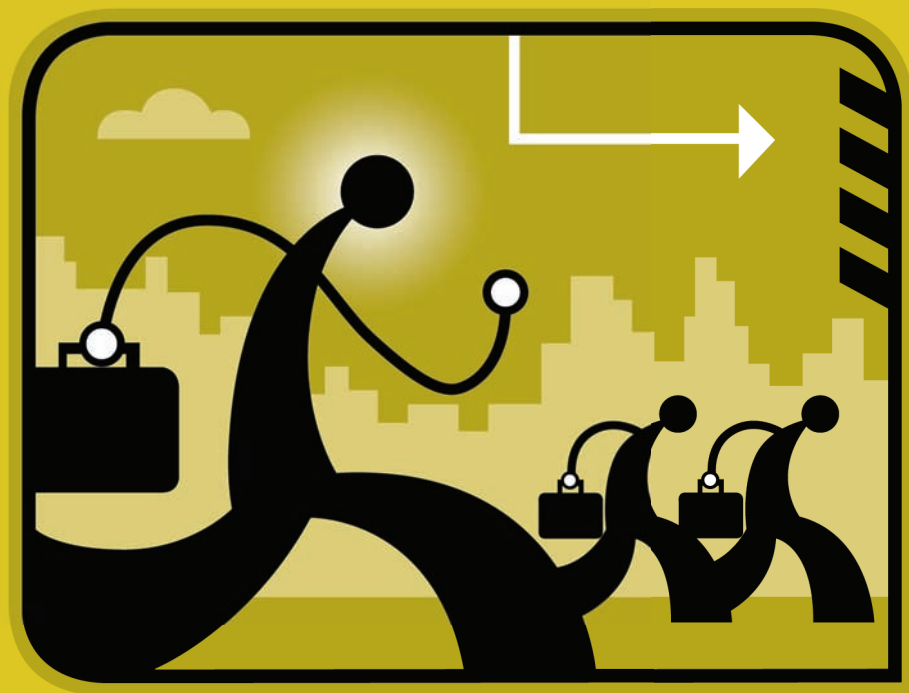


COMBATE A CARTÉIS E PROGRAMA DE LENIÊNCIA



Departamento de
Proteção e Defesa Econômica

Secretaria de
Direito Econômico

Ministério
da Justiça



Combate a Cartéis e Programa de Leniência (2008), 2ª ed.

Departamento de Proteção e Defesa Econômica
da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça
Esplanada dos Ministérios,
Edifício Sede do Ministério da Justiça, 5º andar, sala 552
Brasília-DF, CEP 70064-900

Publicação Oficial

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO À POLÍTICA BRASILEIRA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA	5
1.1 Os cartéis como a mais grave lesão à concorrência e aspectos gerais de seu combate no Brasil	6
<i>Quadro 1: Exemplo de cartel internacional punido - Cartel das Vitaminas</i>	7
<i>Quadro 2: Exemplo de resultado de ação: Operação “Pacto 274”</i>	8
1.1.1 Persecução administrativa	9
<i>Quadro 3: O Cartel das Britas</i>	11
1.1.2 Persecução criminal	12
1.1.3 Persecução civil	13
2. O PROGRAMA DE LENIÊNCIA	14
2.1 A importância do Programa de Leniência no combate aos cartéis	14
2.2 Introdução ao Programa de Leniência	14
<i>Quadro 4: O primeiro Acordo de Leniência firmado</i>	16
2.3 Requisitos	17
2.4 Benefícios	17
2.5 Sistema de senhas	18
2.6 Proposta	19
2.7 Fase de negociação confidencial	20
2.8 O Acordo de leniência	20
2.9 Leniência <i>plus</i>	21
2.10 Confidencialidade	21

3. PERGUNTAS FREQUENTES	22
3.1 O que é um 'cartel'?	22
3.2 Qual foi o primeiro cartel punido pelo SBDC pós 1994?	22
3.3 Como deve agir uma empresa ou pessoa se for obrigada por seus concorrentes a formar cartel?	23
3.4 Que tipo de informação pode ser trocada no âmbito de associações e sindicatos?	23
3.5 O segundo candidato ao programa de leniência pode se beneficiar de algum modo?	24
3.6 Quando a SDE pode ser considerada ciente da existência de um cartel?.....	24
3.7 Como a obrigação de “cooperação plena” é cumprida?	24
3.8 E quanto a ex-empregados e empregados que não desejem cooperar?	25
3.9 O que significa “cessar envolvimento”?	25
3.10 Quem é o “líder do cartel”?	26
3.11 E se o Acordo de Leniência não for celebrado?	26
3.12 E se houver incerteza quanto à possibilidade de habilitação ao programa de leniência?	27
3.13 Como o Programa de Leniência se aplica a cartéis internacionais?	27
3.14 O acordo de leniência impede a indenização na esfera cível pelos danos do cartel causados a terceiros?	28
4. COMO DENUNCIAR UM CARTEL	29
5. COMO OFERECER UMA PROPOSTA DE ACORDO DE LENIÊNCIA	29

Aviso: Esta cartilha não substitui a Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 8.884/94) e pode ser revista caso necessário. Os exemplos incluídos não são exaustivos e não impõem limites nas atividades das autoridades brasileiras de defesa da concorrência.

1. INTRODUÇÃO À POLÍTICA BRASILEIRA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A política brasileira de defesa da concorrência é disciplinada pela Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, alterada em 2000 e 2007 (a “Lei de Defesa da Concorrência”). O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”) é composto por três órgãos: a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (“SEAE”), a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (“SDE”) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça.

A SDE, por meio do Departamento de Proteção e Defesa Econômica (“DPDE”), é o órgão responsável por investigar infrações à ordem econômica e também emitir pareceres não-vinculativos em atos de concentração (como fusões e aquisições). A SEAE, por sua vez, é responsável por emitir pareceres econômicos em atos de concentração, bem como, facultativamente, elaborar pareceres em investigações sobre condutas lesivas à concorrência. O CADE é um órgão composto por sete Conselheiros que realiza o julgamento final, em âmbito administrativo, das infrações à ordem econômica e dos atos de concentração, após os pareceres emitidos pela SDE e SEAE.

Três são as principais funções do Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência: preventiva, repressiva e de advocacia de concorrência. Por meio da atuação preventiva, as autoridades analisam fusões e aquisições de modo a preservar uma estrutura competitiva de mercado. Por meio da atuação repressiva, analisa-se condutas com potencial lesivo à concorrência. Por meio da advocacia da concorrência, as autoridades divulgam a outros entes públicos e à sociedade em geral a importância da concorrência e como fazer para colaborar com as investigações.

