



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UnB

FACULDADE DE DIREITO - FD

CAIO GODOY GODINHO

CARTÉIS E ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS:

Uma análise da aplicabilidade da Lei 12.850/13 a cartéis

Brasília

2023

CAIO GODOY GODINHO

CARTÉIS E ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS:**Uma análise da aplicabilidade da Lei 12.850/13 a cartéis**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD-UnB), elaborada sob orientação do Professor Roberto de Castro Pimenta, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Brasília

2023

FOLHA DE APROVAÇÃO

Monografia de Graduação de autoria de Caio Godoy Godinho, intitulada **“CARTÉIS E ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: Uma análise da aplicabilidade da Lei 12.850/13 a cartéis”**, apresentada como parte dos requisitos necessários à obtenção do grau de Bacharel em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, em __/__/__, defendida e aprovada pela Banca Examinadora:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Roberto de Castro Pimenta

(Orientador – Presidente)

Profa. Dra. Amanda Flávio de Oliveira

(Membro)

Prof. Dr. Victor Oliveira Fernandes

(Membro)

Profa. Dra. Amanda Athayde Linhares Martins Rivera

(Suplente)

DEDICATÓRIA

*A meus pais, Amauri e Fernanda, e à Amanda Valença, minha amada e maior
inspiração.*

RESUMO

Organizações criminosas podem assumir as mais diversas formas. O mesmo se pode dizer a respeito da prática de cartel. Havendo a possibilidade de um cartel se enquadrar como uma organização criminosa, cabe analisar quais os requisitos para que isso ocorra. Para isso, utiliza-se da definição concorrencial de cartéis *hardcore*/clássicos e *softcore*/difusos. Verifica-se que, a depender do tipo de cartel, ele preenche ou não os requisitos para enquadramento no tipo penal de cartel do art. 4º da Lei 8.137/90 ou enquanto organização criminosa (art 2º da Lei 12.850/13). Um cartel difuso não poderá ser considerado organização criminosa, por não demonstrar estabilidade e permanência, e tampouco ser tipificado como crime, enquanto um cartel clássico possui alguns desses requisitos e pode ou não possuir outros, o que deve ser verificado no caso concreto. Tendo em vista que alguns cartéis poderão ser considerados organização criminosa e outros não, a expertise e as ferramentas do direito concorrencial podem servir para analisar a configuração de um grupo e verificar a possibilidade de seu enquadramento, ou não, como organização criminosa.

Palavras-chave: Cartel. Organização criminosa. Cartel difuso, Cartel clássico. Cartel em licitações. Concurso de crimes.

ABSTRACT

Criminal organizations can take many different forms. The same can be said about the practice of cartel. Since there is the possibility of a cartel to be classified as a criminal organization, it is important to analyze which are the requirements for this to occur. For this, we use the definition of hardcore and softcore cartels. It is found that, depending on the type of cartel, it may or may not meet the requirements to be included in the criminal type of cartel of art. 4 of Law 8.137/90 or as a criminal organization (art. 2 of Law 12.850/13). A softcore cartel may not be considered a criminal organization, for not demonstrating stability and permanence, nor be typified as a crime, while a hardcore cartel has some of these requirements and may or may not have others, which must be verified in the given case. Considering that some cartels may be considered criminal organizations and others not, the expertise and tools of competition law may be used to analyze the configuration of a group and verify the possibility of its classification, or not, as a criminal organization.

Keywords: Cartel. Criminal organization. Hardcore cartel, Softcore cartel. Bid rigging. Concurrent crimes.

SUMÁRIO

1. Introdução	7
2. O cartel enquanto organização para a prática de crimes econômicos: breves considerações teóricas sobre a natureza dos ilícitos	7
2.1. Organizações Criminosas	8
2.2. Crimes de Colarinho Branco	11
2.3. Cartel: entre crimes de colarinho branco e o crime organizado	15
3. Cartéis são Organizações Criminosas? Uma análise normativa	23
3.1. A Lei 12.850/13 (Lei de Organizações Criminosas)	23
3.2. O Tratamento Penal Para o Cartel	25
3.2.1. Os Cartéis Como Organizações Criminosas	28
4. Conclusão	40
Referências	43

1. Introdução

Este trabalho visa identificar quais cartéis podem ou não ser considerados organizações criminosas. Para isso, faz-se uso do conhecimento e experiência do direito concorrencial como ferramenta de classificação e categorização de cartéis para, então, analisar em que casos se preenchem ou não os requisitos para a configuração como organização criminosa (nos termos da Lei 12.850/13).

Para esse fim, primeiramente será realizada uma breve análise sobre o que se entende, do ponto de vista doutrinário, acerca dos ilícitos de organização criminosa e de cartel, de forma a esclarecer alguns pontos sobre a forma de funcionamento e a natureza destes ilícitos. Em seguida, será realizada uma análise normativa de como esses ilícitos foram positivados no ordenamento jurídico brasileiro – mais especificamente, nas Leis 12.850/13, 8.137/90 e 14.133/21 – bem como qual vem sendo o tratamento conferido pela jurisprudência mais recente relativa ao tema.

Assim, o presente trabalho parte da hipótese de que a configuração de um cartel como organização criminosa depende da sua estrutura e forma de funcionamento, devendo se perquirir para quais casos o ilícito de cartel é apto, também, a ser enquadrado enquanto organização criminosa.¹

2. O cartel enquanto organização para a prática de crimes econômicos: breves considerações teóricas sobre a natureza dos ilícitos

Para a análise de quais cartéis podem ou não ser considerados organizações criminosas, é necessário primeiramente conceituar o que é uma organização criminosa e por que foi necessária a criação de um tipo penal próprio para este grupo criminoso. Após esta definição, serão expostos quais são os tipos de organização criminosa, destacando-se aquelas que produzem efeitos sociais

¹ Embora o enquadramento do cartel enquanto associação criminosa – crime previsto no artigo 288 do Código Penal, que não se confunde com organização criminosa - seja possível, o presente trabalho terá como enfoque principal o tipo do art. 4º da 12.850/13, embora haja menções pontuais ao tipo de associações criminosas consideradas relevantes para a análise do crime de organizações criminosas ou cartel.

econômicos difusos, considerados, por muitos autores, “crimes de colarinho branco”. Dentro desse grupo encontram-se os cartéis.

Como os crimes econômicos possuem efeitos invisíveis, o que dificulta a investigação desse tipo de ilícito através de seus efeitos, o conhecimento e as práticas do direito concorrencial revelam-se úteis para verificar quais são os elementos identificadores de um cartel, o que facilita sua investigação penal. Por essa razão, no presente capítulo serão analisados os elementos caracterizadores das organizações criminosas e dos crimes de colarinho branco, bem como de que forma o cartel se encaixa nesse contexto.

2.1. Organizações Criminosas

Condutas lesivas praticadas em grupo, em regra, são mais lesivas que aquelas praticadas solitariamente, o que torna necessário um combate mais incisivo a esse tipo de associação. Para isso, o direito brasileiro positivou a prática no Código Penal como um crime à parte, o de “quadrilha ou bando”, que foi rebatizado como “associação criminosa” e hoje é regido pela seguinte redação²:

Associação Criminosa

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

Ocorre que dentre as associações criminosas havia aquelas que se destacavam por exercerem maior poder de controle sobre a sociedade e se utilizavam de meios mais elaborados para manter suas atividades. Por isso, foi necessária a criação de uma nova classificação para designar os grupos que possuem maior potencial lesivo: as organizações criminosas.

² BRASIL. *Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31.12.1940.

A conceituação de organização criminosa não é simples, de modo que não há consenso na doutrina quanto a uma definição específica, embora se conheça seu maior potencial lesivo. Segundo Cezar Roberto Bitencourt³,

Criminalidade organizada, por sua vez, genericamente falando, deve apresentar um potencial de ameaça e perigo gigantescos, além de produzir consequências imprevisíveis e incontroláveis. No entanto, os especialistas ainda não chegaram a um consenso para definir o que representa efetivamente a criminalidade organizada: o que ela é, como se desenvolve, quais suas estruturas, quais suas perspectivas futuras, como combatê-las são questões ainda sem respostas.

Isso porque tais organizações apresentam um elevado grau de flexibilidade em sua atuação, ou seja, podem se estruturar e operacionalizar sua atuação nas mais diversas formas, e se coordenam para exercer suas funções de forma mais eficiente e racional, o que dificulta sua investigação.

Quando os agentes agem em coletividade, em associação ou de maneira organizada, suas decisões tendem a ser melhor discutidas e mais racionais. Isso, em conjunto com a estruturação e divisão de tarefas típica da organização criminosa, potencializa ainda mais os efeitos lesivos das condutas praticadas e dificulta o trabalho para desmascarar as organizações, seus membros e os crimes que praticam.

Diante das dificuldades em definir uma organização criminosa pela atividade explorada pelo grupo, dada sua dinamicidade, e com a clara necessidade de tratamento diferenciado para este tipo de ilícito, o Brasil positivou a lei 12.850/2013, segundo a qual:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º **Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.** (Grifo meu).

³ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal, parte especial 4: dos crimes contra a dignidade sexual até os crimes contra a fé pública*, p. 443. 7ª edição.

As infrações de organizações criminosas, portanto, são variadas. Mas há, entre todas as organizações criminosas, elementos em comum definidos normativamente⁴:

- I. o objetivo de obter vantagens indevidas de qualquer natureza, que serve de motor para todo o grupo;
- II. a prática de infrações penais cujas penas máximas ultrapassam os 4 anos como meio de se obter estas vantagens;
- III. o número de agentes superior a 4 indivíduos;
- IV. a organização estrutural do grupo; e
- V. a divisão de tarefas entre os membros do grupo.

Embora muitas pessoas possuam a tendência de relacionar o termo "organização criminosa" às facções criminosas, máfias e milícias, como se fossem sinônimos, isso não cobre toda a realidade. Segundo Marcelo Mendroni (apud CLEMENTINO), esse estigma corresponde às organizações criminosas do tipo tradicional, mas há outros tipos básicos de organização criminosa além dessa:

a) Organizações Criminosas Tradicionais - Também são chamadas de clássicas, sendo o principal exemplo as máfias. Estas apresentam estrutura hierárquico-piramidal, possuem rituais de inicialização para a investidura de seus membros, impera a omertà (lei do silêncio), são quase sempre baseadas no etnocentrismo, há o controle de dado território por cada família, e os seus integrantes devem obedecer cegamente algumas regras específicas estipuladas quando de sua entrada na organização;

b) Rede (Network – Rete Criminale – Netzstruktur) – Surge entre os anos 80 do século XX e início do século XXI, decorrente principalmente do fenômeno da globalização. Diferentemente do que ocorre com as máfias, não possui uma hierarquia bem definida, nem rituais, nem uma estrutura permanente. Pelo contrário, são grupos que se organizam temporariamente em volta de

⁴ Há, ainda, outras características comuns que podem estar presentes em várias organizações criminosas, que vão além da conceituação adotada no ordenamento brasileiro, mas ainda merecem ser citadas. São elas: a busca incessante de lucros e poder econômico para controlar sua região de atuação; o alto poder de intimidação com emprego de violência ou ameaças; grande poder de corrupção dos agentes públicos; e o paralelismo estatal, desenvolvendo assim atividades sociais que seriam prerrogativas do Estado.

