai emburrecendo, vai definhando, e as idéias velhas vão calcificando. Aí ele é promovido, ou

melhor, rebaixado para Procurador Regional, que é o que faço agora: você passa a ser Procurador de uma região só, você não é mais da República. Passados alguns anos, seu emburrecimento é tão grande que você nem é mais Procurador, você é Subprocurador. Então no primeiro grau quem atua é o Procurador da República, no segundo, o Procurador Regional, e no terceiro e quarto graus o Subprocurador Geral. Para que um atue na instância do outro, o nosso Conselho Superior tem que dar autorização especial, pois nossa lei orgânica define dessa forma, o que significa o seguinte: se o Procurador Geral da República hoje decidir atuar em primeira instância ele não pode, porque o foro dele é o Supremo. Ninguém atua no Supremo além dele, e ele delega para outros, mas não pode atuar onde a lei não diz que pode. Ele não pode oferecer uma denúncia em primeira instância. Então, essa é uma questão interna a ser discutida. Superada a questão do Promotor natural, da leniência, que vocês conhecem, e o dilema do prisioneiro. Não vou perder tempo explicando para vocês quais são os requisitos, porque eu presumo que já se tenha uma idéia. Eu quero chamar a atenção de vocês a respeito da leniência é que o programa é isso daqui: “nos termos da... impede o oferecimento da denúncia pelos crimes da Lei 8.137/90”. Primeiro problema: cumprir o acordo, quem extingue a punibilidade, que declara extinta a punibilidade, porque se não for declarada extinta alguém pode denunciá-la. Ela será extinta ou por *habeas corpus* ou por *habeas corpus* de ofício, *habeas corpus* em tribunal etc. Então, essa declaração de extinção da punibilidade é automática, mas os seus efeitos muitas vezes não são sentidos automaticamente. Eventualmente, um Procurador ou Promotor pode denunciar e isso ser objeto de discussão, mas no âmbito do Ministério Público Federal a gente tem posição já sedimentada em muitos casos, de que o procedimento administrativo não pode condicionar o exercício da ação penal em razão do artigo 129, I, da Constituição Federal. É a velha questão pertinente aos processos administrativos na Receita Federal, no Conselho de Contribuintes etc. e há um condicionamento aqui tremendo, o que gera uma série de discussões. Interceptação telefônica – quem pode fazê-la está na lei: juiz, polícia, Ministério Público, como parte ou como fiscal da lei, podem representar e pedir no processo penal ou na investigação criminal. Como é que fica a utilização da prova emprestada, que é o grande problema: prova emprestada de quem para onde? Esse é um primeiro problema. A prova emprestada é utilizada dentro do nosso sistema com grande tranquilidade, eu diria. O problema de usar prova emprestada sigilosa surge justamente em razão da proteção do sigilo do indivíduo, direito fundamental do cidadão e aqui faço um parêntese: quebra do sigilo é crime. Quebra do sigilo é infração funcional, acesso a informação sigilosa. O fato de um agente

público, um juiz, um promotor, um administrador acessar a informação não significa que ele pode dar publicidade. Se ele der publicidade, ele quebra o sigilo, e quebrando o sigilo comete o crime, estando sujeito a infração administrativa. Quando se olha para a prova emprestada, é preciso considerar – e eu sou totalmente favorável à sua utilização –primeiramente – porque se a prova é sigilosa, não interessa se é escuta telefônica, bancária, se são dados bancários, fiscais, a prova tem uma finalidade, que é convencer o juiz ou tribunal, é essa razão de ser da prova, para que ele decida com segurança e tentando evitar mais conflitos dentro da situação, dentro do caso concreto – a garantia de sigilo. O Executivo tem história de sigilo. O Executivo trabalha com sigilo bancário, fiscal, de dados. Quem se esquece que dados e informação comercial já viraram tradição. Ninguém considera mais isso, mas livros comerciais são sigilosos, por exemplo. As pessoas já nem valorizam mais essa informação, esse dado, mas há sim. Objeto claro: sempre que se pede prova emprestada tem que constar com clareza o que se pretende, limitado e definido. Não se deve nunca utilizar a pescaria, lançar a rede para ver o que vem, pois isso é ilegal, é inconstitucional, viola o direito do cidadão. Além disso, uma vez produzida a prova, serve à verossimilhança, ou seja, à aparência da verdade em qualquer processo. Toda prova tenta reproduzir no presente algo que aconteceu no passado. Não há prova instantânea utilizada pelo julgador no momento. Se o juiz presencia a infração ou delito, ele é testemunha, não é mais juiz; se o órgão ministerial participa da conduta criminosa, ele é réu no processo. Não há como. Sempre a prova é reprodução do passado por aparência da verdade vindo para o presente, para convencer alguém de que determinada coisa aconteceu no passado. E aí vem aquela velha questão da verdade real: existe verdade real ou não existe verdade real? Eu particularmente acredito que no processo não existe verdade real, porque existe a verdade além da dúvida razoável, a verdade reproduzida nos autos demonstrando o que aconteceu no passado, e não o que aconteceu efetivamente no presente: ela é fruto do contraditório, do debate, da discussão. Produzida a prova, esta marca um registro. A prestação da prova é sempre livre, não vinculada, é possível apreciar a prova e ela não é uma apreciação matemática; dois documentos implicam uma condenação X, três documentos dois X, e assim por diante.

E o princípio constitucional da eficiência está no artigo 37 da Constituição Federal. Não é razoável que se produza uma prova desperdiçando recursos, tempo e recursos escassos do Estado, do cidadão, para o processo somente a título de dizer ou afirmar que determinada prova é sigilosa e só pode surtir efeito em determinado procedimento e não em outro. Isso não tem

absolutamente nada a ver com raciocínio lógico e levanta algumas questões pertinentes: e se essa prova for prova de inocência, pode? E se for prova para condenar, pode? Então, prova é instrumento, prova não é fim. Prova lícita do cartel ilícito são questões postas, podemos discutir isso depois nas perguntas a quem se destina. Na verdade real isso eu já falei dos preços, de como eles são fixados. E nunca se esqueçam – pelo menos é essa a minha idéia – que a finalidade da política antitruste são preços competitivos, não preços altos ou baixos, porque preços implicam alocação eficiente de recursos, e quando eles são bem alocados a economia vai bem. Aqui eu encerro, mas antes quero pegar o último aqui para mostrar para vocês por que a doutora Elizabeth me inspirou. Isso tudo vai ficar disponível para vocês. Isso aqui eu peguei do James Müller, que foi presidente da Federal Trade Commission no governo Reagan. O governo Reagan foi muito profícuo na aproximação entre direito e economia nas suas escolhas para formar a Corte, as Cortes intermediárias e os juízes federais, houve um grande esforço naquela região. Essas são recomendações e observações que ele fez no Seminário de que participou com Mario Monti, que eu citei lá atrás, e acho que isso vale tanto pra o processo administrativo como para o processo judicial. Vale tanto para o ato de concentração como para a apuração de conduta infracional. “Explore a sua capacidade” (“Explore Advocacy Roll”), ou seja, “coloque a boca no trombone, faça isso conhecido, demonstre a sua capacidade, defenda as suas idéias”. A “very capture by farms and industries”, a captura do regulador pelo regulado, o regulado tem muito mais capacidade do que o regulado para fazer as coisas, e direta ou indiretamente leva o regulador a fazer aquilo que ele quer ou necessariamente o que a lei determina ou o que se pretende em tal caso concreto. Transparência durante a revisão dos processos: é fundamental a publicidade, a opinião pública conhecendo o que se passa dentro do sistema é um grande caminho para ele mudar, avançar e para conseguir mais recursos e investimentos, mais do três milhões por ano, por exemplo. E uma outra coisa fundamental, que eu aprendi na Transparência Brasil: qual o principal remédio contra a corrupção? A luz do sol. A luz do sol é o melhor antídoto para a corrupção, as coisas às claras, acessíveis, disponíveis. Articule suas razões sempre ressaltando as políticas que você está escolhendo, ou seja, as políticas concorrenciais, o que você está fazendo, sempre reafirmando e criando as bases de desenvolvimento daquele sistema. E o último critério: sempre eficiência e razão da equidade. Quando se fala em concorrência em economia, nós no Brasil temos uma grande dificuldade de trabalhar com eficiência e equidade, temos o discurso da equidade que na prática não se realiza. É histórico isso em nosso país. E as observações que ele faz de que a competição entre agências é uma boa idéia. Percebe-se

isso no relacionamento das coisas e mesmo a lei mais clara e mais brilhante, ou melhor, o dispositivo legal ou a regra mais clara e brilhante sempre vai gerar dúvida e desacordo entre as pessoas que a lêem e que a acompanham. Com isso eu encerro, agradeço e para mim é um grande prazer estar aqui com vocês hoje. Obrigado.

12º Seminário internacional de defesa da concorrência

Painel I: Cartéis. Interface administrativa e criminal.

Cartels. Administrative and criminal approaches

Campos do Jordão – SP; 24.11.2006

Marcelo Moscogliato, 11.2192.8667

e-mail: marcelo@moscogliato.com.br

www.moscogliato.com.br

Por que temos o Direito e as normas?

Porque nós não nos conhecemos!

– Definição de Direito:

Lawrence M. Friedman (*Law in America: A short History*; The Modern Library, NY, 2002) afirma:

“Law is, above all, collective action: action through and by a government”

“The legal system includes, first of all, a body of rules – “the laws” themselves. ... But all these, in themselves, are nothing but pieces of paper. What makes them come alive (when they do) are the people and the institutions that produce, interpret, and enforce them”.

“But big society needs formality ... strangers meet and affect stranger many times each day ... People have to rely on something else. That something else is the law”.

Por que o Judiciário brasileiro demora para julgar?

Em 2004:

Supremo dos EUA = menos de 100 casos

Supremo do Brasil = 106.228 casos

(Em 2003, foram 158.785; em 2000 foram 86.138 cases).

Como somos vistos?

“For another of the great lessons of the tobacco deal, as if it were needed, is the power of the American legal profession. In fact, that might be the one exception to the general principle which I began, that only people pay taxes. Because, of course, lawyers pay taxes, too”.

Diane Coyle, in *Sex, Drugs & Economics* (Texere, London – New York, p. 80)

Na medicina e no Direito, só existem duas categorias:

Os médicos que já deixaram compressas dentro de pacientes e os médicos que vão deixar. Os que nunca deixaram não existem...

Os advogados (operadores do Direito) que já erraram e os que vão errar. Os que nunca erraram não existem...

Todo indivíduo submetido a estresse intenso falha!

Urgência p/ Operadores do Direito

Compreender e difundir o Direito Concorrencial. Há vantagens em competir no mercado

Difundir a defesa do consumidor no atacado

Demonstrar que no Direito interno e no internacional, a defesa da concorrência é uma ferramenta extraordinária

“... a liberdade para entabular negócios e competir pela preferência do futuro consumidor é um pressuposto fundamental do sistema empresarial. A competição no comércio de bens e serviços cria incentivos para oferecer produtos com qualidade por preços razoáveis e para melhorar o bem-estar social pela promoção da alocação eficiente dos recursos econômicos.

(Restatement Third, Unfair Competition, § 1. Adotado e promulgado pelo American Law Institute.)

Ao não combater as infrações contra a ordem econômica, o Estado estimula a transferência de poupança (consumo presente ou consumo futuro) do consumidor para o fornecedor (seja ele empresário ou não).

– As duas vertentes do Direito Econômico no Brasil: concorrer ou controlar?

CONCORRER?

LEI 8.137, DE 27.12.1990

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I – abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante:

- a) ajuste ou acordo de empresas;
- b) aquisição de acervos de empresas ou cotas, ações, títulos ou direitos;
- c) coalizão, incorporação, fusão ou integração de empresas;
- d) concentração de ações, títulos, cotas, ou direitos em poder de empresa, empresas coligadas ou controladas, ou pessoas físicas;
- e) cessação parcial ou total das atividades da empresa;
- f) impedimento a constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente.

II – formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

- a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;
- b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;
- c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

III – discriminar preços de bens ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;

IV – açambarcar, sonegar, destruir ou inutilizar bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;

V – provocar oscilação de preços em detrimento de empresa concorrente ou vendedor de matéria-prima, mediante ajuste ou acordo, ou por outro meio fraudulento;

VI – vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência;

VII – elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado.

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

CONCORRER?

LEI 8.137, DE 27.12.1990

Art. 5º Constitui crime da mesma natureza:

I – exigir exclusividade de propaganda, transmissão ou difusão de publicidade, em detrimento de concorrência;

II – subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço;

III – sujeitar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de quantidade arbitrariamente determinada;

IV – recusar-se, sem justa causa, o diretor, administrador, ou gerente de empresa a prestar à autoridade competente ou prestá-la de modo inexato, informação sobre o custo de produção ou preço de venda.

Pena – detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso IV.

CONTROLAR?

LEI 8.137, DE 27.12.1990

Art. 6º Constitui crime da mesma natureza:

I – vender ou oferecer à venda mercadoria, ou contratar ou oferecer serviço, por preço superior ao oficialmente tabelado, ao fixado por órgão ou entidade governamental, e ao estabelecido em regime legal de controle;

II – aplicar fórmula de reajustamento de preços ou indexação de contrato proibida, ou diversa daquela que for legalmente estabelecida, ou fixada por autoridade competente;

III – exigir, cobrar ou receber qualquer vantagem ou importância adicional de preço tabelado, congelado, administrado, fixado ou controlado pelo Poder Público, inclusive por meio da adoção ou de aumento de taxa ou outro percentual, incidente sobre qualquer contratação.

Pena – detenção, de 1(um) a 4 (quatro) anos, ou multa.

Infrações econômicas (antitruste):

(– Também abrangem, dentre muitos outros tipos, as infrações contra o sistema financeiro nacional e o mercado de capitais (Lei 7.492/1986; Lei 6.385/1976; Lei 9.613/1998; LC 105/2001) e contra as finanças públicas (arts. 359-A e seguintes do CP).

1 – Infrações administrativas:

– Lei 8.884/1994, arts. 20 e 21.

2 – Infrações penais contra a ordem econômica:

– Lei 8.137/1990, arts. 4º a 6º

– Lei 8.176/1991, arts. 1º e 2º

– Lei 9.279/ 1996, art. 195

Constituição Federal:

Art. 170, par. ún.: É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Art. 173, § 4º: A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Cartel:

– grupos de empresas independentes que formalizam um acordo para sua atuação coordenada, com vistas a interesses comuns.

– em geral, formam um fundo comum, que serve de reserva orçamentária ao cartel. Esse fundo é utilizado tanto para punir as empresas que não respeitarem o acordo como para impedir que outras penetrem em mercados já dominados.

– *Dicionário de Administração e Finanças*, Ed. Best Seller, Paulo Sandroni

- Cartel do petróleo?
- Cartel das drogas?
- Cartel dos combustíveis?
- Cartel dos transportadores?
- Cartel dos ônibus?
- Cartel dos táxis?
- Cartel da laranja?
- Cartel dos bancos?
- Cartel dos médicos?
- Cartel dos advogados?

* Campeão Nacional para competir internacionalmente? Quem paga?

