

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

BEATRIZ AFFONSO CARLANTONIO AMORIM

**A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS DE LENIÊNCIA NO ÂMBITO DO CONSELHO
ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - (IN) CONSTITUCIONALIDADES,
EFEITOS E CONTROVÉRSIAS**

**Rio de Janeiro
2020/PLE**

BEATRIZ AFFONSO CARLANTONIO AMORIM

**A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS DE LENIÊNCIA NO ÂMBITO DO CONSELHO
ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - (IN) CONSTITUCIONALIDADES,
EFEITOS E CONTROVÉRSIAS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito de graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Cezar Augusto Rodrigues Costa**.

**Rio de Janeiro
2020/PLE**

CIP - Catalogação na Publicação

AB369c Affonso Carlantonio Amorim, Beatriz
A celebração de acordos de leniência no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - (In)constitucionalidades, efeitos e controvérsias / Beatriz Affonso Carlantonio Amorim. -- Rio de Janeiro, 2020.
661 f.

Orientador: Cezar Augusto Rodrigues Costa.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Leniência. 2. Acordos. 3. Inconstitucionalidade. 4. Penal. 5. CADE. I. Augusto Rodrigues Costa, Cezar, orient. II. Título.

BEATRIZ AFFONSO CARLANTONIO AMORIM

**A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS DE LENIÊNCIA NO ÂMBITO DO CONSELHO
ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - (IN) CONSTITUCIONALIDADES,
EFEITOS E CONTROVÉRSIAS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito de graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Cezar Augusto Rodrigues Costa**.

Data de Aprovação: ____/____/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

**Rio de Janeiro
2020/PLE**

AGRADECIMENTOS

Recepcionar e cuidar do conhecimento faz parte do meu propósito vital e sem o pleno conhecimento de Cristo em mim isso jamais seria possível de maneira tão plena e íntegra. Aos meus pais, Nelson e Norma, por me forjarem tão bem para a vida e por me ensinarem os valores eternos de amor, família e integridade. Às minhas irmãs Amanda e Débora pelo companheirismo da vida e aos meus sobrinhos Kaique, Arthur, Vitória e Miguel por alegrarem tanto a vida nesses momentos turbulentos. Ao Jurídico da LafargeHolcim Brasil, principalmente às minhas gestoras queridas, Ana Albertino e Débora de Paula, por terem investido em uma estagiária faminta por conhecimento e novas perspectivas e por despertarem em mim a paixão pela interdisciplinaridade entre o antitruste e o contencioso. Ao meu querido orientador, César Augusto, que me orienta desde o início da faculdade para além de um projeto da vida acadêmica, me incentivando e me colocando na frente das circunstâncias, mas sempre por perto. A todos os meus amigos, sem exceção, que se fizeram presentes durante a confecção do presente trabalho: estão todos guardados em minha memória e em meu coração.

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo evidenciar os acordos de leniência celebrados no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e demonstrar, em momentos distintos: (i) a verificação da natureza jurídica e da constitucionalidade da celebração do ato, abrangendo a controvérsia acerca da extinção da punibilidade do colaborador; e (ii) a verificação dos efeitos após a celebração do acordo, com um recorte dos principais casos de celebração no âmbito do CADE nos últimos seis anos.

Palavras-chave: Acordo, leniência, punibilidade, pessoa jurídica, CADE.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to highlight the leniency agreements entered into within the scope of the Administrative Council for Economic Defense (CADE) and to demonstrate, at different times: (i) the verification of the legal nature and constitutionality of the conclusion of the agreement, covering elimination of the possibility of punishment; and (ii) the verification of the effects after the conclusion of the agreement, with an outline of the main cases of celebration within the scope of CADE in the last six years.

Keywords: Agreement, leniency, punishment, legal entity, CADE.

