

7

DEFININDO SANÇÕES ÓTIMAS A PRÁTICAS ANTICOMPETITIVAS E CORRUPTAS: A PUNIÇÃO A INDIVÍDUOS POR MEIO DE MECANISMOS ALTERNATIVOS

*Defining optimal sanctions for anti-competitive
and corrupt practices: punishment individuals
through alternative mechanisms*

Renan Cruvinel¹

RESUMO

Apesar da elevação das multas e da criação de estratégias mais efetivas de detecção e dissuasão de infrações anticompetitivas, há dúvidas sobre os efeitos dissuasórios da política de defesa da concorrência. Diante disso e da necessidade de se pensar mecanismos de punição que visem a manutenção das empresas, que evitem eventual excesso punitivo e que considerem os eventuais custos sociais das investigações de grande monta, este artigo buscou investigar as sanções disponíveis, segundo sua aptidão para gerar incentivos negativos à prática de cartel, bem como considerou os distintos impactos que a atividade punitiva pode ter em relação a pessoas físicas e jurídicas. Utilizando a análise crítica aplicada das decisões, legislação e doutrina existentes sobre o tema, defende-se a capacidade de sanções alternativas de direcionar as sanções para aqueles efetivamente responsáveis pelas infrações, buscando evitar que eles assumam posições que os permitam reincidir nas práticas, bem como desloquem o impacto da sanção das companhias para pessoas físicas, tornando mais efetivo o poder dissuasório da persecução. Nesse sentido, analisou-se os casos da alienação compulsória de controle, da proibição de exercício de exercer comércio e da desconsideração da personalidade jurídica.

Palavras-chave: sanções alternativas; punição a indivíduos; condutas anticompetitivas; corrupção; direito concorrencial.

ABSTRACT

Despite the increase in fines and the introduction of more effective strategies for detecting and deterring anti-competitive conducts, there are doubts about the deterrent effects of competition policy. In view of this and of the necessity to think punishment mechanisms that aim at the maintenance of companies, that avoid eventual punitive excess and consider the social costs of major investigations, this article sought to investigate the sanctions available, according to their ability to generate negative incentives for the practice of cartels, as well as considering the different

¹ Mestrando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo e advogado. E-mail: cruvinel.renan@gmail.com.

impacts that punitive activity can have on individuals and legal entities. The paper defend the ability of alternative sanctions to direct sanctions to those actually responsible for the conducts, aiming at prevent them from taking positions that allow them to repeat the practices, as well as shifting the impact of sanctioning from companies to individuals, making the deterrent of persecution more effective.

Keywords: alternative sanctions; punishment of individuals; anticompetitive conduct; corruption; competition law; anti-corruption law.

Classificação JEL: K21; K0; K22.

Sumário: I. Introdução; II. Definição de sanções ótimas; III. A punição a indivíduos por meio de mecanismos alternativos às sanções pecuniárias e ao encarceramento; IV. mecanismos de punição alternativos; IV.1. A alienação compulsória de controle; IV.2. A proibição de exercer comércio; IV.3. A desconsideração da personalidade jurídica; V. Conclusão; VI. Referências Bibliográficas.

I. INTRODUÇÃO

Apenas em uma de suas sessões de julgamento de novembro de 2018, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) celebrou acordos em seis investigações distintas relacionadas à Lava Jato, que, somados, levaram a um recolhimento de quase novecentos milhões de reais em contribuições pecuniárias. A notícia leva a crer que as autoridades antitruste brasileiras são cada vez mais efetivas na persecução à colusão empresarial. Contudo, questiona-se se os valores das multas e das contribuições pecuniárias recolhidas pelo Cade são, realisticamente, capazes de impedir que outras firmas se envolvam em atividades semelhantes, uma vez que, infelizmente, apesar dos melhores esforços das autoridades responsáveis pela investigação e punição de cartéis, tais práticas, muitas vezes, continuam sendo rentáveis para os criminosos.

Em busca de mecanismos eficientes de dissuasão, Foer e outros (2015), em artigo publicado no *USA Today Weekend*, defendem que é tempo de focar em indivíduos que participaram de cartéis em nome das companhias a que são vinculados, uma vez que, apesar de as empresas serem propriamente responsabilizadas, são os indivíduos que implementam a conduta.

Como meio de punir os infratores e dissuadi-los da prática de cartel, a legislação antitruste brasileira estabelece uma série de sanções aplicáveis às pessoas físicas e jurídicas que se envolvem na conduta. As penalidades vão desde a imposição de multas, previstas no artigo 37, I a III, da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011), até medidas como a proibição de exercício de atividade comercial, conforme se depreende do artigo 38, I a VII, da mesma Lei. Na seara criminal, é possível, ainda, a prisão dos condenados pela prática de cartel.

Apesar de o ordenamento jurídico trazer uma pluralidade de sanções possíveis, o Cade tem privilegiado a aplicação de multas como forma de punir os envolvidos nas condutas anticompetitivas.

Esse caminho seguido pela autoridade antitruste brasileira não se descola de uma tendência global, marcada pelo considerável aumento das sanções pecuniárias impostas, principalmente, às pessoas jurídicas, como sustentam Ginsburg e Wright (2010):

Antitrust authorities across the world are increasingly concerned with fighting cartels, especially international cartels. Countries previously without cartel prohibitions, including many in Latin America, Asia, and Africa, have in recent years adopted antitrust laws and begun to enforce them. Countries with longstanding cartel prohibitions have adopted corporate leniency policies and increased the resources they dedicate to antitrust enforcement, with the result that more cartels than ever are coming to light and being sanctioned (GINSBURG; WRIGHT, 2010, p. 4).

A atenção maior às penas pecuniárias tem refletido no aumento dos valores recolhidos pelas autoridades antitruste brasileiras. Ginsburg e Wright (2010), ao analisar o contexto americano e europeu, asseveram que tal aumento se deve à crença de que multas altas aplicadas às empresas infratoras são mais efetivas em dissuadir da prática de cartéis hard-core e usam como exemplo os aumentos verificados nos Estados Unidos e na União Europeia, conforme trecho transcrito a seguir:

Antitrust laws and enforcement agencies have largely followed the conventional wisdom that the primary cure for insufficient deterrence of hard-core cartel activity, such as price-fixing, is to increase corporate fines. For example, the United States and the European Union have in recent years pointed with pride and a sense of accomplishment to the large and increasing fines levied upon companies that participate in cartels.

[...]

In both the United States and the EU, the average corporate fine has increased dramatically over the last 15 years. The EU has gone from collecting an average corporate fine of EUR 2 million in 1990-94, to EUR 46 million in 2005-09; U.S. average corporate fines have grown almost a hundredfold from \$480,000 during 1990-94, to \$44 million more recently (GINSBURG; WRIGHT, 2010, p. 4).

Contudo, apesar da elevação do patamar de sanções aplicadas e da introdução de programas de leniência, que permitiram detectar mais infrações anticoncorrenciais, tais medidas não foram capazes de produzir resultados efetivamente dissuasórios.

Questiona-se quais instrumentos podem complementar outras punições existentes em nível administrativo, penal e civil, com vistas a atingir melhores níveis de dissuasão e a promover uma reconfiguração das instituições, dentre elas o mercado, de maneira a corrigir estruturas que propiciam, incentivam ou toleram excessivamente práticas ilícitas. Para tanto, deve-se buscar aqueles instrumentos que, para além da punição financeira ou do encarceramento, possuam maior poder dissuasório, contribuindo para a aplicação de penalidades mais adequadas.