Nota-se que estas características não são *conditio sine qua non* para que um grupo seja considerado uma organização criminosa, mas são elementos que em conjunto servem como indícios da sua configuração. De fato, com a vigente definição legal da Lei 12.850/13, há muitos grupos que não apresentam os pressupostos supracitados mas ainda assim preenchem os requisitos de uma organização criminosa previstos na legislação. Como será demonstrado adiante, também há aquelas organizações criminosas que visam apenas a realização de ilícitos econômicos, por exemplo, como é o caso do cartel.

criminosos profissionais, aproveitando-se da existência de oportunidades em locais específicos. Logo que desenvolvem, suas atividades ilícitas se desmantelam sem deixar rastros.

c) Empresarial - É constituída nos moldes de uma empresa lícita, porém para a prática de atividades ilegais. Ou seja, atividades legais são desenvolvidas por meio de lucros obtidos através de negócios escusos.

d) Endógena - É aquela organização criminosa que atua dentro das próprias instituições públicas, atingindo todas as esferas estatais de poder. É formada principalmente por funcionários públicos que praticam, portanto, delitos contra a Administração Pública.⁵

Naturalmente, as organizações criminosas, na maior parte dos casos, buscam o anonimato. Isso dificulta o sucesso dos esforços para desfazer essas organizações e possibilita que elas desempenhem suas atividades ilícitas por um período maior de tempo e com maior êxito⁶, fora do alcance das autoridades.

2.2. Crimes de Colarinho Branco

Com a crescente complexidade das relações sociais e a globalização, a escala de crimes econômicos e/ou financeiros também experimenta um incremento. Porém, ao contrário dos métodos tradicionais de causar mal a alguém, as práticas economicamente lesivas não decorrem da vontade (ou objetivo) explícito de lesar alguém. Muitas vezes seu efeito negativo é mera colateralidade de uma conduta que objetiva a obtenção de uma vantagem financeira indevida para si ou sua empresa. O próprio fato de o vínculo entre a conduta e seu efeito lesivo ser indireto é um obstáculo que faz com que os autores dessas condutas muitas vezes desconsiderem a potencialidade das consequências daquilo que fazem. Segundo Eugene Soltens, em sua obra “Why they do it”:

A diferença entre os danos físicos tradicionais e os danos econômicos atuais é facilmente observada através da forma como se comete uma fraude financeira. Em muitos casos, o crime financeiro moderno envolve simplesmente a alteração de alguns números numa planilha. Ao praticar

⁵ CLEMENTINO, Cláudio Leite. Breves considerações sobre as organizações criminosas. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5496, 19 jul. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65909>. Acesso em: 28 jan. 2023.

⁶ “O ótimo desempenho desse controle territorial dependia, em grande parte, do caráter secreto de seu funcionamento (omertà), da rigorosa seleção de seus membros integrantes (giuramento) e da estrutura verticística e hierárquica de suas engrenagens operativas”. DE BARROS BELLO FILHO, Ney.; HERMES LEAL, Bruno. *“Ecomafia” A experiência italiana no enfrentamento dos crimes ambientais de perfil mafioso.*

uma fraude na editora ProQuest, os reguladores alegaram que Scott Hirst, o seu diretor financeiro, empregou um truque informático especialmente grosseiro. Para aumentar os ganhos, Hirst fez ajustes fraudulentos nas finanças da empresa numa fonte de cor branca. Hirst também introduziu lançamentos fictícios na folha de cálculo utilizando a função "Ocultar". Quando visualizados ou impressos, estes ajustes multimilionários eram invisíveis. Juntamente com alguns outros ajustes da folha de cálculo, Hirst inflacionou os lucros antes de impostos em mais de 30 por cento ao longo de quatro anos.

Embora tal conduta cause danos significativos - os acionistas da ProQuest perderam 437 milhões de dólares em valor de mercado quando a fraude de Hirst foi revelada - ela não envolve o mesmo campo emocional no cérebro que a violência física. Tal como a maioria das condutas comerciais ilícitas, o traço de uma caneta ou o clique de um mouse cria um tipo de dano distante e impessoal. No entanto, as consequências deletérias podem ser igualmente devastadoras para as pessoas afetadas. Basta perguntar às vítimas do esquema Ponzi de Bernard Madoff que perderam grande parte das suas economias, ou a qualquer um dos milhares de empregados que perderam os seus empregos quando a WorldCom encerrou as suas operações.

É muitas vezes da perspectiva da vítima que abordamos a questão de saber por que razão um executivo cometeria uma má conduta. Porque é que alguém tão bem sucedido procuraria ferir outra pessoa? Mas o problema com esta abordagem é que ela pressupõe que o executivo considerou o sofrimento da vítima em primeiro lugar. (Tradução minha).

Tais tipos de crime não são novos na história da humanidade, mas é notável que sua frequência e amplitude foram muito amplificadas na sociedade capitalista e seus avanços tecnológicos. Conhecidos como "crimes de colarinho branco" ou "crimes corporativos", eles não são cometidos com o objetivo de lesar alguém – como bem pontuado por Soltens, a ação do agente não é direta como uma agressão física, é simplesmente uma omissão de um dado, uma modificação de um dado de uma tabela, uma marcação indevida à caneta em documento, ou a mera inobservância de uma obrigação simples como a de fornecer dados aos credores com a máxima transparência. Assim, é mais difícil que o agente enxergue todas as consequências de suas ações. Afinal, o pensamento é: eu não estou falindo meus acionistas, estou apenas modificando esta planilha para aumentar minhas margens.

Se existe uma repulsa natural em adotar uma conduta que gere mal a alguém, essa repulsa é mitigada ao afastar a ação de suas consequências, como ocorre nos crimes de colarinho branco. Soltens cita um dilema hipotético em que um trem em alta velocidade está em direção a uma bifurcação onde há 4 funcionários trabalhando em um lado e um único funcionário trabalhando em outro. Você possui o controle da direção que esse trem irá através de uma alavanca e, seja qual for a

direção escolhida, todos daquele lado morrerão enquanto quem está do outro lado é poupado. Quando apresentadas a esse dilema, cerca de 90% das pessoas escolheu virar a alavanca de modo a fazer apenas uma vítima.

Por outro lado, o mesmo autor apresenta um dilema semelhante para a mesma situação, em que há 4 pessoas em uma única linha de trem e o veículo vai desgovernado em direção a eles, mas, neste caso, você se encontra ao lado de uma pessoa distraída em um ponto da linha de trem que lhe dá a possibilidade de empurrar essa pessoa para a frente do trem, de modo a parar o veículo antes que ele atinja as outras 4, salvando-as. Enquanto quase 90% respondeu que mudaria a direção do trem por meio da alavanca para matar uma pessoa e salvar 4, no primeiro caso, neste segundo quase 90% respondeu que não empurraria uma pessoa para sua morte para salvar as outras 4.

Isso demonstra que **quando algum mecanismo intermedia a ação de sua consequência as pessoas estão mais propensas a praticá-la**. A caneta ou a planilha contábil servem como a alavanca desse dilema hipotético. Se os acionistas de uma empresa deixassem suas economias expostas em uma mesa e explicassem a um executivo que confiavam nele para administrar aquelas finanças, dificilmente ele desviaria uma parte indevida desse montante para o seu bolso. Mas, no mundo corporativo de hoje, tudo ocorre de forma indireta e impessoal. Os únicos contatos do executivo são com longas planilhas, documentos impressos em folhas em preto e branco e com seus colegas, que se encontram na mesma situação. Não se vê o rosto das pessoas que estão do outro lado daquele financiamento. O executivo não conhece as faces, as vozes, as histórias e os sonhos daqueles que podem ser afetados por uma alteração de um documento, portanto não é afetado emocionalmente por eles. É como se as vítimas dessa falcatrua nunca tivessem existido. E não são apenas os executivos os afetados por uma conduta indevida. Os consumidores ou até mesmo outras empresas relacionadas com o autor do ilícito, mas que não se valem das mesmas práticas desonestas, podem ser afetados.

O distanciamento do autor do ilícito com os resultados de sua ação evitam que seu senso de empatia seja acionado, sendo isso um fator relevante para o cometimento dos crimes de colarinho branco. Enquanto o proveito obtido pela sua

conduta é evidente, as consequências negativas parecem distantes e suas vítimas parecem inexistentes.

Um dos exemplos mais ilustrativos de fraudes de colarinho branco é o caso Enron⁷. Tratava-se de uma empresa dedicada à exploração de gás natural e produção de energia. Era uma das empresas que mais crescia nos Estados Unidos, alcançando um valor de 68 bilhões de dólares em 2000. Utilizando o método “Mark to market”⁸, a empresa conseguiu contabilizar ganhos futuros de contratos de fornecimento de energia como receita corrente. Assim, uma receita que a companhia apenas ganharia em anos era contabilizada como capital da empresa, dando a ilusão de maior crescimento e rentabilidade. Por sua vez, isso atraía mais investidores, injetava mais capital na empresa e gerava um ciclo especulativo sobre o real valor da Enron, até que essa fraude fosse descoberta.

É natural que o ser humano busque sempre obter vantagens para si. Sem visualizar quaisquer consequências adversas tangíveis e possíveis para determinada prática, mas com evidentes benefícios disponíveis, torna-se mais propício que um agente se utilize da situação em proveito próprio. O exemplo brevemente apresentado do caso Enron ilustra como crimes de colarinho branco têm o potencial de lesar todo um grupo de vítimas indiretamente, ainda que a lesão em si não seja a intenção do agente, mas uma consequência incidental da vantagem que se obteve ilicitamente.

Nota-se que os crimes de colarinho branco podem ser feitos por agentes singulares ou ser elaborados por um grupo de múltiplas pessoas, sejam funcionários de uma Empresa ou do Estado. O próprio caso Enron foi arquitetado em dupla, mas há incontáveis casos de crimes de colarinho branco que foram realizados por um

⁷ MARÇAL, R. R. Reflexes of Enron's fall: A Fifteen-Year Perspective on Brazilian Academic Productions . *Revista Brasileira de Gestão e Inovação*, v. 6, n. 3, p. 101-120, 2019.