1.1 Os cartéis como a mais grave lesão à concorrência e aspectos gerais de seu combate no Brasil



Cartel é um acordo explícito ou implícito entre concorrentes para, principalmente, fixação de preços ou quotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação. Cartéis são a mais grave lesão à concorrência e prejudicam consumidores ao aumentar preços e restringir oferta, tornando os bens e serviços mais caros ou indisponíveis.

Ao artificialmente limitar a concorrência, os membros de um cartel também prejudicam a inovação, impedindo que novos produtos e processos produtivos surjam no mercado. Cartéis resultam em perda de bem-estar do consumidor e, no longo prazo, perda de competitividade da economia como um todo. Segundo estimativas da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10 e 20% comparado ao preço em um mercado competitivo, causando prejuízos de centenas de bilhões de reais aos consumidores anualmente.

Nos últimos anos, as autoridades de defesa da concorrência de diversos países intensificaram seus esforços para identificar e impor severas sanções administrativas e criminais pela prática de cartel. Por exemplo, a Comissão Européia aplicou multas por cartel que superaram € 3 bilhões somente em 2007 e os Estados Unidos, de 1997 a 2007, aplicaram multas criminais que superaram US\$ 4 bilhões por prática de cartel.

Na mesma linha, o Brasil, desde 2003, considera o combate a cartéis uma prioridade. A partir daquele ano, a SDE começou a utilizar ferramentas sofisticadas de investigação, como a realização de operações de busca e apreensão e a celebração de acordos de leniência para investigar cartéis. Igualmente, o CADE passou a impor multas recordes a empresas e administradores considerados culpados pela prática de cartel.

Além disso, por sua gravidade, cartel também é crime no Brasil punível com até 5 anos de prisão e, desde 2003, a cooperação da SDE com os Ministérios Públicos e as Polícias Federal e Civil resultou em um incremento significativo da persecução criminal, como será visto no item 1.1.2 a seguir.

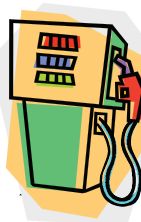
Entre 1990 e 1999, as nove maiores fabricantes mundiais de vitaminas (incluindo BASF AG, F. Hoffman-La Roche AG, Aventis S.A., Merck KgaA e Solvay Pharmaceuticals) dividiram o mundo em regiões de atuação. Como consequência, a concorrência era eliminada e o consumidor pagava preços artificialmente elevados por vitaminas A, B2, B5, C, E, beta-caroteno.



O cartel foi descoberto porque um de seus participantes, a empresa francesa Rhone-Poulenc (atual Aventis), confessou a prática às autoridades norte-americanas e européias e colaborou com as investigações em troca de imunidade. Como resultado da investigação, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos fez acordos com as investigadas F. Hoffman-La Roche e BASF, que resultaram na confissão da prática por tais empresas e no pagamento de, respectivamente, US\$ 500 milhões e US\$ 225 milhões de multa. Houve também prisão de executivos de tais empresas investigadas, em razão da gravidade da conduta. Na mesma linha, em 2001, a Comissão Européia multou participantes do cartel em mais de € 850 milhões, multa recorde à época, sendo que a Rhone-Poulenc recebeu imunidade administrativa por ter confessado a prática no âmbito do Programa de Leniência.

No Brasil, após a investigação da SDE, o CADE puniu as empresas BASF, F. Hoffman-La Roche e Aventis em mais de R\$15 milhões pela prática de cartel com efeitos no mercado brasileiro. Segundo o Cade, essas empresas teriam restringido a oferta e elevado os preços no Brasil de vitaminas na segunda metade dos anos 90. O cartel também teria impedido a entrada de vitaminas chinesas a preços mais baratos no Brasil.

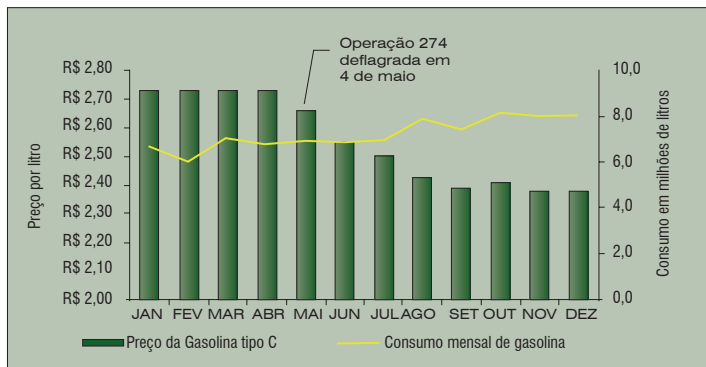
CARTÉIS NA REVENDA DE COMBUSTÍVEIS: Sabe-se que o setor de combustíveis é propenso à cartelização por ter características como produto homogêneo, semelhança dos custos, regulatórias e atuação ativa por parte de Sindicatos de forma a auxiliar na uniformização ou coordenação das condutas comerciais seus filiados. Porém, o mero paralelismo de preços entre postos combustíveis não é suficiente para punir a conduta. É necessário outros indícios, preferencialmente provas diretas, como atas de reunião com fixação de preço e escutas telefônicas com autorização judicial, sejam apresentadas para garantir a condenação.



OPERAÇÃO PACTO 274: Em maio de 2007, a SDE, em cooperação com a SEAE, a Polícia Federal e o Ministério Público da Paraíba deflagraram operação em João Pessoa e Recife para obter provas de cartel no mercado de revenda de combustíveis. A operação envolveu 190 agentes, que atuaram em 26 locais de busca e cumpriram 16 mandados de prisão temporária. A operação foi chamada de “Pacto 274”, em referência ao preço combinado da gasolina (R\$ 2,74).

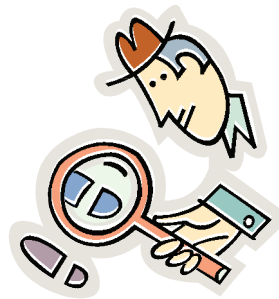
ECONOMIA DE R\$ 32 MILHÕES ANUAIS AOS CONSUMIDORES: Os efeitos positivos para a economia decorrentes da ação do órgão de concorrência muitas vezes se fazem sentir no momento em que ação é deflagrada e não ao fim de um processo. No caso da Operação “Pacto 274”, o preço médio da gasolina tipo C em João Pessoa passou de R\$ 2,74/litro em abril de 2007 para R\$ 2,37/litro, em dezembro do mesmo ano. Os efeitos diretos imediatos da operação para os consumidores de combustíveis de João Pessoa, ao se considerar a queda no preço e a elevação no consumo, podem ser estimados em cerca de R\$ 500 mil em maio de 2007. Tomando como pressuposto que as demais condições de mercado permaneceram estáveis, estima-se um ganho anual de até R\$ 32 milhões aos consumidores decorrentes da Operação “Pacto 274”.

