

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Christian Sant'Ana da Silva

Crime de formação de cartel e a aplicação de institutos despenalizadores

Florianópolis

2023

Christian Sant'Ana da Silva

Crime de formação de cartel e a aplicação de institutos despenalizadores

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. André Lipp Pinto Basto Lupi

Florianópolis

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Silva, Christian Sant'Ana da
Crime de formação de cartel e a aplicação de institutos
despenalizadores / Christian Sant'Ana da Silva ;
orientador, André Lipp Pinto Basto Lupi, 2023.
68 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2023.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Direito Concorrencial. 3. Direito Penal.
4. Cartel. 5. Justiça Negocial. I. Lupi, André Lipp Pinto
Basto. II. Universidade Federal de Santa Catarina.
Graduação em Direito. III. Título.

AGRADECIMENTOS

Sobre a confecção deste trabalho, digo que não seria possível sem as conversas de acolhimento com a minha mãe, Tatiana, psicóloga do mais alto nível, mulher valorosa e virtuosa, que me distribui muito amor e atenção sempre.

Agradeço, também, ao meu pai, Paulo, minha inspiração na carreira jurídica, profissional exemplar, meu conselheiro nos momentos em que precisei discutir os mais diversos assuntos pertinentes ao curso e que também sempre me despendeu atenção e afeto.

Ao meu irmão, Guilherme, agradeço pelo exemplo de dedicação e foco que me passa todos os dias, bem como pelo intrínseco amor de irmão que reflete sobre mim.

À minha namorada, Gabrielle, mulher afável de futuro profissional brilhante, agradeço pelo amor que me transpassa e pelo exemplo de dedicação e proatividade no que faz.

Aos meus avós, Neiva, Arnaldo (*in memoriam*), Moacir e Rita, levo comigo sempre os ensinamentos sobre a vida como ela é. Valorizo o compartilhamento de suas experiências e, claro, o amor que sempre lançaram sobre mim.

Não me esqueço, também, de agradecer pela descontração de sempre com meus queridos amigos, tanto os que tive o prazer de conhecer na faculdade, quanto aqueles de infância de Jaraguá do Sul, sempre apoiadores de meus planos e parceiros nos mais diversos momentos de minha vida.

Ainda, agradeço ao ilustre Professor Dr. André Lupi, pela atenção e disposição despendida nesta missão de orientar-me na confecção deste Trabalho de Conclusão de Curso.

RESUMO

A análise quanto à repressão ao crime de formação de cartel, após o advento do Acordo de Não Persecução Penal, mostrou-se especialmente necessária, pois, em tese, um novo instituto despenalizador seria aplicável ao delito, o que iria de encontro ao desiderato exposto pelo legislador quando alterou as penas cominadas no artigo 4º da Lei 8.137/90, tornando-as cumulativas, e não mais alternativas, o que vedou a aplicação da Suspensão Condicional do Processo. Assim, é possível questionar se houvera um retrocesso na repressão na esfera penal - que é enfoque neste trabalho - àqueles que praticassem esta grave conduta anticompetitiva, por se tratar de um cenário em que, novamente, é possível ao infrator se beneficiar de um instituto despenalizador. Dessa forma, por meio de uma pesquisa exploratória, bibliográfica, legislativa e jurisprudencial com abordagem dedutiva, buscou-se, neste trabalho, primeiramente, apresentar o desenvolvimento e as características do Direito Antitruste, com maior enfoque no caso brasileiro, elencando a evolução das legislações/políticas antitrustes até o advento da Lei 8.137/90, que, como dito, dispõe, entre outras questões, sobre a responsabilização penal pela conduta de cartel, e da Lei 12.529/11, que alterou a pena cominada ao delito. Após, focou-se na análise específica do “crime de cartel” previsto no artigo 4º da Lei 8.137/90, abordando suas classificações enquanto delito, a competência de processamento, aspectos de investigação e as consequências desta conduta anticompetitiva. Ainda, trabalhou-se quanto à justiça negocial incidente na persecução penal deste crime, especificamente em relação à Suspensão Condicional do Processo e ao ANPP. Nesse contexto, objetivou-se discorrer quanto às nuances destes institutos despenalizadores e examinar se a vigência do ANPP gera óbice à continuação da política criminal no sentido de garantir maior proteção ao bem jurídico tutelado. Por fim, concluiu-se que o Acordo de Não Persecução Penal, se bem observado, para a decisão quanto à proposição, o requisito da necessidade e suficiência diante do caso concreto, porquanto não se tratar de um direito subjetivo do réu, não representa um retrocesso no cenário da persecução penal anterior à modificação legislativa, de modo a não confrontar com o intento do legislador quando alterou a pena cominada.

Palavras-chave: direito antitruste; crime de formação de cartel; acordo de não persecução penal; suspensão condicional do processo.

ABSTRACT

The analysis regarding the repression of the crime of forming a cartel, after the advent of the Criminal Non-Prosecution Agreement, proved to be especially necessary, since, in theory, a new decriminalizing institute would be applicable to the crime, which would meet the stated desideratum by the legislator when it changed the penalties prescribed in article 4 of Law 8.137/90, making them cumulative, and no longer alternatives, which prohibited the application of the Conditional Suspension of the Process. Thus, it is possible to question whether there had been a setback in repression in the criminal sphere - which is the focus of this work - on those who practiced this serious anti-competitive conduct, since it is a scenario in which, again, it is possible for the offender to benefit from a decriminalizing institute. Thus, through an exploratory, bibliographical, legislative and jurisprudential research with a deductive approach, this work sought, firstly, to present the development and characteristics of Antitrust Law, with greater focus on the Brazilian case, listing the evolution of legislation / antitrust policies until the enactment of Law 8137/90, which, as mentioned, provides, among other issues, for criminal liability for cartel conduct, and Law 12529/11, which changed the penalty imposed on the crime. Afterwards, it focused on the specific analysis of the "cartel crime" provided for in article 4 of Law 8.137/90, addressing its classifications as a crime, processing competence, investigation aspects and the consequences of this anticompetitive conduct. Still, work was done on the negotiating justice incident in the criminal prosecution of this crime, specifically in relation to the Conditional Suspension of the Process and the ANPP. In this context, the objective was to discuss the nuances of these decriminalizing institutes and examine whether validity of the ANPP creates an obstacle to the continuation of the criminal policy in the sense of guaranteeing greater protection to the protected legal interest. Finally, it was concluded that the Criminal Non-Prosecution Agreement, if well observed, for the decision regarding the proposition, the requirement of necessity and sufficiency in the concrete case, since it is not a subjective right of the defendant, does not represent a setback in the scenario of criminal prosecution prior to the legislative modification, so as not to confront the intention of the legislator when he changed the sentence imposed.

Keywords: antitrust law; crime of forming a cartel; non-criminal prosecution agreement; conditional suspension of the process.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Análise de dados de incidência da Suspensão Condicional do Processo em casos de cartel antes da alteração da pena cominada ao tipo 43

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANPP	Acordo de Não Persecução Penal
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CNPG	Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União
GNCCRIM	Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal
MP	Ministério Público
MPF	Ministério Público Federal
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SCP	Suspensão Condicional do Processo
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCC	Termo de Compromisso de Cessação

SUMÁRIO

- 1 INTRODUÇÃO**
- 2 DIREITO ANTITRUSTE**
 - 2.1 DESENVOLVIMENTO DO ANTITRUSTE
 - 2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL
 - 2.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES E CARACTERÍSTICAS NO CASO BRASILEIRO
 - 2.3.1 Livre-iniciativa**
 - 2.3.2 Livre concorrência**
 - 2.3.3 Defesa do Consumidor**
 - 2.3.4 Repressão ao abuso de poder econômico**
- 3 CRIME DE FORMAÇÃO DE CARTEL**
 - 3.1 DEFINIÇÃO E EFEITOS DA PRÁTICA DO DELITO
 - 3.2 TIPOS DE CARTEL
 - 3.3 ANÁLISE ESPECÍFICA DO ARTIGO 4º DA LEI 8.137/90
 - 3.3.1 Classificações do cartel enquanto delito**
 - 3.3.2 Sujeitos e momento de consumação**
 - 3.3.3 Continuidade delitiva e concurso material**
 - 3.4 PERSECUÇÃO PENAL E COMPETÊNCIA DE PROCESSAMENTO
 - 3.5 INVESTIGAÇÃO
- 4 JUSTIÇA NEGOCIAL PENAL E OS INSTITUTOS DESPENALIZADORES APLICADOS AOS AGENTES DE CARTEL**
 - 4.1 SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO
 - 4.1.1 Requisitos para oferecimento e a aplicação ao crime de cartel**
 - 4.2 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL
 - 4.2.2 Requisitos para proposição e a aplicação ao crime de cartel**
- 5 CONCLUSÃO**
- REFERÊNCIAS**

1 INTRODUÇÃO

A partir das alterações promovidas pela Lei 12.529/11 (BRASIL), o artigo 4º da Lei 8.137/90 (BRASIL), que tipifica o denominado “crime de formação de cartel”, passou a cominar cumulativamente as penas de reclusão e multa a este ilícito penal, resultando na vedação ao oferecimento da Suspensão Condicional do Processo, instituto despenalizador até então recorrentemente aplicado àqueles que praticassem tal conduta anticompetitiva. Assim, verificou-se a expressa intenção do legislador em aumentar a repressão ao crime em tela.

Contudo, tendo em vista que, alguns anos depois dessa alteração legislativa, tornou-se possível a aplicação, em tese, de um novel instituto despenalizador, denominado Acordo de Não Persecução Penal, é possível questionar se a vigência deste novo instrumento de justiça negocial seria compatível e suficiente para continuar a desincentivar a prática do crime de formação de cartel, garantindo-se, assim, a perfectibilização do desiderato legislativo anterior em realizar uma maior proteção ao bem jurídico tutelado no tipo em apreço.

Nesse cenário, é possível sustentar a hipótese de que, sim, seria um óbice à política criminal que havia se consolidado, tendo em vista poder se tratar de um direito subjetivo do réu, portanto, incidiria nestes casos de cartel, desde que cumpridos e salvaguardados todos os requisitos objetivos e subjetivos para o seu oferecimento.

Ou, de maneira diversa, é possível que o ANPP não vá de encontro à referida política criminal, justamente por não ser um direito subjetivo do réu, o que gera certa discricionariedade para a sua propositura por parte da acusação, que poderia fazer uma análise do caso concreto e decidir, motivada e justificadamente, não oferecer o referido instituto despenalizador, zelando, assim, pela expressa intenção do legislador ao reformar a redação do supramencionado artigo.

Este trabalho, a fim de examinar o cenário supracitado, primeiramente, abordará o desenvolvimento do Direito Antitruste, conhecido por ser o disciplinador da concorrência, com maior enfoque no caso brasileiro,

analisando seus princípios, fundamentos e o contexto que o moldou até o advento das legislações relacionadas ao crime de cartel ora em testilha.

Assim, demonstrar-se-á a inter-relação entre aquela área do estudo jurídico e o Direito Penal, o qual, mesmo sendo *ultima ratio*, tornou-se encarregado de uma das formas de repressão a este fenômeno, dada a gravidade dos prejuízos causados à coletividade pela sua ocorrência.

Nesse palmilhar, o ensaio buscará analisar, apartadamente, as condutas descritas no artigo 4º da Lei 8.137/90 (BRASIL), para se debruçar sobre as classificações enquanto crime, a competência para processamento, características da investigação e as consequências desta conduta anticompetitiva, entre outros aspectos, definindo, assim, todas as nuances que envolvem esta modalidade de crime de formação de cartel.

No que tange às consequências dessa conduta, mostrar-se-á que, em tese, não possuem compatibilidade com um crime de menor potencial ofensivo, onde normalmente incidem os institutos despenalizadores e, nessa linha de raciocínio, será feita abordagem quanto à justiça negocial no âmbito penal, especialmente no que tange à Suspensão Condicional do Processo e ao ANPP, referenciando as legislações que lhes deram vida, bem como os dispositivos que reúnem os requisitos e condições para seu oferecimento, entre outros aspectos.

A partir de todos os tópicos a serem trabalhados, será apresentado posicionamento a respeito do questionamento quanto à possibilidade de se continuar a política criminal de maior repressão aos cartéis, mesmo que com a vigência do ANPP.

2 DIREITO ANTITRUSTE

O Direito Antitruste é, em síntese, um sistema de princípios e normas que buscam prezar pela liberdade econômica de mercado e, conseqüentemente, por um ambiente competitivo, o qual sofre diversas formas de condutas anticoncorrenciais - como a de formação de cartel, ora em apreço -, o que enseja, desta feita, a atuação de mecanismos de responsabilização a agentes econômicos que pratiquem tais condutas.

As políticas antitrustes têm notório reconhecimento internacional, sendo de suma importância em legislações de diversos países, tendo em vista que são consideradas um dos instrumentos de política econômica imprescindíveis à garantia da competitividade das economias. Consagrando-se a livre concorrência, indubitavelmente garantem-se não somente menores preços, como de igual forma produtos de melhor qualidade, diversificação e inovação, provendo, desta feita, a maximização do bem estar do consumidor e o desenvolvimento econômico (MONTEIRO, 2002).

No caso brasileiro, a Carta Magna (BRASIL, 1988), no art. 1º, IV, estabelece a livre iniciativa¹ como sendo um dos fundamentos da República. Este status de fundamento conferido à livre iniciativa é reforçado pelo art. 170, *caput*, do mesmo diploma². Por consectário lógico, verifica-se que ao definir a livre iniciativa como uma das bases do Estado, o Brasil adotou um regime econômico de inspiração liberal.