⁸ “*Mark to Market*”, de maneira simplificada, é um método contábil utilizado para avaliar o balanço patrimonial de uma empresa com base em projeções futuras, levando em consideração fatores como o potencial de crescimento da empresa, sua lucratividade e outros fatores intangíveis. Se contrapõe ao valor líquido (“*book value*”), que é quanto a empresa valeria se fosse liquidada no momento da análise. Para mais informações, veja: SETH, Shobhit. *Book Value vs. Market Value: What's the Difference?*. Investopedia, 17.1.2021. Disponível em:

<https://www.investopedia.com/articles/investing/110613/market-value-versus-book-value.asp#toc-the-bottom-line>

número maior de agentes em conluio, ao ponto de em certos casos se poder afirmar que o crime não foi realizado por funcionários específicos de uma empresa, mas por sua empresa como um todo. Nos casos em que o crime de colarinho branco é cometido com pluralidade de agentes, não há razão para descartar a possibilidade de que essa possa ser enquadrado enquanto organização criminosa.

2.3. Cartel: entre crimes de colarinho branco e o crime organizado

Como visto anteriormente, muito embora quando se fala em organização criminosa os grupos que nos vêm à mente são máfias, milícias ou facções criminosas, esses são apenas um tipo de organização criminosa, sendo que existem outros tipos notoriamente distintos, como pontua Marcelo Mendroni (apud CLEMENTINO)⁹.

De fato, com a definição imposta pela legislação brasileira em 2013 (Lei 12.850/13), outros grupos podem ser considerados organizações criminosas. Como já mencionado, os requisitos legais são:

- I. o objetivo de obter vantagens indevidas de qualquer natureza;
- II. a prática de infrações penais cujas penas máximas ultrapassam os 4 anos como meio de se obter estas vantagens;
- III. o número de agentes superior a 4 indivíduos;
- IV. a organização estrutural do grupo; e
- V. a divisão de tarefas entre os membros do grupo.

Jurisprudencial e doutrinariamente¹⁰, foi verificado que é necessário também um quinto requisito, de **estabilidade e permanência do grupo**, a fim de se diferenciar o crime do mero concurso de pessoas. Esses requisitos serão explorados com maior profundidade no próximo capítulo.

⁹ CLEMENTINO, Cláudio Leite. Breves considerações sobre as organizações criminosas. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5496, 19 jul. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65909>. Acesso em: 28 jan. 2023.

¹⁰ JUNIOR, José Paulo Baltazar. *Crimes Federais*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1272-1278.

Com essa definição normativa vigente, há outros grupos além das organizações criminosas do tipo tradicional que também podem ser classificadas como organização criminosa. Nota-se, por exemplo, que se um grupo de 4 ou mais executivos de uma empresa tem o costume de subornar¹¹ autoridades públicas para obter determinada vantagem para seu grupo econômico, poderá ser classificada como uma organização criminosa que pratica crimes de colarinho branco.

Dessa forma, é necessário perquirir se o ilícito de cartel pode preencher tais condições, de modo que o grupo que operacionaliza um cartel possa também ser considerado uma organização criminosa.

Cartéis são uma espécie de conluio entre empresas que objetiva a obtenção de vantagens competitivas indevidas, atentando assim contra a concorrência, valor jurídico que é assim definido por Ana Paula Martinez¹²,

“Concorrência” pode ser definida como o processo de rivalidade entre os agentes de mercado, que pode se expressar tanto em termos de preço, qualidade, diversidade ou qualquer outra variável comercialmente relevante. É o estado em que forças de mercado agem livremente com o objetivo de garantir que os limitados recursos da sociedade sejam usados da forma mais eficiente possível, maximizando o bem-estar social.

Quanto mais próximo estiver determinado mercado do estado de concorrência perfeita, menor será a diferença entre os preços praticados pelo produtor e seus custos marginais¹³. No limite, em um mercado perfeitamente competitivo, o preço é fixado no ponto em que se iguala ao *custo marginal de produção (incluída a remuneração de seu custo de capital¹⁴)*. Vale dizer, em um ambiente de concorrência perfeita, os preços cobrados dos consumidores são apenas aqueles necessários à remuneração do capital empregado - nada mais, nada menos.

¹¹ O crime de suborno possui pena máxima superior a 4 anos: Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional. (BRASIL. *Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31.12.1940. Grifo meu)

¹² MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre direito administrativo e direito penal*. 2013. p.29.

¹³ Custo marginal é o custo extra que o produtor terá para produzir mais uma unidade de seu produto. Em termos simples, é o custo da última unidade produzida.

¹⁴ O custo que uma empresa deve obter para financiar suas operações.

Essa constatação de Martinez significa que, em um mercado de concorrência perfeita, o preço pelo qual um produto é vendido para o consumidor é o mais próximo possível do custo que o produtor teve que arcar para a produção daquele produto¹⁵. Assim, as margens de lucro para o produtor são as menores possíveis, mas o preço final para o consumidor é também o menor possível, sendo este, em regra, o cenário ideal.

Esta concorrência traz maiores custos e reduz os lucros das empresas que competem por um mesmo mercado. Por isso, muitas vezes algumas empresas adotam práticas anticompetitivas como maneira de aumentar os lucros e dominar o mercado.

Os cartéis são acordos entre concorrentes que visam a fixação de preços ou de condições de venda, limitação da capacidade produtiva e distributiva, ou divisão de mercado e de fontes de abastecimento, dentre outros objetos concorrencialmente sensíveis¹⁶. Assim, o cartel busca efetivamente controlar o mercado em que atua para praticar preços de monopólio, com a maximização de preços e consequente maximização dos lucros de seus integrantes. Os cartéis podem atuar tanto em licitações públicas como contratações privadas, sendo considerados a mais grave lesão à concorrência¹⁷.

Martinez traz um exemplo que ilustra bem o espírito de um cartel: “Nossos concorrentes são nossos amigos, o consumidor é o inimigo”¹⁸. Esta frase, do original

¹⁵ Além do preço dos produtos ser mais acessível aos consumidores, o cenário de concorrência perfeita também é um incentivo para que as empresas concorram para oferecer um produto de maior qualidade ou inovem com métodos mais eficientes de produção ou novos produtos que atendam a demanda do consumidor.

¹⁶ Existem dois tipos de conduta anticompetitiva que podem ser praticadas pelas empresas: as unilaterais, pela qual uma empresa se vale de sua posição dominante para impor uma determinada condição desfavorável aos seus concorrentes; ou as que envolvem acordos entre dois ou mais agentes. Este trabalho não visa a análise de condutas unilaterais, mas sim a um determinado tipo de acordo entre concorrentes que pode ser enquadrado também como um tipo de organização criminosa: o cartel.

¹⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Guia de combate a cartéis em licitação*. Dezembro de 2019. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf>

¹⁸ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre direito administrativo e direito penal*. 2013. p. 36.

em inglês “*Our competitors are our friends, our customers are our enemies*”, foi dita por um alto executivo em reunião com concorrentes que confessou sua participação no cartel das lisinas¹⁹. O consumidor é aquele que pode forçar que as empresas pratiquem preços baixos e um produto de melhor qualidade em um mercado competitivo, enquanto em um cartel os concorrentes arquitetam um conluio para praticar preços altos sem precisar investir em melhorias de qualidade ou produção. Portanto, em um cartel inverte-se a lógica natural de competitividade, passando-se a atrair os concorrentes contra o consumidor.

Muitos dos efeitos de uma conduta de cartel, enquanto um crime de colarinho branco, são invisíveis, mas ainda assim reais e sensíveis. O maior lucro dos cartelistas com o controle de preços ou de produção e distribuição é apenas uma das faces do mercado cartelizado. Evidentemente, quando determinado produto sofre um aumento indevido de preço em razão de um acordo de cartel, todos os consumidores desse produto são afetados, tendo que despende um valor maior para adquirir o produto. Porém, há aqueles consumidores que simplesmente não possuem as condições para arcar com esse aumento de preços, e então deixam de consumi-lo. É o chamado “peso morto” do cartel.

O peso morto dos mercados cartelizados expõe que mesmo em casos em que se condene os agentes do cartel ao pagamento de sanções pecuniárias para recuperar os valores transferidos indevidamente do consumidor ao produtor, ainda se mantém uma lacuna de destruição de riqueza social que não é tutelada por essa medida.

Especialmente quando se trata de um produto essencial, o peso morto sozinho carrega consequências extremamente dramáticas para os consumidores. É o caso de um cartel no mercado de planos de saúde. Aqueles indivíduos que seriam consumidores de um plano de saúde, agora desamparados por não terem condições de arcar com seus custos inflacionados, podem ficar desassistidos, sem o devido tratamento médico.

¹⁹ Aminoácido utilizado como complemento alimentar animal ou para fortalecer a imunidade contra processos virais.

A detecção de cartéis, no entanto, não é tarefa simples. Dentre as principais dificuldades está o caráter secreto da organização. As empresas que integram determinado mercado são conhecidas, mas a relação de cartel entre elas é dissimulada. O cartel muitas vezes utiliza códigos, codinomes e comunicações criptografadas para acordar o comportamento de seus membros.

Outro fator que dificulta a detecção dos cartéis é sua estrutura complexa, com divisões de tarefas e grupos de trabalho. Assim, a identificação dos partícipes do cartel, bem como a determinação da sua área de trabalho e da função individual de cada membro no conluio é prejudicada. Ainda, pelo princípio da individualização da conduta, essa discriminação de funções é essencial para a determinação das punições de cada agente, não podendo essa etapa ser atravessada com o fim de acelerar a condenação do cartel.

Mesmo que cartéis não sejam necessariamente modalidades de organizações criminosas, normativamente, há uma clara correlação entre esses grupos. De fato, não é exagero afirmar que vários dos cartéis condenados na seara penal seguem o modelo de organização criminosa, ou ao menos os que obtiveram algum tipo de sucesso, como será demonstrado no capítulo seguinte.

É preciso, contudo, lembrar que os cartéis também podem se organizar de diferentes formas. Até o momento, os cartéis foram tratados neste trabalho como grupos estruturalmente ordenados de fixação de preço e de condições de mercado. Essa é, no entanto, a definição concorrencial de cartel clássico ou *hardcore*, conforme adotado por Ana Paula Martinez²⁰. Há um tipo de cartel que foge dessa classificação, com menor potencial lesivo, em regra, que os cartéis clássicos: os

²⁰ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre direito administrativo e direito penal*. 2013.

chamados cartéis difusos ou *softcore*. Os cartéis clássicos, conforme definição da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico)²¹, são:

Um acordo anticompetitivo, uma prática anticompetitiva concertada ou um arranjo anticompetitivo entre concorrentes para fixar preços, fraudar licitações (propostas colusivas), estabelecer restrições na oferta ou quotas, ou dividir mercadorias por meio de alocação de clientes, fornecedores, área geográfica ou linha de comércio".²² (tradução de MARTINEZ²³).