Evolução do preço e do consumo, de gasolina tipo C, em João Pessoa



1.1.1 PERSECUÇÃO ADMINISTRATIVA

No âmbito administrativo, cartéis podem ser sancionados com multas impostas às empresas pelo CADE que podem variar de 1 a 30 % do respectivo faturamento bruto, excluídos os impostos, no ano anterior ao início das investigações. Administradores considerados responsáveis pela prática anticoncorrencial podem ser multados em valor que varia de 10 a 50 % da multa aplicada à empresa. Associações e outras entidades sem fins lucrativos podem ser penalizadas com multas que variam de aproximadamente R\$ 6 mil a R\$ 6 milhões. Multas em caso de reincidência são dobradas.



Além de multas, a Lei de Defesa da Concorrência prevê outras sanções aos condenados por infração à concorrência, tais como a publicação da decisão em jornal de grande circulação às expensas do infrator; a proibição ao infrator de participação em licitações e de obtenção de financiamentos de bancos oficiais por até cinco anos; e a recomendação para que os órgãos públicos competentes não concedam aos infratores o parcelamento de tributos federais por ele devidos ou cancelem incentivos fiscais ou subsídios públicos.

A estratégia da SDE de focar os recursos disponíveis no combate a cartéis tem permitido o desmantelamento de cartéis com grande impacto para a economia brasileira. Alguns elementos são indicativos desse fato: aproximadamente 10 acordos de leniência foram assinados desde 2003, e outros estão sendo negociados atualmente, inclusive com membros de cartéis internacionais. Como reflexo disso, o número de mandados de busca e apreensão para obter provas de cartéis tem aumentado significativamente: de 2003 a 2005, 11 mandados foram cumpridos, em 2006, 19 mandados foram cumpridos, e, em 2007, 84 mandados foram cumpridos. Até julho de 2008, outras 52 empresas suspeitas de participação no ilícito de cartel sofreram operação de busca e apreensão autorizada judicialmente.

Além disso, o CADE tem demonstrado, em várias ocasiões, o seu comprometimento com a punição severa dos cartéis. Um exemplo importante foi o caso do cartel das britas, em que o Conselho multou as empresas representadas em quantias que variaram entre 15 e 20 % do respectivo faturamento bruto no ano anterior ao da instauração do processo. Outros cartéis também foram condenados pelo CADE, tais como o cartel das companhias

aéreas (2004), o cartel dos vergalhões de aço (2005), o cartel dos genéricos (2005), o cartel dos jornais (2005), o cartel internacional das vitaminas (2007), o cartel das empresas de vigilância (2007) e o cartel dos frigoríficos (2007). Multas impostas pelo CADE por prática de cartel superaram o valor de R\$340 milhões para um único caso envolvendo três empresas.

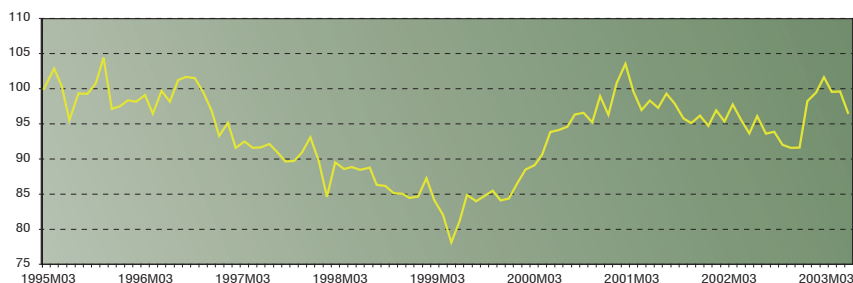
Deve-se mencionar ainda a possibilidade de se celebrar acordo para suspender as investigações de cartéis (o chamado “Termo de Compromisso de Cessação de Prática -TCC”), que foi introduzida em 2007, mediante alteração da Lei de Defesa da Concorrência. O CADE é a autoridade com poderes para celebrar TCCs e a SDE pode emitir um parecer não-vinculativo sobre a pertinência da proposta de acordo. Isto representa um aprimoramento notável no combate a cartéis: a possibilidade de cooperação dos representados no início do processo poupa recursos públicos, diminui os litígios judiciais e possibilita o pagamento antecipado de uma significativa quantia de recursos aos cofres públicos. Além disso, a celebração de acordos pode se mostrar benéfica para o representado, uma vez que geralmente resulta em uso mais eficiente de seus recursos.

A política da SDE para a emissão de pareceres relativos a acordos em caso de cartel está disponível em www.mj.gov.br/sde. Em linhas gerais, para os casos de cartéis com prova direta, um acordo somente será recomendado ao CADE se o investigado admitir sua participação na prática, estiver disposto a cooperar com as autoridades na investigação com relação às demais empresas e pagar contribuição pecuniária em valor suficiente para garantir seu efeito persuasório.

INTRODUÇÃO: Em 2002, a SDE recebeu uma denúncia anônima de um suposto cartel envolvendo empresas de pedra britada na Região Metropolitana de São Paulo. As empresas operavam um cartel para fixar preços, alocar consumidores, restringir a produção e fraudar licitações públicas no mercado de pedra britada, insumo essencial para a indústria de construção civil. As empresas utilizavam software sofisticado para direcionar as vendas e fiscalizar o cumprimento do acordo. O cartel passou a atuar de forma mais sistemática a partir de fins de 1999, como forma de combater a queda no preço médio do produto que ocorria no mercado desde 1995

Evolução do Preço da Pedra Britada na RMSP

Deflacionado pelo índice do IBG de Custos de Pedra Britada na Construção Civil



BUSCA E APREENSÃO: A denúncia forneceu informações suficientes para que a SDE e o Ministério Público de São Paulo realizassem a primeira operação de busca e apreensão em investigação de cartéis no Brasil. O procedimento foi realizado no Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo (Sindipedras), com a cooperação da Advocacia-Geral da União. Em julho de 2003, foi instaurado processo administrativo para investigar a prática.

PERSECUÇÃO CRIMINAL: Houve intensa cooperação entre a SDE e o Ministério Público de São Paulo ao longo das investigações e, como resultado, processos criminais foram instaurados. Alguns processos criminais foram encerrados com transações penais que determinaram o pagamento de multas e outras obrigações, como o comparecimento por parte do administrador da empresa perante o juiz mensalmente para atestar que não faz parte de cartel.