* “We have recently done quite a bit of work in the area of the liberal professions, finding there an area full of restrictive practices imposed either by government or by industry self regulation. Indeed, the very name ‘liberal professions’ is somewhat ironic here” (Mario Monti, 13 *George Mason Law Review* 269, 274).

E no Brasil?

Exemplo: – bancos brasileiros competem?

Agnes Belaish (FMI – Working Paper), diz que:

“There may be several reasons why the depth and efficiency of bank intermediation in Brazil lags that elsewhere. An undeniable explanation is that credit risk has been high during decades of trials in reform and restructuring, and that banks have been able to afford their risk aversion thanks to the availability of high-yielding, risk-free government securities as an alternative investment to private sector lending. This study focused on another possible explanation: that the banking sector is not fully competitive. This is suggested by the stylized facts, and indeed is confirmed by the empirical investigation, which indicates that Brazilian banks behave oligopolistically”.

BELAISCH, A. Do Brazilian Banks Compete? *IMF Working Paper* – WP 03/113. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2003/wp03113.pdf>>. Acesso em: 16.06.2005

No Brasil, podem ser ilícitos administrativos somente quando aplicável o art. 20 da Lei 8.884/1994.

Paula Forgioni: “... cartéis são acordos entre agentes econômicos, que atuam no mesmo mercado relevante, destinados a regular ou neutralizar a concorrência entre eles e que tem seu objeto ou efeito tipificado no art. 20 da Lei 8.884, de 1994” (*Os fundamentos do antitruste*, ed. RT, p. 400).

CONCORRER?

PER SE ou REGRA DA RAZÃO?

LEI 8.137/1990

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I – abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante:

- a) ajuste ou acordo de empresas;
- b) aquisição de acervos de empresas ou cotas, ações, títulos ou direitos;
- c) coalizão, incorporação, fusão ou integração de empresas;
- d) concentração de ações, títulos, cotas, ou direitos em poder de empresa, empresas coligadas ou controladas, ou pessoas físicas;
- e) cessação parcial ou total das atividades da empresa;
- f) impedimento a constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente.

II – formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

- a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;
- b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;
- c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

III – discriminar preços de bens ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;

IV – açambarcar, sonegar, destruir ou inutilizar bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;

V – provocar oscilação de preços em detrimento de empresa concorrente ou vendedor de matéria-prima, mediante ajuste ou acordo, ou por outro meio fraudulento;

VI – vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência;

VII – elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado.

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Rule of reason

– “... Resolution 20/99 confirmed the interpretation that there was no infringement per se in the Brazilian legislation. Both vertical and horizontal practices must be analyzed on a case-by-case basis, taking into consideration not only the costs resulting from the impact, but also the group benefits, if any, arising from the event so as to arrive at the net effects on the market and on the consumer”

– Gesner Oliveira e Thomas Fujiwara

26 NW. J. INT’LL. & BUS. 619 (635) – (*Northwestern Journal of International Law & Business*, Spring 2006 – Competition policy in developing economies: The case of Brazil)

Algumas questões a serem consideradas nos processos contra os cartéis:

1 – Competência criminal

2 – MPF no Cade

3 – Leniência e seus efeitos

4 – Interceptação telefônica e prova emprestada

Competência criminal

Art. 109, incisos IV e VI, CF = sistema financeiro público e sistema financeiro parapúblico.

Constituição Federal: “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: (...)

IV – os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral; (...)

VI – os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira; (...)”.

A Competência Federal

A “armadilha” no conceito de “ordem econômico-financeira”.

José Afonso da Silva: “há dois sistemas financeiros regulados na Constituição: o público, que envolve os problemas das finanças públicas e os orçamentos públicos, constantes dos arts. 163 a 169; o parapúblico, que ela denomina sistema financeiro nacional, que cuida das instituições financeiras creditícias, públicas ou privadas, de seguro, previdência (privada) e capitalização, todas sob estrito controle do Poder Público (art. 192). O banco central, que é instituição financeira, constitui, em verdade, um elo entre as duas ordens financeiras (arts. 164 e 192)” (SILVA, José Afonso: *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002).

No STF, vide REx n. 454.735-0/SP, de 11.2005.

– “O inciso VI do art. 109 da Constituição é a norma matriz da competência da Justiça Federal, tratando-se de crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, que afasta disposições outras para o fim de estabelecer a competência do Juízo Federal, como, por exemplo, a inscrita no inc. IV do art. 109, CF”.

Delitos contra as finanças públicas? São crimes contra a ordem econômico-financeira. Competência?

Art. 359-A, CP – Ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito, interno ou externo, sem prévia autorização legislativa: ...

Art. 359-B, CP – Ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar, de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei: ...

Art. 359-C, CP – Ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa: ...

Art. 359-D, CP – Ordenar despesa não autorizada por lei: ...

Art. 359-E, CP – Prestar garantia em operação de crédito sem que tenha sido constituída contragarantia em valor igual ou superior ao valor da garantia prestada, na forma da lei: ...

Art. 359-F, CP – Deixar de ordenar, de autorizar ou de promover o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei: ...

Art. 359-G, CP – Ordenar, autorizar ou executar ato que acarrete aumento de despesa total com pessoal, nos 180 (...) dias anteriores ao final do mandato ou da legislatura. ...

Art. 359-H, CP – Ordenar, autorizar ou promover a oferta pública ou a colocação no mercado financeiro de títulos da dívida pública sem que tenham sido criados por lei ou sem que estejam registrados em sistema centralizado de liquidação e custódia: ...

Denise Neves Abade, PRR-4 (*Lei Antitruste – ANPR*, ed. Del Rey):

“Não há, como em outros casos, competência administrativa comum com os Estados-membros”

“Além disso, cabe à Justiça Federal cível, ..., julgar as ações judiciais que eventualmente questionem a investigação e o julgamento das infrações cíveis à livre concorrência”

“ Pois enquanto não resolvermos a questão – básica e ululante – da competência, ainda estaremos discutindo sobre processos cindidos, sentenças nulas e crimes prescritos”.

Relato de um caso – Competência

CRIMINAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO QUE PROVOCOU O BLOQUEIO DO ESCOAMENTO DE PRODUÇÃO DE INDÚSTRIA. INFRAÇÃO CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. LEI Nº 8.884/94. CONDUTA NÃO PREVISTA NA LEI 7.492/86. LESÃO A INTERESSE DE PARTICULAR. NÃO CONFIGURAÇÃO DE OFENSA A BENS E INTERESSES DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

I. Compete à Justiça Estadual o processo e julgamento de feito que visa à apuração de possível infração contra a ordem econômica, prevista na Lei 8.884/94.

II. O rol dos crimes tipificados na Lei 7.492/86 não deve ser ampliado, de forma a se firmar, sempre, a competência desta Justiça especializada. Precedente.

III. Não se configura a ofensa a bens ou interesses da União, se evidenciado que a conduta que provocou o bloqueio do escoamento da produção de indústria de cimento causou prejuízo, tão-somente, a particular.

IV. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito de Cantagalo-RJ, o Suscitante”.

(STJ, 3ª Seção, CC 38989/RJ, Julgado em 25.06.2003)

Cuidado com a ementa

Vem do *common law* a orientação de que as ementas dos julgados não devem ser citadas na argumentação jurídica, porque elas podem não expressar a vontade do tribunal.

No caso relatado, há 7 pontos a serem indicados depois da leitura da ementa.

Pontos ignorados no julgado:

Primeiro, compete ao plenário do CADE decidir sobre a existência de infração à ordem econômica (arts. 15 a 28) e aplicar as penalidades previstas na lei (art. 7º, II).

Segundo, todas as penalidades previstas na Lei 8.884/1994 são de ordem administrativa, pois não há tipo penal no seu texto.

Terceiro, a competência para a apuração das infrações da ordem econômica previstas na Lei 8.884/1994 é da Secretaria de Direito Econômico, que é órgão da administração pública direta (arts. 13 e 14).

Quarto, o CADE é uma autarquia federal (art. 3º).

Quinto, as condenações do CADE constituem títulos executivos extrajudiciais (art. 60) e, quando implicarem em obrigações de pagar, observarão o rito da

Lei de Execuções Fiscais (art. 61) e serão promovidas na Justiça Federal do Distrito Federal ou na do local da sede ou domicílio do executado (art. 64), com preferência sobre outras ações, salvo o *habeas corpus* e o mandado de segurança (art. 68).

Sexto, na hipótese de intervenção em empresa, a ordem será expedida por Juiz Federal (art. 77).

Sétimo e último, nos processos onde a aplicação da Lei 8.884/1994 for objeto de discussão, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no processo como assistente (art. 89).

MPF no CADE

Não se identifica obstáculo para uma atuação conjunta na repressão às infrações contra a ordem econômica.

A coletividade é a titular dos bens protegidos pela Lei 8.884/1994 e o MPF tem o ICP, a ACP e a Ação Penal Pública como instrumentos de atuação.

A atribuição do MPF para a matéria está na LC 75/1993 (art. 5º, II, “c”, III, “e”; art. 6º, V, VII, “a”, “d”, XIII, XIV, “b” e os instrumentos para a atuação nos arts. 7º e 8º).

MPF no CADE (art. 12, Lei 8.884/1994):

- “oficiar” nos processos do CADE
- o CADE poderá requerer ao MPF a execução dos seus julgados
- requerer ao MPF a aplicação do art. 6º, XIV, *b*, da LC 75/1993: “Art. 6º. Compete ao Ministério Público da União: (...) XIV – promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto: (...) *b*) à ordem econômica e financeira;”

Além disto, a defesa da concorrência é dever do Ministério Público porque:

- A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei 8.884/1994 (art. 1º, par. ún.)
- Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 do CDC, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento da ação (art. 29).
- O inciso V do art. 1º da Lei 7.347/1985 (LACP) prevê ACP por infração da ordem econômica e da economia popular.

Promotor Natural

Aplicam-se as regras de competência e atribuição

Procuradores da República = 1º grau

Procuradores Regionais da República = 2º grau

Subprocuradores-Gerais da República = 3º grau e 4º grau

As respostas estão na LC 75/1993 e na organização interna do MPF

O órgão do MPF no CADE (art. 12, Lei 8.884/1994) = órgão de ligação com a instituição, com o MPF, sem violar o Princípio do Promotor Natural

Leniência

(O dilema do prisioneiro)

Entenda-se por leniência: – tolerância, brandura, suavidade, mansidão, lenidade.

A política de leniência foi introduzida no sistema dos EUA e, depois, introduzida no Brasil em 2000, com a Lei 10.149 que introduziu, dentre outros, o art. 35-B à Lei 8.884/1994.

– Para gozar da leniência, a empresa ou o indivíduo deve (Art. 35-B, § 2º, Lei 8.884/1994):

- a) ser o primeiro a procurar a SDE;
- b) dar à SDE boa informação que possa ser usada para processar outra pessoa ou empresa;
- c) não ser o/a líder da atividade ilícita;
- d) cooperar com a administração;
- e) ser honesto (não mentir à administração).

Leniência

- acordo celebrado com a União Federal (SDE)
- pessoa física ou pessoa jurídica
- colaboração que resulte: identificação de co-autores; provas de infração
- requisitos no § 2º do art. 35-B, Lei 8.884/1994
- acordo não depende de aprovação do CADE; mas é ele quem deixa de aplicar ou reduz a pena
- pena não pode ser maior do que a menor aplicada aos co-autores
- quando a empresa faz, estende os efeitos aos seus diretores desde que assinem o ato com a empresa
- a proposta é sigilosa
- não importa confissão quanto à matéria de fato
- extinção da ação punitiva ou redução da pena (1/3 ou 2/3)

Nos crimes previstos na Lei 8137/1990, o acordo de leniência implica a suspensão do curso do prazo prescricional e o impedimento ao oferecimento da denúncia.

Cumprido o acordo, extingue-se a punibilidade do crime. Quem declara?

– Art. 35-C, Lei 8884/1994.

– No MPF, entende-se que procedimento administrativo não pode condicionar o exercício da ação penal pública, em razão do art. 129, I, CF.

Interceptação telefônica

Interceptação telefônica

Lei 9.296/1996

Juiz

Polícia Judiciária

Ministério Público – parte e fiscal

Processo Penal ou Investigação Criminal

Utilização da prova emprestada

Garantia do sigilo (O Executivo tem experiência com o tema = vide o sigilo bancário e o sigilo fiscal)

Objeto claro, limitado e definido (assim como na investigação e/ou no processo penal, não é cabível a investigação genérica – pescaria com rede)

Uma vez produzida a prova, ela serve à verosimilhança (aparência da verdade) em qualquer processo

A sua apreciação é livre e não vincula (nenhum processo condenatório é matemático)

A “verdade real” só existe nos pensamentos do delinqüente, pois todas as suas ações são interpretadas e reproduzidas pelos sentidos. No processo só é possível ter a “aparência” da verdade = *beyond a reasonable doubt*

Princípio constitucional da eficiência. Se a prova não é nula; não é razoável reproduzi-la apenas por amor à forma, porque a sua reprodução implica desperdício de recursos do Estado e das partes

Prova lícita do cartel ilícito:

- prova do acordo?
- prova da finalidade?
- prova e análise do mercado relevante?
- prova do prejuízo à concorrência?
- no caso de crime: dolo?

PROVA

A quem se destina a prova?

Verdade real? Existe no processo?

Certeza além da dúvida razoável?

Demonstração dos fatos por verossimilhança?

Preços são fixados se, por exemplo:

- há acordo sobre a quantidade a ser comprada e vendida;
- os preços pagos ou cobrados estão acordados para um determinado nível ou numa escala ascendente ou descendente;
- são uniformes;
- por qualquer fórmula, eles estão relacionados;
- são fixados no mínimo ou no máximo a ser cobrado.

Os preços são fixos porque há acordo a seu respeito.

Mesmo preços máximos devem ser impedidos.

A finalidade da política antitruste é garantir preços competitivos, não preços altos ou preços baixos.

Obrigado!

Marcelo Moscogliato

■ Marcos Vinícius de Campos

Agradecemos a apresentação do doutor Marcelo Moscogliato, e agora passamos ao doutor Friedmann Wendpap.

■ Friedmann Anderson Wendpap

Eu inicialmente, assim, me excuso diante do plenário pela minha preferência por uma intervenção à moda antiga, uma intervenção não dotada de recursos audiovisuais. Isso talvez se deva, em primeiro lugar, a minha idade mesmo, não a temor de computadores, pois são só máquinas. Mas, talvez, ao iniciar o magistério em um tempo em que tínhamos que preparar as aulas a caneta ou à máquina de escrever, como disse o Marcelo, algumas coisas se

calcificam. E esse hábito, essa preferência me lembro até quando eu fiz um concurso para professor de Sociologia Jurídica em 1987, na Universidade Federal do Paraná. Tive a felicidade de ser aprovado à época e antes da posse, num daqueles arroubos de rearranjo da administração pública, as vagas foram extintas por um decreto-lei. Foi uma situação muito curiosa de aprovação e não assunção, porque antes da posse todas as vagas existentes da administração pública foram extintas. Mas me lembro, durante a prova, havia uma aula prática e à época usava-se aquele retroprojeto, aquele trambolho que era necessário carregar com aquelas transparências e tudo. E eu antes da prova fiquei em dúvida se produziria aquilo. Mas resolvi não fazer assim, a meu juízo não propriamente como um ato de lucidez mas por desídia, e quanto perguntado pela banca por que não usar os recursos, eu disse àquela assertiva uma mentira sincera, que era por estilo, e de fato não era isso. Mas o resultado acabou sendo muito positivo, então talvez aquela situação tenha moldado uma postura dali em diante.