Assim, nas definições da OCDE, que foram posteriormente incorporadas pela ICN (*International Competition Network*)²⁴, os cartéis clássicos são aqueles que possuem um acordo, explícito ou tácito, relativo a variáveis comercialmente sensíveis. Já os grupos que apenas trocam informações comercialmente sensíveis, sem a presença de um acordo, são os chamados cartéis difusos. Conforme Martinez²⁵:

Alinhamos-nos ao posicionamento da OCDE e ICN e consideramos que duas são as características que servem para identificar um cartel clássico: (i) a presença de um acordo, explícito ou tácito, (i.e., a mera troca de informações comercialmente sensíveis não é suficiente para caracterizar um cartel como clássico); e (ii) que o acordo seja relativo a variáveis comercialmente sensíveis, como preços, quantidade, áreas de atuação/clientes ou participação em licitações. Estando presentes essas características, o acordo é suficientemente grave para justificar a sanção em seu mais alto grau. Cartéis difusos serão basicamente aqueles que não envolvem acordos entre seus partícipes, mas a mera troca de informações comercialmente sensíveis.

²¹ Esta classificação não é pacífica. Para o conselheiro Sérgio Ravagnani, o que a OCDE classificou como "cartéis hardcore" é o que no Brasil se considera como "cartel" em sentido amplo. Para o conselheiro, cartel clássico é aquele que apresenta acordos entre competidores com o objetivo de fixar preços e condições de venda, dividir consumidores, definir o nível de produção ou impedir a entrada de novas empresas no mercado, **e que apresentem alguma forma de institucionalidade**; enquanto os difusos seriam aqueles que, embora também apresentem acordos, com o mesmo objeto dos cartéis clássicos, **apresentam caráter eventual e não institucionalizado**. BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08700.001422/2017-73. Voto do Conselheiro-Relator Sérgio Costa Ravagnani, SEI/CADE 0810442. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?mYbVb954ULaAV-MRKzMwwbd5g_PuAKStTINgP-jtch5MdmPeznqYAOxKmGO9r4mCfJITXxQMN01pTgFwPLudA1OJSwhq_4WglyPFYWsC9aW-ojIQH4eVZQBJ-dq1Y_sT

²² OECD. Recommendation of the council concerning effective action against hard core cartels. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/193/193.en.pdf>. Acesso em 3.2.2023

²³ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre direito administrativo e direito penal*. 2013. p. 42.

²⁴ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Defining hard core cartel conduct: effective institutions, effective penalties*, cit. p.11.

²⁵ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre direito administrativo e direito penal*. 2013. p. 43.

De acordo com essa conceituação, os cartéis difusos não poderiam ser considerados organizações criminosas, pela ausência de uma estruturação ordenada, mecanismos de monitoramento e de punição ou outros elementos que denotem uma estrutura organizada. Por outro lado, os cartéis clássicos preenchem, na maior parte dos casos, esses requisitos, como será verificado no próximo capítulo.

Outro ponto que merece ser ressaltado é que os cartéis são naturalmente instáveis. Para que um cartel possa efetivamente controlar preços e condições de mercado, é necessária a absoluta colaboração de seus membros. Se um único concorrente, sabendo que os outros agentes do cartel vão praticar preços mais altos ou condições de venda mais restritas, optar por secretamente agir em causa própria e oferecer preços ligeiramente mais baixos que o combinado ou condições de compra melhores para o consumidor, ele dominará sozinho o mercado enquanto o restante do cartel não se ajustar às novas condições impostas pelo desviante do acordo.

Os consumidores costumam avaliar as melhores condições de custo-benefício de um produto em relação à concorrência e optar por consumir de um fornecedor em detrimento dos demais cujos preços são mais altos. Assim, é necessário um mecanismo de fidelização dos concorrentes muito eficiente para que um cartel consiga controlar as condições de venda de maneira monopolística.

Toda essa dinâmica ilustra, portanto, como o cartel é um experimento prático de teoria dos jogos²⁶. Em um cartel um agente sabe que se todos colaborarem em prol do acordo todos terão um ganho em relação à participação competitiva dos agentes, sem os acordos de cartel. No entanto, sabem também que se um dos agentes do cartel secretamente trair o acordo, obterá um ganho maior do que o que se pode alcançar por meio do acordo, conquistando para si a maior parte dos consumidores, enquanto os que permaneceram fiéis ao acordo perderão participação de mercado mesmo em relação ao que teriam no mercado não

²⁶ Teoria dos jogos é o estudo das decisões estratégicas que um agente toma quando o resultado dessa escolha depende das decisões de outros agentes. DICIONÁRIO FINANCEIRO. *Teoria dos Jogos: definição e exemplos*. Disponível em: <https://www.dicionariofinanceiro.com/teoria-dos-jogos/>. Acesso em 5.2.2023.

cartelizado. Mesmo que outros agentes tenham a mesma escolha, de trair o acordo, seu ganho individual ainda é maior que o daqueles que optaram por não o trair. Assim, a escolha mais racional é sempre trair o acordo. Mas nem sempre é o que acontece na prática.

Sabendo que a tendência dos cartéis é a sua traição, os cartelistas precisam criar métodos próprios de fidelização e repressão aos agentes que optarem por desobedecer às diretrizes estipuladas pelo acordo, com mecanismos complexos e bem estruturados, de forma a permitir que um cartel se perpetue no tempo.

Em resposta e contrapartida a esse complexo sistema de autoproteção dos cartéis, foi criado o programa de leniência. Cabe notar que, ao programa de leniência, aplica-se por simetria o disposto na lei 12.850/13 sobre o acordo de colaboração premiada (seção I, arts. 3º-A a 7º). A prática da colaboração premiada, com previsão na lei de organizações criminosas, representa mais uma similitude das organizações criminosas com os cartéis, que por sua vez são tratados pelo acordo de leniência com os mesmos fins investigativos que a colaboração premiada, sendo programas notoriamente equivalentes.

Com o programa de leniência, os incentivos de um participante de um cartel para que ele frustre o acordo são ainda maiores, pendendo ainda mais o jogo do cartel no sentido da não cooperação. Isso indica que é necessário um sistema de coordenação mais eficaz que o programa de leniência para que o cartel seja bem-sucedido. Isso leva à conclusão, por outro lado, de que o sucesso de um cartel durante um longo período de tempo é um forte indicativo de que há uma organização criminosa controlando esse cartel.

Expostas essas considerações sobre a natureza do cartel, verificou-se, portanto, que o cartel é um grupo de agentes que atua de forma ilícita para a obtenção de vantagens indevidas, podendo ser considerado um crime de colarinho branco. Os cartéis possuem certa flexibilidade em sua maneira de atuação, sendo classificados pelo direito concorrencial em clássicos, quando há um efetivo acordo lesivo à concorrência entre seus agentes; ou difuso, quando atua meramente por meio da troca de informações comercialmente sensíveis. De toda sorte, sendo a estruturação organizada a mais marcante característica de uma organização

criminosa, há sensíveis indícios de que os cartéis que se mantêm estáveis durante um longo período de tempo podem ser encarados como uma. Mas para isso é necessário analisar de maneira específica as leis que regem as associações e organizações criminosas e os cartéis, e como elas dialogam.

3. Cartéis são Organizações Criminosas? Uma análise normativa

3.1. A Lei 12.850/13 (Lei de Organizações Criminosas)

A definição vigente no Brasil para organização criminosa é dada pela redação da Lei 12.580/13. Antes da entrada em vigor dessa lei já havia um crime semelhante, mas que não deve ser confundido com o crime de organização criminosa: o de associação criminosa, com previsão no artigo 288 do Código Penal. Até a entrada em vigor da lei das organizações criminosas, muito se discutia sobre o enquadramento dos cartéis como associação criminosa. Isso porque a definição de associação criminosa é bastante similar à de organização criminosa, em uma primeira análise:

Código Penal

Associação Criminosa

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

Lei 12.850/2013

Art. 1º Esta Lei define **organização criminosa** e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

Nota-se que a Lei 12.580/13 não revogou o artigo 288 do Código Penal. Ambos os tipos coexistem com 4 diferenças fundamentais entre eles. Primeiramente, para a configuração em organização criminosa há i) a necessidade de uma organização estruturada e ii) uma divisão de tarefas entre os agentes. Ainda, iii) para configuração em organização criminosa, requer-se que o crime cometido tenha pena máxima superior a 4 anos; e iv) o número mínimo de agentes para uma associação criminosa é apenas 3, enquanto para a organização criminosa este número é de 4 pessoas. A busca pela obtenção de "vantagens de qualquer natureza" também é dispensável na associação criminosa, que pode não obter nenhum tipo de vantagem mensurável aos agentes de seus crimes dolosos. A lesão a terceiros, por si só, poderia ser o objetivo da associação.

Com esses requisitos legais pontuados, conclui-se que as organizações **são um tipo de associação criminosa**, mas com certas especificidades que **a tornam um ilícito mais grave**. Vez que a associação criminosa é um modelo de grupo mais rudimentar, a organização criminosa, modelo mais complexo, possui mecanismos para sua manutenção e crescimento. Na interpretação de Renato Brasileiro de Lima²⁷:

geralmente, as organizações criminosas se caracterizam pela hierarquia estrutural, planejamento empresarial, uso de meios tecnológicos avançados, recrutamento de pessoas, divisão funcional das atividades, conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com agentes do poder público, oferta de prestações sociais, divisão territorial das atividades ilícitas, alto poder de intimidação, alta capacitação para a prática de fraude, conexão local, regional, nacional ou internacional com outras organizações. Essa compartimentalização das atividades, expressada na elementar 'divisão de tarefas', reforça o sentido de estruturação empresarial que norteia o crime organizado. A divisão direcionada de tarefas costuma ser estabelecida pela gerência segundo as especialidades de cada um dos integrantes do grupo, a exemplo do que ocorre com o roubo de veículos, em que um agente fica responsável pela subtração, e outros pelo 'esquentamento' ou desmanche, falsificação de documentos e revenda.²⁸

Por fim, suas penas são distintas: de 1 a 3 anos de reclusão para a associação criminosa e de 3 a 8 anos e multa para organizações criminosas. Isso

²⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual Legislação Criminal Especial Comentada. 10 ed. Salvador: JusPODIVM, 2021. p. 1013.

²⁸ As características elencadas por Lima não são requisitos *sine qua non* das organizações criminosas, apenas características tipicamente verificadas.

ocorre porque a própria estruturação e divisão de trabalho implicam um maior potencial lesivo e perenidade das organizações, se comparado com o que ocorre nas associações. Não obstante, a estabilidade e organização devem ser elementos presentes tanto na organização criminosa como na associação, ainda que de forma rudimentar. É o que diferencia a associação e a organização criminosa do mero concurso de pessoas²⁹.

