



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**ENTRE POLÍTICA ECONÔMICA E POLÍTICA
CRIMINAL: A APLICABILIDADE DO ACORDO DE
LENIÊNCIA NO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA
CONCORRÊNCIA**

JOÃO PESSOA

2015

FILIPPE MENDES CAVALCANTI LEITE

**ENTRE POLÍTICA ECONÔMICA E POLÍTICA
CRIMINAL: A APLICABILIDADE DO ACORDO DE
LENIÊNCIA NO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA
CONCORRÊNCIA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, área de concentração em Direito Econômico, da Universidade Federal da Paraíba

ORIENTADOR: Prof. Dr. Cláudio Pedrosa Nunes

2015

L533e Leite, Filipe Mendes Cavalcanti.
Entre política econômica e política criminal: a aplicabilidade
do Acordo de Leniência no sistema brasileiro de defesa da
concorrência / Filipe Mendes Cavalcanti Leite.- João Pessoa,
2015.
130f. : il.
Orientador: Cláudio Pedrosa Nunes
Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ
1. Direito econômico. 2. Política econômica. 3. Política
criminal. 4. Antitruste. 5. Cartel. 6. Acordo de Leniência.

UFPB/BC

CDU: 346(043)

FILIPPE MENDES CAVALCANTI LEITE

**ENTRE POLÍTICA ECONÔMICA E POLÍTICA CRIMINAL: A
APLICABILIDADE DO ACORDO DE LENIÊNCIA NO SISTEMA
BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, vinculado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como requisito para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Pedrosa Nunes

Área de Concentração: Direito Econômico

Defesa de dissertação de mestrado avaliada por Banca Examinadora composta pelos seguintes professores, sob a presidência do primeiro:

Professor Doutor Cláudio Pedrosa Nunes, UFPB

Professor Doutor

Professor Doutor

JULGAMENTO: _____

_____ de _____ de 2015

Dedico este trabalho

a Elvira Mendes Cavalcanti (*in memoriam*)

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e irmã, pelo apoio constante, pela torcida que não cessa, pela esperança que me alimenta.

Ao meu orientador, Dr. Cláudio Pedrosa Nunes, pela presteza, cordialidade e gentileza com que me orientou neste trabalho.

Ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, por ter me introduzido aos verdadeiros meandros da academia.

Aos funcionários da Secretaria do PPGCJ, Luísa e Fernando, pela compreensão e eficiência com que executam suas funções.

Aos amigos feitos ao longo desses dois anos na pós-graduação, Larissa, Samantha, Oona e Daniel por me ampararem nas dúvidas e me instigarem o surgimento de outras tantas.

Aos amigos de sempre, por continuarem ao meu lado, mesmo que nem sempre perto: Igor, Alberto, Talita, Lívia, Nayara, Romulo, Leonardo, George, Fábio, Marcos, Laura e Paula.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo lançar algumas luzes acerca da aplicabilidade do Acordo de Leniência no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Para isso, vislumbrou-se como necessário um resgate acerca do desenvolvimento da ideia de liberdade, para então se chegar à livre concorrência como princípio inspirador da ordem econômica. O Estado Democrático de Direito, estabelecido na Carta de 1988, representa o estágio contemporâneo de defesa de valores jurídicos, econômicos e sociais que têm por finalidade garantir o desenvolvimento nacional, além de promover a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Será visto que a mencionada Política Econômica encontra correlação com a Política Criminal idealizada pelo Estado. Será feito um apurado teórico-histórico que dê conta da evolução do disciplinamento do Antitruste no Brasil. Também encontrará espaço no presente trabalho a ilustração da ideia de Direito Antitruste Sancionador, a fim de que se possa perceber como a Administração Pública pode, muito eficazmente, investigar e punir agentes com base em suas próprias normas, servindo de contraponto ao Direito Penal Econômico. Essa via de caminhos paralelos entre administrativização e judicialização do Antitruste encontra reflexo claro no instituto do Acordo de Leniência. Para tanto, será apresentado um panorama conceitual acerca do que venha a ser o objeto de combate abarcado pelo Acordo de Leniência: os cartéis. Buscar-se-á a demonstração dos diversos tipos de cartel, dando especial relevo aos cartéis em licitação. Por fim, o trabalho esmiúça o instituto do Acordo de Leniência em si, firmando sua base legislativa, conceitual e apresentando suas regras de procedibilidade. Por meio da combinação de disciplinamentos legais, será demonstrado o caminho a ser observado quando da celebração de um Acordo. A partir dessa visão, será feita a demonstração do Histórico de Condutas do Acordo de Leniência num cartel em licitação. Acrescenta-se também a contextualização dos modelos internacionais de Acordo de Leniência implementados nos Estados Unidos e União Europeia. Além disso, buscar-se-á dar relevo aos critérios de distinção existentes entre as previsões administrativas oriundas das decisões proferidas pelos órgãos da administração, especialmente o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a sua possível implementação na seara penal, sugerindo alternativas que possam compatibilizar de forma harmônica a aplicação do instituto e a preservação dos seus efeitos.

Palavras-chaves: Política Econômica – Política Criminal – Antitruste – Cartel - Acordo de Leniência

ABSTRACT

This paper aims to shed some light on the applicability of leniency agreement in the Brazilian System of Competition Defense. For this, it's necessary a rescue on the development of the idea of freedom, and then get to free competition as principle underlying the Economic Order. The democratic state, established in the 1988 Constitution, is the contemporary stage of defense of legal, economic and social values which are intended to guarantee national development, and promote the construction of a free, fair and inclusive society. It will be seen that the mentioned Economic Policy correlates with the Criminal Policy idealized by the State. There will be a theoretical and historical establishment that takes account of the evolution of the discipline of Antitrust in Brazil. There will also find space in this paper for the illustration of the idea of Antitrust Sanctioning Law to see how the Government may, very effectively, investigate and punish officials based on their own standards, serving as a counterpoint to the Economic Criminal Law. This route of parallel paths between administrative and legal marks of Antitrust is clearly reflected in the Leniency Agreement institute. Thus, a conceptual frame about what will be the object spanned by the leniency agreement will be presented: cartels. Will fetch up the demonstration of various types of cartel, with special emphasis on bidding cartels. Finally, the work dissects the institute's Leniency Agreement itself, solidifying its legislative and conceptual basis, and presenting their rules. Through the combination of legal rules, will be shown the way to be observed when entering into an agreement. Based on this view, will be presented the Historical of Conducts of a Leniency Agreement in a bidding cartel. Also adds up the context of the Leniency Agreement in international models implemented in the United States and European Union. In addition, this paper will seek to give lights to the criteria for distinguishing between administrative predictions arising from decisions made by administrative courts, especially the Administrative Council for Economic Defense, and its possible implementation in criminal area, suggesting alternatives that may match in an harmonic way the application of the institute and the preservation of its effects.

Keywords: Economic Policy - Criminal Policy - Antitrust - Cartel - Leniency Agreement

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Quantidade de Acordos de Leniência assinados (fonte: site CADE).....	88
Figura 2: Diagrama dos clubes e empresas de participação esporádica (fonte: Histórico da Conduta, CADE, 2015).....	100

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 ALGUMAS NOÇÕES SOBRE A LIVRE CONCORRÊNCIA	16
1.1 APONTAMENTOS SOBRE A LIBERDADE	16
1.2 BREVE HISTÓRICO ACERCA DA EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE ESTADO 25	
1.3 POLÍTICA CRIMINAL – ALGUNS ASPECTOS RELEVANTES	34
2 O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO	38
2.1 PERÍODO FISCALISTA E O DECRETO-LEI N.869 DE 1938.....	38
2.2 AGAMEMNON MAGALHÃES E AS PRIMEIRAS TENTATIVAS DE SISTEMATIZAÇÃO DO ANTITRUSTE BRASILEIRO	40
2.3 A LEI N. 8.884/94 E A NOVA LEI DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA CONCORRÊNCIA	44
2.4 O ANTITRUSTE SANCIONADOR	46
2.5 ALGUMAS REFLEXÕES ACERCA DO DIREITO PENAL ECONÔMICO E O ACORDO DE LENIÊNCIA	49
3 CONDUTAS ATENTATÓRIAS À LIVRE CONCORRÊNCIA: OS CARTÉIS	56
3.1 O PODER ECONÔMICO E OS PARÂMETROS DE ANÁLISE DE CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS	56
3.2 ENTENDENDO OS CARTÉIS: CONCEITOS E ESPÉCIES	62
3.3 CARTÉIS EM LICITAÇÕES E SUAS PECULIARIDADES	70
4 O ACORDO DE LENIÊNCIA E SEUS DESDOBRAMENTOS CONCEITUAIS E PRÁTICOS	81
4.1 CONCEITUAÇÃO E ASPECTOS DOUTRINÁRIOS RELEVANTES	81
4.2 PREVISÃO LEGAL E REGRAS DE PROCEDIBILIDADE	85
4.3 O SISTEMA DE SENHAS (<i>MARKER SYSTEM</i>)	88
4.4 O CAMINHO OPERACIONAL DO ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI 12.529/11 E NO REGIMENTO INTERNO DO CADE	92
4.5 ACORDO DE LENIÊNCIA EM CARTEL DE LICITAÇÃO – O HISTÓRICO DE CONDUTAS NO ACORDO DE LENIÊNCIA DA SETAL ENGENHARIA E SOG ÓLEO E GÁS NO ÂMBITO DA OPERAÇÃO LAVA-JATO	95
4.6 EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL – O ACORDO DE LENIÊNCIA NOS ESTADOS UNIDOS E NA UNIÃO EUROPEIA	105

4.7 REFLEXOS PENAIS DO ACORDO DE LENIÊNCIA NO BRASIL E SUGESTÕES ÀS INCERTEZAS	109
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	123
ANEXO.....	128

INTRODUÇÃO

A Liberdade sempre foi um conceito de difícil configuração teórica. É tarefa hercúlea a elaboração de um conceito que esgote todas as suas nuances. Inicialmente, busca-se neste trabalho a abordagem de alguns aspectos do direito à Liberdade. Será introduzida a distinção relativa à Liberdade dos Antigos comparada à Liberdade dos Modernos. Verificar-se-á que o conceito empregado pelos Antigos dizia respeito a uma Liberdade política, exercida pelo indivíduo perante a comunidade, a fim de participar ativamente da decisão dos rumos coletivos. A Liberdade dos Modernos é caracterizada pelo seu aspecto privado, identificada como liberdade civil. Posteriormente, outro âmbito conceitual será abordado, qual seja: a distinção entre a liberdade negativa e a liberdade positiva.

Como um dos âmbitos da Liberdade genericamente tratada, era necessário sedimentar uma de suas mais importantes manifestações, no tocante à sua aplicação na Economia, qual seja: a Liberdade de Concorrência. Desde os gregos, vislumbram-se episódios relatados na narrativa literária da Antiguidade Clássica dos quais se pode extrair que o domínio de uma parcela do mercado por um único agente, que abusa do seu poder econômico, não é saudável. Da Antiguidade até o começo do desenvolvimento das ideias liberais com as revoluções burguesas, a necessidade de conviver num ambiente econômico saudável sempre pautou o desejo da humanidade, ensejando revoluções, guerras e mudanças que, junto a outros fatores, caracterizaram a alteração de modelos de Estado ao longo dos séculos.

Assim, do Absolutismo ao Estado Democrático de Direito, mudanças substantivas ocorreram não apenas na forma como seriam aplicados e estruturados os institutos jurídicos ou como aquele modelo seria apresentado como mais sensível ou negligente quanto às demandas sociais da população, um fator essencial que também determinou mudanças estruturais no decurso dos séculos foi a Economia. Com o passar de sucessivos modelos de Estado que se mostraram frágeis em algum ponto específico de sua aplicabilidade, chega-se ao século XX e toda a sua efervescência. Como fenômeno cuja paternidade repousava as consequências das Guerras Mundiais sobre a Economia, surge e solidifica-se o Direito Econômico.

O desenvolvimento conceitual do que vem a consistir o substrato teórico do Direito Econômico é uma tarefa complexa. Vários são os aspectos que podem ser levados em conta quando se intenta estabelecer um conceito de Direito Econômico. O presente trabalho irá partir, inicialmente, dessa problemática a fim de demonstrar uma noção que permanece subjacente ao conceito de Direito Econômico estabelecido por vários doutrinadores, qual seja: a Política Econômica. Serão demonstrados vários conceitos e poderá ser visto que, fundamentalmente, o Direito Econômico se presta a regulamentar juridicamente a Política Econômica do Estado.

Posteriormente, será feito um recorte que buscará apontar foi introjetada no ordenamento a Ordem Econômica Constitucional. Será visto que o combate ao abuso do poder econômico e a salvaguarda de interesses sociais amparados em princípios constitucionais devem ser fruto de uma Política Econômica saudável e minimamente preocupada em se coadunar com preceitos legais. Será possível, assim, verificar que um paralelo de análise será inescapável: se o Direito Econômico traz consigo tão fortemente a noção de Política Econômica, o Direito Antitruste e o Direito Penal Econômico, pelas suas peculiaridades, serão influenciados diretamente pela ideia de Política Criminal.

A noção de Política Criminal a ser utilizada será a decorrente das influências trazidas pelo Funcionalismo Penal Moderado, por meio desse que compõe um dos pontos do tripé da Ciência Conjunta do Direito Penal. Serão analisadas, ainda no primeiro capítulo, as relações entre Política Econômica e Política Criminal adotada pelo País, posto representar um mecanismo de combate a crimes econômicos.

Posteriormente, o segundo capítulo tentará fazer uma resgate que dê conta dos estágios por que passou, historicamente, o Antitruste no Brasil. Inicialmente, com a manutenção das relações entre a colônia americana e a metrópole portuguesa, verificou-se o período fiscalista, baseado em pura exploração e ausência de concorrência, pois apenas eram autorizados os fornecedores portugueses de bens manufaturados, além do que a indústria local era proibida de se estabelecer, com o fito de não representar, posteriormente, ameaça às trocas entre colônia e metrópole.

O primeiro momento em que a liberdade econômica alcançou *status* constitucional foi por meio das Constituições de 1934 e 1937.

No entanto, o antitruste só veio a ser devidamente aperfeiçoado nos moldes atuais, por meio da promulgação da Lei n. 8.884/94 que implementou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, tendo sido revogada pela Lei 12. 529/11, responsável, esta última, pela reestruturação do dito SBDC.

Por fim, no segundo capítulo também se apresenta algumas considerações atinentes ao chamado Direito Antitruste Sancionador, mostrando que a via administrativa muitas vezes pode – e deve- ser privilegiada em detrimento da lógica judicial, especialmente penal, para a averiguação e punição de infrações contra a ordem econômica. Algumas críticas serão feitas quanto à frágil limitação teórica e aplicativa do Direito Penal Econômico, propondo que ele atue sempre em consonância à regra da *ultima ratio*. Já no final do segundo capítulo será introduzido o Acordo Leniência em algumas considerações quanto às razões de Política Criminal que possivelmente estabeleceram a sua internalização pelo ordenamento jurídico pátrio no molde administrativado, como se pode observar de uma análise das suas normas procedimentais.

O terceiro capítulo se encarrega de tecer considerações acerca dos cartéis, uma vez que a Política Econômica e a Política Criminal já citadas se encontram em intersecção no momento da repressão efetiva da prática de malfeitos contra a ordem econômica- notadamente os cartéis. Serão apresentados conceitos que sirvam para tornar clara a noção de cartel como a mais grave lesão à livre concorrência. Para tanto, serão introduzidos alguns conceitos essenciais para que a análise concorrencial se dê da forma mais lúcida.

Assim, o capítulo abordará noções como a de poder econômico no mercado, barreiras à entrada e mercado relevante. Juntos, os mencionados conceitos fornecerão substância à percepção plena de que as colusões horizontais – cartéis – estabelecem um ambiente bastante nocivo à Economia e à sociedade como um todo. Os cartéis, como acordos entre agentes que operam no mesmo mercado relevante, serão divididos em algumas categorias, como os cartéis de preço ou quantidade, cartéis tácitos ou explícitos, além dos cartéis nacionais e internacionais e de compra ou de venda. Uma espécie, no entanto, merecerá especial relevo, os cartéis em licitações. Alvo de constante repercussão, os cartéis em licitações possuem marcações próprias e, como

será visto, pode ser operacionalizado por meio de mecanismos bastante escusos e de difícil constatação pelas autoridades persecutórias.

O quarto e último capítulo trata, especificamente, do Acordo de Leniência. O Acordo de Leniência, conforme será visualizado, é um instituto que prevê a suavização das sanções administrativas e penais ao integrante de um cartel que, espontaneamente, compareça à autoridade antitruste e denuncie a sua prática. O Acordo de Leniência se encontra disciplinado pelos arts. 86 e 87 da Lei 12.529/11. O proponente do Acordo, com vistas a pactuá-lo de forma efetiva, deverá cumprir alguns requisitos, quais sejam, ser o primeiro a levar a conduta ao conhecimento da Superintendência-Geral do CADE; confessar sua participação; cessar seu envolvimento no cartel, além de contar que a Superintendência-Geral do CADE não possua ciência anterior dos fatos denunciados. Será apontado que a exigência de que o denunciante seja o primeiro a denunciar pode implicar numa corrida dos agentes à autoridade antitruste e a delação poderá ser aceita, inclusive, se o proponente não possui, no instante da denúncia, a integralidade das provas que pretende apresentar. Com isso, é gerado o sistema de senhas (*marker system*), que dá ao signatário um lapso temporal para posterior complementação dos documentos que circundam sua conduta.

O capítulo ainda se encarrega de fazer uma análise conjuntural das normas constantes na Lei 12.529/11 e o Regimento Interno do CADE, a fim de estabelecer o caminho que deverá ser percorrido pelo proponente de um Acordo de Leniência. Com isso, chega-se ao tópico em que é apresentado o Histórico de Condutas de um Acordo de Leniência firmado entre o CADE e o MPF/PR no âmbito da Operação Lava-Jato com a Setal Engenharia e a SOG Óleo e Gás. A apresentação do Histórico de Condutas do Acordo de Leniência da Setal/SOG é tomada como de bastante relevância para que o leitor possa compreender a maneira como a autoridade antitruste opera e conduz o Acordo, além de lançar luzes sobre a análise de infrações cometidas nas licitações da Petrobras, um dos casos de maior repercussão atualmente no País.

A experiência internacional com o Acordo de Leniência também será abordada. Fez-se a escolha pela explicitação de dois modelos, o americano e o europeu.

Por fim, o trabalho apresentará os reflexos penais oriundos da aplicação do Acordo de Leniência, não se furtando ao debate de todas as suas polêmicas. Será visto que a extinção da punibilidade é uma consequência legal proveniente da subsunção do

da hipótese extintiva (julgamento favorável perante o Tribunal do CADE) e o dispositivo legal que a prevê. Serão apontados alguns argumentos que intentam o questionamento do Acordo de Leniência pela via constitucional, em suposta atenção a princípios como o da Indisponibilidade da Ação Penal Pública Incondicionada pelo Ministério Público. O capítulo findará mostrando a dicotomia ainda existente entre os sistemas de jurisdição administrativada e judicializada e como isso ainda influencia a aceitação plena das decisões proferidas por um órgão como o CADE. Ao término do capítulo será feita uma reflexão que abarque a ponderação entre a utilidade do instituto ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e suas possíveis fragilidades a fim de que se possa sopesar suas benesses, sem perder de vista seus pontos controversos, com vistas a fornecer sugestões de aprimoramento do Acordo de Leniência para que se possa, cada dia mais, gozar de um ambiente econômico saudável e equilibrado.

Por fim, pode-se perceber que os objetivos específicos que circundam esta pesquisa se fixam em trazer o Acordo de Leniência à reflexão, detalhando suas regras de procedibilidade, assim como dar relevo ao caráter administrativo das decisões do CADE, vislumbrando a extensão e legitimidade dos reflexos administrativos e penais oriundos da assinatura do Acordo, além de servir de espaço para o levantamento de críticas, sugestões e apontamentos capazes de tornar o instituto cada vez mais eficaz e importante dentro da lógica da defesa da concorrência no Brasil.

1 ALGUMAS NOÇÕES SOBRE A LIVRE CONCORRÊNCIA

Neste capítulo serão apresentadas considerações dogmáticas acerca da ideia de Liberdade de forma abstrata com o objetivo de fornecer um molde a uma compreensão mais sistemática da Livre Concorrência nos padrões que ela é entendida nos dias atuais. Nessa esteira, será feita uma análise que busca incrementar o diálogo entre Política Econômica e Política Criminal com vistas à implementação de um ambiente econômico saudável.

1.1 APONTAMENTOS SOBRE A LIBERDADE

A forma como o Estado encarou seus indivíduos e estabeleceu suas prioridades nem sempre foi um processo tranquilo e que refletiu a plenitude dos anseios sociais. O presente trabalho inicia com a finalidade apontar brevemente o deslinde histórico atinente à forma como o Estado, na modernidade até os dias atuais, conduziu e firmou seus valores, em especial, no campo econômico. A passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal, deste para o Estado Social e do último para o modelo contemporâneo em que se vive, muito representou na maneira como os institutos jurídicos e econômicos foram criados e intensamente influenciados.

De forma geral, o conceito de liberdade traz consigo, dentre tantas outras, uma noção negativa, de não impedimento do pleno agir de qualquer área da atividade humana por obstáculos criados pelo próprio homem por meio das relações que trava social ou politicamente.

De início, é necessário destacar a extensão do conceito de liberdade em sua esfera pública. O público é aqui entendido como fenômeno de duplo aspecto: primeiramente, como espaço em que se constitui a realidade das coisas, podendo ser interpretado também como o mundo em si - mundo comum para onde as singularidades confluem-, formando o espaço essencialmente político, em definição amparada na clássica distinção entre público e privado de Arendt (1997).

Em Constant (1985), a liberdade política é associada ao conceito de liberdade desenvolvido pelos antigos e marcha em descompasso com o que se entende por liberdade moderna. Existiria, assim, uma distinção considerável atinente ao conceito de liberdade. A liberdade política, para os antigos, seria aquela exercida diretamente pelos cidadãos no cotidiano da vida pública comum. Essa liberdade tomava forma nas ruas, por meio de decisões coletivas e diretas acerca de fatores relativos à vida da sociedade e aos rumos a serem tomados pela coletividade a que pertenciam os cidadãos.

Entretanto, essa liberdade estava restrita aos que teriam voz nas deliberações das praças locais, ou seja, excluía-se, contraditoriamente, determinados indivíduos, como os escravos, pois de acordo com Sorto (2011), os cidadãos gregos aptos à prática da liberdade pública eram integrantes da elite e não todas as pessoas, posto que a cidadania grega foi marcada por ser excludente.

Assim sendo, alinhar deliberadamente o início histórico do conceito de liberdade, tal como se entende hodiernamente, com aquele desenvolvido pela antiguidade seria um equívoco, pois a acepção atual de liberdade dista em muito do que pode ser verificado quando do estudo do conceito pela ótica dos antigos. Constant (1985) alerta que o perigo da liberdade antiga estava na preocupação focada apenas com a participação no poder social, olvidando-se os direitos e garantias individuais.

De tal maneira, verifica-se que a forma mais condizente com as impressões renovadas acerca do que venha a ser o direito à liberdade deve partir de um sistema representativo, pois é nesse patamar de reorganização político-administrativa que se encontra a sociedade moderna. Os padrões modernos de liberdade foram se desenvolvendo conforme o Estado Absolutista foi enfraquecendo, dando espaço ao Estado Liberal. Nesse espaço, a liberdade do indivíduo se realiza por meio da limitação do poder estatal pelo próprio poder, levando-se em conta o sistema de freios e contrapesos de Montesquieu, de acordo com Sorto (2011).

A garantia de não intervenção e ingerência de um poder (ou função) sobre o outro resguarda o bom funcionamento do Estado, afastando o aparato estatal da execução de abusos sobre as garantias dos sujeitos integrantes daquela determinada sociedade, possibilitando ao indivíduo o gozo de sua liberdade individual.

A liberdade individual seria, para os modernos, aquela que diz respeito à obrigatoriedade da prática de atos apenas quando embasados em lei, respaldados pelo Direito. Não se vislumbra, aqui, o império arbitrário sobre o agir alheio, característico das sociedades tirânicas. O que se delineia como liberdade para os modernos é o direito de o indivíduo expressar suas opiniões, assim como o direito de livremente associar-se e dispor de sua propriedade, ou ainda, na lição de Benjamin Constant:

Enfim, é o direito para cada um, de influir sobre a administração do governo, seja pela nomeação de todos ou de certos funcionários, seja por representações, petições, reivindicações, às quais é mais ou menos obrigada a levar em consideração. (CONSTANT, 1985, p.10).

Nesse sentido, entende-se a liberdade como um conceito que estende seus limites para além da noção negativa, de não intervenção. Alia-se a esse entendimento, a ideia de liberdade positiva, aquela que propicia ao cidadão a possibilidade de, por meio de instrumentos legítimos, impor sua vontade e livremente determinar o seu âmbito social de descarga volitiva. Nesse sentido, Isaiah Berlin assevera:

Sou livre não só quando ninguém me impede, mas quando ajo alterando as coisas, impondo um padrão, imprimindo minha personalidade em pessoas ou objetos, e disso segue-se a noção de volição como central na determinação de fins ou propósitos, do que é bom e mau, certo e errado. (BERLIN, 2009, p.254).

A liberdade moderna impõe o perigo de que, tomados pelo livre fruir da independência privada, buscando-se sempre interesses particulares, os homens esqueçam o direito de participação no poder político. (CONSTANT, 1985).

A despeito da distinção feita entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos, é necessário entender que a liberdade política e a liberdade civil se complementam quando perseguidas de forma harmoniosa. O acréscimo em liberdades civis não se contrapõe, obrigatoriamente, ao incremento do exercício de liberdades políticas. É preciso combiná-las, a fim de que se alcance um patamar mais elevado de dignidade e cidadania.

Tomando por base os apontamentos lançados até aqui, convém destacar a necessidade de se encarar o conceito de liberdade em todas as suas formas e âmbitos possíveis. Foi dito que a liberdade apregoada pelos antigos não guarda relação direta com o que foi modernamente pensado quando invocada a utilização do conceito de liberdade. É preciso que se pense a respeito do necessário acréscimo de liberdades individuais, profissionais, políticas, econômicas, sociais, religiosas, entre outras, e que

todas elas possam, independentemente de sua natureza precípua, ser exercidas no palco que o cidadão mais desejar, seja ele público ou privado.

Com respaldo no que foi apresentado, será feito aqui um recorte analítico que se ocupará de um breve esboço histórico com a finalidade lançar luzes a respeito de um âmbito específico de manifestação das liberdades qual seja: a liberdade do indivíduo em constituir-se como agente economicamente ativo, capaz de produzir, exercer livremente seu ofício, inserir-se no mercado e, por fim e com mais relevo, competir. Assim, a partir de agora, passa-se ao desenvolvimento da ideia de livre concorrência, a fim de demonstrar a relevância que possui em diversos momentos da história.

É interessante a indagação que lança luz sobre o instante em que se visualizou a necessidade de regramento e tutela jurídicos da concorrência e dos valores de livre mercado. De maneira difusa, pode-se dizer que a noção de competição e regras a serem seguidas pelos sujeitos econômicos surgiu antes mesmo da noção de livre mercado. FORGIONI (2012).

Em escritos da Grécia Antiga, em registros deixados pelos romanos e já nos primeiros autores escolásticos vê-se o emprego do termo concorrência, Forgioni (2012). No entanto, o atrelamento entre concorrência, mercado e justo preço ainda não encontrava espaço em épocas tão remotas. A palavra “monopólio” aparece já no texto *Política* de Aristóteles. O autor grego menciona um episódio em que Tales de Mileto houvera previsto, por meio de suas observações, uma boa safra de azeitonas, apoderando-se de parte considerável das prensas de óleo de Mileto e Quios. Confirmada a colheita satisfatória, Tales de Mileto rapidamente ganhara boa quantia de dinheiro e, assim, mostrou aos que zombavam da inutilidade dos seus conhecimentos astronômicos e filosóficos que os sábios poderiam facilmente enriquecer, porém apenas não se ocupavam nessa busca, em suas palavras:

Por causa de sua pobreza, imputada à inutilidade da filosofia, Tales era alvo de escárnio; graças, porém, aos seus conhecimentos de astronomia, ele previu, ainda em pleno inverno, que haveria uma abundante colheita de azeitonas; ele obteve, então, algum dinheiro e adquiriu os direitos de uso de todos os lagares em Mileto e em Quios, pagando pouco porque ninguém competia com ele; quando chegou a época da extração do azeite, houve uma súbita procura de números lagares ao mesmo tempo, e sublocando-os nas condições que quis ele ganhou muito dinheiro, provando que para o filósofo é fácil obter lucro quando ele quer, mas não é disto que ele cuida. Isto se conta como uma demonstração da inteligência de Tales, mas já dissemos anteriormente que o expediente de aproveitar uma oportunidade para assegurar um *monopólio* é generalizado no mundo dos negócios. Tanto é

assim que até algumas cidades recorreram a tal prática como um meio de obter recursos quando estes escasseiam, instituindo um *monopólio* na venda de certos produtos. (ARISTÓTELES, 1985, p.1259 a, *itálico nosso*).

Outro caso havido na Antiguidade e citado por Paula Forgioni (2012) trata-se da acumulação excessiva de grãos empreendida por comerciantes. As condições naturais faziam com que o solo da região Ática, na Grécia, fosse infértil para a plantação e incapaz de suprir as demandas de grãos do seu território tão populoso. Dessa forma, a fim de responder satisfatoriamente às necessidades alimentares básicas de sua gente, as importações eram incentivadas.

No entanto, o governo limitava os estoques de cada mercador, estabelecendo também, os lucros máximos que poderiam ser auferidos a partir da sua comercialização, além de fixar a pena de morte como fim para aqueles que violassem tais limites. Por dois invernos seguidos, os mercadores optaram por não concorrer entre si, formando associações que articulavam preços razoáveis a serem praticados e percebiam lucros além dos permitidos. O caso foi levado ao Senado e, posteriormente, à Corte de Julgamento, sem que se tenha registro do veredito.

A Antiguidade Romana também registrou casos de monopólio estatal sobre alguns produtos, como o sal. O advento do Édito de Zenão, em 483, traz a marca, já no término do Império, da preocupação dos romanos com a prática de concessão de monopólios estatais a particulares, objetivando combater-los, a fim de impedir a fixação de preços abusivos e garantir a concorrência. FORGIONI (2012). A prática monopolista não cessou nem foi extinta da tradição comercial europeia. Prova disso está na análise que pode ser feita, a partir dos olhos da lógica concorrencial, do instituto das corporações de ofício.

Conforme a lição de António José Avelãs Nunes, as corporações de ofício foram inicialmente criadas com vistas ao instinto de autopreservação dos artesãos frente à lógica de mercado. Em suas palavras:

Perante a ausência de estímulos ao aumento da produção, não admira, pois, que a técnica utilizada fosse em geral *rudimentar e pouco progressiva*. As necessidades de defesa perante a exiguidade do mercado levaram os artesãos a agruparem-se em *corporações de ofícios* e a fazer das corporações o elemento básico da força e da autonomia das suas cidades. Dentro das cidades, as próprias corporações foram levadas a adoptar um comportamento de tipo monopolístico, tornando cada vez mais difíceis as condições de acesso à condição de *mestre*. O aumento do número de artesãos, perante a rigidez do mercado, haveria mesmo de conduzir a acesa

concorrência entre as cidades, que adoptaram rigorosas medidas proteccionistas. (NUNES, 2007, p.112).

As corporações tiveram, em seu surgimento, uma marca de liberdade importante. Os artesãos, aqui já entendidos como agentes econômicos, reuniram-se de forma livre e independente a fim de organizar a produção e proteger seus próprios interesses enquanto categoria, dirimindo a possibilidade de concorrerem diretamente entre si pela venda de um mesmo tipo de produto. Pode-se dizer que algumas regras de concorrência defendidas pelas corporações de ofício influenciam diretamente o entendimento contemporâneo acerca dos meandros concorrenciais. Assim, conforme Paula Forgioni:

Por sua vez, o ordenamento jurídico “privado” (ou seja, estabelecido pelos agentes econômicos e não pela Comuna) fixava regras de conduta que merecem atenção: (i) ninguém deveria intrometer-se em negócio iniciado por outro, (ii) não se poderiam abrir lojas e oficinas concorrentes senão a uma certa distância daquelas existentes, (iii) não era lícito vender coisas estranhas àquelas próprias da categoria artesanal ou profissional a que se pertencia. (FORGIONI, 2012, p. 46-47).

Vê-se que as corporações possuíam regramentos próprios que estabeleciam a maneira como cada um dos seus agentes deveria se comportar no mercado. Além disso, as praças locais (comunas) também se encarregavam de ditar os limites de lucros e de operacionalidade de cada corporação. Convém frisar, no entanto, que o relevo mais interessante quando da análise do comportamento das corporações é aquele que se descola, como citado *supra*, das suas ordenações internas. Mais uma vez, Paula Forgioni destaca:

Nos estatutos das corporações de ofício podemos identificar três grupos de normas que interessam ao estudo da concorrência: (i) normas que estabeleciam o *monopólio da corporação*; (ii) normas que fixavam regras de conduta para os membros da corporação e que acabavam por *neutralizar* qualquer concorrência que se pudesse estabelecer, seja entre os agentes econômicos, seja potencial; (iii) normas que impunham a *jurisdição* e o *poder de fiscalização econômica* da corporação sobre seus membros. (FORGIONI, 2012, p.47).

Havia, claramente, um viés que aproximava as corporações de ofício ao que se entende hoje como cartel. Os artesãos não tinham em suas mãos a possibilidade de produzir e comercializar abertamente o que quisessem. Algumas corporações controlavam a disponibilidade de matéria-prima, de instrumentos de fabrico, além da existência de determinações que estabeleciam limites quanto à jornada de trabalho. Nesse sentido, António José Avelãs Nunes:

Recorde-se o remoto *Statute of Labourers* (promulgado na Inglaterra sob Eduardo II, em 1349), no qual, a pretexto da diminuição acentuada dos

trabalhadores em consequência da peste, se fixava um horário de doze horas de trabalho por dia e se proibia que os salários ultrapassassem um máximo determinado, mas não se previa qualquer salário mínimo. Na França, ficaram célebres as *Ordonnances de Villers-Cotterêts* (1539), que tiveram paralelo na Inglaterra em uma disposição de 1630. As referidas *Ordonnances*, cujos princípios foram passando para sucessivas disposições legais, até a *Lei Le Chapelier* (1791), proibiam “a todos os mestres, aos companheiros e serviços de todos os mestres realizar qualquer congregação ou assembleia, grande ou pequena, seja para que assunto for, fazer qualquer monopólio e ter ou tomar qualquer combinação uns com os outros por causa da sua profissão, sob pena de confisco de corpo e bens”. (NUNES, 2007, p. 75).

Gradualmente, a população e os governantes vislumbraram a necessidade de regulamentar o *modus operandi* típico das corporações de ofício. Era necessário fazer com que os consumidores não mais se vissem tão atrelados à oferta de produtos estabelecida pelas corporações. Ao invocar o Édito de Zenão, setores da sociedade manifestavam-se contra as práticas realizadas pelas corporações. Conforme Isabel Vaz (1993), as corporações de ofício viveram um período de progresso entre os séculos XV e XVIII, elas permaneceram no tempo e estenderam seu modelo de produção, filiação e controle dos artesãos por vários séculos. Entretanto, novos desafios econômicos foram lançados à sociedade europeia da época. O mercantilismo despontou como nova conformação política, econômica e territorial dos Estados em surgimento.