CONDENAÇÃO PELO CADE: A SDE completou sua investigação em novembro de 2004 e concluiu que 18 empresas e o Sindipedras deveriam ser condenados por prática de cartel. Em 2005, o CADE multou as empresas investigadas em quantias que variaram entre 15 a 20 por cento do faturamento bruto em 2001, dependendo do respectivo grau de envolvimento de cada uma na administração do cartel. Algumas das empresas condenadas questionaram judicialmente a decisão do CADE e, até o momento, todas as decisões judiciais unanimemente consideraram válida a decisão do Conselho.

1.1.2 PERSECUÇÃO CRIMINAL

Além de infração administrativa, a prática de cartel também configura crime no Brasil, punível com multa ou prisão de 2 a 5 anos em regime de reclusão. De acordo com a Lei de Crimes contra a Ordem Econômica (Lei n. 8.137/90), essa sanção pode ser aumentada de um terço até metade se o crime causar grave dano à coletividade, for cometido por um servidor público ou se relacionar a bens ou serviços essenciais para a vida ou para a saúde. O Ministério Público é o órgão responsável pela persecução criminal.



Desde 2003, a SDE, como órgão de defesa da concorrência responsável pelas investigações administrativas de cartéis, juntamente à SEAE, está incrementando sua cooperação com as Polícias Federal e Civil e com os Ministérios Públicos para assegurar que administradores de empresas que não participem do Programa de Leniência – detalhado abaixo – estarão sujeitos à persecução e condenação severa no âmbito criminal.

Tendo em vista esse objetivo, em dezembro de 2007, a SDE e a Polícia Federal celebraram acordo de cooperação e estabeleceram um Centro de Investigações de Cartéis para a cooperação e troca de informações e documentos em investigações administrativas e criminais de cartéis. Ressalte-se que a Lei n. 10.446/2002 prevê expressamente que “quando houver repercussão interestadual ou internacional que exija repressão uniforme, poderá o Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade dos órgãos de segurança pública arrolados no art. 144 da Constituição Federal, (...) proceder à investigação, de (...) II – formação de cartel”.

Hoje há pelo menos 100 administradores no Brasil que enfrentam processos criminais por prática de cartel. Em 2006 foi emitida a primeira sentença condenando 3 executivos por prática de cartel a penas de reclusão que variaram de 3 anos e 9 meses a 5 anos e 3 meses (a pena superou os cinco anos previstos na Lei n. 8.137 porque foram aplicadas circunstâncias agravantes do Código Penal). Ainda em 2007, foi emitida decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul condenando 7 executivos por prática de cartel a penas de reclusão que variaram de 2 anos a 2 anos e 6 meses.

No mesmo sentido, em 2005, 2 pessoas foram temporariamente detidas por

suspeita de crime de cartel. Em 2007 esse número chegou a 30 indivíduos e, até julho de 2008, 32 executivos foram temporariamente detidos pelo mesmo motivo. A prisão temporária para esse ilícito no Brasil é prevista por 5 dias, prorrogável por igual período.

Outros países também reconhecem a importância da persecução criminal para o combate efetivo a cartéis. Nos Estados Unidos, por exemplo, um administrador pode ser condenado a até 10 anos de prisão e ao pagamento de multa de até US\$1 milhão. A pena média aplicada para cartéis nos Estados Unidos é de 31 meses de prisão, sendo que desde 2000, mais de 150 executivos já cumpriram pena no país por prática de cartel. O Reino Unido e França são outros exemplos de países que, juntamente com o Brasil e Estados Unidos, combatem criminalmente a prática de cartel.

1.1.3 PERSECUÇÃO CIVIL

Membros de cartéis estão sujeitos ainda à persecução na esfera civil. A Lei de Defesa da Concorrência prevê que consumidores podem ingressar em juízo, diretamente ou por meio de associações, Ministérios Públicos e PRO-CONs, para obter indenização por perdas e danos sofridos pela prática de cartel. As ações de indenização são realidade em outros países, sendo que as primeiras ações desse tipo já foram propostas no Brasil.

2. O PROGRAMA DE LENIÊNCIA

2.1 A importância do Programa de Leniência no combate aos cartéis

Via de regra, cartéis são difíceis de detectar e investigar sem a cooperação dos participantes da conduta, dado seu caráter sigiloso e fraudulento. Por essa razão, um número expressivo de jurisdições adotaram programas de leniência de modo a desvendar tais condutas, tais como África do Sul, Alemanha, Austrália, Canadá, Espanha, Estados Unidos, França, Holanda, Hungria, Irlanda, Israel, Japão, Nova Zelândia, Portugal, Reino Unido e União Européia.

O Brasil não é exceção a essa regra: a Lei n. 8.884/94 reconhece que é do interesse dos consumidores brasileiros conceder benefícios àquele participante de cartel que queira pôr um fim na conduta e cooperar de forma plena e ampla com as autoridades de defesa da concorrência de modo a garantir a condenação da prática. O interesse dos cidadãos brasileiros de ver desvendados e punidos cartéis supera o interesse de sancionar uma única empresa ou indivíduo que possibilitou a identificação, desmantelamento e punição de todo o cartel.

2.2 Introdução ao Programa de Leniência

O Programa foi introduzido na Lei de Defesa da Concorrência em 2000 e a SDE é o órgão competente para negociar e firmar o Acordo de Leniência. O artigo 35-B da Lei de Defesa da Concorrência autoriza a SDE a celebrar acordos de leniência com pessoas físicas e jurídicas, em troca de confissão e colaboração na investigação da prática denunciada, com a extinção total ou parcial das penalidades administrativas originalmente aplicáveis pela prática de cartel. Tais disposições são complementadas pelo artigo 35-C da mesma Lei, que dispõe que o cumprimento dos requisitos de um Acordo de Leniência extingue automaticamente a punibilidade do beneficiário quanto aos crimes previstos na Lei de Crimes contra a Ordem Econômica (Lei n. 8.137/90).

Ao emitir sua decisão final sobre o caso, o CADE deve verificar se o beneficiário do Acordo de Leniência cumpriu os termos e condições nele dispostos e, se for o caso, ratificar a imunidade total ou parcial concedida pela SDE.

O primeiro candidato ao Programa de Leniência apresentou-se à SDE em 2003, após a realização de duas operações de busca e apreensão naquele ano, momento no qual a Secretaria já havia obtido reputação positiva perante a comunidade empresarial quanto à sua habilidade de desvendar práticas anticompetitivas. Desde aquele ano, a SDE tem aperfeiçoado o Programa de Leniência com o intuito de torná-lo mais transparente e previsível. Aproximadamente 10 acordos foram celebrados até julho de 2008 e outros estão em negociação.