3.2. O Tratamento Penal para o Cartel

Considerado a mais grave lesão à concorrência, o cartel pode ser punido em 3 esferas no Brasil: na administrativa, pelo CADE; na civil, pela responsabilização civil pelos danos decorrentes do cartel; e ainda na seara penal. Embora essas esferas sejam correlacionadas, não há uma interdependência entre elas; os requisitos para condenação criminal, administrativa e cível são diferentes³⁰.

O cartel poderá ser punido administrativamente, pelo CADE, após a conduta ser analisada à luz do artigo 36 da Lei 12.529/11. Nessa seara, o cartel é considerado ilícito por objeto, assim, quando verificados indícios suficientes de que houve um cartel, presumem-se seus efeitos negativos à economia, independentemente da comprovação destes efeitos.

A responsabilidade das pessoas jurídicas é objetiva, portanto, independe de comprovação de dolo ou culpa³¹. Já em relação às pessoas físicas, é subjetiva, sendo necessária a comprovação de dolo ou culpa, nos termos do artigo 37 incisos II e III da Lei 12.529/11. Cabe também à seara administrativa a imposição de medidas preventivas a possíveis danos por condutas anticompetitivas. O CADE poderá impor multas administrativas, determinar a cessação da conduta, proibir a empresa de

²⁹ Artigo 29 do Código de Processo Penal.

³⁰ BRASIL. 3ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. *Roteiro de atuação I: Combate a cartéis*. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/documentos-e-publicacoes/roteiros-de-atuacao>.

³¹ BRASIL. 3ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. *Roteiro de atuação I: Combate a cartéis*. p. 11. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/documentos-e-publicacoes/roteiros-de-atuacao>.

contratar com a administração pública ou outras punições que julgar mais adequadas para o caso específico, nos termos do art. 38 da Lei 12.529/11.

Na seara cível, é possível o ajuizamento de ações judiciais para a defesa dos interesses individuais ou individuais homogêneos, independentemente da instância administrativa³². Além disso, também é possível que se promova uma ação civil pública de responsabilidade por danos morais e patrimoniais decorrentes de infração à ordem econômica³³. Nesse caso, o dano deve ser verificado, diferentemente do que ocorre na esfera administrativa. Devem-se seguir os preceitos dos artigos 186 e 927 do Código Civil, que elencam como necessários para a condenação: a verificação I) de conduta omissiva ou comissiva do agente; (II) de culpa ou dolo do agente; (III) da ocorrência de um dano; e (IV) de um nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano gerado.

Por fim, a responsabilidade criminal por cartel é regida pela Lei 8.137/90, segundo a qual:

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.

Já o cartel em licitações é punido conforme artigo 337-F do Código Penal, recentemente incluído pela Lei 14.133/21 (Lei de licitações)³⁴:

³² Artigo 47 da Lei 12.529/11.

³³ Artigo 1º, inciso V da Lei 7.347/1985.

³⁴ Anteriormente regido pelo artigo 90 da Lei 8.666/93: “Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.”

Frustração do caráter competitivo de licitação

Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

Verifica-se que a condenação por cartel na esfera administrativa ocorre sob requisitos consideravelmente brandos, não dependendo da verificação efetiva de dano, sendo suficiente o mero potencial lesivo da conduta³⁵. Portanto, no Brasil, assim que ocorrer uma condenação administrativa por cartel, é praxe que o CADE promova a comunicação ao Ministério Público competente, juntamente com os autos da investigação do CADE, para que tome as providências que julgar necessárias.

É importante, portanto, pontuar como o crime de cartel e o ilícito administrativo de cartel possuem requisitos diferentes e independentes. Da mesma maneira, a reparação civil por danos decorrentes de cartel independe da condenação administrativa ou civil, embora seja necessária a comprovação dos elementos de responsabilização civil, o que dificulta a verificação prática de casos em que houve a condenação civil sem haver a condenação nas outras searas.

Ainda no tocante ao tratamento penal dado ao cartel, também é válido destacar o desenvolvimento histórico no modo de seu processamento perante o sistema criminal brasileiro. Antes da vigência da Lei 12.529/11, a denúncia pelo crime de cartel em concurso com o de quadrilha³⁶ era um mecanismo utilizado pelo Ministério Público para afastar a suspensão condicional do processo. Isso porque a pena de multa prevista pela Lei 8.137/90 era alternativa à de reclusão. Assim, com o fim de garantir que não houvesse suspensão condicional do processo, cujo requisito é que o crime tenha pena mínima igual ou inferior a 1 ano de reclusão, o Ministério Público geralmente optava por denunciar, concorrentemente ao crime de cartel, também pelo crime de quadrilha. Mesmo em casos de baixas chances de condenação por quadrilha, a denúncia costumava ser feita pelos dois delitos, ainda

³⁵ Nesse sentido, cartéis clássicos são considerados ilícitos por objeto, não sendo necessário a verificação de dano, ainda que potencial. BRASIL. 3ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. *Roteiro de atuação I: Combate a cartéis*. p. 11. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/documentos-e-publicacoes/roteiros-de-atuacao>.

³⁶ O crime de “quadrilha” era regido pelo art. 288 do Código Penal. Com a vigência da Lei 12.850/13, a redação deste artigo foi alterada e o crime foi rebatizado como “associação criminosa”.

que o objetivo final não fosse de fato a condenação por ambos, apenas a investigação de um cartel. Com a nova Lei de Defesa da Concorrência, a pena de reclusão para um cartel passou a ser cumulativa com a multa, encerrando a viabilidade desta manobra jurídica.

Outra manobra utilizada antes da vigência da Lei 12.529/11 buscava justamente o efeito oposto: enquanto o rito usual era a denúncia pelos dois crimes, de cartel e quadrilha, o Ministério Público evitava denunciar pela formação de quadrilha nos casos em que fosse firmado um Acordo de Leniência, como uma forma de proteger o programa³⁷. Hoje, novidade criada pela Lei 12.529/11, o Acordo de Leniência gera a suspensão do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência, conforme redação de seu artigo 87. Assim não há mais a necessidade de uma seleção artificial para os crimes de que o Ministério Público apresentará denúncia.

3.2.1. Os Cartéis Como Organizações Criminosas

Como pontuado anteriormente neste trabalho, o crime de organização criminosa é relativamente novo no ordenamento brasileiro (em vigor desde 2013). Assim, após a entrada em vigor da lei de organização criminosa, os cartéis passaram a poder ser enquadrados como um tipo de organização criminosa – não mais apenas como associação criminosa – sendo comum que o cartel também preencha os requisitos específicos da organização criminosa. De fato, a estruturação organizada e divisão de tarefas são comumente verificados no *modus operandi* de um cartel clássico. Não obstante, muito se discute sobre a aplicabilidade dos tipos penais de organização ou associação criminosa em concurso com o crime de cartel.

Nessa linha, o STJ entende que o delito previsto no artigo 288 do Código Penal é autônomo em relação aos outros delitos que a “quadrilha” (ou associação criminosa, conforme nova redação do artigo, alterado pela Lei de Organizações

³⁷ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre direito administrativo e direito penal*. Editora Singular, São Paulo, 2013. Nota de rodapé 234. p. 199.

Criminosas³⁸) venha a praticar³⁹. Para o caso específico do cartel, por outro lado, há quem defenda que, por se tratar de um crime plurissubjetivo com concurso necessário de pessoas, a cumulação dos crimes de cartel e associação criminosa caracterizaria *bis in idem*. Como defende Gonçalo Farias de Oliveira Júnior⁴⁰:

O crime de quadrilha ou bando não constitui crime autônomo em relação ao crime de formação de cartel. Neste, o vínculo associativo é elemento essencial para a realização típica do crime tipificado pela lei especial. Delito de concurso necessário de agentes, o crime de formação de cartel apresenta um dado elementar: a ação tipificada exige para sua realização pluralidade de agentes. No crime de cartel, igualmente, a ação típica é coletiva. Ademais, em ambos os delitos os atos executivos são dirigidos com convergência a uma mesma finalidade, prevalecendo o vínculo estável e duradouro na atuação plúrima dos agentes.

Tal apontamento, contudo, não está de acordo com o entendimento adotado pelas cortes, principalmente após a edição da nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011) e da Lei de Organizações Criminosas (Lei 12.850/13). Para ilustrar o entendimento de que não há *bis in idem* na condenação por formação de cartel e por integrar organização criminosa, eis a ementa de decisão do STJ que definiu quando se configura o crime de formação de cartel:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DA DECISÃO QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO. TESE DE VIOLAÇÃO À COISA JULGADA MATERIAL. AÇÃO PENAL INSTAURADA PARA PROCESSAR CRIME DE FORMAÇÃO DE CARTEL. ABSOLVIÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONDUTAS NÃO IDÊNTICAS. **TIPOS AUTÔNOMOS E INDEPENDENTES**. OBJETOS MATERIAIS DAS CONDUTAS DIVERSOS. I – O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos. II – A denúncia que deflagrou a AP 5083351-89.2014.4.04.7000 **imputou ao recorrente a prática do crime de organização criminosa, com base na hipótese de que ele, na condição de presidente do Grupo Engevix, ter-se-ia articulado com outros agentes econômicos, de modo duradouro, estável e estruturado para a**

³⁸ Redação original: “**Quadrilha ou bando** Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único - A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.”