Nesse cenário, o legislador viu a necessidade de criar mecanismos protetivos com o alegado objetivo de amparar a ordem econômica. Por exemplo, o art. 173, § 4º, da Constituição Federal, que estabelece que “a Lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”³.

¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...].

³ 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.

Como dito alhures, o ramo do direito responsável por “proteger” a ordem econômica dos referidos abusos do poder econômico e de condutas anticompetitivas em geral é o Direito Antitruste ou Concorrencial.

Assim, a seguir, será exposta síntese do histórico de evolução desta área do estudo jurídico, a qual se moldou em um contexto em que o modelo de liberalismo econômico sofreu com condutas anticompetitivas, como a formação de cartéis. Após, serão apresentadas as nuances que compõem o Direito Concorrencial no caso brasileiro e as legislações que advieram, para, no próximo capítulo, abordar a interface com o Direito Penal, no que tange especificamente ao crime de cartel.

2.1 DESENVOLVIMENTO DO ANTITRUSTE

Como bem leciona Forgioni (2016), o papel estatal frente ao mercado e seus atores, especialmente em contextos econômicos liberais, passou por uma evolução histórica significativa a partir do século XIX. Em períodos anteriores, desde a Grécia Antiga, passando pela Roma Antiga, pela Idade Média e durante o mercantilismo, as normas que regulavam a conduta dos agentes econômicos tinham por finalidade atender às necessidades práticas, eliminar distorções específicas ou mesmo possibilitar a criação de monopólios, sem constituir uma regulamentação abrangente e universal para todos os envolvidos.

Nesse sentido, apenas no século XVIII, o uso da palavra “concorrência” passou a ser utilizado com relação a um discurso mais técnico-econômico. Assim, entende-se que a ideia de regulação da concorrência objetivando o bom funcionamento de um mercado surge nessa época, concomitantemente ao surgimento das ideias e dos Estados liberais.

O liberalismo econômico clássico, em linhas gerais, seguindo a ideia de Adam Smith de que uma “mão invisível” autorregularia o mercado, defendia a não-intervenção do Estado na economia. Nesta linha teórica, via-se a concorrência como a solução conciliatória entre a liberdade econômica individual e o interesse público, onde a preservação da competição atenderia tanto ao interesse público relativo à prática de preços inferiores aos do

mercado monopolizado, quanto a outros aspectos, como, por exemplo, a busca por um maior nível de atividade econômica e uma melhora na qualidade dos produtos, resultando no bem-estar social.

No entanto, na prática, notou-se que a livre atuação, sem, de fato, qualquer regulamentação, levou à concentração de capitais, resultando na formação de oligopólios e monopólios, situações que, a exemplo, os praticantes de cartéis buscam simular. Outrossim, houve elevação de preços e condições desfavoráveis de trabalho, gerando insatisfação popular e culminando com a regulamentação da concorrência entre os agentes econômicos, entre outras medidas destinadas à atenuação do problema.

Parte da doutrina aponta a última década do século XIX como o berço dos primeiros atos específicos de defesa da concorrência, os quais teriam surgido na Áustria e, posteriormente, se disseminado para os outros países da Europa (MONTEIRO, 2003), continente em que se percebe o desenvolvimento de um regime antitruste em que os interesses mais gerais de política industrial, regional e social prevalecem sobre o poder econômico (GHEVENTER, 2004).

Por outro vértice, como bem assevera Gheventer (2004), para a maior parte dos estudiosos do tema, o berço das políticas de defesa da concorrência seria o continente americano.

Nesse diapasão, mister ressaltar a legislação Canadense, mais especificamente o *Act of Prevention and Supression of Combinations Formed in Restraints of Trade*, de 1889; e, indubitavelmente, o *Sherman Act*, nos Estados Unidos, de 1890. Quanto a este último, sua importância reside na consideração, por muitos, como marco inicial da legislação antitruste (MONTEIRO, 2003).

Todavia, Gheventer (2004) assevera que o *Sherman Act* não foi eficaz, porquanto foi possível observar, nas primeiras décadas do século XX, uma maior incidência dos processos de cartelização e de monopolização. Porém, na década de 1910, novas Leis de política antitruste foram criadas nos Estados Unidos, como a que deu origem à Federal Trade Commission (FTC), órgão administrativo responsável por realizar as investigações de possíveis atos que atentariam à concorrência. A título de comparação, este órgão seria

equivalente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no Brasil.

Ao contrário da Europa, onde, como já visto, se sobressaem a cooperação e o protecionismo estatal como valores históricos e culturais, nos Estados Unidos, a competição e a liberdade econômica são valores intrínsecos à sociedade e, dessa forma, com a liberalização econômica caminhando passo a passo com o desenvolvimento, a política antitruste estadunidense adotou a concorrência como um fim (GHEVENTER, 2004).

No Brasil, com o desiderato de estudar a evolução do Direito Concorrencial, segundo Forgioni (2016), existe a necessidade de se analisar toda a história da implantação de políticas públicas no país a partir do período colonial.

Todavia, tendo em vista que o principal foco do presente trabalho não reside especificamente na evolução histórica desta área, focar-se-á, dentro da história do Brasil, somente nos fatos considerados de maior relevância no desenvolvimento das políticas/legislações antitruste, como veremos no tópico infra.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO CASO BRASILEIRO

Na Constituição do Império (BRASIL, 1824), consolidou-se a independência política do Brasil, bem como os fundamentos de valor da pessoa humana, seus direitos naturais e a limitação do poder político do Estado. Tal limitação do poder estatal afirmava que o Estado deveria se manter afastado da economia, deixando que os próprios agentes econômicos regulassem o mercado (mão invisível), influenciados pela Lei da oferta e da procura (BAGNOLI, 2013).

Em relação a aspectos econômicos, a Constituição Republicana (BRASIL, 1891), por sua vez, permaneceu com a mesma ideologia liberal da Constituição anterior, embora vigentes os indicativos de dissabores que o modelo liberal vinha apresentando sem a devida regulação concorrencial.

Durante o século XX, a economia brasileira sofreu profundas modificações não observadas nos séculos anteriores de sua história. Assim, o

desenvolvimento da política de defesa da concorrência brasileira aconteceu concomitantemente à transição de um sistema econômico altamente controlado e concentrado, para uma economia liberal e competitiva (TODOROV, 2012).

Continuando a abordagem do antitruste no Brasil, cita-se a Constituição de 1934 (BRASIL), que, munida de normas de caráter econômico, angariou, pela primeira vez, um grupo de direitos e fundamentos sobre o tema, chamado de "Título IV – Da Ordem Econômica e Social".

Já na Constituição de 1937 (BRASIL) destaca-se a expressão "intervenção do Estado no domínio econômico" (BAGNOLI, 2013, p. 54). A competição é vista com a finalidade de promover o bem-estar da nação, atribuição que passava a ser do Estado. Cabia ao Estado reprimir as condutas anticompetitivas, como a formação de cartéis.

Nesse período, surge o Decreto-Lei 869/1938 (BRASIL), considerado como a primeira legislação brasileira a trazer contornos, de fato, antitrustes. Porém, leciona Forgioni (2016), que o principal foco deste decreto era a proteção da economia popular e, conseqüentemente, do consumidor.

Seguindo na análise dos mais relevantes fatos pertinentes à evolução do antitruste no Brasil, cita-se o Decreto-Lei n. 7.666 de 1945 (BRASIL), também conhecido como "Lei Malaia". Segundo Forgioni (2016), anteriormente, a regulamentação da repressão ao abuso do poder econômico era esparsa, constante em várias legislações, porém, modificando completamente o rumo, a "Lei Malaia" disciplina a matéria de forma sistemática, recrudescendo a repressão ao abuso do poder econômico.

Na "Lei Malaia" se entende um grande avanço na técnica legislativa relativa ao direito econômico, podendo ser considerado como a primeira norma sistematizadora da ordem econômica e que veio a influenciar as demais Leis que a sucederam.

A Constituição de 1946 (BRASIL), por sua vez, elencava princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano e, pela primeira vez, uma Constituição brasileira apresentou de forma expressa o princípio da repressão ao abuso do poder econômico.

Neste cenário, já em 1962, foi promulgada a primeira Lei da concorrência no Brasil, tratando-se da Lei 4.137/62 (BRASIL), que criou o

CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) como conhecemos hoje, órgão administrativo encarregado da repressão aos cartéis e a outras condutas anticompetitivas.

A Constituição Cidadã de 1988 (BRASIL), a seu turno, definiu a ordem econômica brasileira como fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, dos princípios da propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência e defesa do consumidor. Com efeito, verificou-se, também, neste texto constitucional, dispositivo que afirma que a Lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Nesse contexto de desenvolvimento constante de defesa da concorrência no Brasil, adveio a Lei 8.137/90 (BRASIL), que deu tratamento penal a um amplo rol de infrações atentatórias à ordem econômica, mormente em seu artigo 4º, onde há o tipo penal de cartel a ser analisado neste trabalho.

Veja-se que a Lei em tela tinha por desiderato prevenir a “prática de crimes de abuso de poder econômico que tanto têm sobressaltado a sociedade brasileira, com notório agravamento nos últimos tempos”. Ademais, almejava-se “instituir legislação protetora da economia popular e da efetiva defesa do consumidor”.

Outra legislação de importância em matéria penal confeccionada neste período, especialmente em se tratando do estudo de cartéis, é a Lei 8.666/93 (BRASIL) - não obstante não seja a legislação em foco deste trabalho -, que deu tratamento específico para a prática desta conduta anticompetitiva em processos de licitações.

Outrossim, diante da conjuntura econômica instalada no Brasil à época, houvera a necessidade de atualização das normas de defesa da concorrência, o que resultou, em 1994, na edição da Lei 8.884 (BRASIL), denominada de Lei de Defesa da Concorrência.

A Lei 8.884/94 (BRASIL) representa um marco na evolução do controle de condutas anticompetitivas no direito brasileiro, porquanto trouxera uma série de inovações de fortalecimento ao combate a práticas anticompetitivas na

ordem econômica brasileira. Segundo Monteiro (2003), foi a responsável por estrear a era moderna da concorrência brasileira.

Dentre os aspectos mais relevantes da referida legislação, ressalta-se que o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) recebeu as características de autarquia e estava apto a realizar uma atividade que seria típica da Administração Pública Direta, mas o legislador, em busca do funcionamento e aplicação efetiva da legislação, prezou por esta gestão administrativa e financeira descentralizada, indubitavelmente alçando o CADE ao papel de protagonista na defesa da ordem econômica no Brasil.

Posteriormente, a Lei 12.529/2011 (BRASIL), denominada como a “Nova Lei de Concorrência”, revogou todos os dispositivos da Lei 8.884/1994 (BRASIL) e implantou diversas modificações, por exemplo, a disposição de que o SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) será formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. Tal legislação pode ser considerada um novo marco na política antitruste brasileira.

Além do formato dado ao SBDC, podemos citar algumas outras inovações trazidas pela novel legislação de concorrência, como a análise prévia de atos de concentração, alteração do critério de cálculo das multas a serem aplicadas por infração à ordem econômica, redução de prazos para análise dos processos que versem sobre atos de concentração, na área administrativa, e, no que tange à área penal, é claro, a alteração na pena cominada no artigo 4º da Lei 8.137/90.

Portanto, assim percebe-se o contexto que moldou o Direito Concorrencial, com maior enfoque no cenário pátrio, até o advento das principais legislações relacionadas ao fenômeno de cartel. Dessarte, no próximo tópico, será feita abordagem aos princípios/fundamentos que envolvem o Direito Concorrencial Brasileiro.

2.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES E CARACTERÍSTICAS NO CASO BRASILEIRO

A Constituição de 1988 (BRASIL), ao dispor sobre a ordem econômica e financeira, estabelece que esta é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com observância aos princípios, entre outros, da livre concorrência e defesa do consumidor. Desta feita, como visto, a defesa da concorrência é um fim expressamente previsto na Carta Magna, como não poderia deixar de ser. Abaixo serão pormenorizados estes princípios que fundamentam o antitruste e suas inter-relações.

2.3.1 Livre-iniciativa

No que tange à livre iniciativa, disposta no art. 170 da Carta Magna (BRASIL, 1988), Scaff (2006, p. 160) traz sua definição com deveras assertividade e, ainda, ressalta que possui distinções em relação à livre concorrência, prevista no inciso IV do mesmo artigo:

Liberdade de iniciativa econômica decorre de um primado de liberdade, que permite a todo agente econômico, público ou privado, pessoa física ou jurídica, exercer livremente, nos termos das Leis, atividade econômica em sentido amplo. [...] Já a livre-concorrência funda-se primordialmente na isonomia, e não na liberdade (a qual, embora não esteja afastada, não é primordial). Busca-se criar as condições para que se realize um sistema de concorrência perfeita, dentro dos objetivos propostos pela Constituição da República em seu art. 3º, e respeitando os princípios da ordem econômica.

No intento de se debruçar na análise deste princípio, Fábio Ulhoa Coelho (2012) aponta que existem dois vetores que regem a livre-iniciativa: o primeiro diz respeito a uma limitação ao inerente impulso intervencionista econômico do Estado, já o segundo age sobre práticas empresariais consideradas atentatórias à livre iniciativa.