Além disso, o CADE já reconheceu em diversas ocasiões que o Programa de Leniência é o instrumento de investigação mais efetivo para se prevenir e punir cartéis. Em 2007, o CADE ratificou integralmente Acordo de Leniência celebrado com participante de cartel de serviços de vigilância no Rio Grande do Sul, que foi o primeiro acordo do tipo celebrado no Brasil (vide abaixo).



PROPOSTA DE LENIÊNCIA: Em outubro de 2003, um dos membros de cartel promovido por empresas de serviços de vigilância do Rio Grande do Sul para fraudar licitações públicas apresentou-se à SDE para delatar um cartel e cooperar com as autoridades. O alvo do cartel eram licitações organizadas principalmente pela Superintendência Regional da Receita Federal no Rio Grande do Sul e pela Secretaria Municipal de Saúde de Porto Alegre. A fim de obter imunidade total das multas administrativas e das sanções criminais, o beneficiário do Programa de Leniência apresentou provas diretas das fraudes às licitações, incluindo testemunhos de empregados e documentos trocados entre os integrantes do cartel.

BUSCAS E APREENSÕES: O beneficiário do Acordo de Leniência forneceu informações suficientes para possibilitar que a SDE e o Ministério Público realizassem operações de busca e apreensão simultaneamente em 4 empresas e 2 associações de classe envolvidas nas fraudes. Aproximadamente 80 pessoas participaram das operações, incluindo agentes da Polícia Federal. As provas apreendidas demonstraram que as empresas denunciadas realizavam reuniões semanais para combinar as propostas nas concorrências e pregões públicos.

PERSECUÇÃO CRIMINAL: Houve intensa cooperação com o Ministério Público ao longo do caso e, como resultado, inquéritos criminais foram instaurados contra as pessoas físicas envolvidas no cartel, com exceção do beneficiário do Acordo de Leniência.

CONDENAÇÃO DO CADE: Ao final de sua investigação, a SDE recomendou ao CADE a condenação do cartel. Em outubro de 2007, o CADE impôs multas que variaram de 15 a 20 % do faturamento bruto de 2002 a 16 empresas pela prática de cartel. Administradores das empresas condenadas e três associações de classe também foram condenados e multados pelo CADE. As multas impostas foram superiores a R\$ 40 milhões. Na mesma ocasião, o CADE reconheceu que o beneficiário do Programa de Leniência cumpriu todas as condições impostas pelo acordo com a SDE e, portanto, nenhuma sanção lhe foi imposta na esfera administrativa, tendo havido ainda a extinção de automática da punibilidade no âmbito criminal.

2.3 Requisitos

Nos termos da Lei de Defesa da Concorrência, os seguintes requisitos devem ser observados para habilitação ao Programa de Leniência:



- i. O proponente (empresa ou pessoa física) deve ser o primeiro a se apresentar à SDE e a admitir sua participação na prática denunciada. Se uma empresa se habilita para leniência, todos os seus funcionários que admitirem seu envolvimento no cartel receberão o benefício da leniência da mesma forma que a empresa, desde que assinem o Acordo de Leniência juntamente com a empresa e colaborem com a SDE durante as investigações. Por outro lado, caso a empresa não queira aplicar para o Programa de Leniência, seu funcionário pode fazê-lo, caso em que a proteção não se estende à empresa;
- ii. O proponente deve cessar seu envolvimento na prática denunciada;
- iii. O proponente não pode ser o líder da prática denunciada;
- iv. O proponente deve concordar em cooperar plenamente com a investigação;
- v. A cooperação deve resultar na identificação dos outros membros do cartel e na obtenção de provas que demonstrem a prática denunciada;
- vi. No momento da propositura do Acordo, a SDE não pode dispor de provas suficientes para assegurar a condenação do proponente.

2.4 Benefícios

O Programa de Leniência concede imunidade administrativa total ou parcial para as empresas e pessoas físicas, dependendo de a SDE ter conhecimento prévio da conduta ilegal em questão. Se a SDE não tinha conhecimento prévio sobre a existência do cartel, o beneficiário pode ter direito à imunidade total. Se a SDE estava previamente ciente sobre o cartel, a penalidade aplicável pode ser reduzida de um a dois terços, dependendo da efetividade da cooperação e da boa fé da parte no cumprimento do Acordo de Leniência. No Acordo de Leniência, a SDE declara se tinha conhecimento prévio da conduta, de modo a dar maior previsibilidade à parte quanto aos benefícios esperados com o acordo.

O Acordo de Leniência protege os dirigentes e administradores da empresa beneficiária tanto na esfera administrativa quanto criminal se essas pessoas físicas assinarem o Acordo de Leniência em conjunto com a empresa e cumprirem os requisitos dispostos em lei. De acordo com a Lei de Defesa da Concorrência, a celebração do Acordo de Leniência determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento de denúncia criminal contra tais pessoas físicas. Ao julgar o caso, se o CADE verificar que o Acordo de Leniência foi cumprido, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes previstos na Lei de Crimes contra a Ordem Econômica (Lei n. 8.137/90).

Ainda que não seja requisito previsto na Lei n. 8.884/94, havendo anuência da parte, a SDE convida o Ministério Público Federal ou Estadual para atuar como interveniente/anuente do acordo. É importante destacar que nenhum beneficiário de Acordo de Leniência enfrentou processo criminal pela prática denunciada, o que tem garantido o sucesso do programa.

2.5 Sistema de senhas

A SDE pode conceder uma senha (“marker system”) para proteger a posição de um candidato na “fila” para o Acordo de Leniência por um período de não mais de 30 dias, de modo a lhe permitir que obtenha as informações e provas necessárias sobre a conduta denunciada. Para se habilitar para a senha, o candidato deve fornecer à SDE informações a respeito de seu nome e endereço, os co-partícipes do cartel (“quem”), os bens e locais afetados (“o quê” e “onde”) e, se possível, a duração estimada do cartel (“quando”). O candidato deve informar também sobre outras propostas de Acordo de Leniência sobre a mesma prática apresentadas ou a serem apresentadas a outras jurisdições.

2.6 Proposta

A proposta de Acordo de Leniência pode ser submetida à SDE na forma escrita ou oral.