³⁹ “O delito tipificado no artigo 288 do Código Penal e aqueles outros que a quadrilha venha a praticar são autônomos, até porque aquele se aperfeiçoa e é punível independentemente da prática de crimes subsequentes da quadrilha, pelos quais respondem especialmente os seus agentes e, não o bando todo (HC 31.387/MS, Rel. Min Hamilton Carvalhido, DJ 25/04/05)” STJ, HC 80.293/PE, Min. Rel. Laurita Vaz, DJ 04.09.2007

⁴⁰ OLIVEIRA JÚNIOR, Gonçalo Farias de. *A tutela da ordem econômica na Lei 8.137/90*. Curitiba, Juruá, 2005, p. 193

específica prática de crimes de corrupção ativa, lavagem de capitais e formação de cartel relacionados a contratos celebrados pela Engevix e outras construtoras com a Petrobras. No âmbito dessa ação, o recorrente foi absolvido, em sentença já transitada em julgado. III – Na AP 5028838-35.2018.4.04.7000, por outro lado, **imputa-se ao recorrente a prática, em tese, de crime de formação de cartel, que, precisamente, teria sido um dos delitos para os quais a organização criminosa foi constituída.** Narra-se, em síntese, que o recorrente, na condição de representante da empresa Engevix, em concurso com outros agentes, no período compreendido entre 1998 e 2014, de forma consciente e voluntária, teria abusado do poder econômico, dominado o mercado e eliminado a concorrência, mediante ajuste e acordo entre diversas empresas, com o objetivo de fixar artificialmente preços e quantidades vendidas e produzidas, controlar regionalmente o mercado de montagens e construções civis da Petrobras e controlar, em detrimento da concorrência, a rede de fornecedores da Petrobras com o fim de afastar a livre concorrência em numerosos procedimentos licitatórios promovidos pela estatal. IV – Com relação às condutas especificamente atribuíveis ao recorrente e que, em tese, subsumem-se à hipótese normativa do crime de formação de cartel, a denúncia narra que o recorrente participou de reuniões do cartel, representando a empresa Engevix, empresa que, como resultado dessas reuniões, conforme descrito no Laudo 2.190/2016, ter-se-ia beneficiado das fraudes no Contrato 0800.0056801.10.2, relacionado ao fornecimento de bens e prestação de serviços relativos à análise de consistência do projeto básico, elaboração de projeto executivo, construção civil, montagem eletromecânica, interligações e comissionamento da Unidade de Destilação Atmosférica e a Vácuo (U2100) e Subestação Elétrica Unitária (SE2100), para o Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro, firmado no valor de R\$ 1.115.000.000,00. Afirma-se ainda que os contratos celebrados por meio de procedimentos licitatórios fraudados nos quais a Engevix sagrou-se vitoriosa teriam resultado em prejuízo à Petrobras no montante de R\$ 293.808.576,52. **V – A redação do art. 1º, § 1º, da Lei n. 12.850/13 evidencia, com clareza, que o tipo penal de organização criminosa não se confunde com as infrações penais para cuja prática constitui-se, formal ou informalmente, a organização criminosa. Depreende-se disso a autonomia do crime de organização criminosa em relação às infrações penais às quais se vincula.** VI – O crime de formação de cartel, espécie de crime contra a ordem econômica, configura-se com o abuso do poder econômico com o fim de dominar o mercado ou de eliminar a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas ou com a formação de acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes para fixar artificialmente preços ou quantidades vendidas ou produzidas, controlar o mercado regional por empresa ou grupo de empresas ou controlar, em detrimento da concorrência, rede de distribuição ou de fornecedores. VII – **A conclusão de que não existem elementos que comprovem que o recorrente haja se associado de modo estável, estruturado e duradouro para a prática de infrações penais cuja pena máxima seja superior a 4 anos ou que sejam transnacionais não é incompatível, lógica ou juridicamente, com a tese acusatória de que ele celebrou ajuste com outros agentes econômicos para fraudar procedimentos licitatórios realizados pela Petrobras.** Os fatos imputados em um e outro processo não são os mesmos. Portanto, não há falar em violação da coisa julgada material, a qual apenas ocorre quando se imputam ao mesmo agente, em novo procedimento criminal, fatos que constituíram o objeto de decisão definitiva, imutável e irrevogável. VIII – Não havendo ilegalidade flagrante nas decisões das instâncias ordinárias, verifica-se que a desconstituição das conclusões alcançadas pelas instâncias ordinárias demandaria inevitável revolvimento dos fatos e provas que instruem a AP 5083351-89.2014.4.04.7000 e a AP 5028838-35.2018.4.04.7000,

expediente, contudo, inviável no âmbito do habeas corpus. Agravo regimental desprovido.⁴¹ (Grifo meu).

Notam-se dois pontos importantes na referida ementa. O primeiro é que foi imputado ao recorrente o crime de organização criminosa caracterizado pelo objetivo de formação de cartel, dentre outros delitos. Isso **ilustra como uma organização criminosa pode ter como objeto a prática do crime de cartel.**

O segundo ponto interessante que se depreende da ementa é que os crimes de formação de cartel e participação em organização criminosa **são autônomos**, não obstante o fato de ambos serem necessariamente plurissubjetivos e seus agentes serem os mesmos. Isso afasta o entendimento de Oliveira Júnior, possibilitando o concurso de crimes sem a caracterização do *bis in idem*.

O caso ilustra também como a condenação por integrar organização criminosa ou por constituir cartel são independentes, mesmo quando a conduta investigada abrange ambos os tipos. No julgado do STJ, o recorrente foi absolvido por lhe faltar elementos que comprovem que se associou de modo estável, estruturado e duradouro para a prática de crimes de pena máxima superior a 4 anos ou de caráter transnacional. Isso por si só não é suficiente para concluir que não houve sua participação em cartel, no entanto (na segunda denúncia apresentada pelo MP). A permanência, estruturação e divisão de tarefas dentro do grupo de concorrentes que integra o cartel é um elemento que habitualmente pode ser verificado, mas não é um requisito intrínseco ao crime de cartel, não necessitando ser comprovado para a condenação por este tipo.

Embora seja normativamente possível, e de fato haja um número significativo de denúncias de um mesmo grupo por cartel e organização criminosa, ainda não são numerosos os casos transitados em julgados contendo condenações pelos dois tipos, pelo fato de a norma que rege a organização criminosa ainda ser novidade no ordenamento, assim como a lei de defesa da concorrência, que modificou a tipificação do crime de cartel. A decisão do Agravo Regimental de representante do

⁴¹ Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RHC 146.530/RS, processo n. 2021/0127438-0, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT), QUINTA TURMA, julgado em 28.9.2021, DJe 06/10/2021.

Grupo Engevix é tratada como paradigmática na aplicação do crime de cartel, e a decisão data de 2021.

É oportuno notar que muitas condenações por cartel e organização criminosa que se verificam na prática são ligadas a grandes escândalos de notoriedade pública, geralmente associados à corrupção de agentes públicos. É o caso dos esquemas descobertos pela operação Lava-Jato, que movimentou todo o judiciário para investigar e punir um dos maiores esquemas de corrupção do mundo. Conforme descreve ementa de um Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus de um caso relacionado à Operação Lava-Jato no STJ:

II - A Operação Lava-Jato revelou a constituição de grande esquema criminoso em que dirigentes da Petrobras fraudavam procedimentos licitatórios no âmbito da estatal a fim de beneficiar diversas empreiteiras que compunham um vasto **cartel**, as quais, praticando sistematicamente política de sobrepreço nas contratações, pagavam, em contrapartida, vantagens ilícitas aos diretores que viabilizavam as contratações e aos agentes políticos e agremiações partidárias que os garantiam nos cargos. Nesse contexto, atuavam também numerosos operadores financeiros responsáveis pela realização e dissimulação dos pagamentos espúrios. Verificou-se, assim, a prática de diversos crimes contra a ordem econômica, de corrupção, lavagem de capitais e de **organização criminosa**.⁴²

Expandindo a busca por condenações para antes de 2013, porém, antes da mudança normativa do crime de organizações criminosas, verificam-se diversos casos de denúncia por quadrilha em concurso material com formação de cartel, com algumas condenações, como foi o caso do Processo 024080096605⁴³ da 6ª Vara Criminal de Vitória, Espírito Santo, julgado em 15.5.2012, que condenou um gerente e seis empresários donos de postos de combustíveis por associação criminosa e cartel, por fixarem o preço de venda do litro de gasolina.

Assim, conclui-se que, com base na jurisprudência acima elencada, **a lei de organizações criminosas não apenas autoriza, como exige, a punição dos outros ilícitos vinculados à organização**. Ainda, a Lei 12.529/11, prevê, em sede administrativa, que:

⁴² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no RHC 116360/PR, Processo n. 2019/0230998-4, Relatoria do Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 25.8.2020, DJe 4.9.2020.

⁴³ ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. 10ª Vara Criminal de Vitória. Ação Penal n. 024080096605.

Art. 35. A repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei.

Ao não taxar quais são os ilícitos imputáveis aos agentes punidos administrativamente, a lei do Sistema de Defesa da Concorrência autoriza a punição por outros ilícitos verificados em conjunto com a infração administrativa do cartel, seja ele o crime de cartel, corrupção, ou outros crimes formais⁴⁴, como o de associação criminosa ou organização criminosa.

Há ainda que se esclarecer um ponto importante. Como visto nos julgados analisados, **um cartel pode ser um tipo de organização criminosa**. No entanto, **nem todo cartel preenche esses requisitos para ser considerado uma organização criminosa**.

De fato, existem **i)** cartéis que na prática se configuram como organização criminosa; assim como **ii)** aqueles que não preenchem os requisitos legais para serem considerados uma organização criminosa, mas podem ser considerados associação criminosa à luz do Código Penal; ou ainda **iii)** os cartéis que não cumprem sequer os requisitos de uma associação criminosa, mas que inegavelmente se configuram como um cartel punível criminal, civil ou administrativamente. Portanto, não se pode afirmar que um cartel que é tratado também como organização criminosa representa uma dupla punição pela mesma conduta, vez que há cartéis que necessariamente não podem ser enquadrados como organização criminosa.

Afastado o argumento do *bis in idem*, há, portanto, que se analisar se de fato um cartel preenche os requisitos da organização criminosa. Para além da existência dos julgados que indicam essa possibilidade, é importante revisitar os requisitos normativos de uma organização criminosa para comprovar sua qualificação. Como já elencado anteriormente, de acordo com a Lei 12.850/13, é necessária a verificação dos seguintes requisitos: i) mínimo de 4 agentes; ii) uma estrutura organizada; iii) um sistema de divisão de tarefas; iv) estabilidade e permanência; v)

⁴⁴ Crimes formais são aqueles cuja mera conduta é um crime por si só, sem a necessidade de verificação de um resultado danoso. Não é necessário se comprovar que a corrupção gerou um resultado lesivo, a própria conduta é um ilícito por si só.

objetivo de obtenção de vantagens indevidas; e vi) mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 anos.

Quanto à exigência do número de agentes, embora não haja formalmente a delimitação de um número mínimo para se constituir um cartel na Lei 8.137/90 ou na Lei 14.133/21, é usual que os cartéis atinjam e superem este número, dada a própria complexidade de um grupo comercial e necessidade dos agentes de controlar, ainda que conjuntamente, parcela substancial do mercado.

O objetivo de obtenção de vantagem indevida, por sua vez, é evidente para cartéis, sendo requisito para a configuração da conduta típica de um cartel. Ainda, o próprio acordo de formação de cartel é um crime cuja pena máxima excede 4 anos, conforme redação da Lei 8.137/90.

Já os cartéis difusos, por sua própria definição, não podem ser enquadrados nesta tipificação⁴⁵. Isso porque não possuem um acordo⁴⁶, que é a conduta tipificada para cartéis penais:

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.

⁴⁵ Sob a classificação de cartéis difusos/clássicos adotada pelo conselheiro Sérgio Ravagnani no Processo Administrativo n. 08700.001422/2017-73, citada na nota de rodapé 21 deste trabalho, tanto o cartel clássico como o difuso possuem acordos anticompetitivos, porém o difuso possui caráter eventual e não institucionalizado. Dessa forma, ambos os tipos administrativos de cartel se encaixam na tipificação do crime de cartel da Lei 8.137/90.