Contudo, importante adendo é ressaltar que a livre-iniciativa possui limites na defesa do consumidor (artigo 170, V, CF)⁴, bem como na dignidade

⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor; [...].

da pessoa humana (artigo 1º, III da Constituição Federal)⁵, isonomia perante a Lei (artigo 5º, caput)⁶, e, não obstante, no direito à propriedade (artigo 5º, XXII, CF)⁷, ou seja, não é um princípio absoluto (BULOS, 2015).

2.3.2 Livre concorrência

Quanto ao princípio da livre concorrência, José Afonso da Silva (2005, p. 795) nos traz seu conceito:

Ele é uma manifestação da liberdade de iniciativa e, para garanti-la, a Constituição estatui que a Lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista

A partir disso, percebe-se que tal princípio importa na atribuição ao Estado da obrigação de garantir o desenvolvimento do mercado, impondo regras aos agentes econômicos para que haja, de fato, incidência de concorrência entre eles. Existe a liberdade de atividade econômica, sem o intervencionismo, contudo, compete ao Estado atuar para impedir que sejam impostos obstáculos anticompetitivos pelos próprios concorrentes.

A livre concorrência garante aos agentes econômicos a possibilidade de competirem de forma justa no mercado. Esta garantia de competição legítima, livre de práticas anticompetitivas e de abuso de poder econômico deve ser assegurada pelo Estado (BAGNOLI, 2013).

Ademais, é mister ressaltar a expressa escolha do constituinte pela economia de mercado, onde, como bem leciona Barroso (2001), existe a

⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...].

⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...].

⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] XXII - é garantido o direito de propriedade [...].

crença de que a competição entre os agentes econômicos, de um lado, e a liberdade de opção do consumidor, do outro, geram os resultados mais eficientes, com o maior grau de bem-estar social, leia-se, qualidade dos bens, serviços e preços justos.

2.3.3 Defesa do consumidor

Já no caso do princípio da defesa do consumidor, previsto no artigo 170, V da Constituição Federal, ressalta-se que é um direito fundamental, conforme o artigo 5º, XXXII⁸, da mesma Carta Magna.

Em se tratando de ordem econômica constitucional, o princípio da defesa do consumidor é um dos fins almejados mediante a incidência da livre iniciativa e da livre concorrência, porquanto intrinsecamente ligados.

Com efeito, garantir a livre concorrência no mercado é, ao mesmo passo, defender o bem-estar econômico do consumidor, o qual receberá em garantia produtos e serviços de maior qualidade e preços mais vantajosos (BAGNOLI, 2013).

Na mesma linha é o pensamento de Gaban e Domingues (2016), os quais entendem que o resultado (bem-estar) descrito acima é, de fato, uma finalidade do princípio da defesa do consumidor, representado por ganhos de eficiência, decorrentes de menores preços, maior qualidade de produtos e serviços ofertados pelo mercado.

Dessarte, constata-se a importância do princípio em tela, que informa toda a ordem econômica e possui o condão de, quando for o caso, afastar normas infraconstitucionais que signifiquem um retrocesso para consecução de seu fim. Em suma, se entende que o desenvolvimento econômico não pode ser alcançado com afrontas ao direito do consumidor (BENSOUSSAN; GOUVÊA, 2015).

2.3.4 Repressão ao abuso de poder econômico

⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da Lei, a defesa do consumidor; [...].

Por fim, em vistas de preservação da ordem econômica, assim dispõe a Constituição Federal de 1988 (BRASIL), em seu artigo 173, § 4º, *in verbis*:

Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em Lei. [...]

§ 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 (Brasil, 1988).

É sabido que o excesso de poder econômico é um fenômeno recorrente nas sociedades capitalistas industrializadas, o que gera a possibilidade de uma empresa dominante influenciar seus concorrentes em um determinado mercado, bem como seus consumidores.

Desta feita, o abuso deste poder econômico deve ser reprimido, por ser capaz de inviabilizar o funcionamento regular dos mercados, atentando contra os princípios da livre-iniciativa e livre concorrência, gerando ineficiências, como no caso de cartel, que será abordado no próximo capítulo.

3 CRIME DE FORMAÇÃO DE CARTEL

O termo cartel, para a língua portuguesa, é conceituado como “acordo comercial entre empresas independentes que fabricam os mesmos produtos, com o objetivo de controlar o preço e eliminar a concorrência”⁹ - aqui cabe um adendo, tendo em vista que não necessariamente este acordo precisa envolver empresas que fabricam os mesmo produtos. Todavia, fato é que, não obstante ser um termo comum, o ordenamento jurídico não reconhece a palavra cartel, sendo tal prática assim denominada pelos profissionais do Direito.

A ocorrência de cartéis definitivamente afronta a livre-concorrência, porquanto traz em seu bojo ineficiências alocativas, produtivas e dinâmicas ao mercado e à coletividade. Tendo em vista tal cenário prejudicial de grande abrangência, é difícil apontar políticas antitruste, mundo afora, que não reprimam essa conduta, sendo que algumas jurisdições a tipificam como ilícito criminal.

Assim, neste capítulo, proceder-se-á à análise desta que é a mais importante (gravosa) infração contra a ordem econômica. Com efeito, se apresentará a definição da conduta de cartel, as classificações enquanto delito, os tipos de cartel que existem, como funcionam e se desenvolvem, os aspectos relacionados à investigação dessa prática e a legitimidade ativa e competência de julgamento para persecução penal do ilícito.

Essa análise englobará, ainda, como não poderia deixar de ser, os efeitos negativos produzidos em uma economia pela prática de cartel, buscando chamar a atenção para a gravidade dessa conduta.

3.1 DEFINIÇÃO E EFEITOS DA PRÁTICA DE CARTEL

A partir de uma análise mais abrangente, entende-se que cartel é qualquer acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer cotas, restringir produção, adotar posturas

⁹ Dicionário Michaelis da língua portuguesa, verbete “cartel”. Acesso em: 18 abr. 2023.

pré-combinadas em licitação pública ou restringir ou eliminar a concorrência de qualquer outra forma (CADE, 2016).

Segundo Morcillo e Troster (1994), a partir de uma análise economicista, o cartel é visto como um agrupamento de empresas que procura limitar a ação das forças da livre concorrência, almejando que se alcance um preço comum e/ou uma incremento conjunto dos lucros.

Verifica-se que os cartéis representam um dano não apenas para os consumidores, mas também para a economia como um todo, tendo em vista que a defesa da concorrência é matéria de direito público, uma vez que a lógica capitalista encontra uma de suas bases na disputa entre os agentes econômicos (TEIXEIRA, 2009).

Os participantes de cartéis buscam obter ganhos semelhantes ao de uma firma monopolista. Porém, no monopólio, não há centros de decisão independentes, o que resulta numa alocação de recursos mais eficiente do que num mercado cartelizado. As ineficiências que englobam o cartel são as alocativas, produtivas e dinâmicas (GÜNSTER, 2011).

No primeiro caso, há uma má alocação, como o próprio nome diz, de recursos sociais, tendo em vista o aumento de preços e a restrição da oferta.

No segundo, percebe-se que a ineficiência reside no fato destes agentes econômicos colusivos operarem com custos mais altos do que na ausência deste ajuste, já que não há incentivo a melhorias diante da acomodação pela não concorrência.

Já no que tange à ineficiência dinâmica, entende-se que diz respeito à perda de bem-estar social motivada pela redução dos incentivos à inovação, em outras palavras, o ajuste acaba por reduzir os impulsos aos concorrentes para que aprimorem sua produção e lancem novos e melhores produtos e serviços no mercado.

Nesse sentido, na incidência de um cartel, que, como visto, almeja reproduzir uma situação de monopólio¹⁰, Martinez (2013) elenca que os principais efeitos angariados são a transferência de renda dos consumidores para os agentes cartelizados, tendo em vista o sobrepreço obtido; a redução da oferta no mercado, denominado “peso morto” (excedente sem apropriação

¹⁰ Consoante Resolução 20/1999 do CADE

pelos cartelistas nem pelos consumidores), e danos colaterais para além do “peso morto”, como a redução de incentivos para que as empresas invistam na melhoria dos produtos, na redução de custos, etc.

No que diz respeito ao excedente do consumidor, Luiz Fernando Schuartz (2002) leciona que se refere ao valor, acima daquele pago, que um consumidor estaria disposto a pagar pelo usufruto de determinado produto/serviço. Já o excedente do produtor é representado pela diferença entre o valor recebido pela alienação deste produto/serviço e o valor do custo de produção daquilo que foi vendido.

A adição entre esses excedentes de consumidores e produtores representa o excedente social. Nessa relação é que se percebe a equivalência entre o bem estar social econômico e a eficiência alocativa (SCHUARTZ, 2002).

Com efeito, em um cenário de ausência de competitividade, como na incidência de um cartel, o excedente social não é o maior possível, porquanto haveria um aumento de preços, gerando perdas de bem-estar econômico pela ineficiência alocativa (SCHUARTZ, 2002).

Percebe-se que as ineficiências são interligadas e que, deveras, a incidência de cartéis gera grande óbice ao desenvolvimento econômico de qualquer mercado.

Para se ter uma ideia do impacto que os cartéis têm em uma economia, é mister ressaltar o estudo da OCDE (2002) que analisou dados de 16 conluíus internacionais que afetaram o comércio no importe de 55 bilhões de dólares entre 1996 a 2000. A partir desta análise, o referido ensaio constatou que o sobrepreço médio, em comparação a um mercado sem óbice à concorrência, foi de 15% a 20%.

Em se tratando do cenário brasileiro, para se ilustrar a gravidade dessa conduta, principalmente em se tratando dos prejuízos causados ao consumidor, cita-se o caso do cartel de postos de combustíveis de Brasília/DF. De acordo com estudo realizado pelo CADE, estima-se que os membros do conluio, entre

2011 e 2016, auferiram lucro ilegal no importe de R\$ 800 milhões a R\$ 1 bilhão de reais.¹¹

Contudo, não se olvida que os cartéis são arranjos, às vezes, instáveis, porquanto seus membros, em tese, podem possuir incentivos para traírem o acordo e reduzirem os preços com o propósito de aumento de sua própria demanda e maximização de lucros.

Tendo em vista essa natural instabilidade dos cartéis, identificam-se algumas condições essenciais para que o ajuste obtenha sucesso. Com efeito, os membros do cartel devem ser capazes de identificar eventual descumprimento do acordo por um dos membros, bem como devem ser capazes de punir estes eventuais descumprimentos (MOTTA, 2004).

Além disso, cartel duradouro se mostra aquele no qual se observam outras circunstâncias facilitadoras, como, por exemplo, a existência de barreiras significativamente altas à entrada no mercado relevante (CALIXTO, 2007), onde a elevação de preços perpetrada pelos membros não atraia novos agentes, já que não haveria aumento de oferta e conseqüente redução de preços.

Percebe-se maior sustentação em cartéis, também, quando seus membros possuem considerável participação no determinado mercado. Nessa toada, suas decisões não serão frustradas pelo comportamento de agentes econômicos que não o integram. Com efeito, mais fácil será para chegarem a um acordo com relação às variáveis competitivas relevantes. Os incentivos para descumprir o ajuste são menores, pois cada membro, individualmente, tem menos a ganhar descumprindo o acordo do que em contraponto ao que ocorre em um mercado composto por muitos agentes econômicos (MOTTA, 2004).

3.2 TIPOS DE CARTEL

Quanto aos tipos de cartel, segundo Martinez (2013, p. 38):

¹¹ Conforme exposto em: <https://www.metropoles.com/janela-indiscreta/cartel-de-combustiveis-deixou-de-lucrar-r-358-mil-hoes-diz-cade>

A diferenciação mais básica entre os cartéis é quanto à variável comercialmente sensível objeto da conduta. Segundo esse critério, os cartéis podem ser classificados em cartéis de preços/quantidade (como nos ensina a microeconomia, os dois terão o mesmo efeito no mercado, uma vez que a quantidade determina indiretamente o preço e vice versa) e cartéis de alocação de mercado ou grupo de clientes (também referidos como acordos de market-allocation ou market-sharing).

Os arranjos de cartel podem ser feitos por meio de instrumentos contratuais, reuniões ou qualquer forma direta de contato entre concorrentes, no que se classifica como colusão explícita, importando em um arranjo material, verbal ou escrito.

Entretanto, tais acordos podem existir, também, por uma vertente indireta, que representa arranjo tácito, onde há sinalização para concorrentes de qual comportamento deve ser adotado por todos os membros do cartel.

Ademais, existe classificação de cartéis em razão de sua dimensão territorial. Com efeito, podem ser nacionais ou atuar em mais de uma jurisdição. Nesse último caso, segundo Connor (2004), são internacionais aqueles com participantes de duas ou mais nações e globais aqueles formados pelo conjunto de dois ou mais participantes dos três continentes mais industrializados.

No que tange à gravidade, os cartéis podem ser classificados de duas formas: difusos (*soft*) ou clássicos (*hardcore*).

No caso dos primeiros, como leciona Martinez (2013), são conhecidos como aqueles em que há somente troca de informações comercialmente sensíveis, sem envolver acordos entre seus partícipes.

Por outro vértice, conforme entende a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico ("OCDE"), os cartéis *hardcore* são aqueles em existem acordos, práticas ou arranjos entre concorrentes para fixar preços, fraudar licitações (públicas ou privadas), estabelecer restrições à produção ou quotas, bem como compartilhar ou dividir mercados para alocação de clientes, fornecedores, territórios ou linhas de comércio.