Nesse sentido, o presente artigo, por meio da análise crítica aplicada das decisões, legislação e doutrina existentes sobre o tema, buscará investigar os instrumentos jurídicos sancionatórios disponíveis, segundo sua aptidão para gerar incentivos negativos à prática de cartel, bem como considerará os distintos impactos que a atividade punitiva pode ter em relação a pessoas físicas e jurídicas. A investigação partirá da definição do conceito de sanções ótimas, passará pela análise do papel da punição a indivíduos, para então apresentar exemplos de mecanismos de punição diferentes das sanções pecuniárias e do encarceramento, notadamente a alienação compulsória de controle, a proibição de exercer comércio e a desconsideração da personalidade jurídica, que podem ser eficientes para a dissuasão a cartéis.

II. Definição de sanções ótimas

A importância da discussão deriva da necessidade de pensar mecanismos de punição que visem a manutenção das empresas, que evitem eventual excesso punitivo e que considerem os eventuais custos sociais das investigações de grande monta. Algo que tem reforçado a importância do tema é o protagonismo da política de combate a cartéis na agenda governamental e, conseqüentemente, nas investigações acadêmicas, dados os impactos sociais provocados pelas infrações.

A busca por instrumentos capazes de impedir o cometimento de condutas ilícitas e corrigir as distorções econômicas causadas por elas é objeto perene de investigação do Direito. Ela tem como um dos principais trabalhos o de Becker (1968), que colocou em xeque as conclusões de Beccaria (2006) de que a pena ótima deveria ser baseada apenas no ganho do infrator, ou seja, no lucro obtido com a infração, e transferiu a atenção para o dano causado pela conduta.

A regra criada por Becker foi aperfeiçoada por Polinsky e Shavell (1999), que adicionaram à discussão os valores dos recursos poupados pelo descumprimento da lei.

A literatura sobre o tema sustenta, ainda, que deveriam ser levados em conta os custos associados à aplicação da lei, conforme defendido em trabalho de Ginsburg e Wright (2010), detalhado a seguir.

Ao investigarem o que define uma sanção ótima, Ginsburg e Wright (2010) asseveram que as sanções antitruste podem se dirigir a dois alvos, quais sejam, a empresa envolvida na conduta e as pessoas físicas a ela vinculadas. Apesar de a personalidade jurídica ser o principal sujeito da atividade sancionatória, a punibilidade de indivíduos garante a elevação do potencial dissuasório da sanção, na medida em que expõe aqueles que são efetivamente responsáveis por implementar a conduta infratora (SANTOS, 2016).

Não somente da Lei podem surgir sanções antitruste, mas também do próprio mercado, uma vez que os agentes que praticaram a infração podem sofrer impactos sobre suas reputações e seus negócios, o que gera um efeito dissuasório (GINSBURG; WRIGHT, 2010). Tendo em vista essas características que marcam a legislação antitruste, é necessário discutir quais são os contornos de uma sanção ideal.

Os citados autores acreditam que a determinação da sanção ideal para fixação de preços (e outras atividades de cartel) deve ser guiada por dois princípios fundamentais. Em primeiro lugar, a sanção total deve ser grande o suficiente, mas não maior que o necessário, para tirar o lucro da fixação de preços. Se o lucro líquido esperado da fixação de preços, subtraídas as eventuais sanções legais, for positivo, isto é, se a fixação de preços for lucrativa, então o mercado irá produzi-la.

Quando a conduta é lucrativa para a empresa e, portanto, aumenta o preço de suas ações, é mais provável que tanto a empresa quanto o perpetrador individual sejam recompensados em vez de penalizados pelo mercado, aumentando, assim, a sanção total necessária para fornecer a dissuasão ideal (SANTOS, 2016).

Esse ponto ilustra as interações complexas entre sanções corporativas e individuais. Com uma sanção corporativa devidamente calibrada, as penalidades de reputação impostas à corporação e a seus agentes reduzirão as multas individuais e as sentenças de prisão necessárias para alcançar o nível desejado de dissuasão (GINSBURG; WRIGHT, 2010). Por outro lado, se a sanção corporativa

exceder esse nível, então corre-se o risco de a dissuasão ser excessiva ao fornecer um incentivo para monitoramento corporativo excessivo, o qual gera gastos de conformidade que são, finalmente, repassados aos consumidores na forma de, por exemplo, preços mais altos (GINSBURG; WRIGHT, 2010).

Em segundo lugar, os indivíduos responsáveis pela atividade do cartel, sejam eles envolvidos, cúmplices ou negligentes na prevenção do esquema de fixação de preços, devem receber um desincentivo suficiente para desencorajá-los de exercer essa atividade (BAKER, 2001).

Em relação ao primeiro princípio, nota-se que deve haver uma relação expressa, na multa, entre sanção e lucratividade da conduta, de forma que a primeira deve ser dimensionada para anular os ganhos obtidos. Não se verifica, portanto, uma relação direta entre aumento da penalidade pecuniária e desincentivo à infração. Tal visão é corroborada, por exemplo, por Veljanovski (2007), que afirma que uma multa só seria dissuasória se fosse capaz de tornar a fixação de preços não-lucrativa.

Além disso, Ginsburg e Wright (2010) afirmam que as sanções também possuem um caráter reputacional e, por tal razão, defendem que é fundamental que sejam dirigidas, especificamente, aos responsáveis pela infração, mais do que aos superiores hierárquicos, já que poderiam afetar negativamente a reputação de indivíduos não envolvidos².

Assim, mais do que o simples aumento das multas – especialmente daquelas impostas às empresas – dever-se-iam buscar critérios objetivos para determinar a imposição de sanções, tendo em vista o aperfeiçoamento de sua aptidão para gerar incentivos negativos à prática de infrações.

Outro fator que se deve considerar é o custo social das condutas ilícitas. Nesse aspecto, a sanção deve ser capaz de cobrir o dano social gerado pela infração. A análise econômica das melhores sanções legais e punições criminais baseia-se na visão fundamental de que as penalidades devem ser suficientes para induzir os infratores a internalizar o custo social total de seus crimes (GINSBURG; WRIGHT, 2010).

Em um cenário simples, em que a detecção de crimes e a aplicação da lei são ambas perfeitas (probabilidade de punição = 1) e sem custos, a sanção ideal será igual ao dano social total do crime. No cenário mais realista, em que as probabilidades de detecção e punição são menos do que perfeitas e os custos de execução são positivos, as penalidades ótimas devem exceder o custo social do crime, de modo que a sanção esperada de cada infrator em potencial seja igual ao dano causado por ele (GINSBURG; WRIGHT, 2010).

Entretanto, isso não permite que a autoridade antitruste aplique penas desarrazoadas, de forma que se deve observar uma relação de proporcionalidade com as probabilidades de descoberta da conduta e de sucesso na ação persecutória. A imposição de penas acima de um patamar que

2 Nesse sentido, afirmam Ginsburg e Wright: “Um esquema de penalidade que seja fiel ao primeiro princípio implica que pelo menos parte do desincentivo para o indivíduo responsável será baseado no mercado; as perspectivas de carreira para um corretor de preços condenado devem ser diminuídas, e certamente não aumentadas, por seu histórico de fixação de preços. Como as sanções de reputação provavelmente são altamente imperfeitas, é importante que a sanção seja direcionada diretamente aos indivíduos responsáveis, e não aos seus empregadores. As sanções também devem ser proporcionais à culpa. Ou seja, o perpetrador individual deve enfrentar uma sanção mais grave do que o diretor ou o oficial que negligentemente supervisionou o perpetrador. Note que, embora o primeiro princípio se concentre em calibrar as sanções para o nível ótimo de dissuasão, o segundo princípio enfatiza a alocação eficiente ou combinação de capital dissuasivo entre a corporação e os indivíduos que agem em seu nome” (GINSBURG; WRIGHT, 2010, p. 5).

garde correlação com o dano da conduta, com os ganhos do infrator e com a detecção da conduta pode promover efeitos socialmente indesejáveis.