A natureza do comércio promovido entre colônias e metrópoles a partir do século XV implicou, invariavelmente, na exclusividade da obtenção de manufaturas por meio das negociações com as metrópoles, podendo ser visualizado sem muito esforço o estabelecimento de uma relação monopolista. Nessa época, distinguiam-se os monopólios lícitos dos ilícitos e os de responsabilidade do Estado daqueles outorgados a particulares. Segundo Paula Forgioni (2012), a liberalidade em outorgar monopólios a particulares para a exploração e comercialização em determinado setor fazia com que os soberanos europeus tivessem um instrumento poderoso a seu favor, pois garantiam contrapartidas por meio do recebimento de impostos e taxas referentes à concessão da prática. Dessa forma, os reis fortaleciam suas coroas. Mais uma vez, a contestação e insatisfação popular com o aval dos soberanos aos monopólios privados fez com que fosse necessária a criação, na Inglaterra, do *Statute of Monopolies* em 1624, impedindo que a rainha continuasse com a prerrogativa de conceder monopólios a particulares.

Com o advento da Revolução Industrial, a produção deixa de ser artesanal, realizada individualmente pelos artesãos por meio das corporações de ofício e submetida apenas ao estatuto da sua classe ou, *in fine*, ao soberano. Surgem os espaços

coletivos de produção, dotados de maquinário gradualmente automatizado e o trabalho agora passa a ser ordenado por uma relação de empregador/empregado. De acordo com Avelãs Nunes:

[...] os velhos artesãos perderam o que lhes restava da sua autonomia: passaram a trabalhar fora da sua casa ou da sua oficina; ficaram sujeitos a um horário de trabalho fixado pelo patrão; perderam o controlo do processo técnico de produção (a especialização interna, assente na fragmentação do processo de produção, veio desvalorizar o monopólio do conhecimento dos antigos mestres artesãos); passaram a ter de se sujeitar ao *poder de direção* do dono da empresa. (NUNES, 2007, p.115-116).

Começava a ser lançado o embrião que levaria ao entendimento de que a concorrência se instituíra como necessário modelo organizacional do mercado. Na França, a Revolução Francesa pautou a necessidade de mudança no setor económico como uma de suas principais reivindicações. Isabel Vaz (1993) cita o Decreto de Allarde e a Lei Le Chapelier (ambos de 1791) como responsáveis pela introdução do princípio da livre empresa e da livre concorrência na economia francesa da época, em detrimento do cenário de corporativismo em que se vivia.

No mesmo sentido, Avelãs Nunes entende a promulgação da Lei Le Chapelier como paradigmática para o cenário económico da época, servindo de símbolo para a sedimentação do liberalismo:

Fica assim esclarecido o significado da Igualdade e da Liberdade proclamadas na famosa Declaração de 1789. E o seu sentido ficará ainda mais cabalmente elucidado se atentarmos numa outra lei saída da Assembleia Constituinte, a *Lei Le Chapelier* (14-6-1791), que informou o quadro jurídico do jovem capitalismo francês durante quase um século. [...] O art. 2º da *Lei Le Chapelier* veio proibir qualquer forma de coalizão ou combinação entre operários(ou entre empresários), proibindo igualmente “estabelecer acordos sobre os seus pretensos interesses comuns”. E o art. 4º dispunha deste modo: “Se, contra os princípios da liberdade e da constituição, os cidadãos ligados às mesmas profissões, artes e ofícios tomarem entre si deliberações e convenções, acompanhadas ou não de juramento, serão declaradas inconstitucionais, atentatórias da liberdade e da declaração de direitos do homem e de nenhum efeito (...)”. (NUNES, 2007, p.149).

Obras seminais inauguram uma nova maneira de interpretar o fenómeno socioeconómico. É o período que vê o surgimento das teorias de Quesnay, Turgot e Adam Smith. Tidos como fisiocratas –os dois primeiros - e liberal clássico – o último-, entendiam que, num ambiente de plena liberdade, o mercado se autorregula naturalmente, sem que seja necessária a intervenção constante do Estado na economia. É atribuída a Quesnay a célebre frase “*laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*” (deixai fazer, deixai passar, o mundo vai por si mesmo).

Adam Smith, por sua vez, inspirado no *laissez faire, laissez aller, laissez passer* francês (aplicado, de início, ao desejo de um ambiente de comércio internacional mais livre e capaz de promover a concorrência, em oposição ao excessivo regramento mercantilista), introduz a alegoria da mão invisível que serviria para demonstrar que a excessiva intromissão do Governo na economia obstaculizaria o crescimento econômico. Para Smith (2003), quando o indivíduo busca livremente a satisfação de um interesse particular, ele atuará de forma a garantir, mesmo que inconscientemente, o interesse da coletividade. Ainda para ele, a economia encontra-se mais cheia de potencialidades quando amparada pela livre competição.

O começo do desenvolvimento das ideias liberais marca o que Paula Forgioni (2012) chama de segundo período na disciplina do comportamento dos agentes econômicos nos mercados. O primeiro período, tratado no início deste tópico, iria da Antiguidade até as Revoluções Industrial e Francesa. Nesse primeiro momento, a disciplina da concorrência acontecia de maneira esparsa, tendo por objetivo minimizar distorções pontuais eventualmente ocorridas na dinâmica comercial do lugar.

O segundo período do disciplinamento da concorrência, como dito, dá-se com o surgimento do Liberalismo, pois a partir daí há uma profunda mudança no sistema produtivo, já que a concorrência passa a ser identificada como modelo organizacional do mercado. Nessa etapa do pensar concorrencial, enxerga-se a livre concorrência como uma resposta necessária aos monopólios. Passa a ser atrelada à ideia de concorrência a noção de que um mercado competitivo e autorregulado seria capaz de conduzir ao bem-estar social, sem que o Estado fosse chamado a agir.

É nessa segunda etapa do disciplinamento da concorrência que se vê o desenvolvimento da noção de que a garantia de preços inferiores aos praticados pela via monopolista, o incremento da atividade econômica e a melhoria da qualidade dos produtos – fatores identificados com os interesses públicos- só poderiam ser atingidos por meio do acréscimo da liberdade econômica individual, no sentido de permitir aos sujeitos que pudessem se inserir e competir livremente no mercado.

O Estado atuaria, então, como juiz, definindo as esferas de amplitude de tal liberdade, a fim de promover segurança e garantir clareza ao jogo econômico. Dessa forma, o Estado, com atuação distante e apenas mediadora, limitava pouquíssimo a livre

concorrência, deixando o sistema instável ao não prever o quão selvagem os agentes econômicos podem ser num ambiente autorregulado.

Partindo para uma análise que não seja unidirecionada à dinâmica econômica, mas que também leve em ampla conta a necessidade da interligação do fenômeno econômico no âmbito das liberdades, como o entendimento pretendido desde o início, Alexandre Parodi leciona que:

É inicialmente que a atividade privada pode exercer-se livremente em matéria econômica: a liberdade do comércio e da indústria é um dos aspectos da liberdade individual; como as outras liberdades, ela só pode sofrer restrições em virtude de lei e está protegida pelo conjunto das garantias jurídicas que asseguram os direitos individuais. E em seguida – e devido principalmente à jurisprudência do Conselho de Estado – que o princípio da liberdade do comércio e da indústria proíbe ao Estado e a seus órgãos descentralizados (departamentos comunas) intervir, com o peso excepcional dos recursos coletivos, na concorrência industrial ou comercial. (PARODI, 1935, p.10 *apud* VENÂNCIO FILHO, 1998, p. 6).

Chega-se a um momento histórico em que se deseja a preservação de alguns âmbitos elementares de manifestação das liberdades individuais frente à lógica protecionista e anticoncorrencial do mercantilismo e das antigas corporações de ofício, além da atmosfera de revolução que bradava pela conquista de direitos fundamentais num período que se notabilizou por mudanças estruturais que marcaram a transição entre o Antigo Regime e o Estado Moderno.

1.2 BREVE HISTÓRICO ACERCA DA EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE ESTADO

Historicamente, o mundo presenciou, no decurso dos três últimos séculos, o surgimento, apogeu e posterior declínio de diversas formas de condução de governos que categorizaram, para além de certa tendência política e econômica, formas paradigmáticas de se compreender a razão de ser do Estado em si.

Em breve panorama explicativo, sabe-se que o Ocidente ultrapassou os ditames do Feudalismo e, posteriormente, do Estado Absolutista e despótico ao colocar em seu lugar o que veio a ser chamado de Estado Liberal. Os tempos modernos trouxeram o ideal de liberdade como reflexo das produções inovadoras, no campo político-teórico, introduzidas pela Declaração de Independência dos Estados Unidos e pela Declaração

dos Direitos do Homem e do Cidadão. Tais documentos, ao prever direitos, citam esferas de inviolabilidade para que o homem possa adequadamente garantir a própria vida e a propriedade, por exemplo. Fica estabelecida a impossibilidade de invasão de tais âmbitos de Direitos, sendo guardada a sua proteção à sombra da lei, pois é ela, agora, o instrumento específico para impedir abusos e puni-los quando acontecerem. (BERLIN, 2009).

O Estado Liberal cumpriu satisfatoriamente o seu papel enquanto primeiro marco de uma necessária mudança que teve na superação do Absolutismo a grande bandeira inicial a ser defendida, além da autonomia dos indivíduos frente ao Estado. Stuart Mill (2011), por exemplo, enxergava na limitação do poder a forma ideal e necessária de defesa da comunidade contra governantes que representavam verdadeiros inimigos do povo. No entanto, o que se desejava era que esse governante fosse agora representante do próprio povo, sendo assim, não faria sentido proteger o povo de si mesmo. Teoricamente, essa construção hipotética é coerente, porém, sabe-se que o povo que, porventura, venha a ocupar o poder e se faça governo, não é, necessariamente, o povo sobre quem o poder será exercido.

Nesse sentido e com o passar de várias décadas, novas demandas fizeram com que fosse vislumbrada a necessidade de superação do modelo essencialmente liberal de Estado. Algumas imperfeições, especificamente nos setores econômico e social, passaram a ser patentes no modelo que, após 1789, passou a ter como lema “liberdade, igualdade e fraternidade”. Quanto à disciplina da concorrência, em 1890 foi promulgado o *Sherman Act*, nos Estados Unidos da América. A importância histórica do *Sherman Act* se assenta no fato dele representar o primeiro disciplinamento normativo que viria a se contrapor aos excessos do liberalismo econômico. Esse diploma previa uma reação à concentração de capital exacerbada. O que se pretendeu por meio do *Sherman Act* foi tornar mais saudável o ambiente econômico em que se vivia. Os Estados Unidos se encontravam num período de expansão ferroviária e as estradas de ferro entraram num processo de competição predatória nos preços dos fretes cobrados e, de modo a conseguir preservar sua operação no mercado, combinaram cartéis.

Este é o período em que surge o *trust*, um mecanismo de administração operacionalizada por um grupo de diretores de empresas do mesmo ramo que recebiam

dos acionistas o poder de deliberação e negociação no mercado, evitando uma concorrência entre eles, praticando, invariavelmente uma política de concentração econômica. Surgem clamores acalorados de agricultores e pequenos produtores no sentido de demandar do Estado um posicionamento mais efetivo no controle *anti-trust*. É aí que o congresso americano promulga, em 1890, o *Sherman Act* e, posteriormente, outras tantas leis com o mesmo intuito.

Vê-se, portanto, que se tornou insofismável a incapacidade de autorregulação dos mercados. Além disso, conforme Eros Roberto Grau (2000) surgiram monopólios capitalistas, cíclicas crises econômicas e o agudizamento das tensões entre capital e trabalho. A demanda que surgia com urgência era pela relativização da plena liberdade econômica dos sujeitos sociais e de mercado, em benefício da implantação de um patamar mais elevado de igualdade entre eles. Era necessário que o Estado se ocupasse em tornar mais tênues as insuficiências do sistema, agindo de forma a cooperar com o setor privado, promovendo a atenuação de conflitos de classes. Observa-se, de tal forma, os primeiros contornos do que viria a ser chamado de Estado Social, conformado, inicialmente, por meio das Constituições formais do México e de Weimar e o nascimento de uma tendência mais intervencionista de Estado.

Seguindo-se numa linearidade pretendida apenas para fins didáticos, chega-se ao atual modelo de Estado, que se diz Democrático de Direito. Pode-se perceber que a feição contemporânea do Estado é marcada pela tutela dos indivíduos com vistas à preservação dos interesses sociais. Este modelo de Estado avocou para si, dentre tantas outras – e nem sempre com sucesso-, a responsabilidade de promover políticas públicas que integrem, por exemplo, os sujeitos alijados da dinâmica capitalista de consumo que, por conseguinte, não alcançam facilmente condições mínimas para uma sobrevivência digna.

Desta feita, partindo do arcabouço jurídico e doutrinário acerca do que venha a ser o próprio Estado Democrático de Direito, passa-se a entrelaçá-lo com o conceito de Direito Econômico no intuito de demonstrar que, sob a chancela do Estado Democrático de Direito é que se desenvolve o Direito Econômico como se tem atualmente, tangenciando, constantemente, a ideia de Política Econômica.

Assim, tem-se que o século XX, desde o seu começo, foi de fundamental importância para a gestação de mudanças paradigmáticas no entendimento de diversas

áreas da vida humana e do comportamento humano em sociedade. O começo do século XX viu a emergência de novas demandas a partir da Primeira Guerra Mundial. Os arcabouços jurídicos, políticos e econômicos cultivados até então já não eram capazes de fornecer respostas satisfatórias frente às necessárias mudanças que o crepúsculo da velha ordem exigia. A crise que se deflagrou na Europa e atingiu em cheio os Estados Unidos não podia deixar de ser interpretada sob a ótica que fazia com que ela fosse identificada como uma crise do liberalismo como um todo.

Após a Segunda Guerra, tornou-se ainda mais robusto o pedido para que os Estados avocassem para si a tarefa de dirigir a Economia. Essa época também representa um marco importante para o surgimento de novos ramos do Direito. É nessa esteira, conforme Fonseca (2014) que surgem os primeiros conjuntos de normas destinadas especificamente a regularizar, conduzir e disciplinar o fenômeno econômico, em palavras do mencionado autor : “ *É o surgir e o afirmar-se de um ramo do Direito*”. (FONSECA, 2014, p. 24). No caso, o Direito Econômico.

O disciplinamento jurídico de regras e conceitos próprios do Direito Econômico não tem sido tarefa simples de ser executada por aqueles que sobre ela se debruçam. Seja pela fluidez como os conceitos transitam entre as Ciências Jurídicas e a Economia, tentando estabelecer um espaço vital que seja só seu, ou pela imprecisão terminológica trazida pela fixação de conceitos que carregam necessariamente consigo termos multidisciplinares, o que resta é a impressão de que o Direito Econômico pode ser analisado sob diversos matizes e facetas. Sobre a dificuldade conceitual atinente à multiplicidade de enfoques compreendida no Direito Econômico, César Galarza:

Tarea difícil será pues arribar a una definición acabada de derecho económico, ésta dependerá del ángulo desde el cual se enfoquen sus objetivos, alcance y ámbito de aplicación; de la ideología que inspire la definición, de ello dependerá también que sea considerado como una nueva rama del vasto mundo jurídico, un desarrollo superior del derecho o un particular enfoque de la economía desde la óptica de los juristas. (GALARZA, 2005, p. 20).

Independentemente da forma mais ou menos pormenorizada com que os doutrinadores vierem a definir o Direito Econômico, resta a certeza de que, no plano de existência jurídico-normativa, o Direito Econômico foi reconhecido constitucionalmente já no art. 24 da Constituição Federal que elenca os assuntos de Direito Econômico como de competência legislativa da União e dos estados. Também ao estabelecer os princípios da Ordem Econômica no art. 170, a Constituição Federal de 1988 se inclina para a

aceitação irrefutável do Direito Econômico como ramo importante a ser cuidado nos espaços legislativos e também a ser igualmente cuidado na observância constante da preservação de um ambiente economicamente saudável que zelee pelos princípios ali elencados, como se pode perceber pela própria literalidade do art. 170:

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

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (BRASIL, 2013, grifos nossos).

A natureza conceitual do Direito Econômico passa pela definição de seu objeto de estudo, nesse sentido, a lição dos portugueses, Santos, Gonçalves e Marques:

No presente estágio do conhecimento, e de forma aproximativa, define-se o objeto da disciplina do Direito Econômico como o estudo da ordenação (ou regulação) jurídica específica da organização e direcção da atividade económica pelos poderes públicos e (ou) pelos poderes privados, quando dotados de capacidade de editar ou contribuir para a edição de regras com carácter geral, vinculativas dos agentes económicos. (SANTOS; GONÇALVES; MARQUES, 2008).

Conforme Grau (1981), o conceito de Direito Econômico aparece num momento em que o Estado é chamado às rédeas da atividade econômica. O conceito teria sido sedimentado quando do esvaziamento da crença estatal e social na capacidade de autorregulação do mercado para com suas próprias regras e ditames. É, coincidentemente, o momento em que se passa da Economia Política para a Política Econômica. O Direito Econômico pode ser interpretado sob vários ângulos de análise, porém é notório que guarda consigo a noção de ser a efetivação e instrumentalização dos parâmetros de Política Econômica que se deseja ver em prática.

Em tentativa de caracterização do conceito de Direito Econômico, Eros Grau: *“Direito da política econômica – de uma política que projeta em concreção momentos de uma determinada ideologia econômica”*. (GRAU, 1981, p.23, grifo nosso).

Washington Peluso Albino de Souza, também em formulação conceitual acerca do substrato do Direito Econômico, leciona que:

O ramo do Direito que tem por objeto a ‘juridicização’, ou seja, o tratamento jurídico da política econômica e, por sujeito, o agente que dela participe. Como tal, é o conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica. Para tanto, utiliza-se do ‘princípio da economicidade’ (SOUZA, 1999, p.27, grifo nosso)

Ainda numa busca das características perenes encontradas no conceito de Direito Econômico apresentado por outros autores, chega-se à definição proposta por João Bosco Leopoldino da Fonseca, para ele, o Direito Econômico é: “*constituído por um corpo orgânico de normas condutoras da interação do poder econômico público e do poder econômico privado e destinado a reger a política econômica*”. (FONSECA, 2014, p.30, grifo nosso).

O último conceito a respeito do Direito Econômico a ser apresentado é o de Fábio Konder Comparato, para ele: “*o novo Direito Econômico surge como o conjunto de técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica*”. COMPARATO, 1978, p. 465, grifo nosso).

Pode-se ver que uma noção perpassa todas as definições conceituais apresentadas até aqui: a Política Econômica. O Direito Econômico cuida da instrumentalização jurídica das intenções imanentes à Política Econômica adotada pelo Estado. A expressão “Política Econômica” foi associada ao conceito de Direito Econômico desenvolvido por todos os doutrinadores de que o presente capítulo se valeu, por isso os grifos e o destaque recebido pela expressão até agora.

A Política Econômica traz em si a noção de estabelecimento de determinadas finalidades a serem alcançadas pelo mercado e pelo sistema econômico, contando, para tanto, com manobras estatais que sirvam de guia para a concretização de tais finalidades. É nesse sentido o conceito de Política Econômica oferecido por Fábio Nusdeo:

A própria noção de política econômica implica a existência de fins a cuja perseguição deverá se adaptar todo o sistema, mediante distorções conscientemente impostas ao seu funcionamento, devendo entender-se aqui a palavra *distorções* como querendo significar uma forma de operação diversa daquela normalmente ditada pelos padrões do mercado. (NUSDEO, 2005, p. 171)

Assim sendo, a Política Econômica aparece como projeção de metas estatais para a conformação do planejamento econômico que se deseja efetivar. Pensando a Economia como um fenômeno que não deita seus reflexos apenas sobre si mesma, mas que se espalha perante diversas áreas como a social e a jurídica, pode-se pensar a Política Econômica adotada por um Estado num diálogo constante e direto com outros fenômenos como o Direito Concorrencial e o Direito Penal Econômico.

Os princípios adotados pelo Direito Concorrencial pátrio e a forma mais combativa ou leniente como o Estado irá lidar com mal feitos contra a Ordem Econômica, por exemplo, são reflexos claros também da Política Econômica posta em prática pelo mesmo Estado. Em épocas de funcionalização dos institutos jurídicos, é necessário que se perceba a destinação e utilidade de cada um deles dentro do sistema jurídico-legal. É interessante que os institutos jurídicos busquem a concretização da função a que se prestam, adaptando seu esqueleto procedimental à execução de suas finalidades. Desta forma, deve ser aberta uma via de diálogo que seja capaz de estabelecer relações estreitas entre Direito Concorrencial, Direito Penal Econômico e a própria Economia, um se valendo do outro para que se busque a efetivação de uma ambiência saudável à sociedade.

Essa desejada interligação entre as áreas do conhecimento é encarada por alguns com receio. José Ignácio Gonzaga Franceschini, quando leciona acerca do Direito Concorrencial, entende que:

(...) não tem ele por finalidade amparar a política econômica do Estado ou seus interesses frente aos administrados e servidores, razão pela qual, inclusive na taxonomia da lei, não se poderia localizá-lo nem no âmbito do Direito Administrativo, nem no do Direito Econômico. (FRANCESCHINI, 2000, p.257).

No entanto, um olhar sobre o próprio nascedouro do Direito Concorrencial no Brasil aponta claramente para a percepção de que a reprimenda ao abuso do poder econômico e a salvaguarda de interesses sociais amparados em princípios constitucionais devem ser fruto de uma Política Econômica saudável e minimamente preocupada em se coadunar com preceitos legais, ou seja, não se consegue vislumbrar um Direito Concorrencial tão fechado em si mesmo.

Em breve apurado histórico que será mais esmiuçado no próximo capítulo, pode-se dizer que o Direito Concorrencial surgiu pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, com diploma próprio, por meio do Decreto-lei n.869 de 1938, sendo que, por

falta de aplicabilidade do mencionado Decreto, alguns enxergam como primeiro diploma brasileiro antitruste a Lei Malaia, de 1945, que reprimia o abuso do poder econômico. Nesse sentido, Paula Forgioni:

O antitruste não nasce, no Brasil, como elo lógico de ligação entre o liberalismo econômico e (manutenção da) liberdade de concorrência. Nasce como repressão ao abuso do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, do consumidor. (FORGIONI, 2012, p.114).

A defesa da livre concorrência integra, hoje em dia, o rol constitucional dos princípios da Ordem Econômica. É necessário que a livre concorrência seja entendida não apenas como um direito de que dispõem os agentes para a sua atuação no mercado.

É preciso, igualmente, interpretar a livre concorrência como um dever jurídico que esses mesmos agentes deverão assumir ao não levar a efeito condutas anticoncorrenciais, lesando, por conseguinte, a coletividade e os consumidores, aqui abstratamente considerados.

Desta forma, deverá ser o Estado o garantidor de uma boa ambiência econômica, dirimindo imperfeições e promovendo a livre concorrência. Esse Estado de viés mais intervencionista pode se valer de todos os instrumentos que possui para garantir a prevalência de importantes bens jurídicos como a preservação dos direitos dos consumidores e a livre concorrência. Para tanto, deve resguardar a bom funcionamento e operacionalização do sistema econômico com a limitação do livre agir dos contratantes através, por exemplo, da função social dos contratos e também por meio do incremento de políticas investigativas que descortinem o *modus operandi* de fraudes e contratos desses agentes desviantes.

É nesse combate mais ativo, como poderá ser visto em seção específica, que se encontra a atuação do Direito Penal Econômico, que pode ser sucintamente definido, conforme Bajo Fernandez, como: “conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica entendido como disciplina jurídica do intervencionismo estatal”. (FERNANDEZ, 1978, p.37). A Ordem Econômica, como já mencionado anteriormente, encontra espaço em Título específico na Constituição Federal de 1988, representando aquilo que tem sido chamada doutrinariamente de Constituição Econômica, conforme as palavras de Manuel Afonso Vaz:

A Constituição econômica é, pois, uma parte da Constituição política e o seu objeto não se confunde com a ordenação total, global e acabada da sociedade. A Constituição econômica não se pode separar da Democracia nem das exigências de um Estado de Direito. (VAZ, Manuel Afonso, 1990 *apud* AGUIAR, Bernardo Augusto Teixeira de, 2013).

A própria dicção do artigo 170 (artigo de estreia do Título sobre a Ordem Econômica) já expõe em seu *caput*, como visto, a necessidade de que a Ordem Econômica siga um caminho que assegure a todos uma existência digna com base nos ditames da justiça social.

A constituição econômica também pode ser interpretada sob a ótica representativa da conformação dos princípios norteadores da ordem jurídica da economia, nesse sentido, Santos, Gonçalves e Marques (2008):

A constituição económica é o conjunto de normas e princípios constitucionais relativos à economia, ou seja, a ordem constitucional da economia. Formalmente, é a parte económica da Constituição do Estado, onde está contido o <ordenamento essencial da actividade económica> desenvolvida pelos indivíduos, pelas pessoas colectivas ou pelo Estado. Esse ordenamento é basicamente constituído pelas liberdades, direitos, deveres e responsabilidades destas entidades no exercício daquela actividade. Neste sentido, a Constituição económica é conformadora das restantes normas da ordem jurídica da economia. (SANTOS; GONÇALVES; MARQUES, 2008, p.31)

Conforme Souza (1999), a Ordem Econômica importa para o mundo jurídico e se baseia na explicação dos fatos econômicos harmonizados segundo valores econômicos. A Ordem Jurídica, por sua vez, oferece preceitos e regras de conduta que irão ditar quando um fato econômico pode ou não ser posto em prática, tendo-se em vista os valores jurídicos da sociedade em que se vive.

Outrossim, os princípios que servirão de inspiração à Política Econômica posta em prática pelo Estado e pelos agentes econômicos estão elencados de forma pormenorizada no texto constitucional e sua planificação prática será mais adequada quanto mais fortemente obedecer aos ditames da Ordem Econômica Constitucional, representando um braço do Estado já não mais tido apenas como intervencionista, mas como integracionista - pois passa a se tornar um agente e habitual partícipe (NUSDEO, 2005) do sistema econômico - sobre a lógica econômica e de mercado, garantindo a preservação dos preceitos de Direito Antitruste e se servindo da coercitividade atrelada ao Direito Penal Econômico.

1.3 POLÍTICA CRIMINAL – ALGUNS ASPECTOS RELEVANTES

O Funcionalismo Penal sucedeu o Finalismo como meio de interpretação e compreensão da teoria do delito. Como quebra do paradigma finalista, apareceu a Teoria Funcionalista, capitaneada por Günther Jakobs e Claus Roxin. O Funcionalismo Radical de Jakobs teve influência visível da Teoria Funcionalista de Niklas Luhmann e se verifica seu caráter “funcionalista” na exata medida em que pressupõe que a punição deve se prestar à reafirmação e estabilidade da norma.

Por outro lado, encabeçando outra vertente explicativa, Claus Roxin propõe o chamado Funcionalismo Penal Moderado. Com o mencionado autor, entra em cena a estruturação de um sistema penal que serve à proteção subsidiária de bens jurídicos. Surge o entendimento de uma Ciência Penal composta por um tripé: Criminologia, Política Criminal e Dogmática Penal.

Nesse sentido, a análise da Política Criminal ganha, hodiernamente, espaço considerável. A Política Criminal, repaginada desde a sua formulação inicial por Franz Von Liszt, estaria situada numa missão além do Direito Penal – entendido como Dogmática Penal-, recaindo sobre questões transcendentais ao jurídico em si. Nas palavras de Claus Roxin:

El derecho penal es, en sentido próprio, ciencia del Derecho sólo en tanto se enfrente con el análisis conceptual de las reglas jurídico-positivas y con su inclusión en el sistema. La Política Criminal, que se enfrenta con los fines y contenidos sociales del Derecho penal, está situada fuera de lo jurídico. A su cultivadores sólo les queda la misión de llamar atención del legislador y el espacio, jurídicamente neutro, de la ejecución de la pena [...]. (ROXIN, 2002, p. 41-42).

Claus Roxin introduziu o diálogo entre as diversas composições do sistema penal, propondo um tratamento conjuntural para os problemas que demandavam respostas ao supramencionado sistema. Conforme Fonseca (2009), ao propor a interligação das áreas e a supressão de uma antiga dicotomia existente entre elas, Roxin não transfigurou as searas analíticas num todo indiferenciado, ao contrário, procurou preservar as principais características de cada uma, aproximando-as numa relação de complementariedade e não mais de oposição.

A Política Criminal determina a utilidade e necessidade da conformação codificada de certas condutas para a sociedade, visando ao estabelecimento da justiça no caso concreto. Sobre a Política Criminal, Fernando Galvão:

A indagação sobre o que fazer com as pessoas que violam as regras de convivência social está no centro das preocupações da política criminal, do mesmo modo que a dificuldade prática da realização das medidas eleitas. Por isso, além de impulsionar o combate à criminalidade, a política criminal representa uma investigação, sempre inacabada sobre como realizar tal combate. (GALVÃO, 2000, p.22).

Assim sendo, pode-se dizer que a Política Criminal encontra seu maior palco de análise em questões de *lege ferenda* e de execução criminal. Acerca da necessidade de utilização da política criminal para harmonização entre realidade e norma, Roxin:

Con todo esto se pone de manifiesto que el camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema de Derecho penal, en que su fundamentación legal, su claridade y legitimación, su combinación libre de contradicciones y sus efectos no estén por debajo de las aportaciones del sistema positivista formal proveniente de Lizst. La vinculación al Derecho y la utilidade político-criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis del mismo modo que el Estado de Derecho y el estado social no forman en verdade contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica. (ROXIN, 2002, p.49).

Desta feita, resta patente a necessidade de utilização alargada de critérios de análises que deem conta de uma interpretação mais apropriada no que tange à verificação de fatos que sofram influência do sistema penal ou sejam dele frutos. A Política Econômica do Estado se encontra, nessa esteira específica, em diálogo com a Política Criminal por ele adotada.

Serão apresentados, a partir de agora, pontos de diálogo e proximidade entre Política Econômica e Política Criminal.

É sabido que o Estado brasileiro tem primado, por razões de eficiência, posto ser marca da desejada Política Econômica e Criminal adotada pelo País a fim de garantir o crescimento econômico e o desenvolvimento, pelo viés administrativo na condução da sua política antitruste, sendo essa escolha supostamente eficaz como medida instrumentalizadora do crescimento e desenvolvimento pretendidos pelo Estado.

Em esboço interpretativo a fim de explicitar as interligações entre desenvolvimento e direito, Maria Luiza Alencar Mayer Feitosa diz que a trajetória histórica do desenvolvimento mostra que a evolução da ideia passou pela noção iluminista de progresso, cruzando a compreensão capitalista de crescimento econômico

até o que se entende atualmente por desenvolvimento, admitido como processo plural de recuperação de capacidades e de inclusão, garantido (por) e garantidor de direitos (FEITOSA, 2013).

Nesse diapasão, cabe elucidar uma necessária distinção terminológica entre o que viria a ser o Direito ao Desenvolvimento (DaD) e o Direito do Desenvolvimento (DdD). O Direito ao Desenvolvimento estaria identificado como um direito humano de usufruto abrangente a todos os cidadãos, atrelado à possibilidade de todos participarem ativamente e gozarem do processo de desenvolvimento, entendido como potencializador e realizador de direitos e liberdades fundamentais (FEITOSA, 2013).

Por outro lado, para nortear doutrinariamente o Direito Econômico do Desenvolvimento, tem-se que: *“se situa mais confortavelmente no âmbito do direito econômico constitucional, nas relações entre o Estado e os agentes de mercado, ainda que conjugados em prol do interesse social”* (FEITOSA, 2013, p. 111). Ainda conforme Maria Luiza Alencar: *“Do ponto de vista interno, o DdD enfoca as obrigações dos Estados para com os objetivos da política econômica nacional (de crescimento e/ou desenvolvimento)”*. (FEITOSA, 2013, p.146).

Assim sendo, é possível dizer que o Direito Econômico do Desenvolvimento busca dar vida e instrumentalizar uma Política Econômica que garanta o crescimento e o desenvolvimento social. O DdD encontra-se confortavelmente representado nas imbricadas relações travadas entre agentes econômicos, tanto os de trato privado quanto os simbolizados pelo viés público, procurando promover e estender seus alcances, com objetivos concretos de maximização de lucros e gestão eficiente, a fim de consubstanciar as linhas traçadas pela Política Econômica idealizada pelo Estado.

Nesta esteira, a investigação e o desbaratamento de cartéis e atos violadores da ordem econômica constitucional podem ser apontados como reflexo das Políticas Econômica e Criminal eleitas pelo País, simbolizando, positivamente, uma medida do Estado alinhada ao DdD (Direito do Desenvolvimento). Tem-se que, por meio da repressão efetiva a crimes contra a Ordem Econômica, o Estado movimenta o seu aparato punitivo a fim de garantir a investigação e posterior punição dos agentes criminosos. Porém, por serem condutas relevantes não apenas para o sistema penal, mas também para a garantia de uma ambiência econômica saudável e que respeite a dinâmica de mercado e, mais fortemente, os consumidores, o Estado deve combinar cada vez mais intensamente suas políticas Econômica e Criminal com vistas a oferecer caminhos mais robustos ao deslinde do Direito do Desenvolvimento.

Pode-se dizer, então, que todos os mecanismos que comportem a junção entre a Política Econômica desejada e a Política Criminal elaborada e posta em exercício pelo Estado se alinha ao Direito do Desenvolvimento como estratégia que virá a representar um passo definitivo desse mesmo Estado rumo, *in fine*, ao desenvolvimento social e econômico almejado.

Neste sentido, apontar que o Acordo de Leniência – objeto de estudo deste trabalho e que será pormenorizado em capítulos posteriores -, é um instituto que se propõe a dotar as autoridades antitruste de maior eficácia investigativa no esfacelamento de crimes contra a ordem econômica – notadamente os cartéis – representando, positivamente, um instrumento atrelado ao que se vem chamando de Direito do Desenvolvimento. Por meio da sua aplicabilidade, o Acordo de Leniência se mostra um palco bastante interessante de diálogo entre Política Econômica e Política Criminal, uma vez que os cartéis apresentam dupla margem de efeitos deletérios, espraia-se sobre a Economia, burlando a livre concorrência e prejudicando os consumidores, e sobre a seara penal, uma vez que são tipificados como crime e não apenas como infrações administrativas, ficando os autores, por óbvio, suscetíveis à imposição de sanções penais.

2 O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO

Neste capítulo será feito um esboço histórico que tem por finalidade mostrar a evolução ocorrida ao longo dos últimos séculos na disciplina da concorrência no ordenamento jurídico nacional. Posteriormente, será feito um recorte que busca introduzir o diálogo entre o Processo Antitruste Sancionador e o Direito Penal Econômico, tendo o Acordo de Leniência como seu principal palco.

2.1 PERÍODO FISCALISTA E O DECRETO-LEI N.869 DE 1938

Ao longo das décadas que marcaram os ciclos coloniais brasileiros, precedentes à mudança da família real para o País, pode-se observar a prática de uma política fiscalista por parte da metrópole portuguesa. Por meio dessa política, verificava-se a implementação de uma lógica que intencionava explorar os recursos nacionais e impor aos habitantes da colônia o pagamento de impostos capazes de manter a robustez dos cofres da Coroa. Para tanto, eram proibidas quaisquer iniciativas de desenvolvimento industrial, pois isso implicaria no estabelecimento de uma concorrência entre os produtos locais e as manufaturas portuguesas.