Não se olvida, contudo, da divisão entre clássicos e difusos baseada no critério da institucionalização do conluio. Nesse sentido foi o posicionamento do

CADE, representado pelo voto do Relator-Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, por ocasião do julgamento do “Cartel das Britas”¹², veja-se:

Este [o cartel clássico] é definido como acordos secretos entre competidores, com alguma forma de institucionalidade, com o objetivo de fixar preços e condições de entrada, dividir consumidores, definir nível de produção ou impedir a entrada de novas empresas no mercado. Este tipo de cartel opera através de um mecanismo de coordenação institucionalizado, podendo ser reuniões periódicas, manuais de operação, princípios de comportamento etc. Isto é, sua ação não decorre de uma situação eventual de coordenação, mas da construção de mecanismos permanentes para alcançar seus objetivos. Distingo o Cartel Clássico do que chamo de Cartel Difuso. Este último é um ato de coordenação da ação entre empresas com objetivo similar ao do Cartel Clássico, mas de caráter eventual e não institucionalizado.

Ademais, existem outras duas formas de classificação de cartéis: de compra ou de venda e de importação ou de exportação.

No primeiro caso, mais especificamente em relação aos cartéis de compra, entendem-se como arranjos colusivos entre adquirentes de insumos. Já os cartéis de venda atuam no outro vértice dessa relação econômica.

Martinez (2013) ressalta que, embora os cartéis de venda sejam mais recorrentes e, portanto, mais visados pelas autoridades antitrustes, os cartéis de compra também causam ineficiências sociais, ainda que existam posicionamentos no sentido de que poderia haver redução do preço final do produto ou serviço ao consumidor, quando houvesse o repasse da depressão nos preços dos membros do cartel aos consumidores finais.

No que tange à classificação de importação ou exportação, entende-se que o primeiro caso envolve acordo ou troca de informações comerciais entre concorrentes referente a produtos ou serviços vendidos no exterior - portanto, cartel de venda -, e, no segundo caso, compreende atuação de importação de produtos e serviços, representando modalidade de cartel de compra.

¹² Processo Administrativo no 08012.002127/2002-14. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Conselheiro-Relator Luiz Carlos Delorme Prado. Decisão em 13 de julho de 2005. Publicação em: 28 de julho de 2005.

Por fim, não se olvida da modalidade de cartel em licitações, reprimida em Lei especial diversa, a qual não se analisará no presente trabalho, que tem enfoque na alteração do tipo penal previsto na Lei 8.137/90.

3.3 ANÁLISE ESPECÍFICA DO ARTIGO 4º DA LEI 8.137/90

A tipificação do fenômeno denominado “cartel” enquanto ilícito penal, foco do presente trabalho, insere-se no art. 4º da Lei de Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Contra as Relações de Consumo (8.137/90), *in verbis*:

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;

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.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa

Há divergência, na doutrina, sobre o enquadramento dos incisos acima no que é conhecido como “formação de cartel”. Martinez (2013) defende que o crime do inciso II seria o melhor enquadrável em tal termo, embora, em alguns casos, o inciso I também se enquadraria.

Por outro lado, para Mendroni e Farina (2012), o primeiro inciso do artigo é que seria, de fato, o crime de formação de cartel. No mesmo sentido é o pensamento de Rodolfo Tigre Maia (2008, p. 37), o qual afirma que no seu ponto de vista “é esta a única das modalidades previstas naquela Lei que de fato melhor se aproxima da incriminação do fenômeno econômico que classicamente constitui o chamado cartel”.

Ressalta-se a crítica de Martinez (2013, p. 171) à excessiva generalidade do tipo penal previsto no inciso I do dispositivo, o qual em tese

possibilita a persecução penal do abuso de poder econômico genericamente considerado. Nessa toada, a autora afirma o seguinte quanto ao referido inciso:

O inciso I traz redação dúbia, dando ensejo a dois tipos de interpretação. A primeira é no sentido de que é proibido abusar do poder econômico “dominando o mercado” ou “eliminando total ou parcialmente a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo entre empresas”. A outra interpretação possível é considerar que a parte final “mediante qualquer forma de ajuste ou acordo entre empresas” qualifica também o trecho “dominando o mercado”

Dessa forma, extrai-se que, na primeira interpretação, qualquer abuso de poder econômico constitui crime contra a ordem econômica. Já na segunda, apenas aqueles abusos decorrentes de ajustes ou acordos entre empresas deveriam ensejar persecução penal - raciocínio que parece o mais adequado, à luz de que a interpretação sempre deve ser mais restritiva em se tratando de matéria penal.

3.3.1 Classificações do cartel enquanto delito

Tendo em vista que os bens jurídicos tutelados no artigo 4º da Lei 8.137/1990 são “a livre concorrência e a livre iniciativa, fundamentos basilares da ordem econômica” (PRADO, 2014, p. 44), tal delito pode ser classificado como pluriofensivo.

Quanto ao resultado, os crimes se classificam, nos dizeres de Paulo César Busato (2016, p.11), como:

[...] materiais – que possuem resultado lógico e cronologicamente destacado da conduta -, formais, ou de consumação antecipada – que possuem o resultado destacado da conduta, porém ele ocorre concomitantemente à ação – e crimes de mera conduta – que não possuem resultado.

Prevalece o entendimento de que o crime previsto no inciso I constitui crime material, no qual, para sua ocorrência, é preciso que haja efetivamente abuso do poder econômico resultando na dominação do mercado ou eliminação da concorrência.

Já o crime do inciso II, por sua vez, é um crime formal, em que não se exige a efetiva lesão dos bens jurídicos, bastando a sua simples colocação em perigo, por meio do acordo, convênio ou pacto anticoncorrencial entre os empresários. Nessa toada, colhe-se o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ):

O crime contra a ordem econômica disposto no art. 4º, II, da Lei n. 8.137/90 é formal, ou seja, consuma-se com a simples formação de um acordo visando à dominação do mercado ou à eliminação da concorrência através da prática de uma das condutas descritas em suas alíneas.

Outrossim, as três alíneas do tipo do inciso II trazem o dolo específico necessário à configuração do delito. Assim, no que tange ao elemento volitivo, só se consuma mediante dolo dos agentes, não havendo previsão de modalidade culposa.

Veja-se que, além de efetuarem uma das formas de ajuste dispostas no inciso II, os agentes devem ter agido, deveras, com intuito de fixar artificialmente preços ou quantidades vendidas/produzidas; obter o controle regionalizado de um mercado; ou fechar o acesso a canais de distribuição e fornecimento.

Com efeito, contrariamente ao que ocorre na esfera administrativa, a configuração do ilícito exige mais do que a mera troca de informações sensíveis, tendo em vista que é necessário que os concorrentes, em um dado mercado relevante, atuem conjuntamente visando algum dos objetivos dispostos nas alíneas do tipo penal do inciso II.

3.3.2 Sujeitos e momento de consumação

Em relação ao sujeito ativo da prática de cartel, em se tratando do âmbito penal, somente pode ser pessoa física, excluindo-se as pessoas jurídicas, porquanto ausente previsão legal de responsabilização penal em casos deste tipo.

Nessa toada, cuida-se de um crime comum, praticado por qualquer pessoa, sem que haja responsabilidade penal objetiva, salvaguardados, assim,

os princípios da responsabilidade penal subjetiva, culpabilidade e da pessoalidade da pena, bem como os demais conceitos dogmáticos típicos do direito penal.

Ademais, o crime é plurissubjetivo - ou de concurso necessário -, tendo em vista que é necessário a presença de, ao menos, dois agentes concorrentes em conluio, sem que seja possível cometê-lo singularmente. Nesse ponto, Martinez (2013, p. 194) traz importante ressalva:

Aqui se vê uma peculiaridade do crime de cartel com relação à plurissubjetividade: não bastam dois indivíduos da mesma empresa; é necessário que os indivíduos envolvidos sejam ligados a ao menos dois agentes econômicos distintos (daí porque a Lei nº 8.137/90 faz referência a ajuste ou acordo entre “empresas” ou “ofertantes”

No que tange ao momento de consumação deste ilícito penal, nota-se que não há consenso na doutrina. Com efeito, no AREsp 1.800.334-SP, julgado em 09/11/2021, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que o momento consumativo do crime de formação de cartel deve ser analisado conforme o caso concreto, sendo errônea a sua classificação como eventualmente permanente.

A divergência supracitada diz respeito às teses que indicam o crime de cartel como instantâneo, permanente - ou, no caso do julgado citado, eventualmente permanente -, o que implica em questões como prescrição, possibilidade de prisão em flagrante e aplicação da Lei no tempo.

Nesse sentido, Júlio Fabbrini Mirabete (1995, p. 126/127) leciona que o crime instantâneo é aquele que, uma vez consumado, está encerrado, ou seja, a consumação não se prolonga. Por outro vértice, os crimes permanentes se dariam "quando a consumação se prolonga no tempo, dependendo da ação do sujeito ativo".

Extrai-se do julgado anteriormente referido que a classificação como “eventualmente permanente” é errônea, pois se o agente pode tanto cessar ou dar continuidade à conduta delitativa, tornando o ato único ou ampliando seu espectro, não pode a ação ser considerada uma só e concomitantemente ter o efeito de lesionar o bem jurídico de forma permanente, como em um crime

instantâneo de efeito permanente, pois neste caso a vontade do agente é desconsiderada.

Assim, como visto, tal concepção acerca da consumação do crime de cartel deve ser realizada a partir das circunstâncias de cada caso concreto.

3.3.3 Continuidade delitiva e concurso material

Ressalta-se, também, a discussão acerca da caracterização do crime de cartel em continuidade delitiva ou em concurso material.

Conforme aduz André Estefam (2019), à luz do disposto no artigo 71 do Código Penal (BRASIL, 1940)¹³, denomina-se crime continuado - ou *delictum continuatum* -, quando o agente pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, mediante duas ou mais condutas, os quais, pelas condições de tempo, lugar, modo de execução e outras, podem ser tidos uns como continuação dos outros.

Por outro lado, de acordo com Guilherme de Souza Nucci (2019, p. 477), “o concurso de crimes significa a prática de várias infrações penais por um só agente ou por um grupo de autores atuando em conjunto”, conforme estabelecido no *caput* do artigo 69 do Código Penal (BRASIL, 1940), *in verbis*:

Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. [...]

A partir destes conceitos, Martinez (2013, p. 200/201) aduz que considerar o crime de cartel como “crime continuado na premissa de que cada acordo isolado de preços formaria cartel distinto [...] não é aderente à realidade da conduta”. No mais, citando a jurisprudência e a instabilidade natural dos cartéis - como visto alhures -, defende um período máximo de 30 dias para que

¹³ Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

possa ser caracterizada a continuidade delitiva, ou, em caso contrário, haveria concurso material entre dois crimes de cartel.

3.4 PERSECUÇÃO PENAL E COMPETÊNCIA DE PROCESSAMENTO

A atuação do Ministério Público no antitruste se dá nas três esferas de responsabilização dos ilícitos concorrenciais: penal, cível e administrativa especializada. Em se tratando de ensaio com enfoque na seara criminal, ressalta-se que, por força do artigo 15 da Lei nº 8.137/90¹⁴, e de acordo com o art. 129, inciso I, da CF/88¹⁵, o Ministério Público, como titular privativo da ação penal pública, possui legitimidade ativa para atuar nestes casos, não obstante seja possível que qualquer pessoa provoque a atuação do órgão, apresentando informações sobre o fato e autoria, entre outras circunstâncias do ilícito penal, consoante o exposto no artigo 16 da mesma Lei.

Em relação à competência para julgamento dos processos que envolvam o crime de cartel, não obstante exista certa divergência doutrinária e jurisprudencial, é mister salientar o posicionamento recorrente do STJ¹⁶, no sentido de que, em se tratando de crime contra ordem econômica e porquanto a Lei nº 8.137/90 não definiu tal questão, competiria, em regra, à Justiça Estadual, salvo se comprovada a lesão a bens, interesses ou serviços da União, à luz do artigo 109, inciso IV, da Carta Magna¹⁷.

Nesse palmilhar, imperioso ressaltar, ainda, o teor das Súmulas 122¹⁸ e 150¹⁹ da Egrégia Corte supramencionada, as quais dispõem, respectivamente,

¹⁴ Art. 15. Os crimes previstos nesta Lei são de ação penal pública, aplicando-se-lhes o disposto no art. 100 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

¹⁵ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da Lei; [...].

¹⁶ A exemplo: AgRg no HC: 269029 DF 2013/0116790-7, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data de Julgamento: 26/11/2013; e CC: 152511 MT 2017/0123438-0, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Data de Julgamento: 14/06/2017.

¹⁷ 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;

¹⁸ Compete à justiça federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, "a", do código de processo penal.

¹⁹ Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas.

que na ocorrência de crimes conexos federais e estaduais, a competência será da Justiça Federal; e que cabe à Justiça Federal decidir se há interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas.

3.5 INVESTIGAÇÃO

A obtenção de provas na investigação de práticas de cartel é consideravelmente difícil, porquanto os envolvidos na prática buscam eliminar os rastros do conluio e o mero paralelismo de preços não é suficiente para caracterizar a conduta, sendo necessário demonstrar a existência de um elemento adicional (o chamado “fator plus”), que sustente que o comportamento dos agentes econômicos não foi espontâneo (MPF, 2019).