Kobayashi (2001) fala do fenômeno da “*overdeterrence*”, em que sanções exageradamente altas podem dissuadir agentes econômicos de praticar condutas eficientes e lícitas diante do medo de que suas práticas sejam consideradas infrações. Assim, o intuito de gerar incentivos negativos à formação de cartéis acaba por apresentar efeitos colaterais, mitigando eventuais ganhos obtidos pela repressão aos danos sociais causados pelas condutas anticompetitivas³.

No mesmo sentido, Wils (2006) defende que há um limite para a aplicação de multas elevadas, fundado na capacidade de pagar dos infratores, nos custos sociais e econômicos de multas elevadas e na perspectiva da justiça proporcional. Segundo ele, multas demasiadamente elevadas podem levar as empresas infratoras à falência, resultando em indesejáveis efeitos sociais e econômicos ao mercado como um todo e levando a uma justiça desproporcional⁴.

Ginsburg e Wright (2010), por sua vez, reconhecem a possibilidade de eventual inibição de condutas eficientes e entendem que é necessária a restrição da incidência da tutela penal sobre as atividades características dos cartéis, mas, por outro lado, sustentam que não há evidências concretas de que esse processo efetivamente ocorre.

Uma segunda fonte potencial de excesso de dissuasão envolve custos de agência, gastos que decorrem de conflitos de interesse existentes em uma organização. Uma empresa incorre em custos de agência na medida em que seus incentivos divergem daqueles que enfrentam seus funcionários e agentes. Como os custos de agência criam um ambiente que facilita a conduta criminosa dos funcionários da empresa, as multas corporativas destinam-se a fornecer um contraincentivo para a corporação monitorar, detectar e prevenir crimes cometidos por seus agentes (KOBAYASHI, 2001).

Se a multa for maior do que o custo social total do crime, no entanto, induzirá a empresa a realizar investimentos excessivos, ou seja, socialmente ineficientes, em monitoramento e prevenção (GINSBURG; WRIGHT, 2010)⁵. De fato, os custos sociais dos gastos de monitoramento e conformidade feitos em resposta a um aumento das multas antitruste aumentam os custos marginais e podem ser repassados aos consumidores na forma de preços mais altos (KOBAYASHI, 2001).

A atenção aos custos de agência na determinação da multa antitruste ideal traz à luz a prin-

3 Segundo Kobayashi: “Under optimal penalties theory, excessive expected penalties must be avoided. The effects of higher than optimal penalties are collectively called overdeterrence. Overdeterrence can result when socially efficient behavior is deterred, e.g., when the benefits of the deterred crime would have outweighed the costs. In addition, socially efficient behavior can be deterred when there is a possibility of legal error, i.e., when the criminal law is erroneously applied to legal behavior. Finally, higher than optimal penalties induces corporations to make excessive expenditures on avoidance of sanctions, and detecting violations by their agents. This latter cost is especially relevant when considering corporate criminal liability” (KOBAYASHI, 2001. p. 21).

4 Contudo, ao discutir a teoria e a prática das sanções antitruste ótimas, Wils (2006) alerta que considerou, na sua análise, que as multas a empresas eram a única sanção usada para deter violações antitruste, ou seja, que elas não estavam combinadas com punições a indivíduos, como encarceramento ou penas individuais. Por isso suas conclusões não são usadas, aqui, de maneira aprofundada.

5 “The firm may also have an incentive to increase investments in avoiding detection and conviction. These investments, in turn, reduce the probability of cartel detection and increase the level of the optimal sanction”. Ver, também: SNYDER, Edward A., The effect of higher criminal penalties on antitrust enforcement. **The Journal of Law & Economics**, v. 33, n. 2, p. 439-462, 1990.

cial distinção entre o nível de penalidades requeridas para a dissuasão ótima e a alocação eficiente dessas penalidades entre a corporação e seus agentes. O modelo simples de multas antitruste ótimas ignora essa distinção, bem como várias outras complicações⁶.

Ainda, outros aspectos como as preferências de risco dos indivíduos, a possibilidade de erro legal e os custos incorridos pelas corporações demandadas em ações privadas por danos também são relevantes para identificar multas antitruste ótimas, porque eles também influenciam o comportamento da empresa.

III. A punição a indivíduos por meio de mecanismos alternativos às sanções pecuniárias e ao encarceramento

Considerando que atos anticompetitivos são cometidos por indivíduos que agem em nome de uma corporação, um bom caminho para evitá-los seria ameaçar tais indivíduos diretamente com sanções. Especialmente se se considera que sanções a empresas raramente são suficientemente altas para a dissuasão da prática de cartéis. Nesse caso, e como já aqui defendido, as sanções a pessoas físicas poderiam, então, complementá-las⁷.

Apesar de não haver evidência sistemática que prove os efeitos dissuasórios de sanções contra indivíduos, há uma tendência de aceitar como autoevidente que sanções a pessoas físicas podem ser parte de um *enforcement* mais efetivo contra infrações como os cartéis (OECD, 2003).

Tal posicionamento não recebe adesão uníssona da doutrina. Por exemplo, Posner (1980) defende que, em última instância, sanções contra indivíduos deveriam ser evitadas, uma vez que medidas podem ser impostas a empresas e, quando suficientemente altas, podem levar tais empresas a tomar providências efetivas de monitoramento sobre seus representantes, gerando os efeitos dissuasórios necessários.

Além de ser instrumento para aumentar os níveis de dissuasão, as sanções contra os indivíduos também podem ser um poderoso incentivo para que estes revelem informações sobre as infrações existentes e cooperem com eventuais investigações. Elas podem, assim, criar uma maior probabilidade de que alguém se desvie de um arranjo de cartel ou de um esquema de corrupção, ofereça informações e coopere, inclusive nos casos em que já há uma investigação em andamento. Como resultado, os programas de acordo das diferentes autoridades reguladoras tornar-se-iam mais eficazes.

O fato de passar um tempo na prisão pode, também, ser um poderoso impedimento para os empresários considerarem entrar em um acordo anticompetitivo. Contudo, no Brasil, apesar de as condutas serem criminalizadas, poucos indivíduos são, de fato, submetidos ao sistema de encarceramento.

Nesse contexto, questiona-se se os incentivos negativos à colusão entre concorrentes gera-

6 Ver: ALEXANDER, Cindy R. On the nature of the reputational penalty for corporate crime: evidence. **Journal of Law and Economics**, v. 42, n. S1, p. 489-526, 1999. Ver, também: KARPOFF, Jonathan M.; LOTT JUNIOR, John. R. The reputational penalty firms bear from committing criminal fraud. **Journal of Law and Economics**, v. 36, n. 2, p. 757-802, 1993.

7 Por exemplo, em: OECD. **Cartel sanctions against individuals**: policy roundtables. Paris: OECD, 2003.

dos pelas sanções criminais são suficientes para a dissuasão.