Eu agradeço em nome da Associação dos Juizes Federais a gentileza do convite. É uma grande honra participar deste evento. E, particularmente no momento em sou diretor de Relações Internacionais da AJUFE, para mim é muito agradável, porque de algum tempo para cá tenho prestado atenção a questões da nova economia institucional – me agrada muito a leitura desse assunto –, a análise econômica do Direito, embora ela sofra um repúdio preconceituoso com afirmações bastante freqüentes de que nas decisões judiciais não deve haver a mínima preocupação com resultados econômicos. Eu concordo e lembrando-me de Hayek, para duas questões inclusive que pretendo abordar, quando diz que no horizonte de uma decisão judicial não deve haver o particular, porque a decisão judicial faz parte, produz um pedaço da história, e com isso, do ponto de vista do julgador, ele não tem condição de fazer todo o prognóstico do futuro e tomar uma decisão casuística com a intenção toda no futuro. Esse futuro se constrói de um modo um tanto aleatório. Mas as preocupações econômicas são importantes, no mínimo a compreensão da interface entre a Economia e o Direito, e até essa sua brincadeira, Marcelo, é muito curiosa, de onde um grande advogado que é economista. É fato hoje que percebemos mais tranqüilamente um certo trânsito na literatura – e até porque de certa forma alguns economistas para a minha felicidade aprenderam a falar em português e não em economês –, porque aquela economia, aquela econometria apresentada só em números para mim é ininteligível também, como por exemplo a teoria dos jogos quando apresentada em texto, todo o raciocínio da teoria como aquele livro do Fianni é delicioso aquilo, mas quando vindo só em números, como se fosse coisa de Física, aí não funciona para o nosso tipo de habilidade intelectual.

Mas ao sentar-me diante do plenário lembrei-me de uma outra assertiva do Hayek do posicionamento dele, penso que seja na obra *Direito, Legislação e Justiça* ou *Direito, Democracia e Justiça*, não me recordo exatamente do título, quando no primeiro volume faz uma distinção entre *cosmos* e *taxis* e toda a estrutura do pensamento de Hayek é uma estrutura de associar o mercado a uma endoorganização, e uma apologia do *cosmos* em detrimento de *taxis*, a exoorganização. E me soou muito curioso que estejamos discutindo aqui, falando inclusive em questões liberais mas pela perspectiva de *taxis*, da exoorganização, porque toda a nossa discussão tem uma premissa, que é a de que o mercado não é capaz de se auto-regular e produzir um resultado socialmente útil. O Leviatã deve intervir, e o que discutimos é a dose de intervenção do Leviatã, ou seja, quanto de *taxis*, quanto de energia externa ao sistema deve ser posto. É o quando, o quanto, não há dúvida em relação a quem; é o Leviatã que faz isso. Então, de certa forma, embora isso se dê num ambiente de liberdade de iniciativa, o raciocínio não é puramente o raciocínio liberal. É um raciocínio que clama pela presença do Estado, e essa presença estatal pode produzir evidentemente alguns resultados socialmente úteis ou socialmente indesejáveis, porque não é necessariamente a presença do Estado que vai ser benéfica ao sistema. Dizer isso num ambiente de estatofobia ou num outro ambiente de estatolatria pode produzir, digamos, uma espécie de urticária em razão do preconceito, mas me parece que é possível desenvolver raciocínio sobre isso de modo científico com o mínimo de carga de preconceito em relação ao papel do Estado, e raciocinar sempre tendo em conta a finalidade que se almeja, que presumo seja uma finalidade de benefício social no sentido de ampliação da capacidade de consumo, da qualidade do que é consumido e da distribuição da riqueza. Me parece que esses são os fins socialmente desejados com a atividade econômica.

E ainda, na seqüência, antes de adentrar propriamente o tema da interface entre processo administrativo e processo penal, tendo a felicidade de falar depois o Ministério Público, que é da nossa carreira, as pessoas tendem a idolatrar a magistratura. Antigamente isso era mais comum: o juiz se aposentava e escrevia um livro digamos assim “épico” sobre a magistratura, aquilo parecia uma saga, uma odisséia, algo como se o juiz fosse o próprio Ulisses. E é absolutamente... – o adjetivo é pesado – tolo pensar assim, pois a posição do juiz é a posição mais fácil no sistema, porque é a posição de síntese. A produção da tese é um artesanato de altíssima qualidade, porque do nada ouvir um cliente falando como *Homo neanderthalensis* e produzir uma tese jurídica, isso é que é brilhante. É brilhante passar a linguagem de *neanderthalensis* para *sapiens*, brilhante. A segunda posição, de antítese,

é um pouco mais simples: a síntese é o momento mais fácil do ponto de vista puramente intelectual, e aí tu agistes de modo jocoso em relação ao Ministério Público, me sinalizas a liberdade de agir em relação à magistratura na diferença entre Deus e os juizes. Deus tenho certeza que não é juiz. E gostaria de agradecer pela oportunidade, assim me fica mais fácil desenvolver o raciocínio, depois do brilho e das articulações que o Marcelo propiciou para a minha intervenção. Mas uma questão me chamou a atenção sobre a competência. Nós não tínhamos grandes divergências de competência no Brasil antes da expansão da Justiça Federal pós-88. Eu fui Juiz de Direito e sinto muita saudade inclusive desse tempo. As razões de eu ter saído têm um componente pessoal e um acidente de percurso praticamente, mas me guardou uma experiência muito preciosa a vida como Juiz de Direito. Isso depois na Justiça Federal desde 1994, uma percepção que eu observo nos juizes do trabalho, alguma coisa similar a essa que eu vejo na Justiça Federal, uma ânsia por competência, um quase desespero de ampliação de competência, inclusive dentro da Justiça do Trabalho uma afirmação de articulação política na corporação de que competência é poder, o que implicou modificações no artigo 114 na Emenda 45, em relação às quais eu fui visceralmente contrário e tive a oportunidade de falar isso inclusive em público numa palestra, num evento nacional da Justiça do Trabalho. Antes de pensar, me parece que é pressuposto raciocinar sobre a competência que deve informar a inteligência hermenêutica quando se vai raciocinar sobre a competência. É a questão da Federação. Embora sejamos uma Federação por segregação, o que nos faz muito peculiares, o nosso construto federativo é muito peculiar, existe uma *ratio essendi* da Federação que se relaciona à idéia de que toda concentração de poder é perigosa para a democracia. A democracia convive, o ambiente da democracia é difusão de poder. Os desenhos institucionais concentradores de poder podem levar até a um ponto de eficiência, porque a extrema difusão de poder é ineficiente também, mas existe um ponto limite, um ponto de tensão entre a condição de manutenção e até de aprofundamento da democracia por meio da ampliação da participação e da garantia, da garantia do contraditório, da pluralidade, da diversidade de ideário e não de pensamento único que é a alma da Federação. à medida que desenvolvemos mecanismos institucionais de concentração das decisões judiciais, há um aparente e imediato ganho de eficiência. É verdade. E eu digo isso inclusive em relação às ações que concentram a decisão no Supremo Tribunal: elas têm um pretexto de eficiência, mas, raciocinando a longo prazo, são extremamente perigosas, porque a decisão não é produto da diversidade, a decisão não tem a maturação, não é resultado de um longo processo de discussão, e essas

discussões eram danosas à economia brasileira quando o Estado brasileiro era danoso à economia, quando o Estado brasileiro era o principal causador da insegurança institucional, quando o Estado brasileiro de noite decidia um regime previdenciário e quando amanhecia no dia seguinte já era outro o modelo previdenciário. Naquela situação em que vivemos de 1986 a 1994, havia uma certa desculpa para uma concentração das decisões, porque os milhões e milhões de causas que assomaram ao Poder Judiciário efetivamente o travaram. Mas a concentração da decisão judicial é concentração de poder público, e tão pernicioso quanto a concentração de poder econômico é a concentração de poder político. E não existe um CADE para regular, a impedir controlar a concentração de poder político. O poder político está todo posto dentro do sistema e clamando por eficiência. Muitas vezes renunciamos às garantias de percepção muito remota, mas são garantias de que a difusão de poder nos assegura a manutenção da democracia. Digo isso porque a concentração da competência na Justiça Federal tende a enfraquecer as unidades da Federação e me preocupa muito, muito mesmo, a diminuição da relevância política dos Judiciários e Ministérios Públicos, porque eles são a garantia da pluralidade. À medida que eles detiverem tanto poder político e competência – que nessa medida é poder, porque poder para decidir sobre determinadas matérias –, à medida que eles forem enfraquecidos, a União se fortalece. Porque não é apenas porque a decisão vem de um juiz da União que é uma decisão melhor ou que é uma decisão infensa a uma cultura, a um ambiente político que necessariamente é nocivo nos Estados, não é isso. Por isso, quando examinarmos as questões de competência, me parece que é preciso no horizonte hermenêutico sempre colocar o problema federativo. Pode parecer estranho que eu diga isso sendo membro da magistratura federal, mas me parece que como membro da magistratura federal, o meu maior compromisso não é com a magistratura federal, mas com a democracia brasileira, e no meu horizonte devo raciocinar, devo colocar a questão da democracia, porque embora eu insista nessa palavra em nossa rotina, e as pessoas mais jovens aqui ouviram falar em campanha das Diretas, em ditadura como se fosse um dinossauro, um *Tiranossauro rex*, se a ditadura for um *Tiranossauro rex*, eu presumo que eu tenha assim, como que cuidado da creche dos Tiranossauros de tão velho que sou, porque a ditadura faz parte da minha memória pessoal. Ela não é um fenômeno antiquíssimo, é um fenômeno recente, e nós temos de manter no horizonte a preocupação com a estabilidade democrática. Por isso que esse meu questionamento em relação à competência é um questionamento genérico, não específico sobre esse tipo de matéria, mas eu o vejo sempre reproduzido, e quando a dogmática vai

tratar das ações declaratórias de constitucionalidade, ADIn, enfim de todas as formas de concentração de poder no Supremo Tribunal Federal, a dogmática trata disso como se fosse algo natural, e não como construto, como parte de um projeto político. E esse projeto político deve ser exposto, e os perigos da direção desse projeto político também devem ser expostos, para que as pessoas tenham condição de decidir e tomar as atitudes políticas necessárias.

Como eu falei de questão política, me parece importante observar essa questão da interface entre o processo administrativo e o processo criminal, começando pela perspectiva política. O que ocorre hoje é entropia, um desperdício de energia. Ficam dois órgãos no mesmo organismo, ou até mesmo três: um órgão administrativo, o Ministério Público e um órgão judicial, quando não dois órgãos judiciais às vezes por divergência e competência entre a Justiça Federal e a Estadual, atuando sobre o mesmo problema, sobre o mesmo caso. E isso é uma desinteligência, é completamente contrário ao princípio da economia, da economicidade da ação do Estado que deve reger a nossa conduta, porque somos caríssimos ao povo que nos paga, somos 40% da riqueza que o povo gera e nos damos ao luxo de permitir a entropia, porque não conseguimos nos entender, ou seja, como e quem deve agir em que momento. Nessa medida, acho importante resgatar um fundo, um motivo que nos leva a isso, que parece um disparate. E eu, ao começar a pensar sobre o assunto, me lembrei – e aí minha memória não foi... eu não cheguei ao Estado Novo, não cheguei a tanto – do AI-5, com a exclusão da apreciação judicial sobre atos praticados com base no Ato Institucional n.º 5. Para que o nosso colega canadense possa entender, eu vou dizer em português, e a tradutora me ajuda.

Depois de quatro anos do início da ditadura militar em 1964, portanto em 1968, os militares exararam um ato normativo que dava poderes absolutos a Carl Schmidt, esse ato, o AI-5, seria assim o momento máximo do raciocínio do Carl Schmidt, como que a exceção e o poder político em estado puro, sem controle, sem a expressão de controle na interface com a juridicidade e a exclusão da apreciação judicial. Tudo o que veio depois, inclusive o pacote de abril de 1977, todos os acontecimentos posteriores foram lastreados no raciocínio do AI-5, e isso gerou em nós brasileiros uma cultura de desconfiança em relação à ação da administração. Porque o que acontecia é que os atos administrativos, expressão do poder político, estavam excluídos de apreciação judicial, e esses atos em regra eram atos de violência explícita, por fundamentos políticos ou por outros fundamentos, mas de violência explícita, inclusive violência contra a economia, violência contra a ordem econômica no sentido cosmológico de ordem econômica. Isso gerou uma desconfiança imensa da ação da administração, e de certa forma o fato de que hoje vivamos essa balbúrdia, com vários

órgãos funcionando ao mesmo tempo, é uma espécie de custo de transação que pagamos por essa desconfiança. Só que esse altíssimo custo de transação não tem sentido, é completamente *nonsense*. É esse custo que precisamos atacar, mas só o atacaremos se houver uma mudança de postura institucional que permita que se alcance algo que é muito caro, muito precioso, que é a confiança. E aqui remeto à confiança, a que se refere Fukuyama em *As Virtudes Sociais e a Geração da Prosperidade*. Não é confiança no sentido subjetivo de amizade, de paixão; é confiança no sentido objetivo, como expectativa de que as instituições funcionem a tempo e modo. É uma expectativa razoável, dotada de razoabilidade, porque esse tempo e modo se reitera, a confiança na teoria dos jogos que vem das condutas reiteradas, dos jogos diferidos e não dos jogos de execução instantânea, para usar a linguagem contratual.

Mas se o inciso do artigo 5.º que coloca como direito fundamental o acesso sem barreiras ao Poder Judiciário não pode ser modificado, porque é uma cláusula pétrea, existe algo que remove as pedras, a água. A água remove as pedras e eu apresento uma prova disso em relação ao artigo 5.º. Quando da aprovação pelo Congresso Nacional do tratado de constituição do Tribunal Penal Internacional, a grande questão que se levantou foi: a nossa Constituição veda a extradição de nacional nato em qualquer circunstância. Eu vou me referir especificamente ao brasileiro nato: como regra, veda a extradição do nacional, mas em relação ao naturalizado há algumas exceções. Veda de modo absoluto a extradição nacional ao nato. Levantou-se em relação ao estatuto do TPI a questão da vedação: como é que se poderia aprovar esse estatuto se não poderíamos entregar um brasileiro a julgamento por esse tribunal? Isso pareceu uma sinuca de bico. Se bem que fica muito difícil traduzir isso para o inglês, mas pareceu um *cul de sac*, assim algo sem saída, um beco. Resolveu-se com a água da hermenêutica essa pedra. Não é extradição, é só uma *traditio*, não tem o “ex”, é só o *traditio*, é só entrega, porque o Tribunal é um “ex”, não é um fora; o Tribunal é um “in”, ele é interestados, é um “dentro” de certa forma, é uma extensão da jurisdição brasileira. E assim construíram o raciocínio que resolveu o problema.