A fim de impulsionar a persecução penal do delito em comento, a legislação prevê uma série de instrumentos, como inspeções; busca e apreensão de documentos; interceptações telefônicas; acordos de leniência; termos de compromisso de cessação; representações de terceiros, entre outros.

Com efeito, as provas da ocorrência de cartel podem ser diretas ou indiretas. No caso das primeiras, são consideradas o principal meio de prova, referindo-se a qualquer evidência que demonstre a existência de acordo entre concorrentes. É mister destacar, além de outras, as seguintes provas diretas: documentos elaborados pelo próprio acusado e por terceiros (e-mails, correspondências, mensagens eletrônicas etc.); depoimentos de testemunhas; confissão; laudos periciais; gravações e transcrições de interceptações telefônicas e gravações e transcrições unilaterais de conversas e reuniões por um dos interlocutores (MPF, 2019).

Não obstante, no caso do segundo tipo de provas, indiretas, verifica-se que são frequentemente aceitas no Brasil para a comprovação do delito, permitindo-se a apreciação conjunta de evidências e circunstâncias que torne possível compreender a atuação do conluio, quando nota-se que ausente explicação racional e crível para justificar o comportamento dos agentes econômicos (MPF, 2019).

Nesse cenário, Martinez (2013, p. 220) destaca que:

A experiência prática indica a crescente importância da interceptação de comunicações nos casos de cartel, especialmente em vista dos cuidados de não deixar registros escritos dos acordos e contatos por parte dos partícipes do cartel. Em todos os casos que houve condenação no Brasil, o Poder Judiciário respaldou sua decisão em provas oriundas de interceptações telefônicas, entre outras.

Tratados todos os assuntos relativos ao crime de cartel, passamos, no próximo capítulo, à análise da incidência de institutos de justiça negocial penal para aqueles que cometem tal ilícito.

4. JUSTIÇA NEGOCIAL PENAL E OS INSTITUTOS DESPENALIZADORES APLICADOS AOS AGENTES DE CARTEL

A implantação de técnicas de justiça negocial no Brasil muito diz respeito ao contexto carcerário existente. Com efeito, verifica-se que o Brasil não desenvolveu estrutura capaz de oferecer à sociedade e aos apenados a perfectibilização das funções das penas impostas, seja em se tratando do caráter preventivo, retributivo e/ou ressocializador.

Assim, necessitou-se um avanço das técnicas de justiça negocial no Brasil. Tal avanço é representado pelo advento, por meio da Lei 9.099/95, de alguns institutos despenalizadores, como a Transação Penal, referente ao artigo 76²⁰ da mencionada Lei, e a Suspensão Condicional do Processo, situada no artigo 89²¹ do mesmo diploma legal.

Ademais, a morosidade dos processos criminais, o elevado custo econômico e de pessoal, bem como a baixa eficácia, como já mencionado, das funções da pena, levaram à tona uma nova orientação de política criminal. Percebeu-se um movimento de busca por mecanismos mais eficientes e velozes de aplicação da justiça penal mediante a flexibilização de normas processuais penais clássicas (OLIVEIRA, 2015).

Em relação ao aspecto da morosidade, o avanço da tecnologia no contexto mundial implicou em mudanças significativas, sobretudo, nas relações humanas. Nesse contexto, como leciona Aury Lopes Júnior (2021), o processo penal também se mostra dinâmico e acelerado, isso em resposta ao desejo de uma reação imediata, tendo em vista que, inseridos os indivíduos em um ritmo acelerado, é possível que se espere o mesmo imediatismo em outras esferas da vida.

Dessa forma, o mesmo autor (2021) enxerga, na reação imediata dada pelo processo penal, o entendimento de que as zonas de consenso figuraram

²⁰ Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. [...].

²¹ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). [...].

como ícones de eficiência e celeridade. No mais, ressalta que a consequência de tal atuação é o surgimento dos procedimentos sumários e até sumaríssimos. Não obstante a proliferação de casos em que os institutos que representam a justiça consensual penal mundo afora foram utilizados, assevera que, na atualidade, assistimos a um velho direito tentando correr no ritmo da moderna urgência.

Deveras, os aparatos da justiça negocial penal têm sido bastante aplicados nos casos em que revelam-se como suficientes e eficazes à repreensão da conduta delituosa, ensejando, assim, redução da pena criminal ou da composição visando à reparação dos danos.

Neste cenário de exaltação da justiça consensual penal, é mister ressaltar a negociação de sentença criminal no sistema americano denominada *plea bargaining*, podendo-se citar também o *absprache*, na Alemanha, e o *patteggiamento*, na Itália. Estes institutos representam o fenômeno da diversão, que prevê a aplicação da justiça penal de forma diversa do procedimento formal clássico (OLIVEIRA, 2015).

O modelo de justiça negocial representado pelo *plea bargaining* estadunidense é considerado como o mais consolidado mundo afora. Consoante explanam Dotti e Scandelari (2019), nele o acusado poderá renunciar ao direito ao processo judicial e ao julgamento, em troca, reconhece sua responsabilidade pelo fato perquirido, recebendo, assim, uma pena.

Hodiernamente, a justiça penal americana trabalha com as seguintes espécies de *plea bargain*: *charge bargaining* - negociação para redução da acusação mais grave original para uma acusação menos grave; *count bargaining* - confissão de apenas parte da quantidade de acusações; *fact bargaining* - transação quanto aos fatos imputados através da alteração ou omissão deste pelo acusador; e *sentence bargaining* - transação sobre pedidos benéficos ao acusado em relação à sentença.

No caso brasileiro - mais especificamente com relação ao tema deste trabalho -, cita-se a Suspensão Condicional do Processo e o Acordo de Não Persecução Penal como os grandes pilares da justiça negocial em relação ao crime de cartel tipificado no artigo 4º da Lei 8.137/90. Nesse sentido, a partir das penas cominadas no referido artigo (antes e depois da mudança),

trabalhar-se-á neste capítulo a aplicação destes dois institutos despenalizadores ao delito em tela.

4.1 SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Na Constituição de 1988, mais especificamente em seu art. 98, I²², nota-se o fomento da justiça consensual no Brasil, por meio da disposição quanto aos Juizados Especiais. Em se falando de Juizado Especial Criminal, a partir do mandamento constitucional, consolida-se a busca pela deformalização do processo penal.

Assim, necessária se fazia a criação de uma norma federal para regular este assunto penal e processual penal. Não obstante a existência de vários projetos de Lei, a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação aprovou apenas dois deles, o de nº 1.480-A e o de nº 3.698/89. Com efeito, aquele versava quanto à organização dos Juizados Especiais Criminais, enquanto este tratava tanto sobre Juizados Especiais Cíveis quanto Criminais.

A mistura dos dois projetos deu origem ao denominado “Projeto Substitutivo”, do qual se originou a Lei nº 9.099/95, onde se encontra, em seu artigo 89, a previsão da *sursis* processual.

Ressalta-se, quanto à referida legislação, os dizeres de Assis (2009, p. 47/48):

Inaugurou-se, assim, um sistema consensual, diverso do sistema penal clássico até então em vigor, com diferente filosofia e com princípios próprios, que determinam profunda modificação na sistemática reinante para a criminalidade de menor potencial ofensivo.

Nesse diapasão, Mirabete (1998) aduz que a criação do Juizado Especial Criminal trouxe importantes inovações no ordenamento jurídico penal

²² Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e Leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em Lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; [...].

e processual penal, inclusive aproveitando a experiência de outros países, como Estados Unidos e Itália.

Como visto, a Lei 9.099/95, no Brasil, inaugurou a era da justiça despenalizadora, onde o consenso busca efetivar uma prestação jurisdicional sem a burocracia de praxe, tornando a solução jurídica célere, evitando, por conseguinte, que infrações penais consideradas de baixa ofensividade ficassem impunes pela ocorrência da prescrição e extinção da punibilidade.

Ressalta-se, aqui, a medida despenalizadora disposta no art. 89 da Lei dos Juizados Estaduais Especiais Criminais, também chamada de *sursis* processual, que surge no ordenamento jurídico com o intento intrínseco de promover a reparação de danos sofridos pela vítima e afastar a prisão do delinquente nos crimes de baixa ofensividade.

Nesse palmilhar, importante é salientar que esta não se confunde com a Suspensão Condicional da pena (prevista no artigo 77 do Código Penal²³), porquanto, no caso desta, se trata de situação em que houve condenação do agente infrator, ficando suspensa a pena imposta.

Mirabete (1998) leciona que esta benesse susta a ação penal, desde que o acusado preencha os requisitos objetivos e subjetivos para concessão, tendo que obedecer a determinadas condições durante um prazo estabelecido, e, após este prazo, ficará extinta a sua punibilidade, se não for o caso de revogação do benefício.

Com efeito, assim a define Guilherme Souza Nucci (2006, p.409):

[...] trata-se de instituto de política criminal, benéfico ao acusado, proporcionando a suspensão do curso do processo, após o recebimento da denúncia, desde que o crime imputado ao réu não tenha pena mínima superior a um ano, mediante o cumprimento de determinadas condições legais, como o fito de atingir a extinção da punibilidade, sem necessidade do julgamento do mérito propriamente dito.

²³ Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.

§ 2º - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.

Não obstante os institutos despenalizadores previstos na Lei dos Juizados Especiais, como a Suspensão Condicional do Processo, sejam vistos, pela maioria da doutrina, como relevantes de maneira positiva no ordenamento jurídico brasileiro, convém mencionar que alguns autores como, por exemplo, Nilo Batista (1997) e Maria Lúcia Karam (2004), tecem críticas, onde demonstram que vêem estas medidas alternativas na esfera penal como uma espécie de ampliação do poder de punir do Estado.

Fato é que, como parte deste acordo feito com a acusação, o réu se obriga a algumas condições previstas no artigo 89 da Lei 9.099/95, submetendo-se a período de prova, no qual terá que: a) reparar o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; b) não freqüentar determinados lugares; c) não ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; d) comparecer pessoal e obrigatoriamente a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades; e/ou outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

Deve a suspensão ser revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano, bem como no caso de o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

Por outro lado, cumpridas as condições durante o referido período de prova, que pode ser de 2 (dois) a 4 (quatro) anos - onde, ressalta-se, não corre a prescrição -, estaremos diante de uma situação em que será decretada a extinção da punibilidade do infrator.

4.1.1 Requisitos para oferecimento e a aplicação ao crime de cartel

Veja-se que assim preconiza o *caput* do artigo 89 da Lei nº. 9.099/95 - o qual dispõe sobre a *sursis* processual -, *in verbis*:

Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do

processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Com efeito, a Suspensão Condicional do Processo insere-se no ordenamento jurídico como um instituto despenalizador de admissibilidade ampliada, tendo em vista o intento do legislador em lhe dar abrangência não apenas nos casos de delitos de competência dos Juizados Especiais Criminais, bem como em todos os outros cuja pena mínima cominada esteja nos limites estabelecidos (CAÚLA E SILVA, 2007).

Contudo, não se olvida do entendimento pelo cabimento da *sursis* processual nos casos em que um tipo penal comina pena de multa alternativamente à pena privativa de liberdade.

Com efeito, este era o caso do delito tipificado no artigo 4º da Lei 8.137/90, o qual tinha pena mínima cominada superior ao limite para aplicação da *sursis* processual (dois anos), entretanto, previa-se a multa como pena alternativa, fazendo com que os agentes criminosos fizessem jus à benesse, até a mudança legislativa, a qual tornou as penas privativas de liberdade e de multa cumulativas, vedando tal incidência.

Nota-se que a maior parte da doutrina era favorável à aplicação, porquanto nesses casos a multa deveria ser considerada como pena mínima inferior a 1 (um) ano, não obstante o fato de ela estar cominada como alternativa (ASSIS, 2009, p. 107).

A propósito, é o posicionamento do STF e do STJ, como visto nos seguintes precedentes, respectivamente: HC 83926, Relator(a): César Peluzo, Segunda Turma, julgado em 07/08/2007; e RHC 27.068, Relator(a): Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 31/8/2010.

Para exemplificar a aplicação recorrente deste instituto despenalizador aos delinquentes que praticaram o crime de cartel anteriormente ao período de vigência da nova pena cominada, utiliza-se do quadro de Ana Paula Martinez (2013, apêndice IV), veja-se:

Quadro 1: Aplicação da *sursis* processual em casos de cartel:

Processos em que houve suspensão condicional do processo			
Justiça do Estado de São Paulo I.P. 050.03.089403-4 27.ª Vara Criminal da Capital	Britas	16/0 Lei 8.137/1990 art. 4.º, II, a, b, c	Suspensão condicional do processo mediante pagamento de valor pecuniário e compromisso de comparecimento periódico ante o juízo por 2A
Justiça do Estado de São Paulo Processo 050.07.025115-0 27.ª Vara Criminal da Capital	Carga Aérea	5/0 Lei 8.137/1990 art. 4.º	4 indivíduos procederam à suspensão condicional do processo; 1 aguarda julgamento
Justiça do Estado de São Paulo Processo 050.06.029551-1 9.ª Vara Criminal da Capital	Processadoras do Suco de Laranja	14/0 Lei 8.137/1990 art. 4.º, II, a, b, c	Suspensão condicional do processo mediante pagamento de contribuição pecuniária e obrigação de comparecimento periódico perante o juízo por 2A
Justiça do Estado de São Paulo Processo 17035/09 3.ª Vara Judicial de São Carlos	Compressores Herméticos	11/0 Lei 8.137/1990 art. 4.º	Suspensão condicional do processo mediante pagamento de contribuição pecuniária e obrigação de comparecimento periódico perante o juízo por 3A
Justiça do Estado de São Paulo* Processo 050.05.086892-6 2.ª Vara Criminal da Capital	Peróxidos de Hidrogênio	7/0 Lei 8.137/1990 art. 4.º, I, a, II, a, b, c	Suspensão condicional do processo mediante pagamento de contribuição pecuniária e obrigação de comparecimento periódico perante o juízo por 2 A

Fonte: MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Singular, 2013.