Apesar de pesquisas mostrarem que as sanções prisionais são aquelas que mais preocupam empresários e executivos (OFT, 2007), a aplicação de penas de prisão, no que tange à persecução criminal de cartéis, apresenta resultado questionável enquanto elemento dissuasório da sanção, como apontam Ginsburg e Wright (2010).

Com efeito, altos índices de reincidência indicam que as sanções criminais não têm sido mecanismo dissuasório capaz de impedir que os cartéis aconteçam. Não há indicação de que o aumento dramático tanto das multas corporativas quanto da duração média das sentenças de prisão tenha resultado em um declínio significativo na atividade do cartel (OFT, 2007).

É improvável que as multas corporativas detenham, com eficiência, a conduta de um indivíduo, pois ele não internalizará quase nada da multa imposta contra seu empregador. Embora seja impossível quantificar o impacto, se houver, do aumento das sanções criminais antitruste sobre os comportamentos colusivos, os dados disponíveis sugerem que as penalidades atuais têm impacto limitado (OFT, 2007).

Para além da elevada taxa de reincidência, a análise da capacidade de desincentivo da pena em relação à conduta considera, também, as possibilidades de descoberta do cartel. Vale dizer, a sanção torna-se mais ameaçadora quanto mais provável é a detecção da conduta pelas autoridades. Ginsburg e Wright (2010) apontam uma média de menos 30% de detecção, ao passo que Veljanovski (2007) assume valores entre 10% a 1/7 dos cartéis.

No contexto brasileiro, Martinez (2013) alinha-se ao seu raciocínio no sentido de que multas elevadas associadas a baixas probabilidades de descoberta do cartel não aumentam a dissuasão, pelo contrário, têm eficácia declinante e reduzido efeito dissuasório incremental.

A autora reitera a ineficiência, em termos dissuasórios, de se aplicarem sanções demasiadamente severas diante de baixas probabilidades de detecção:

Dado o objetivo de minimizar a conduta infrativa indesejada, empregar a dissuasão mediante tutela penal é eficiente? Qual é a combinação normativa que minimiza a prática e maximiza o bem-estar social, de forma mais efetiva e menos custosa? Por vezes, a resposta implicará alguma medida de tutela penal e por vezes não. Para que possamos chegar à resposta adequada no caso da repressão aos cartéis, precisamos explorar a moldura teórica que nos permite chegar à conclusão central deste trabalho.

[...]

A “análise econômica do direito penal” traz modelo que tenta organizar as categorias descritivas acerca de como, exatamente, agentes potenciais de uma conduta imputável computam seus potenciais benefícios (isto é, os frutos do crime) vis-à-vis seus potenciais custos, nos dando elementos para concluir pela necessidade ou não da norma. O “custo esperado do crime” para o potencial infrator vem de diversas fontes: a eventual multa, a pena privativa de liberdade [...] e o estigma social da condenação. Aos que creem que esse último fator – o do estigma – é intangível e de difícil mensuração, basta lembrar que a renda esperada do criminoso deve ser drasticamente reduzida em decorrência da condenação – há menor acesso ao mercado de trabalho, “preconceito”, além de restrição regulatória a determinadas carreiras (MARTINEZ, 2013, p. 64-65).

Do trecho transcrito, depreende-se que a tutela penal, enquanto modelo de persecução do crime de cartel, produz consideráveis efeitos reputacionais, descritos no que a autora chama de “estigma social”, especialmente em se tratando da pena de encarceramento. Não se nega, portanto, que a possibilidade de restrição de liberdade possa ser um grande desincentivo à prática colusiva, porém o agravamento das penas aplicáveis não se mostra uma alternativa viável enquanto método de aumento do poder dissuasório da atividade sancionatória em matéria antitruste.

O efeito de impor um maior ônus da prova no âmbito penal torna mais difícil a obtenção e valoração de provas em certas circunstâncias, uma vez que se aplicam salvaguardas processuais adicionais nas investigações criminais. Parece menos certo que determinadas sanções contra indivíduos, incluindo, por exemplo, multas, impedimento de que os indivíduos exerçam atividade profissional ou administrem empresas, perda de licenças necessárias para fazer negócios, prestação de serviço comunitário e a obrigatoriedade de publicar o fato de uma violação das leis de concorrência tenham fortes efeitos dissuasivos (OECD, 2003).

Caso os acionistas possam ser penalizados, especialmente os controladores, eles próprios exigirão medidas para que a firma não cometa ilícitos anticompetitivos. Eis, então, uma possibilidade de irradiação pedagógica de penalidades do direito da concorrência, por uma via transversa que não a aplicação direta de multa à empresa (BRAGA, 2017).

Isso reflete a importância de se pensarem mecanismos que alinhem o interesse público e o interesse privado na prevenção de participação em eventuais ilícitos econômicos, o que leva ao seguinte questionamento: em que medida o *enforcement* público contra indivíduos é mais eficiente, por exemplo, que um sistema interno de monitoramento e punição? (BUCCIROSSI; SPAGNOLO, 2005).

Conclui-se que é preciso inserir um custo de transação ilícita, isto é, impor aos infratores um custo maior que os benefícios da conduta, a fim de desestimular comportamentos futuros. Se há mais custos que benefícios, é mais provável que o agente seja dissuadido. Esse tipo de direcionamento em relação a comportamentos também decorreria do incremento no nível e na abrangência das penalidades. As penalidades de natureza não pecuniária, nesse contexto, podem ser capazes de restaurar a concorrência sem a imposição de medidas monetárias vultosas, e cumprindo a sua finalidade dissuasória. Muitas vezes, a intervenção estatal pode ensinar o comportamento socialmente esperado e, com isso, ser mais eficaz e eficiente que a aplicação sucessiva de multas pelo mesmo desvio (STIGLITZ, 2009).

Trocar ou afastar integrantes da gerência de uma firma, por exemplo, pode ser uma opção eficiente no que se refere não apenas à punição, mas também à cessação da conduta ilícita. Mecanismos como a alienação compulsória de controle e a proibição de exercer o comércio, *e.g.*, poderiam ser usadas como formas de penalizar infratores, alternativas às sanções pecuniárias e ao encarceramento. Tais mecanismos de dissuasão atingiriam aqueles que, na maioria dos casos, são os efetivos orquestradores da conduta e que agem como *longa manus* da empresa, e alcançariam mais diretamente o indivíduo causador do cartel do que a pessoa jurídica em si (BRAGA, 2018).

IV. Mecanismos de punição alternativos

Tendo em vista a necessidade de se identificarem mecanismos alternativos de punição, uma

vez que o aumento no valor das penas impostas, somado ao encarceramento, não é suficiente, é necessário buscar mecanismos alternativos de punição que levem em conta as conclusões até aqui trazidas.

Nesse contexto, as discussões acerca de sanções capazes de reduzir o impacto imediato sobre a atividade econômica, sem comprometer a eficácia das políticas de combate às condutas ilícitas, vêm ganhando cada vez mais destaque no Brasil e no mundo.

Foer e outros (2015), ao analisarem a atuação do *Department of Justice* dos EUA, apontam algumas medidas orientadas no sentido de aprimorar os instrumentos de persecução a cartéis.