Em relação à questão da interface entre processo administrativo e processo criminal, quando eu adjudicava aqui no Estado de São Paulo, tive a grande alegria de ficar com competência criminal durante quase cinco anos, e foi uma época em que havia milhares de processos por crimes: o crime de não recolhimento de contribuição previdenciária, à época artigo 95, não me recordo mais a alínea, da Lei 8.212, se não me falhe mais a memória, me incomodava e eu digo *ex-cathedra* que fica estranho se numa sentença exara-se uma afirmação dessa natureza, eu me sinto incomodado, me sinto constrangido com esse tipo penal; mas aquilo me doía à alma condenar uma

pessoa por dívida. Tanto que ao longo de quase cinco anos eu condenei duas pessoas e me arrependi num caso, para piorar ainda mais, me arrependi num deles por esse tipo de imputação e sempre insisti nas sentenças – a grande maioria delas é formada – que não havia justa causa para o oferecimento da denúncia, porque não havia certeza sobre o crédito tributário enquanto o processo administrativo não trouxesse essa certeza. E isso era uma tese completamente minoritária e hoje posso exibir aquele sorriso quase cínico: “Está vendo, eu tinha razão!”. Não era eu que marchava de modo incorreto, era o batalhão que estava marchando fora de passo, se bem que a autoria da idéia é irrelevante, o que interessa é a idéia em si. Eu me lembro de um filme que não sei se está em cartaz ou não, “V” de Vingança, em que num certo momento o protagonista diz que as idéias são à prova de bala. As idéias valem por elas e não pelas pessoas que as exalam. Elas têm vida própria. E em 2003 o Supremo acabou definindo nos crimes contra a ordem tributária que o encerramento do processo administrativo não é uma condição de procedibilidade (daí permitir que o Ministério Público ofereça a denúncia), mas sim a justa causa, a definição da própria existência material do crime, da própria existência material do corpo. É como se fosse o atestado de óbito, a existência é o atestado de óbito para que se possa imputar o homicídio a alguém. Antes disso, não é possível na seara dos crimes contra a ordem tributária, o oferecimento da denúncia, e eu vi na leitura que fiz uma interessante argumentação que está no informativo 258 do Supremo, de 2002, um raciocínio desenvolvido pelo ex-ministro Nelson Jobim, em relação a crimes contra o sistema financeiro, em tudo e por tudo similar a essa que toca aos crimes contra a ordem tributária. Esse raciocínio, no entanto, não serve para os crimes contra a ordem econômica, e isso está dito inclusive numa decisão do STJ, que é uma decisão de recente, de meados de outubro, em que há uma afirmação da absoluta independência entre as instâncias no caso dos crimes contra a ordem econômica, apesar da jurisprudência do Supremo em relação aos crimes contra a ordem tributária. Parece-me que é inercial, ou seja, que essa afirmação exarada nessa decisão do Supremo Tribunal de Justiça o é por força da inércia, porque é possível encontrar, sim, os pontos de similitude que permitam o desenvolvimento do raciocínio de que antes que a instância administrativa afirme a existência da infração, ao tomar conhecimento da *notitia infraciones* e exercer todo o desenvolvimento da investigação e por fim o julgamento, a partir daí se crie a condição da existência material do crime contra a ordem econômica. É possível desenvolver isso, e não digo com a preocupação de prescrição, imaginando que isso vá facilitar a vida dos maus empresários. Parece-me que são condições extrajurídicas que são

relevantes, sim, mas não podem isoladamente, ou mesmo várias considerações dessas, nos permitir chegar a uma situação de enfraquecimento da nossa capacidade decisória por desperdício de energia. É possível criar uma situação de confiança na instância administrativa, de confiança na honrabilidade, na qualidade e na celeridade da instância administrativa que nos permita com toda a tranqüilidade aguardar a afirmação da existência material dos tipos. E embora eu faça esta afirmação, não me vêm à memória... não é propriamente por uma diferença de habilidade, não é propriamente por uma diferença de *tecné*, não é porque a instância administrativa tem uma *tecné* superior ao Ministério Público ou à magistratura, não é isso. Do ponto de vista puramente técnico somos iguais, somos absolutamente horizontais, não há diferença. Existem razões políticas nas definições das imputações de infração administrativa que e meu juízo não são passíveis de perscrutação pelo Poder Judiciário, inclusive a definição, em alguns momentos, do que é mercado relevante, o que é eficiência, se aquele ato de concentração atende ou não atende a algum interesse nacional. Parece-me que existe um ponto não muito claro, uma zona hachurada nesse gráfico em que o passo do Judiciário e o passo da autoridade administrativa tem algum limite de ação, e acredito que é muito perigoso quando a discricionariedade judicial se superpõe à discricionariedade administrativa, porque traz ao Judiciário também o ônus político pelo resultado produzido, mas é muito diferente a assunção da responsabilidade política pela autoridade administrativa e por uma autoridade judiciária que a princípio é vitalícia inclusive, e não tem que prestar contas imediatas ao povo pelo resultado do seu decidido. Com esse raciocínio, agradeço a atenção me perdoem talvez por uma certa aridez de argumentação, mas talvez seja uma questão de estilo. Grato!

■ **Marcos Vinícius de Campos**

Agradecemos a apresentação do doutor Friedmann Anderson Wendpap. Creio que nas questões teremos a oportunidade de ter a contribuição dele nos outros tópicos que estão propostos para o Painel. Agora, vamos fazer um intervalo de dez minutos e retornaremos com as duas apresentações finais. Dez minutos, muito obrigado.

■ José Mário Barbuto

(...) para todos existência digna conforme os ditames da justiça social. Esse é um ponto importantíssimo que vai ter reflexo em toda a interpretação da legislação antitruste, inclusive no que se refere à interpretação dos tipos penais. Isso terá reflexo na discussão que o doutor Marcelo colocou: se os crimes de cartel previstos na Lei 8.137 são *per se* ou com a regra da razão. A resposta, na minha opinião também, é que a regra da razão deve existir porque o mercado, a concorrência não são protegidos, como eu afirmei, por si mesmos, mas sim como um instrumento de política pública visando garantir vida digna e justiça social. Então, há necessidade da aplicação de regras da razão, de válvulas de escape, como a questão dos mercados relevantes, para que o governo, o poder público, possa direcionar como o mercado deve se comportar como uma forma, como um instrumento, e não como uma finalidade em si.

Eu faço essa afirmação de que o mercado e a concorrência na legislação antitruste, e a ordem econômica são os bens juridicamente tutelados, diretamente tutelados, para frisar o seguinte: com essa mudança de perspectiva da legislação antitruste moderna no Brasil, não é mais direta, imediatamente tutelado o direito do consumidor ou a concorrência entre os participantes do mercado ou concorrentes. O consumidor e o direito dos concorrentes de ter um mercado livre é tutelado apenas de forma mediata. Imediatamente a tutela é do mercado em si, e por isso existe uma muito maior gravidade das condutas anticoncorrenciais e uma muito maior repercussão e consequência em toda a sociedade. Isso gera um reflexo bastante visível na própria legislação, especialmente na lei que prevê os tipos penais, que é a Lei 8.137, nos artigos 4.º, 5.º e 6.º, especificamente cartel no artigo 4.º, que prevê que uma pena de reclusão de dois a cinco anos é uma pena muito maior do que aqueles crimes previstos na legislação que simplesmente protege o consumidor. Essa diferença de pena mostra bem que o legislador está dando uma importância muito maior à proteção do mercado como forma de instrumento de aplicação de políticas públicas. Apesar dessa consciência que se reflete nessa legislação, não posso deixar aqui de mencionar que a incoerência e a contradição do legislador, e além disso o reflexo dessa visão tradicional do Direito, como eu a estou chamando, ainda podem ser verificados de forma muito clara. Apesar de a pena prevista para os crimes na Lei antitruste (Lei 8.137) ser razoavelmente alta, se comparada com outros crimes individuais, crimes que são considerados graves pela legislação, há uma distorção nítida. Por exemplo, o crime de furto qualificado, que é um crime com pouquíssima

gravidade hoje, é apenado praticamente com a mesma pena: pena mínima de dois anos. Um sujeito que entra num ônibus com uma faca debaixo da camisa e leva R\$ 30,00 do caixa vai responder a uma pena de quatro anos de reclusão; e se estiver acompanhando de outra pessoa, a uma pena mínima de cinco anos e quatro meses de reclusão. Vejam que a pena mínima do assaltante de ônibus que vai acompanhado, portanto a co-autoria, roubo qualificado, é maior do que a pena máxima prevista para um crime contra o mercado. Ora, e aí eu faço a pergunta: qual que é o crime mais grave? A repercussão, o tamanho da repercussão social de um crime ou de um grande cartel, os efeitos desse tipo de conduta são infinitamente superiores e mais danosos para a sociedade do que um simples roubador que entra num ônibus e rouba R\$ 30,00 do caixa do ônibus. Então, essas distorções ainda são sensíveis na legislação brasileira o que demonstra que há muito que se fazer, que evoluir nesse sentido. Nós ainda temos uma visão de que o crime grave é o crime violento, o crime do ladrão que encosta uma arma na janela do nosso carro e leva a bolsa que está no banco da frente. Claro, é grave, mas não é só esse tipo de crime que é grave: a criminalidade do colarinho branco, a criminalidade financeira, tributária, contra a ordem econômica têm uma gravidade que deve ser considerada muito maior do que os crimes violentos, mas esses crimes individuais é que são tradicionalmente tratados pela nossa legislação penal.

Não obstante a nossa legislação ser antiga, a legislação antitruste ser antiga, ainda é muitíssimo pouco aplicada. Para os senhores terem uma idéia – trouxe um dado só para ilustrar –, a primeira condenação administrativa pela prática de cartel foi em 1998: o chamado cartel do aço. Afora isso, existiam apenas e basicamente algumas investigações criminais que eram feitas pelo Ministério Público, pela polícia, pelos responsáveis pela investigação criminal e que se resumiam basicamente a investigações sobre cartéis de postos de gasolina. E por que isso acontecia? Basicamente porque as autoridades administrativas que têm o conhecimento técnico-econômico para identificar o cartel não tinham meios de investigação e de produção de provas da existência do cartel. Por outro lado, os órgãos encarregados da percepção penal, que têm técnicas de investigação, não tinham o conhecimento técnico necessário para identificar o fato. Então, ficava o órgão administrativo de um lado, o órgão de percepção criminal do outro, e ambos não se comunicavam ou pouco se comunicavam, e a prova nunca conseguia ser produzida de forma suficiente para a punição e para a repressão desse tipo de conduta dos cartéis. Por isso eu coloquei que o grande problema a ser enfrentado aqui nesse tema – e que é, na minha opinião, aquele sobre o qual devemos nos debruçar – é a produção da prova: como se faz a prova, a prova da formação do cartel, o que é que deve ser provado. Produzir

esse tipo de prova é muito difícil. Crime de cartel não é anunciado, não é feito às claras, os acordos não são feitos em praça pública nem transmitidos ao vivo pela tevê ou pela Internet. Os acordos são feitos em recintos fechados, sem documentação, embora isso seja uma exceção. Nós tivemos um caso de cartel em que foram apreendidas inclusive as atas das reuniões em que os acordos são feitos, mas normalmente não é o que acontece. Então, essa prova é muito difícil e eu fiz questão de ressaltar que não é suficiente constatar a identidade de preços num determinado mercado relevante. Isso ficava muito claro quando eram feitas algumas investigações envolvendo postos de gasolina; tinha-se a impressão de que em determinado local, uma cidade do interior, por exemplo, todos os postos da cidade tinham o mesmo preço, e existia uma tendência a se querer ver nisso prova da existência do cartel, quando isso absolutamente não é verídico, não é verdade, não é conclusão que se possa ser tirada, porque muitas vezes, em inúmeros casos, a coincidência de preço pode decorrer de uma razão natural de mercado, de uma extrema competitividade em que, se o dono de um posto vê que o outro posto baixou um centavo, ele vai abaixar um centavo também, sem ter nenhum acordo. Então, é necessário, extremamente necessário e importante para que se consiga a condenação num processo que se refira a cartel, que exista prova suficiente, não só do efeito, que é a identidade ou similitude do preço, mas prova do acordo em si, que é o que caracteriza o cartel. E como é que se consegue essa prova? Posso estar enganado, mas não há outra forma de se trabalhar com eficiência nesse ramo se não houver atuação conjunta entre as esferas administrativa e criminal, força tarefa, intercâmbio entre a *expertise* antitruste da área administrativa e as técnicas de investigação com que os órgãos de percepção e repressão criminal estão acostumados a lidar, se não houver essa convergência de atuação, a troca de informações, troca de dados, sobre esse crime ou fato, porque essa infração de iniciativa jamais vai ser combatida e reprimida de forma eficiente.

A partir do ano de 2000 a legislação foi modificada com a edição da Lei 10.149 e teve início uma mudança importantíssima. Nessa lei se conferia poderes de investigação à Secretaria de Direito Econômico, ou seja, se conferia meios importantes para que a Secretaria de Direito Econômico conseguisse por si própria ir atrás da prova, produzir a prova necessária para a identificação do cartel. Basicamente são duas as previsões: a possibilidade de a SDE, por meio da Advocacia Geral da União, pleitear junto à Justiça Federal a expedição de mandados de busca e apreensão nos locais investigados, e a criação também do programa de leniência. Eu vou voltar ao programa de leniência mais tarde.

A partir de 2003 houve mais uma mudança importante e sensível de estratégia, com a adoção de uma postura pró-ativa pelas autoridades administrativas, ou seja, as autoridades administrativas do CADE ou da SDE passaram a não mais sentar e esperar essa prova produzida e passaram a procurar, a se integrar com os Ministérios Públicos para que essa prova fosse feita de forma conjunta. Aliás, esse mérito é do CADE e da SDE, que perceberam que sem o trabalho conjunto nada poderia ser feito. Essa aproximação, esse trabalho conjunto com o Ministério Público, e especialmente e com as polícias, permite a aplicação de técnicas de investigação criminal para a identificação do cartel. Eu coloquei aqui especialmente a interceptação telefônica, a interceptação ambiental e a interceptação de *e-mail*, além da busca e apreensão, que são as técnicas de investigação que mais resultados têm dado, que mais eficientes têm sido no combate à criminalidade em geral. Hoje em dia não se faz mais investigação ouvindo testemunha. Não adianta chamar os representantes da empresa e perguntar se eles estão fazendo acordos para a fixação do preço. Se depender desse tipo de prova, todos os inquéritos serão arquivados. São necessárias técnicas de investigação mais eficientes, técnicas de análise de informação e de inteligência eficientes para a identificação e comprovação desse tipo de criminalidade.

Não há nenhum impedimento legal na utilização da prova produzida na esfera criminal no processo administrativo. Há muito que falar sobre esse tema, mas o meu tempo é curto, e eu vou ter que resumir. A grande dúvida que surge é a da possibilidade de utilização da interceptação telefônica no procedimento administrativo, porque a Lei 9.296 diz expressamente que a interceptação telefônica será deferida para a investigação criminal, portanto não deveria ser usado no processo civil e num processo administrativo. Essa é uma interpretação que existe, mas ela não vem prevalecendo. Há decisões que já reconhecem a possibilidade de que a interceptação telefônica, desde que pedida dentro de um procedimento criminal e para instrução criminal, seja utilizada como prova emprestada em outros procedimentos, desde que – e essa é a ressalva importante – seja submetido ao contraditório. Esse em resumo é o segredo da prova emprestada. A prova emprestada pode ser utilizada em qualquer procedimento, mas deve ser submetida ao contraditório, e a parte no outro processo tem direito a contestar a produção dessa prova, não havendo nenhum impedimento nesse sentido.