O Alvará de 5 de janeiro de 1785 é bastante elucidativo nesse sentido, pois proíbe que se instalem fábricas e se produzam manufaturas no Brasil, citado por Paula Forgioni, o texto do Alvará diz estarem proibidas:

Todas as fábricas, manufaturas, ou teares ou galões, de tecidos, ou de bordados de ouro, e prata: de veludos, brilhantes, setins, tafetás, ou de outra qualquer qualidade de sedda: de belbutes, chitas, bombazinas, fuftões, ou de qualquer outra qualidade de fazenda de algodão, ou de linho, branca, ou de cores: e de panos, baetas, droguetes, saetas, ou de outra qualquer quantidade de tecidos de lã; ou os ditos tecidos sejam fabricados de um só dos referidos gêneros; excetuando tão somente aqueles dos ditos teares, e manufaturas, em que tecem, ou manufaturam fazendas graofas de algodão, que fervem para o uso e vestuário dos negros, para enfardar e empacotar fazendas, e para outros ministérios semelhantes. (FORGIONI, 2012, p.86).

Dessa forma, apurar as condições em que se dava o desenvolvimento conceitual e prático da livre concorrência no período colonial brasileiro resulta em tarefa inócua, posto não haver ambiente capaz de ensejar o uso apropriado do conceito. A colônia era

proibida de realizar qualquer beneficiamento de matéria-prima e os fornecedores de manufaturas encontravam-se todos na metrópole, ingressando e permanecendo no mercado brasileiro sem que lhes fossem opostas nenhuma restrição ou competição. Como seria de se esperar, os preços dos produtos tornaram-se excessivamente caros e o desabastecimento passou a ser constante.

A vinda da família real para o Brasil foi determinante para a mudança nesse quadro. Com o estabelecimento de D. João VI e sua corte no Rio de Janeiro, várias medidas de cunho desenvolvimentista foram adotadas. Os portos foram abertos às nações amigas, beneficiando, especialmente, os ingleses e foi revogado o Alvará de 5 de janeiro de 1785. Desse modo, pode-se dizer que foi posto fim à política fiscalista encampada pela metrópole face à colônia brasileira. No entanto, benefícios excessivos concedidos à Inglaterra minaram a possibilidade da incipiente indústria nacional se firmar de maneira mais sólida nesse período em que o liberalismo econômico começava a engatinhar na economia brasileira.

Os primeiros anos de independência do Brasil também significaram pouco no avanço da disciplina de normas concorrenciais. O mercado interno continuava a ser fartamente abastecido por produtos importados que entravam no País facilitados por reduzidas taxas de importação. Mudança significativa só pode ser notada com o advento da Constituição de 1934. Por meio do seu art.115, foi implantado o primeiro gérmen de disciplinamento da liberdade econômica, posto dizer que a ordem constitucional ali defendida deveria estar organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, fazendo com que a todos fosse proporcionada uma existência digna, ainda frisando que - apenas nesses limites - a liberdade econômica deveria ser plenamente garantida.

Entretanto, na esteira da Constituição de 1934 não foi editada uma lei específica que viesse a planificar as regras de competição entre os agentes econômicos. Contudo, a Constituição de 1937, em seu art. 141, ocupou a legislação ordinária de elaborar garantias especiais à economia popular. Por meio do mencionado artigo, a Constituição de 1937 determinou que a legislação superveniente instituísse penas graves aos delitos que viessem a ser tipificados como condutas violadoras da economia popular, além de estabelecer que tais delitos, quando tipificados, tivessem tratamento tão severo quanto os crimes contra o Estado.

Em obediência à Constituição vigente na época, foi elaborado o Decreto-lei nº 869 de 18 de novembro de 1938 de caráter penal, sob a pena de Nelson Hungria. Conforme Vaz (1993), as sanções culminadas no Decreto nº869/38 integravam a margem entre dois e dez anos de prisão cautelar e também eram previstas multas bastante vultosas. O julgamento dos crimes ali previstos era de competência do Tribunal de Segurança Nacional e as condutas eram inafiançáveis. Pode-se dizer que, com o escopo de proteger a economia popular, o Decreto-lei nº869/38 introduziu as primeiras normas antitrustes na tradição jurídica pátria. Quanto à natureza antitruste das disposições do Decreto-Lei, Benjamin Shieber leciona que:

No campo antitruste, o decreto-lei n.869 proibiu em determinadas circunstâncias a destruição ou inutilização de bens de produção ou consumo, o abandono ou a inutilização de meios de produção “mediante indenização paga pela desistência da competição”, promoção ou participação em um consórcio “com o fim de impedir ou dificultar, para efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio”, retenção ou açambarcamento de bens de produção ou consumo “com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do País e provocar a alta dos preços”, venda de mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência, exercício de gerência de mais de uma empresa do mesmo ramo de indústria ou comércio com o fim de dificultar a concorrência e “celebrar ajuste para impor determinado preço de revenda ou exigir com comprador que não compre de outro vendedor”. (Vide decreto-lei n.869 de 18 de novembro de 1938, art. 2º §§ I, II, III, IV, V, VIII e o art. 3º, §I.). (SHIEBER, 1966, p.6).

Em pesquisa realizada nos anos subsequentes à entrada em vigor do Decreto-lei, Benjamin Shieber (1966) encontrou apenas uma menção em julgados e textos doutrinários à aplicabilidade do Decreto. Para ele, o decreto teve reflexos importantes na política de delimitação razoável de preços e no combate às fraudes ocorridas quando da comercialização de produtos. No entanto, no que tange aos abusos de natureza antitruste, o texto surtiu poucos efeitos e Shieber (1966) associa esse fracasso ao fato de não ter sido criado um órgão competente para julgar e executar as normas antitruste contidas no Decreto-lei.

2.2 AGAMEMNON MAGALHÃES E AS PRIMEIRAS TENTATIVAS DE SISTEMATIZAÇÃO DO ANTITRUSTE BRASILEIRO

Passados alguns anos, o direito antitruste brasileiro só veio a sofrer uma mudança significativa em 1945. Conforme Gaban e Domingues (2009), o Decreto-lei n.

7.666 de 22 de julho de 1945, conhecido como Lei Malaia, pode ser apontado como a primeira lei de cunho essencialmente antitruste do País. De autoria de Agamemnon Magalhães, então Ministro da Justiça da União no governo de Getúlio Vargas, a Lei Malaia – de cunho eminentemente administrativo, ao contrário do Decreto-lei n.869/38 - definiu os abusos do poder econômico e estabeleceu um órgão especializado para sua investigação, processamento e julgamento, a chamada Comissão Administrativa de Defesa Econômica – CADE.

A assinatura do Presidente Getúlio Vargas ao texto do Decreto-lei 7.666/45 foi vista como uma resposta contra os setores financeiros internacionais que influenciavam e encabeçavam uma forte oposição política à sua gestão. Estava nas mãos da Administração Pública, especificamente do Executivo, a investigação do cometimento de atos contrários à economia nacional.

A Lei Malaia foi entendida como um objeto de viés protecionista apossado diretamente pelas mãos de Getúlio. Ao longo do seu texto, os desvios contra a ordem econômica são tratados por “atos contrários à economia popular” e não como “crimes”. (FORGIONI, 2012). Já à época, despontavam alguns modelos de repressão a malfeitos contra a ordem econômica. O modelo administrativo foi inteiramente adotado pela Lei Malaia, ainda que fosse de encontro ao judicialismo adotado nos Estados Unidos, país que sempre fora utilizado como inspiração no tocante à sistemática antitruste.

A colocação em vigor do Decreto-lei 7.666/45 se deu em um momento de enorme efervescência política e duras críticas à gestão de Vargas. A Lei Malaia era mais um instrumento protecionista de que lançaria mão o Estado, possibilitando uma atuação mais verticalizada contra as investidas do capital estrangeiro no País. Dessa forma, era de se esperar que a resistência à Lei fosse bastante dura.

No entanto, o ano de 1945 foi também marcante para a história do Brasil pelo golpe político engendrado por forças militares adversárias ao governo que, ao tomarem o poder, revogaram as leis havidas até então. Dessa forma, pode-se perceber que a Lei Malaia teve vigência inferior a três meses, nunca tendo sido executada. Foi um período curto de vigência, mas suficiente para fazer da regulação antitruste uma nova preocupação nacional.

A nova Constituição de 1946 não se alheou ao espírito do momento e introduziu o princípio da repressão ao abuso do poder econômico em seu art.148. Nesse sentido, Benjamim Shieber cita que:

Assim, vê-se que o decreto-lei n. 7.666 fluiu para a adoção pela Assembleia Constituinte de 1946 do art. 148 da Constituição. Este artigo dispõe o seguinte: “Art. 148 – A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.” (SHIEBER, 1966, p. 8).

Ao avaliar o art. 148 da Constituição de 1946, Pontes de Miranda demonstra preocupação quanto à possibilidade de utilização de mecanismos tão abrangentes de participação do governo na economia:

... é difícilimo manobrar as duas políticas a de intervenção na economia e a de luta contra os trustes. Acaba o Estado por ter tantas armas debaixo do braço – e tantos sabres e machados – que não possa ou não saiba usar, com acerto, de nenhuma. Fixar preço e perseguir trustes, sem aparelhamento quase genial, se não genial de economia e de administração públicas, é o mais perigoso dos empirismos. (MIRANDA, 1946, p. 28 *apud* FORGIONI, 2012, p.107).

No entanto, Agamemnon Magalhães, mais uma vez em defesa de uma regulamentação que viesse a dispor sistematicamente sobre o antitruste e não satisfeito apenas com a previsão constitucionalmente feita pelo supramencionado art. 148, elaborou, em 1948, então como deputado, o Projeto de Lei n. 122. Esse PL, diferentemente do Decreto-lei 7.666/45 que previu a adoção pura do sistema administrativo, o Projeto de Lei n.122 adotava o sistema misto de apuração e processamento das normas anticoncorrenciais.

Desde então, já se verificavam três padrões de sistematização das normas antitrustes estabelecidos pela legislação alienígena como os mais usuais. O primeiro deles indicava o Direito Comum como responsável pela repressão; o segundo modelo, apresentava o Direito Penal como alternativa competente para desbaratar esquemas anticoncorrenciais e o terceiro representaria um sistema misto entre o judicialismo e a administrativização. Nesse sentido, Isabel Vaz:

Ainda na justificativa do Projeto de Lei nº 122, Agamemnon Magalhães esclarecia a opção pelo modelo norte-americano antitruste, onde se combinavam os sistemas de repressão administrativa e judicial. Esta escolha fora feita após analisar as legislações existentes à época, dividindo-as em três grupos: no primeiro, incluíam-se as leis da Inglaterra, Bélgica e Suíça, onde a repressão era de Direito comum. No segundo, a repressão se qualificava como de Direito Penal, constituindo o art. 419 do Código Penal francês o

principal exemplo. Em um terceiro grupo, o deputado Agamemnon Magalhães situava a lei alemã de 1923, reportando-se, finalmente, ao modelo misto da legislação dos Estados Unidos, inaugurada com o *Sherman Act*, de 1890. (VAZ, 1993, p. 249).

O Projeto de Lei n. 122 de 1948 ficou parado, sofrendo substitutivos durante muitos anos. Em 1951, foram promulgadas as Leis 1.521 e 1.522 que repetiram diversos dispositivos do Decreto-lei n.869/38, tipificando crimes contra a economia popular, mas possuindo caráter patentemente antitruste. Com a promulgação de leis espaciais que, de alguma maneira, dispunham acerca da intervenção do Estado no domínio econômico, o Projeto de Lei n. 122 de Agamemnon Magalhães foi colocado de lado. Apenas em 1955, seu filho, o então deputado Paulo Magalhães reapresentou o Projeto do pai, tendo sido arquivado novamente até 1961, conforme Benjamin Shieber (1966). Em 1962 o projeto foi aprovado e se tornou a Lei n. 4. 137, regulamentando, finalmente, o art.148 da Carta de 1946.

A Lei Antitruste de 1962 instituiu a criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, diferentemente da Comissão anteriormente referida. Em seu art. 8º, estipula que o CADE será incumbido da apuração e repressão dos abusos do poder econômico. O art. 2º da Lei n. 4.137 previa as seguintes condutas como situações de abuso do poder econômico: domínio do mercado ou eliminação total ou parcial da concorrência; elevação sem justa causa dos preços, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros, sem aumentar a produção; condições monopolísticas ou abuso de posição dominante, com o fim de promover a elevação temporária dos preços; formação de grupo econômico (Gaban e Domingues, 2009). Uma crítica aventada à época dizia respeito ao caráter taxativo ou não das práticas apresentadas pelo art. 2º da Lei. A necessidade de compreensão dessa questão se fazia urgente, pois era preciso fornecer aos agentes econômicos a mínima noção de segurança jurídica.

Assim, se fosse maleabilizado o rol estipulado no art.2º, os agentes mergulhariam numa indefinição constante acerca do que poderia ou não ser interpretado como situação de abuso do poder econômico. Esse questionamento se fazia ainda mais premente quando relembradas as duras punições que foram previstas como resultado do cometimento de tais delitos. Paula Forgioni (2012) apresenta um trecho da decisão do Procurador-Geral do CADE no “Caso Barrilha” e ele, em suas razões de decidir, estabelece que o elenco de condutas estimado pela Lei 4.137/62 não era taxativo, mas

um guia traçado pelo legislador a fim de proporcionar ao CADE uma noção acerca de quais tipos de conduta mereceriam punição.

A flexibilização dos conceitos, especialmente de “domínio econômico”, “eliminação total ou parcial” e “aumento arbitrário de lucros” foi importante para que situações perniciosas que aconteciam no mundo real, mas sem a devida equivalência na Lei, pudessem ser investigadas, julgadas e punidas, a exemplo do *dumping*.

A atuação do CADE, nos primeiros anos de sua formação, aconteceu de forma bastante inexpressiva. Com o advento das Constituições de 1967 e da Emenda Constitucional n.01 de 1969 e a manutenção da reprimenda ao abuso do poder econômico, pode-se dizer que a Lei 4.137/62 foi recepcionada e continuou a fazer valer seus efeitos.

Com o decurso do tempo, chega-se, então, à Constituição de 1988. Ao longo do seu texto, a Carta Constitucional de 88 elege a livre concorrência como um dos princípios da Ordem Econômica já no seu art. 170, IV. Além disso, o art. 173, §4º coloca sob responsabilidade da legislação ordinária a repressão ao abuso do poder econômico que objetive a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. Três anos após a promulgação da Constituição de 1988, foi elaborada a Lei n. 8.158.

A Lei n. 8.158/91 não revogou a Lei 4.137/62 e teve por objetivo principal promover a liberalização da economia nacional, assim como dar maior celeridade ao procedimento administrativo que investigava as práticas violadoras da ordem econômica por meio da criação da Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), vinculada ao Ministério da Justiça, que agregou em seus quadros o funcionamento do CADE.

2.3 A LEI N. 8.884/94 E A NOVA LEI DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA CONCORRÊNCIA

Após a supramencionada Lei, surge, em 1994, a Lei 8.884, responsável por sistematizar o antitruste no País. Por meio dela, o CADE se converteu numa autarquia federal, o que lhe garantiu mais independência por meio de dotação orçamentária

própria. Vários incrementos e avanços foram introduzidos pela Lei 8.884/94 e uma das principais, em termos de planificação estrutural da matéria foi a criação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC. O Sistema se dava pela união do CADE com a Secretaria de Acompanhamento Econômico (atrelada ao Ministério da Fazenda) e a Secretaria de Direito Econômico (vinculada ao ministério da Justiça). O art. 20 da Lei 8.884/94 estabeleceu quais seriam os atos tidos como violadores da ordem econômica. Esses atos seriam aqueles capazes de limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, além também daqueles capazes de dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva uma posição dominante.

A Lei 8.884/94 apresentou, conforme Gaban e Domingues (2009), um sistema híbrido de defesa da concorrência em que se aproveita o europeu no que concerne à caracterização do ilícito pelo objeto ou efeito, mas vai além tanto do modelo europeu quanto do americano na tipificação dos atos.

Ainda de acordo com Gaban e Domingues, a importância da Lei 8.884/94 se dá também pela iniciativa de promover um ambiente de zelo social e perene fiscalização quanto à boa ambiência econômica:

Observa-se que na Lei n. 8.884/94 existem dispositivos que salientam a importância da promoção da concorrência. De acordo com o inciso XVIII do artigo 7º da Lei n. 8.884/94, é responsabilidade do plenário do CADE “(...) instruir o público sobre as formas de infração à ordem econômica”. Desse modo, a atividade de combate às condutas anticoncorrenciais *stricto sensu* está aliada à atividade de divulgação e promoção da cultura da concorrência, dado que reforça, sem sombra de dúvidas, a eficácia social da defesa da concorrência no Brasil. Isto se reforça, ainda, pelo fato de as sanções, nos termos da referida Lei, deverem ser balizadas em um duplo enfoque de finalidade, isto é, de punir aqueles que extraíram renda da sociedade com as práticas ilegais e de educar os agentes econômicos de modo geral para que no futuro não incorram em semelhantes e indesejáveis condutas. (MOLAN, DOMINGUES, 2012, p. 109).

Além disso, alguns outros pontos são colocados por Paula Forgioni (2012) como sendo de responsabilidade da Lei 8.884/94 no progresso quanto ao tratamento do antitruste no Brasil, quais sejam: consolidação do controle das concentrações empresariais; consolidação do controle dos cartéis; aumento do respeito institucional do Poder Judiciário pelo CADE e, por fim, aumento da atuação do Ministério Público na área antitruste.

Em 2011 foi elaborada a Lei n. 12.529 – com entrada em vigor em 2012 - que revogou os dispositivos da Lei 8.884/94. Como dito, a Lei 8.884/94 simbolizou um avanço considerável no tratamento do antitruste no Brasil, contudo, críticas ainda lhe eram constantemente apontadas em relação a supostas falhas sensíveis de suas disposições.

A Lei 12.529/11 reestruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A SDE foi incorporada ao CADE e a SEAE do Ministério da Fazenda passou a ter atribuições mais limitadas. O CADE, por sua vez, ganhou proeminência ao agregar a SDE, passando a ser composto, internamente, por um Tribunal Administrativo, uma Superintendência Geral e um Departamento de Estudos Econômicos. O CADE como órgão judicante delega ao seu Tribunal a função de julgar as alegações de violação à ordem econômica e as operações de concentração e atribui à sua Superintendência a investigação e instrução dos atos que serão avaliados pelo Tribunal.

A nova Lei do SBDC dotou a Administração Pública de maiores poderes por meio de uma modificação considerável introduzida no tocante à apresentação prévia dos atos de concentração. A Lei 8.884/94 possibilitava a apresentação dos atos de concentração antes ou no prazo de 15 dias após a sua realização. O art. 88, §3º da Lei 12.529/11, no entanto, fixa a apresentação prévia dos atos de concentração como critério a ser invariavelmente cumprido pelas empresas.

Observou-se, então, por meio das modificações apresentadas pela Lei 12.529/11 que a Administração Pública teve seus poderes ainda mais incrementados, consolidando, a opção do antitruste brasileiro pela via administrativada em detrimento da judicial. Com isso, cabe falar na existência de um Processo Antitruste Sancionador em associado a um Direito Penal Econômico como duas vias de acesso paralelo ao entendimento das condutas violadoras da ordem econômica, mas que necessariamente se entrecruzam em determinadas circunstâncias.

2.4 O ANTITRUSTE SANCIONADOR

Conforme Odete Medauar (2006), a administração pública brasileira se presta a diversas funcionalidades e uma delas seria a atividade punitiva ou sancionadora. O

poder de polícia de que a Administração Pública é dotada serve como instrumento capaz de embasar a prática da sua atividade sancionadora por meio da restrição de direitos ou liberdades dos cidadãos. José dos Santos Carvalho Filho, ao tratar acerca do poder de polícia, dispõe:

Um desses poderes resulta exatamente do inafastável confronto entre os interesses público e privado, e nele há a necessidade de impor, às vezes, restrições aos direitos dos indivíduos. É preciso ressaltar, contudo, que tais benefícios não são despropositados, mas imprescindíveis, a fim de assegurar conveniente proteção aos interesses públicos, instrumentando os órgãos que os representam para um bom, fácil, expedito e resguardado desempenho de sua missão. Quando o Poder Público interfere na órbita do interesse privado para salvaguardar o interesse público, restringindo direitos individuais, atua no exercício do poder de polícia. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 75).

Nesse sentido, André Marques Gilberto (2009) entende que uma das feições do poder de polícia da Administração Pública estaria atrelada à fiscalização da prática de condutas poderiam resultar em abuso do poder econômico. Sendo assim, o direito antitruste, em sua incumbência de punir agentes econômicos que atuem em violação aos princípios constitucionais da ordem econômica seria um braço da aplicabilidade da função sancionadora da Administração Pública.

A forma como a Lei 12.529/11 estabeleceu tanto a prevenção quanto a repressão das práticas anticoncorrenciais dialoga diretamente com a discussão que ora se faz. É sabido que as análises das condutas anticoncorrenciais possibilitam dois principais desmembramentos: a averiguação dos comportamentos e condutas anticoncorrenciais e o controle das estruturas.

O embate entre essas duas formas de entender o antitruste remonta às influências exercidas pelas escolas econômicas americanas. De acordo com Gaban e Domingues (2009), até meados da década de 1970, a teoria econômica se ocupava da interpretação das condutas anticoncorrenciais sob o enfoque das estruturas econômicas que ensejaram os abusos. Esse tipo de análise é fruto da Escola de Harvard, que possuiu Areeda, Turner e Sullivan como principais nomes da sua política antitruste. A Escola Estruturalista de Harvard pregava que, quanto mais estreitas as barreiras à entrada de novos agentes econômicos e quanto maior a redução do número de fornecedores – vendedores, mais altos os preços praticados pelo mercado.

A partir da segunda metade da década de 1980 os olhares se voltaram para o estudo das condutas e comportamentos que a Lei antitruste americana buscava reprimir

ou incentivar, sempre partindo de um enfoque que não perdesse de vista a noção de eficiência do sistema. É o advento da chamada Escola de Chicago que teve em Bork, Posner e Frank Easterbrook seus principais nomes, além de ter sido responsável pela introdução da chamada Análise Econômica do Direito, que tantas luzes ainda recebe até os dias atuais. (GABAN; DOMINGUES, 2009).

No entanto, como observado por Calixto Salomão Filho, a maneira como essas teorias, forjadas sob a dinâmica de mercado de países desenvolvidos, vão ser posteriormente utilizadas e defendidas, inadvertidamente, em países periféricos é um problema bastante relevante a ser apontado, em suas palavras:

Existe outro tipo de problema, não relacionado diretamente à doutrina e jurisprudência antitruste elaborada nos países hoje ditos desenvolvidos, mas sim, à sua incorporação em outros países de realidade econômica bastante diversa. É o que ocorre no próprio direito antitruste. Países como o Brasil, cujo passado colonial e toda a evolução econômica posterior levaram a uma concentração econômica histórica e estrutural não podem aplicar direta e acriticamente teorias (como a de Chicago e suas adaptações posteriores) desenvolvidas para realidades econômicas completamente diversas em que a desconcentração econômica era (e é) muito mais intensa. O desenvolvimento de uma teoria jurídica própria que se ocupe dessas estruturas não apenas levaria à criação de um pensamento jurídico regional e original, mas também, e mais importante que tudo, permitiria tratamento econômico e jurídico mais coerente da realidade específica desses países. (SALOMÃO FILHO, 2009, p.16).

A análise atinente ao Antitruste Sancionador recai sobre o enfoque das condutas e não das estruturas, pois não diz respeito às iniciativas de prevenção do cometimento atos de abuso de poder econômico, posto que a sanção é aplicada após o cometimento de um ilícito.

Apesar de existirem pontos de inegável convergência, o Processo Antitruste Sancionador não pode ter suas regras procedimentais vinculadas ao Processo Penal, pois cada um se vale dos instrumentos que julga mais adequados para a consecução dos seus objetivos. Neste sentido, André Marques Gilberto:

Conforme Egberto Maia Luz, não obstante existir uma correlação ‘íntima’ entre o Direito Processual Administrativo e o Direito Processual Penal, trata-se de ramos independentes, cada um adotando as práticas mais pertinentes para alcançar as suas finalidades. (...) Conforme nosso posicionamento anterior, é difícil concordar que o Processo Antitruste Sancionador faça parte do Direito Penal e seja regulado por disposições do Código de Processo Penal. Primeiramente, não há qualquer instrumento legal em vigor no Brasil determinando a aplicação das normas processuais penais à matéria antitruste; além disso, o direito administrativo sancionador encerra adequadamente os mecanismos aptos a contemplar a repressão, por parte da Administração

Pública às condutas que violem a Livre Concorrência. (GILBERTO, 2009, p. 30).

Há, por meio das normas específicas engendradas pela lógica administrativa, uma esperança de maior simplificação de todo trâmite que permeia a averiguação da prática de um ato violador da ordem econômica, sendo esse chamado Processo Antitruste Sancionador invariavelmente regido pelos princípios do menor rigor das formas processuais, oficialidade e eficiência.

2.5 ALGUMAS REFLEXÕES ACERCA DO DIREITO PENAL ECONÔMICO E O ACORDO DE LENIÊNCIA

Conforme lição de René Ariel Dotti (1985), a criminalidade econômica repousa em terreno bastante complexo. Contudo, o autor faz questão que traçar as linhas históricas e dogmáticas que propiciaram o surgimento do Direito Penal Econômico. Para ele, o Estado não mais poderia manter-se indiferente quanto ao desenvolvimento da economia que há muito vinha demonstrando não mais se coadunar com o puro e simples *laissez-faire* liberal. É aí que o autor identifica o *locus* do Direito Penal Econômico, como estado em que se vinculam as necessidades extraídas do Direito Econômico, salvaguardadas pela pena criminal. Em análise específica, Maíra Salomi (2012) aponta que o reconhecimento da existência de um Direito Penal Econômico se mostrou indubitável, muito embora ainda sejam questionados os seus limites. A autora ainda cita o peculiar fato de o Direito Penal Econômico ser marcado por se alimentar das sequelas das crises econômicas ou dos conflitos bélicos.

Uma nota distintiva entre o Direito Penal Econômico e o Direito Penal usual diz respeito à especificidade do bem jurídico tutelado, posto tratar-se de uma tutela supraindividual. Nesse tipo de delito, a visualização de uma vítima ou um bem jurídico concreto que fora objeto de violação é bastante difícil. Um atentado contra a ordem econômica ou a livre concorrência, de forma específica, lesa toda a sociedade, não apenas um sujeito. O Estado tenta marchar rapidamente para evoluir em consonância com a sociedade e o mercado e, ao fazer isso, incorre no erro do excesso de tipificações, feitas de maneira inadvertida, resultando, no mais das vezes, em tipos penais abertos, imprecisos e dispensáveis. Nesse sentido Gesner Oliveira e João Grandino Rodas,

O Estado-salutista prefere desencorajar comportamentos contrários a certos interesses sociais por meio de recursos abusivos à repressão criminal do que recorrer, por exemplo, a uma política de informação ou assistência. Por essa razão, a quase totalidade que o Estado-polícia tinha como da competência exclusiva da administração acabou sendo transformada em ilícito criminal, gerando anomia, desgastando os padrões ético-jurídicos e ferindo a própria dignidade do direito penal. Para Hassemer (1994, p.41), tal estado de coisas é causado pelo medo da criminalidade moderna, que conduz o legislador a demonstrar preocupação em reagir e simbolicamente, criando, muitas vezes, um direito penal também simbólico, mas ineficaz à luta efetiva e eficiente contra a criminalidade, aumentando as penas, por exemplo. Ele entende que a necessidade de combater a criminalidade moderna não pode fazer olvidar o importante aspecto normativo, da proteção jurídica do direito penal. (OLIVEIRA; RODAS, 2006, p.339 *apud* SALOMI, 2012, p.65).

Esse estado de coisas é também apontado como digno de preocupação por Maíra Salomi (2012), a autora ressalta a necessidade do Direito Penal continuar a ser entendido como *ultima ratio* e apenas se ocupar da tipificação de condutas essenciais à preservação da ordem econômica constitucional, tendo sempre em mente o caráter subsidiário da seara penal.

O *modus operandi* interno do setor econômico impõe às empresas a adoção de critérios de otimização de lucros, gestão eficiente e competitividade. O acirramento da competição entre elas – nesse cenário de marcações tão próprias- é por vezes brutal e faz com que essas empresas tenham dificuldades de se manter operando no mercado. É nesse sentido que um arranjo entre elas se perfaz, por vezes, mais interessante do que o embate concorrencial. Assim, são gerados os cartéis e são lesados os consumidores que integram o sistema econômico, posto terem direito a uma ambiência de concorrência saudável, capaz de lhes proporcionar distintas alternativas de saciedade de seus intentos aquisitivos.

Medidas são criadas para o combate dessa criminalidade, inserida, hoje, no rol da criminalidade moderna, pois são tutelados bens jurídicos difusos e transindividuais, com danos de difícil percepção. O Estado é incumbido de avocar para si a responsabilidade pela elaboração de mecanismos capazes de elidir a efetivação de práticas colusivas, em especial daquelas que atuem na desobservância legal e que deem efeito a crimes econômicos. Nesse seu intento, conforme Aguillar (2006), o aparato estatal é munido de diversos mecanismos dotados de atribuições investigativas, repressivas e preventivas, a exemplo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, vinculado ao Poder Executivo.

Crimes Econômicos são reflexos da criminalidade moderna e sua repressão simboliza, fortemente, a intervenção estatal na Economia a fim de garantir o bem-estar social e o desenvolvimento econômico do País, revelando-se, também, como uma das facetas da Política Econômica do Estado. Ao empreender políticas que deem cabo à criminalidade moderna, aqui simbolizada por meio dos Crimes Econômicos, o Estado promove suas preferências e desejos no tocante à Política Criminal. Tomada como uma das principais metas do Estado - alinhando-o a uma onda internacional - o combate e repressão intensos a Crimes Econômicos se consubstanciam como escolha patente de ordem político-criminal que visa a combater abusos de poder econômico, desbaratar cartéis, desfazer monopólios, dentre outros.

Para tanto, o Estado tem criado alternativas capazes de tornar mais efetiva essa opção político-criminal de repressão efetiva aos crimes econômicos, espraiando seus efeitos sobre suas opções de Política Econômica, que, inevitavelmente, levarão em conta a dinâmica empreendida no *modus operandi e iter criminis* desses agentes para estabelecer suas áreas prioritárias de investimento, além de criar mecanismos administrativos que sejam capazes de blindar o poder público dos reflexos dessas violações.

Um dos mecanismos de investigação de tais práticas é o Acordo de Leniência, introduzido por medida provisória transformada na Lei 10.149/00, que acresceu a Lei 8.884/94, tendo sido esta última revogada, como dito, pela nova Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - Lei 12.529/11. O Acordo de Leniência prevê a possibilidade de que um dos infratores de crimes econômicos vá perante a autoridade administrativa, denunciar voluntariamente a prática de cartéis, delatando nomes e fornecendo os detalhes das práticas dos seus coautores.

Essa medida objetiva o perdão da punição pecuniária, em sede administrativa, assim como a extinção punibilidade dos agentes e administradores da empresa delatora face ao juízo criminal. Dado o caráter dúplice (administrativo e penal) da maioria dos crimes econômicos, tudo isso será apurado e julgado por órgão público vinculado ao Ministério da Justiça, ou seja, com competência administrativa.

O Acordo de Leniência – que significa suavização, indulgência – se dá quando o Estado se propõe a aplicar mais brandamente uma sanção em virtude da cooperação havida pelo sujeito que violou a Ordem Econômica. Assim, aquele que é acusado de ilícito econômico pode, voluntariamente, cooperar para a obtenção de provas que

consubstanciem a infração investigada, revelando os meandros das ações efetivadas por ele e pelos demais sujeitos que são alvos da persecução. Dá-se uma espécie de “delação premiada”, posto que aquele que revela os nomes e as atividades dos demais investigandos (em especial nos cartéis) será beneficiado com a suavização da sua pena, ou até mesmo com o perdão.

O Acordo de Leniência é um instituto transplantado especialmente da tradição norte americana. Nos Estados Unidos, já em 1978, houve a edição de norma que previa benefícios aos infratores que assumissem a prática delituosa antes do início da investigação. Nos EUA, em 1993, houve uma reformulação do sistema relacionado aos acordos de leniências, a fim de dotá-los de maior aplicabilidade e eficiência, foram instituídos requisitos objetivos para a concessão dos benefícios, conferindo isenção automática das penas das empresas que colaborassem.

Segundo Castelo Branco (2008), no início, os principais aspectos do programa americano de leniência colocavam em xeque a eficácia do mesmo, pois era baseado na discricionariedade e no subjetivismo, o delator não tinha condições de prever as vantagens de que iria se valer ao colaborar com as investigações, o que representava um desestímulo. O programa americano foi modificado, atendendo a exigências da própria OCDE, a fim de dotar os trâmites procedimentais de maior certeza e confiabilidade.

No Brasil, pode-se dizer que o Acordo de Leniência ainda é um instituto recente, pois ingressou no ordenamento com a Lei 10.149/ 00 que acresceu alguns artigos à Lei 8.884/94. A nova Lei do SBDC, como visto, reestruturou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, estabelecendo-o como autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com poder judicante sobre todo o território nacional, observando também que deverá o Acordo de Leniência ser proposto junto ao próprio CADE. Tudo isto se deu com a finalidade de fornecer maior efetividade à fase de instrução das apurações de crimes contra a Ordem Econômica.

No entanto, o Acordo de Leniência, na forma como foi internalizado pelo Brasil, e pela própria natureza das infrações sobre as quais recai, suscita alguns questionamentos relativos à sua aplicabilidade. É sabido que os crimes econômicos têm um caráter dúplice, espraia-se tanto pela esfera administrativa quanto pela esfera criminal. É justamente a ambiguidade e vastidão dos reflexos provocados pela celebração do Acordo que irão provocar as maiores indagações.

Resumidamente, conforme os arts. 86 e 87 da Lei 12.529/11, o trâmite relativo ao Acordo de Leniência correrá, como dito, junto ao CADE, devendo o infrator colaborar efetivamente com as investigações e o processo administrativo, com vistas à identificação dos demais coautores, assim como dotar a administração pública de informações e documentos que comprovem a infração que fora noticiada ou que já se investiga. Dessa forma, as penalidades pecuniárias que seriam sofridas pelo delator serão perdoadas ou reduzidas de um a dois terços, conforme a relevância e o grau de ineditismo das informações reveladas. Além disso, a celebração eficaz do Acordo de Leniência leva à extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem econômica praticados pelo delator.

É completamente compreensível e até louvável a iniciativa de criar alternativas que se prestem à efetivação das investigações concernentes aos crimes contra a ordem econômica e é a isso que o Acordo de Leniência se presta. Vale lembrar que o Acordo de Leniência não se iguala puramente a uma delação premiada, ele vai além, pois determina não só uma redução da pena, mas também representa uma causa de extinção da punibilidade, tendo como grande diferencial parâmetros de conveniência e oportunidade.

O processo legislativo do Acordo de Leniência não destaca qualquer debate acalorado quanto à polêmica condução investigativa e punitiva dos malfeitos contra a ordem econômica. Posteriormente, quando da entrada em vigor da Lei 12.529/11, continuaram sem mudança os dispositivos atinentes ao referido instituto. Contudo, a estrutura burocrática e administrativa do CADE foi amplamente refeita.