A primeira delas é a inclusão, nos acordos de delação com empresas, da obrigação de não contratar ninguém que tenha sido condenado por prática de cartel. A segunda proposta é a exigência de que as pessoas físicas condenadas não tenham suas multas pagas pelas empresas, direta ou indiretamente. Por fim, nos acordos de delação com indivíduos, sugere-se que sejam inseridas cláusulas que impeçam os signatários de assumir cargos de diretoria ou administração em empresas de capital aberto (FOER *et al.*, 2015).

Ainda, dentre os mecanismos tidos como alternativas possíveis, estão a alienação compulsória de controle, a proibição de exercer o comércio e a desconsideração da personalidade jurídica, que serão brevemente discutidos a seguir. Não se pretende analisar, aqui, em que medida tais mecanismos devem ser utilizados e quais os efeitos de sua utilização, mas apenas dar exemplos de mecanismos alternativos que poderiam ser adotados, com efeitos potencialmente positivos na dissuasão de condutas ilícitas como os cartéis.

IV.1. A alienação compulsória de controle

A alienação compulsória de controle tem sido referida, por Frazão (2018), como medida eficaz contra ilícitos econômicos, em razão de modificar a estrutura de mercados viciados, promovendo a entrada de novos agentes e oxigenando o mercado com novas práticas, ao mesmo tempo em que assegura a manutenção da empresa e o cumprimento de sua função social.

No mesmo sentido, Comparato e Salomão Filho (2014) defendem que controladores, de direito ou de fato, possam ser punidos em situações em que o controle seja exercido em sentido contrário à sua função social, como nos casos envolvendo condutas ilegais, com a perda desse controle, mediante a sua expropriação em proveito de outro empresário.

A troca do controle poderia ser um instrumento eficaz não apenas para assegurar a alteração estrutural do mercado afetado pela corrupção ou pelo cartel, ao promover a entrada de novos agentes e a oxigenação do mercado com novas práticas, mas também a manutenção da empresa e o cumprimento de sua função social⁸.

A transferência de controle retiraria do transgressor seu principal instrumento de violação da norma – o poder de controle – e, ao mesmo tempo, impediria a sua influência determinante sobre

8 Por exemplo, em: FRAZÃO, Ana. Arquitetura da corrupção e as relações de mercado. **Portal JOTA**. São Paulo, 30 maio 2016; FRAZÃO, Ana. Os complexos impasses dos acordos de leniência. **Valor Econômico**. São Paulo, 9 ago. 2017; FRAZÃO, Ana. Companhias abertas e ações de indenização movidas por investidores. **Portal JOTA**. São Paulo, 21 fev. 2018.

a empresa, o que forçaria uma mudança na cultura organizacional da empresa e evitaria que a conduta se repetisse.

Tal mecanismo é hoje previsto em proposta (BRASIL, 2016) de alteração da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção – LAC) (BRASIL, 2013), para prever a alienação⁹ compulsória do controle¹⁰ acionário da pessoa jurídica infratora, mantendo a continuidade do negócio, do contrato administrativo ou da

9 Art. 254-A da Lei nº 6.404/76. A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle. § 1º Entende-se como alienação de controle a transferência, de forma direta ou indireta, de ações integrantes do bloco de controle, de ações vinculadas a acordos de acionistas e de valores mobiliários conversíveis em ações com direito a voto, cessão de direitos de subscrição de ações e de outros títulos ou direitos relativos a valores mobiliários conversíveis em ações que venham a resultar na alienação de controle acionário da sociedade. § 2º A Comissão de Valores Mobiliários autorizará a alienação de controle de que trata o caput, desde que verificado que as condições da oferta pública atendem aos requisitos legais. § 3º Compete à Comissão de Valores Mobiliários estabelecer normas a serem observadas na oferta pública de que trata o caput. § 4º O adquirente do controle acionário de companhia aberta poderá oferecer aos acionistas minoritários a opção de permanecer na companhia, mediante o pagamento de um prêmio equivalente à diferença entre o valor de mercado das ações e o valor pago por ação integrante do bloco de controle (BRASIL, 1976).

10 Art. 116 da Lei nº 6.404/76. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender (BRASIL, 1976).

prestação do serviço na Lei.¹¹

A possibilidade de alienação compulsória do controle societário já era prevista no sistema jurídico brasileiro na Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997, que institui o Sistema Financeiro Nacional, que buscou compatibilizar, em sentido amplo, a Lei com a função social da empresa (BRASIL, 1997).

A mudança legislativa baseia-se em proposta formulada pela Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), no sentido de acrescentar, dentre outros dispositivos, o inciso V no artigo 19 da Lei Anticorrupção, com o objetivo de permitir que seja imposta a alienação compulsória do controle societário para pessoa jurídica ou física sem envolvimento nos ilícitos. Para tanto, a proposta parte do entendimento de que não se pode admitir que uma determinada sociedade empresária tenha seus quadros principais cooptados por eventual organização criminosa e, com isso, prejudique a livre concorrência, a correta prestação de serviços públicos e outros direitos, buscando assegurar o efeito pedagógico da sanção e prevenir novas práticas correlatas.

A proposta defende que, no contexto das grandes investigações que têm ocorrido recentemente, o debate sobre a função social da empresa e a importância de sua preservação vem ganhando espaço e relevância. Assim, com o intuito de assegurar a continuidade do negócio, do contrato administrativo ou da prestação de serviço público, bem como a manutenção de pastas de trabalho, ou para atender a outra razão econômica de relevante interesse público, recomendou-se a adoção, no âmbito da LAC, da possibilidade de transferência do controle societário para pessoa jurídica ou física sem envolvimento nos fatos em apuração, como alternativa às formas restritivas de direitos das sanções aplicáveis (ANPR, 2016).

11 As conclusões a que se chega, aqui, não se restringem às infrações concorrenciais e podem ser estendidas, por exemplo, à seara do combate à corrupção. Conforme defendem Buccirosi e Spagnolo (2007), as características peculiares dos cartéis também são típicas de outras infrações a múltiplos agentes, incluindo conluio entre auditores e gerentes ou entre reguladores e firmas regulamentadas, corrupção e fraude em larga escala, máfia, terrorismo e formas análogas de crime organizado, e a maioria dos tipos de comércio ilegal. Como acontece com os cartéis, todas essas atividades ilegais de múltiplos agentes não podem depender de contratos explícitos impostos pelo sistema legal. Portanto, os arranjos devem assumir a forma de relacionamentos criminosos dinâmicos de longo prazo, em que considerações de reputação e contratos implícitos substituem a contratação explícita. Além disso, defendem os autores que as políticas públicas contra os cartéis e outras formas de crime organizado e corporativo podem tirar proveito de suas características essenciais e combatê-las, solapando a estabilidade dos acordos implícitos nos quais se baseiam.