Segundo os dados obtidos, em período anterior à alteração da pena cominada ao delito em tela, percebe-se que, deveras, este instituto despenalizador era aplicado com determinada frequência.

Com efeito, da amostragem de 18 casos elencados - onde 166 indivíduos restaram denunciados -, em 5 foi oferecida a *sursis* processual, resultando em 52 agentes infratores sendo beneficiados por tal medida.

Assim, cumpridas as condições estabelecidas durante o período de prova da Suspensão Condicional do Processo, os agentes tinham decretada sua extinção da punibilidade sem que houvesse “grandes reprimendas”, em contraste às graves consequências que essa conduta traz à sociedade como um todo, conforme visto no capítulo anterior.

Com a “simples” alteração da pena cominada ao tipo, deixou-se de tratar o crime de cartel clássico como de menor gravidade, o que, de fato, não é.

Nesse sentido era o entendimento de Arthur Badin²⁴, ex-presidente do CADE, o qual dizia que com a novel legislação da concorrência (à época, ainda em discussão), as punições por práticas de cartel deveriam ser menos brandas:

Quando chega à Justiça, o cartel [que fere a ordem econômica] é tratado como um crime comum. Não faz sentido que o sujeito que participou de um cartel termine o processo penal dando cestas básicas para a igreja Nossa Senhora do Ó.

Conforme explicam Marcelo Batlouni Mendroni e Fernanda Mercier Querido Farina (2013), ao crime de cartel era atribuída pouca gravidade na redação anterior do antigo art. 4º da Lei 8.137/1990, ao passo em que era possível minorar as consequências penais de tal ato.

Agora, contudo, o crime de cartel não comporta mais a errônea etiqueta de delito de menor potencial ofensivo, e, por conseguinte, a Lei 9.099/1995 não poderá incidir nestes casos.

Nesse palmilhar, os mesmos autores (2013) sustentam que:

A partir da entrada em vigor da Lei 12.529/2011, o crime de cartel, previsto no art. 4.º, I, a, e II, a, b, e c, da Lei 8.137/1990, passa a ter consequências mais severas aos seus autores, resultando na ação penal. [...] No atual cenário legislativo, todos os autores de crimes de cartel denunciados e condenados, deixarão de ser réus primários e cumprirão pena de, no mínimo, 2 anos de reclusão, mais multa. [...] A pena de

²⁴ Consoante aduziu em entrevista concedida à Folha de São Paulo: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi2604200907.htm>.

2 anos de reclusão, como mínimo, entretanto, especificamente no caso de crime de formação de cartel, deverá trazer consequências desestimuladoras ao agente

Este raciocínio, que aponta a desestimulação do agente ao cometimento do crime pela alteração realizada sobre a pena cominada, já que não poderia mais receber qualquer benesse, não mais se aplica, pois, em 2020, passou a vigorar no ordenamento jurídico pátrio um novo instituto despenalizador, possuidor do condão de extinguir a punibilidade do agente, capaz de ser aplicado, pelo menos em razão do requisito objetivo da pena cominada, ao delito em comento. Trata-se do Acordo de Não Persecução Penal, a ser trabalhado em tópico posterior.

Não se olvida do posicionamento de Ana Paula Martinez (2013, p. 209/210) no sentido de que ainda seria possível a celebração da Suspensão Condicional do Processo em casos de cartel devido à brecha legislativa, não obstante não ter sido o desejo do legislador, veja-se:

A Lei 8.137/1990, Lei especial em matéria de cartéis, prevê em seu art. 9.º que, nos casos dos crimes previstos no art. 4.º, a pena de reclusão pode ser convertida em pena de multa, independentemente do número de anos da condenação. Note-se aqui o que parece ser uma falha de técnica legislativa: o melhor termo técnico seria substituição de pena ao invés de conversão, visto que esta última é tradicionalmente entendida como uma substituição que se dá no curso da execução da pena e não no momento de sua fixação pelo juiz. [...] Isso quer dizer que, em tese, a pena aplicável para o crime de cartel poderia ser apenas a de multa, o que voltaria a autorizar a possibilidade da Suspensão Condicional do Processo

Contudo, fato é que tal hipótese ainda não foi apreciada pelo STF nem pelo STJ, prevalecendo, assim, na doutrina, como visto, o entendimento de que a *sursis* processual não caberia no delito em tela.

Embora neste ensaio se adote certo tom crítico quanto à incidência da justiça negocial no âmbito penal em relação aos cartéis, explica-se que tal posicionamento se justifica pela realidade brasileira, em que pouquíssimos indivíduos são, de fato, responsabilizados penalmente por tal ilícito, importando na redução dos efeitos da prevenção geral.

Contudo, não se olvida que a utilização da “justiça negocial” nos casos de cartéis, na esfera administrativa, traz resultados efetivos, seja pela questão de que é possível dismantelar, com menos recursos públicos, esquemas que nem sequer eram conhecidos pelas autoridades, seja porque os acordos/termos firmados conseguem angariar quantias, a título de reparação, mais condizentes com os referidos prejuízos causados, porquanto é feita análise de cunho mais técnico em relação às consequências dessas condutas.

Nesse ponto, ressalta-se que o uso destes aparatos é incentivado internacionalmente, mormente pela dificuldade de investigação dessas condutas e pela necessidade de que sejam de alguma forma reprimidas. No caso brasileiro, os expoentes são o Acordo de Leniência e o Termo de Compromisso de Cessação, que são recorrentemente utilizados no combate a cartéis.

O primeiro é, em síntese, um acordo realizado entre o investigado (pessoa física ou jurídica) e o CADE, onde é possível obter a extinção da ação punitiva ou a redução da pena aplicável em 1 a 2/3. De acordo com o artigo 86 da Lei 12.529/11 (BRASIL), é preciso que a pessoa física ou jurídica contribua efetivamente com as investigações e com o processo administrativo, identificando os demais envolvidos e apresentando documentos e informações que comprovem a conduta, entre outros requisitos (CADE, 2016). Ademais, celebrado o acordo, por inteligência do artigo 87 da mesma Lei, fica suspenso o prazo prescricional e vedado o oferecimento de denúncia na esfera penal. Cumprido o acordo, extingue-se automaticamente a punibilidade em relação ao crime.

Já o Termo de Compromisso de Cessação (TCC) é, à luz do artigo 85 da referida Lei, em suma, um acordo em que o investigado se compromete a cessar sua conduta e a pagar certa contribuição pecuniária, e, em contrapartida, suspende-se o processo administrativo sancionador, no âmbito do CADE, durante o prazo de cumprimento, resultando, ao final, no arquivamento do procedimento (BATICH; RAFIH, 2020). O CADE também exige que o investigado reconheça participação na conduta ilícita, mas não há imunidade penal no TCC, o que gera um cenário perigoso aos infratores

perante a justiça criminal. Tal posicionamento se justifica pela intenção do CADE em não reduzir os incentivos ao programa de leniência.

Assim, entende-se que a aplicação destes aparatos negociais na esfera administrativa é mais efetiva, em relação à repressão a cartéis, do que se comparada à aplicação em âmbito penal. Daí a importância dos movimentos de parceria/colaboração entre o Ministério Público e o CADE, a fim de obter a melhor resposta à prática do crime em ambas as esferas de repressão²⁵.

Feitos alguns importantes comentários, volta-se à análise geral sobre a *sursis* processual, a fim de demonstrar a antiga compatibilidade do crime de cartel com os requisitos condicionantes para seu oferecimento.

Nota-se que a *sursis* alcança não só os crimes, mas também as contravenções penais previstas (raciocínio baseado no fato de serem menos gravosas, inclusive, que os crimes) ou não em Leis específicas.

Todavia, não se olvida que o art. 90-A da Lei nº 9.099/1995²⁶ veda a aplicação dessa norma no âmbito da Justiça Militar, impedindo tal benefício nestes casos. De igual modo, o art. 41 da Lei nº 11.340/2006²⁷, também veda a aplicação quanto aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher (ratificado pela Súmula nº 536 do STJ)²⁸.

Imperioso destacar, também, que para a análise da possibilidade de oferecimento da Suspensão Condicional do Processo, em se tratando do quesito da pena - que é um requisito objetivo previsto na Lei (no caso, a pena mínima deve ser no máximo de 1 ano) -, deve-se calcular aquela em abstrato e, se for o caso, com a incidência de eventuais privilégios, qualificadoras e causas de aumento ou de diminuição de pena, para, então, definir se o agente pode receber a benesse pelo delito cometido.

Nesse sentido é a Súmula 723 do STF²⁹, onde se afirma a não admissão da Suspensão Condicional do Processo por crime continuado se a soma da

²⁵ A título de exemplo: <https://www.mprs.mp.br/noticias/criminal/53461/>

²⁶ Art. 90-A. As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar.

²⁷ Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

²⁸ A Suspensão Condicional do Processo e a Transação Penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Pena.

²⁹ Não se admite a Suspensão Condicional do Processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.

pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano. Nota-se que não destoia desse posicionamento o STJ, como exposto na Súmula 243, *in verbis*:

O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal, ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.

Contudo, como dito alhures, quando vigente a pena cominada anteriormente ao crime tipificado no artigo 4º da Lei 8.137/90, aderindo-se à tese da alternatividade da pena - em que a multa seria menos gravosa -, nem sequer se fazia necessária tal análise, autorizando a incidência da *sursis* em qualquer caso, respeitados os outros aspectos que balizam o oferecimento - ou não - deste instituto despenalizador, conforme se está abordando.

Quanto aos requisitos subjetivos para a concessão de *sursis* processual, cita-se a necessidade de que o agente não esteja sendo processado e nem tenha sido condenado por outro crime, bem como devem estar presentes os outros requisitos subjetivos previstos para concessão da Suspensão Condicional da Pena, conforme disposto nos incisos I e II do artigo 77 do Código Penal, a saber: a) o condenado não seja reincidente em crime doloso; b) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício.

No que tange ao aspecto de que o agente não pode estar sendo processado, é mister salientar que parte da doutrina tece críticas, porquanto, em tese, representaria violação ao princípio de presunção de inocência. Nesse sentido são as considerações de Aury Lopes Júnior (2011, v. 2, p. 235), que aduz que “negar a suspensão condicional sob o argumento de que o réu responde a outro ou outros processos significa puni-lo antes do julgamento final”.

Ademais, cumpre salientar a controvérsia sobre o período a ser analisado entre o cumprimento da penalidade imposta em condenação anterior

e a prática de novo delito, ocasião em que no processo se analisa a possibilidade de oferecimento da *sursis*.

O posicionamento do STF³⁰ é no sentido de conjugação da norma com o artigo 64, I, do Código Penal³¹, que disciplina os efeitos da reincidência, sustentando, assim, que esse lapso temporal seria de 5 (cinco) anos. O mesmo raciocínio se faz em relação ao infrator que tenha se beneficiado há menos de 5 (cinco) anos de algum instituto despenalizador, o que não autorizaria que fosse agraciado novamente.

Após a análise a respeito das nuances que envolvem a Suspensão Condicional do Processo, benesse que era passível de incidência aos agentes de cartel (até a vedação), passa-se, enfim, à análise do outro instituto despenalizador que, em tese, pode ser aplicado ao delito.

4.2 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O advento do ANPP se dá com a Lei nº 13.964/19 (BRASIL), que ganhou notoriedade à época de sua promulgação, mormente por contar com alterações legislativas deveras relevantes em matéria de Direito Penal e Processual Penal.

Nesse cenário, depreende-se a introdução, de fato, do Acordo de Não Persecução Penal no ordenamento jurídico pátrio pelo dispositivo inserido no artigo 28-A do Código de Processo Penal.

Contudo, o ANPP é uma forma de justiça penal negocial que foi suscitada pela primeira vez no Brasil na Resolução nº 181 do CNMP (07/08/2017). Ocorre que tal resolução estava eivada, em tese, de inconstitucionalidade, por afronta ao artigo 22, inciso I, da Constituição Cidadã³².

³⁰ A exemplo: HC: 88157 SP, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 28/11/2006.

³¹ Art. 64 - Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; [...].

³² Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...].

Assim, foram impetradas as ADIs nº 5790 e nº 5793, onde se pugnava a inconstitucionalidade baseada no raciocínio de que não poderia o Conselho Nacional do Ministério Público, se imiscuir na competência legislativa exclusiva da União. Mesmo com as posteriores alterações dadas pela Resolução CNMP nº 183/201, continuou-se questionando a constitucionalidade do referido dispositivo, sendo resolvida a questão somente quando do advento do ANPP por meio da legislação federal anteriormente citada.

Este aparato de justiça negocial penal consiste, como o próprio nome diz, em um acordo celebrado entre o Ministério Público e o infrator com o fito de evitar a persecução penal e a aplicação da pena cominada ao crime, substituindo-a pelo cumprimento de condições estabelecidas neste ajuste entre as partes.

Nesse sentido, assim define Rogério Sanches Cunha (2020, p. 127):

Ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o indigitado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado.