⁴⁶ Vide voto do Conselheiro-Relator Sérgio Costa Ravagnani no Processo Administrativo n. 08700.001486/2017-74, no qual o Conselheiro verificou a troca de informações comercialmente sensíveis por parte de uma representada, mas concluiu que isso não comprova a existência de algum tipo de acordo. Diante dessa situação, em razão de o ilícito administrativo que é a troca de informações comercialmente sensíveis não ser tipificada como crime, adotou-se a prescrição quinquenal do direito administrativo.

Assim, enquanto a classificação concorrencial de cartel clássico pode ser enquadrada como uma organização criminosa, o mesmo **não ocorre para cartéis difusos, que em hipótese alguma poderão ser enquadrados dessa maneira por não possuírem o requisito essencial da prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 anos.**

Por sua vez, a estrutura organizada, a presença de um sistema de divisão de tarefas e de estabilidade e permanência devem ser alvo de uma análise mais profunda. Para isso, retorna-se às definições concorrenciais de cartel clássico e cartel difuso. Os **cartéis clássicos** são aqueles que operam através de um mecanismo de coordenação especializado, em forma de acordo e com mecanismos permanentes para a fixação de preços, condições de mercado e divisão de clientes e mercado⁴⁷. Por sua vez, o **cartel difuso** se refere meramente à troca de informações comercialmente sensíveis⁴⁸. Essa troca de informações nunca será estável ou permanente em razão da ausência de mecanismos coercitivos ou mesmo de um acordo - elemento caracterizador de um cartel clássico - que impeça um agente de desistir do cartel. O cartel difuso trabalha com vantagens indiretas, vez que o clássico negocia vantagens diretas que podem ser utilizadas como moeda de troca ou uma troca de “favores” entre seus membros. Assim, **não há como se imputar o crime de organização criminosa para cartéis do tipo difuso, vez que esta categoria administrativa de cartel, além de não praticar crimes cuja pena é superior a 4 anos, não exhibe o imprescindível requisito da estabilidade e permanência.**

Ainda, sobre a estrutura organizada e um sistema de divisão de tarefas, esses requisitos podem não ser verificados na prática. Conforme aponta Taffarel⁴⁹:

O delito de cartel, quando classificado como clássico, conforme amplamente discorrido, necessita de acordo entre competidores, com alguma institucionalidade e permanência, visando a fixação de preços, condições de

⁴⁷ OECD. *Recommendation of the council concerning effective action against hard core cartels*. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/193/193.en.pdf>. Acesso em 3.2.2023.

⁴⁸ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre direito administrativo e direito penal*. 2013. p.29.

⁴⁹ TAFFAREL, Ana Vitória Lopes. Tipicidade do delito de organização criminosa voltado à prática de cartel. *Revista Consultor Jurídico*, 21.11.2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-nov-21/ana-taffarel-organizacao-criminosa-voltada-pratica-cartel#_ftn8. Acesso em 3.2.2023.

venda, dentre outros. Por outro lado, para a tipificação do crime de organização criminosa, embora muito dos requisitos se assemelhem ao cartel (a exemplo da estrutura ordenada e da estabilidade), **outros dois requisitos não são preenchidos quando os agentes se associam para esse fim: a divisão de tarefas e a hierarquia. Isso porque não há hierarquia ou divisão de tarefas entre os competidores, mas sim acordo igualitário para que cada um atue em seu comércio dentro das limitações estabelecidas.** (Grifo meu).

A constatação de Taffarel é demasiado generalista para a atuação dos cartéis clássicos. É importante notar que a autora cometeu um equívoco ao considerar a “hierarquia” como requisito para o enquadramento no crime de organização criminosa, vez que a lei cita que o grupo deve ser “estruturalmente ordenado”, mas não necessariamente possuir uma divisão hierárquica. De toda sorte, a divisão hierárquica é uma forma de estruturação organizada, que satisfaz um dos requisitos de uma organização criminosa.

Nesse sentido, nota-se que há a possibilidade de se eleger um líder para o cartel ou de se dividir papéis para cada um de seus membros. Tanto é assim que a antiga Lei 8.884/94 (revogada pela Lei 12.529/11) reconhecia a existência de líderes em certos cartéis e previa expressamente a proibição de que esses líderes celebrassem acordo de leniência⁵⁰:

Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

[...]

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária. (Grifo meu).

Embora a lei tenha sido revogada, a estruturação dos cartéis Ainda, verifica-se que para a dosimetria das sanções administrativas para um cartel, o CADE considera o papel de liderança das empresas para aplicar a elas penas mais severas.

Dessa forma, se é verificável que há um tratamento distinto para os líderes de cartéis, é porque a presença de uma figura de liderança nesses grupos é comum.

⁵⁰ Esta vedação deixou de existir com a Lei 12.529/11, em incentivo ao programa de leniência.

Portanto, não é cabível a afirmação de que nenhum cartel possui uma estrutura organizada. Ademais, os cartéis que possuem figuras de liderança necessariamente preenchem o requisito da estruturação organizada das organizações criminosas.

Por fim, passa-se à análise de divisão de tarefas em cartéis. Como já pontuado, os grupos empresariais necessariamente devem possuir divisões funcionais, mesmo que um mesmo agente exerça mais de uma função no caso prático. Assim, vez que os cartéis são acordos entre grupos empresariais que visam à obtenção de vantagens na atuação comercial de seus participantes, essa divisão de tarefas também é presente nos cartéis.

O que se discute, no entanto, não é se o cartel é na realidade uma modalidade de organização criminosa. Durante todo este capítulo foi comprovada a existência de cartéis que não preenchem os requisitos da Lei 12.850/13, o que permite afirmar que cartéis não são, necessariamente, uma modalidade de organização criminosa. O objetivo do trabalho é, no entanto, verificar se é possível que os agentes de um cartel sejam também enquadrados como uma organização criminosa. E, nesse sentido, de fato há a possibilidade de verificação de divisão de tarefas mesmo que se ignore a divisão interna de cada empresa atuante no cartel. Veja-se por exemplo o cartel em licitações. O roteiro de combate a cartéis⁵¹ do Ministério Público Federal (MPF) indica estratégias comumente adotadas para a participação de um cartel em licitações, sendo elas:

- a. Propostas Fictícias ou de Cobertura (“cover bidding”) – também designadas de propostas complementares, de cortesia, figurativas ou simbólicas, ocorrem quando agentes econômicos apresentam propostas que, devido ao preço ou às condições, sabem serem inaceitáveis. Prestam-se, portanto, a conferir falsa aparência de ampla concorrência entre os participantes do cartel;
- b. Supressão de Propostas (“bid suppression”) – os agentes econômicos se comprometem a não apresentar ou a retirar uma proposta já apresentada a fim de garantir que um concorrente predeterminado vença o certame;
- c. Propostas Rotativas ou Rodízio (“bid rotation”) – os concorrentes coordenam suas condutas para que, de modo alternado, cada um deles apresente em oportunidades específicas a proposta vencedora da licitação;

⁵¹ BRASIL. 3ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. *Roteiro de atuação I: Combate a cartéis*. p. 15. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/publicacoes>.

d. Divisão do Mercado – os concorrentes dividem entre si clientes e áreas geográficas, garantindo assim que para cada um destes haja uma empresa dominante específica; e e. Subcontratação – a empresa vencedora do certame subcontrata as empresas colaboradoras, o que permite a divisão entre os cartelistas dos lucros excepcionalmente elevados obtidos com a licitação.

Verifica-se que essas estratégias são complexas e requerem grande nível de coordenação entre os agentes do cartel. Ainda, é evidente que essas estratégias não ocorrem espontaneamente, sendo necessário que as empresas acordem entre si quem vencerá determinado lote da licitação, quem apresentará proposta de cobertura, quem vai suprimir a proposta e como cada empresa será compensada em cada lote e em cada futura licitação. Assim, há uma inegável divisão de trabalho nos cartéis que atuam com essas estratégias comuns em licitações, preenchendo o último requisito da organização criminosa. Ainda, nota-se que, por sua complexidade, é comum que o cartel designe um líder para coordenar os papéis dos demais membros, o que volta à satisfação do requisito da estrutura organizada.

A fim de facilitar a visualização dos principais tipos de cartel e o preenchimento dos requisitos das organizações criminosas, apresenta-se o quadro abaixo:

Quadro 1

Os tipos de cartel e os requisitos da organização criminosa

Requisitos da Organização Criminosa	Tipo de cartel		
	Cartel difuso	Cartel clássico que não atua em licitações	Cartel clássico em licitações ⁵²
Crime de pena máxima superior a 4 anos	Não	Sim	Sim
Objetivo de obtenção de	Sim	Sim	Sim

⁵² O cartel em licitações não é um terceiro tipo de cartel além do clássico e do difuso, mas, por possuir certas características únicas, cabe seu destaque específico para fins demonstrativos. O cartel difuso em licitações foi inserido em “cartel difuso” para os fins deste trabalho.

vantagens indevidas			
No mínimo 4 agentes	Não obrigatório (mas geralmente há esse número de indivíduos - PF's - envolvidos)	Não obrigatório (mas geralmente há esse número de indivíduos - PF's - envolvidos)	Não obrigatório (mas geralmente há esse número de indivíduos - PF's - envolvidos)
Estabilidade e permanência	Não	Sim	Sim
Estrutura organizada?⁵³	Na maior parte dos casos, não	Possivelmente	Na maior parte dos casos, sim
Sistema de divisão de tarefas⁵⁴	Na maior parte dos casos, não	Possivelmente	Sim

Conclui-se que, embora os cartéis difusos não possuam os elementos necessários para que o grupo seja considerado uma organização criminosa, sendo sequer amparados pela lei que tipifica o crime de cartel, é possível que os cartéis clássicos os apresentem. Ainda, o *modus operandi* tipicamente verificado em um cartel de licitações indica uma maior probabilidade de que o grupo preencha os requisitos legais de uma organização criminosa. Em todo caso, é absolutamente imprescindível uma investigação prática de como se configura o grupo específico examinado, pois há sensíveis chances de o grupo não possuir um dos pressupostos de organização criminosa. Não se verificando um desses requisitos, não há espaço para a condenação do grupo como organização criminosa.

⁵³ Para este fim foi desconsiderada a estrutura e divisão de tarefas internas de cada empresa, considerando-se apenas a organização inter-agentes própria à execução do cartel.

⁵⁴ Para este fim foi desconsiderada a estrutura e divisão de tarefas internas de cada empresa, considerando-se apenas a organização inter-agentes própria à execução do cartel.