Eu vou ter que ser rápido por causa do meu tempo, que é curto, mas nós podemos voltar a discutir questões mais específicas na hora dos debates. Queria falar um pouco do acordo de leniência, que foi criado também pela Lei 10.149, artigos 35-D e 35-C, nessa técnica legislativa de retalhar leis e ter que colocar números com letras porque o legislador é um pouco atabalhado. Mas,

enfim, esse também é um importantíssimo instrumento para comprovação de cartel. O acordo de leniência nada mais é do que uma espécie de delação premiada prevista especificamente para esse fim de comprovação de cartel e que é utilizada no procedimento administrativo da Secretaria de Direito Econômico. A delação premiada também é um instituto relativamente novo no Direito brasileiro. Foi instituída primeiro no âmbito do Direito Penal e foi muito criticada. Costuma-se falar que a delação, a traição é antiética, e que o Direito não deveria premiar a pessoa do traidor, o que seria uma contradição em termos. Essa me parece uma crítica impertinente, porque afinal de contas o “traidor”, o “delator”, está contribuindo com o ordenamento jurídico, e sem esse instrumento certamente um grande número de organizações criminosas atuantes e perigosas não teria sido desbaratada. Resta simplesmente fazer um bom uso desse instrumento. O acordo de leniência – vou passar rapidamente por isso, porque já é de conhecimento dos senhores – é possível desde que a Secretaria de Direito Econômico não conheça o fato e não disponha de provas suficientes para a condenação. A delação premiada e o acordo de leniência não significam confissão. Depois que a pessoa é pega digamos “com a boca na botija”, não adianta confessar. No máximo receberá uma atenuante, mas não um acordo de leniência que possa eximi-la de sua pena. Para o acordo de leniência ser visto como tal, há necessidade de que a colaboração seja efetiva nas investigações e que dela resulte identificação dos demais co-autores e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração. Ou seja, não adianta dizer o que o se já sabe e não adianta prestar informações que não sejam úteis para a investigação, que não sejam suficientes para comprovar o fato que esteja sendo investigado. E aqui há um fato bastante interessante, que é a influência de um acordo celebrado nas esferas administrativa e penal. A lei é expressa nesse sentido e diz que a celebração do acordo de leniência impede o oferecimento de denúncia no âmbito criminal, mas apenas no que se refere aos crimes previstos na Lei 8.137/90 – depois vou voltar a esse ponto. E o outro fato é que suspende o curso de prazo de prescrição, o que é lógico, pois se impede o oferecimento de denúncia e o prazo prescricional continua correndo, a ação inevitavelmente estaria prescrita. E a outra grande consequência na esfera penal é que o cumprimento do acordo instigue a punibilidade na esfera penal. Muito se questiona se é possível que um acordo celebrado na esfera administrativa vincule o Poder Judiciário. Eu não vejo grande dificuldade nisso; não há nenhum problema nesse sentido. Há outras decisões administrativas que vinculam o Poder Judiciário, e isso normalmente não é questionado. Dou apenas como exemplo a questão tributária, lembrada pelo doutor Friedmann, em que, decidido que não há crédito tributário, isso não

pode ser levado ao Judiciário. Trata-se de uma das únicas questões, creio eu, no ordenamento jurídico brasileiro, em que a decisão administrativa é de última instância, não podendo ser levada ao Judiciário. Mas, para facilitar um pouco essa questão, a Secretaria de Direito Econômico tem chamado membros do Ministério Público para participar da celebração desse acordo, até para que o trabalho que já vinha sendo uma investigação comece ou possa continuar de forma conjunta, inclusive no aspecto da negociação do acordo, porque as informações dadas pelo proponente têm que ser úteis para as esferas administrativa e criminal.

O primeiro acordo de leniência celebrado data de 2003 e se referia a empresas de vigilância do Rio Grande do Sul. Apesar de ser um instrumento importantíssimo no combate aos cartéis, ainda é pouco utilizado. Sua utilização, no entanto, vem crescendo exponencialmente por algumas razões que me parecem importantes. Havia uma certa insegurança com relação ao tratamento das informações sigilosas que o proponente deve levar à Secretaria de Direito Econômico quando tenta fazer o acordo de leniência e também em relação ao reflexo na esfera penal. Quanto às informações sigilosas, o grande problema era o seguinte: a pessoa leva informações, propõe um acordo de leniência e o acordo não é celebrado. Se o mercado fica sabendo que essa pessoa procurou a Secretaria de Direito Econômico, essa pessoa ficará imediatamente fora do mercado, terá problemas seriíssimos com as suas concorrentes. Essa possibilidade, então, impedia e dificultava pessoas interessadas em denunciar cartéis e crimes concorrenciais, de chegar à Secretaria de Direito Econômico. Isso foi recentemente regulado pela Portaria 4 do Ministério da Justiça, que normatiza e regulamenta de forma a dar mais segurança àqueles que pretendam buscar um acordo de leniência. Essa portaria define que a proposta de leniência pode inclusive ser feita de forma oral perante o Secretário de Direito Econômico. Essa denúncia vai ser reduzida a termo, e esse termo fica com o proponente, de forma a dar uma segurança maior de que essas informações não vazarão, de que serão tratadas com o devido sigilo. E caso a proposta feita por escrito não seja aceita, todos os documentos deverão, de acordo com essa portaria, ser devolvidos.

Também há a questão, a dificuldade relativa ao reflexo na esfera penal. Cumprido o acordo, como eu já havia adiantado, a extinção da punibilidade é automática, e a decisão do juiz é declaratória. Então, é verdade, ela é automática, mas necessita, como o doutor Marcelo mencionou, de declaração do juiz. É possível que alguém, algum promotor que não tenha conhecimento da existência do acordo, ofereça a denúncia. Mas o juiz, tomando conhecimento da existência do acordo, não tem outra saída a não ser decretar a extinção da punibilidade, e o grande problema que se coloca aí é quando há, em concurso com os crimes de cartéis, outros crimes praticados, como quadrilha, sonega-

ção fiscal, lavagem de dinheiro etc. Como eu já havia adiantado, o acordo de leniência extingue a punibilidade apenas dos crimes contra a área econômica. E qual é a vantagem então de a pessoa procurar fazer um acordo de leniência, se vai ter que responder por outros crimes também? A solução que pode ser dada a isso é a possibilidade de delação premiada criminal, prevista em várias leis, mas eu estou aqui me referindo à Lei 9.807, que prevê a diminuição de pena de 1/3 a 2/3 mas em determinados casos. Prevê, inclusive, a possibilidade de o juiz deixar de aplicar a pena, aplicar o perdão judicial, e isso se a investigação e a celebração do acordo tiverem sido feitas desde o início com o acompanhamento do Ministério Público, o que dará muito maior segurança ao proponente para que ele celebre esse acordo e já saiba qual será a posição do promotor quando esse inquérito chegar aos tribunais.

Esse trabalho conjunto que começou há algum tempo entre o Ministério Público e a Secretaria de Direito Econômico tem gerado efeitos importantíssimos e muito bons. Eu fiz uma pesquisa apenas no estado de São Paulo e na capital, mas essas investigações conjuntas já deram origem a quatro denúncias referentes a cartel. O número parece pequeno, mas comparado ao número de investigações e de denúncias que existiam antes desse trabalho conjunto, é bastante expressivo. E o interessante é que nesses casos todos foi oferecido, para uma proposta de suspensão condicional do processo, no total, cerca de um milhão e oitocentos mil, e essas propostas todas foram aceitas. Isso tem uma particularidade interessante, que é o efeito muito rápido dessa entre “pena”, que o investigado já sente rapidamente, quase que independentemente do processo-crime, porque a proposta de suspensão condicional do processo é feita com o oferecimento da denúncia. E, se aceita, é imediato: ele já sente os efeitos de sua conduta, de forma que não é necessário nem esperar o término do processo criminal nem o final do procedimento administrativo, o que tem um efeito pedagógico e preventivo bastante interessante.

Eu queria dizer algumas palavras sobre competência, em dois minutos, só para não deixar de falar. Quanto à competência, na minha ótica, ou seja, a da Justiça Estadual, por disposições expressas do artigo 109-6, não há nesses crimes contra a ordem econômica muita saída. A jurisprudência nesse sentido é pacífica, quase unânime; só há uma divergência, que é quando o cartel tem abrangência interestadual, ou nacional. Nesse caso existe uma decisão do STJ que entendeu que como o cartel tinha abrangência nacional, isso implicava interesse da União, portanto haveria uma transferência da competência para a Justiça Federal.

Esse entendimento me parece equivocado por algumas razões, que eu deveria aprofundar, mas que vou só abordar rapidamente, entre as quais

que o interesse nacional não se confunde com o interesse da União. Não é porque um crime é praticado em vários Estados que o interesse passa a ser da União. O crime, para ser de competência federal, deve afrontar diretamente interesse da União, e não depende do tamanho do dano causado, pois, fosse assim, todos os crimes praticados pelo Primeiro Comando da Capital, que têm efeito em todo o País, seriam de competência federal, o que evidentemente não ocorre. Além disso, a Constituição exige previsão legal, expressa e não uma simples interpretação, sob pena de se afrontar o pacto federativo, conforme já foi bem colocado pelo doutor Friedmann e por uma lei que é pouca lembrada, que é a Lei 10.446/2002, que regulamenta a atribuição da Polícia Federal em crime de repercussão interestadual que exige repressão uniforme. Ora, quando há repercussão interestadual que exige uma atuação conjunta, a lei autoriza a Polícia Federal a atuar nesses casos, e de forma nenhuma mudou a competência, ou seja, não há uma linha que diga que a competência quando é interestadual é da Justiça Federal. Não! A lei autoriza que a Polícia Federal atue e mande esse inquérito policial para a Justiça Estadual para o normal processamento. Se a abrangência do dano causado fosse causa para a transferência da competência para a Justiça Federal, certamente essa lei teria trazido essa previsão expressa, o que não ocorre.

E só para confirmar essa interpretação, além da decisão do Supremo Tribunal Federal mencionada pelo doutor Marcelo, existe uma decisão do STJ em que se afirma a competência da Justiça Estadual no caso de controle de mercado de transporte de carros novos no Brasil inteiro. Apesar de não ter enfrentado essa questão de forma explícita, ele reconhece que o cartel investigado participava do mercado nacional e mesmo assim manteve a competência na Justiça Estadual. O tempo não me permite continuar e aprofundar essa questão, mas eu espero poder trazer nos debates uma contribuição maior a alguns temas que certamente existem, um aprofundamento maior, que o debate certamente vai enriquecer. Aqui estamos apenas aprendendo, pois o tema é novo, e são poucos os casos. Eu fui pesquisar jurisprudência sobre interface administrativa e criminal, mas é difícil de achar: se achar um ou dois julgados, é muito. Quando fazemos pesquisa no Supremo Tribunal Federal sobre cartel aparece apenas um julgado. Então, a comunidade jurídica brasileira ainda está aprendendo a trabalhar com esse importante tema que é a ordem econômica e que reflete na população inteira.

Eu agradeço muito o convite que me foi feito. Espero ter contribuído com os debates e agradeço muito a atenção dos senhores. Foi um privilégio.

**12º Seminário Internacional
de Defesa da Concorrência –
24 de novembro de 2006**

José Mário Buck Marzagão Barbuto
Promotor de Justiça – Assessor do CAEX-CRIM

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal
Relevância do tema:

- Direito Antitruste – passa a ser visto como um instrumento de implementação de políticas públicas;
- Livre concorrência e livre-iniciativa – inseridas no contexto da ordem econômica (art. 170 CF), que visa a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Relevância do tema:
 - O mercado e a concorrência (a ordem econômica) são os bens jurídicos imediatamente tutelados;
 - Maior gravidade das condutas – com graves repercussões e conseqüências para toda a sociedade.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Relevância do tema:
Sanções previstas nos âmbitos criminal e administrativo:
 - Criminal – Lei 8.137/90 (arts. 4º, 5º e 6º);
 - Administrativo – Lei 8.884/94 (arts. 20 e ss).

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Relevância do tema:
 - Não obstante a existência da legislação, ela era pouco aplicada;
 - Primeira condenação administrativa pela prática de cartel – 1998 – Cartel do Aço;
 - Algumas investigações criminais sobre cartéis de combustíveis.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Relevância do tema:
 - Maior problema: obtenção de prova da formação do cartel;
 - Não é suficiente a identidade de preços.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Relevância do tema
 - Necessidade de atuação conjunta nas esferas administrativa e criminal – regime de força tarefa;
 - Intercâmbio: *expertise* antitruste X técnicas de investigação.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- A partir de 2000 – Lei 10.149/2000 – teve início a mudança:
 - Previsão de poderes investigatórios à SDE – busca e apreensão;
 - Criação do Programa de Leniência.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Em 2003 houve uma mudança de estratégia, com adoção de uma postura pró-ativa pelas autoridades administrativas.
- Aproximação com os Ministérios Públicos para atuação conjunta na colheita de provas.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

Não há impedimento na utilização da prova produzida na esfera criminal no processo administrativo (prova emprestada).

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Acordo de Leniência:
 - Espécie de delação premiada, pela qual o infrator pode ter a sua pena administrativa diminuída ou extinta.
 - Possível desde que a SDE desconheça o fato ou não disponha de provas suficientes para a condenação.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Acordo de Leniência:
 - Necessidade de colaboração efetiva nas investigações, que resulta:
 - a) na identificação dos demais co-autores;
 - b) na obtenção de informações e documentos que comprovem a infração.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Acordo de Leniência:
 - A celebração do acordo:
 - 1) Impede o oferecimento de denúncia no âmbito criminal, apenas no que se refere aos crimes contra a ordem econômica previstos na Lei 8.137/90;
 - 2) Suspende o curso do prazo da prescrição da pretensão punitiva.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Acordo de Leniência:
 - O cumprimento do acordo extingue a punibilidade na esfera criminal.
 - MP tem participado, juntamente com a SDE, da celebração dos acordos.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Acordo de Leniência:
 - Primeiro acordo de leniência celebrado pela SDE – 2003 – Empresas de vigilância e segurança privada do Rio Grande do Sul.
 - Ainda é pouco utilizado.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Acordo de Leniência:
 - Algumas razões:
 - TRATAMENTO DAS INFORMAÇÕES SIGILOSAS;
 - REFLEXO NA ESFERA PENAL.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Acordo de Leniência:
 - Informações sigilosas:
 - PORTARIA 04/2006 – PROCEDIMENTO CLARO E COM SEGURANÇA PARA OS CANDIDATOS AO PROGRAMA;
 - PROPOSTA ORAL – REDUZIDA A TERMO E MANTIDA COM O PROPONENTE ATÉ A CELEBRAÇÃO DO ACORDO;
 - PROPOSTA ESCRITA – CASO NÃO SE CHEGUE AO ACORDO, OS DOCUMENTOS DEVERÃO SER DEVOLVIDOS.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Acordo de Leniência
 - Reflexo na esfera penal:
 - CUMPRIDO O ACORDO, A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE É AUTOMÁTICA;
 - CASO HAJA A PRÁTICA DE OUTROS CRIMES (QUADRILHA, SONEGAÇÃO FISCAL, LAVAGEM DE DINHEIRO ETC.) – POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA DELAÇÃO PREMIADA (PERDÃO JUDICIAL) – LEI 9.807/99;
 - RELEVÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Resultados iniciais:
 - Obtenção de provas mais robustas: casos encerrados em menos tempo;
 - Oferecimento de QUATRO denúncias pela prática de cartel: propostas de suspensão condicional do processo, com condição de pagamento de cerca R\$ 1.800.000,00 a entidades beneficentes.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal

- Competência para julgamento dos crimes:
 - Art. 109, VI, da CF – crimes contra a ordem econômica – Justiça Federal se houver previsão expressa de lei.
 - Lei 8.137/90 – não prevê a competência da Justiça Federal.
 - Vários precedentes do STJ – competência da Justiça Estadual.