Se submetida oralmente, o procedimento é o seguinte:

- i. A parte interessada contata o Chefe de Gabinete da SDE para marcar uma reunião;
- ii. Na reunião, a parte interessada apresenta uma descrição sumária da prática anticompetitiva (“o quê”, “quando” e “onde”), incluindo a qualificação do proponente e a identificação dos outros envolvidos na referida prática (“quem”) e uma descrição das provas que podem ser apresentadas para a SDE (nenhuma prova deve necessariamente ser trazida à SDE em uma primeira reunião);
- iii. O Secretário de Direito Econômico ou seu Chefe de Gabinete prepara um breve termo com o conteúdo da reunião, a ser mantido pelo requerente;
- iv. Em cada reunião até que o acordo seja celebrado, um novo termo é elaborado e entregue ao requerente.

Se a proposta for submetida por escrito, o procedimento é o seguinte:

- i. A proposta deve ser submetida à SDE em um envelope lacrado e claramente identificado com os termos “Proposta de Acordo de Leniência” e “Confidencial”;
- ii. A proposta receberá tratamento confidencial e somente o Secretário de Direito Econômico e seu Chefe de Gabinete têm acesso;
- iii. A proposta deve conter uma descrição sumária da prática anticompetitiva (“o quê”, “quando” e “onde”), incluindo a qualificação completa do proponente e a identificação dos outros envolvidos na referida prática (“quem”), e uma descrição das provas que podem ser apresentadas para a SDE.

2.7 Fase de negociação confidencial

Via de regra, o período de negociações deve ser concluído em seis meses contados da apresentação da proposta. Tal período pode ser estendido por um período adicional de seis meses a critério da SDE, desde que não haja nenhum outro candidato ao Acordo de Leniência para a mesma infração noticiada.

Somente o Secretário de Direito Econômico e seu Chefe de Gabinete participam da fase de negociação e, caso o acordo não seja alcançado (seja por desistência da parte ou rejeição da SDE), todos os documentos são devolvidos para o proponente, não permanecendo qualquer cópia na SDE.

2.8 O Acordo de Leniência

Caso a proposta seja aceita, um Acordo de Leniência é celebrado entre a SDE e o proponente. Os principais termos e condições do acordo são os seguintes: (modelo de Acordo está disponível em www.mj.gov.br/sde)



- i. Identificação completa do beneficiário e de seus representantes legais, incluindo dados de contato;
- ii. Descrição completa da prática denunciada, incluindo a identificação dos outros participantes e de seus respectivos papéis no cartel;
- iii. Confissão da participação na prática denunciada pelo beneficiário;
- iv. Declaração do beneficiário de que não esteve à frente da prática denunciada (i.e., de que não foi o líder do cartel);
- v. Declaração do beneficiário de que cessou sua participação na prática denunciada;
- vi. Lista com todos os documentos fornecidos ou que serão fornecidos pelo beneficiário com o intuito de demonstrar a existência da prática denunciada;
- vii. Obrigação do beneficiário de cooperar plenamente com as autoridades durante toda a investigação;
- viii. Disposição de que o não-cumprimento das obrigações previstas no Acordo de Leniência pelo beneficiário resultará em perda da imunidade em relação a multas e outras sanções;

- ix. Declaração da SDE de que o beneficiário foi o primeiro a se candidatar à leniência;
- x. Declaração da SDE de que não dispunha de provas suficientes para garantir a condenação do beneficiário pela prática denunciada.

2.9 Leniência *plus*

Assim como ocorre em outros países, um eventual candidato que não se qualificar para a celebração de um Acordo de Leniência em relação à determinada conduta sob investigação (seja porque foi o segundo a se candidatar ou por ter sido o líder do cartel), mas que fornecer informações relevantes acerca de um outro cartel, e cumprir com os demais requisitos do Programa de Leniência, receberá todos os benefícios da leniência em relação à segunda infração e redução de um terço da pena que lhe seria aplicável com relação à primeira infração.

O objetivo é incentivar empresas e pessoas investigadas a levar em consideração a possibilidade de se habilitarem junto à SDE a um Acordo de Leniência com relação a todos seus mercados de atuação. Para fazer jus aos referidos benefícios com relação ao primeiro cartel, o interessado tem que denunciar o segundo cartel antes que o primeiro caso seja enviado pela SDE ao CADE para julgamento final.

2.10 Confidencialidade

A identidade do beneficiário do Acordo de Leniência será mantida confidencial em relação ao público em geral durante todo o curso da investigação até o julgamento do caso pelo CADE. Com respeito aos outros investigados no processo (chamados de “representados”), eles têm direito de acesso aos documentos dos autos relevantes relacionados à prática. Sempre que consistente com os requisitos do devido processo legal, a SDE concederá tratamento confidencial a extratos do processo de forma a proteger informações comercialmente sensíveis do beneficiário do Acordo de Leniência.



3. PERGUNTAS FREQUENTES

3.1 O que é um ‘cartel’?



Qualquer ato que tenha por objeto ou efeito limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa pode ser considerado ilícito administrativo, além de poder configurar crime.

Um cartel pode envolver as seguintes práticas: (i) fixação de preços, por meio da qual as partes definem, direta ou indiretamente, os preços a serem cobrados no mercado; (ii) estabelecimento de restrições / quotas na produção, que envolve restrições à oferta ou produção de bens ou serviços; (iii) adoção de prática concertada com concorrente em licitações públicas (e.g., combinação quanto ao teor de cada uma das propostas); e (iv) divisão / alocação de mercados por áreas ou grupos de consumidores.

Os participantes de cartéis sabem que estão cometendo um ilícito e, por isso, se valem de manobras que criam obstáculos à sua detecção. A comunicação entre os membros do cartel ocorre, via de regra, de maneira sigilosa e com poucos rastros, o que dificulta o acesso à prova documental. Daí decorre a importância de um Programa de Leniência que, ao conceder benefícios a um membro do cartel em troca de cooperação, permite a identificação e punição da prática que traz prejuízos substanciais ao consumidor brasileiro.

3.2 Qual foi o primeiro cartel punido pelo SBDC pós 1994?

O primeiro cartel punido pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência nos termos da Lei n. 8.884/94 foi o chamado “cartel do aço”. Em 1999, CSN, Cosipa e Usiminas foram condenadas pelo CADE a pagar multa de mais de R\$ 50 milhões por prática de cartel na comercialização de aço plano comum. O aumento paralelo de preços e a ocorrência de uma reunião entre os concorrentes anterior ao efetivo aumento foram considerados provas suficientes para a condenação. Foi ajuizada ainda ação penal contra os dirigentes das empresas, ainda pendente de julgamento final.