Como demonstrado, os únicos requisitos do crime de organização criminosa que dependem da verificação de cada caso específico de cartel, ou seja, que não se pode assumir de forma generalizada a sua satisfação para todos os cartéis clássicos ou sua não satisfação para cartéis difusos, são: o número de agentes, requisito facilmente aferível; a estrutura organizada; e a divisão de tarefas. Quando um cartel consegue se sustentar no sentido oposto à sua instabilidade natural, as chances de que há uma estrutura organizada que comanda e divide as funções de cada agente do cartel, além de impor sanções àqueles que descumprirem suas diretrizes, é alta em relação aos cartéis menos estruturados.

4. Conclusão

Muitas pessoas associam o conceito de organização criminosa à imagens de milícias, associações do tipo mafioso, gangues e facções, grupos que se utilizam da violência e coação para manter suas operações ilícitas - as chamadas, por alguns autores, "associações criminosas tradicionais". Porém, com as vigentes definições impostas pelo ordenamento brasileiro, há outros grupos além desses tradicionais que também se enquadram como organização criminosa. Um exemplo são os crimes de colarinho branco, ou crimes financeiros. Sem necessariamente se utilizar de meios violentos, esses grupos podem possuir todos os requisitos previstos na Lei de Organização Criminosa (Lei 12.850/13). Desses crimes de colarinho branco, um dos mais notórios e de efeitos sistêmicos é o cartel.

Crimes de colarinho branco, como o cartel, possuem efeitos invisíveis na sociedade, o que não significa que não são graves, mas que a descoberta desses crimes pela identificação de seus efeitos é mais difícil. Não por acaso, o cartel é considerado o mais grave ilícito contra a concorrência, podendo ser punido de maneira autônoma nas searas cível, administrativa e penal.

Sendo tipos penais autônomos, a jurisprudência brasileira tem confirmado a possibilidade de condenação concorrente por cartel e organização criminosa sem a configuração de *bis in idem*. Mas, para que um grupo possa ser considerado organização criminosa, deve-se observar 6 requisitos: 5 destes impostos pelo texto da Lei de Organização Criminosa (Lei 12.850/13), e um imposto doutrinária e

jurisprudencialmente. Este último é o de estabilidade e permanência, que passou a ser adotado para diferenciar as organizações criminosas do simples concurso de pessoas. Os outros 5 são:

- i) a prática de crimes cuja pena máxima é superior a 4 anos;
- ii) o objetivo de obtenção de vantagens indevidas de qualquer natureza;
- iii) o número mínimo de 4 agentes;
- iv) a verificação de estrutura organizada; e
- v) a divisão de tarefas entre os agentes.

A condenação penal para o crime de cartel prevê uma pena de reclusão de 1 a 5 anos e multa, e a própria natureza legal do crime de cartel cumpre dois dos requisitos para o enquadramento de um grupo como organização criminosa: a prática de crimes de pena máxima superior a 4 anos, e o objetivo de obtenção de vantagens indevidas, no caso por meio do controle das condições de mercado e preços. Não são todos os cartéis, porém, que se enquadram nesta tipificação penal. Os cartéis clássicos, que apresentam acordos de preço e variáveis comerciais, atendem os requisitos para serem tratados como crime. Já os cartéis difusos, que não apresentam este tipo de acordo, mas meramente a troca de informações comercialmente sensíveis, não se subsumem ao tipo da Lei 8.137/90 ou da Lei 14.133/21, não podendo assim, por consequência lógica, serem considerados organizações criminosas.

O número mínimo de 4 agentes não é requisito essencial de um cartel, contudo, não são fartos os exemplos práticos de cartéis operacionalizados por apenas 2 ou 3 agentes (característicos de um mercado oligopolizado).

Quanto à estrutura organizada e a divisão de tarefas entre os integrantes, novamente não são condições necessárias a todos os cartéis. É possível, porém, se identificar um padrão no cumprimento desses requisitos para cartéis difusos e clássicos, em especial para cartéis clássicos que operam em licitações. De fato, identifica-se que há baixa probabilidade de se verificar seu cumprimento em cartéis difusos, embora ainda seja possível. Já para cartéis clássicos, essa possibilidade é

maior, e para cartéis clássicos que operam em licitações, chega a ser provável o cumprimento destes requisitos, dadas as estratégias tipicamente adotadas para fraudar o caráter competitivo de licitações. De toda forma, é necessária a análise dos cartéis no caso concreto, sendo essa classificação mera referência para facilitar a investigação.

Por fim, a natureza do cartel difuso é incompatível também com o requisito de estabilidade e permanência do grupo. Isso porque o cartel difuso não possui elementos coercitivos ou acordos capazes de garantir sua estabilidade.

Conclui-se, portanto, que as definições concorrenciais de cartel clássico ou difuso são de extrema valia, podendo servir como parâmetro para a investigação de um cartel como organização criminosa. Caso se trate de um cartel difuso, necessariamente ele não cumprirá o requisito ser tipificado como crime de pena máxima superior a 4 anos e não apresentará o elemento da estabilidade e permanência necessário às organizações criminosas, além de muito provavelmente também não apresentar estrutura organizada ou divisão de tarefas. Já para cartéis clássicos, a concorrência com o ilícito de organização criminosa depende da verificação prática do preenchimento dos requisitos da estabilidade, permanência, estrutura organizada e divisão de tarefas, que pode ou não ocorrer. Por fim, caso se trate de um cartel clássico que atua em licitações, deve-se verificar quais estratégias foram utilizadas para fraudar o caráter competitivo da licitação, o que servirá como forte indicativo de sua configuração como uma organização criminosa.

Referências

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal, parte especial 4: dos crimes contra a dignidade sexual até os crimes contra a fé pública*, p. 443. 7ª edição.

BRASIL. 3ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. *Roteiro de atuação I: Combate a cartéis*.

Disponível em:

<https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/documentos-e-publicacoes/roteiros-de-atuacao>.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Guia de combate a cartéis em licitação*. Dezembro de 2019. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf>

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Processo Administrativo n. 08700.002086/2015-14*. Brasília, DF.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14*. Brasília, DF. DJ 13.7.2005.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Processo Administrativo n. 08012.011142/2006-79*. “Cartel do Cimento”. Brasília, DF, 8.7.2014.

BRASIL. *Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31.12.1940.

BRASIL. *Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 3.10.1941.

BRASIL. *Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Lei de Defesa da Concorrência. Diário Oficial da União, Brasília, 2.12.2011.

BRASIL. *Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Lei de Organização Criminosa. Diário Oficial da União, Brasília, 5.8.2013.

BRASIL. *Lei 14.133, de 1 de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União, Brasília, 1.4.2021.

BRASIL. *Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990*. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 28.12.1990.

BRASIL. *Lei 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 25.7.1985.

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Coordenação-Geral de Análise Antitruste 10. *Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade*, 5.2016, atualizado em 12.2021. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/Guia-do-Programa-de-Leniencia-do-Cade_Vers%C3%A3o_Atualizada.pdf. Acesso em 5.2.2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *AgRg no RHC 116360/PR*, Processo n. 2019/0230998-4, Relatoria do Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 25.8.2020, DJe 4.9.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no RHC 146.530/RS*, processo n. 2021/0127438-0, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 28.9.2021, DJe 06/10/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *HC 80.293/PE*, Min. Rel. Laurita Vaz, DJ 04.09.2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Gabinete 3. Processo n. 0008798-59.2017.4.02.0000. Relatoria do Desembargador Federal ABEL GOMES. Vitória, ES. Disponível em: https://eproc.trf2.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=processo_seleciona_publica&num_processo=00087985920174020000&eventos=true&num_chave=&num_chave_documento=&hash=7fe105edaef77412e22f7bde122354c2

CLEMENTINO, Cláudio Leite. Breves considerações sobre as organizações criminosas. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5496, 19 jul. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65909>. Acesso em: 17 jan. 2023.

DE BARROS BELLO FILHO, Ney; HERMES LEAL, Bruno. *“Ecomafia” A experiência italiana no enfrentamento dos crimes ambientais de perfil mafioso*. Direito Público, [S. l.], v. 17, n. 95, 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4250>. Acesso em: 17 jan. 2023.

DICIONÁRIO FINANCEIRO. *Teoria dos Jogos: definição e exemplos*. Disponível em: <https://www.dicionariofinanceiro.com/teoria-dos-jogos/>. Acesso em 5.2.2023.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. 10ª Vara Criminal de Vitória. Ação Penal n. 024080096605.

GOV.BR. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Cade multa em R\$ 3,1 bilhões o cartel do cimento*. Disponível em:
<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-multa-em-r-3-1-bilhoes-o-cartel-do-cimento>

JUNIOR, José Paulo Baltazar. *Crimes Federais*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1272-1278.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual Legislação Criminal Especial Comentada. 10 ed. Salvador. *JusPODIVM*, 2021. p. 1013.

MAIA, Maurício. Apontamentos sobre penalidades alternativas na jurisprudência do Cade. *Revista Consultor Jurídico*, 24.10.2022. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2022-out-24/defesa-concorrencia-penalidades-alternativas-jurisprudencia-cade-apontamentos#sdfootnote3sym>. Acesso em 4.2.2023.

MARÇAL, R. R. Reflexes of Enron's fall: A Fifteen-Year Perspective on Brazilian Academic Productions . *Revista Brasileira de Gestão e Inovação*, v. 6, n. 3, p. 101-120, 2019.

MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre direito administrativo e direito penal*. 2013.

OECD. *Recommendation of the council concerning effective action against hard core cartels*. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/193/193.en.pdf>. Acesso em 3.2.2023

OLIVEIRA JÚNIOR, Gonçalo Farias de. *A tutela da ordem econômica na Lei 8.137/90*. Curitiba, Juruá, 2005, p. 193.

SETH, Shobhit. *Book Value vs. Market Value: What's the Difference?*. Investopedia, 17.1.2021. Disponível em:
<https://www.investopedia.com/articles/investing/110613/market-value-versus-book-value.asp#toc-the-bottom-line>. Acesso em 5.2.2023.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003. Pág. 30.

SOLTENS, Eugene. *Why they do it: Inside the Mind of the White Collar Criminal*. Editora Public Affairs. Nova York, 2016.

TAFFAREL, Ana Vitória Lopes. Tipicidade do delito de organização criminosa voltado à prática de cartel. *Revista Consultor Jurídico*, 21.11.2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-nov-21/ana-taffarel-organizacao-criminosa-voltada-pratica-cartel#_ftn8. Acesso em 3.2.2023.

VALOR ECONÔMICO. *Cade quer usar “big data” para combater cartel em licitação*. Brasília, 21.8.2017. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/5087528/cade-quer-usar-big-data-para-combater-cartel-em-licitacao>. Acesso em 17.1.2023.

WARREN MAGAZINE. *Homo economicus: a origem, o significado e o que está por trás do conceito*. Disponível em: <https://warren.com.br/magazine/homo-economicus/>.