Ademais, existe uma relação evidente entre corrupção e concorrência. A primeira é vista como um importante fator de distorção dos mercados, uma vez que pode substituir critérios de eficiência e competição em razão do mérito por, por exemplo, critérios como o da proximidade política ou o da compra de facilidades. Os atos corruptos são objeto, portanto, tanto do Direito da Concorrência quanto do Direito Anticorrupção, uma vez que se desenvolvem no âmbito da relação entre o poder público e os agentes privados, e que são capazes de gerar rent-seeking. Considera-se, pois, que a corrupção é capaz de criar custos de transação excessivos e desnecessários, que, a depender do grau, criam ou aumentam barreiras à entrada nos mercados ou geram entraves que dificultam ou impossibilitam a rivalidade. Nesse contexto, à medida que a corrupção aumenta as barreiras, aumentam os incentivos à corrupção e vice-versa, em um círculo vicioso, estimulando a concentração de poder econômico. Combater atos com efeitos deletérios ao mercado, como a corrupção, nesse sentido, causaria efeitos positivos e desejáveis no ambiente competitivo. David Lewis indica, ainda, que há uma relação de causalidade dupla entre esses dois valores. Assim, mercados pouco competitivos levariam a mais corrupção, enquanto que mercados mais competitivos diminuiriam a corrupção (A relação entre política de defesa da concorrência e a política de combate à corrupção já foi objeto de análise de, por exemplo: OECD. **Fighting hard-core cartels: harm, effective sanctions and leniency programmes**. Paris: OECD, 2002; STEPHAN, Paul B. Regulatory Competition and Anticorruption Law. *Virginia Journal of International Law*, v. 53, p. 53-70, 2012; BASU, Kaushik; MCGAVOCK, Tamara; ZHANG, Boyang. **When competition corrupts: a theoretical analysis of market structure and the incidence of corruption**. Washington, DC, Estados Unidos: The World Bank, 2013; ROSE-ACKERMAN, S. (ed.). **International handbook on the economics of corruption**. Cheltenham Glos, Inglaterra: Edward Elgar, 2006. v. 1.)

Sanções não pecuniárias como a alienação compulsória de controle já são autorizadas pelo Direito Antitruste¹². O art. 38 da Lei nº 12.529 (BRASIL, 2011) enumera diversas hipóteses de intervenção direta do Estado como mecanismo de defesa da concorrência. Esses mecanismos são chamados de remédios antitruste e buscam, em regra, resgatar o *status quo ante* do mercado onde ocorreram as práticas anticompetitivas¹³. A alienação compulsória de controle é vista como um dos possíveis remédios antitruste, aplicável a grandes corporações infratoras, com vistas a afastar o indivíduo infrator da gestão empresarial.

É importante lembrar que esse tipo de medida não caracterizaria, automaticamente, expropriação, já que o poder de controle pode ser precificado por ações – não só do bloco de controle, como também de valores e direitos mobiliários que tenham o potencial de ser convertidos em ações. Tais ações têm um valor monetário, que acabará sendo absorvido pelo detentor anterior do controle, seguindo, nesse particular, o mesmo raciocínio do desinvestimento determinado pela autoridade antitruste. A lógica de funcionamento e justificação é bem semelhante à da venda de ativos. Dessa forma, não há prejuízo patrimonial, porque tal alienação é, geralmente, onerosa e representa um novo arranjo empresarial que privilegia boas práticas e extirpa vicissitudes do meio empresarial (BRAGA, 2018).

Contudo, o mais próximo que o Cade chegou de aplicar uma medida como essa, guardadas as devidas distinções de cunho societário, foi ao determinar a terceirização da administração corporativa (BRAGA, 2018).

Os remédios estruturais já foram aplicados em casos de cartel pelo Cade tanto no âmbito da negociação de Termos de Compromisso de Cessação (TCC) quanto em condenações. Em TCCs, foram utilizadas, pelo menos, a terceirização da gestão compartilhada de infraestrutura, no caso do suposto cartel da areia¹⁴, e a venda de ativos no suposto cartel dos combustíveis do DF¹⁵. Já em condenações, utilizaram-se, pelo menos, a venda de ativos e outros remédios estruturais, no caso do cartel do cimento¹⁶, e a cisão de ativos no caso de negociação coletiva por sociedade de cooperativas¹⁷.

No cartel do cimento, o entendimento do então Conselheiro Alessandro Octaviani, relator do caso, foi acolhido pelo Tribunal Administrativo do Cade para decidir que

12 A OCDE, por exemplo, afirma que a aplicação de sanções ainda é uma questão aberta diante da necessidade de obtenção de um suficiente efeito dissuasório (OECD. **Fighting hard-core cartels: harm, effective sanctions and leniency programmes**. Paris: OECD, 2002). Há quem afirme, ainda, que as sanções não pecuniárias retratam uma das formas que o Estado tem de forçar a reorganização de mercados, inclusive quando o interesse público conflita com o interesse particular sobre uma determinada forma de organização industrial (FLIGSTEIN, 2001). Por outro lado, há quem afirme que “finalmente, por mais condenável que tenha sido a infração à ordem econômica, o CADE não pode, por meio da sanção não pecuniária, impedir que um agente econômico exerça o direito constitucional da liberdade de iniciativa e competição – é um limite intransponível porque a própria finalidade essencial da autarquia antitruste consiste em assegurar o exercício deste direito” (COELHO, 2015).

13 Por exemplo, em: WALLER, Spencer Weber. The past, present, and future of monopolization remedies. **Antitrust Law Journal**, v. 76, n. 1, 2009; OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (orgs.). **Remédios Antitruste**. São Paulo: Singular, 2011.

14 CADE. **Processo Administrativo 08012.004430/2002-43**.

15 CADE. **Inquérito Administrativo 08012.008859/2009-86**.

16 CADE. **Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79**.

17 CADE. **Processo Administrativo 08012.002706/2009-25**.

Faz[ia]-se necessária, portanto, uma alteração estrutural no mercado que produza mudanças nas estratégias concorrenciais das empresas, propiciando entradas que tragam concorrência verdadeira para o setor. Somente a aplicação de multa seria de todo ineficaz. As empresas pagariam e ver-se-iam nas mesmas condições estruturais em que estavam antes, diante das mesmas possibilidades. O mercado continuaria o mesmo, sem pressão características acima detalhadas, podendo, inclusive, assistir-se o triste espetáculo de o cartel, mais uma vez, organizar-se para comprar possíveis concorrentes. Assim, para o alcance do objetivo constitucional de instituir, como instrumento da economia brasileira, um cenário concorrencial nos mercados em análise, devem ocorrer também medidas de cunho estrutural, fazendo incidir as hipóteses previstas na Lei de Regência, artigo 38, pois são duplamente exigidos pela “gravidade dos fatos” e pelo “interesse público geral” a “cisão de sociedade, transferência de controle acionário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade”¹⁸

A alienação compulsória de controle no contexto antitruste, contudo, ainda não foi pesquisada de maneira sistemática e individualizada no Brasil. Destarte, esta pesquisa pretende contribuir para o debate, podendo ser útil para orientar os aplicadores da norma e as demais partes atingidas sobre o cabimento e a pertinência da alienação compulsória de controle no contexto antitruste e anticorrupção. Para tanto, ela partirá de alguns pressupostos valorativos acerca de discussões que serão abordadas ao longo do desenvolvimento do estudo, descritos brevemente abaixo.

IV.2. A proibição de exercer comércio

Como se mostrou em oportunidade anterior, a Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011) prevê, no art. 38, VI, a possibilidade de aplicar a sanção de proibir o condenado de “exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 anos”. Trata-se de sanção correlata ao que a doutrina estrangeira chama de “*debarment*”, a exclusão de indivíduos responsáveis pela prática do cartel das posições que os permitam praticar tais infrações. A remoção de infratores de seus cargos e a proibição de exercício de funções semelhantes podem mostrar-se alternativas eficientes, em termos de poder dissuasório, quando comparadas ao aumento de penas pecuniárias ou à imposição de sanções penais.

Institutos jurídicos nesses moldes têm surgido em diversas legislações antitruste mundo afora, como na Austrália, na África do Sul, no Reino Unido e na Suécia. Os EUA adotam instrumentos sancionatórios semelhantes em matéria da *Securities Exchange Commission* (GINSBURG; WRIGHT, 2010).