Disso se depreende que o ordenamento jurídico pátrio ou o legislador, tomado individualmente, deram por incontroverso um dos pontos mais difíceis da supramencionada lei. Como visto, a Ordem Econômica tem seus princípios estruturantes e a sua defesa amparados em sede constitucional. Sabe-se que economia e direito guardam estreitíssimas relações entre si, mas que, no entanto, permaneceram como áreas estanques ao mútuo tangenciamento por longas datas.

Assim sendo, é compreensível que a Economia, seus agentes reguladores e seus atores integrativos acreditem numa melhor intervenção no seu *modus operandi* quando oriunda de esferas de poder que tenham vínculo linear e estreito com o próprio mundo econômico.

É possível que pela percepção das limitações judiciais, a Economia tenha se valido da via administrativa para o deslinde do Acordo de Leniência. Confiar ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica plenos poderes, no tocante à forma como o instituto será conduzido, é opção bastante eloquente que indica a descrença na plena legitimação do Direito – Penal - como instância única de resolução de conflitos.

Assim, a opção do legislador ao preterir a via judicial à administrativa na conformação do Acordo de Leniência apareceu no sentido de não criar mais uma legislação extravagante a fim de tratar de infrações contra a Ordem Econômica, além do próprio Codex. Haveria o risco de geração de *bis in idem*, assim como esvaziamento ontológico do instituto em si mesmo.

Ao tratar acerca da distinção entre as regras administrativas da Economia, em oposição ao Direito Penal, Eduardo Reale Ferrari leciona que:

(...) não obstante ser a seara econômica, ordem de cunho constitucional, desnecessária constitui a obrigatoriedade da criminalização para a repressão ao abuso do poder econômico, investindo todos os esforços na criação de um efetivo Direito Administrativo Sancionador, que ao invés de escamotear as deficiências da seara penal econômica, acabará por adquirir credibilidade e eficiência sancionatória, cabendo-nos despenalizar uma série de condutas atentatórias à ordem econômica buscando novas soluções estruturais, do qual exemplo constitui a reestruturação por um Direito Administrativo imparcial e independente, que prime pelo respeito ao mercado competitivo e especialmente lícito. (FERRARI, 2006. p. 619).

No Brasil, desde 2003, o combate aos cartéis integra um rol prioritário de práticas a serem observadas entre as políticas de Estado. Nesse sentido, percebe-se que a criação e execução do Acordo de Leniência parece uma experiência bem sucedida, apesar das polêmicas que enseja.

O Brasil vem celebrando, eficazmente, diversos Acordos – 25, desde 2003 - e essa tem sido a via mais prática e condizente de apuração de crimes praticados por diversos conglomerados econômicos, de diversas áreas. Mais recentemente, diversos casos de desmembramento de cartéis tem tomado espaço na grande mídia, tendo sido anunciados, com grande repercussão, os resultados da Operação Lava-Jato empreendida pela Polícia Federal que tem revelado uma complexa rede de criminosos que prejudicou sobremaneira os cofres públicos por meio da prática de diversas condutas nas quais os cartéis em licitação ganham especial atenção, como poderá ser visto em capítulo posterior.

A estratégia que se mostra perceptível é a da via político-criminal de estruturação da norma conforme sua melhor função à sociedade, meio que é de controle e símbolo do desejo social ao atendimento de suas demandas externalizadas pela via codificada.

3 CONDUTAS ATENTATÓRIAS À LIVRE CONCORRÊNCIA: OS CARTÉIS

Neste capítulo será feita uma delimitação conceitual que abarque tópicos sensíveis que compõem a análise antitruste. Serão abordados conceitos econômicos de poder econômico no mercado, mercado relevante, barreiras à entrada, a fim de que se tenha um panorama claro quanto ao processo de formação dos cartéis. Serão também apresentados diversos conceitos acerca do que vem a ser esse ilícito concorrencial tão grave. O capítulo também não descarta de oferecer algumas classificações referentes aos tipos de cartéis, oferecendo espaço especial aos cartéis em licitação.

3.1 O PODER ECONÔMICO E OS PARÂMETROS DE ANÁLISE DE CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS

A lógica concorrencial é pautada pela existência de agentes econômicos de diferentes pesos, capacidades produtivas e potencial de geração de lucros. A discrepância entre esses agentes se configura como um fenômeno natural dentro do jogo concorrencial. A tentativa de equiparar-se ao concorrente e fazer com que seu potencial de atuação no mercado não seja suplantado por outra empresa é que torna a dinâmica concorrencial tão importante. A luta para a manutenção no mercado é que faz com que os agentes sejam impelidos a aprimorar todo seu conjunto produtivo. Assim, pode-se dizer que a livre concorrência gera a busca pela utilização de tecnologia mais avançada nas linhas de produção, aprimoramento da qualidade da mercadoria ou serviço final ofertado e, desta forma, o movimento natural imposto pelo livre mercado impõe que os agentes melhor se acomodem dentro do seu exercício de poder econômico de mercado.

O poder econômico no mercado deve ser exercido de forma fluida e natural pela empresa dominante. Não é incompatível com os preceitos do livre mercado, podendo até ser entendido como um direito à luz do princípio da liberdade de concorrência, a previsão de uma empresa que detenha maior porte e, consequentemente, maior influência sobre um determinado mercado relevante. Como dito, faz, intuitivamente, parte dos ajustes econômicos operados pelo espírito de competição, a existência de uma empresa que se destaque e se mostre mais forte diante das outras.

Conforme Nusdeo (2002), o poder econômico se encontra caracterizado pela possibilidade de uma empresa dominante no mercado, influenciar positivamente as concorrentes, sem que seja por elas influenciada na mesma medida, assumindo um comportamento indiferente e sendo seguida pelas demais no que diz respeito às condutas e à fixação dos preços. Ter maior poder no mercado dotaria uma determinada empresa de maior capacidade de aumentar preços e influenciar a produção e oferta de uma mercadoria aos consumidores. No entanto, o estabelecimento desse critério de definição não deve ser exauriente em relação ao conceito amplo que abarca o entendimento do que venha a ser o poder econômico. Neste sentido, Calixto Salomão:

Aumentar preços é o “comportamento racional” dos agentes, cuja importância no mercado é grande a ponto de poder influenciar o preço através de uma diminuição de produção. Essa, na verdade, é uma definição bastante simplista do poder no mercado, cujo único objetivo é ressaltar o problema relevante para o direito antitruste na perspectiva neoclássica. A ela devem ser acrescentados, já de início, algumas correções e elementos adicionais. (...) Pode ocorrer que a empresa, por ser monopolista, já esteja cobrando preços tão altos e abusivos que lhe seja impossível aumentar ainda mais seus preços, sob pena de ver os consumidores migrarem maciçamente para um substituto ou simplesmente deixarem de consumir aquele produto. (...) É possível, por exemplo, que o agente econômico, mesmo sem poder no mercado, possa aumentar preços por ser muito mais eficiente que os demais (isto é, seja capaz de produzir a custo marginal bastante inferior) e estar bem abaixo do nível de preços por eles praticado. Assim, o aumento de preços deve ser sempre acompanhado da análise da estrutura do mercado (procedida a partir da definição do mercado) para que se caracterize o poder no mercado. (SALOMÃO FILHO, 2013, p.142-143).

O “poder econômico” precisa, assim, equilibrar-se numa tênue linha que possui como extremos o exercício regular de um direito garantido pelo princípio da livre iniciativa e do outro, quando aplicado de forma desarrazoada, uma infração anticoncorrencial. Ao tratar sobre o poder econômico no mercado, Luís Cabral de Moncada identifica nas vantagens excessivas auferidas pelas empresas o germen da necessidade de regulamentação da concorrência:

Dir-se-ia que a organização do mercado passou a ser até certo ponto, condicionada pelas empresas em vez de determinada por certas regras impessoais. Daí os inevitáveis desvios à concorrência perfeita através de comportamentos de coligação e concertação empresariais que, na mira de vantagens econômicas e financeiras, se traduzem frequentemente em restrições formais e informais à concorrência. A estes factores estruturais acresce que nestas condições a empresa dispõe da capacidade de modificar através de um comportamento deliberado, individual ou acordado, as condições ou os resultados da procura e oferta dos bens e serviços de maneira a que lhe advenham daí vantagens extraordinárias. O <<poder econômico>> da empresa assim formado tende a impedir a livre alternativa das escolhas dos consumidores traduzindo-se numa vantagem unilateral para a empresa. Está, portanto, aberto o caminho para a regulamentação da concorrência. (MONCADA, 2007, p.488).

Assim, o uso abusivo do poder econômico é que representa uma condição perniciosa ao mercado e uma afronta à livre concorrência. A repressão ao abuso do poder econômico se encontra colocada como uma preocupação do Estado quando da sua fiscalização e regulação das atividades dos agentes por meio do art. 173, §4º da CF/88.

Além do conceito de poder econômico no mercado, é importante estabelecer a fixação teórica do que venha a ser abarcado pelas expressões “mercado relevante” e “barreiras à entrada”.

Primeiramente, conforme Gaban e Domingues (2009), mercado relevante é um conceito bastante importante para que se possa fazer uma análise antitruste. Com o intuito de fazer um apurado investigativo acerca da prática de atos supostamente anticoncorrenciais, é necessário que se chegue ao entendimento sobre os limites fáticos do mercado afetado por aquela conduta. A análise do mercado relevante engloba o universo material e territorial de atuação dos agentes. Testes podem ser feitos pela autoridade de Defesa da Concorrência a fim de verificar a delimitação do mercado relevante. Um dos mais conhecidos é o chamado teste do monopolista hipotético. Por meio desse teste, é feita uma simulação de circunscrição do mercado relevante, atribuindo-lhe as marcações do menor grupo de produtos na menor área geográfica necessária em que um agente tenha condições de impor um aumento significativo e não transitório sobre os preços.

Desta feita, o mercado relevante será caracterizado pelo menor espaço econômico (compreendida sua natureza material e geográfica) em que um agente, sozinho ou coletivamente, possa exercer seu poder de mercado. Ao se valer da doutrina norte-americana para estabelecer o que pode ser considerado como mercado relevante, Eduardo Gaban e Juliana Domingues explicam que:

(...) uma alternativa de definição reside em identificar um mercado relevante como um agrupamento de vendas tal que, se essas fossem feitas por uma única firma, esta teria o poder de aumentar preços acima do nível competitivo sem perder tantas vendas que o incremento de preço não seria lucrativo... De acordo com a doutrina norte-americana, o mercado relevante é o menor mercado para o produto no qual a elasticidade da demanda e a elasticidade da oferta são suficientemente baixas, para que uma firma 100% de mercado possa, lucrativamente, reduzir a produção e aumentar substancialmente o preço acima do nível competitivo. (GABAN; DOMINGUES, 2009, p.135-136).

Fica perceptível, com base na exposição, que a análise do mercado relevante não implica apenas na visualização do agir do agente econômico como sujeito ativo que

oferta, também deve ser interpretada a capacidade da demanda- personificada por meio dos consumidores- substituir o produto por outro, em virtude do seu aumento de preço. A esse critério, de substituição material de um produto por outro, soma-se o geográfico. O consumidor poderá ingressar na dinâmica aquisitiva de um mercado contíguo ao que usualmente frequenta, além de também ser possível que um novo agente, de outra dimensão geográfica, passe a oferecer seus produtos no mercado em que os preços tiverem passado por um aumento.

As “barreiras à entrada” também figuram como conceito importante dentro da análise antitruste. Pode ser entendida como barreira à entrada, a dificuldade de um novo agente econômico com potencial de competição vir a integrar um mercado relevante, pela desvantagem, conjuntural ou pontual, que se encontra em relação aos outros. Essa disparidade pode ser representada pelo deliberado agir abusivo da empresa - ou empresas - dotada do poder de mercado num determinado mercado relevante, ou pelas próprias dificuldades excessivas de acompanhar os custos de produção e desenvolvimento de produtos plenamente capazes de concorrer com os que habitualmente já integram o mercado e também podem ser naturais em virtude da própria formatação do mercado. Gaban e Domingues (2009) elencam fatores que constituem importantes barreiras à entrada, além de tentar defini-las:

(a) custos fixos elevados; (b) custos afundados ou irrecuperáveis; (c) barreiras legais ou regulatórias; (d) recursos de propriedade das empresas instaladas; (e) exigências consideráveis de economias de escala ou de escopo para o ingresso de um novo competidor; (f) grau de integração da cadeia produtiva; (g) fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas; e (h) ameaça de reação dos competidores instalados... Assim, tem-se que as barreiras à entrada, em geral, podem ser definidas como o conjunto de circunstâncias que permeiam as atividades do mercado relevante, estabelecendo as condições de entrada, em termos de custos, aprendizagem, tempo de adaptação, condições de desenvolvimento e retorno de investimentos, do agente em determinado segmento da economia. (GABAN; DOMINGUES, 2009, p.144-145).

O combate às infrações contra a Ordem Econômica representa uma demanda urgente para o estabelecimento de um ambiente econômico saudável no País. Como analisado nos capítulos anteriores, a existência de uma legislação antitruste nacional é capaz de influenciar muito positivamente o desenvolvimento e crescimento econômico do País, no entanto, por si só, não fixou um nível satisfatório de concorrência no mercado. (SALOMÃO FILHO, 2013).

A Lei 12.529/11 estabeleceu, em seu art. 36, §2º, haver presunção de dominação de mercado relevante por uma empresa, ou grupo delas, quando verificada a capacidade de alteração unilateral, ou em conjunto, das condições de mercado ou quando da detenção de 20% ou mais do mercado, ressalvando que esse percentual pode ser alterado pelo CADE em relação a setores específicos da economia.

A análise das condutas anticoncorrenciais no Brasil passa, invariavelmente, pela utilização da Regra da Razão, derivada da aplicação do Sherman Act pela Suprema Corte Americana no julgamento do caso *Standard oil Co. of New Jersey v. United States*. Como dito, nem toda circunstância em que esteja presente o poder de mercado deve ser indicada como abusiva à livre concorrência. Nesse sentido, a Regra da Razão foi criada como um desdobramento da *Section I* do *Sherman Act* que, conforme tradução de Benjamin Shieber, estabelecia que seria ilícito: “*Todo e qualquer contrato, combinação na forma de truste ou qualquer outra forma, ou conspiração em restrição do tráfico ou comércio entre os Estados, ou com as nações estrangeiras...*”. (SHIEBER, 1966, p.72).

Assim, quando seguido de forma estrita, o art.1º do *Sherman Act* implicava na consideração de quase todos os contratos comerciais como ilícitos. Por meio do julgamento do supramencionado caso, foi introduzida a palavra “*unreasonable*” (desarrazoada) para qualificar as restrições ao comércio dignas de punição. De acordo com a lição de Calixto Salomão Filho:

A expressão “desarrazoada” envolve dois aspectos. Em primeiro lugar, é necessário que a restrição seja efetiva, ou seja, que realmente restrinja a competição, ao invés de simplesmente estabelecer regras para ela. Esse é o aspecto qualitativo. Em segundo lugar, é necessário que a restrição seja substancial, ou seja, analisadas as condições estruturais de cada mercado, promova substancial redução da competição. Esse é o aspecto quantitativo da regra. A fórmula assim elaborada pode hoje ser chamada de “regra da razão no sentido clássico” Essa regra encontra-se hoje substancialmente modificada. Se a regra da razão clássica tinha acrescido o termo “desarrazoada” à *Section I* do *Sherman Act*, sua evolução posterior é no sentido de acrescentar o termo “injustificada”. Contrário ao direito concorrencial passa a ser somente aquele comportamento ou estrutura que seja eficaz para proporcionar uma restrição *substancial e injustificável* da concorrência. (SALOMÃO FILHO, 2013, p.211).

Não cabe mais falar, sob a luz da regra da razão, em atos ilícitos concorrenciais que sejam assim entendidos isoladamente e *per se*, sem um juízo que considere de fato os efeitos reais de restrição da livre concorrência, dominação do mercado relevante,

abuso de posição dominante e aumento arbitrário de lucros, nos termos do art.173, §4º da Constituição Federal, em associado ao art.36 da Lei 12.529/11.

No entendimento de alguns autores, a proibição *per se* da prática de condutas anticoncorrenciais, em oposição à regra da razão, é capaz, inclusive, de servir de critério de análise e distinção doutrinária entre os sistemas de defesa da concorrência. Nesse sentido, Luís Cabral de Moncada assevera que:

Em sede geral, pode dizer-se que existem dois grandes sistemas teóricos de defesa da concorrência; o sistema da proibição *per se condemnation* e o sistema do abuso ou da *rule of reason*. Na prática, os sistemas de defesa da concorrência são quase sempre mistos, ou seja, aplicam o princípio da proibição a uns casos e o princípio do abuso a outros, ou temperam o sistema da proibição *per se* com o da *rule of reason*; em boa verdade, mesmo quando adotado, o sistema da proibição comporta quase sempre um considerável número de exceções na dependência da liberdade de aplicação da Administração que atenuam em larga medida o seu rigor; a proibição não é absoluta. (MONCADA, 2007, p.493-494).

Quanto ao sistema adotado pelo Brasil, a análise do supramencionado art.173, §4º da Constituição já indica que o sistema da regra da razão foi internalizado pelo País e entendido como forma mais adequada à análise das práticas restritivas. Isso já foi assentado pelo Anexo I da Resolução nº20/99 do CADE:

O principal pressuposto, a ser verificado preliminarmente pela análise, é que condutas prejudiciais à *concorrência*, e não apenas a concorrente(s), em geral, requerem a pré-existência, a alavancagem de um mercado para o outro ou a busca de posição dominante no mercado relevante por parte de quem a pratica. Aplicando-se o princípio da razoabilidade, esses requisitos constituem condições *necessárias*, mas *não suficientes*, para considerar uma conduta prejudicial à concorrência. Para tanto é preciso avaliar seus efeitos anticompetitivos e ainda ponderá-los *vis-à-vis* seus possíveis benefícios (“eficiências”) compensatórios. (CADE, 1999, p.6 *itálico no original*).

A política antitruste levada a efeito por meio de uma legislação específica, com um conjunto de instrumentos que tratem da repressão a atos contrários à livre concorrência, é uma condição necessária para uma economia de mercado permanecer operante. Convém salientar, no entanto, que os desvios e arranjos anticoncorrenciais podem ser subdivididos em espécies distintas conforme a maneira como se formam, os setores envolvidos e as estruturas de sua concretização.

As condutas anticoncorrenciais podem ser ordenadas em três tipos distintos: acordos (colusões), abuso de posição dominante e concentrações. Acordos entre agentes econômicos podem ser classificados, de forma geral, em colusões verticais e horizontais.

3.2 ENTENDENDO OS CARTÉIS: CONCEITOS E ESPÉCIES

As colusões horizontais são empreendidas por agentes econômicos em patamar direto de concorrência, posto que integram um mesmo mercado relevante, em termos geográficos e materiais, ou seja, um mesmo nível na cadeia industrial. As colusões verticais, por sua vez, acontecem entre agentes que integram uma linha de produção, geralmente industrial, atuando em mercados relevantes distintos, porém complementares (mercado produtor de matéria-prima, mercado de produção e mercado da distribuição). As colusões horizontais e os cartéis como sua subespécie é que integram o objeto de análise mais específico do presente trabalho.

Em definição apresentada pelo Anexo I da Resolução n.20/1999 do CADE, tem-se que as colusões horizontais podem ser entendidas como:

As práticas restritivas horizontais consistem na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios. Em ambos os casos visa, de imediato ou no futuro, em conjunto ou individualmente, o aumento de poder de mercado ou a criação de condições necessárias para exercê-lo com maior facilidade. (CADE, 1999, p.2).

Num mercado em concorrência perfeita, os agentes não seriam capazes, por si sós, de determinar os preços de seus produtos, sendo - esses produtos - vendidos conforme o preço de mercado, semelhantes aos valores relativos aos custos marginais a eles atrelados. Os lucros amealhados pelas empresas tendem a ser maiores conforme se possa observar o afastamento da situação de concorrência perfeita e a aproximação de um ambiente monopolista. As empresas concorrentes, quando não constrangidas por mecanismos legais, vislumbram como mais proveitoso um acordo entre aqueles que atuam num mesmo mercado relevante do que o puro embate nas praças em que operam. Assim, transformam sua concorrência em cooperação. Nesse sentido, a lição de Carlton e Perloff é bastante útil para a fixação do que pode ser definido como cartel:

In any Market, firms have an incentive to coordinate their production and pricing activities to increase their collective and individual profits by restricting market output and raising market price. An association of firms that explicitly agrees to coordinate its activities is called a cartel. A cartel that

includes all firms in a market is in effect a monopoly, and the member firms share the monopoly profits. (CARLTON; PERLOFF, 2004, p. 121)¹.

O Anexo I da Resolução n.20/99 do CADE, por sua vez, não descarta do intuito de descrever conceitualmente o que são os cartéis:

Acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio. (CADE, 1999, p.2-3).

Outra definição elucidativa é apresentada por Ana Paula Martinez:

Cartéis são comumente definidos como acordos, ajustes ou mesmo troca de informações sobre variáveis comercialmente sensíveis entre concorrentes com o objetivo de alterar artificialmente as condições de mercado com relação a bens ou serviços, restringindo ou eliminando a concorrência. Os cartéis operam essencialmente por meio da fixação de preços ou de condições de venda, limitação da capacidade produtiva ou distributiva ou divisão de mercados ou de fontes de abastecimento. (MARTINEZ, 2013, p.36-37).

Pela dicção do art. 36, §3º, I da Lei 12.529/11, constituem infrações da ordem econômica os atos praticados por agentes econômicos no sentido de acordar, combinar ou ajustar com seus concorrentes, o mencionado inciso, em suas alíneas, indica, ainda, as formas em que esses acertos poderão se manifestar, *in verbis*:

Art. 36... §3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; (BRASIL, Lei.12.529, 2011).

Por meio do elenco de condutas apresentado pelo artigo, pode-se perceber que os acertos entre concorrentes podem ir além da fixação de preços e definição de quantidade de produto a ser disponibilizada num determinado mercado. Os cartéis de preço, no entanto, devem ser analisados com especial atenção, pois se encontram no palco

¹ Em qualquer mercado, empresas têm um incentivo para coordenar sua produção e atividades de fixação de preços a fim de aumentar seus lucros coletivos e individuais por meio da restrição do total de oferta, aumentando o preço do mercado. Uma associação de empresas que, explicitamente, coordena suas atividades é chamada de cartel. Um cartel que inclua todas as empresas do mercado é, efetivamente, um monopólio, e as empresas membro compartilham os lucros do monopólio (tradução livre).

principal das atividades desviantes levadas a efeito pelos agentes econômicos que decidem abrir mão do embate concorrencial e ingressar nos meandros do acertamento como alternativa de maximização de lucros.

Os cartéis de preços são sensíveis à percepção popular, amarrando o consumidor em um único patamar possível de aquisição de um produto ou serviço, devido à uniformidade de preço praticada pelas empresas. Esse tipo de cartel pode, também, ser estabelecido por meio da fixação de percentuais predefinidos de incremento dos preços por meio dos participantes do acerto, assim como por meio da pura e típica fixação de preços – ainda que mínimos- a serem praticados na venda.

Ainda em relação aos cartéis de preço, tem-se um caso peculiar e bastante intrigante quando analisado de perto. Trata-se do *Price Leadership*. Em síntese, nos acordos em que se verifica o *Price Leadership* há um agente com maior poder econômico de mercado do que os demais e, por conta de tal característica, termina sendo capaz de abusar de sua posição dominante, influenciando a política de preços a ser adotada por seus concorrentes, que tenderão a segui-lo. Há, assim, a uniformização de preços no mercado, mas não será possível falar taxativamente da ocorrência de atos colusivos praticados por todos que integrarem aquele mercado relevante. Pode ser que aconteçam ameaças e constrangimentos praticados pela empresa líder em relação aos demais, entretanto pode também acontecer do mercado relevante ser estruturado naturalmente de forma a propiciar esse tipo de situação, sem que a sujeição das empresas menores resulte de um abuso. O *Price Leadership* implica na atuação imbricada de possíveis abusos de posição dominante e atos colusivos, cabendo à autoridade antitruste ter clareza e amear dados e provas suficientes para caracterizar a nocividade de tal dinâmica.

Pode-se dizer que o legislador, quando do tratamento da matéria antitruste no ordenamento nacional, conseguiu se manter atento às peculiaridades concorrenciais que poderiam implicar numa série de cartéis derivados de outras condutas. Desta feita, é possível que um acerto entre concorrentes se ocupe da divisão do mercado em regiões geográficas que ficarão a cargo de cada um. Também é possível que os agentes se dividam conforme o tipo de destinatário final do produto ofertado, se público ou privado. A disposição do art. 36, §3º, I não deixa também de mencionar a possibilidade

do agir coordenado entre agentes participantes de licitações, espécie peculiar de cartel a ser esmiuçada em tópico posterior.

Além das condutas específicas trazidas pela Lei 12.529/11, tem-se ainda outros tipos de acertos entre sujeitos econômicos. Convém mencionar os cartéis de crise. Num hipotético mercado em dificuldades de operacionalização e baixas condições de manutenção, agentes podem passar a atuar de forma concertada a fim de distribuir entre si os consumidores, em virtude de inesperada mudança de demanda.

Os cartéis de crise não encontram, no ordenamento jurídico pátrio, tratamento distinto daquele dado aos cartéis que essencialmente apenas objetivam a diminuição do grau de concorrência. O argumento apresentado como relevante para uma possível tentativa de tratamento diferenciado entre os cartéis de crise e as demais modalidades de cartéis encontra respaldo em justificativas que tomam por base o fato de que eficiências econômicas podem ser identificadas quando, por meio do acerto de condutas, integrantes de um mercado relevante partem para uma cooperação entre si, pois o seu desaparecimento implicaria em efeitos muito mais deletérios à economia do que a sua permanência ativa.

Convém mencionar que outras justificativas são apresentadas por agentes econômicos em prol de situações capazes de amparar positivamente a prática de cartéis, além da mencionada pelos que advogam a distinção favorável aos cartéis de crise. Um argumento seria a suposta importância dos cartéis para a seletividade da concorrência, tornando-a mais saudável do que nas situações em que os agentes operam no mercado por meio de preços predatórios e condutas insustentáveis de conquista de lucro e espaço. Ainda que seja possível compreender e dimensionar os efeitos positivos que possam ser decorrentes dos cartéis nas situações especiais mencionadas, resta o entendimento de que, por mais que se empreenda o uso da razoabilidade na interpretação do agir das empresas que, *e.g.*, enfrentam crises temporárias, a violação à livre concorrência e o potencial de agressão à lógica de consumo, levados a efeito pelos cartéis, são tão sérios que sopesá-los de forma positiva é uma ação delicada e que carece de amparo legal.

A fim de prosseguir na sistematização dos tipos de cartel, faz-se, ainda, necessário mencionar os cartéis classificados como *ancillary restraints*. Neles, existe um acerto temporário entre agentes, porém sem intuito central de mitigar a concorrência, sendo implementado como critério necessário para a concretização de

outra transação, a exemplo das *joint ventures*. Nesse caso, as eficiências advindas das operações finais podem ser positivas e capazes de suplantar o período em que o acerto ocorrido entre os agentes esteve em vigor. Cartéis que tenham essa conformação, assim como os cartéis de crise, podem também ser classificados como “*soft*”, ou difusos, posto não serem institucionalizados, contando a seu favor a eventualidade das práticas engendradas.

Em oposição aos cartéis *soft*, encontram-se os cartéis *hard core* -ou clássicos -, institucionalizados, operados de forma sistemática e com lógica muito bem definida por meio de acordos, acertos, planilhas de atuação, reuniões programadas e cotas de participação e responsabilidade estabelecidas de maneira muito clara em relação a fatores sensíveis da economia, como preços, áreas de atuação, clientela atingida, entre outros.

Os cartéis ainda podem ser classificados conforme critérios distintivos ainda não mencionados. Além da possibilidade de existência de cartéis de preço ou quantidade, conforme o objeto alvo da conduta concertada – que, nesses dois casos, termina por influenciar o mercado de forma semelhante, já que os dois fatores estão essencialmente imbricados, uma vez que alterações na quantidade de produto no mercado terminam por implicar na afetação dos níveis de preço - tem-se ainda a possibilidade de classificar os cartéis em explícitos ou tácitos, nacionais ou internacionais, de compra ou de venda e de importação ou exportação, conforme lição de Martinez (2013).

Cartéis explícitos operam, claramente, com combinações orais ou escritas para a concretização de suas práticas. Os tácitos, por sua vez, operam de forma mais sutil entre sujeitos que detêm em suas mãos maior controle sobre o mercado. Desta forma, pode-se falar que os cartéis tácitos se realizam diante de um ambiente em que já não se visualiza uma concorrência perfeita -comumente em oligopólios- já que os agentes podem manter, em relação ao seu concorrente, uma conduta acautelada e atenciosa quanto à manutenção de preços, oferta de produtos, entre outros.

São considerados cartéis internacionais, acordos que se enquadrem em pelo menos um dos seguintes critérios: envolvam partes de mais de uma jurisdição; a conduta produz efeitos em pelo menos duas jurisdições; a conduta foi praticada em uma jurisdição e produz efeito em outra. Essa sistematização foi feita pela Divisão Antitruste

do Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DOJ) e é adotada por boa parte da doutrina nacional, conforme Martinez (2013).

Ainda segundo Ana Paula Martinez, o primeiro caso de cartel internacional julgado como uma ofensa contra a ordem econômica data de 1907 nos Estados Unidos e representam, até os dias atuais, parte considerável do montante de multas aplicadas naquele país, de acordo com a autora:

O primeiro caso de que se tem conhecimento de cartel internacional punido por infração contra a ordem econômica é o *U.S. v. America Tobacco*, de 1907. O Departamento de Justiça dos Estados Unidos investigou na ocasião mais de 90 empresas e indivíduos. Uma das condutas analisadas foi o acordo entre empresas de cigarro norte-americanas e inglesas que estabelecia que cada uma não atuaria no país da outra e dividia o resto do mundo entre as empresas. Estudos estimam que, entre 1929 e 1937, os cartéis internacionais controlavam cerca de 40% do comércio mundial. Porém, foi somente a partir dos anos 1940 e 1950, que as autoridades antitruste, notadamente as norte-americanas, começaram a investigar sistematicamente cartéis de âmbito mundial, com atuação nos mais diversos mercados: alumínio, lâmpadas incandescentes, nylon, titânio, equipamentos militares e instrumentos para aeronaves... Um indicativo da relevância dos cartéis internacionais é que dos 96 cartéis contra os quais os Estados Unidos impuseram multas superiores a US\$ 10 milhões até 31 de julho de 2012, 93 deles foram internacionais, a grande maioria deles afetando mais de duas jurisdições. (MARTINEZ, 2013, p.45).

Os cartéis nacionais, por sua vez, são mais usuais em países como o Brasil em que a economia ainda engatinha em relação à sua internacionalização, fazendo com que os agentes voltem suas atenções ao mercado interno, exercendo seu poder de mercado de forma abusiva ou concertada. Fato curioso foi a existência do Conselho Interministerial de Preços – CIP, instituído pelo Governo Federal em 1968 por meio do Decreto n.69.196. Conforme se depreende do artigo primeiro do mencionado decreto, a CIP se encarregava de fixar e executar medidas destinadas a implementar a regulação geral de preços, tendo sido revogado em 1990.

Por meio de outro critério de classificação, os cartéis podem ser distinguidos como de compras ou de vendas. Os cartéis de compra são menos comuns, porém não representa uma ameaça menor, pois dizem respeito ao acerto entre agentes quando da aquisição de matérias-primas. Os cartéis de venda são mais usuais e punidos com mais frequência pelas autoridades antitruste do País.

Quanto aos cartéis de importação e exportação, convém dizer que os primeiros são também cartéis de compras, e sua classificação agrega, além do acordo de compra, a

procedência do produto ou serviço a ser adquirido, posto abarcarem agentes econômicos que se reúnem para importar.

No que concerne aos cartéis de exportação, já foi mencionado que acordos muitas vezes se mostram como alternativa razoável aos participantes de um mercado relevante que possuam o intuito de exportar seus produtos ou serviços. De acordo com características já apontadas, os cartéis de exportação podem, também, ser entendidos como cartéis de venda e cartéis internacionais. Vale salientar que esse tipo de cartel encontra tratamento ambíguo na prática antitruste nacional. O tratamento diferenciado em relação a esse tipo de acerto acontece quando a Lei Antitruste não é reclamada para coibir a prática, pois se entende que tal espécie de cartel incrementa a robustez das exportações do País. Soaria como contrassenso e incoerência legal um comportamento autorizativo de operacionalização de um cartel em território nacional, tendo em vista o atual estágio de evolução em que se encontra a disciplina Antitruste. No entanto, os cartéis de exportação podem ser operados pelo vácuo formado pela omissão repressiva das autoridades antitruste; pela concessão de isenções ou por expressas autorizações de ação.

Além da possibilidade de se verificar alguma eficiência econômica decorrente desse tipo de cartel, outros fatores entram na análise do caso específico ora tratado. O Brasil se alinha à chamada Teoria dos Efeitos quando da verificação das repercussões negativas dos cartéis internacionais. Por Teoria dos Efeitos se entende que a lei antitruste brasileira deve ser aplicável a qualquer prática anticompetitiva que produza ou possa produzir efeitos no território nacional.

Assim, duas peculiaridades podem surgir em decorrência de tal teoria. A primeira é a extraterritorialidade da lei antitruste brasileira, que pode ser aplicada fora do Estado em que foram praticados os acordos. A segunda consequência da adoção da Teoria dos Efeitos é, justamente, a ausência de aplicabilidade da lei brasileira nos cartéis de exportação, posto que seus efeitos são sentidos fora dos limites nacionais. Acerca dos cartéis da Teoria dos Efeitos e dos cartéis de exportação, Eduardo Gaban e Juliana Domingues, na Revista do Instituto Brasileiro de Estudos da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC):

Assim, a teoria dos efeitos – ou os efeitos extraterritoriais da Lei Antitruste brasileira – permite que cartéis internacionais, ou seja, acordos entre empresas para restringir ou eliminar a concorrência internacional ou mundial, ainda

que não realizados no Brasil, sejam investigados pelas autoridades brasileiras caso seus efeitos anticompetitivos atinjam ou possam atingir o território nacional... Geralmente, as leis de concorrência não sancionam os cartéis de exportação, isto é, relacionados aos dois primeiros grupos descritos acima, pois existe o entendimento de que esses acordos não trazem prejuízos para os consumidores e produtores locais (dos países de origem). Isto não impede, entretanto, que tais arranjos possam ser investigados se existirem indícios sobre a criação de efeitos anticompetitivos com relação a determinado mercado nos mercados locais, ou nos mercados de destino (alvos do cartel de exportação). (GABAN; DOMINGUES, 2010, p. 132-133).

As concessões oferecidas aos cartéis de exportação são comumente pensadas sob a ótica dos pequenos e médios produtores que, por meio de acordos, passam a ter acesso a um mercado até então impossível de ser alcançado, visto que o acerto maximiza as potencialidades individuais, dotando-as de maior robustez.