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal
Competência para julgamento dos crimes:

- Cartel Interestadual – interesse nacional (da União) – transfere a competência para a Justiça Federal (STJ HC 32.292/RS, de 01.04.2004).

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal
Competência para julgamento dos crimes:

- Posição equivocada:
 - Interesse nacional não se confunde com interesse da União;
 - CF exige previsão legal para a competência da Justiça Federal e não a extensão dos efeitos da conduta;
 - Lei 10.446/2002 – atribuição da polícia federal em crimes de repercussão interestadual que exigem repressão uniforme;

Cartéis – Interface Administrativa e Criminal
Competência para julgamento dos crimes:

- STJ HC 37.226/SP, de 28.04.2004 – controle do mercado de transportes de carros novos no Brasil.

OBRIGADO

Contatos:

barbuto@mp.sp.gov.br

Telefone: 011-3017-7988

■ **Marcos Vinícius de Campos**

Agradecemos a participação do doutor José Mário Barbuto e passamos então à exposição do doutor Shawn Neylan.

■ **Shawn Neylan**

Good morning everybody. It's a great honour to be invited by IBRAC to speak with you today about the Canadian Competition, Canadian

experience in cartel law. It's a particular honour to be part of such an esteemed panel.

I'm reminded of a Canadian movie, there's a couple of young Canadian guys with long hair, tooks, plad jackets, lumberjack jackets, sort of goofy but loveable guys and one of the scenes of this movie, they get to meet Alice Cooper, who I expect you are probably familiar with the rock star, known for "School's out for Summer, 1973", and they fall down before Mr. Cooper saying, "we're not worthy, we're not worthy." And I think there is some truth to that here today, and also I would also like to say that obviously I can't address you in Portuguese but I just started learning yesterday and I think it's advisable that I stick to English.

I want to really talk about three things. The first is I want to tell you a little about a Canadian cartel case just to give you a bit of flavour, really more local flavour I think, and then I'd like to talk about our law and how our substantive in cartel law works and lastly, I'd like to talk to you a little bit about our immunity programme, which has come in the last 6 years or so and has really had very significant effects on, the enforcement of the law in Canada.

My start in cartel law was when I was a brand new lawyer in 1988. I was called into a partner's corner office. And, in the office was the alleged, one of the alleged ringleaders of a conspiracy in the Real Estate Brokerage Industry. The case began very well. There was a huge lightning storm outside, lightning bolts and this witness was telling us about the things that had happened in the industry.

I talked to Musculetto this morning and made references to tariffs, for instance, for legal fees and, in fact in Canada, our cartel law did not apply to services until 1976, so many service industries including the Real Estate Brokerage Industry basically, had fixed rates of, in British Columbia, where I was at the time, it was 7% on the first 100,000 dollars and 2.5% on the balance of the value of the house, the transaction for the sale of the house, if the broker could manage to sell the house.

So, in 1976 the act was extended to cover services but, surprise, pricing didn't change very much in some service industries. This case was in fact a follow-on civil case to a criminal investigation. The criminal investigation sort of petered out with the prohibition order so, no conviction. It was a negotiated deal which is quite common in Canada and the plaintiff in the case was a realtor, was kind of a bit of an outsider perhaps. He wanted to have discount commission rates so his plan was instead of 7% on the first 100,000 he would have 5.5 for 5% and he was alleging that all of the other realtors in the area

would not sell his listings. That they had entered into a conspiracy to boycott his listings because: a) they didn't like him, he said, and there may be some truth to that but more importantly; b) that they were worried that this would drive a downward, this would drive brokerage commissions at a downward trajectory and once they fell off that 7%, where would the bottom be? That was his theory of the case or that the case that he brought. My client was the Fraser Valley Real Estate Board, which was an entity that ran the multiple listing service, where all the real estate listings are collected in one place so that all the realtors have access to them.

There were 54 other defendants including John Doe and Jane Doe. And we then spent the next 5 years after such a great start, 5 years basically, wading through roomfulls of documents, examining tens of thousands of real estate transactions, reviewing the many tape recordings that this plaintiff had made of telephone calls that he had had with other realtors, where he had in essence, in some cases I think, had tried to entrap them into saying things or lead them into saying things and of course examination for discovery transcripts. So, it's very factually intensive, perhaps not the most satisfying work but a lot of work trying to get to the facts of what had happened in this case.

The trial, as far as it went, lasted 40 days. In that trial, the plaintiff spent about 38 of those days trying to read in examination for discovery of evidence because in Canada, if you have a transcript of questions and answers from an examination for discovery, the plaintiff can read the questions and answers in, literally, word for word, into the record, and my job as a young lawyer then was to object to all of this evidence, which I did for days and weeks while everybody basically didn't turn out for the trial.

We only got to one witness, and the only reason we got to that witness was that he was about to die. And so, the judge made an exception and said, "ok, let's go and hear from this witness!" We drove out to the witness's house, took his evidence. The plaintiff or his council wrote down the licence plate number of the judge's car because the judge had driven her own car out there and then they had run the licence plate number, found that the car was owned by the new husband of the judge. They then searched the company, that her husband was a dentist, he had a professional services company.

They searched that company, found that she, the judge, in fact was the secretary of the company, which is nothing really under Canadian law, it's just the company has to have one so, he had made his wife, the judge, the secretary.

They then got into the judge's divorce file. The judge had been married to one of our partners and they also engaged in a pattern of bading the judge.

That they would come into court 10 minutes late. We'd all be sitting there, then they'd order the transcript to see what was said, and of course there was nothing. They would argue with the judges. They lost a lot of their evidentiary applications. They would argue with every ruling the judge would say, "inadmissible", after hearing from both sides." They'd say, "but judge" you know and they'd basically try to provoke the judge into saying some nasty things about them, which she mostly didn't. She was incredibly patient.

And they then came into court one day with a new lawyer and brought an application to disqualify the judge on the basis that she was either biased against them or that there was a reasonable apprehension of bias. And the judge not too surprisingly ruled that she in fact was not biased. We argued of course that under the divorce file, if anything, that wouldn't indicate that she was biased in our favour since her divorced husband was our partner.

It went to an appeal. The Court of Appeals said a trial was not a tea party. Council is not entitled to respect. Dismissed their appeal, and then, the case settled. So, the lesson there really is that, it went on and on and we didn't really do anything on the merits, on economics, I mean we were going to but it never got there. It was a huge productive, hugely potentially, unproductive effort. But, as council, there were of course some good points to it.

There is a lot of...our cartel law, turning to the law goes back to 1989, sorry –1889 and we in fact enacted our prohibition of cartel activity in our criminal code, we now have it in a separate statute, actually, a few months before section 1 of the Sherman act was enacted.

There were a lot of confused cases including, obviously the one I was involved in over the years since 1889. Many of the cases had little economic analysis for, in fact, to make findings that were, from an economic principle point of view, incorrect.

You know, in defense of the people that were participating in those cases, microeconomics, industrial organization economics obviously evolved a lot after 1889. I think the law originally really could be described more as a populous law as opposed to a law of principle. But, through a lot of effort, a lot of fishing around, a lot of false starts, a lot of blind allies, and a lot of case law, I think that we have now got to a point, where our law does sit on a fairly sound, albeit, imperfect basis and that's what I'd like to describe to you now.

There's two key sections that I'd like to talk about today, one of which is section 45, which is our conspiracy provision, our cartel provision. And the other of which I want to touch on briefly is our bid-rigging provision which is a narrower type of cartel activity under our law, section 47. I'll explain

this in more detail but our section 45 could be referred to as essentially, a modified rule of reason provision, where it is necessary to examine markets and competitive effects but its modified rule of reason in a sense that, really, by virtue of historic anomaly, efficiencies are irrelevant in our cartel cases and that, and I'll come back to that, but really the solution hasn't been in the law, the solution has been in the enforcement of the law or how it is enforced which, obviously, raises concerns regarding discretionary power going back to the judge's comments earlier but that's certainly an ad hoc way that we have dealt with that.

On section 45, our main conspiracy provision. Our leading case now is a case that is generally called PANS, which is an acronym for the Pharmaceutical Association of Nova Scotia. Nova Scotia is one of Canada's 10 provinces on the Atlantic side. One of the first colonies of Canada. And in that case, it involved an alleged conspiracy to fix the dispensing fees that were paid to pharmacists in Nova Scotia.

I'm not sure how it works here but in Canada, if you go to a pharmacist with a prescription, you'll pay two things, one of which is you'll pay for the drugs, and the other of which is that you'll pay a dispensing fee, which might be 5 or 7, or 10 or 15 dollars depending, that is basically payment to the pharmacists for the services. So, yet allegations that pharmacists had fixed pricing. And there probably was really a price fixing agreement there. The case really fell...failed at the end because the court was not satisfied that intent was proved and the reason for that is that the government of Nova Scotia had originally set the whole thing out so, it was a very tangled background, far too tangled to get into today.

But out of that case came a statement from our court about what the key principles are, our Supreme Court.

So, there's really three elements under our conspiracy level. The first of which is, that there be an agreement. The second of which is, that the agreement lessens competition, and the third element is that the competition, sorry, that the agreement lessens competition unduly, is the word that we use, which I understand may not translate very well but basically, it would mean significant, too much or more than material but some higher standard than material, if you read the old cases. Now there's a little more economic analysis in that concept.

Turning to the pleas and order then. So, going back to the first one. It's a requirement that there be an agreement. That can be either very easy to prove or extremely difficult to prove and I think Dr Barbueto made some references

to that. Either, there's a conspirator who is cooperating with the Crown or: 2) says this is what the agreement was and can produce travel records and all these other things to substantiate it and potentially participate in a collection of evidence or there may be an actual written agreement.

Sometimes there really is a smoking gun, as we call it, document but often times, there is not good evidence of an agreement and what the government does is when it executes search warrants is to hunt through all of the records, e-mails, travel receipts, trying to put people in the same hotel at the same time, or at the same restaurant at the same time, or playing golf together at the same time and then tries to ask the court to infer from that, an agreement. So that's many of our cases, especially the earlier ones go on for pages and pages and pages on whether in fact that, agreement was established.

The second part of the task is that the agreement lessens the competition. Really, we don't spend that much time on that because usually, by the time you've found a relevant agreement, it could at least plausibly be said to lessen competition. So the standard there is really not very high. It's the same evidentiary standard but the test itself is not very high and then the third element of course is this undue requirement, and that's really where most of the action is in most of our cases now assuming that an agreement can be established.

After a lot of fumbling around we've got to the point of thinking of the undue test as looking at two things. The first of which, is market power, whether the parties to the agreement have market power, and the second of which, is the intent of the parties. On the market power point. It is actually what is done now, or what should be done, it may not be in all cases but what should be done, is for market power analysis and economic analysis to be done whether the parties to the agreement, together, had market power.

The first thing is to define the relevant market, what is the product market in question? And, also the geographic market, what is the area in which competition competes? One of our cases, to give you an example, one of our cases called Clark Transport. It is referred to in my paper involved freight forwarders which are companies that, in this case the argument was, these were firms that perceived freight, assembled into them into railcar loads, sorry less than truck loads and then would send those on certain city routes within Canada, so Toronto Vancouver for example. And there the Crown failed. It lost the case and it was in large part because they failed on product market definition because they couldn't show the other truckers, you know, the ones other than less than full truck load or that rail or air freight, did not,

should not be included in the relevant market and if they couldn't show that the market was narrow then they didn't have enough of the market for the parties to the agreement to have market power.

One of the problems the Crown had in that case was really that the principle approach to that I just referred you to and another thing that came out of it is, which goes to show you all of these cases have to be decided one at a time really, is that is that the Crown in that case had apparently, had a lot of trouble finding an economic expert to say that the market in fact was restricted to this less than full truck load type of freight movement and their evidence came out that in fact they were in fact on their 4th expert and they didn't call any of the first three. So, no one knows what the first three would have said but the judge in that case felt fairly comfortable in making an assumption that it wasn't going to favour the Crown's case and that, these sorts of small things, I think, really did influence the decision at the end of the day.

Other things that are looked at in our market power analysis are the barriers to entry into the market so the freight forwards case. How hard would it be for new competitors to enter the less than full truck load segment? Probably the barriers weren't that high, although it wasn't decided really in that case as I recall. Pharmacies, obviously the barriers to entry there would be higher because you have to have to be a registered pharmacist you would have to have gone to school . How many competitors there are in the market and how many competitors are in the market that weren't a party to the agreement?

So, to take an example. Let's take an example of car repair shops. Take an example of two car repair shops in Sao Paulo, each on opposite sides of the city. They're just small shops, sort of family owned things, and they're both owned by brothers and at the family dinner on Sunday night they basically, agree that they are going to put up their hourly rate for doing car repair work.

It's pretty obvious that certainly although, they have an agreement but certainly, that the agreement might be said to lessen the competition between them, at the same time they don't have any market power because there are so many other car shops in Sao Paulo and there are so many other car shops between them because they are on opposite sides of the city. So, we would look at those sorts of factors and try and understand, whether or not the parties to the agreement had market power.

On intent, I said there were two parts, I'm doing this thing market power and intent. On the intent side, the Crown can prove intent, the prosecutor can prove intent either, there could be great facts, like everyone got together at a

smoky hotel room at some airport somewhere and were videotaped smoking cigars and drinking scotch and agreeing on who was going to have what part of the market and what the price was going to be. That's pretty good evidence but a very bad intent, but the Crown can also prove intent by proving the facts and then asking the court to conclude that a reasonable business person should have known that the effect of the agreement would be to unduly lesson competition, so there are two ways they can get there.

And at the end of the day on this undueness, on this third element of undueness. What is supposed to happen...excuse me, is a balancing. Where, if you look at the amount of market power and the proof of intent and if there is really bad intent then you don't need that much, as much market power, and if there is very high market power, if you have all the competitors agreeing, then you don't as good evidence of bad intent.

So, it is frankly, somewhat, a test that leaves room for disagreement on its application in any particular case. I think it is fair to say. Now, I did mention that our law is, I think, flawed in one serious respect, which is that, in Canada efficiencies are irrelevant under section 45. So, in a cartel case, it may be more a matter of academic interest, in a sense that, I think that, there aren't too many judges in Canada that would find that a clearly, a cartel that was clearly had the intent to monopolize the market should somehow be able to get off because it was more efficient. I don't think that is really the issue but where I really think the issue does lie is that it is quite common for joint ventures to form.