A desqualificação dos infratores de seus cargos é medida que tem o condão de evitar a reincidência, garantir os efeitos dissuasórios da sanção e esquivar-se dos efeitos deletérios da aplicação excessiva de multas, principalmente às pessoas jurídicas. Quanto a esse último elemento, cabe ressaltar que a sanção pecuniária excessiva pode inviabilizar a atividade de agentes econômicos eficientes, prejudicando o mercado e os consumidores, além de possuir baixo impacto no sentido de desincentivar a conduta, posto não atingir aqueles que de fato a implementam (MARTINEZ, 2013).

Dessa forma, Ginsburg e Wright (2010) ressaltam que esse tipo de penalidade assegura a

18 Voto do Conselheiro Alessandro Octaviani. CADE. **Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79**. 2014.

manutenção da empresa, além de possuir um significativo efeito reputacional, o que potencializa sua capacidade dissuasória. Já Martinez (2013) faz a objeção de que esse tipo de sanção pode deixar impunes indivíduos que não pertenciam ao alto escalão, mas que concorreram para a prática da infração. Entretanto, a proposta dos primeiros parece abranger igualmente funcionários das empresas cartelizadas que não integrem órgãos de direção:

Apesar de a imposição de penas criminais a diretores ou a oficiais poder promover incentivos para prevenir a fixação de preços, faz mais sentido visar atingir os empregados que efetivamente fixem preços, por duas razões. Em primeiro lugar, o empregado é diretamente responsável pela fixação dos preços; sancionar o diretor ou o executivo dissuade a fixação de preços apenas se ele é apto a impedir o empregado. Em segundo lugar, pelo fato do empregado ter menos a ganhar com a fixação de preços que o diretor ou executivo, demanda-se uma sanção menos grave para dissuadir sua conduta (GINSBURG; WRIGHT, 2010, p. 18).

Em suma, o afastamento de pessoas físicas de suas funções e a proibição de que reocupem cargos que permitam a reincidência são possibilidades sancionatórias com considerável poder de dissuasão e que trazem custos e riscos – não só para os infratores, mas para a autoridade sancionadora e para o mercado – inferiores àqueles verificados na sanção de pessoas jurídicas ou na punição criminal. Isso, porque mitigam os efeitos colaterais da aplicação de multas desproporcionalmente elevadas ou da inibição de condutas lícitas e eficientes, que podem resultar de outras formas de penalização de infrações antitruste.

V.3. A desconsideração da personalidade jurídica

A limitação da responsabilidade no direito brasileiro visa estimular e fortalecer o empreendedorismo, garantindo a segurança jurídica para a atividade empresarial, e representa verdadeira política pública de incentivo à atividade econômica no país.

Como é a sociedade o sujeito titular dos direitos e contraente das obrigações – e não os seus sócios –, por vezes os interesses dos credores ou de terceiros podem sofrer a tentativa de ser indevidamente frustrados por manipulações, fraudes e infrações das mais variadas (COELHO, 2012), dentre elas as do âmbito do Direito da Concorrência e Anticorrupção.

Essa é uma questão sobre a qual os países que instituíram a limitação de responsabilidade tiveram que se debruçar, como defende Oliveira:

[...] é problema comum a todo e qualquer sistema jurídico em que vigore o princípio básico da separação entre pessoa jurídica e pessoa-membro. Pois em todos esses países pode surgir (como de fato tem surgido) o fenômeno da utilização da pessoa jurídica (e de sua subjetividade autônoma, separada) no contexto da busca de finalidades distintas daquelas que inspiram o conjunto do sistema jurídico. [...] Trata-se, ao contrário, da utilização do instituto na busca de finalidades consideradas em contradição com tais princípios básicos (OLIVEIRA, 1979, p. 262).

Entretanto, tendo em vista as notórias vantagens advindas da adoção do modelo de limita-

ção, os diversos ordenamentos jurídicos buscaram formas não de restringi-lo, mas de criar mecanismos eficazes para coibir seu abuso nos casos pontuais em que isso ocorre.

Nesse contexto, foi desenvolvida a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, que teve sua origem no sistema anglo-saxão no início do século XX (BATISD, DAVID e LUCHAIRE, 1960 *apud* COELHO, 2012), amplamente utilizada para combater os desvios na utilização da personalidade jurídica. Nas lições do professor Luciano Amaro:

[...] é uma técnica casuística [...] de solução de desvios de função da pessoa jurídica, quando o juiz se vê diante de situações em que prestigiar a autonomia e a limitação de responsabilidade da pessoa jurídica implicaria sacrificar um interesse que ele reputa legítimo.

Assim, a teoria da desconsideração da pessoa jurídica não surge como forma de acabar com a separação subjetiva entre os bens da sociedade empresária e de seus sócios. Ao tempo em que ela preserva a separação entre os bens da pessoa jurídica e das pessoas físicas, fornece valiosa ferramenta que possibilita aos juízes reprimir fraudes e coibir abusos cometidos por sócios, cujos bens pessoais poderão ser alcançados para satisfazer os débitos da sociedade empresária. Nesse sentido, Didier Jr. defende que:

Cumpre alertar, ainda, que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não pretende destruir o histórico princípio da separação dos patrimônios da sociedade e da pessoa jurídica, mas, contrariamente, servir como mola propulsora da funcionalização da pessoa jurídica, garantindo as suas atividades e coibindo a prática de fraudes e abusos através dela. (DIDIER JR. et al, 2009, p. 279).

Em que pese a previsão do instituto em legislações esparsas, foi com o advento do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), aprofundada pelo NCCP, que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi consagrada e estendida à generalidade das situações do direito brasileiro, garantindo real segurança aos credores e demais interessados.

Isso porque o artigo 50 do Código Civil ampliou a abrangência do instituto, determinando que em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Nesse sentido, questiona-se se o instituto poderia ser usado como forma de responsabilização às pessoas físicas responsáveis pela arquitetura e implementação das condutas ilegais quando elas forem sócias das companhias envolvidas.

CONCLUSÃO

Os mecanismos de punição alternativos às sanções pecuniárias e ao encarceramento, dentre eles a alienação compulsória de controle, a proibição de exercer o comércio e a desconsideração da personalidade jurídicas, teriam a capacidade de direcionar as sanções para aqueles que efetivamente incorreram nas infrações, buscando principalmente evitar que os responsáveis assumam posições

que os permitam reincidir nas práticas, bem como deslocam o ônus da sanção para aqueles que implementaram a conduta, e não para a companhia, tornando mais efetivo o poder dissuasório da atividade persecutória.

A busca por uma sanção ótima deve considerar que a simples elevação de multas para empresas ou o agravamento das sanções penais não têm se mostrado alternativas eficientes para reduzir e gerar incentivos negativos à prática de cartéis. Isso porque se afetaria mais os acionistas, funcionários, consumidores e a produtividade do que os próprios infratores¹⁹. Assim, é fundamental que sejam estipulados limites que observem, por exemplo, a capacidade de pagar dos infratores, os impactos sociais e econômicos da multa e a proporcionalidade de sua aplicação em relação à conduta ilícita.

É necessário questionar determinados aspectos da abordagem econômica padrão sobre sanções, que entende que multas pecuniárias não reduzem o bem-estar social e devem ser aplicadas sempre, ao passo que sanções alternativas só devem ser usadas quando as multas forem insuficientemente dissuasórias. Isso porque tal perspectiva poderia conduzir a um sistema sancionatório antitruste com baixa capacidade de detecção das condutas, multas muito altas e de reduzido poder dissuasório.