No entanto, se for ponderado o fato de que esses acertos também são possíveis para empresas de maior porte e, muitas vezes, têm seu nascedouro em países industrializados que se fazem lenientes em relação às punições antitruste nesses casos, verifica-se a existência de uma lógica de aumento de receitas às custas dos países importadores, associada ao que tem sido chamado de mercantilismo moderno, como dito por Eduardo Rodrigues (2013). O autor critica essa prática e menciona um exemplo maléfico de cartel de exportação - cartel do potássio -, que teve seus efeitos negativos espalhados por vários países importadores do minério, inclusive o Brasil, segundo ele:

Países menos desenvolvidos se mostram especialmente afetados por esses acordos, prejudicando até mesmo seu desenvolvimento. Primeiramente, o aumento de preços gerados por esses cartéis – derivados de fixação de preços, divisão de mercado, ou outras práticas anticompetitivas - implica uma maior transferência de renda dos países em desenvolvimento (importadores) para os países desenvolvidos (exportadores), expropriando-os de seus escassos recursos que, de outra forma, poderiam ser investidos em políticas sociais ou mesmo desenvolvimentistas. Aponta-se, ainda, que tais cartéis de exportação podem significar um ônus a mais para a competitividade internacional dos países importadores: suas indústrias exportadoras podem se ver em situação desfavorável em relação à indústria de outros países que não pagam preços cartelizados. Um exemplo desses prejuízos (inclusive quantificados) pode ser observado no caso, citado anteriormente, do cartel do potássio. O minério, altamente concentrado em poucos países, era exportado até 2013, por dois cartéis de exportação – os quais, suspeita-se, se coordenariam, pelo que, na realidade, formariam um único cartel- , a Canpotex, no Canadá, e a Belarusian Potash Company – BPC, da qual participava a russa Uralkalis e bielorrussa Beraluskali. Potássio é um insumo essencial para a produção de fertilizantes, pelo que seu consumo está associado à produção agrícola. O Brasil se mostra um dos principais consumidores do produto, sendo que 90% do seu consumo é importado. (RODRIGUES, 2013, p.35).

Por fim, vale ressaltar que a possibilidade de autorizações de acordos para exportação encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio por meio do art. 88, §6º da Lei 12.529/11.

3.3 CARTÉIS EM LICITAÇÕES E SUAS PECULIARIDADES

Os cartéis em licitações merecem especial atenção e tratamento, dadas as suas especificidades. Nessa espécie de cartel, as condutas praticadas prejudicam diretamente a administração pública e o erário, sendo a população, em geral, lesada indiretamente. Pode-se dizer que os consumidores são afetados mediatamente, pois não há uma redução de bem-estar automática por conta dos conluíus em licitações.

A regra de redução da quantidade de produtos no mercado relevante não se adequa aos cartéis em licitações, uma vez que os próprios certames determinam, categoricamente, os objetivos do contrato, além, a depender do objeto alvo, as quantidades a serem oferecidas pelos ganhadores. O art. 36, §3º, I, “d” da Lei 12.529/2011 classifica como infração à ordem econômica o acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes no tocante a preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública.

As contratações públicas assentam suas bases na dicção do art.37, XXI da Constituição Federal, o qual assegura que:

Art. 37

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam condições de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 2013).

O art. 37, XXI foi regulamentado pela Lei 8.666/93 que institui normas para licitações e contratos com a Administração Pública. Como pode ser visto por meio do mencionado artigo da Constituição Federal, a liberdade de concorrer e a igualdade de concorrência estão na essência do instituto das licitações.

O Estado realiza contratações a todo o momento, a fim de prover sua própria máquina administrativa, além, e principalmente, de utilizá-las para o fornecimento de infraestrutura e serviços básicos que se encontram sob sua responsabilidade. O CADE, em publicação oficial intitulada “Combate a Cartéis em Licitações”, apresenta um panorama bastante ilustrativo acerca do combate a esse tipo infração:

Para que o Estado empregue seus recursos de maneira apropriada, suas compras precisam ser feitas pelo menor preço possível e sem favorecer qualquer empresa, respeitando-se elevados padrões de isonomia, qualidade e eficiência. Assim, é de fundamental importância que as licitações sejam *transparentes e econômicas*. Transparência e economicidade estão intimamente relacionadas à concorrência em uma licitação. Licitações com regras transparentes e amplamente conhecidas facilitam a participação de maior número de licitantes, e, se houver efetiva concorrência entre tais participantes, as contratações serão mais econômicas, em benefício do cidadão. Para o Estado, portanto, a efetiva competição entre as empresas nas licitações que promove é a verdadeira “alma do negócio”. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2008, p.6).

Conforme publicação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), às contratações públicas são destinados, aproximadamente, de 15 a 20% do PIB de um país e elas são extremamente relevantes para a qualidade da infraestrutura oferecida pelo Estado aos seus cidadãos. De acordo com a OCDE:

Effective public procurement determines the quality of public infrastructure and services and it impacts on the range and depth of infrastructure and services that a State can provide to its citizens, as money wasted because of collusion and/or corruption ultimately results in fewer public funds. In this way, public procurement is an issue of key importance for a State’s economic development. Moneys lost because of subversion of the public procurement process represent wastage of public funds. The resulting loss to public infrastructure and services, whether in quality or range, typically has the heaviest detrimental impact on the most disadvantaged in society, who rely on public provision to the greatest extent. Distortion of the public procurement process is detrimental for democracy and for a sound public governance, and it inhibits investment and economic development. Thus, deficiencies in public procurement impact on the wider economy in a way that does not occur with private procurement. (OCDE, 2009a, p.10)².

² Uma licitação eficaz determina a qualidade da infraestrutura e dos serviços e seu impacto sobre o alcance e profundidade da infraestrutura e serviços que o Estado pode oferecer para seus cidadãos, como dinheiro desperdiçado por causa de conluios e/ou corrupção, finalmente, resulta em menores fundos públicos. Desta forma, as licitações são uma questão de importância fundamental para o desenvolvimento econômico de um Estado. Dinheiro perdido por causa de subversão do processo licitatório representa desperdício de fundos públicos. A perda resultante de infraestrutura e serviços, seja na qualidade ou variedade, geralmente tem maior impacto negativo sobre os mais desfavorecidos da sociedade, que precisam do fornecimento público na maior medida. A distorção do processo de licitação é prejudicial para a democracia e para uma gestão pública sólida, e isso inibe o investimento e desenvolvimento econômico. Assim, as deficiências nas licitações impactam a economia de uma forma que não ocorre com contratos privados. (Tradução livre)

A licitação, por ser fase realizada anteriormente à contratação pública em si, precisa de cuidado e especial atenção, pois é por meio de um certame licitatório probo que vários princípios regentes da administração pública poderão ser efetivados, a exemplo da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo, conforme o art. 3º da Lei 8.666/93. Assim sendo, é possível inferir que o combate a desvios concorrenciais já na fase licitatória representa mais uma tentativa de blindagem do processo a fim de manter incólume e justa a contratação empreendida após seu término.

A restrição à concorrência em licitações pode ter duas principais origens, a primeira seria derivada de ato da própria administração pública, por meio de seus agentes, quando da elaboração dos editais que estabelecem requisitos extremamente específicos e de difícil preenchimento pelo mercado como um todo. Esse tipo de conduta teria como objetivo o favorecimento de um concorrente específico que, sabidamente, seria o único a enquadrar-se nas exigências do certame. A Lei 8.666/93 se ocupa desse tipo de desvio por meio do seu art. 3º, §1º, I. No entanto, a conduta ora estudada não se configura como um acerto característico de cartel, resvalando muito mais em situações de corrupção no processo licitatório, tema sobre o qual o presente trabalho não se debruça.

A segunda origem do desvio concorrencial nas licitações públicas é o conluio propriamente dito, objeto apreciado pela Lei Antitruste e de competência dos órgãos antitruste do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Nessa situação, os agentes econômicos é que são responsáveis por caminhos alternativos que tenham por finalidade burlar a essência do instrumento licitatório, qual seja, adquirir bens, produtos e fornecer serviços por um preço mais baixo ao erário e com a melhor qualidade possível conforme os padrões estabelecidos.

A Portaria n.51/2009 da agora extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça foi editada com o intuito de fornecer critérios para análises de denúncias sobre possíveis infrações concorrenciais em licitações. Tal portaria designava a SDE e o CADE como autoridades capazes de empreender avaliação de condutas anticompetitivas em licitações (com a reformulação do SBDC, a competência passou a ser vinculada apenas ao CADE) sem que tenham por objetivo a averiguação, em si, do

instrumento licitatório, não investigando o mérito administrativo do processo, nem punindo órgãos do Poder Público quando do exercício do seu poder regulador, cabendo essa atribuição aos órgãos de controle interno, como os Tribunais de Contas ou Controladorias (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2009).

Desta forma, restaria ao CADE a aplicação da norma antitruste sobre os agentes econômicos e essa tarefa já seria, por si, bastante árdua. A relação entre os concorrentes de licitações é operada de maneiras cada vez mais elaboradas. Ao render explicações sobre as categorias tipológicas em que se enquadra o agir desses atores econômicos na violação concorrencial em licitações, a Portaria n. 51/2009 da SDE remete-se ao documento, de lavratura da OCDE, “Diretrizes para combater o Conluio entre Concorrentes em Contratações Públicas”, pode-se dizer que os cartéis em licitações podem acontecer conforme algumas categorias mais usuais: propostas fictas ou de cobertura; supressão de propostas; propostas rotativas ou rodízio e divisão do mercado (OCDE, 2009b). Segundo a Diretriz:

-Propostas Fictícias ou de Cobertura. As propostas fictícias, ou de cobertura (também designadas como complementares, de cortesia, figurativas, ou simbólicas) são a forma mais frequente de implementação dos esquemas de conluio entre concorrentes. Ocorre quando indivíduos ou empresas combinam submeter propostas que envolvem, pelo menos, um dos seguintes comportamentos: (1) Um dos concorrentes aceita apresentar uma proposta mais elevada do que a proposta do candidato escolhido, (2) Um concorrente apresenta uma proposta que já sabe de antemão que é demasiado elevada para ser aceita, ou (3) Um concorrente apresenta uma proposta que contém condições específicas que sabe de antemão que serão inaceitáveis para o comprador...

-Supressão de propostas. Os esquemas de supressão de propostas envolve acordos entre os concorrentes nos quais uma ou mais empresas estipulam abster-se de concorrer ou retiram uma proposta previamente apresentada para que a proposta do concorrente escolhido seja aceita...

-Propostas Rotativas ou Rodízio. Nos esquemas de propostas rotativas (ou rodízio), as empresas conspiradoras continuam a concorrer, mas combinam apresentar alternadamente a proposta vencedora (i.e. a proposta de valor mais baixo). A forma como os acordos de propostas rotativas são implementados pode variar...

-Divisão do Mercado. Os concorrentes definem os contornos do mercado e acordam em não concorrer para determinados clientes ou em áreas geográficas específicas... (OCDE, 2009b, p.3, negrito nossos)..

As propostas fictícias compõem a forma mais comum de estabelecimento de conluio entre empresas que integram cartéis em licitações, pois têm a aparência de concorrência. As condutas apontadas pela citada Diretriz da OCDE (2009b) no que concerne a esse tipo de cartel não são excludentes entre si. Um agente pode entregar uma proposta que abarque todos os três subtipos de ação apontados, pois pode oferecer

uma proposta que contenha preços altos demais para o certame, maiores do que os que foram ofertados pelo seu concorrente, além de ser possível que apresente, deliberadamente em sua oferta, vícios formais e materiais com o objetivo claro de ser desclassificado, desobedecendo aos critérios estabelecidos nos arts. 43 e 44 da Lei 8.666/93, além dos que podem ser estabelecidos se a modalidade for de pregão, nos ditames da Lei 10.520/02. As autoridades da concorrência teriam, assim, maior dificuldade de desqualificar o ambiente concorrencial que se apresenta no certame, cabendo-lhe esmiuçar materialmente cada proposta, a fim de comprovar a existência de propostas apenas *pro forma*.

A supressão de propostas, outro subtipo de ação passível de ser praticada pelas empresas em conluio licitatório, normalmente acontece quando há um acerto em relação à ausência de determinadas empresas na licitação, ou, quando aparecem, retiram suas propostas em prol de um determinado concorrente. Conforme Marco Ceccato (2012), é muito difícil que a ausência de uma empresa no certame seja suficiente para provar a existência de um acerto entre elas, existindo a certeza apenas quando da certeza de uma combinação anterior. O autor ainda lembra que, nas licitações, a proposta vincula o proponente, não sendo possível desistência depois da fase de habilitação, de acordo com suas palavras:

No que diz respeito à desistência de propostas no intercurso da licitação, devemos nos lembrar de que, tal como nos demais campos do direito, a proposta vincula o proponente. É dizer: o licitante que não honrar a proposta terá de sofrer as sanções legais pelo seu não cumprimento... Da interpretação do referido dispositivo, temos que o licitante goza de um direito potestativo de desistência até o momento da habilitação. (CECCATO, 2012, p. 22).

Em relação às propostas rotativas ou rodízio, percebe-se que ela guarda íntimo contato com a supressão de propostas e com as propostas fictícias, uma vez que um agente, ao estabelecer um acordo em que se retira da concorrência de uma licitação, facilmente será compensado com a vitória em outra. Além disso, a prática do rodízio também se dá quando as empresas entram em consenso prévio acerca de quem será o vencedor, alternando-se em todo o mercado licitatório. Também é possível que o rodízio se dê quando as empresas se alternam como vencedoras de licitações com um determinado órgão, estabelecendo a rotatividade e ordem em que cada uma delas contratará.

Quanto à divisão de mercado nos cartéis de licitações, percebe-se que o acordo entre os participantes se dá no sentido de cada um participar apenas de licitações que compreendam uma determinada região ou apenas para determinados clientes, atendendo a prioridades logísticas que cada empresa tenha. Por meio desse tipo de conduta, é gerada uma alternativa a fim de impedir o livre embate concorrencial entre os concorrentes.

Há ainda a Subcontratação, não mencionada na Diretriz da OCDE, mas extremamente relevante e muito empreendida nos cartéis de licitação. A subcontratação acontece quando concorrentes abstêm-se do certame com o intuito de serem contratados pelas empresas vencedoras. O vencedor, por sua vez, terá feito parte de uma licitação com limitado número de concorrentes e, em virtude disso, terá imposto ao erário uma contratação a preços maiores do que os razoáveis. O valor representado pelo preço excedente é repartido para as empresas subcontratadas. A subcontratação é possível, e legal, conforme o art. 72 da Lei 8.666/93 em relações a partes da obra, serviço ou fornecimento, até certo limite fixado pelo edital. No entanto, a subcontratação velada é que figura como elemento caracterizador do cartel, segundo Marcos Ceccato:

Ocorrerá cartel quando a subcontratação for *velada*, escondida, isto é, quando apenas uma empresa figurar formalmente como contratada do órgão público, mas outras, sem nenhum vínculo com a administração colaborarem para o adimplemento da prestação. Os possíveis motivos para isso seriam tanto a impossibilidade de apenas uma das empresas, isoladamente, cumprir o contrato quanto pelas facilidades logísticas que podem resultar dessa subcontratação. Note-se que a subcontratação velada pode ser mais comumente observada nos contratos de fornecimento de bens, uma vez que pouco importa a identidade da empresa, conquanto sejam as mercadorias oferecidas regularmente. (CECCATO, 2012, p.23).

A vinculação da subcontratação velada com ilícitos também se dá pelo fato de que os contratos firmados pela Administração Pública são realizados *intuitu personae*, em atenção à figura do vencedor do processo licitatório, cumpridor de todas as exigências técnicas e qualitativas impostas pelo certame. Convém ressaltar, no entanto, que esses contratos não são personalíssimos.

Outro ponto de relevo interessante é o fato das subcontratações poderem ser utilizadas como um meio de reintroduzir no mercado algumas empresas suspensas de contratar com a Administração Pública, posto que inidôneas (CECCATO, 2012).

Alguns fatores são indicados pelo próprio Ministério da Justiça (2008) como sinais que podem servir de alerta ao mercado, no intuito de indicar a existência de cartéis em licitação, são eles:

- As propostas apresentadas possuem redação semelhante ou os mesmos erros e rasuras.
- Certos fornecedores desistem, inesperadamente, de participar da licitação.
- Há empresas que, apesar de qualificadas para a licitação, não costumam apresentar propostas a um determinado órgão, embora o façam para outro.
- Existe um padrão claro de rodízio entre os vencedores das licitações.
- Existe uma margem de preço estranha e pouco racional entre a proposta vencedora e as outras propostas.
- Alguns licitantes apresentam preços muito diferentes nas diversas licitações que participam, apesar de o objeto e as características desses certames serem parecidos.
- O valor das propostas se reduz significativamente quando um novo concorrente entra no processo (provavelmente não integrante do cartel).
- Um determinado concorrente vence muitas licitações que possuem a mesma característica ou se referem a um tipo especial de contratação.
- Existe um concorrente que sempre oferece propostas, apesar de nunca vencer as licitações.
- Licitantes vencedores sub-contratam concorrentes que participaram do certame.
- Licitantes que teriam condições de participar isoladamente do certame apresentam propostas em consórcio. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2008, p. 11).

Como se pode ver, o rol exemplificativo que o guia o Ministério da Justiça (2009) aponta compreende ações que são típicas de algumas das várias formas que foram apresentadas aqui como facetas dos cartéis em licitações. Assim, um alerta sobre concorrentes que apresentam propostas que nunca resultam vencedoras pode ser, por exemplo, um indício das mencionadas “propostas fictícias”. Também é feito alerta sobre como seriam operados e como identificar rodízios, fixação de preços e subcontratações.

A OCDE (2009b), em suas “Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas”, faz alguns apontamentos que servem como recomendações comportamentais aos agentes públicos quando da preparação de um processo licitatório que efetive, genuinamente, a concorrência entre os licitantes. Entre essas condutas, encontram-se: fazer levantamentos que investiguem as características do mercado em que serão lançadas as licitações, a fim de identificar movimentos e peculiaridades que possam afetar a competitividade entre os agentes; amealhar informações acerca dos possíveis fornecedores a serem contratados no certame, averiguando seus produtos, preços e custos, comparativamente às contratações empreendidas por eles quando em operação no setor privado; ter ciência a respeito das últimas alterações de preços, investigando a política de preço adotada por mercados

vizinhos, assim como a viabilidade de substituição dos produtos por outras alternativas; colaborar com outros setores públicos que possam se interessar na aquisição dos mesmos produtos, além de promover o intercâmbio de experiências entre agentes que tenham recentemente adquirido os mesmos produtos, no intuito de melhor compreender o mercado relevante e sua atuação; recorrer, apenas com garantias de confidencialidade, a consultores externos que possam estimar preços e custos envolvidos na operação.

Alguns pontos sensíveis são colocados pela OCDE como norte para que os editais de licitação não se encontrem como *locus* favorável ao aparecimento de colusões:

- Evitar restrições supérfluas que possam reduzir o número de concorrentes qualificados, estabelecendo requisitos mínimos proporcionais à dimensão e ao conteúdo do contrato e não impondo condições mínimas que criem obstáculos à participação no certame...
- Não esquecer que a exigência de garantias monetárias elevadas como condição para concorrer pode impedir que os pequenos concorrentes, que de outra forma estariam qualificados, apresentem propostas...
- Sempre que possível, reduzir as limitações à participação estrangeira nos concursos.
- Na medida do possível, qualificar os concorrentes durante o processo de contratação pública, de forma a evitar grupos pré-qualificados e aumentar a incerteza entre as empresas quanto ao número e identidade dos concorrentes...
- Reduzir os custos de preparação da proposta, o que pode ser atingido de várias formas...
- Sempre que possível, permitir propostas por lotes ou bens no âmbito do contrato, ou a combinação de ambas, em vez de aceitar apenas propostas sobre o contrato no seu todo...
- Não desqualificar concorrentes de contratações futuras ou retirá-los imediatamente de uma lista de concorrentes se não tiverem conseguido apresentar uma proposta num certame recente.
- Ser flexível em relação ao número de empresas às quais se solicita uma proposta... (OCDE, 2009b, p.7).

A partir da análise feita até aqui, convém pensar quais instrumentos e mecanismos a serem utilizados, além das indicações já apresentadas, a fim de que sejam estabelecidas licitações probas e realmente competitivas. A implementação de novas categorias como *E-procurement*, já comumente utilizado pelo setor privado, que propõe um paradigma diferente de contratação, baseado em plataformas digitais de operacionalização, cortando etapas sensíveis em que pode haver concertos entre agentes públicos e de mercado, dotando a Administração Pública de meios cada vez mais efetivos de combate aos cartéis em licitação. Além dele, pode ser citado o *Certificate of Independent Bid Determination (CIBD)*, adotado por algumas esferas de jurisdição em países estrangeiros. Para ter acesso ao CIBD e, por conseguinte, ao processo licitatório,

empresa deverá garantir não ter feito e comprometer-se a não fazer nenhuma comunicação com seus concorrentes, no intuito de macular a lisura concorrencial do certame, além de poder ser obrigada a abrir mão de todos os seus canais de comunicação com outros competidores integrantes do certame.

Houve a tentativa de introdução do CIBD no Brasil, por meio do PL 5.506/09, de autoria do Deputado Eduardo Valverde (PT/RO). O PL 5.506/09 pretendia introduzir no País a “Declaração de Propósito Independente”, por meio de emenda ao texto do art.6º da Lei 8.666/93. A “Declaração de Propósito Independente” integraria o rol de documentos exigidos para a habilitação e consistiria no atestado oferecido pela própria empresa de comprometimento de não comunicação com os demais concorrentes, sendo-lhe aplicada pena em dobro em caso de descumprimento. O mencionado Projeto de Lei foi arquivado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados em 31/01/2011.

No entanto, independentemente da aprovação do Projeto de Lei, a já mencionada Portaria n.51/09 da SDE, sem necessitar modificar nenhum dispositivo legal como pretendia o PL 5.506/09, estabeleceu um modelo da ali chamada “Declaração de Elaboração Independente de Proposta”, sendo utilizada pela Administração Pública Federal, por meio do Sistema de Serviços Gerais (SISG), até os dias atuais.

Nota-se que, tanto a Portaria da SDE quanto o PL 5.506 datam do mesmo ano – 2009 – e essa coincidência é resultante da tentativa nacional de alinhamento à orientação da OCDE constante no, já citado, documento “*Collusion and corruption in public procurement*” de 2009 em que se verifica a recomendação da CIBD, entre outros mecanismos:

In addition to enforcement of the general competition law, criminal justice provisions and any public procurement rules, there exist a variety of methods by which integrity of the public procurement process, specifically, might be protected or improved. Such mechanisms include:

Opening national markets to international competition... Redesign of the procurement process... E-procurement...Certificates of Independent Bid Determination (CIBD)... Education... Data analysis tools... Specialised review mechanisms for public contract awards...Auditing... (OCDE, 2009a, p.12, *itálico no original*)³.

³Além da aplicação do direito da concorrência geral, as disposições penais e quaisquer regras de contratação pública, existe uma variedade de métodos por meio dos quais a integridade do processo licitatório, especificamente, pode ser protegido ou melhorado. Estes mecanismos incluem:

A abertura dos mercados nacionais à concorrência internacional ... Redesenho do processo licitatório... E-procurement... Declaração de Elaboração Independente de Proposta... Educação... Ferramentas de análise de dados... Mecanismos de revisão especializada para as adjudicações de contratos públicos... Auditoria ...(*tradução livre*)

Por fim, vale a pena a menção, breve, de três casos emblemáticos de cartéis em licitações desbaratados pela autoridade antitruste nacional ao longo dos últimos anos. O primeiro a ser citado é o Caso Rio Madeira.

A SDE do Ministério da Justiça investigou, em sede administrativa, os acordos de exclusividade realizados pela Construtora Norberto Odebrecht com os fornecedores de turbinas e geradores, em 2007, quando da concorrência para a concessão das Usinas do Complexo do Rio Madeira (Usinas de Santo Antônio e Jirau). Por meio do contrato de exclusividade, os demais concorrentes não teriam acesso a condições materiais básicas para competir. Assim, a SDE ingressou com medida preventiva e suspendeu a validade das cláusulas de exclusividade. A Construtora Norberto Odebrecht assinou um Termo de Compromisso de Cessação de Prática (TCC) com o CADE em 27 de outubro de 2007, permitindo, dessa forma, que a concorrência fosse preservada durante o processo. A concessão da hidrelétrica de Santo Antônio contou, graças à ação dos órgãos antitruste, com um deságio de 35, 4% em relação ao preço teto para cada Megawatt-hora (MWh) (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2008).

O segundo caso a ser reportado é o do Cartel das Britas. Por meio de denúncia da possível existência de um cartel entre empresas de pedra britada - importante insumo na indústria de construção civil - da Região Metropolitana de São Paulo, a SDE, em parceria com o Ministério Público do Estado de São Paulo, investigou a existência de fixação de preços, alocação de consumidores, restrição da produção e fraude a licitações praticadas por essas empresas. O Cartel das Britas marcou a primeira vez em que ocorreu uma operação de busca e apreensão em investigação de cartéis no País. O processo administrativo foi instalado em julho de 2003, tendo a SDE concluído a investigação em 2004. Foi estabelecido que 18 empresas deveriam ser condenadas, além do Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo (Sindipedras). As multas aplicadas pelo CADE, em 2005, variaram entre 15 a 20% (em atenção às peculiaridades de atuação de cada agente no cartel) do orçamento bruto do ano de 2001 (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2008).

O último caso a ser mencionado é o famoso caso do Cartel dos Vigilantes. O conluio relatado no Processo Administrativo n. 08012.001826/2003-10 se dava no Rio Grande do Sul e tinha como objetivo fraudar licitações da Superintendência Regional da

Receita Federal do Rio Grande do Sul e da Secretaria Municipal de Saúde de Porto Alegre que tinham por objeto a contratação de serviços de vigilância. Em 2003, a autoridade antitruste foi levada ao conhecimento do cartel por meio de denúncia feita por um dos membros. Eram realizadas reuniões semanais para que organizassem a dinâmica de participação nas contratações públicas. Um total de, aproximadamente, 80 pessoas foram envolvidas e as buscas e apreensões foram realizadas em 4 empresas e 2 associações de classe envolvidas. A decisão do CADE veio em 2007 e as multas aplicadas aos 16 agentes giraram entre 15 e 20% por faturamento bruto do ano de 2002. O total de multas ultrapassou R\$ 40 milhões. A persecução investigativa desse cartel foi completamente viabilizada por meio da denúncia feita por um integrante. Essa denúncia se enquadrou por completo em todos os requisitos necessários para a validação de um Acordo de Leniência e, por essa razão, a denunciante teve a seu favor a não aplicação de sanções administrativas e a extinção da punibilidade criminal pela prática de ilícito contra a ordem econômica (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2008). Por meio do citado exemplo, introduz-se o objeto central do próximo capítulo, qual seja, o Acordo de Leniência.

4 O ACORDO DE LENIÊNCIA E SEUS DESDOBRAMENTOS CONCEITUAIS E PRÁTICOS

O presente capítulo tem por intuito promover uma análise legislativa, processual e doutrinária acerca do instituto do Acordo de Leniência. Serão analisados os dispositivos da Lei 12.529/11 que versam sobre o assunto, ajudando a ser traçado o caminho percorrido até a celebração e julgamento do Acordo. Será também apresentado um exemplo ilustrativo de Histórico da Conduta num Acordo de Leniência. Também será comentada a experiência internacional quanto à aplicabilidade do Acordo. Por fim, o capítulo não olvidará de reflexões críticas acerca os reflexos penais oriundos do instituto.

4.1 CONCEITUAÇÃO E ASPECTOS DOUTRINÁRIOS RELEVANTES

O primeiro Acordo de Leniência no Brasil se deu no âmbito do mencionado Cartel dos Vigilantes do Rio Grande do Sul, em 2003, cuja decisão condenatória junto ao CADE data de 2007. Os Acordos de Leniência, como já mencionado em capítulo anterior, são pactuados entre um agente integrante de um cartel e a autoridade antitruste. Eles têm por intuito a suavização ou a eliminação das penas (em sede administrativa e criminal) que seriam aplicadas ao denunciante em troca de informações capazes de auxiliar as investigações que venham a desbaratar o cartel. Nesse sentido é o entendimento de João Grandino Rodas (2007),

Acordos de leniência são aqueles firmados entre um integrante-delator do cartel e a autoridade antitruste com vistas a reduzir ou afastar as sanções que seriam aplicadas ao primeiro em troca de cooperação nas investigações. O objetivo é criar um incentivo para a delação, aproveitando-se da instabilidade inerente aos cartéis. (RODAS, 2007, p.22).

Ainda sobre o que venha a ser entendido como natureza conceitual do Acordo de Leniência, Ibrahim Acácio Espírito Sobral (2001) apresenta um conceito bastante esclarecedor acerca do Acordo, a partir da origem terminológica do termo “Leniência”,

A palavra leniência, sinônimo de lenidade (do latim *lenitate*), significa brandura, suavidade, doçura, ou mansidão. Transpondo a definição para a seara do Direito Concorrencial, leniência pode ser vista como qualquer sanção ou obrigação que seja considerada menos severa que aquela exigida

na falta de uma cooperação plena e voluntária. Quando os cartéis estiverem sujeitos a sanções criminais, a leniência normalmente adquirirá a forma de concessão de imunidade do processo criminal, mas independente disso, a leniência geralmente adquirirá também a forma de redução de multas no âmbito do processo administrativo em trâmite perante o órgão de defesa da concorrência. (SOBRAL, 2001, p.131).

Com o intuito de também fornecer um apanhado conceitual acerca do Acordo de Leniência, Ana Paula Martinez leciona que:

Posto de forma simples, o acordo de leniência garante imunidade nas esferas administrativa e criminal para aquele que for o primeiro a delatar infração à ordem econômica que não era de conhecimento das autoridades e cooperar com investigação que resulte em punição aos demais envolvidos na infração. (MARTINEZ, 2013, p.257-258).

Eduardo Gaban e Juliana Domingues também apontam o Acordo de Leniência como importante instrumento para a detecção de cartéis,

Deste modo, para encorajar um participante de um cartel a confessar e indicar os demais participantes em primeira-mão, oferecer evidências maiores sobre as reuniões e comunicações clandestinas, a leniência é um importante instrumento: as agências podem prometer uma multa menor, uma pena mais branda, ou o perdão completo. Importa destacar que o acordo de leniência deve ser visto como um elemento adicional à tradicional lógica funcional da sanção, no prisma do sistema jurídico, a qual caracteriza um incentivo negativo à ação ilícita (ou avessa à norma dispositiva) por parte dos agentes privados. (GABAN; DOMINGUES, 2009, p. 280).

No mesmo sentido, Rosenberg, Berardo e Exposto Júnior se inclinam ao reconhecimento da relevância do Acordo de Leniência, ocupando-se também em conceitua-lo e ressaltando o caráter de instabilidade nos cartéis introduzido pela aplicação da Leniência, uma vez que passa a ser possível que qualquer integrante do cartel o denuncie e se mantenha incólume quanto às punições que recairiam sobre si:

Além disso, é imprescindível destacar a importância dos acordos de leniência nas investigações de cartéis, instrumento esse usado em diversas jurisdições, inclusive no Brasil. Trata-se de uma espécie de delação premiada, por meio da qual é garantido àquele membro do cartel que denuncie a sua existência algum tipo de benefício na investigação – seja a redução ou isenção total da penalidade aplicável. Esses acordos representam uma oportunidade de uma empresa cessar uma prática ilegal sem incorrer em quaisquer penalidades ou tê-las sobremaneira reduzidas. Na prática, os Acordos de Leniência têm sido considerados como fator de desestabilização do cartel, na medida em que criam incentivos para empresas eliminarem seu risco de punição. (ROSENBERG; BERARDO; EXPOSTO JÚNIOR, 2009, p.136-137).

Convém também situar o Acordo de Leniência no âmbito daquilo que vem sendo chamado de Direito Premial. Essa característica não remonta isoladamente ao campo analítico específico do Acordo de Leniência, ela se estende ao Direito Econômico como um todo, tendo em vista a peculiaridade das sanções que aplica. Pode-

se dizer que as sanções do Direito Econômico são carregadas de um caráter positivo, implicando num estímulo à atividade privada com vistas à realização da política econômica desejada. (CORDOVIL, 2004). O desejo pelo prêmio ou o receio da pena é que se encarregam de estimular ou reprimir uma ação e isso é o que pode ser percebido com bastante clareza em relação ao Acordo de Leniência, uma vez que, por meio da extinção ou abrandamento das sanções que seriam aplicadas ao signatário, promove paradigmas de Política Econômica, no sentido de desbaratar os cartéis e implementar de maneira mais eficaz a defesa da concorrência no País.

O Acordo de Leniência agrega em torno de si a responsabilidade de ser um dos principais meios de que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência dispõe para esfacelar os cartéis, infrações tidas como as mais graves violações da livre concorrência. Assim, a relevância da implementação efetiva do Acordo de Leniência não reside apenas no fato de ser importante dar cumprimento a um mecanismo acessório que a legislação põe à disposição das autoridades antitruste nacionais para a averiguação dos cartéis, ao contrário, o Acordo já é entendido como instrumento vital para que a Defesa da Concorrência incremente suas forças investigativas e realize plenamente seus intentos punitivos.

Os cartéis têm como uma de suas características principais a sigilosidade e as empresas que os integram se armam de métodos bastante encriptados e de difícil acesso aos investigadores. Nesse sentido, Maíra Salomi (2012) atrela a gênese do Acordo ao momento em que a sofisticação levada a efeito pela prática dos cartéis se mostrou tão rebuscada que forçou as autoridades antitruste a adotarem ações mais efetivas em seu combate,

Mesmo com o aumento de sanções e adoção de práticas de inspeção e busca e apreensão (*dawn raids*), os cartéis continuavam difíceis de detectar e investigar sem a cooperação dos próprios participantes da conduta, dado o seu caráter sigiloso e fraudulento, exigindo-se dos órgãos de defesa da concorrência mecanismos capazes de desestruturar internamente o cartel de modo que a prática viesse a público. Assim surgiu- não só no Brasil, mas em um número expressivo de jurisdições [...] - o Programa de Leniência. (SALOMI, 2012, p. 127-128).

Desta forma, é perceptível que, do ponto de vista da doutrina da concorrência, o conceito de Acordo de Leniência transita sem muitos embaraços de concepção, rumando à descrição do instituto como um auxiliar da repressão aos cartéis que consiste na possibilidade de um agente firmar cooperação com os órgãos de defesa da

concorrência a fim de fornecer provas e detalhes acerca da existência e operacionalização do cartel que ela – a empresa denunciante –, confessamente, participa.

Um Programa de Leniência - conjunto de ações antitruste que abarca o Acordo de Leniência – é entendido como eficaz quando reúne em si algumas características. O nível das sanções; o receio de descoberta; a incerteza da conduta do concorrente integrante do acordo; e a transparência na aplicação do programa são os quatro pilares sobre os quais um bom programa de leniência deverá se sustentar (RODAS, 2007).

Sanções mais severas levarão a um maior receio por parte dos agentes em integrar um conjunto de ações capazes de lesar a ordem econômica. Sabe-se que um sistema de defesa da concorrência que imponha sanções penais aos indivíduos pela prática de cartéis é mais interessante aos olhos dos agentes do que os que apenas ofereçam punições administrativas pela violação de regras da concorrência. No entanto, cabe ressaltar que o tratamento administrativo dos desvios contra a ordem econômica também poderá surtir efeito considerável quando as multas aplicadas forem de grande monta, implicando em comprometimento significativo dos lucros amealhados pelo cartel, esse é o entendimento de Ribeiro e Novis (2010):

É ponto pacífico que a atratividade da leniência é maior nos países em que o cartel é tipificado como infração criminal. Isso não quer dizer, contudo, que naqueles outros em que tal conduta configura apenas infração administrativa não se possa ter êxito em programas de leniência. Esse resultado dependerá diretamente do rigor das penas pecuniárias aplicadas, que devem ser calculadas de modo a efetivamente superar as vantagens econômicas auferidas pelos membros do cartel. (RIBEIRO; NOVIS, 2010, p. 156).