Após essa condenação, muitas outras se seguiram, como a condenação do “cartel dos estaleiros” (2001), “cartel na revenda de combustíveis em Goiânia e Florianópolis” (2002), “cartel das companhias aéreas” (2004), “cartel das britas” (2005), “cartel dos jornais do Rio de Janeiro” (2005), “cartel dos vergalhões de aço” (2005), “cartel das auto-escolas de Santos” (2006), “cartel das vitaminas” (2007), “cartel dos genéricos” (2007), “cartel dos vigilantes do Sul” (2007) e “cartel dos frigoríficos” (2007). Outros 300 cartéis estão sendo investigados atualmente pelas autoridades administrativas e criminais. Multas a um único cartel formado por três empresas superaram R\$ 340 milhões e 10 executivos já foram condenados criminalmente por prática de cartel em primeira ou segunda instância judicial.

3.3 Como deve agir uma empresa ou pessoa se for obrigada por seus concorrentes a formar cartel?

A empresa ou pessoa coagida deve denunciar o cartel à SDE. Se a empresa ou pessoa chegou a integrar o cartel, é possível a celebração de um Acordo de Leniência com a SDE, em que, em troca de imunidade administrativa e criminal, a parte colabore efetivamente com as investigações e cumpra os demais requisitos previstos na lei.

3.4 Que tipo de informação pode ser trocada no âmbito de associações e sindicatos?

Associações e sindicatos podem se transformar em fóruns de encontro de participantes de cartel, daí o cuidado em se assegurar que seu funcionamento seja lícito. Informações relativas a preocupações comuns de natureza tributária, ambiental ou relativa à segurança de determinado produto ou serviço são exemplos de informações não nocivas do ponto de vista concorrencial. Informações recentes e desagregadas relativas a preço, condições de venda e identificação de clientes são informações comercialmente sensíveis que não podem ser trocadas entre concorrentes sob pena de se lesar a concorrência.

Se a associação consolidar os dados do setor anualmente, é importante que os dados sejam recebidos por agente independente, que não seja funcionário de qualquer dos associados, de modo a garantir a confidencialidade das informações desagregadas.

3.5 O segundo candidato ao Programa de Leniência pode se beneficiar de algum modo?



O Programa de Leniência somente concede benefícios ao primeiro a firmar o Acordo de Leniência, gerando uma “corrida” entre os membros do cartel para ver quem chega primeiro à SDE.

Eventual interessado que não se habilitar para um Acordo de Leniência em relação a um determinado caso sob investigação, mas que possa fornecer informações acerca de um outro cartel, e desde que observe os outros requisitos do Programa de Leniência, poderá obter todos os benefícios da leniência em relação à segunda infração e redução de um terço da pena que lhe seria aplicável com relação à primeira infração (“Leniência Plus”, vide item 2.9).

3.6 Quando a SDE pode ser considerada ciente da existência de um cartel?

A SDE considerará ter conhecimento prévio da existência de um cartel quando, no momento inicial da apresentação de proposta do Acordo de Leniência, existir processo administrativo lato sensu para investigar a conduta, tal como descrita pelo proponente.

3.7 Como a obrigação de “cooperação plena” é cumprida?

O benefício da leniência é condicionado à absoluta e ampla cooperação por parte do beneficiário durante toda a investigação e processo administrativo. Pessoas que desejem se beneficiar do Programa de Leniência devem fornecer à SDE todas as provas e informações que possuem ou que estejam à sua disposição relacionadas à prática anticompetitiva.

Após a propositura do Acordo de Leniência, a SDE irá orientar o beneficiário a respeito das medidas e prazos que deve observar para cumprir com tal obrigação. Da mesma forma, a SDE se empenhará para assegurar que o processo seja instruído do modo mais célere e eficiente possível.

Se um candidato ao Programa de Leniência deliberadamente enganar a SDE, fornecer provas falsas, omitir ou destruir provas ou, de qualquer modo, comportar-se de maneira inconsistente com o requisito de cooperação plena e ampla, a SDE informará ao CADE que o Acordo de Leniência não foi devidamente cumprido e que a imunidade não deverá ser concedida.

3.8 E quanto a ex-empregados e empregados que não desejem cooperar?

Ex-funcionários de uma empresa envolvida em um cartel podem se beneficiar do Programa de Leniência se celebrarem o acordo em conjunto com a sua antiga empresa empregadora.

Além disso, pode ocorrer que a empresa que se candidate ao Programa não consiga assegurar a cooperação de um ou mais dos seus administradores ou empregados. Tal circunstância não impedirá que a SDE beneficie a empresa com a assinatura do Acordo de Leniência. É altamente recomendável que a empresa explique aos referidos administradores e empregados que eles somente podem se beneficiar da imunidade na esfera penal e administrativa caso assinem o Acordo de Leniência juntamente com a empresa e cooperem com as investigações.

3.9 O que significa “cessar envolvimento”?

Se o cartel ainda estiver em funcionamento, a SDE encoraja os candidatos ao Programa de Leniência a entrarem em contato com a Secretaria antes de comunicar aos demais participantes do cartel sobre seu desligamento da prática.

Ao celebrar o Acordo de Leniência, a SDE exige do candidato que cesse imediatamente todo o seu envolvimento no cartel.

A SDE poderá requerer que o candidato aja de uma forma que não permita a identificação da ciência da SDE sobre o cartel pelos outros envolvidos, o que possibilitará à SDE maiores chances de obter provas importantes contra os outros participantes do cartel.



3.10 Quem é o “líder do cartel”?

O Programa de Leniência veda a concessão dos benefícios àquele que tenha estado à frente da conduta relatada, i.e., for reconhecido como o “líder” do cartel. Ao determinar se um participante do cartel é ou não o “líder” da prática, a SDE considerará devidamente os papéis exercidos por cada um dos membros do cartel.



A SDE reconhece que em muitos cartéis não é possível identificar facilmente seu líder. O mero fato de uma empresa ter agendado uma reunião ou mantido arquivos do cartel não necessariamente a desabilita como potencial beneficiária do Acordo de Leniência. Além disso, não haverá um líder do cartel se duas ou mais partes desempenharam papéis equivalentes no funcionamento da prática, nenhuma tendo se sobressaído em sua organização. Por fim, o fato de uma empresa ser a líder de mercado não significa, necessariamente, que seja a líder do cartel.

3.11 E se o Acordo de Leniência não for celebrado?

Propostas de Acordo de Leniência que não resultem em sua assinatura não implicam confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento de ilicitude da infração relatada. Nesse caso, não se fará qualquer divulgação da proposta e todos os documentos obtidos pela SDE durante a negociação serão devolvidos ao proponente, não ficando nenhuma cópia em poder da SDE.