LISTA DE SIGLAS

ARDCs	Ação De Reparação De Danos Decorrentes De Cartel
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
RiCade	Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
POF	Pesquisa de Orçamentos Familiares

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Condenações por prática de cartel no âmbito do CADE em 2020.....	26
Figura 2 - Condenações por prática de cartel no âmbito do CADE em 2019.....	27
Figura 3 - Condenações por prática de cartel no âmbito do CADE em 2018.....	27
Figura 4 - Condenações por prática de cartel no âmbito do CADE em 2017.....	27
Figura 5 - Condenações por prática de cartel no âmbito do CADE em 2016.....	28
Figura 6 - Condenações por prática de cartel no âmbito do CADE em 2015.....	28
Figura 7 – Acordos de Leniência Assinados, Aditivos e Pedidos de Leniência Plus de Empresas.....	36
Figura 8 - Acordos julgados no âmbito do conselho administrativo de Defesa Econômica em 2017-2018.....	37
Figura 9 - Despesa média mensal familiar por classes de rendimento.....	38

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Verificação de consumo por renda familiar.....	33
---	----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 – ELEMENTOS DE PRÉ-COMPREENSÃO: VERIFICAÇÃO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA EM UM PANORAMA HISTÓRICO E SUA UTILIZAÇÃO NO COMBATE À CORRUPÇÃO.	13
1.1. Breve histórico do antitruste no Brasil	13
1.1.1. Breve histórico dos acordos de leniência	15
1.2. Referência e definição de conduta nas teorias jurídica e econômica - As escolas de Harvard e Chicago.....	15
1.3. A conceituação de cartel e seus desdobramentos no ordenamento jurídico brasileiro	17
1.4. Os acordos de leniência como um novo instituto de confissão e coleta de provas .	18
CAPÍTULO 2 – ACORDOS DE LENIÊNCIA NO ÂMBITO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA: PRINCIPAIS REQUISITOS E DESDOBRAMENTOS	20
2.1. Principais requisitos para a celebração de um acordo de leniência.....	20
2.2. Fases dos acordos de leniência celebrados no âmbito do CADE	22
2.3. Desdobramentos: a responsabilização em ação civil por reparação de danos.....	26
2.4. Desdobramentos: a cooperação internacional nos acordos de leniência celebrados no âmbito do CADE	31
CAPÍTULO 3 – OS ACORDOS DE LENIÊNCIA NO MERCADO NACIONAL E SEUS EFEITOS SOCIAIS	33
3.1. O impacto social na prática anticoncorrencial: um olhar sobre o hipossuficiente ..	33
CAPÍTULO 4 – AS CATEGORIAS DE ILÍCITO E A APLICAÇÃO DA PENA NO ÂMBITO DO CADE: EXPOSIÇÕES E METODOLOGIAS.	41
4.1. CADE. a regra <i>per se</i> e o ilícito pelo objeto.....	41
4.2. A aplicabilidade das penas em com base nas razões de decidir do Conselho Administrativo de Defesa Econômica	45
CAPÍTULO 5 – ANÁLISE CRÍTICA DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA - PANORAMA GERAL DO CADE NO COMBATE A CARTEIS E SEU POSICIONAMENTO ANTE AO ACORDO DE LENIÊNCIA	51
5.1. A participação do Ministério Público nos acordos de leniência firmados no âmbito do CADE	51
5.2. Dos desafios e perspectivas para o acordo de leniência ni âmbito do CADE no Brasil	56
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

INTRODUÇÃO

A formação de um cartel dentro de uma região se dá diante da atuação conjunta de empresas do mesmo ramo, na mesma localidade de consumo, buscando controlar o mercado e, conseqüentemente, obter lucro acima do resultado esperado.

Tal conduta é verificada como infração à ordem econômica e o referido conluio, que traz um lucro acima do resultado esperado, traz um impacto de grande relevância aos consumidores intermediários e finais. Tal prática afronta com veemência os princípios da livre concorrência, liberdade de iniciativa, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

O Estado Brasileiro investigou e puniu nas últimas décadas diversos esquemas de prática de cartel, com sanções penais, civis e administrativas pelo ilícito praticado.