Outra ressalva deve ser comentada e se refere ao fato de nos Acordos de Leniência não existir a previsão de imunidades cíveis, ficando o signatário passível de ações de indenização pelas consequências nefastas do cartel. Por essa razão, é bastante relevante que se preservem as declarações proferidas sob o manto da sigilosidade, a fim de proteger a figura do proponente frente a terceiros que poderiam obter provas e, assim, substancializar uma ação contra todos os membros do cartel, sem excetuar, inclusive, o proponente do Acordo (RIBEIRO; NOVIS, 2010).

O receio da descoberta implica na visualização, por parte do agente, da possibilidade real de vir a ser pego quando da prática da conduta ilícita e marcha *pari passu* com a aplicação de penas severas, uma vez que ambos podem ser apontados como sinal de um sistema de defesa da concorrência sólido e eficiente.

É preciso, também, que o programa de leniência tenha regras claras e seja aplicado de forma transparente, pois clareza e objetividade propiciam um incremento na sensação de segurança que o agente terá quando decidir procurar as autoridades antitruste a fim de confessar o ilícito, sabendo de antemão a extensão dos efeitos de seus atos e a imbricada teia de consequências que será derivada de seu intento, sem que sinta risco de ser vítima de alguma arbitrariedade proveniente da aplicação obscura das regras pelas autoridades da concorrência (RODAS, 2007).

4.2 PREVISÃO LEGAL E REGRAS DE PROCEDIBILIDADE

O Acordo se encontra disciplinado pela Lei 12.529/11 e conta com outros dispositivos que auxiliam a formar o panorama geral de sua procedibilidade, a exemplo do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (RiCADE).

O art. 86 se encarrega de introduzir a disposição legal do Acordo de Leniência na Lei 12.529/11, dotando a Superintendência-Geral do CADE da competência para a sua celebração, com vistas à extinção da ação punitiva na via administrativa (ou a redução de um a dois terços das penas a serem aplicáveis) que venha a recair sobre pessoas físicas ou jurídicas que praticarem infrações contra a ordem econômica. Conforme o art. 86, I e II da Lei 12.529/11, da colaboração empreendida pelo Acordo deve resultar a identificação dos demais agentes envolvidos na infração e a obtenção de provas e informações suficientes para compor e instruir materialmente as investigações. O proponente (pessoa física ou jurídica – empresa ou grupo econômico) deverá alinhar a sua denúncia de forma a responder detalhadamente quatro perguntas-base : “O quê?”; “Quem?”; “Onde?”; “Quando?”

Convém fazer ressaltar ao fato de que a possibilidade de uma denúncia feita por uma empresa, que tenha por intuito garantir para si as benesses legais por tal delação, implica na existência de outros agentes a serem denunciados e implicados na conduta, agentes esses que não poderão contar com isenções punitivas. Ou seja, apesar do art. 86 não dar nome às infrações que está a disciplinar, percebe-se que a denúncia ali prevista impõe a necessidade de existência de mais de um autor na infração, tratando,

claramente, de casos de cartel. A implementação do Acordo de Leniência, de fato, tem o cartel como seu objeto essencial de enfrentamento.

No entanto, há, ainda, dúvidas quanto à possibilidade de fechamento de Acordo de Leniência em casos de cartéis *interna corporis*, ou seja, aqueles em que os agentes pertencem a um mesmo grupo econômico. A resposta a esse questionamento parece ser dada por meio da própria técnica legislativa utilizada na redação do art. 86 da Lei Antitruste, pois implica em atos realizados por agentes estranhos ao denunciante, visto que, se denunciados integrantes do seu próprio grupo econômico, as punições seriam respondidas de forma solidária, inviabilizando a Leniência. Além disso, é difícil a tarefa de identificar cartéis *interna corporis*, visto participarem de um mesmo conglomerado empresarial e suas ações, ainda que prejudiciais a outros braços da sociedade, beneficiariam o grupo como um todo, fortalecendo-o de alguma maneira (TAUFICK, 2012).

Alguns requisitos são necessários para que o Acordo seja positivamente celebrado, são eles: a empresa precisa ser a primeira a se qualificar para a denúncia atinente à infração em análise; é necessário que a empresa confesse sua participação no ilícito e cesse seu envolvimento a partir da data de propositura do acordo, cooperando plenamente com a Superintendência-Geral do CADE para a obtenção de todas as provas necessárias; a Superintendência-Geral não poderá possuir provas suficientemente capazes de condenar a empresa ou pessoa física quando do oferecimento do acordo. Esses requisitos são apontados pelo art. 86, §1º, I, II, III e IV da Lei 12.529/11 e deverão ser observados de forma cumulativa e não alternadamente.

A reforma feita na Lei Antitruste, que implicou na revogação da Lei 8.884/94 pela Lei 12.529/11 trouxe também uma alteração nos critérios impostos para o Acordo. O art. 35-B, §1º da Lei 8.884/94 acrescentava ao rol apontado, a impossibilidade de o Acordo ser apresentado pelas empresas ou pessoas físicas que estivessem à frente da infração. A Lei 12.529/11, por sua vez, revogou essa exigência, pois é de extrema dificuldade a comprovação de qual agente é o líder de um cartel, posto que as atribuições e *modus operandi* dos cartéis são cada vez mais sofisticados e o fato de que uma empresa venha, por exemplo, a arquivar os dados do cartel não seria suficiente para apontá-la como líder. Os líderes também seriam os agentes que, possivelmente,

deteriam a maior quantidade de provas e de capacidade colaborativa a oferecer ao CADE.

Houve um juízo de ponderação entre concepções distintas que implicavam em tratamentos diametralmente opostos quanto a essa matéria. A primeira posição, defendida – como visto - pela antiga Lei da Concorrência, é a da impossibilidade de Acordo com os líderes do cartel, em virtude de ser inviável e injusto tratar mais brandamente o agente que deu causa e encabeçou o cartel. A segunda posição é a que se encontra em vigência após ter sido adotada pela Nova Lei que, em louvor da maior praticidade e do incremento da capacidade investigativa dos órgãos antitruste, decidiu estender a todos – inclusive os líderes - a possibilidade de pactuar um Acordo de Leniência. Esse é o entendimento do Ex-Conselheiro do CADE César Mattos ao tratar das alterações a serem introduzidas pelo Projeto de Lei que viria a se consolidar como a Lei 12.529/11, quando da vigência, ainda, da Lei 8.884/94:

Primeiro, na Lei atual, os líderes do cartel nunca poderiam fazer parte de acordo de leniência. A idéia é de que o líder do arranjo não pode ser menos penalizado do que os outros, até como forma de sinalizar a disposição da autoridade em não atenuar penas para quem organizou o arranjo. Há, entretanto, problemas com tal abordagem. Primeiro, há muitas vezes dificuldade em se inferir quem é o líder. Segundo, é possível que aquele que porventura seja considerado o líder seja aquele com mais informações disponíveis para a autoridade. A desconsideração desses potenciais lenientes pode fazer toda diferença no que diz respeito à condenação do cartel [...] Tais aperfeiçoamentos geram mais incentivos à adesão ao programa, incrementando a política de combate a cartéis. (MATTOS, César. 2009, p171)

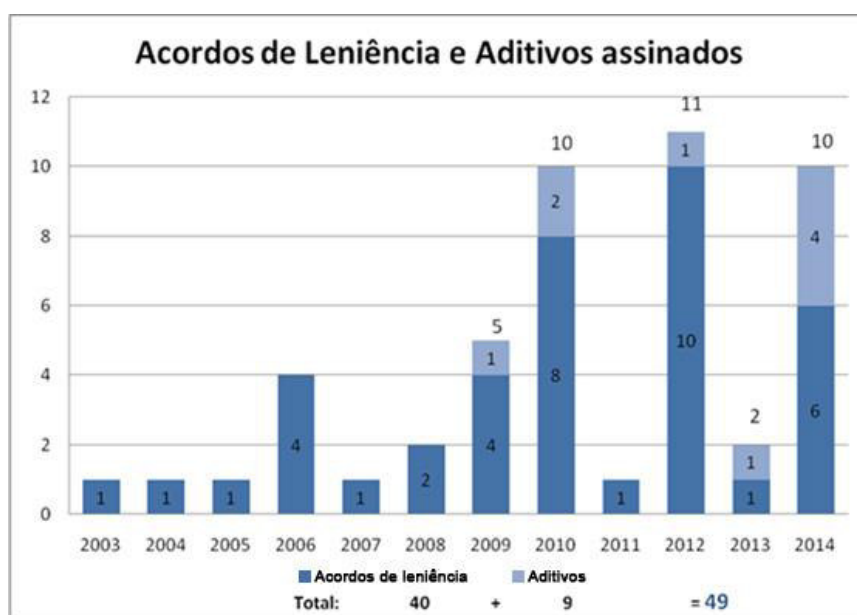
Assim, restam aplicáveis, apenas os requisitos apresentados pelo art. 86, I, II, III e IV, quais sejam: a) ser a primeira a denunciar; b) cessar a participação; c) inexistência de provas na SG/CADE e d) confissão de participação no ilícito.

Caso a Superintendência-Geral já tenha conhecimento da conduta alvo da denúncia, haverá a redução de um a dois terços das penas aplicáveis. A SG deverá utilizar o art. 45 da Lei 12.529/11 quando da gradação das penas e a definição do percentual de redução a que o agente faz jus. O mencionado art. 45 apresenta, em seus incisos, algumas circunstâncias que devem ser observadas na aplicação das penas, entre eles, a boa-fé do infrator; os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; a reincidência, entre outros. Convém que a Superintendência-Geral aponte, na assinatura do Acordo, qual o percentual de redução das sanções que pretende pugnar, a fim de garantir transparência a todo processo, além

de propiciar ao signatário um último juízo de ponderação, pois analisará se, diante da redução proposta, vale ou não a pena assinar o Acordo (MARTINEZ, 2013).

Vale mencionar que o número de Acordos de Leniência celebrados pelo CADE tem sido cada vez mais crescente e que o Programa de Leniência brasileiro é tido como um sucesso. No ano de 2014, por exemplo, foram celebrados 6 novos acordos e 4 aditivos e a tendência é que 2015 supere consideravelmente a quantidade de 2014.

Figura 1: Quantidade de Acordos de Leniência assinados (fonte: site CADE)



A fim de aparar ainda mais as arestas em relação ao caráter positivo do Acordo, a Lei 12.529/11 estabeleceu que, caso a Superintendência-Geral já possua informações e provas em relação à conduta denunciada, ficando a seu critério da redução no intervalo de um a dois terços, deverá escolher a redução que implique numa pena final não superior a menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, conforme o art.86, §5°. Vale salientar que o descumprimento do Acordo levará o signatário a três anos sem poder celebrar novo acordo.

4.3 O SISTEMA DE SENHAS (*MARKER SYSTEM*)

Em consideração aos requisitos, a serem cumpridos pelos denunciante, tem-se que o CADE firmará acordo com o primeiro a se dirigir à Superintendência-Geral ou seu Gabinete em busca do benefício. Ressalte-se, apenas com o primeiro.

Disso advém a percepção de que o Acordo de Leniência leva a uma lógica que acoberta e beneficia apenas o agente que primeiro decidir se desvencilhar da dinâmica de infrações empreendidas pelo cartel. A exigência levou a autoridade antitruste ao estabelecimento do chamado programa de senhas – *marker system*.

O Regimento Interno do CADE (RiCADE) traz o regramento especificado do sistema de senhas. Conforme seu art.192, pode ser que o proponente não detenha a integralidade das provas a serem oferecidas à autoridade, sendo-lhe possível solicitar – por escrito ou oralmente - à Superintendência-Geral do CADE uma declaração que registre ter sido ele o primeiro a comparecer diante do órgão no intuito de denunciar determinada infração. A SG terá 3 dias para emitir a declaração e o proponente terá até 30 dias, a partir da declaração, para propor o Acordo de Leniência devidamente instruído. Essa é a disposição do art. 192 *in verbis*:

Art. 192. O proponente que ainda não estiver de posse de todas as informações e documentos necessários para formalizar uma proposta de acordo de leniência poderá se apresentar à Superintendência-Geral e requerer, na forma oral ou escrita, uma declaração da Superintendência-Geral que ateste ter sido o proponente o primeiro a comparecer perante àquele órgão em relação a uma determinada infração a ser noticiada ou sob investigação.

§1º Para obter a declaração da Superintendência-Geral, o proponente deverá informar sua qualificação completa, os outros autores conhecidos da infração a ser noticiada, os produtos ou serviços afetados, a área geográfica afetada e, quando possível, a duração estimada da infração noticiada.

§2º Após fornecidas as informações referidas no §1º, a Superintendência-Geral emitirá a declaração no prazo máximo de 3 (três) dias.

§3º Na declaração, será indicado o prazo, não superior a 30 (trinta) dias, para que o proponente apresente, se for o caso, proposta de acordo de leniência à Superintendência-Geral. (RiCADE, 2012, p.59).

Ainda sobre o sistema de senhas, a cartilha “Combate a Cartéis e Programa de Leniência” do CADE explica, de forma didática, as regras atinentes ao “*marker system*” à luz da Lei 8.884/94 que, no entanto, permaneceram inalteradas com o advento da Lei 12.529/11 (exceto a competência que passou da SDE para a Superintendência-Geral do CADE):

A SDE pode conceder uma senha (“*marker system*”) para proteger a posição de um candidato na “fila” para o Acordo de Leniência por um período de não

mais de 30 dias, de modo a lhe permitir que obtenha as informações e provas necessárias sobre a conduta denunciada. Para se habilitar à senha, o candidato deve fornecer à SDE informações a respeito de seu nome e endereço, os co-partícipes do cartel (“quem”), os bens e locais afetados (“o quê” e “onde”) e, se possível a duração estimada do cartel (“quando”). O candidato deve informar também sobre outras propostas de Acordo de Leniência sobre a mesma prática apresentadas a outras jurisdições. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2009b, p.21).

A OCDE lançou, no fim de 2014, um documento chamado “*The use of markers in leniency programmes*”, nesse relatório é apresentado um panorama geral acerca da utilização do sistema de senhas pelos programas de leniência de diversos países do mundo, mostrando ser ele atrelado ao programa de leniência em mais de 56 países, incluindo 34 membros da OCDE e União Europeia, além de outros 24 países. De acordo com a OCDE:

Marker systems are a rather recente development and have been introduced in most leniency programmes only in the last 5-10 years. They spur the ‘race to contact the competition agency’ by reducing the initial barriers to entry into the leniency programme and by providing transparency and predictability to parties as to their potential leniency status. They are not necessarily a way to ensure that the agency obtains more or better information about the cartel, although the fact that applicants have a short but reasonable timeframe for perfecting their application ensures that applications are better substantiated and avoids incomplete and sketchy applications. (OCDE, 2014, p12) ⁴.

Assim, vê-se que o sistema de senhas é importante, pois incentiva os agentes participantes no conluio a procurar as autoridades antitruste para obter o primeiro lugar na fila de denúncia. Ainda, por meio do sistema de senhas, é possível que as propostas de Acordo de Leniência sejam melhor materializadas, uma vez que a “senha” possibilita o lapso de até 30 dias para melhor instrução e para o fornecimento mais aprimorado de documentos e informações, sem que o agente perca seu lugar e o privilégio de ter sido o primeiro a denunciar.

No entanto, os 30 dias não compõem uma regra aplicável a todas as jurisdições em que o sistema de senhas é verificado. A OCDE fez levantamento acerca dos principais intervalos concedidos por programas de leniência em diversos países do mundo:

⁴ Sistemas de senha são uma evolução bastante recente e foram introduzidos na maioria dos programas de leniência só nos últimos 5-10 anos. Eles estimulam a ‘corrida para entrar em contato com a agência de concorrência’, reduzindo as barreiras iniciais para entrada no programa de leniência e proporcionando transparência e previsibilidade às partes quanto ao seu status de potencial perdão. Eles não são, necessariamente, uma forma de garantir que a agência obtenha mais ou melhores informações sobre o cartel, embora o fato dos candidatos terem um prazo curto, mas razoável, para aperfeiçoar sua proposta assegurar que as propostas são melhor fundamentadas, evitando propostas incompletas e esboçadas (tradução livre).

Agencies generally grant a period of time for the applicant who has successfully obtained a marker to complete their leniency application. Many agencies set this time frame on a case-by-case basis; whereas other provide a set time-frame or at least provide directional guidance on what “normal” or “usual” timeframe would be. This is summarised below:

- . **Case-by-case:** Belgium, Bulgaria, Colombia Croatia, Cyprus, Czech Republic, EU, Finland, Greece, Hungary, Ireland, Italy, Latvia, Mexico Netherlands, Norway, Poland, Romania, Singapore, Slovak Republic, Slovenia, South Africa, Switzerland, Chinese Taipei, United Kingdom;
- . **2 weeks:** Japan, Sweden;
- . **15 days:** India, Korea, Lithuania, Portugal;
- . **28 days:** Australia, New Zealand;
- . **30 days/ 1 month:** Brazil, Canada, Turkey, Ukraine, United States;
- . **8 weeks:** Austria, Germany;
- . **2 months:** France;
- . **90 days:** Chile;
- . **Unclear:** Luxembourg (OCDE, 2014, p.22, negrito no original)⁵.

Faz-se aqui um parêntese em relação a um importante apontamento feito pelo documento da OCDE (2014) acerca possibilidade de adoção do sistema de “*one-stop shop*” para o julgamento e processamento dos Acordos de Leniência que afetem mais de uma jurisdição e que estejam sujeitos a autoridades distintas. Esses casos são bastante comuns na União Europeia e os membros da ECN (*European Competition Network*). O intuito do *one-stop shop* seria o de estabelecer um “*bureau*” único de processamento, a fim de manter a segurança das decisões e das leniências concedidas, espalhando os efeitos nas demais jurisdições sobre as quais as condutas causarem efeitos.

Em sequência às regras do sistema de senhas no Brasil, tem-se que a declaração em que a Superintendência-Geral afirma a posição do proponente como primeiro a oferecer denúncia, marcando sua senha, poderá conter (quando solicitado pelo proponente) a hora, a data e produtos ou serviços afetados pela denúncia, preservando-lhe a identidade, conforme o art. 192, §5º do RiCADE. A sistematização do *marker*

⁵ Agências geralmente conceder um período de tempo para o candidato que tenha obtido êxito em uma senha para completar a sua proposta de leniência. Muitas agências definem este período de tempo numa base caso a caso; enquanto outras fornecem um conjunto de prazos ou, pelo menos, fornecem orientação sobre qual seria o prazo “normal”. Eles são assim resumidos:

- . **Caso a caso:** Bélgica, Bulgária, Colômbia, Croácia, Ciprus, República Checa, União Europeia, Finlândia, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, México, Holanda, Noruega, Polônia, Romênia, Singapura, Eslováquia, Eslovênia, África do Sul, Suíça, China, Reino Unido;
- . **2 semanas:** Japão, Suécia;
- . **15 dias:** Índia, Coréia, Lituânia, Portugal;
- . **28 dias:** Austrália, Nova Zelândia;
- . **30 dias/ 1 mês:** Brasil, Canadá, Turquia, Ucrânia, Estados Unidos;
- . **8 semanas:** Áustria, Alemanha;
- . **2 meses:** França;
- . **90 dias:** Chile;
- . **Impreciso:** Luxemburgo (tradução livre)

system no Brasil ainda prevê a possibilidade de oferecimento de senhas de outras colocações, além do primeiro lugar, para denunciante que se apresentem subsequentemente.

Outra peculiaridade em relação ao sistema de senhas adotado pelo Brasil diz respeito ao §2º do art. 86 da Lei 12.529/11. Esse parágrafo explicita a possibilidade de oferecimento de proposta de acordo de leniência por pessoas físicas. Elas poderão celebrar a chamada leniência individual, e nesse fim não haverá a observância do *marker system*. Não haverá senha para o oferecimento de proposta de acordo por particulares, não importando se determinado sujeito foi o primeiro ou não a noticiar a infração à autoridade da concorrência. A Lei 8.884/94 já fazia previr essa exceção, em seu art. 35-B, §6º (TAUFICK, 2012).

4.4 O CAMINHO OPERACIONAL DO ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI 12.529/11 E NO REGIMENTO INTERNO DO CADE

Em seguimento às regras de procedibilidade do Acordo de Leniência, tem-se que, passada a fase de senhas, em que o denunciante deverá aditar materialmente seu relato acerca das infrações contra a ordem econômica empreendidas por si (uma vez que a denúncia exige que se confesse a participação nos conluíus) e pelos demais agentes, o Regimento Interno do CADE aponta como deverá caminhar a proposta de acordo.

Foi mencionado que a proposta poderá ser apresentada de forma oral ou por escrito, sendo sigilosa em ambas as facetas (art.193, RiCADE). Após a apresentação da proposta, a Superintendência-Geral terá 10 dias para se posicionar a respeito da validade ou não da proposta, manifestando-se também acerca do prazo para o Acordo em si.

Ainda na proposta, o proponente deverá declarar que foi orientado acerca de seus direitos e deveres legais; que foi orientado a fazer-se acompanhar por um advogado; que está ciente acerca desistência da proposta promovida pelo não atendimento às condições impostas pela Superintendência-Geral em tempo hábil, conforme o art. 196 do Regimento Interno do CADE.

A negociação total do Acordo junto à Superintendência-Geral do CADE terá duração de seis meses. Se a proposta for recusada, toda denúncia feita não implicará em confissão em relação à matéria de fato apresentada nem reconhecimento da ilicitude dos atos analisados pela proposta. Nesse caso, não será feita qualquer divulgação sobre as condutas e documentos oferecidos à apreciação do CADE. O proponente também poderá desistir da proposta, antes da assinatura do acordo em si. Quando da desistência ou rejeição da proposta, todos os documentos serão devolvidos e a autoridade antitruste não poderá utilizar as informações ou documentos aos quais teve acesso, em conformidade ao art. 198, §3º do RiCADE.

Passada a fase de negociação, entra-se na construção conjunta do Histórico de Condutas, em que é colecionada e explicitada a análise documental do arcabouço probatório oferecido pelo proponente. A formalização do Acordo se dá com a Superintendência-Geral quando verificado o cumprimento de todas as exigências feitas, a exemplo da participação constante e plena, quando demandada pela SG, durante o curso do Acordo. Além disso, o Acordo será firmado, positivamente, quando a SG detiver todos os documentos e condições de provar a existência da conduta denunciada, assim como a responsabilização dos outros agentes envolvidos e denunciados. Será tido que o proponente cumpriu com suas obrigações no Acordo quando satisfizer todos os requisitos apresentados ao longo do art. 199 do RiCADE.

Em atenção ao art. 203 do RiCADE, a Superintendência-Geral encaminhará seu parecer ao Tribunal do CADE, com relatório a respeito do cumprimento do acordo pelo signatário, incluindo recomendações atinentes ao percentual de redução das penas, tendo em vista as peculiaridades e colaboração efetiva do agente ao longo do acordo. Conforme o art. 86, §4º, I e II da Lei 12.529/11, é de competência do Tribunal do Conselho a decretação final da extinção da ação punitiva da administração pública em favor do signatário do Acordo. Apesar da chancela final ficar a cargo do Tribunal do CADE, a doutrina entende que sua função será apenas de homologar ou não o Acordo por meio da observância do cumprimento dos requisitos formais e materiais dispostos na legislação. Não cabe ao Tribunal questionar a conveniência e oportunidade que ensejaram a Superintendência-Geral a pactuar o Acordo de Leniência (MARTINEZ, 2013).

O cumprimento do Acordo pelo proponente implicará na decretação da extinção da ação punitiva em sede administrativa – quando a SG não detiver conhecimento prévio algum acerca da conduta apontada - ou na redução de um a dois terços da punição, caso a autoridade já possuísse algum indício acerca da infração denunciada.

Além da leniência administrativa, a Lei 12.529/11, em seu art. 87, trata dos reflexos penais provenientes do Acordo de Leniência. Durante o intercurso de sua celebração, o Acordo determinará a suspensão do prazo prescricional e impedirá o oferecimento de denúncia em relação ao agente signatário do Acordo relativamente à prática de crimes tipificados na Lei 8.137/90 e de outros crimes atrelados diretamente à prática de cartel constantes em demais dispositivos legais, como os da Lei 8.666/93 e no art. 288 do Código Penal.

Após o cumprimento do Acordo, haverá a extinção da punibilidade dos crimes constantes nas citadas leis. Essa faceta do Acordo de Leniência é extremamente útil para que o programa logre êxito, uma vez que, como visto, as sanções impostas pelas infrações/crimes contra a ordem econômica devem causar receio frente àqueles que os praticarem, pois só assim a possibilidade de leniência soa atrativa.

Há, outrossim, a possibilidade do processo administrativo condutor do Acordo seguir por outro caminho. Caso o denunciante não obtenha êxito na sua tentativa de Acordo, será dada chance de celebração da chamada Leniência Plus. A Leniência Plus acontece na hipótese da pessoa jurídica ou física que não conseguir a habilitação para o Acordo vir a cooperar com a SG – até a remessa do processo para julgamento final pelo Tribunal -, firmando Acordo subsequente e em relação à outra infração de que a autoridade não possuía nenhum conhecimento. O autor, assim, contará com a redução de um terço da sanção aplicável à infração cujo Acordo resultou frustrado (seja por ter sido o segundo a denunciar, seja por levar a conhecimento uma conduta acerca da qual a autoridade já tinha conhecimento), além de contar com a integralidade dos efeitos da Leniência em relação à nova conduta denunciada.

O Programa de Leniência Plus se encontra disciplinado pelo art. 202 do RiCADE, no entanto, até 2012 não se tinha registro de nenhum caso em que alguma empresa houvesse utilizado tal instituto (MARTINEZ, 2013).

4.5 ACORDO DE LENIÊNCIA EM CARTEL DE LICITAÇÃO – O HISTÓRICO DE CONDUTAS NO ACORDO DE LENIÊNCIA DA SETAL ENGENHARIA E SOG ÓLEO E GÁS NO ÂMBITO DA OPERAÇÃO LAVA-JATO

O Acordo de Leniência tem como uma de suas principais características a sigilosidade, conforme o art. 86, §9º, da Lei 12.529/11. Em virtude disso, é muito difícil o acesso a informações detalhadas a respeito das condutas anticompetitivas levadas ao conhecimento do CADE, sendo abertas à consulta pública apenas após o julgamento do Acordo pelo Tribunal do CADE. Muito embora haja um esforço constante em tornar o Acordo cada dia mais atrativo, o percurso feito por ele até o julgamento pelo Tribunal é longo. No entanto, a procura pela assinatura de novos Acordos de Leniência é crescente, tornando o programa um dos maiores aliados na defesa da ordem econômica contra infrações atentatórias à livre concorrência.

Apesar da marca de sigilosidade imposta pela própria Lei 12.529/11, como supracitado, a parte final do §9º do art 86 apresenta uma possibilidade em que o sigilo do Acordo poderá ser relativizado: o interesse das investigações e do processo administrativo. Assim sendo, no dia 20 de março de 2015, a Superintendência-Geral do CADE, em parceria com o MPF do estado do Paraná, em atenção a pedido da parte e também no interesse das investigações, fez divulgar em seu sítio virtual o Histórico de Condutas elaborado por meio das denúncias oferecidas em proposta de Acordo de Leniência pela Setal Engenharia e SOG Óleo e Gás (integrantes do mesmo grupo econômico), no âmbito dos reflexos concorrenciais da Operação Lava-Jato.

Em breve resumo, a Operação Lava-Jato, que ganhou grande repercussão na mídia e em todos os setores da vida comum da sociedade, foi iniciada em março de 2014 e investigava, inicialmente, lavagem de dinheiro envolvendo a figura do doleiro Aberto Youssef. O doleiro foi preso e firmou acordo de delação premiada em que esclareceu uma intrincada rede de desvios de verbas, fraudes a licitações, irregularidades administrativas, tendo sido descoberto que em todas essas condutas havia a participação de grandes construtoras do País e de funcionários do alto escalão da Petrobras. Dias após a prisão de Alberto Youssef, deu-se a prisão do ex-diretor de abastecimento da Petrobras, Paulo Roberto Costa, que já era investigado por desvio de verba pública e mantinha relações estreitas com o doleiro. Conforme a operação avança, novas fases

surtem e novas denúncias vem à tona, como a participação de políticos e partidos em boa parte do rol de ações que estão a constanger a sociedade dado o alto grau de corrupção em que parece estar imersa parte significativa da Administração Pública nacional.

Convém ressaltar que a operação Lava-Jato se encontra em andamento e ainda começa, gradativamente, a apresentar seus primeiros condenados em primeira instância. Não obstante, certamente a mencionada operação figura como uma das maiores já empreendidas no combate à lavagem de dinheiro, corrupção e demais crimes contra a administração pública e ordem econômica, pois dela resultaram, até agora, 350 mandados de prisões preventivas, temporárias, busca e apreensão e condução coercitiva. A esse número, junta-se a abertura de 19 ações penais contra 82 réus no âmbito da Justiça Federal do Paraná, além da recente lista divulgada pelo Procurador-Geral da República de políticos investigados que, em virtude do foro privilegiado, não estão entre os investigados acusados pela Justiça Federal do Paraná (POLATO; D'AGOSTINO, 2015).

Vale esclarecer o fato de que a expressão “Acordo de Leniência” tem sido bastante comentada pelos órgãos da imprensa em virtude da Lava-Jato. No entanto na maioria das vezes, são feitas menções a outro tipo de Acordo de Leniência – fruto da recentíssima Lei Anticorrupção – e que tem sido tentado por algumas empresas investigadas na Lava-Jato no âmbito da Controladoria-Geral da União com chancela do Tribunal de Contas da União. Essa espécie de Acordo de Leniência é criação ainda mais nova do que o Acordo de Leniência concorrencial, pois criado pela Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção), que entrou em vigor em 2014, e teve sua regulamentação apenas em 18 de março de 2015 pela Presidenta da República. A natureza do Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção é distinta em vários aspectos do Acordo de Leniência da Lei 12.529/11. Três pontos principais merecem menção no intuito de distinguir cada uma das espécies: a Lei Anticorrupção tem por objeto de tutela os atos contra a administração pública, ao contrário dos atos contra a ordem econômica e a livre concorrência que compõem o alvo da Lei 12.529/11; a Leniência firmada perante a CGU não tem reflexos penais, um dos grandes atrativos do Acordo de Leniência firmado com o CADE; por fim, o Acordo da Lei Anticorrupção, ao contrário da Lei Antitruste, não pode ser firmado com pessoas físicas, apenas é celebrado por pessoas jurídicas, conforme o *caput* do seu art. 16.

Feito esse parênteses explicativo, cabe falar que, no contexto do presente trabalho, a operação Lava-Jato se mostra interessante, pois em seu bojo também apresentou a prática de crimes contra a ordem econômica, notadamente cartéis em licitações, cometidos por empresas do setor de engenharia e construção de infraestrutura para a Petrobras. Essas empresas agiam de forma concertada, fraudando a livre concorrência para maximização dos lucros coletivos que eram destinados não só aos seus caixas, mas também ao caixa de partidos políticos na qualidade de propina e repasse ilegal de verbas de financiamento de campanha.

Foi nesse panorama que a Setal/SOG e pessoas físicas e ex-funcionários desse grupo assinaram Acordo de Leniência com o CADE, a fim de denunciar o esquema de cartel de licitações de que eram integrantes. O Histórico de Condutas foi apresentado em sua versão de acesso público com algumas informações ocultadas, no interesse das investigações. O documento consta de 71 páginas em que a Superintendência-Geral do CADE concatena os argumentos apresentados pelos delatores, relaciona os instrumentos documentais probatórios e indica sua conclusão. É subdividido em nove seções na seguinte ordem: descrição sumária da conduta relatada; identificação dos signatários do Acordo de Leniência; identificação dos participantes da conduta relatada; identificação dos concorrentes e clientes no mercado afetado; delineamento da duração da conduta relatada; apresentação da descrição detalhada da conduta relatada; apresentação da prova documental da conduta relatada; referências às siglas e termos; conclusões.

Todas as citações que constarem a seguir, até o fechamento deste item, tratam-se de excertos do Histórico da Conduta no acordo da Setal/SOG, e serão utilizadas de forma a ilustrar a dinâmica do Acordo e a forma como a autoridade antitruste centra suas investigações contra cartéis em licitação. As “seções” mencionadas a seguir se referem às seções constantes no Histórico. Passa-se, então, à descrição e à análise do Histórico da Conduta (CADE, 2015):

- Breve relato do Histórico: os signatários do Acordo de Leniência relataram ao CADE, por meio de sua Superintendência-Geral, a prática de condutas violadoras da livre concorrência, especificamente no mercado de obras de montagem industrial *onshore* no Brasil, em licitações da Petrobras. São tidos como serviços *onshore* todos os que estão atrelados à estrutura necessária para a extração de petróleo em terra. Como exemplo das condutas anticompetitivas realizadas, foram citados acordos de fixação de preço entre as

empresas licitantes, com recorrente prática de divisão do mercado entre elas. Os acertos ocorriam, segundo os signatários, através de reuniões regulares presenciais, contatos telefônicos e SMSs entre os representantes das empresas. A Setal/SOG Óleo e Gás (signatária do Acordo), Camargo Corrêa S/A, Construtora Andrade Gutierrez S/A, Construtora Norberto Odebrecht S/A, e UTC Engenharia S/A estão entre as empresas envolvidas.

- Seção I - Descrição sumária da conduta relatada: segundo relatado, o início das práticas anticompetitivas se deu no final dos anos 90 e início de 2000, quando foi elaborado um sistema de mútua proteção entre as empresas, as quais tentavam combinar de não competir entre si nas licitações relativas às obras da Petrobras no mercado *onshore*. As condutas, que anteriormente circulavam entre nove empresas (Clube das 9), passaram a abranger mais 7 integrantes (Clube das 16), no período que compreende o final de 2011 e início de 2012. As reuniões, traço extremamente típico e característico dos cartéis em licitação, eram recorrentes e também se verificava a comunicação por outros meios como telefone. Nelas havia a divisão dos pacotes de licitações de obras da Petrobras, tomando por base a indicação das preferências de cada empresa, as quais eram compiladas em tabelas contendo as informações sobre as obras anteriores que já tinham sido vencidas por cada uma das empresas e informações sobre obras futuras previstas. Ou seja, como tratado pelo presente trabalho no quando da análise dos cartéis em licitação, havia um claro rodízio entre os concorrentes:

A partir de 2003/04, os contatos entre concorrentes tornaram-se mais frequentes e estáveis, e algumas das empresas descritas no presente Histórico de Conduta passaram a se reunir, de forma estável e organizada a, no âmbito do "Clube das 9". Ao longo dos anos, o grupo de empresas participantes da conduta anticompetitiva se ampliou, devido à necessidade de acomodação de mais empresas nos ajustes. Assim, foi formado o "Clube das 16", que se manteve de forma estável e organizada até, pelo menos, final de 2011 /início de 2012. (p.2)

Segundo os Signatários, os contatos anticompetitivos se davam, sobretudo, em reuniões presenciais, mas também houve conversas ao telefone e trocas de SMS. Nas reuniões presenciais, os representantes das empresas tentavam dividir os pacotes de licitações de obras "onshore" da Petrobras no Brasil. Para tanto, procediam à indicação das preferências de cada empresa, que eram compiladas em tabelas contendo as informações sobre as obras anteriores que já tinham sido vencidas por cada uma das empresas e informações sobre obras futuras previstas... Assim, quem já tinha projetos vencidos, ficava no final da fila de preferência, e quem tinha menos projetos vencidos com a Petrobras, ficava no início da fila de preferências... Os Signatários afirmam que, no final de 2011/início de 2012, os contatos e acordos anticompetitivos entre as empresas concorrentes atuantes no mercado de montagem industrial de obras "onshore" da Petrobras se

encerraram, devido a uma cumulação de fatores que tomou o cartel menos efetivo. (p.3).