Afirma, Araújo (2021, p. 162), que “o conceito mais apropriado de ANPP é de um negócio jurídico extraprocessual para resolução da lide na seara penal, mediante extinção da punibilidade”.

Ainda, é conceituado por Lima (2019, p. 200) como:

Cuida-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso – devidamente assistido por seu defensor –, que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso com o Parquet de promover o arquivamento do feito, caso a avença seja integralmente cumprida.

4.2.1 Requisitos para proposição e a aplicação ao crime de cartel

No que tange aos requisitos para aplicação do ANPP, é mister analisar o que dispõe o artigo 28-A do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor Acordo de Não Persecução Penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

A primeira questão que vem à tona é que não pode ser o caso de arquivamento, portanto, antes do oferecimento, é necessária análise minuciosa por parte do Ministério Público, a fim de constatar a existência de justa causa para eventual ação penal, análise esta que deve ser feita, também, como não poderia deixar de ser, nos casos de crime de cartel, buscando-se comprovar a existência de ajuste entre empresas ou ofertantes visando eliminar a concorrência. Nesse ponto, assertivos são os dizeres de Cabral (2020, p. 106):

Assim, deve existir a aparência de prática de um crime (*fumus commissi delicti*), deve existir legitimidade de parte (ou seja, a ação deve ser penal pública), a punibilidade concreta deve estar preservada (não pode estar, por exemplo, prescrita a pretensão acusatória) e também deve estar presente a justa causa, consubstanciada pelos elementos informativos e probatórios mínimos que emprestem fundamentos empírico para o oferecimento de denúncia.

Ademais, conforme lecionam Araújo e Balbi (2020), há similaridade com o procedimento de outro instrumento de justiça negocial penal, a saber, a Transação Penal - a qual não cabe no crime analisado neste ensaio, portanto, não trabalhada -, devendo funcionar como um meio alternativo de resolução, para se evitar o processo.

Outrossim, é necessário que o crime que tenha sido cometido não contenha indícios de violência ou grave ameaça, bem como que a pena cominada abstratamente não tenha pena mínima superior a 4 (quatro) anos e que o investigado, aceitando a proposta, confesse formal e circunstancialmente a prática da conduta delituosa.

No que tange à pena mínima cominada em abstrato e à questão da violência ou grave ameaça, é mister salientar o entendimento de Rogério Sanches Cunha (2020, p. 129):

Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição, aplicáveis ao caso concreto (§1º). Portanto, tomando como norte a pena mínima abstratamente cominada ao delito, presente causa de aumento variável, deve-se utilizar a menor fração; no caso de diminuição variável, a maior fração. Imaginemos causas de aumento variado de 1/6 a 2/3. Temos que aplicar o aumento de 1/6; se de diminuição, a fração de 2/3. Só assim o operador chega na pena mínima abstratamente possível para a infração pena em tese praticada pelo investigado. Percebam que o legislador proíbe o ANPP no caso de crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Para nós, a violência que impede o ajuste é aquela presente na conduta, e não no resultado. Logo, homicídio culposo, por exemplo, admite o ANPP

No mesmo diapasão é a inteligência do Enunciado nº 72 do CAOCRIM - MPSP, bem como do Enunciado nº 23 do GNCCRIM, respectivamente:

É cabível o Acordo de Não Persecução Penal nos crimes culposos com resultado violento, pois, nesses delitos, a violência não está na conduta, mas no resultado não querido ou não aceito pelo agente, incumbindo ao órgão de execução analisar as particularidades do caso concreto.

É cabível o Acordo de Não Persecução Penal nos crimes culposos com resultado violento, uma vez que nos delitos desta natureza a conduta consiste na violação de um dever de

cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado e nem aceito pela agente, apesar de previsível.

Por outro vértice, em contraponto a esse raciocínio, não se olvida do posicionamento de parte da doutrina, como de Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2020), o qual aduz que a vedação à violência englobaria tanto a dolosa quanto a culposa, porquanto o legislador não delimitou a restrição a uma só determinada modalidade.

Quanto ao aspecto de que é exigida a confissão, Cunha (2020) defende que não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Com efeito, haveria, no máximo, uma admissão implícita de culpa, sem efeitos relevantes juridicamente. Para o autor, deve-se ter o devido processo legal para que a culpa seja de fato reconhecida.

Ademais, verificam-se, na inteligência do referido artigo, vedações à aplicação do Acordo de Não Persecução Penal, estipuladas no § 2º, a saber: I - se for cabível Transação Penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da Lei; II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em Acordo de Não Persecução Penal, Transação Penal ou Suspensão Condicional do Processo; e IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Em relação ao inciso I, importa no desejo de que um instituto despenalizador não se sobreponha ao outro, de forma a manter a Transação Penal dentro da rotina dos Juizados Especiais Criminais e dos crimes de menor potencial ofensivo.

No inciso II, sobre a reincidência não rodeiam maiores dificuldades, ensejando apenas a utilização dos artigos 63 e 64 do Códex Penal³³. No ponto, o ensinamento de Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2020, p. 107/108):

³³ Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

O legislador adotou como critério político-criminal para o não cabimento do Acordo de Não Persecução Penal o fato de o investigado ser reincidente. Com isso, legitimamente, pretendeu com o ANPP, dentre outras coisas, dar uma nova oportunidade apenas para aqueles que se envolveram, pela primeira vez, em práticas delitivas.

Já quanto ao resto do que dispõe o mesmo inciso, pairam algumas críticas no que tange à sua redação, como a de Faria (2020), porquanto haveria, em tese, uma imprecisão técnica da prática legislativa ao usar expressões como “conduta criminal habitual, reiterada ou profissional”.

Com efeito, a melhor interpretação, aponta Lai (2020), seria a exegese que entende a conduta criminal habitual como a recorrente prática de delitos; a reiterada, por sua vez, representaria a prática criminosa por mais de uma vez; e a profissional, por fim, remeteria ao *modus operandi* do criminoso ou ao aspecto de que este leva o crime como sua ocupação na vida. Em contraponto, com importante relevância, ficou previsto no mesmo inciso que a exceção para aplicação quando forem “insignificantes as infrações penais pretéritas”.

Quanto ao inciso “III”, verifica-se, novamente, similaridade com um aspecto da Transação Penal e da Suspensão Condicional do Processo, a saber, o fato de não poder ter sido o agente beneficiado por algum instrumento de justiça negocial nos últimos 5 (cinco) anos.

No último inciso, nota-se a consolidação do frequente posicionamento jurisprudencial no tocante à aversão de medidas despenalizadoras nos casos de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor (FARIA, 2020).

A análise exposta até aqui nos permite entender que, tendo em vista a pena mínima da prática de cartel ser de 2 (dois) anos e o fato de que a conduta não envolve violência ou grave ameaça, se salvaguardados os outros requisitos relacionados ao criminoso propriamente dito (reincidência, conduta habitual, já ter sido beneficiado dentro de 5 cinco anos, etc), seria possível o oferecimento deste instituto despenalizador aos agentes.

Ademais, no § 3º e seguintes do artigo 28-A do CPP, dispõe-se sobre uma série de aspectos relevantes em relação ao procedimento envolto ao ANPP, como, por exemplo, os aspectos da forma de oferecimento por parte do

Ministério Público, aceite por parte do investigado, homologação em audiência, intimação, execução e, se for o caso, revogação do benefício, entre outros, veja-se:

§ 3º O Acordo de Não Persecução Penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do Acordo de Não Persecução Penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no Acordo de Não Persecução Penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o Acordo de Não Persecução Penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do Acordo de Não Persecução Penal e de seu descumprimento.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no Acordo de Não Persecução Penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do Acordo de Não Persecução Penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de Suspensão Condicional do Processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do Acordo de Não Persecução Penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o Acordo de Não Persecução Penal, o juízo competente decretará a extinção da punibilidade.

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o Acordo de Não Persecução Penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos ao órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

Aspecto interessante é o com relação ao descumprimento das condições estipuladas no Acordo de Não Persecução Penal. Com efeito, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior

oferecimento de denúncia. Não suficiente, esta desídia do investigado com relação ao ajustado também poderá ser utilizada pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de *sursis* processual. Se fosse um investigado por crime de cartel, de qualquer forma, já não poderia receber a *sursis* processual, consoante visto anteriormente.

Ainda pertinente ao caso de descumprimento, veja-se o teor do Enunciado nº 27 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM):

Havendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo).

É mister ressaltar, também, que, não obstante a execução do ajuste seja feita perante o Juízo da Execução Penal - vide artigo 28-A, § 6º, do Código de Processo Penal -, o Juízo que procedeu à homologação é que possui a competência para sua eventual rescisão, conforme vem decidindo o Judiciário³⁴.

No que tange às condições que podem ser impostas ao acusado, à luz do § 1º do mesmo artigo em análise, pairam dúvidas no tocante à cumulatividade ou alternatividade das condições lá dispostas.

Há quem sustente que as condições dos incisos I, II e III seriam obrigatórias e deveriam somar-se alternativamente à condição de um dos dois últimos incisos (III e IV). Todavia, mais coerente se faz o posicionamento que aduz que as condições representam obrigações autônomas, podendo ser somadas a outras, ou não, a partir da análise de cada caso concreto (BARROS; CABRAL; CUNHA; SOUZA, 2020).

No primeiro inciso referente às condições, preza-se pela reparação do dano causado pela conduta delituosa - exceto na impossibilidade de fazê-lo - de igual forma ao que ocorre na *sursis* processual.

³⁴ TJ-SC - CJ: 50122746220238240000, Relator: Roberto Lucas Pacheco, Data de Julgamento: 28/03/2023.

Em se tratando do segundo inciso, depreende-se, em suma, que busca elidir a possibilidade de que o investigado enriqueça ilicitamente, portanto, este deve renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime.

Importante adendo é que devem existir elementos firmes a apontar a existência desses objetos, evitando-se criar uma condição inexecutável ou expor o investigado a um confisco de bens alarmante (BARROS; CABRAL; CUNHA; SOUZA, 2020).

No inciso III, dispõe-se que o investigado deve prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, situação a qual corriqueiramente os agentes infratores são submetidos quando beneficiados por qualquer que seja o instrumento de justiça negocial penal.

Em relação à condição do inciso IV, dispõe-se que o investigado deve pagar prestação pecuniária, à luz dos termos do artigo 45 do Código Penal³⁵, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito. Nota-se, novamente, outra condição recorrente quando ofertados institutos despenalizadores.

Por inteligência do inciso V, o Ministério Público poderá indicar outra condição a ser cumprida pelo investigado por prazo determinado, desde que proporcional e compatível com a infração imputada.

³⁵ Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48.

§ 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.

§ 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

Em crítica ao leque de opções dadas ao *Parquet*, Barbosa (2020) aduz que o legislador deveria ter evitado cláusula de tamanha discricionariedade. No mesmo sentido é o pensamento de Rosa (2020), a qual, ainda, chama a atenção para a necessidade de forte atuação da advocacia e dos magistrados para que extrapolações sejam evitadas.

Ademais, outro ponto relevante em torno do ANPP, é quanto à retroatividade deste instituto despenalizador. Defende-se que possua natureza de norma híbrida ou mista, porquanto versar sobre direito processual e também material, tendo em vista que criou nova causa de extinção da punibilidade, sendo por isso mais benéfica que eventual sentença condenatória. À luz do art. 5º, inciso XL, da Constituição Cidadã, a Lei penal mais benéfica deve retroagir. Portanto, coerente se mostra a aplicação em todos os processos em curso em que é cabível, salvaguardados aqueles em que houve sentença prolatada (JOSITA; LOPES JÚNIOR, 2020)

Este argumento de retroatividade já foi utilizado, inclusive, em caso de cartel³⁶, não prosperando justamente porquanto já havia sentença prolatada.

Com efeito, a sentença deve ser entendida como momento preclusivo para o oferecimento do ANPP, em analogia, até, com a praxe do STF e do STJ, que assim entendem em relação ao oferecimento da Suspensão Condicional do Processo.

Nesse sentido, veja-se julgado do Supremo Tribunal Federal:

SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL É APLICÁVEL TAMBÉM AOS PROCESSOS INICIADOS EM DATA ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 13.964/2019, **DESDE QUE AINDA NÃO TRANSITADOS EM JULGADOS** E MESMO QUE AUSENTE A CONFISSÃO DO RÉU ATÉ O MOMENTO DE SUA PROPOSIÇÃO. SEGUNDO AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(HC 206660 AgR-segundo, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2023). (grifo nosso).

Por fim, percebe-se, no *caput* do artigo que disciplina o ANPP, a conferência de discricionariedade ao *Parquet* para o oferecimento - ou não - de

³⁶ A exemplo: TJ-SC - APR: 00009962620158240067, Relator: Sidney Eloy Dalabrida, Data de Julgamento: 14/07/2022.

tal instituto despenalizador, porquanto prevê-se a análise quanto à necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime.

Nesse sentido, ressalta-se os dizeres de Cabral (2020, p. 94):

Assim, na avaliação do que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, é possível e recomendável utilizar-se como parâmetro interpretativo as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, assim como as agravantes e majorantes previstas na legislação penal, desde que relacionadas à gravidade do fato ou à culpabilidade do agente

Com efeito, Sauveí Lai (2020) faz importante adendo em relação à exegese desse requisito, afirmando que somente poderá ser valorado à luz do caso concreto, vedando-se análise superficial baseada somente na gravidade em abstrato do delito cometido.