Dentro desse contexto, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é o órgão regulador responsável pela investigação, repressão e prevenção à cartéis e infrações à ordem econômica no Brasil.

No escopo de investigações do CADE, verifica-se um expressivo crescimento quanto aos acordos de leniência firmados no âmbito da referida autarquia nos últimos anos. Os acordos são firmados como um remédio antitruste que visa estancar os danos causados à ordem econômica, sendo o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) seu principal mediador e regulador.

Atendo-se somente aos acordos de leniência, tem-se que são termos firmados entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o primeiro agente infrator a delatar conduta anticoncorrencial. Os termos são consensuais, de natureza administrativa e criminal, que visam pôr fim à prática de cartel dentro de um determinado mercado e região, contando assim com a colaboração de algum participante da organização, tendo como meio de permuta benefícios ao informante. A principal característica desse instrumento é a celeridade: o agente infrator que informar a prática primeiro se beneficia do acordo.

Conforme estatísticas do Conselho Administrativo de Defesa Econômica¹, do ano de 2003 ao ano de 2010 foram assinados 22 acordos de leniência; de do ano de 2011 ao ano de 2019, foram assinados 77 acordos. A grande busca pela celebração de acordos inclui fatores políticos e econômicos, aliado ao fato de que o acordo de leniência é um remédio antitruste capaz de isentar o agente infrator da responsabilidade criminal.

Acerca do tema, a Lei 12.529/2011 regula a prática, instituindo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e preservando a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor e a repressão ao abuso do poder econômico.

Diante do exposto, o presente estudo tem como principal objetivo estudar os acordos de leniência celebrados no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), buscando verificar os principais fatores que ensejaram a celebração do acordo, seu cumprimento e seus efeitos na ordem econômica.

O trabalho será dividido em três capítulos, os quais estão organizados a seguir.

O primeiro capítulo abordará os aspectos conceituais dos acordos de leniência, como: (i) o breve histórico do antitruste e dos acordos de leniência no Brasil; (ii) referência e definição de conduta nas teorias jurídica e econômica e as escolas de Harvard e Chicago; (iii) a conceituação de cartel e seus desdobramentos no ordenamento jurídico brasileiro; (iv) os acordos de leniência como um novo instituto de investigação e coleta de provas.

O segundo capítulo abordará, por amostragem, acordos de leniência celebrados no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, realizando a verificação de seus principais fatores e motivações, bem como seus desdobramentos dentro da autarquia.

O terceiro capítulo visa a demonstrar os efeitos dos referidos acordos de leniência no mercado, trazendo os impactos econômicos, sociais e políticos do ato.

¹ CADE. **Programa de leniência**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-lenienca>. Acesso em: 05 jul. 2020.

CAPÍTULO 1 – ELEMENTOS DE PRÉ-COMPREENSÃO: VERIFICAÇÃO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA EM UM PANORAMA HISTÓRICO E SUA UTILIZAÇÃO NO COMBATE À CORRUPÇÃO

1.1. Breve histórico do antitruste no Brasil

A Lei que versa sobre os acordos de Leniência é tão nova quanto o caminhar do antitruste no Brasil. O Brasil possuía, na década de 1960, uma concentração econômica elevada e um processo de industrialização focado em grandes empresas. Por um longo tempo, notou-se grande intervenção estatal na economia, levando em consideração que as grandes empresas do país eram estatais.

Então, nesse contexto, foi instituída a primeira lei antitruste do país, a Lei nº 4.137 de 1962, conhecida como a primeira lei antitruste do país, que visava regulamentar a repressão ao abuso do poder econômico. O art. 8º desta lei deu origem ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que nesse período ainda não contava com grande expressividade no cenário político e econômico. Nas palavras de Bandeira:

(...) O CADE, em todos os seus anos de existência sempre se caracterizou pela inoperância, jamais tomando qualquer atitude para coibir os abusos do poder econômico, que lhe chegaram ao conhecimento.²

Essa primeira lei consagrava em seu art. 74 que a associação de empresas seria uma infração caso produzisse algum resultado tipificado em lei.³ Não considerava, em si, a conduta anticoncorrencial como um ilícito.