- Seção II - Signatários do Acordo: a qualificação dos signatários, pessoas físicas e jurídicas, encontra-se disponível apenas na versão sigilosa de acesso restrito do Histórico.

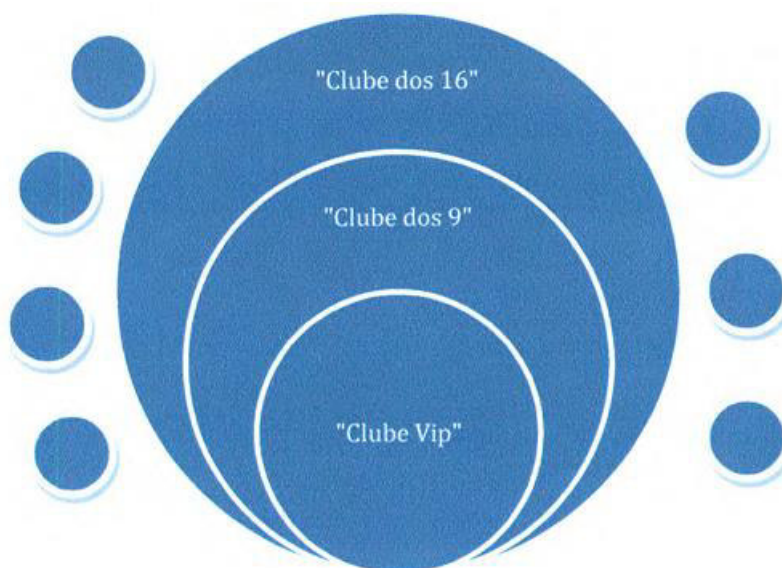
- Seção III – Participantes da Conduta:

. Pessoas jurídicas não-signatárias: a empresa UTC é apontada como “líder” das reuniões e determinava, inclusive, o que seria discutido à época do "Clube das 9". No entanto, após a “Clube das 16”, somaram-se ao comando a Queiroz Galvão e Odebrecht. Posteriormente, a Construtora Andrade Gutierrez S/A juntamente com as referidas empresas, compuseram um "Clube VIP”, o qual, por ser composto pelas maiores empresas, lançava-se à frente até das demais que tinham espaço no Clube das 16. Houve, ainda, empresas que participavam de forma esporádica do esquema, totalizando pelo menos 23 (vinte e três) empresas envolvidas. Vê-se que o acerto entre as empresas era tão sofisticado que algumas delas lograram êxito na montagem de um grupo dentro do próprio grupo. A partir disso pode ser depreendido que o caráter refinado da combinação entre as empresas era tão grande que um pequeno grupo conseguiu se estabelecer dentro do outro sem que as demais percebessem inicialmente essa manobra. Isso corrobora o argumento que embasa a utilidade do Acordo de Leniência como instrumento essencial para que as autoridades consigam manejar um conjunto probatório suficientemente forte para fornecer substância às investigações. Assim, tem-se que:

Por volta de 2008/2009, formou-se com maior nitidez um "Clube VIP", que apesar de continuar a participar e a atuar ativamente nas reuniões do "Clube das 16", exigia primazia - considerando o grande porte das empresas -, para as grandes obras de montagem industrial "onshore" realizadas pela Petrobras (em especial para os grandes pacotes de obras do RNEST). Segundo um dos Signatários, tais empresas seriam Camargo Corrêa S/A, Construtora Andrade Gutierrez S/A, Construtora Norberto Odebrecht S/A, Queiroz Galvão Óleo e Gás e UTC Engenharia S/A.(p.9)

Além das empresas pertencentes ao "Clube das 16", outras esporadicamente participavam dos ajustes anticompetitivos entre os concorrentes, sendo que em algumas hipóteses consórcios foram formados entre empresas participantes do "Clube das 16" com outras que haviam sido convidadas para a licitação pela Petrobras. Isso acontecia especialmente quando a lista de empresas que deveriam participar do certame entregue pelo grupo aos Diretores da Petrobras não era seguida à risca e outras empresas, fora do "Clube das 16", eram convidadas. (p.10).

Figura 2: Diagrama dos clubes e empresas de participação esporádica (fonte: Histórico da Conduta, CADE, 2015)



. Pessoas físicas não signatárias participantes da Conduta: participavam das reuniões, inicialmente, funcionários alto escalão das empresas. No entanto, houve uma transição em tal representação após os anos de 2008 e 2009, dada a alta frequência dos encontros e a quantidade de pessoas presentes. Na etapa final, os executivos do escalão operacional das empresas passaram a ser os principais participantes das reuniões.

- Seção IV – Breve explicação sobre o processo de contratação pela Petrobras: o processo de contratação da Petrobrás ocorre com base em dois documentos por ela emitido: o Planejamento Estratégico e o Plano de Negócios e Gestão. Esses dois documentos forneciam alguma previsibilidade às empresas do grupo acerca das áreas que seriam priorizadas pelas futuras contratações a curto e médio prazos pela Petrobras. A Comissão de Licitação da Petrobrás detém um banco de dados das empresas que já foram contratadas e, a cada nova licitação, consultava esses dados e emitia cartas-convite às empresas que atendessem aos requisitos mínimos estabelecidos - tanto em termos técnicos quanto financeiros. Essa forma de estruturar as licitações foi de importância fundamental para que o cartel operasse. Conforme o Histórico, o Diretor da Área de Engenharia e Serviços da Petrobras, Renato Duque, e o Diretor de Abastecimento da Petrobras, Paulo Roberto Costa - recebiam previamente do "Grupo" de empresas a lista daquelas deveriam ser convidadas para participar dos certames. No relato do Histórico:

Ocorre que, conforme se verá ao longo da descrição deste Histórico da Conduta, essa prerrogativa da diretoria finalística e da Diretoria de Serviços de escolher as empresas que eram convidadas para o certame foi utilizada como importante ferramenta para a viabilidade do cartel. Tanto foi assim que os Signatários esclarecem que, para a implementação da conduta, era importante que os dois diretores à época — o Diretor da Área de Engenharia e Serviços da Petrobras, Renato Duque, e o Diretor de Abastecimento da Petrobras, Paulo Roberto Costa - recebessem previamente do "Grupo" de empresas a lista daquelas deveriam ser convidadas para participar dos certames. Apenas as convidadas poderiam participar dos certames, sendo que as empresas convidadas já haviam combinado previamente quais delas seriam vencedoras e quais apresentariam propostas de cobertura. Essa lista, de acordo com um dos Signatários, era entregue pelo coordenador do "Grupo", aos dois diretores da Petrobras. Assim, o propósito da lista era fazer com que a combinação entre as empresas não fosse apenas parcial, mas sim, plenamente efetiva e sem "surpresas" decorrentes da participação de outras empresas não pertencentes ao acordo. (p.21).

- Seção V – Duração das Condutas: *“Os contatos e acordos entre concorrentes se iniciaram de forma preliminar no final dos anos 90/início dos anos 2000, tomaram-se mais frequentes e estáveis a partir de 2003/04, e duraram até, pelo menos, final de 2011 /início de 2012.”*(p.22)

- Seção VI – Descrição detalhada da Conduta: segundo os Signatários, no final dos anos 90 e início dos anos 2000, o setor de montagem industrial enfrentava uma crise, somando-se a isso os valores dos contratos da Petrobras eram baixos, devido à prática de fazer contratos independentes e em separado para cada área como, execução, aquisição de materiais, construção etc. Os signatários, assim, passaram a se reunir na Associação Brasileira de Engenharia e Montagem Industrial com o intuito de alterar a configuração contratual da Petrobras. Em virtude da pressão exercida em conjunto, a Petrobras adotou o modelo de EPC - *Engeneering, Procurement & Construction* - em que se contrata de uma só vez os serviços e produtos necessários para a parte de engenharia, construção etc. Essa alteração fez com que o valor dos contratos da Petrobras subisse consideravelmente, passando a ser mais interessantes aos olhos das empresas do grupo.

Nesse contexto, os Signatários esclareceram que as principais empresas do setor, por meio de seus representantes, passaram a se reunir na ABEMI (Associação Brasileira de Engenharia e Montagem Industrial), de modo a criar um grupo de trabalho com a Petrobras, a fim de discutir condições contratuais mais equilibradas, já que, dentre outros fatores, os preços de referência da Petrobras eram muito baixos. (p.23)

Nesse período, segundo os Signatários, a Petrobras passou a seguir a tendência mundial de contratação na modalidade "EPC - Engeneering, Procurement & Construction", que consiste em contratar de uma só vez a engenharia (projetos), as compras e a construção, ou seja, uma unidade industrial completa, o que aumentou significativamente o valor dos contratos.

De acordo com um dos Signatários, algumas dessas empresas que participavam das reuniões da ABEMI se aproveitaram do contato mais próximo entre si e do contexto de aproximação entre as empresas para estabelecerem um sistema de proteção e combinarem de não competir entre si. (p.24).

O ajuste entre o Clube das 9 consistia em as empresas sinalizarem entre si opções de escolha, optando pelas obras que lhes fossem mais interessantes. De outro lado, essa combinação prévia, por sua vez, ainda era parcial e nem sempre efetiva, pois também outras empresas que não integravam o "Clube" participavam das licitações. Para evitar o cancelamento da licitação - na qual teria de haver, no mínimo, três propostas - eram definidas quais empresas, dentro do Grupo, apresentariam propostas de cobertura. Para haver uma harmonização entre os integrantes do esquema, a empresa que "foi coberta" apoiava na cobertura da outra em outra licitação. Essa maneira de proceder se coaduna com o que chamado de apresentação de propostas *pro forma*, quando do estudo dos cartéis em licitação.

Conforme ajustado entre as empresas concorrentes, perguntava-se às empresas (ou aos consórcios) quem se oferecia para fazer a cobertura, e isto era uma troca de favores entre os membros do cartel. Ou seja, em outra licitação a empresa que "foi coberta" apoiava na cobertura da outra, não existindo grande dificuldade de acertos neste aspecto. Uma vez definida a empresa vencedora, ela se encarregava de informar às demais que se comprometeram em dar suporte para que apresentassem propostas com valores superiores, porém razoáveis - para não se levantar suspeita. Caso, porém, a empresa perdesse a sua oportunidade atribuída pelo "Clube das 9" por razões alheias às decisões do cartel, ela entrava novamente nas discussões para ser atribuída vencedora em outra licitação, mas no final da fila. (p.26)

Segundo relato dos Signatários, durante as reuniões presenciais do "Clube das 9" eram preenchidas planilhas, tais como um dos documentos apresentados pelos Signatários, a partir das quais as empresas do Clube começaram a monitorar, de maneira mais estruturada, as obras que já haviam sido vencidas por cada uma das empresas, para se conhecer com exatidão a "composição da carteira" de cada uma. Em seguida, escolhiam suas prioridades em relação às obras futuras previstas da Petrobras (p.28).

Diante de constantes convites, em 2005, da Petrobrás a outras empresas para além das 9 originais do "Clube", os signatários começam a tentar acomodar, entre seus interesses, alguns pedidos de outras empresas. Em 2006, foram incorporadas mais 7 empresas, formando o "Clube das 16", passando a UTC Engenharia S/A a liderar as reuniões. Nessa época se deu a participação dos mencionados Diretores Petrobrás. Entre 2008 e 2009, houve a formação do "Clube VIP":

Por volta de 2008/2009, formou-se com maior nitidez um "Clube VIP", que apesar de continuar a participar e a atuar ativamente nas reuniões do "Clube das 16", exigia primazia - considerando o grande porte das empresas -, para

as grandes obras realizadas pela Petrobras (em especial para os grandes pacotes de obras do R-NEST). Segundo um dos Signatários, tais empresas seriam Camargo Corrêa S/A, Construtora Andrade Gutierrez S/A, Construtora Norberto Odebrecht S/A, Queiroz Galvão Óleo e Gás e UTC Engenharia S/A. (p. 40).

Durante o período de formação do “Clube dos VIP”, após a entrada da Galvão Engenharia, as regras para o cartel foram aprimoradas e chegaram a ser escritas como se fossem um regulamento de campeonato de futebol (Anexo). Ainda em relação às reuniões:

Assim, a ideia das reuniões era unificar as informações e preparar uma tabela cronológica com valores das licitações, para que as empresas pudessem determinar suas prioridades de vitória (em um ranking de 1 a 3), como se pode verificar no exemplo de pelo menos um dos documentos apresentados pelos Signatários. Eram feitas, então, análises das carteiras da empresas (obras que cada uma tinha realizado ou estava realizando) e, a partir daí, estabelecida a fila e escolhidas as prioridades, conforme valor e data da licitação, respeitando o ranking (quanto cada empresa tinha em contratos com a Petrobras), para manter o equilíbrio de vitórias entre as empresas participantes do “Clube das 16”.(p. 47).

No final de 2011, início de 2012, percebeu-se a ocorrência de muito desentendimento entre os integrantes do “Clube das 16”, especialmente pela ameaçadora criação do “Clube VIP” e pela redução no número de licitações abertas pela Petrobras. Paralelamente a isso, diante de um cenário de sobrepreço nas licitações, os Signatários observaram que a Petrobras resolveu incluir em sua lista cada vez mais novas empresas, convidando-as para participar dos certames. É nesse contexto que se finda o “Clube das 16”, contemporaneamente à saída dos dois diretores da Petrobras envolvidos no esquema:

Neste contexto, criou-se uma situação de concorrência dentro da concorrência, pois em cada certame, além das empresas do “CLUBE” convidadas, eram chamadas pela Petrobras pelo menos outras 5 (cinco) empresas de fora para participar. Começou a haver, portanto, real competição em face das empresas entrantes. Por fim, diante da saída dos dois Diretores da Petrobras que recebiam as listas de empresas a serem convidadas para o certame (o Diretor da Área de Engenharia e Serviços da Petrobras, Sr. Renato Duque, e o Diretor de Abastecimento, Paulo Roberto Costa), o “Clube das 16” perdeu eficácia pois perdeu uma importante ferramenta para a viabilidade do cartel. (p. 54).

O Histórico aponta as infrações cometidas no cartel de licitação estabelecido pelas empresas, ressaltando a divisão do mercado, fixação de preços, condições e vantagens e abstenção de participação em licitações:

Os documentos e as informações apresentados pelos Signatários revelam indícios de que os concorrentes combinavam previamente o resultado das licitações, promovendo entre si uma divisão do mercado de obras de

montagem industrial "onshore" referentes a licitações da Petrobras, por meio da alocação de certames específicos para cada empresa ou consórcio de empresas. Assim, as violações à ordem econômica consistiriam acordos de (i) fixação de preços, condições, vantagens e abstenção de participação, e (ii) divisão de mercado entre concorrentes, em licitações públicas de obras de montagem industrial "onshore" da Petrobrás no Brasil - Petróleo Brasileiro S/A. (p.54 grifos nossos).

- Seção VII- Prova Documental da Conduta: não é dado acesso aos documentos comprobatórios na versão pública do Histórico de Condutas.

- Seção VIII – Siglas e Termos – acesso também não permitido à versão pública do Histórico.

- Seção IX – Conclusão –

Os Signatários identificados na Seção II apresentaram todos os fatos aqui narrados conforme os artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011 e o Regimento Interno do CADE (Resolução nº 1 e alterações posteriores), sendo a versão de acesso restrito do Histórico da Conduta parte do Acordo de Leniência celebrado com a Superintendência-Geral, relacionado às condutas descritas acima, referentes a obras de montagem industrial "onshore" no Brasil em licitações da Petrobras, condutas estas que se iniciaram de forma preliminar no final dos anos 90/início dos anos 2000, tornaram-se mais frequentes e estáveis a partir de 2003/04, e duraram até, pelo menos, final de 2011/início de 2012. (p.70).

Conforme pode ser lido na conclusão apresentada pela Superintendência-Geral, a empresa delatora parece ter cumprido positivamente seus deveres de oferecer provas e descrição minudente das condutas. Nesse sentido, fica bastante clara a importância do caso para ilustrar o presente trabalho. Foram relatados, pormenorizadamente, todos os meandros que envolveram a pactuação de um cartel em licitações que tanto vem atraindo os olhares da opinião pública recentemente. Foi visto que o cartel opera de maneira bastante articulada, preservando os interesses dos envolvidos. As regras, reuniões e o *modus operandi* do “Clube” eram tão intrincados que foi possível, inclusive, a formação de um grupo dentro de outro, sem que as demais empresas percebessem a manobra logo de pronto. Pode ser visto que um cartel em licitações dificilmente escapa à caracterização apresentada anteriormente no tocante à sua forma de agir, ou seja, terminaram sendo verificadas as práticas de fixação de preços, divisão de mercado, supressão de propostas, apresentação de propostas *pro forma* e rodízio.

No mais, o Histórico da Conduta no Acordo de Leniência com a Setal/SOG também serviu de ilustração acerca do próprio Acordo em si. Por ser instituto norteador pela sigilosidade, raríssimos casos se encontram disponíveis para consulta tão

minudente, uma vez que a sigilosidade é extinta apenas com o julgamento final pelo Tribunal do CADE e isso tem demorado longos anos em virtude sempre da proliferação de pessoas físicas no polo passivo do Acordo. Assim, o Histórico da Conduta, documento que consiste em parte essencial do processo de confecção do Acordo de Leniência, ajuda a que se tenha, de forma mais clara, o dimensionamento sobre o proceder do CADE quando da celebração do objeto de estudo deste trabalho.

As regras procedimentais do Acordo de Leniência brasileiro dialogam de muito perto com os modelos adotados em outras jurisdições. Passa-se, agora, à análise da experiência internacional na celebração do Acordo.

4.6 EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL – O ACORDO DE LENIÊNCIA NOS ESTADOS UNIDOS E NA UNIÃO EUROPEIA

Como já mencionado, o Acordo de Leniência tem seu berço nos Estados Unidos. Nesse país, em 1978, foi criado o primeiro programa de leniência pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (DOJ), servindo de inspiração para órgãos antitruste em todo mundo, inclusive o Brasil.

Durante a fase inicial do programa americano, havia uma grande carga de discricionariedade quanto à concessão da leniência, uma vez que a decisão consistia em análise feita pela Divisão Antitruste que concedia a anistia sem que os critérios de concessão fossem bem especificados (SILVA, 2002). Isso quer dizer que, apesar da existência de regras que precisavam ser cumpridas pelos agentes que buscavam o DOJ, a adequação da denúncia às exigências legais não era capaz de garantir a anistia, pois a concessão não era automática. Essa forma de materializar o Acordo de Leniência implicava numa constante insegurança jurídica, tendo em vista a existência de um grande arbítrio na aceitação ou não da leniência por parte das autoridades americanas. Conforme Scott Hammond (2006), ex Vice Procurador-Adjunto do Departamento de Justiça americano:

The original version of our Amnesty Program actually dates back to 1978. Under that program, violators who came forward and reported their illegal activity before an investigation was underway were *eligible* to receive a complete pass from criminal prosecution. The grant of amnesty, however, was not automatic and the Division retained a great deal of prosecutorial

discretion in the decision making process. Unfortunately, for reasons that I will discuss in more detail a little later, it became clear over time that this program was flawed. It resulted in relatively few amnesty applications and did not lead to the detection of a single international cartel. (HAMMOND, 2000)⁶.

Contudo, os erros verificados na etapa inicial de vigência do programa de leniência dos Estados Unidos tornaram urgentes algumas mudanças que fossem capazes de corrigir três principais problemas: a leniência precisava passar a ser rápida, automática e integral em relação aos agentes que a procurassem; era preciso garantir que a leniência também pudesse ser concedida após o início das investigações, em momento em que a autoridade ainda não dispusesse de provas suficientes para a condenação; os empregados, diretores e outros membros da empresa signatária deveriam lograr proteção quanto às acusações criminais. (RODAS, 2007).

Essas alterações foram feitas em 1993, por meio da edição do chamado *Corporate Leniency Policy*, com o objetivo de substituir o programa em vigor desde 1978. As mudanças surtiram efeito e o programa passou a ser, gradativamente, mais adotado pelos setores jurídicos e empresariais americanos:

Because of the novelty and uniqueness of this policy, it took some time before the private bar and business community gained confidence in the program. However, over the last five years, the results have been staggering. There has been more than a ten-fold increase in amnesty applications during this time frame. Moreover, in the last two years alone, cooperation from amnesty applications have resulted in scores of convictions and well over \$1 billion in fines. More than anything else, the expansion of the Amnesty Program has been responsible for the success that we have had in cracking international cartels.⁷ (HAMMOND, 2000).

Data de 1994 a criação de um programa de leniência que se destinava a pessoas físicas que fossem até as autoridades, em nome próprio, reportar uma infração. Esse

⁶ A versão original do nosso Programa de Anistia, na verdade, remonta a 1978. No âmbito deste programa, os infratores que vieram à frente e relataram sua atividade ilegal antes que uma investigação estivesse em andamento foram *elegíveis* para passar batido pelo processo criminal. A concessão da anistia, no entanto, não foi automática e da Divisão manteve uma grande dose de discricionariedade persecutória no processo de tomada de decisão. Infelizmente, por razões que vou discutir com mais detalhes um pouco mais tarde, ficou evidente ao longo do tempo que este programa foi falho. Isso resultou em relativamente poucas aplicações anistia e não conduziu à detecção de um único cartel internacional (tradução livre).

⁷ Devido à novidade e singularidade desta política, demorou algum tempo até o corpo jurídico privado e comunidade empresarial ganhasse confiança no programa. No entanto, ao longo dos últimos cinco anos, os resultados têm sido surpreendentes. Tem havido mais do que um aumento de dez vezes em pedidos de anistia durante este período de tempo. Além disso, nos últimos dois anos, a cooperação de pedidos de anistia resultou em dezenas de condenações e bem mais de US \$ 1 bilhão em multas. Mais do que qualquer outra coisa, a expansão do programa de anistia (leniência) tem sido responsável pelo sucesso que temos tido em rachar cartéis internacionais (tradução livre)

programa foi chamado de *Leniency Policy for Individuals*. Segundo Vladimir Spíndola Silva, o programa de leniência para pessoas físicas tem o seguinte intuito:

Tal política consiste na concessão de leniência a todos os indivíduos que procuram a Divisão – por sua conta própria e no seu interesse pessoal e não como oferta ou a confissão de uma empresa- com o intuito de reportar uma atividade antitruste ilegal da qual a Divisão ainda não tenha sido informada. (SILVA, 2002, p.335).

O DOJ aponta três requisitos para que a leniência individual seja devidamente aplicada. Primeiramente, é preciso que as autoridades não detenham qualquer informação prévia acerca da infração. Além disso, é necessário que as pessoas físicas não tenham coagido outras a participar da conduta e que também não tenham exercido papel de liderança no cartel. Por fim, o último critério diz que o indivíduo deve comprometer-se a cooperar integralmente com as investigações empreendidas pelo órgão da concorrência (GABAN; DOMINGUES, 2010). Nota-se uma diferença no tratamento dado pelos EUA e pelo Brasil em relação à exigibilidade de que o denunciante não seja o líder do cartel. Como foi visto, não existe mais essa exigência na legislação antitruste pátria, além do fato de empresas e pessoas físicas estarem acobertadas - no Brasil - pelo mesmo manto legal no que diz respeito às regras de procedimento do Acordo de Leniência, o que não ocorre nos EUA, que disciplinou a Leniência Corporativa e a Individual de forma apartada.

Vale mencionar também a existência da *Amnesty Plus* no Programa de Leniência americano, semelhante ao programa de Leniência Plus brasileiro, porém que surgiu com outro tipo de justificativa de aplicação. Esse braço do programa de leniência americano teve origem na percepção que as autoridades tiveram acerca da participação de alguns agentes em vários cartéis, não apenas naquele que era o centro da denúncia. Por meio da *Amnesty Plus*, o DOJ passou a incentivar empresas já investigadas pela prática de cartel a tentar Acordo em relação a outro cartel de que é integrante. Dessa forma, o agente não teria a possibilidade de obter o perdão total da pena atinente à infração do primeiro cartel, mas, ficaria isenta das sanções do segundo cartel denunciado, além de ganhar um incentivo de redução da pena quanto ao primeiro cartel cuja denúncia já está em curso. A chance de o agente vir a ter uma atenuação da pena do cartel em que se encontra previamente autuado é o que representa o *plus* do da *Amnesty Plus* americana (RODAS, 2007).

Outro programa de leniência que merece especial atenção é o Europeu. Em 1996, sob inspiração americana, a Comissão Europeia fez editar a Comunicação 96C 207/04 sobre a não imposição de multas ou a redução de seu montante nos assuntos relacionados a acordos entre empresas.

Um dos principais pontos de relevo em relação à experiência europeia é a impossibilidade da União Europeia, por meio da Comissão Europeia, impor e aplicar penas (cíveis e penais) a pessoas físicas, pois apenas os Estados-Membros detêm tal prerrogativa (CÓRDOVA; LOPES, 2008).

O modelo inicial de Leniência implantado na União Europeia também possuía outra característica bastante distintiva em relação a outros programas do mundo. Era previsto um escalonamento das multas aplicadas, pois a concessão não estava restrita apenas ao primeiro agente que denunciasse a infração. O primeiro a denunciar não alcançava automaticamente a leniência total, podendo ficar num patamar entre 75 e 100% de redução da multa, com espaço bastante amplo para a atuação discricionária da Comissão na determinação do percentual efetivo (CÓRDOVA; LOPES, 2008). Interessante reparar que o segundo delator (*latercome*) poderia conseguir reduções que variavam entre 10 e 50%. O Programa europeu aplicou multas que chegaram a 2.240 bilhões de euros no período compreendido entre 1996 e 2002 (SALOMI, 2012).

Em 2002, a Comissão Europeia publicou a Comunicação 2002/C 45/03 em que reformulou seu programa de leniência. Com a mudança, foi reduzida a carga de discricionariedade da Comissão, garantindo maior transparência ao processo de concessão de imunidades para o primeiro que denunciasse o cartel à Comissão.

Antes da reforma do programa, havia a necessidade de que as provas documentais apresentadas fossem decisivas para o desmembramento do cartel, critério que afastava vários agentes da assinatura do Acordo. Após 2002, essa exigência deixou de existir. Passou a ser exigido apenas que o denunciante não tenha sido o instigador ou o líder do cartel. Além disso, foi mantida a possibilidade de redução das sanções ainda que já tenha sido apresentada, anteriormente, uma delação (SALOMI, 2012).

Os resultados numéricos da alteração de 2002 foram bastante perceptíveis no âmbito da Comissão Europeia:

Consoante as autoridades europeias, as alterações no Programa de Leniência tornaram-no bem mais atraente, pois, enquanto nos seis anos de vigência do programa original foram apresentadas à Comissão 80 propostas de acordo, entre 2002 e 2006, foram 167, das quais 87 eram requisições de imunidade plena e 80 de redução de multa. Além disso, dos 87 pedidos de imunidade plena, 50 foram concedidos pela comissão, ao passo que, com o programa original, somente três empresas beneficiaram-se com a imunidade. (SALOMI, 2012, p. 150).

Ainda que se perceba o êxito do programa europeu após as modificações advindas em 2002, outra modificação foi feita em 2006. As mudanças introduzidas em 2006 trouxeram consigo a intenção de fornecer maior celeridade aos trâmites formais de celebração do acordo como um todo. Pode ser citado também como tópico relevante na modificação de 2006, a possibilidade da Comissão determinar que o agente continue a integrar a o cartel, a fim de amealhar provas mais substanciais de suas práticas, além de servir de garantia maior à preservação das investigações realizadas pelo Acordo, no sentido de não alarmar as demais empresas acerca da delação realizada por uma delas.

4.7 REFLEXOS PENAIIS DO ACORDO DE LENIÊNCIA NO BRASIL E SUGESTÕES ÀS INCERTEZAS

Os reflexos administrativos decorrentes da assinatura do Acordo de Leniência no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência já foram bastante explorados. Cabe agora esmiuçar com mais detalhes a imbricada relação do Acordo de Leniência com a seara penal.

Já foi mencionado anteriormente que o art.87 da Lei 12.529/11 trata da extinção da punibilidade relativamente aos crimes contra a ordem econômica constantes na Lei 8.137/90 (arts. 4º e 5º em que é punido o abuso de poder econômico para eliminação da livre concorrência e acordos entre ofertantes com vistas à fixação de preços e quantidades, além dos acordos entre empresas que se encarreguem de controle regionalizado de mercado – cartéis) e demais crimes atrelados à prática de cartel que se encontram na Lei 8.666/93 (art. 90; art. 95; art. 96) e no Código Penal, especificamente no art. 288 que se refere à formação de quadrilha. De acordo com o *caput* do art.87, a celebração do Acordo suspende o prazo prescricional e obsta o oferecimento de denúncia contra o delator. O mesmo art.87 determina, em seu parágrafo único, a extinção automática da punibilidade do agente no que tange os crimes citados.

É perceptível que a maneira como o instituto adentra à seara penal tem vinculada a si uma lógica político-criminal bastante definida. Sabe-se que a reunião de provas substancialmente capazes de compor um conjunto probatório robusto nos crimes de cartel é deveras difícil e, por esse motivo, a autoridade antitruste conta com a delação no âmbito do Acordo de Leniência como um de seus principais instrumentos.

No entanto, a delação como prova na tradição penalista sempre teve sua aceitação atrelada a várias polêmicas. O autor de um crime, imbuído de um sentimento de denunciismo poderia implicar os seus cúmplices por saber que lhe seria improvável uma alternativa que não incluísse a própria condenação. Também seria possível que se valesse de expedientes escusos como a tentativa de incriminação de um terceiro não relacionado à infração a fim de desviar o foco investigativo principal, causando embaraços à efetividade persecutória. O ordenamento jurídico pátrio apresenta diversas circunstâncias em que o autor de um crime poderá colaborar com as autoridades e obter um prêmio que compreende desde reduções em suas penas até o perdão judicial.

Não obstante se éticas as motivações que levam o sujeito a delatar a empreitada criminosa levada a efeito por si e outros coautores, o Estado incrementa, paulatinamente, os institutos premiais com vistas a obter auxílio no esfacelamento de várias condutas criminosas de difícil comprovação. Argumenta-se, no entanto, que ao dar cada vez mais espaço a esse meio de prova, o Estado transmuta seu papel e assume um posicionamento passivo, deixando de agir de maneira ativa e incisiva no cumprimento de seu papel de apurar crimes, na espera que os autores compareçam às autoridades para denunciar. Assim sendo, é gerado um círculo que se retroalimenta constantemente: de um lado tem-se a sofisticação e difícil comprovação dos crimes e do outro se verifica a ineficiência dos instrumentos de que as autoridades investigativas dispõem para dar cabo aos intentos criminosos. As delações, dessa forma, seriam privilegiadas e trariam consigo a marca do comodismo estatal relativamente à implementação de mecanismos fortes de perquirição penal. Por fim, o bojo moral em que estariam envolvidas as condutas de delação guardaria uma incongruência, qual seja, a premiação de um agir reprovável e violador de bens jurídicos eleitos como dignos de defesa pela legislação nacional, apenas em virtude das limitações estatais quanto à dinâmica de investigação e punição de crimes (SALOMI, 2012).

Conforme os argumentos que defendem o dever de relativizar a utilização das delações, não faria sentido a literalidade do art. 45 da Lei 12.529/11 que prevê, em seu inciso segundo, a observância da “boa-fé” do infrator quando da determinação das penas a serem aplicadas contra ele. Tampouco faria sentido a introjeção da “boa-fé” no art.86, §4º, II da Lei 12.529/11, uma vez que ao autor de um crime não seria dada a possibilidade de se valer da boa-fé como atenuante de seu comportamento, essas premissas são apresentadas por Maíra Beauchamp Salomi (2012) que os alia ao raciocínio de outros doutrinadores a exemplo de Carl Mittermayer e Paulo Sérgio Leite Fernandes (SALOMI, 2012).

Guardada a relevância da argumentação feita de maneira a desqualificar a prova obtida por meio de delação, inclusive no âmbito do Acordo de Leniência, vale descortinar o cerne analítico dos apontamentos feitos.

Os pressupostos fáticos de que se parte quando da adoção de um programa de delação, como o Programa de Leniência, por um sistema de defesa da concorrência são bastante eloquentes por si sós. Ora, a livre concorrência é princípio defendido em sede constitucional, ou seja, não constitui um adendo que fornece apenas características saudáveis ao ambiente econômico, ela é, em muitos aspectos, o coração de um sistema econômico nos patamares liberais em que se vive atualmente ao redor do mundo. A defesa da concorrência passa pela utilização de todos os instrumentos disponibilizados aos órgãos antitruste.

Já foram bastante demonstrados os percalços que envolvem a tentativa de desbaratar cartéis nos dias atuais e a experiência internacional deu exemplo cabal de que a criação de um Programa de Leniência transparente, juridicamente compensatório e administrativamente abrangente, é capaz, sim, de incrementar sobremaneira a luta contra os cartéis. Por meio da delação promovida nos Acordos de Leniência, a concorrência passou a ser defendida com escudos mais firmes, ainda que, para tanto, as autoridades tenham de abrir suas guardas e fornecer abrigo a um infrator. Os benefícios da Leniência são sentidos de forma reflexa por toda a sociedade. Após o término dos Acordos, o mercado relevante afetado poderá voltar a ser regido pelas regras que naturalmente levam os sujeitos econômicos a um maior esmero na sua inserção, garantindo preços mais justos aos consumidores, sem os vícios que existem quando

operam de forma concertada. Além disso, vale ainda lembrar as multas aplicadas pelas autoridades de defesa da concorrência e que retornam, *in fine*, para a própria população.

Diante desse quadro, apresentar críticas de maneira a desqualificar e deslegitimar o Acordo com base em supostas rúsgas e incompatibilidades conceituais do instituto com a Moral e com o dever ativo de manutenção do Estado como agente promotor das investigações punitivas de desvios e malfeitos contra a concorrência soa como um argumento pouco generoso e obnubilado pelo excesso de formalismo e rigor desmedido na adoção literal de prerrogativas estatais de fortalecimento seus mecanismos de perquirição. Ibrahim Acácio Espírito Sobral aponta a cultura jurídica ortodoxa brasileira como um entrave à aceitação plena dos efeitos trazidos à reboque do Acordo de Leniência, tendo em vista implicar em delação e concessão de sanções premiais:

A concessão do perdão incomoda aqueles que entendem que, na medida em que as autoridades concedem benefícios a violadores da lei, o aplicador estaria na verdade deixando de cumprir seus deveres. Não caberia, assim, ao aplicador da lei concorrencial (ou mesmo penal) discernir sobre o oportunismo de reduzir ou não a pena. Tal entendimento, para que o acordo de leniência possa se revestir de eficácia, não pode permanecer na cultura jurídica nacional. Algum grau de ponderação dos ganhos e perdas com a assinatura do acordo tem que existir, em prol da preservação da livre concorrência. Os benefícios gozados pelos consumidores em virtude da constatação e punição aos cartéis superariam a necessidade de punição de todos os co-partícipes do segmento cartelizado. (SOBRAL, 2001, p 144).