Fato é que, a partir dos aspectos destacados, verifica-se que o Acordo de Não Persecução Penal não é um direito subjetivo do investigado. O Ministério Público, com seu “poder-dever”, no papel de representante do interesse público, após o exame de todas as outras condições autorizadoras, procede à análise minuciosa quanto à suficiência do oferecimento desse instituto, portanto, incide um juízo discricionário, mas que possui limitação no dever de fundamentar suas decisões.

Neste diapasão, ressalta-se que o STF inclina-se pela ausência de direito subjetivo do réu, a exemplo, colhe-se o seguinte precedente:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ART. 35 DA LEI 11.343/2006). INVIABILIDADE. 1. As condições descritas em Lei são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro. **Entretanto, não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao Parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição.** 2. O art. 28-A do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 13.964/19, foi muito claro nesse aspecto, estabelecendo que o Ministério Público “poderá propor Acordo de Não Persecução Penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e

prevenção do crime, mediante as seguintes condições”. [...] (cf. HC 191.464- AgR/SC, Primeira Turma, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 26/11/2020). 4. Agravo Regimental a que nega provimento. (HC 191124 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 08/04/2021). (grifo nosso).

Veja-se que a Suprema Corte baseia seu raciocínio na própria redação do dispositivo, a qual é cristalina ao afirmar que “[...] o Ministério Público **poderá** propor Acordo de Não Persecução Penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...]”. Em suma, trata-se de argumento à letra da Lei, sem maiores complexidades, prezando-se pura e simplesmente pelo intento demonstrado pelo legislador por meio da redação do dispositivo.

Não se olvida que, no § 14 do artigo 28-A do CPP, previu-se instância de revisão ministerial - para os casos em que houver recusa de proposição, ocasião em que o órgão superior poderá adotar tais providências: a) oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; b) complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la; c) reformular a proposta de acordo de não persecução; e d) manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a instituição (ENOMOTO, 2023).

Contudo, em suma, é um controle *interna corporis*, sem interferência externa, mantendo-se, assim, a discricionariedade ministerial, onde essa análise da necessidade e prevenção terá que ser novamente feita, agora, por um membro de órgão superior da mesma instituição, reafirmando-se que a proposição do ANPP não se trata de um direito subjetivo do investigado, e, no caso do crime de cartel, salvaguardados o cumprimento de todos os outros requisitos, poderá, ou não, incidir no caso concreto, a depender da supracitada análise feita pela acusação.

5 CONCLUSÃO

A partir da abordagem quanto ao desenvolvimento do Direito Antitruste, seus fundamentos e princípios norteadores, melhor se compreende a importância do estudo e repressão referente ao fenômeno chamado “cartel”, tendo em vista a gravidade das consequências que essa conduta traz à coletividade.

Observa-se que, na missão de elidir a ocorrência de cartéis, a política antitruste brasileira tem seu grande aliado no Direito Penal, onde, para além das multas que podem ser aplicadas, pelos órgãos administrativos de fiscalização, aos que pratiquem tal conduta anticompetitiva, prevê-se a possibilidade da aplicação de penas corpóreas às pessoas físicas, que são as que, de fato, moldam, planejam e executam os cartéis.

Contudo, via-se que tal possibilidade de repressão penal não vinha prevalecendo, pelo menos no nível considerado proporcional e ideal aos danos causados pela conduta, porquanto havia a incidência da Suspensão Condicional do Processo, tendo em vista a brecha legislativa em relação ao critério de pena cominada no artigo que tipifica este fenômeno, o qual aceitava a aplicação alternativa de multa.

A aplicação de um instituto despenalizador positivado na Lei dos Juizados Especiais Criminais, que trata justamente de crimes de menor potencial ofensivo, era criticada, à luz do argumento de que cartéis não poderiam ser equiparados a tais delitos, porquanto apresentam consequências mais gravosas.

Contudo, fato é que, como visto em quadro de dados colacionado neste trabalho, diversos agentes receberam tal benesse nos anos anteriores à alteração da pena cominada no artigo 4º da Lei 8.137/90, promovida pela novel Lei de Concorrência brasileira (12.529/11). Com a consequente vedação da *sursis* processual, já que a pena mínima cominada, agora, seria considerada como os 2 (dois) anos de reclusão, manifestamente intencionou o legislador recrudescer a repressão àqueles que praticassem tal conduta.

Todavia, posteriormente, surge o Acordo de Não Persecução Penal, outro instituto despenalizador, que, conforme analisado neste ensaio, viu-se ser

aplicável, também em relação ao critério objetivo da pena mínima cominada, entre outros critérios, ao crime de cartel.

Dessarte, o fato de que, em tese, o agente de cartel poderia, novamente, se beneficiar de um instituto despenalizador - permitindo extinguir a sua punibilidade sem responder a um processo penal -, trouxe o questionamento no que tange à compatibilidade entre o advento do ANPP e a continuidade da política criminal que havia se consolidado em relação ao crime em testilha.

Em resposta a esse questionamento, conclui-se que o ANPP não representa um retrocesso à política criminal de maior repressão ao crime de cartel, já que um de seus requisitos é a necessidade e suficiência para prevenção e repressão ao delito. Assim, se no caso concreto, mostrar-se a adoção da medida insuficiente para a consecução das finalidades de prevenção geral e especial da persecução penal, o Ministério Público tem o poder-dever de deixar de propor o acordo, justificando a sua decisão por ocasião do oferecimento da denúncia.

Em acréscimo à conclusão, sugere-se, aqui, que a análise quanto à necessidade e suficiência deveria permear o tempo de duração do cartel instituído, o número de membros, sua organização e habitualidade - em síntese, o grau de institucionalização -, consoante o entendimento do CADE quanto à classificação como cartel *hardcore*. Ou, se preferível, o método da OCDE, que considera cartel *hardcore* aquele que tenha a presença, de fato, de um acordo, e que seja relativo a variáveis comercialmente sensíveis, a exemplo, preços e áreas de atuação.

Já no caso de cartéis *soft*, não obstante não tenha sido o desejo do legislador ao alterar a pena cominada ao tipo, que buscou a não incidência de aparatos de justiça negocial em qualquer que seja o tipo do cartel instituído, o *Parquet*, à luz de critérios de razoabilidade e proporcionalidade, poderia oferecer o ANPP, sustentado em condições que, se aceitas pelo investigado, lhe parecessem necessárias e suficientes para a repressão e prevenção do crime, sem que se caracterize um retrocesso à repressão ao fenômeno em comento.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Douglas; BALBI, Laura. **Primeiras impressões sobre o Acordo de Não Persecução Penal**. Revista Jus Navigandi, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78760/primeiras-impressoes-sobre-o-acordo-de-naopersecucao-penal>. Acesso em: 22 mai. 2023.
- ARAÚJO, Renan. **Pacote Anti Crime: Código Penal e Código de Processo Penal**. Edição. São Paulo: Estratégia Carreira Jurídica, 2021.
- ASSIS, João Francisco de. **Juizados Especiais Criminais: justiça penal consensual e medidas despenalizadoras**. Curitiba: Juruá, 2009.
- BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- BARBOSA, Ana Cássia. **O “novo” Acordo de Não Persecução Penal, 2020**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/acordo-nao-persecucao-penal/>. Acesso em: 21 mai. 2023.
- BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó. **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 226, p. 195, 2001. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v226.2001.47240>. Acesso em: 18 abr. 2023.
- BATICH, Filipe Lovato; RAFIH; Rhasmye El. **Interfaces entre o TCC-cartel e o ANPP**. Jota, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/interfaces-entre-o-tcc-cartel-e-o-anpp-11102020>. Acesso em: 28 mai. 2023.
- BATISTA, Nilo. **A violência do Estado e os aparelhos policiais. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, n. 4, 1997.
- BENSOUSSAN, Fábio Guimarães; GOUVÊA, Marcus de Freitas. **Manual de Direito Econômico**. Salvador: Juspodivm, 2015.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cartilha do CADE**. Brasília: 2016.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Programa de leniência antitruste do CADE**. Brasília: 2016.
- BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 13 abr. 2023.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 13 abr. 2023.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 18 set. 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 14 abr. 2023.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 12 abr. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 abr. 2023.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 25 mar. 1824. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.html. Acesso em: 12 abr. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 7.666, de 22 de junho de 1945**. Dispõe sobre os atos contrários à ordem moral e econômica. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/del7666.htm. Acesso em: 18 abr. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 869, de 18 de novembro de 1938**. Define os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decLei/1930-1939/decreto-Lei-869-18-novembro-1938-350746-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 18 abr. 2023.

BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/l12529.htm. Acesso em: 19 abr. 2023.

BRASIL. **Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962**. Regula a repressão ao abuso do poder econômico. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/l4137.htm. Acesso em: 18 abr. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8884.htm. Acesso em: 19 abr. 2023.

BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 3. **Combate a cartéis** – Brasília : MPF, 2019. 53 p. (Roteiro de atuação; v. 1).

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal, parte especial, vol. 1. 2**. São Paulo: Atlas, 2016.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal**, Salvador: Juspodivm, 2020.

CAÚLA E SILVA, Angélica Karina de Azevedo. **Suspensão Condicional do Processo: análise garantista**. Curitiba: Juruá, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONNOR, John M. **Global Antitrust Prosecutions of Modern International Cartels**. Journal of Industry, Competition and Trade. Kluwer Academic Publishers, v. 4, n. 3, p. 239-267, 2004.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CPP, CPP e LEP**. Salvador: Juspodivm, 2020.

DOTTI, Renné Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. **Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o plea bargain brasileiro**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, nº 317, 2019.

ENOMOTO, Cibele Machado de Souza. **Acordo de Não Persecução Penal: discricionariedade do Ministério Público**. Conteúdo Jurídico, 2023. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/61158/acordo-de-no-persecuo-penal-discricionariedade-do-ministrio-pblico>. Acesso em: 23 abr. 2023.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º a 120)**. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

FARIA, J. D. R. Justiça penal negocial: **O Acordo de Não Persecução Penal, uma análise do instituto**. Monografia (Bacharelado em Direito) – Curso de Direito, Universidade Evangélica de Goiás, Anápolis, 2020.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GHEVENTER, A. **Política Antitruste e Credibilidade Regulatória na América Latina**. Dados, v. 47, 2004.

GÜNSTER, Andrea *et al.* **Do cartels undermine economic efficiency?** *American Economic Association Working Paper*, 2011.

JOSITA, Higyna; LOPES JÚNIOR, Aury. **Questões polêmicas do Acordo de Não Persecução Penal**. Revista Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 27 mai. 2023.

KARAM, Maria Lúcia. **Juizados Especiais Criminais: a concretização antecipada do poder de punir**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2004.

LAI, Sauvei. **Primeiras impressões sobre o Acordo de Não Persecução Penal**. Revista Migalhas, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/320078/primeiras-impressoes-sobre-o-acordo-d-e-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 22 abr. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 7ª edição. Salvador: Juspodivm, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal: e sua conformidade constitucional**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 2.

LOPES JÚNIOR, Aury, **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Singular, 2013.

MENDRONI, Marcelo Batlouni; FARINA, Fernando Mercier Querido. **As consequências penais da Lei n. 12.529/11**. In. Farina, Laércio (org.). **A nova Lei do CADE**. São Paulo: Migalhas, 2012, p. 124-136.

MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Manual de Direito Penal - Parte Geral**, 9ª ed., São Paulo: Atlas, 1995.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais - comentários, jurisprudência e legislação**. 3º ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MONTEIRO, C. D. B. **Políticas Antitruste: Aspectos Relevantes para o Caso Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Administração Pública), Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2003.

MONTEIRO, Carmen Diva. **Sobre a política antitruste no Brasil e seus aspectos críticos**. Dez. 2002. Disponível em: <http://cdi.mecon.gov.ar/bases/doc/seae/dt27.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2023.

MORCILLO, Francisco Morchón; TROSTER, Roberto Luís. **Introdução à economia**. São Paulo: Makroon Books, 1994.

MOTTA, Massimo. **Competition Policy: Theory and Practice**. New York, Cambridge University Press, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OECD. **Hard core cartels: recent progress and challenges ahead**. Paris, OECD Press, 2003.

OECD. **Recommendations & Best Practices: Recommendation of the Council Concerning Effective Action against Hard Core Cartels**, 1998.

OECD. **Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws**. Paris: OECD Press, 2002.

OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no Processo Penal: Uma Alternativa para a Crise do Sistema Criminal**. São Paulo: Almedina, 2015.

PRADO, Luiz Régis. **Direito Penal Econômico**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos** – 6ª Edição. Florianópolis: EMais – Editora & Livraria Jurídica, 2020.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SCAFF, Fernando Facury. **Efeitos da Coisa Julgada em Matéria Tributária e Livre concorrência**. In: Coisa Julgada, Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária. coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética; e Fortaleza: ICET, 2006. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2523/2094>. Acesso em 18 abr. 2023.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes**. In: POSSAS, Mário Luiz (Coord.) Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência. São Paulo: Singular, 2002.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TEIXEIRA, Osvaldo de Freitas. **Cartel como forma de abuso do poder econômico**. Jus Societas, v. 3, p. 83, n. 1, 2009.

TODOROV, F. R. e TORRE FILHO, M. M. **History of competition policy in Brazil 1930-2010**. Antitrust Bulletin, v. 57, pp. 234-257, 2012.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes**. In: POSSAS, Mario Luiz (Coord.) Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência. São Paulo: Singular, 2002.