A partir da década de 80, observou-se uma abertura da economia, com a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, bem como a flexibilização dos monopólios estatais. Na década de 90, ocorreu a promulgação da Lei 8.158/91, que ensejou a criação da Secretaria Nacional de Direito Econômico, que logo após se uniria ao Ministério da Justiça.

² BANDEIRA, Moniz. **Cartéis e desnacionalização**. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979, p. 136.

³ GABAN, Eduardo Molan; OLIVEIRA, Juliana Oliveira Domingues. **Direito antitruste**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 75.

Por fim, consagrou-se a Lei 8.884/94, que consignou o CADE como autarquia federal e especificou seu rol de atuação. Esta lei já tipificava os atos que levavam às infrações na ordem econômica, culpabilizando já a conduta e não se atendo somente ao resultado. A referida lei também deu maior autonomia ao CADE no que se refere ao julgamento de atos de concentração.

De maneira gradativa, o direito da concorrência foi ganhando espaço dentro do ordenamento jurídico, bem como no âmbito social. Atualmente, a legislação que rege o tema é a Lei 12.529/2011, que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), criando um conjunto de órgãos responsáveis por sua aplicação, formando um campo de atuação coerente, com comunicação e articulação entre os entes, de forma que seja possível visualizar um só sistema trabalhando em prol da defesa da concorrência.

Atualmente, o CADE verifica todo controle repressivo, preventivo e educativo de defesa da concorrência, sendo subdividido em um Tribunal Administrativo, uma Superintendência Geral e um Departamento de Estudos Econômicos.

Como resultado da trajetória de transparência na administração pública, isonomia e equidade, o CADE e os acordos de leniência despontam no ordenamento como instrumentos tratados na prática brasileira, visando, conforme a visão de Marques Neto e Cymbalista:⁴

Garantir a aderência dos agentes econômicos regulados aos valores e finalidades agasalhados pela regulação, nos casos em que a mera aplicação de sanção parece menos eficiente ou mais gravosa para atingir tal fim.

A partir das supracitadas referências acima, percebe-se que a atmosfera concorrencial no Brasil foi ganhando a força e a confiança das instituições e da sociedade, gerando algumas ramificações até chegar a um sistema sólido e objetivo de

⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os Acordos Substitutivos do Procedimento Sancionatório E Da Sanção. **Rev. Eletr. de Dir. Adm. e Econ. (REDAE)**, Salvador, n. 27, ago/out. 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/revista/REDAE/-27-AGOSTO-2011-FLORIANOAZEVEDO-TATIANA-MATIELLO-.pdf>>. Acesso em: 14 de abr. de 2019.

defesa da concorrência, materializado atualmente por meio da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.

1.1.1. Breve histórico dos acordos de leniência

O instituto do Acordo de Leniência foi criado por volta de 1960 e tinha como principal objetivo reprimir infrações antitruste de custosa identificação, concedendo, como nos dias atuais, imunidade à empresa que primeiro denunciasse o cartel⁵.

O referido instituto sofreu com certa falta de credibilidade, diante da grande insegurança jurídica que se enquadrava. Após certo tempo, o programa foi vinculado à administração pública, sendo criados requisitos para a celebração do referido acordo, o que provocou mais aderências.

A possibilidade de se realizar um acordo de leniência no Brasil veio com a promulgação da Lei 10.149/2000, que alterou a lei de defesa da concorrência à época, dando maiores mecanismos de repressão à infrações contra a ordem econômica.

Desse período em diante, o combate a cartéis passou a ser um objetivo, mas também um trabalho realizado de forma harmoniosa e independente, contando com o pilar do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o Ministério Público e a Polícia Federal, tendo o CADE um programa de leniência regrado e específico, voltado para casos de combate a cartéis.