Outros pontos também são apresentados como alvos de controvérsia no que se refere aos reflexos penais do Acordo. A concessão automática da extinção da punibilidade pelas mãos de uma autoridade administrativa – CADE – enseja questionamentos e há quem advogue, inclusive, sua inconstitucionalidade. Lima e Dall’acqua (2007) introduzem alguns questionamentos de ordem constitucional, amparando sua análise no princípio da indisponibilidade da ação pública incondicionada, que tem o Ministério Público como titular, de acordo com o art. 129, I da Constituição Federal e da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88), segundo os autores:

A inconstitucionalidade reside no fato de que são os órgãos administrativos que tomam as mais importantes decisões em matéria criminal, de forma isolada e automática. Analisam as provas apresentadas, definem qual crime foi cometido, ponderam se a identificação dos co-autores foi adequada, e, por fim, extinguem a punibilidade do ilícito penal. A ilegalidade é evidente, pois a SDE e o Cade não integram o Poder Judiciário e, logicamente, não podem julgar questões penais. [...] A inconstitucionalidade reside no fato de que são os órgãos administrativos que tomam as mais importantes decisões em

matéria criminal, de forma isolada e automática. Analisam as provas apresentadas, definem qual crime foi cometido, ponderam se a identificação dos co-autores foi adequada, e, por fim, extinguem a punibilidade do ilícito penal. A ilegalidade é evidente, pois a SDE e o Cade não integram o Poder Judiciário e, logicamente, não podem julgar questões penais. (LIMA; DALL'ACQUA, 2007).

Apesar do respeito à análise feita pelos mencionados autores, a defesa da inconstitucionalidade do Acordo em vista dos princípios aventados não parece tão sólida. A concessão da extinção da punibilidade é completamente vinculada à observância de um ato jurídico, qual seja, a celebração do Acordo de Leniência. O ato de reconhecer o cumprimento do Acordo de Leniência pelo Tribunal do CADE tem uma consequência jurídica automática – sanção premial - atrelada a si, qual seja, a extinção da punibilidade penal em relação aos crimes contra a ordem econômica cometidos pelo agente delator.

Conforme Mazzucato (2010), a extinção da punibilidade não decorre de um juízo de análise material que destrincha a natureza criminosa da conduta praticada, mas da verificação objetiva da existência de uma causa de extinção – o Acordo eficazmente assinado e cumprido. A extinção não seria, assim, uma construção argumentativa e jurisprudencial levada a efeito pelo Tribunal do CADE, mas a subsunção simples de um ato à sua consequência jurídica. Nesse mesmo sentido, Ana Paula Martinez:

Como se viu, não é o CADE que declara a extinção da punibilidade na esfera penal, mas uma vez declarado cumprido o acordo pela autoridade administrativa, extingue-se *automaticamente* a punibilidade na esfera criminal. Aliás, o ordenamento jurídico traz outras tantas hipóteses de extinção de punibilidade que valem ser mencionadas a título comparativo. O artigo 107, II, do Código Penal prevê como hipótese de extinção da punibilidade a concessão de anistia, graça ou indulto. A primeira destas – a anistia- é especialmente interessante por se tratar de ato do Poder Legislativo com sanção do Poder Executivo, na figura do Presidente da República, que tem por objetivo extinguir a punibilidade de fatos definidos como crimes, em geral crimes políticos. (MARTINEZ, 2013, p.270).

Como mencionado pela autora, outras figuras também levam à extinção da punibilidade sem que sejam emanados diretamente do poder judiciário, a exemplo da anistia, graça ou indulto. Essas espécies de extinção da punibilidade têm relação com o Acordo de Leniência na medida em que todas elas dialogam de maneira efetiva com a Política Criminal. É por medida de Política Criminal que o Acordo de Leniência opera suas sanções premiais (em âmbito administrativo e penal) e que as outras modalidades de extinção são postas em prática no ordenamento jurídico nacional. Em reflexão acerca desse viés de aplicabilidade das extinções, Paolo Zupo Mazzucato leciona que:

Há outras causas de extinção da punibilidade relacionadas a atos do Poder Executivo, tais como a graça e o indulto, ou deste em conjunto com o Poder Legislativo, a exemplo da anistia. Há quem afirme que a delação premiada, por se referir a aspecto de política criminal, e não à realização do tipo, tem sido tratada como redução de pena, e não como causa de extinção da punibilidade [...] é por razões de política penal que a anistia, a graça e o indulto promovem a extinção da punibilidade. (MAZZUCATO, 2010, p. 196).

Após o cumprimento do Acordo de Leniência e da sua submissão ao Tribunal do CADE com a consequente chancela para que sejam aplicados os benefícios da Leniência ao signatário, o Ministério Público é convocado para que ofereça denúncia em relação aos demais agentes integrantes do cartel delatado. No entanto, a presença do Ministério Público durante a fase de elaboração do acordo não é prevista pela Lei 12.529/11. Alguns autores criticam a ausência do *Parquet* nos trâmites de celebração do Acordo de Leniência. Nesse sentido se posicionam Gaban e Domingues (2009).

Caso fosse de fato posta em prática a sugestão que pede pela participação do Ministério Público no deslinde do Acordo de Leniência ainda seria aceso o debate acerca de qual órgão realmente seria detentor dessa competência, se o Ministério Público Federal ou os Ministérios Públicos Estaduais. Essa competência se mostra confusa não só na hipótese de permissão do Ministério Público como interveniente do Acordo, mas também na própria investigação e denúncia dos crimes de cartel como um todo (GABAN; DOMINGUES, 2009).

Nada obstante o silêncio da Lei 12.529/11 quanto à participação do Ministério Público, percebe-se na dinâmica interna aplicativa do Acordo pelo CADE a construção de uma parceira extralegal entre a Superintendência-Geral e o *Parquet* (federal e estadual em alguns casos) quando da formulação e assinatura do Acordo de Leniência. Essa tem sido uma alternativa interessante, fruto da prática do Gabinete da Superintendência-Geral do CADE, e bastante aceita e procurada pelos signatários, pois a ciência do Ministério Público dos termos pactuados teria o condão de mantê-lo vinculado às condições ali firmadas.

Uma análise que não pode ser olvidada é a que se debruça sobre a modificação legislativa introduzida pela Lei 12.529/11, em seu art. 87 *caput*, em relação ao seu dispositivo correspondente na Lei 8.884/94. A nova lei trouxe, especificamente, o crime de formação de quadrilha como conduta ilícita atrelada ao cartel, propiciando, assim, a extinção da punibilidade também em relação a ele. Essa reparação veio em atenção a

uma estratégia muito utilizada pelo Ministério Público durante a vigência da Lei 8.884/94 que era o oferecimento de denúncia em relação ao proponente do Acordo de Leniência em relação à prática de formação de quadrilha (art.288 do Código Penal). Por meio dessa brecha, ficava prejudicada a integralidade dos benefícios penais oferecidos pelo instituto da Leniência. Também é possível verificar que o legislador teve cuidado ao atrelar os ilícitos da Lei de Licitações como necessários para a formação de alguns tipos de cartel (TAUFICK, 2012).

Toda a celeuma trazida à tona pela análise de um único artigo da Lei 12.529/11 (art.87) que adentra mais incisivamente à seara penal encontra respaldo na convivência nem sempre harmoniosa do sistema de jurisdição que se encontra em vigor no País e as estruturas administrativas dotadas de algum poder decisório. O primeiro tipo de jurisdição, implementado com o advento da República, é chamado de sistema da unidade da jurisdição e sua observância acarreta a percepção de que apenas decisões oriundas do Poder Judiciário fazem coisa julgada. O segundo modelo, é o sistema da dualidade da jurisdição, nesse sistema a jurisdição é compartilhada entre o judiciário e os tribunais administrativos. A Constituição de 1988 assentou a adoção do sistema da unidade ou monopólio da jurisdição por meio de seu art.5º, XXXV, em que prevê o mencionado princípio da inafastabilidade da jurisdição (MENDES, 2012).

Por meio desses sistemas tem-se a forma como o direito irá tentar se equilibrar entre as tendências de administrativização e judicialização dos seus institutos. Observa-se, nos últimos anos, a gradativa escalada da judicialização das decisões emanadas pelo CADE. Sob o manto argumentativo de que as decisões do CADE são inquinadas de insegurança jurídica, o Ministério Público e as partes, por vezes, terminam se valendo de todos os caminhos legais para contestar a validade das sentenças do Conselho. Notadamente, em relação ao CADE, suas decisões não podem ser questionadas por outros órgãos da administração pública, conforme leitura do art. 9º,§2º da Lei 12.529/11, mas podem ser alvo de questionamento judicial.

Esse movimento de judicialização é verificado, especialmente, em análises de fusões e aquisições, não recaindo de forma tão direta sobre decisões em Acordo de Leniência. No entanto, cabe a ressalva, uma vez que qualquer tendência de relativização da autoridade do órgão, assim como de seus julgamentos, pode influenciar sobremaneira o caminhar de qualquer programa chancelado e promovido por ele, como o Acordo de

Leniência. No tocante aos números da judicialização das decisões do CADE, Gilmar Ferreira Mendes cita que:

Nos últimos anos, houve considerável aumento do número de decisões do Cade submetidas ao Judiciário. De acordo com o relatório anual do próprio Conselho, o número de ações, recursos e incidentes envolvendo o Cade, entre os anos de 1994 a 2007, cresceu gradativamente. Em 1994, tinham-se quatro ações; em 1997, vinte e seis ações; em 1998, quarenta e seis ações; em 2003, duzentas e vinte e três ações e, finalmente, em 2007, quatrocentas e sessenta ações. A título de comparação, ressalte-se que o órgão responsável pela análise concorrencial da maior economia da Europa, a Alemanha, teve praticamente o mesmo número de decisões submetidas à Justiça que o Brasil até o ano de 2007. Em 2007, porém, o órgão brasileiro chegou a ter números quase três vezes maiores de casos submetidos à Justiça do que seu similar alemão. (MENDES, 2012, p. 18).

Como se depreende da citação do ministro Gilmar Mendes, é bastante crescente a tentativa de judicialização das decisões administrativas emanadas pelo CADE. É preciso que seja respeitada a independência e autonomia do Conselho e que setores do judiciário brasileiro aceitem e incorporem a relevância da preservação da livre concorrência e amparem todos os mecanismos aptos a tornar essa empreitada cada dia mais vívida e eficaz. As decisões administrativas do CADE não gozam de maior prestígio do que as decisões judiciais, no entanto, devem ser respeitadas no âmbito de sua competência e, sendo saudável a judicialização de alguns casos sempre que houver desrespeito a direitos e garantias, servindo, assim de veículo para a maior segurança jurídica das sentenças do Conselho (FRANCESCHINI; GABAN, 2008). No entanto, deve ser vista com atenção as tentativas de judicialização que, visivelmente, tenham por fulcro o enfraquecimento do órgão antitruste.

A criminalidade econômica, como dito em capítulos anteriores, é rapidamente mutável e enseja o engajamento do direito no sentido de se adaptar à gradual sofisticação das práticas potencialmente violadoras de bens jurídicos e de princípios constitucionalmente assentados. Assim, uma teia de instrumentos com o intuito de burlar investigações e garantir maiores lucros às empresas pode estar em gestação neste exato momento, por exemplo, e o direito terá que responder de maneira efetiva a essas pressões.

Nesse sentido, o fortalecimento da aplicação do Acordo de Leniência e o incremento da construção de uma cultura em que haja maior abertura aos Tribunais Administrativos (sem perder de vista o respeito a princípios como o Devido Processo e a Legalidade) parece ser, ao menos sob a ótica do Direito Concorrencial e Econômico

por via reflexa, o caminho mais direto para a salvaguarda de bens jurídicos protegidos e tutelados por uma rede normativa que começa na Constituição, em seu art. 170, e desce à legislação infraconstitucional, notadamente nas Leis 8.137/90, 12.529/11, 8.666/94 e no próprio Código Penal.

Assim, o Direito Administrativo Sancionador, materializado na autoridade antitruste do CADE, por meio de sua estrutura e órgãos internos, se mostra capaz de fornecer decisões legítimas e técnicas, além de soluções rápidas na defesa da livre concorrência. O Direito Penal deve manter seu caráter subsidiário, permanecendo como *ultima ratio* frente à possibilidade de serem privilegiados institutos de outra natureza que tenham sua eficácia comprovada e seus reflexos penais tomados como necessários para sua própria *ratio essendi* e eficácia.

Ao sistema de jurisdição una, por sua vez, deve ser atrelado o reconhecimento da patente eficácia e utilidade do Programa de Leniência para a defesa da concorrência no Brasil, a fim de que não sejam embaraçadas as suas decisões, quando em visível acordo com os preceitos legais que lhe forem cabíveis, em vias judiciais por meio de subterfúgios que venham a enfraquecer sua importância e aplicabilidade, a exemplo da utilização da brecha relativa ao crime de formação de quadrilha entre o beneficiado pela extinção da punibilidade pela celebração do Acordo de Leniência e os integrantes do cartel quando da vigência da Lei 8.884/94.

É necessário também apontar sugestão acerca da possibilidade de mudança na extensão dos efeitos do Acordo de Leniência também ao segundo ou outros que vierem a denunciar a conduta infracional à autoridade antitruste. O sistema europeu dá exemplo a esse respeito, gerando em torno dessa simples modificação um clima muito mais ávido pela colaboração com vistas à denúncia e à cessação de práticas de cartel.

Vê-se também a necessidade de que não sejam incentivados caminhos paralelos à lógica interna da leniência, de maneira a elaborar uma forma de diálogo entre as ações civis indenizatórias demandadas na justiça e os beneplácitos dados ao delator. Essa via de reparação na esfera judicial contra a figura do signatário termina se portando como uma das vias alternativas que enfraquecem o instituto. A extinção das sanções administrativas e penais deveria ter a companhia do estabelecimento do fim da responsabilidade solidária existente entre o signatário do Acordo os demais membros do

cartel denunciado. De tal forma, o agente seria responsabilizado pelo pagamento, na esfera cível, do dano causado por si e não mais por todos os membros do cartel.

Dotar do Acordo de Leniência de maiores atrativos é um meio de torná-lo mais corriqueiro na cultura concorrencial brasileira e isso também passa pela possibilidade do infrator ter a seu favor isenções em relação a outras condutas de cunho administrativo, em especial em cartéis de licitação. Nesses casos, a apuração de infrações administrativas de outra ordem que não a essencialmente concorrencial é cuidada, como já mencionado, na esfera da Lei 12.846/13 – Lei Anticorrupção –, ficando a cargo dessa lei a promoção do seu próprio Acordo de Leniência junto, principalmente, à Controladoria-Geral da União e ao Tribunal de Contas da União, cabendo, nessa esfera, participação colaborativa do CADE (MARTINEZ, 2013).

Também vale a pena ser apresentada a necessidade de que o processo relativo ao Acordo de Leniência seja mais célere, pois a morosidade entre a proposta de acordo e o julgamento acerca do seu cumprimento ou não, com as consequentes extinções punitivas, vem demorando alguns anos e servindo de claro desestímulo aos proponentes. Muitas vezes essa demora leva ao vazamento de uma ou outra informação, alarmando os demais membros que estão sendo incriminados e também o mercado em si.

Por fim, quanto ao papel do Ministério Público durante o trâmite de celebração do Acordo de Leniência, vislumbra-se, após as reflexões apresentadas nesse sentido, que ela já é promovida, informalmente, pela Superintendência-Geral do CADE e solicitada pelas partes que esperam, dessa forma, contar com maior segurança a partir da anuência do órgão ministerial a respeito dos termos do Acordo. Assim, não representaria um óbice ou entrave a presença formal do Ministério Público na fase de negociação e assinatura do Acordo a fim de reafirmar o cumprimento de direitos e garantias, excetuando-se a utilização, por parte do Ministério Público, do conjunto probatório apresentado pelo proponente como instrumento capaz de ensejar denúncia criminal contra as pessoas ali mencionadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento da ideia de liberdade como se tem nos dias atuais foi fenômeno sobre o qual se debruçaram diversos filósofos, políticos e até alguns mártires. A livre concorrência, como palco de manifestação das liberdades sobre o campo econômico, é de importância fundamental para o funcionamento saudável da economia, considerando os padrões capitalistas em que se vive. Para que a livre concorrência se firmasse como norte a ser buscado e patamar essencial de operacionalidade do agir dos sujeitos no mercado, um caminho longo histórico foi percorrido. Modelos de Estado foram suplantados por meio dos anseios de mudança e de congregação de maiores garantias individuais e coletivas à vida que se tinha. Sabe-se que é de fácil interligação a garantia de um ambiente em que todos os sujeitos possam livremente se inserir e livremente desenvolver suas práticas econômicas e a melhoria de qualidade e garantia de menores preços aos destinatários finais dos produtos por eles produzidos. Desta forma, a passagem de um Estado promotor dos monopólios e controlador das liberdades para um Estado que garanta, implemente e incentive a livre concorrência representa uma mudança substancial na vida de toda população. O incremento dessas liberdades, notadamente a de concorrência, se dá por meio da Política Econômica defendida pelo Estado.

O Estado Democrático de Direito, lastreado pela Constituição Federal de 1988, revela sua consideração à Economia por meio dos dispositivos constitucionais que compõem o que se convencionou chamar de “Constituição Econômica”. Encontra-se na Carta Magna o estabelecimento de princípios que devem inspirar a Ordem Econômica, espaço de garantias em que a livre concorrência não é olvidada. A fim de que se possa fornecer condições reais de concretização da livre concorrência no mercado nacional, uma política eficaz de defesa da concorrência deve ter lugar. Neste sentido, o Brasil caminhou, por vários anos, entre tentativas de organização de seu sistema de defesa da concorrência. Foi visto que, apesar dos louváveis intentos empreendidos ao longo de várias décadas, apenas com a Lei 8.884/94 é que o País passou a ter a seu favor um verdadeiro sistema de defesa da concorrência, que foi melhorado através da Lei 12.529/11.

As infrações contra a Ordem Econômica apresentam caráter dúplice, são punidas na via administrativa e também são tipificadas como crimes pela legislação extravagante e até mesmo pelo próprio Código Penal. Assim sendo, é condição necessária que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência disponha de mecanismos capazes de lidar com as ambiguidades desses malfeitos. Nessa esteira, pode-se dizer que a Política Econômica empreendida pelo Estado e materialmente expressa por meio de dispositivos de leis como a 12.529/11 conversa estreitamente com a Política Criminal. Uma vez que o Estado avoca como uma de suas prioridades o combate aos crimes contra a Ordem Econômica, ele revela seus ditames de Política Econômica e de Política Criminal, pois pune administrativamente as infrações e promove a persecução penal com aplicação das devidas sanções criminais quando da verificação do cometimento dos atos tipificados como violadores da supramencionada ordem. Para a concretização desses intentos punitivos, o Estado dispõe do chamado Direito Antitruste Sancionador e do Direito Penal Econômico.

Sem muitos embaraços, pode-se perceber, por meio do presente trabalho, que os cartéis representam uma das mais graves lesões à livre concorrência. Dentro da lógica infracional e criminosa abarcada pelos cartéis, verifica-se o agrupamento de diversas condutas a serem combatidas, dada a sua capacidade de inquinar e ferir mortalmente a livre concorrência. Assim, os agentes se valem de seu poder econômico de mercado e passam a operar de forma voraz com o intuito de maximizar seus lucros, por meio da burla à dinâmica concorrencial quando do conluio com seus competidores, no sentido de fechar acordos que garantam mútuos benefícios, no lugar do saudável embate pela conquista de seu mercado. Foi visto que os cartéis reúnem uma complexa articulação de práticas escusas ao seu redor e que a forma como essas práticas se apresentam é também um mecanismo útil para a classificação de seus diversos tipos. Assim, o trabalho chegou aos cartéis em licitações.

Divisão e distribuição de mercado relevante entre os concorrentes, apresentação de propostas fictícias, rodízios e supressão de propostas foram apontados como grandes sinais de que um certame licitatório estaria sofrendo influências de um cartel. No entanto, os cartéis em licitação, talvez ainda mais do que os outros, guardam consigo a marca da sigiliosidade dos acordos entre seus membros. Com o intuito de desbaratar não apenas os cartéis em licitações, mas todos os outros, a autoridade antitruste brasileira (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) precisa contar com mecanismos fortes

e competentes, neste sentido surgiu o Programa de Leniência que introduziu o Acordo de Leniência, instituto transplantado da tradição antitruste norte-americana que consiste no estímulo à delação da prática de cartel por um de seus integrantes, com o oferecimento do abrandamento ou extinção das sanções administrativas e penais ao denunciante.

O estímulo à prática do Acordo de Leniência vem pelo reconhecimento de que, por mais sofisticados que sejam os métodos investigativos à disposição do Estado com vistas a extinguir os cartéis, eles sempre serão insuficientes e pouco efetivos, uma vez que os cartéis são operados de maneira a esconder seus indícios, além de demandar conhecimento de mercado e perspicácia analítica por parte das autoridades, a fim de que estejam sempre sensíveis a qualquer oscilação suspeita na dinâmica concorrencial. Assim sendo, chega-se à percepção de que o Acordo de Leniência não é apenas uma via alternativa fornecida ao Estado incapaz de por em prática de forma eficiente seu aparato investigativo, mas um importante meio a ser estimulado, pois garante às autoridades acesso a um conjunto probatório extremamente rico e que dificilmente chegaria ao conhecimento das autoridades senão por meio da própria denúncia.

A celebração do Acordo de Leniência é rodeada de requisitos. Quando cumpridos satisfatoriamente, o Acordo poderá ser assinado entre o CADE e o proponente. A prática de delação por meio do oferecimento de uma sanção premial não deve passar pelo crivo que a observa sob o ângulo moral. Situar as críticas ao instituto nesse patamar de análise não se coaduna com a base argumentativa jurídico-econômica utilizada até aqui. Além do mais, imprimir uma pecha negativa ao denunciante, por incriminar seus comparsas na empreitada delitiva, seria fechar as portas às tentativas de desvinculação e arrependimento de um agente em relação à conduta desviante cometida.

Foi visto que o Acordo de Leniência se torna mais atraente quando é dotado de maior transparência em relação à sua celebração e quando cooperar com a autoridade antitruste se mostra mais viável e lucrativo do que permanecer delinquindo. Por conseguinte, percebe-se que a adoção de sanções administrativas de grande monta e grandes efeitos, assim como a tipificação da conduta também na esfera penal são caminhos inexoráveis para que o programa seja bem sucedido.

A sigilosidade é uma característica fundamental do Acordo de Leniência e precisa, ser implantada com firmeza. Por conta desse fator, é difícil perceber como o

Acordo se estrutura materialmente. Como forma de ilustrar a aplicabilidade do Acordo de Leniência, o presente trabalho se valeu do Histórico da Conduta celebrado pela Setal/SOG e tornado público pelo CADE e MPF/PR no âmbito da Operação Lava-Jato. A deflagração da Operação Lava-Jato vem descortinando um dos maiores escândalos de corrupção, lavagem de dinheiro e crimes econômicos (a exemplo dos cartéis em licitação) já presenciados no País. Assim sendo, o Acordo de Leniência firmado pelo grupo Setal Engenharia se mostra extremamente válido e útil para que se tenha condições de apurar e punir aqueles que deram causa a enormes fraudes por meio de cartéis em licitações da Petrobras.

Por fim, tendo em vista a atual realidade do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, com números cada vez mais crescentes de investigações e punições, vislumbra-se que o Acordo de Leniência nos atuais moldes se apresenta de maneira exitosa, ajudando a formar uma cultura de defesa da concorrência no País. As decisões exaradas pelo CADE devem ser respeitadas na esfera administrativa, por força de Lei, e apenas judicializadas quando em patente desconformidade com princípios e garantias constitucionais que também sejam aplicadas ao Processo Administrativo. A extinção da punibilidade penal, acarretada após o julgamento do Acordo pelo Tribunal do CADE, é realizada em conformidade com a Lei 12.529/11 e se mostra como um importante pilar em que o Programa de Leniência se sustenta.

Assim sendo, é preciso que o Programa de Leniência aprimore alguns de seus pontos falhos, quais sejam, a morosidade para a finalização do processo que culminará com o julgamento do Acordo pelo Tribunal do Conselho, uma vez que o lapso temporal entre a assinatura e a colheita final dos benefícios do instituto ainda é consideravelmente grande e calculado na escala de anos. Outro ponto que merece reflexão é a plena possibilidade de responsabilização do delator na esfera cível, uma vez que responde solidariamente com os outros envolvidos no cartel pelos atos cometidos. No mais, cabe ainda falar da possibilidade de participação do Ministério Público durante a fase de celebração do Acordo, ainda que de forma limitada à verificação do cumprimento de direitos e garantias, assentindo com os termos do Acordo e dotando –o de mais segurança. Desta forma, percebe-se que o Programa de Leniência tomará rumo em direção a uma maior aplicabilidade, tornando-se, cada vez mais, um veículo essencial na recente cultura antitruste nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Bernardo Augusto Teixeira de. A constituição econômica: breve síntese. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13020>. Acesso em 20 de junho de 2014.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Atlas: 2006.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**, 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

ARISTÓTELES. **Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

BERLIN, Isaiah. **Ideias políticas na era romântica. Ascensão e influência no pensamento moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.pdf>. Acesso em: 10 de jan. de 2015.

CADE. **Histórico da conduta**. 2015. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/HC%20Vers%C3%A3o_P%C3%BAblica.pdf>. Acesso em: 21 de mar. de 2015.

_____. **Regimento interno do conselho administrativo de defesa econômica**. Brasília, 2012. Disponível em: <[http://cade.gov.br/upload/Resolucao_1_2012_RICADE\(2\).pdf](http://cade.gov.br/upload/Resolucao_1_2012_RICADE(2).pdf)>. Acesso em 06 de fev. de 2015.

_____. **Resolução n. 20**. Brasília, 1999. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?6aca4dd358b679d161e2>>. Acesso em: 15 de jan. de 2015.

CARLTON, Denis e PERLOFF, Jeffrey. **Modern industrial organization**. Essex: Pearson/Addison Wesley, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

CASTELO BRANCO, Fernando. Reflexões sobre o Acordo de Leniência: moralidade e eficácia na apuração de crimes de cartel. In: **Crimes Econômicos e Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate**. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/premios/premios-1/premios/viii-premio-seae-de->

monografias-edicao-2013/monografias-premiadas-em-edicoes-anteriores>. Acesso em: 24 de jan. de 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável Direito Econômico. *In: Ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978.

CONSTANT, Benjamin. “Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos”. *In: Filosofia Política*. Porto Alegre: L&PM Editores, 1985.

CÓRDOVA, Danilo Ferraz; LOPES, Mariana Rebuszi Sarcinelli. Política de combate a cartéis: os acordos de leniência, o termo de compromisso de cessação e a Lei nº 11.482/2007. **Revista de Direito da Concorrência**. Brasília, n. 18, 2008.

CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. A sanção premial no direito econômico. **Revista do CAAP**, Belo Horizonte, ano VII, n. 11, p. 145-164, 2004.

FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer. Direito Econômico do Desenvolvimento e Direito Humano ao Desenvolvimento. Limites e Confrontações. *In: Direitos Humanos Coletivos e Desenvolvimento: avanços e impasses*. João Pessoa: 2013.

FERNANDEZ, Miguel Bajo. **Direito penal económico aplicado a la actividad empresarial**. 1ed. Madrid: Civitas 1978.

FERRARI, Eduardo Reale. Legislação Penal Antitruste: direito penal econômico e sua acepção constitucional. *In: Direito Penal especial, processo penal e direitos fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 5ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

FONSECA, Mariana Martins de Castilho. **Uma análise da contribuição do Funcionalismo de Claus Roxin à Teoria da Ação**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. n.54, p.157-178. Belo Horizonte: 2009.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 5.ed.rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; GABAN, Eduardo Molan. O CADE e a justiça: preocupação real? **Valor Econômico**, 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/485693>>. Acesso em: 15 de mar. de 2015.

_____, José Inácio Gonzaga. **Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2000.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste: combate a cartéis**. São Paulo: Saraiva, 2009

_____, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Investigações de cartel no Brasil: parâmetros constitucionais e considerações sobre aplicação da teoria dos efeitos. **Revista do IBRAC- Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo, n. 17, p. 125-146, 2010.

GALARZA, César Montaña. Concepto y campo problemático del Derecho Económico. *In: Foro Revista de Derecho*. nº4. Quito, 2005.

GALVÃO, Fernando. **Política Criminal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

GILBERTO, André Marques. **O processo antitruste sancionador**. 2009. 302f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2009.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

HAMMOND, Scott D. **Fighting Cartels – why and how?** Lessons common to detecting and deterring cartel activity. 2000. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/6487.htm>>. Acesso em: 10 de fev. de 2015

LIMA, José Luís Oliveira; DALL'ACQUA, Rodrigo. **A inconstitucionalidade do Acordo de Leniência**. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-jun-01/inconstitucionalidade_acordo_leniencia>. Acesso em: 08 de mar. de 2015.

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

MATTOS, César. Evolução institucional da defesa da concorrência no Brasil: a reforma do CADE. *In: Regulação e Agências Reguladoras – Governança e Análise de Impacto Regulatório*. RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/divulga/public/Regulacao.pdf>>. Acesso em: 05 de fev. de 2015.

MAZZUCATO, Paolo Zupo. Acordo de leniência: questões controversas sobre o art. 35-C da Lei Antitruste. **Revista do IBRAC**. São Paulo, n. 17, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: RT, 2006.

MENDES, Gilmar. CADE e o Poder Judiciário. *In: Direito Econômico e Social*. RODAS, João Grandino (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Portaria SDE n.51, de 03 julho de 2009**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sde/>>. Acesso em: 25 de jan. de 2015.

_____. **Combate a cartéis e programa de leniência**. Brasília: Imprensa Oficial, 2009b.

_____. **Combate a cartéis em licitações**. Brasília: Imprensa Oficial, 2008.

MONCADA, Luís Solano Cabral. **Direito Econômico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NUNES, António José Avelãs. **Uma Introdução à Economia Política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica – o controle da concentração de empresa**. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico**. 2ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OCDE. **Use of markers in leniency programmes**. Paris, 2014. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>>. Acesso em: 23 de jan. de 2015.

_____. **Collusion and corruption in public procurement**. Paris, 2009a. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf>>. Acesso em: 22 de jan. de 2015.

_____. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**. Paris, 2009b. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>>. Acesso em: 23 de jan. de 2015.

POLATO, Amanda; D'AGOSTINO, Roseanne. Operação Lava-Jato completa um ano com 82 réus e 11 condenados. **G1**, 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2015/03/operacao-lava-jato-completa-um-ano-com-82-reus-e-11-condenados.html>>. Acesso em: 25 de mar. de 2015.

RIBEIRO, Amadeu; NOVIS, Maria Eugênia. Programa brasileiro de leniência: evolução, efetividade e possíveis aperfeiçoamentos. **Revista do IBRAC**, São Paulo, n. 17, p. 147-168, 2010.

RODAS, João Grandino. Acordos de Leniência em direito concorrencial. Práticas e recomendações. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 862, p. 22-33, 2007.

RODRIGUES, Eduardo Henrique Krue. **As isenções antitruste a cartéis de exportação: perspectivas do outro lado da fronteira**. Brasília, 2013. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/6827/1/2013_EduardoHenriqueKrueRodrigues.pdf>. Acesso em: 20 de jan. de 2015.

ROSENBERG, Bárbara; BERARDO, José Carlos da Matta; EXPOSTO JÚNIOR, Marcos Antônio T. Os Cartéis na legislação concorrencial brasileira: teoria e prática *In: Análise Contemporânea*. VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2009.

ROXIN, Claus. **Política Criminal y sistema del derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. A paralisia do Antitruste. *In: Estudos de Direito Econômico e Economia da Concorrência*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

_____, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SALOMI, Maíra Beauchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais**. 2012. 293f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2012.

SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. Coimbra: Almedina, 2008.

SCHIEBER, Benjamin M. **Abusos do poder econômico (Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos EUA)**. São Paulo: RT, 1966.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SILVA, Vladimir Spíndola. O instituto da leniência no direito antitruste norte americano. **Revista do IBRAC**, São Paulo, vol. 9, n. 1, p. 323-345, 2002

SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. O acordo de leniência: avanço ou precipitação? **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 8, n.2, p. 131-146, 2001.

SORTO, Fredys Orlando. “O projeto jurídico de cidadania universal: reflexões à luz do direito de liberdade”. **Anuário hispano-luso-americano de derecho internacional**, vol.20, p.103-126, 2011.

SOUZA, Washington Albino de. Direito Económico. **Primeiras Linhas de Direito Económico**. 4ed. São Paulo: LTr, 1999.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova lei antitruste brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

VAZ, Isabel. **Direito Económico da Concorrência**. Rio de Janeiro: 1993.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A Intervenção do Estado no domínio económico – o Direito Público Económico no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ANEXO

Regras do Cartel em formato de campeonato de futebol (fonte: Histórico da Conduta – CADE- 2015)

CAMPEONATO ESPORTIVO

1. Definição

Vem a ser uma competição anual com a participação de 16 equipes, estruturadas sob uma liga, que se enfrentarão entre si e com terceiros, cabendo ao vencedor uma premiação a cada rodada, definida aqui como sendo um TROFÉU.

2. Objetivo

A competição visa a preparação das equipes para competições nacionais e internacionais, objetivando sempre a obtenção de recordes e melhoria dos prêmios.

3. Premissas/Regras da Competição

- *As competições passadas serão arquivadas e não mais usadas como referencia.*
- *Todas as equipes que irão competir terão seus tempos, recordes, Etc., zerados.*
- *Um novo marco zero será definido pelas equipes.*
- *É imperativo que entre as equipes haja bom senso e confiança mútua, ou seja, deverão estar comprometidos com a competição e dela serem fiadores.*
- *Caso uma equipe não concorde com a sequencia das competições, as demais equipes deverão colaborar para que se chegue a um consenso.*

- *Quando do encontro das equipes para definição da tabela e da apuração do resultado das competições, a mesma deverá estar representada somente por um LIDER, que tenha representatividade e que tenha poderes de decidir e cumprir com o acordado.*
- *No primeiro encontro das equipes o LIDER deverá indicar um "suplente", que tenha a mesma representatividade do LIDER, e que só poderá ser substituído após a anuência da maioria das equipes.*
- *As competições serão disputadas sempre por 16 equipes. Caso alguma equipe não seja classificada para a competição a mesma estará automaticamente fora da rodada.*
- *Para competir em campeonatos paralelo deverá haver a participação de no mínimo 2/3 das 16 equipes que compõem essa Liga, ficando os pontos ganhos contabilizados na competição principal.*
- *A tabela da competição deverá ser elaborada no mínimo para 02 anos e ser atualizada sempre que haja mudanças e/ou incremento de jogos. Para atualizá-la deverão ser eleitos 03 dirigentes*
- *Os 03 dirigentes eleitos no item anterior também deverão controlar o placar e o resultado das competições.*
- *É necessário que seja previsto/planejado competições para categorias inferiores.*

3

- *As equipes participantes de uma determinada rodada, deverão honrar as regras do certame, mesmo que não seja a vencedora.*
- *Deverão participar de cada rodada no mínimo 06 equipes, que terão que ter atuação extremamente ativa e competitiva.*
- *Nas rodadas anuladas e/ou canceladas a equipe prejudicada poderá ter prioridade em uma próxima rodada, desde que não coloque em risco as competições.*
- *Nas rodadas perdidas as equipes prejudicadas poderão ter mais uma chance desde que não coloque em risco as competições.*