For instance, drug companies cooperating. They may have complementary product patent portfolios or complementary abilities. They may decide the look, the best way a new drug to market, which everyone knows takes forever and costs a lot of money, is to cooperate but of course if they are going to copoerate on this there is only going to be one drug coming out at the end, so they're gonna have to agree on how to market it, and they're gonna have to agree on a price or they're gonna have to agree on different geographic regions or else they'll never be able to enter into the joint venture in the first place. So, that's a clear example where I think that certainly, there's an agreement that lessons the competition on price. If you just look at that, you could see it as a price fixing cartel but the benefit to society or the efficiency if you wanna look at it in economist terms, is the ability to either bring a drug to market that could not have been brought to market or bring a drug to market sooner than it could have otherwise been brought, which besides I think, classic economist efficiencies, I think also has also in the larger sense in, social benefits to allowing sick people to access drugs.

So, how do we deal with that in Canada? Basically, we deal with it with the Commissioner that never enforces. There's just no investigations of joint ventures of that nature. There's really not investigations of so much of big projects, joint ventures, big construction joint ventures. Unless, there is something kind of out of the norm. But, if there's a bunch of large contractors getting together to bid on a really large construction project like our Swarmish highway for the Olympics that are coming up. I don't really know what the joint venture situation is there but that's a case I think where you just won't see enforcement activity, eventhough, there is really no way to look at the benefits under our law.

The other section that I wanted to refer to very briefly is our section 47, our bid-rigging section. That is a per se, an offence under our law, but it has a very interesting escape hatch. Basically, the act of agreeing to submit coordinated bids in response to a call for bids or agreeing, that one or more people will withhold bids and not bid, for instance on a highway construction project, is per se illegal, just as with our price fixing law. Generally, it is a criminal offence and carries all of those consequences under the act. However, if, before anybody does anything by way, either submitting a bid, if, if, before bids are submitted by that group of people, they disclose to the party calling for bids that they have gotten this arrangement, then they are automatically exempted from liability under section 47. They still face section 45 liability, so, you know they have to decide are we going to tell them that we are not going to all bid or that we are going to submit coordinated bids, in which case we could still be sued under section 45, but it does allow for more legitimate joint ventures. We might have a technical problem here to say simply disclose it and then they get dumped back into a section 45 analysis where you look at market power.

The enforcement history under our statute does go back over a hundred years and recently in the last 5 or 10 years, there have been many investigations, the majority of which, were resolved by guilty pleas. A lot of which are international cartels like the vitamin cartel which I'm sure you are all aware of. Where the vitamin cartel in Canada resulted in 50 million Canadian dollars of fines. There have been jail terms in one or two cases. I agree that in the right case that crime can be agreed just enough that jail time is appropriate and certainly our Commissioner, I think our Commissioner of Competition is very interested that there be more jail terms in appropriate cases where there is clear cartel activity, but so far it hasn't happened too much. I should also, I think there is also, in Canada, a distinction between domestic and international cases.

On a lot of the international cases I think it's fair to say and especially since here and a long way from Ottawa, that our Beureau takes a secondary role. The investigation is often driven by either one of the United States agencies or the European Commission and certainly they cooperate with one another and certainly, there may be evidence gathered in Canada, but in those cases I think it is not very common for the Canadian agency to actually commence the investigation, it's more a matter of, once it's started somewhere else that they don't get involved. On the other hand, they do have a very good history of domestic cartel enforcement.

Last year there was an investigation of the Fine Paper Merchant Industry. These are the companies that sell papers to printers and coffee shops and the Commissioner had guilty pleas and significant fines from many of the participants in that industry.

The last area that I want to touch on is our immunity programme which came in about 6 or so years ago. The Commissioner loves the immunity programme. She has said on numerous times, how effective it is. There have apparently been, roughly 50 applications for immunity in a 6 year period and it has resulted in many guilty pleas and fines.

The principles of our programme are, in order to be able to obtain immunity, you have to be the first one in, you have to be the first person to go to the Commissioner of the Competition Bureau. It's really just saying that the Commissioner basically heads our Competition Bureau so, we don't have separate agencies enforcing our law. If the Commissioner is already investigating it, and is aware that there may be something there but the person coming in has the ability to basically, provide enough evidence to break the log jam, so that the investigation can proceed. That's another way in which the applicant can be eligible for immunity.

There are other requirements in our programme, one of which is that the applicant immediately cease criminal activity. That's actually, it sounds obvious, but it's actually a pretty significant problem at the enforcement level because, if the applicant goes to its fellow conspirators and says, "by the way I'm out of the conspiracy and I'm not going to say anything more." I think people can draw conclusions and also it's very hard to keep people from talking about these things because in many industries everybody talks to everybody, many times, often for legitimate reasons, but it's often time to keep it a secret.

So, there's a bit of a dilemma there and it's a dilemma for the Commissioner as well as whether to permit on going criminal activity so that

further evidence can be gathered. It comes up another criminal law enforcement context, mob enforcement, so obviously criminal law enforcement is a good example of that.

Other requirements for immunity are that the applicant not be the ringleader, and of course everyone is always saying, “no, it was somebody else.” But, in some cases there really is an obvious ringleader and the policy is that that person is not eligible for immunity. From my perspective I don’t know if that would cause me to recommend that the applicant not go in because, if I thought I was representing a ringleader. The problem is that there is a good chance that somebody is going to go there eventually anyway so, the question then becomes, ok, forget about the programme. Is it better to go in as an applicant for immunity, where you potentially, are the ringleader? You can make arguments that you’re not. Or is it better to not go in at all and let someone else do it and you’re still the ringleader? So, that’s one of the tactical questions that can come up.

Another requirement is that the applicant has to provide full and timely cooperation. I’ll talk about that a bit more in a minute but that’s quite a requirement. The policy also says that the applicant has to pay restitution. Frankly, that is one that seems to get overlooked quite a bit. Rather, what seems to happen is that after the conviction, whether it is a guilty plea or of others, not the person who’s got immunity, that then sets in motion the class action, civil actions because under our statute you also, people who have been hurt by the conduct also have a right of civil action. So, you often see civil cases, class actions or not following these investigations and that’s usually where the restitution question gets worked out because it is just too hard to do, frankly, at the criminal enforcement stage.

So, the process, those are the requirements of the immunity programme in general terms. The process is that council would contact the Competition Bureau and in essence, ask for a marker, and what that means is that, council would talk to a lawyer and maybe some officials at the criminal branch and they would say that they are looking for a marker with respect to a possible, a hypothetical conspiracy in whatever the industry is, and then they will be told to well you call at such and such a time. Now the Bureau then goes internally and checks to see whether they have anything else on the go in that particular industry and if they don’t, then they will then say, you need to move to the next stage, which is getting a provisional grant of immunity.

In order to get a provisional grant of immunity, which would be the step after the marker. What happens is that, council makes a pro-offer, of

a statement of the evidence that council believes is available and it goes to the things that I was talking about, you know, market power intent, what the, basically, the circumstances are, which goes to show: a) whether an offence was committed; and b) whether approveable offence was committed. And, usually, if that provisional grant of immunity is then granted, if the Commissioner is satisfied that this witness does have sufficient evidence of a real offence, then the provisional grant of immunity is issued, and then a full immunity agreement would be negotiated, which, during that process, there'll be even more production of information, and then after the immunity agreement is in place, there will be basically, complete production.

They will have very onerous document faction requirements. The party will have to dig them up, they will have to cooperate with investigators. It will have to allow interviews of many, not just key employees but anybody that might have knowledge. There could be dozens of interviews in order to help the Commissioner and the Bureau put the case together. So, those are the three areas that I wanted to touch on I hope that it is of some interest to the practice here in Brazil and I'd be pleased to answer any questions after or during our round table discussion.

DEBATE

Marcos Vinícius de Campos: Agradecemos a apresentação do doutor Shawn Neylan, e vamos imediatamente passar para as questões. Eu já tenho duas inscrições aqui na frente: doutor Laércio, doutor Lauro e doutor Mauro Grinberg, que apresentou por escrito essa questão. Por favor, peço a todos que se levantem e se apresentem para o registro nos anais do Seminário.

Laércio Farina: Sou advogado e Conselheiro do IBRAC. A minha pergunta poderia ser endereçada tanto ao magistrado presente quanto a ambos os membros do Ministério Público. Mas eu vou endereçá-la ao membro do Ministério Público Federal por conta do alcance da sua colocação, muito embora ela tenha passado por temas que o doutor Friedmann e o doutor Barbuto também abordaram e tenha relação com a questão do processo penal, *vis-à-vis* a questão da infração *per se* e a utilização da regra da razão. Parece consenso, apesar de algumas respeitáveis vozes dissonantes, que, na legislação que rege o processo administrativo e a infração à ordem econômica – não estou falando do crime –, a prática de cartel não é uma infração *per se* porque assim dispôs o legislador brasileiro. Está é a impressão, a idéia majoritária, o entendimento majoritário. Eu fiquei vivamente impressionado com a posição de um membro do Ministério Público que nos trouxe a idéia de que, mesmo na legislação penal (Lei 8.137) encontra-se presente... Eu acho que o que ele quis dizer é que a tipificação penal por via da regra da razão poderia ser uma *contraditio in terminis*. Mas dentro desse raciocínio que eu achei muito interessante e com o qual eu até concordo, eu gostaria de perguntar ao doutor Marcelo como ele vê o oferecimento de denúncia em casos tais e, muito pior, o provimento jurisdicional proferido após, sem que o mercado relevante do caso seja minimamente analisado.

Marcelo Moscoliato: Obrigado pela pergunta. O debate sempre é muito rico e há algumas questões interessantes. Primeiro, deve-se considerar aquilo que a legislação estabelece como infração: a regra *per se*, a regra da razão. O que é a regra da razão, o que é a regra *per se*, e se a razão é método para interpretação de dispositivo, dizer que a infração é regra da razão é razoável ou não? Na verdade, o mecanismo é de raciocínio lógico em cima dos problemas postos escritos na norma para chegar a uma conclusão, e quando eu digo infração *per se* estou afastando a razão para dizer que nessa situação, no caso concreto, sempre será infracional se aquele fato ou dado acontecer.

Eu mencionei o tipo penal para demonstrar justamente porque a regra da razão, e não só no tipo penal, é, no aspecto contratual, no regramento civil, no regramento penal, no regramento administrativo, quando se fala em conduta vinculada, em conduta discricionária, a aplicação, o exercício do poder de polícia sobre o cidadão, sobre a empresa, o exercício do poder administrativo de sanção mesmo sobre o funcionário público, o processo administrativo disciplinar. Tudo isso é vinculado, não é discricionário. O direito punitivo do Estado é sempre discricionário e depende de razoabilidade, conforme os parâmetros definidos na própria legislação ou nas possibilidades de interpretação. Eu, particularmente, não acredito em regra perfeita, fechada, absoluta; tudo depende de interpretação, e a nossa profissão – a dos advogados – é que tem de encontrar a solução seguindo as regras do James Müller Turder. Eu poderia dizer que o processo aberto afirmando a política e indicando qual é o pensamento, qual é a base, é fundamentalmente comprometido dentro do nosso sistema hoje, por obrigação constitucional, com a democracia, ou seja, as regras gerais de não invasão etc. Mais, com relação à denúncia e à decisão judicial, enquanto a questão ainda carece de análise de mercado pelo CADE, eu tenho uma posição um tanto quanto diferente, eu diria, porque me parece que em algumas questões do mérito administrativo não cabe ao Judiciário afirmar ou apreciar. Friedmann bem colocou a questão aqui minutos atrás quando disse “nós trazemos uma carga de receio pelo nosso sistema democrático”.

Se olharmos historicamente o nosso país, veremos que nós vivemos espasmos democráticos em grandes períodos ditatoriais, seja um acordo ou outro, sem entender que a Primeira República era totalmente democrática. Mas a nossa história não é bem assim, daí a preocupação de dizer que o Judiciário pode rever tudo. Eu percebo que em países onde a democracia é mais amadurecida, o Judiciário não tem receio nenhum em dizer: isso é mérito administrativo, não me interessa; a agência é capaz de decidir, é dela essa atribuição legal e constitucional. E o juiz não tem receio em afirmar que não entende disso, que esse não é o seu tema. E quando se olha para as infrações contra a ordem econômica, você mesmo colocou isso, e é a realidade dos fatos, do CADE, autarquia federal, é um tribunal que penaliza, ele julga dizendo: nessa hipótese, ocorrendo infração contra a ordem econômica, a sanção é essa, o procedimento é esse, a multa é essa, a intervenção é essa. É o CADE, via sua procuradoria, que vai pedir intervenção na empresa se tiver essa possibilidade ou não, é a procuradoria do CADE que vai executar as decisões que serão títulos executivos extrajudiciais ou, perdão, títulos

executivos executáveis pela lei de execução fiscal, dívida ativa etc. Todo mundo sabe disso. Então, me parece que uma denúncia ou uma decisão judicial antes do fim do processo administrativo no CADE é temerária. Mas um outro ponto, para concluir, que é preciso levar em consideração: não me interessa muito quando eu penso a respeito desses problemas encontrar a solução definitiva e segura. Eu disse isso com relação à competência – se vocês quiserem, voltaremos no assunto –, mas tudo o que se decide, o que se faz, gera consequência, indica um comportamento para as pessoas. Hoje em dia, estão traçando paralelos e comparações, e no julgado do STJ em que votou o José Arnaldo da Fonseca, mas onde o voto majoritário foi o do Félix Fischer, dizendo que o administrativo não vincula o jurisdicional e pode seguir, não se consideram alguns aspectos. Quando eu comparo o processo administrativo do CADE com o processo administrativo fiscal no âmbito da Receita Federal, uma série de diferenças ocorre. Você mesmo colocou – e com toda a razão – que o Tribunal Administrativo Fiscal revê autos infracionais, e o CADE impõe auto infracional. Um outro aspecto, hoje, apesar de o Supremo Tribunal Federal fixar diretrizes, é que a maior parte dos tribunais e dos Procuradores da República seguem orientação de que, uma vez que é pendente de decisão administrativa não se oferece denúncia, e o processo não segue, fica parado, o que tem uma consequência que é suspensão do prazo prescricional. E aí surge outra pergunta que é: com o CADE é a mesma coisa? E isso tem repercussão concreta, porque a nossa preocupação como Ministério Público é com a eficiência de recursos. Para nós, é extremamente frustrante passar anos movendo um processo para no final encontrar uma extinção da punibilidade por prescrição. Isso não passa uma boa mensagem, porque a mensagem que se passa é que a penalidade para o criminoso é gastar dinheiro com advogado. Então, isso é ruim para o sistema como um todo, não incentiva o mérito. Mas assim, não incentiva o mérito, os advogados trabalhariam de qualquer forma, mas a prescrição leva a uma despesa de recursos escassos, e isso é desconfortável. Quando o Supremo diz: “suspende-se, e a prescrição só começa correr ao fim do processo administrativo”, a repercussão disso está por vir. Dou um exemplo: até o dia 20 de dezembro deste ano, vou denunciar uma deputada estadual do Mato Grosso do Sul por sonegação fiscal. Ela perdeu o processo administrativo em julho. Então, o prazo prescricional dela para essa sonegação fiscal começou a contar em julho, eu vou oferecer a denúncia em dezembro, o prazo de prescrição dela se achatou, então esse é um problema para ser visto no futuro, vocês já vão começar a entrar no mérito. Outro problema, se eu faço seções na 2.^a Turma do TRF da 3.^a Região, a 1.^a Turma diz: o.k., o processo administrativo impede oferecimento de denúncia