Além disso, há um Chinese Wall entre o Secretário da SDE e o seu Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE): o DPDE não participa do processo de negociação do Acordo de Leniência. Caso nenhum acordo seja alcançado e o DPDE inicie posteriormente, com base em informações obtidas por conta própria, uma investigação da conduta em questão, o Secretário declarar-se-á impedido e não poderá revelar informações fornecidas pelo proponente.

Durante a negociação do Acordo, o DPDE poderá, com base em suas próprias fontes de informação, recomendar ao Secretário de Direito Econômico a instauração de processo administrativo sobre a mesma conduta relatada pelo proponente. Em juízo de oportunidade e conveniência, de modo a preservar o

potencial da investigação, o Secretário poderá dar notícia ao Diretor do DPDE que há um Acordo de Leniência em negociação, sem identificar o proponente nem revelar qualquer informação fornecida. Em seguida, o Secretário dará notícia ao proponente acerca da investigação do DPDE, de modo a incentivar a conclusão do acordo. Se o acordo não for celebrado, o DPDE poderá investigar a prática, sendo que o Secretário de Direito Econômico estará impedido e não poderá revelar informações fornecidas pelo proponente.

3.12 E se houver incerteza quanto à possibilidade de habilitação ao Programa de Leniência?

No caso de dúvida sobre a possibilidade de se habilitar ao Programa, esclarecimentos podem ser solicitados junto à SDE em termos teóricos. No entanto, tais esclarecimentos não serão considerados uma proposta de Acordo de Leniência e não garantem uma senha (“marker”), i.e. a proteção da posição do interessado na fila para o Programa.

3.13 Como o Programa de Leniência aplica-se a cartéis internacionais?



O Programa de Leniência aplica-se a cartéis internacionais que afetem o Brasil do mesmo modo que se aplica a cartéis que afetem exclusivamente o mercado doméstico (vide Quadro 1 sobre o cartel internacional das vitaminas). Envolvidos em um cartel internacional que tenha causado efeitos no Brasil devem considerar os seguintes aspectos:

- i. Uma proposta de Acordo de Leniência para uma autoridade de defesa da concorrência de outro país não será considerada uma proposta nos termos do Programa de Leniência da SDE;
- ii. A SDE está ativamente investigando e endurecendo o combate a cartéis internacionais que causem efeitos no Brasil;
- iii. Uma conduta pode ser considerada como causando efeitos no Brasil mesmo se nenhuma das partes envolvidas no cartel tiver subsidiárias, escritórios ou representantes sediados no país; e

- iv. Interessados no Programa de Leniência devem contatar a SDE assim que possível. A SDE negociará com eventual proponente mesmo quando houver incerteza, no momento da apresentação da proposta, se a prática internacional afetou o mercado brasileiro.

3.14 O Acordo de Leniência impede a indenização na esfera cível pelos danos do cartel causados a terceiros?

Não. Um Acordo de Leniência não protege o seu beneficiário da possibilidade de que terceiros que se considerem lesados patrimonialmente pela ação do cartel busquem por meio de ações judiciais indenização na esfera civil, devida por todos os participantes do cartel.

4. COMO DENUNCIAR UM CARTEL

Denúncias da existência de um cartel podem ser feitas em formato eletrônico, por meio do site www.mj.gov.br/sde, clicando no ícone do “Clique Denúncia”:



A denúncia também pode ser endereçada por escrito à

Secretaria de Direito Econômico

Departamento de Proteção e Defesa Econômica

Ministério da Justiça

Esplanada dos Ministérios, Bloco T, 5º andar, sala 554

Brasília- DF

CEP 70064-900

Apesar de desejável, o interessado não precisa se identificar e deve fornecer o maior número de informações possíveis sobre a conduta denunciada, como locais de reuniões, provas disponíveis e empresas e pessoas envolvidas.

5. COMO OFERECER UMA PROPOSTA DE ACORDO DE LENIÊNCIA

Para submeter uma proposta de Acordo de Leniência, favor contatar o Chefe de Gabinete da SDE no telefone +55 (61) 3429 3786 ou +55 (61) 3429 3112.

Presidente da República Federativa do Brasil

Luiz Inácio Lula da Silva

Ministro da Justiça

Tarso Genro

Secretária de Direito Econômico

Mariana Tavares de Araujo

Chefe de Gabinete

Diego Faleck

Diretora do Departamento de Proteção e Defesa Econômica

Ana Paula Martinez

Coordenador-Geral de Análise Econômica

Paulo Augusto Pettenuzzo de Britto

**Coordenadora-Geral de Análise de Infrações
nos Setores de Serviços e Infra-Estrutura**

Alessandra Viana Reis

Coordenadora-Geral de Assuntos Jurídicos

Ana Maria Melo Netto

**Coordenador-Geral de Análise de Infrações
nos Setores de Agricultura e Indústria**

Eric Hadmann Jasper

**Coordenador-Geral de Análise de Infrações
no Setor de Compras Públicas**

Paulo Leonardo Casagrande

Coordenadora-Geral de Controle de Mercado

Camila Kulaif Safatle

COMBATE A CARTÉIS E PROGRAMA DE LENIÊNCIA

Cartéis são a mais grave lesão à concorrência e prejudicam consumidores ao aumentar preços e restringir oferta, tornando os produtos e serviços mais caros ou indisponíveis. Segundo a OCDE, os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10 e 20% comparado ao preço em um mercado competitivo, causando prejuízos de centenas de bilhões de reais aos consumidores anualmente.

Por esse motivo, nos últimos anos, as autoridades de defesa da concorrência de diversos países intensificaram seus esforços para identificar e impor severas sanções aos cartéis. Na mesma linha, o Brasil considera o combate a cartéis uma prioridade. Desde 2003, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) utiliza ferramentas sofisticadas de investigação, como operações de busca e apreensão e acordos de leniência para investigar cartéis, e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) passou a impor multas recorde a empresas e administradores considerados culpados pela prática de cartel. A persecução criminal também tem se intensificado, com a crescente cooperação da SDE com os Ministérios Públicos e as Polícias Federal e Civil.

Via de regra, cartéis são difíceis de detectar e investigar, dado o caráter sigiloso e fraudulento da conduta. Por essa razão, um número expressivo de países adotaram programas de leniência de modo a desvendar tais condutas, contando com a colaboração plena de um membro delator. O Brasil não é exceção a essa regra: a Lei n. 8.884/94 reconhece que é do interesse dos consumidores brasileiros conceder benefícios àquele participante de cartel que queira pôr um fim na conduta e cooperar de forma plena e ampla com as autoridades de defesa da concorrência de modo a garantir a condenação.