Portanto, a aplicação de sanções como a exclusão de responsáveis por infrações da administração de empresas e a proibição de exercício de cargos equivalentes ou a alienação compulsória de controle e a desconsideração da pessoa jurídica, poderiam se mostrar como bons caminhos na busca por capacidade de dissuasão das práticas como os cartéis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDER, Cindy R. On the nature of the reputational penalty for corporate crime: evidence. **Journal of Law and Economics**, v. 42, n. S1, p. 489-526, 1999.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA (ANPR). **Nota Técnica PRESI/ANPR/JRC n. 001/2016**. Brasília: ANPR, 2016.

BAKER, Donald I. The use of criminal law remedies to deter and punish cartels and bid-rigging. **George Washington Law Review**, v. 69, n. 5/6, p. 693-720, 2001.

BASU, Kaushik; MCGAVOCK, Tamara; ZHANG, Boyang. **When competition corrupts: a theoretical analysis of market structure and the incidence of corruption**. Washington, DC, Estados Unidos: The World Bank, 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Campinas: Russel, 2006.

19 Assim colocam Foer e outros: “The press releases of competition agencies worldwide notwithstanding, we think it is questionable, indeed doubtful that a \$100 million fine—or even a fine of over EUR 1 billion—imposed upon a corporation because one of its executives fixed prices serves the primary goal of an antitrust sanction: to deter anticompetitive conduct that injures consumers. When fines are levied against a publicly traded corporation, the persons burdened are consumers and possibly shareholders, two groups almost certainly unable to affect the conduct of the corporation. It was a corporate executive who conspired to fix prices or allocate the market. It was his superiors in management or on the board of directors who failed to ensure the company operated lawfully. These are the individuals we want to deter. But they will not be deterred as long as consumers and shareholders bear the brunt of antitrust penalties while the directors and officers of the company have too little incentive to prevent violations” (FOER *et al*, 2015).

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: an Economic Approach. **Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, 1968.

BRAGA, Tereza Cristine Almeida. Multas são suficientes para evitar novos cartéis? Reflexões sobre remédios antitruste e penas no Direito Concorrencial. In: FRAZÃO, Ana (Org.). **Constituição, empresa e mercado**. Brasília: UnB, 2017.

BRAGA, Tereza Cristine Almeida. **Combate a cartéis e remédios antitruste**: o poder público e a arquitetura de incentivos e desincentivos na concorrência. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.208**. Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e a Lei nº 8.429, de 2 de julho de 1992 para dispor sobre condições para celebração de acordos de leniência com pessoas físicas e pessoas jurídicas, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2016.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre a Sociedade por Ações. Brasília: Presidência da República, 1976.

BRASIL. **Lei nº 9.447, de 14 de março de 1977**. Dispõe sobre a responsabilidade solidária de controladores de instituições submetidas aos regimes de que tratam a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, e o Decreto-lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987 [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1977.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de Agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2013.

BUCCIROSSI, Paolo; SPAGNOLO, Giancarlo. Corporate governance and collusive behaviour. In: COLLINS, Wayne Dale (ed.). **Issues in competition law and policy**. Chicago: ABA, 2007.

BUCCIROSSI, Paolo; SPAGNOLO, Giancarlo. Optimal fines in the era of whistleblowers - Should Price Fixers Still Go to Prison? **Lear Research Paper**, n. 05-01, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.

COELHO, Fábio Ulhoa Imperativo da proporcionalidade no processo administrativo sancionador no âmbito do Cade. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords.). **Processo societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. 2.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6. ed. São Paulo: Forense, 2014.

DIDIER JR, Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 5.

FLIGSTEIN, Neil. **The architecture of markets**: an economic sociology of twenty-first century capitalist societies. New Jersey: Princeton University Press, 2001.

FOER, Albert et al. DOJ has the power to crush price-fixers: column. **USA Today**. McLean, 27 maio 2015.

FRAZÃO, Ana. Arquitetura da corrupção e as relações de mercado. **Portal JOTA**. São Paulo, 30 maio 2016.

FRAZÃO, Ana. Os complexos impasses dos acordos de leniência. **Valor Econômico**. São Paulo, 9 ago. 2017.

FRAZÃO, Ana. Companhia abertas e ações de indenização movidas por investidores. **Portal JOTA**. São Paulo, 21 fev. 2018.

GINSBURG, Douglas H.; WRIGHT, Joshua D. Antitrust Sanctions. **Competition Policy International**, v. 6, n. 2, p. 3-39, 2010.

KARPOFF, Jonathan M.; LOTT JUNIOR, John R. The reputational penalty firms bear from committing criminal fraud. **Journal of Law and Economics**, v. 36, n. 2, p. 757-802, 1993.

KOBAYASHI, Bruce H. Antitrust, agency, and amnesty: an economic analysis of the criminal enforcement of the antitrust laws against corporations. **George Washington Law Review**, v. 69, n. 5-6, 715-744, 2001.

Não localizado KRUEGER, A. O. The political economy of the rent-seeking society. **American Economic Review**, v. 64, n. 3, p. 291-303, 1974.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**: interface entre direito administrativo e criminal. São Paulo: Singular, 2013. p. 38.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Cartel sanctions against individuals**: policy roundtables. Paris: OECD, 2003.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Fighting corruption and promoting competition**. Paris: OECD, 2014.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Fighting hard-core cartels**: harm, effective sanctions and leniency programmes. Paris: OECD, 2002.

OFFICE OF FAIR TRADING (OFT). **The deterrent effect of competition enforcement by the OFT**. London: OFT, 2007.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (orgs.). **Remédios Antitruste**. São Paulo: Singular, 2011.

OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. **A dupla crise da personalidade jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. The economic theory of public enforcement of law. **National Bureau of Economic Research**. Cambridge, Inglaterra, 1999.

POSNER, Richard A. Optimal sentences for white collar criminals. **American Criminal Law Review**, v. 17, p. 409-418, 1980.

ROSE-ACKERMAN, S. (ed.). **International handbook on the economics of corruption**. Cheltenham Glos, Inglaterra: Edward Elgar, 2006. v. 1.

SANTOS, Flávia Chiquito dos. **Aplicação de penas na repressão a cartéis**: uma análise da jurisprudência do CADE. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016.

SNYDER, Edward A., The effect of higher criminal penalties on antitrust enforcement. **The Journal of Law & Economics**, v. 33, n. 2, p. 439-462, 1990.

STEPHAN, Paul B. Regulatory Competition and Anticorruption Law. **Virginia Journal of International Law**, v. 53, p. 53-70, 2012.

STIGLITZ, Joseph E. Government failure vs. market failure: principles of regulation. In: BALLEISEN, Edward J; MOSS, David A. (eds.). **Government and markets**: toward a new theory of regulation. New York, NY: Cambridge University Press, 2009.

VELJANOVSKI, Cento. Cartel fines in Europe: law, practice and deterrence. **World Competition**, v. 30, n. 1, p. 65-86, 2007.

WALLER, Spencer Weber. The past, present, and future of monopolization remedies. **Antitrust Law Journal**, v. 76, n. 1, 2009.

WILS, Wouter P. J. Optimal antitrust fines: theory and practice. **World Competition**, v. 29, n. 2, p. 183-208, 2006.