quando a parte recorre e pede até o tribunal decidir, o tribunal administrativo. O que a 1.^a Turma está fazendo pedindo os recursos administrativos e olhando qual é o mérito do recurso administrativo é dizer: quando a parte recorre só impugnando a multa e não o mérito da infração, está reconhecendo que aquele auto está valendo e daí não concede *habeas corpus*, não concede trancação penal, e a coisa segue porque a discussão já é de valor, não é mais do mérito da quantidade, da ocorrência ou não da infração administrativa. Então, são todas questões para serem ponderadas e imaginadas. E eu nunca me esqueço de uma questão interessante (alguns de vocês devem ter vivido o problema) quando, na década de 1990, 1997-1998, se discutia muito isso, se o Ministério Público teria acesso direto a informação sigilosa bancária, fundamentalmente, e muitos advogados ingressaram com processos e acabaram conseguindo a jurisprudência no sentido de que só com a autorização judicial. Pois o que aconteceu em 1999, e eu ia dizer uma coisa interessantíssima, foi o seguinte: nós da Procuradoria da República pelo menos fizemos isso, paramos de discutir essa questão, porque não valia a pena recorrer e discutir em paralelo quando o que interessava era o mérito. Como o juiz senta do nosso lado, ou a gente senta do lado do juiz e no dia-a-dia o nosso relacionamento profissional é mais intenso no embate, o advogado tem uma causa, o promotor, o procurador têm várias ao mesmo tempo, e às vezes com o mesmo juiz, começou a se perceber dentro da Febraban, dentro dos Bancos, a enorme despesa que era atender todas as ordens judiciais de acesso a informação bancária e sigilosa. Em 1999, isso foi uma conta gigante para os Bancos e veio o BacenJud para tentar organizar a situação. Então, quando se escolhe uma opção temos que pensar no custo, no efeito e no mérito. Mas eu tenho essa posição, eu acredito que o mérito das decisões administrativas não pode ser alcançado especialmente quando se fala em concorrência. E, última observação, o tribunal é respeitado não pelo fato de ser tribunal, mas pela qualidade daquilo que produz, pela reputação que ele gera: pode ser um tribunal administrativo, um tribunal jurisdicional, ou um tribunal arbitral. É só um exemplo de como nós sofremos décadas com a insegurança do nosso sistema jurídico, foi o parto da arbitragem no País. É só um exemplo de como a questão de competência tem uma série de outros valores e questões em torno.

Marcos Vinícius de Campos: Obrigado. Eu peço perguntas objetivas de 30 segundos, e respostas de um minuto. Doutor Lauro, perdão, use o microfone, para registro.

Lauro Celidônio Gomes dos Reis: De qualquer forma, eu também entendo que, na realidade, o enquadramento de qualquer conduta anticoncor-

rencial ou de crime anticoncorrencial depende da prévia definição de mercado relevante, de poder de mercado do agente. E quem tem competência para definir isso, no meu modo de ver, é o CADE, ou seja, não vejo essa definição sendo realizada num inquérito criminal ou numa ação criminal. Então, a primeira pergunta, na realidade, seria ouvir a opinião do Ministério Público Federal, do Judiciário, do Ministério Público Estadual sobre isso também, ou seja: não é muito mais lógico que se aguarde a definição da existência em si da conduta anticoncorrencial pelo órgão administrativo competente, antes de ser dar início à ação penal? E uma segunda pergunta que eu gostaria de fazer, também aproveitando a ocasião, é com relação ao acordo de leniência: como os Ministérios Públicos Federal e Estadual veriam a possibilidade de se requerer a anulação de um acordo de leniência caso um dos Ministérios Públicos não tenha participado da sua feitura, ou seja, leniência com o Ministério Público Federal, assistido pelo Ministério Público Federal é uma situação, mas quando se fecha um acordo de leniência com o Ministério Público Estadual é outra situação. O Ministério Público entenderia que o outro era competente para fechar o acordo de leniência e, portanto, estaria satisfeito?

Friedmann Anderson Wendpap: No que toca a minha parte do seu questionamento, eu reitero o que afirmei: que a possibilidade de o Judiciário invadir o mérito administrativo e substituir a discricionariedade política do Executivo pela discricionariedade judicial, é um perigo, inclusive pela razão da legitimação para fazer e como se arca com o ônus político dessa decisão. As garantias judiciais fazem que o juiz não arca com o ônus político imediato pelas decisões que toma, enquanto no Executivo esse ônus é imediato, e por isso inclusive a diminuição do campo de poder, o modo muito reduzido de exercer poder e a necessidade de exercê-lo com muita formalidade, justamente porque pessoalmente o agente da decisão não arca com nenhum custo, enquanto no Executivo o custo da decisão, o custo político, é cobrado com muita imediatividade – às vezes demora oito anos, mas é cobrado esse custo. Então, por isso me parece que sim – e o Marcelo afirmou muito bem –, que existe um espaço da discricionariedade administrativa que não deve ser invadido pela discricionariedade judicial. Acho que com isso eu encerro.

José Mário Barbuto: Rapidamente vou responder primeiro à questão relativa à anulação do acordo de leniência pela não participação do Ministério Público ou pela participação do Ministério Público ou Estadual quando um ou outro deveria participar. 1.º) A lei não exige a participação do Ministério Público na celebração do acordo de leniência. Então, por esse motivo, não

me parece que o acordo pudesse ser anulado; o que tem acontecido é que a Secretaria de Direito Econômico tem chamado o Ministério Público para participar da celebração do acordo como uma forma de otimização dos trabalhos para que a investigação seja conjunta e beneficie tanto a investigação criminal como a administrativa. Se a Secretaria de Direito Econômico celebra um acordo sem a participação do Ministério Público, a lei diz que esse acordo é válido; se a Secretaria de Direito Econômico celebra um acordo com o Ministério Público Federal, e a competência depois se define como sendo do Ministério Público Estadual, não há nulidade por esse motivo do acordo de leniência. Pode haver por outro motivo qualquer, pois as informações não foram suficientes. Mas, eu diria, se esse motivo fosse válido, poderia até ser levantada uma outra questão, que é a questão do promotor natural. Quem que é o promotor que vai participar desse acordo de leniência? É um promotor designado pelo Procurador Geral. E, se não há inquérito ainda, porque o Ministério Público foi chamado pela Secretaria de Direito Econômico, a partir do momento em que esse inquérito é distribuído em juízo, ele vai para uma determinada vara, que é de atribuição de um determinado promotor natural para officiar o feito. E esse promotor natural é obrigado a aceitar aquele acordo que o outro promotor do Ministério Público Federal ou Estadual fez? Então, me parece que a participação do Ministério Público não faz parte ali da essência do ato, ou para que tenha validade, é mais uma questão de eficiência desse acordo. E eu queria falar rapidamente sobre a questão das esferas administrativa e judicial. Eu concordo em gênero, número e grau com o que foi falado aqui, que o CADE é quem tem no mínimo o conhecimento técnico para definir se aquela conduta afeta o mercado de forma relevante e suficiente para caracterizar uma infração prevista na Lei Antitruste. De outra parte, na tipificação penal, na minha opinião, até por uma questão de lógica do ordenamento, existe também a aplicação da regra da razão, e não somente a *per se*, porque essencialmente o crime é mais grave do que uma infração administrativa. Se nós entendêssemos que o crime, aquele acordo *per se* seria um cartel, nós teríamos uma situação no mínimo estranha de uma infração, de um delito criminal menos grave que a infração administrativa. Então, até por uma questão de lógica o crime tem que ter no mínimo os mesmos requisitos de existência, de tipificação da infração administrativa. O grande problema é que, ao contrário da infração tributária, nós temos que trabalhar de forma ideal – e eu entendo que o CADE tem mais competência para fazer esse estudo e tomar essa decisão –, com ordenamento jurídico e com a lei que nós temos em nossas mãos. A questão dos crimes contra a ordem econômica é muito diferente da questão dos crimes contra a ordem

tributária, e o Supremo Tribunal Federal tem exigido o término da instância administrativa não tanto por uma questão de dependência ou independência das esferas administrativas e judicial, mas sim por uma questão de tipificação e consumação do crime. O Supremo Tribunal Federal entendeu que, se não terminou a instância administrativa, não há supressão de tributo, portanto o crime que é material e não estaria consumado, daí a conclusão também de que a prescrição começa a correr da inscrição na dívida ativa. Não é o ocorre na infração ou no crime contra a ordem econômica, em que a consumação ocorre com a conduta, o crime de fato consumado. A decisão do CADE não é constitutiva da infração, ela apenas declara a infração. E, então, se tivéssemos que esperar a decisão do CADE, teríamos um problema de prescrição. A solução que me parece mais viável com a legislação que nós temos, para evitar a prescrição e a impunidade desse tipo de conduta – que, volto a dizer, é gravíssima – é incentivar e tentar que esses trabalhos sejam feitos em conjunto, de forma que a conclusão do Ministério Público sobre a existência ou não do crime venha de forma conjunta com a decisão administrativa, de forma célere, rápida, evitando a prescrição. E uma última questão que eu coloco é se não seria mais lógico esperar a decisão do CADE, porque se o CADE absolver, não há crime. Bom, então deixa eu colocar uma questão: e o contrário? E se o CADE decidir pela existência da infração, a questão pode voltar a ser discutida no Judiciário? É preciso, então, ter um mínimo de coerência e de lógica para denunciar, porque é o CADE que sabe; o juiz não tem competência para decidir isso, e também não vai ter para contestar a decisão do CADE que reconheceu a decisão administrativa. Bem, eu deixo a questão para uma reflexão.

Marcos Vinícius de Campos: Está claro que não há a primazia de uma esfera sobre a outra, e está claro que nós temos que construir uma solução boa para a sociedade brasileira. Evidentemente, nós temos que ter a compreensão da participação de cada agente. Eu gostaria de passar aqui para o professor doutor Marcelo uma questão ainda relativa ao Lauro, mas que o Mauro Grinberg complementou. Ele diz aqui, à pergunta do Mauro Grinberg: A lei prevê que o Secretário de Direito Econômico pode extinguir a punibilidade dos casos de leniência. Pode? – pergunta. Mesmo que um Promotor de Justiça ou um Procurador da República assinem o acordo, essas assinaturas resolvem a questão da extinção da punibilidade e vinculam todos os membros do Ministério Público? É a mesma questão.

Marcelo Moscoliato: Obrigado, Mauro e obrigado, Lauro. Responder isso em um minuto é uma maravilha. Primeiro ponto, é preciso verificar em que fase da negociação do acordo de leniência se está. Porque se estiver na Secretaria de Direito Econômico, e o Ministério Público dele não participou, ele simplesmente vai ignorar o que o Secretário de Direito Econômico está fazendo. Se o CADE aprovou o acordo de leniência, isso tem efeito ou não dependendo de como o aprovou. Se, por exemplo, o aprovou dizendo: perfeito, não se aplica sanção nenhuma; mais ou menos perfeito, 1/3 de multa; 2/3 de multa etc., então todas são variáveis sobre o caso. Com relação à pergunta do Mauro, especificamente, sobre extinção da punibilidade, digamos que eu vá à Receita Federal e pague antes do início da ação penal, e mesmo assim, por engano, a representação vai parar no Ministério Público e um Procurador me denuncia. Em que momento ocorreu a extinção da punibilidade? A punibilidade está extinta pelo fato lá atrás, e a declaração vai depender da provocação da apresentação da questão concretamente no foro judicial, apresentado uma vez, transitado em julgado, fim de papo, morreu o assunto. No âmbito administrativo, o Secretário de Direito Econômico pode querer e declarar extinta a punibilidade de um crime, mas não vai impedir nenhum procurador ou promotor de oferecer denúncia, e essa questão toda vai ser levada e apresentada ao Judiciário. É do Judiciário a decisão final, o risco. Qual o problema da leniência? Para que a leniência frutifique e gere consequências boas e positivas, tem que ser feita com a maior segurança possível para aquele que pede leniência, para que ele sinta confiança na leniência. O chamamento do Ministério Público ou Estadual para o acordo de leniência tem muito que ver com o artigo 129, I, da Constituição Federal. Não existe obrigação de chamar, a lei não exige requisito. Qual é o problema, então? O 129, I, diz que a ação penal pública é privativa do Ministério Público, e não tem nenhuma condicionante, ou seja, para que o acordo de leniência não seja frustrado logo no começo por uma denúncia criminal que vem e pega todo mundo de surpresa, antes ou durante a negociação do acordo de leniência, para que o sistema não ser desmoralizado, convida-se o promotor ou procurador. E vamos imaginar que prevaleça o entendimento de que a competência para o crime na linha do que o Supremo decidiu é do Estado. Suponhamos que um acordo de leniência seja feito, e o Ministério Público do Estado de São Paulo o anule e o Ministério Público do Estado de Goiás não o aceite, como fica? Ou vamos imaginar, hipoteticamente falando do caso do cartel da laranja que saiu na mídia e que foi decidido pelo CADE essa semana, que num Estado produtor de laranja, o Estado de São Paulo, o Ministério Público aceita e assina o acordo de leniência, e num outro Estado produtor de laranja

em que o Ministério Público não foi chamado a negociar, a participar e ver qualquer tipo de informação não aceita, abre um inquérito lá e começa uma investigação de formação de cartel e, como o acordo de leniência ainda não foi definitivamente julgado pelo CADE, a questão está em aberto. Eu não sei se eu respondi ou se eu gerei mais dúvidas, mas é que o sistema gera dúvidas. E nunca se esqueçam de uma coisa, os grandes tinham uma definição para o caos, e eu acredito no caos da sociedade moderna, é uma coisa boa, você não foge dele, você se prepara para ele. O que é o caos? Caos é o lugar onde coisas novas aguardam o momento certo para existir. E, no fim, tudo dá certo, porque se não deu certo não chegou ao fim.

Marcos Vinícius de Campos: Como disse o doutor Friedmann, para construirmos uma solução razoável para os agentes econômicos, precisamos estabelecer uma relação de confiança e convidar todos os pares para o baile. O problema é que nós não podemos ir ao dentista e chegando lá percebemos que é um médico. Então, nós temos que saber que temos que aglutinar e organizar, e esse é o sentido desse painel do IBRAC: trazer os diferentes atores para a discussão, para que se construa uma confiança. Mais alguma questão, por favor, pois temos ainda uma ou duas questões e vamos encerrar porque o almoço nos chama. Questão de ordem, presidente. O presidente diz qual é o horário de retomada presidente. Bom, não havendo outra questão nós vamos então dar por encerrados os trabalhos dessa mesa, agradecemos a todos e às 14h30 estaremos aqui novamente. Muito obrigado a todos (pausa) *(fim do painel)*.