1.2. Referência e definição de conduta nas teorias jurídica e econômica - As escolas de Harvard e Chicago

A eficácia integral da proteção no âmbito concorrencial se dá por meio da aplicação dos subsistemas estrutural e comportamental. Nesse sentido, verificam-se duas teorias importantes acerca do tema: a primeira se dá em razão do fenômeno da terceirização (quando há contratação de serviços por meio de um intermediador, com a ausência dos requisitos de relação de emprego). Esse controle é extremamente dificultoso e possui uma linha tênue de responsabilização, já que o fenômeno distancia

⁵ PEREIRA, Luis. **Acordo de leniência e combate à corrupção**. Atas sobre o I curso sobre o combate à corrupção na contratação pública. 2019.

o agente do ato infrator cada vez mais, ainda que prevaleça uma ordem de comando inicial.

A segunda relação se refere a um controle mais concentrado, prevendo nesse escopo o controle estrutural da conduta. É importante ressaltar que os dois controles só obtêm eficácia quando caminham juntos, em complementação um ao outro, tanto na verificação da conduta como na dosimetria da pena quando há comprovação de delito.

Nesse contexto, observa-se as escolas precursoras das duas estruturas, basilares para a formação da doutrina clássica no direito antitruste: as escolas de Harvard e Chicago.

A Escola de Harvard e Chicago foram precursoras da teoria das estruturas, embora, nas últimas décadas, tenham dado importante enfoque na teoria da conduta.

A escola de Harvard, originalmente estruturalista, posicionava-se contra a concentração de poder de mercado, visando precipuamente evitar grandes concentrações, o que poderia gerar uma disfunção na regulação econômica, conforme narrado:

A escola defende que, quando há poucos vendedores no mercado, os custos e as dificuldades para uma ação concertada acaba diminuindo. As empresas, por meio de acordos concertados, (tácitos ou explícitos), diminuem a produção e aumentam os preços, gerando uma preocupação sobre a existência de concorrência, deixando-se de lado a eficácia das condutas.⁶

A escola tratava, portanto, de um controle preventivo, verificando o grau de concentração do mercado, defendendo a manutenção e o controle de diversos agentes econômicos, tornando o mercado homogêneo e conseqüentemente diminuindo os níveis de concentração.

Já a escola de Chicago, atualmente majoritária em boa parte da doutrina que trata sobre defesa da concorrência, enfatizou a aplicação das teorias econômica e marginalista ao direito antitruste. A escola questionava as presunções de dano ditas pela Suprema Corte Americana, defendendo a desconcentração da verticalização do mercado e questionando a legalidade das normas que presumiam os referidos danos. As ações da

⁶ GABAN, Eduardo Molan; OLIVEIRA, Juliana Oliveira Domingues.. Op. cot., p. 79.

escola, paulatinamente, fizeram com que a presunção do dano fosse um pressuposto inicial para estudo do caso, mas não sempre seu juízo conclusivo. A escola trouxe, portanto, importantes inovações para a defesa da concorrência, inclusive no âmbito legislativo. Inovou ainda criando a eficiência alocativa do mercado, que avalia os benefícios e conseqüentemente os prejuízos ao consumidor em determinado mercado.

Nesta seara, tem-se que, ao longo do tempo, a escola de Harvard foi sendo esquecida pela comunidade acadêmica e pelo mercado, uma vez que boa parte de suas ideias foram incorporadas pela escola de Chicago.

1.3. A conceituação de cartel e seus desdobramentos no ordenamento jurídico brasileiro

O cartel pode ser caracterizado como uma infração à ordem econômica derivada de um acordo horizontal que busca se sobrepôr em seu mercado de atuação, buscando eliminar a rivalidade do mercado e, conseqüentemente, obter mais lucro líquido.

Ocorre que a formação de um cartel em determinado mercado vai de encontro à proteção consumerista, além de prejudicar a eficiência e o incentivo do próprio mercado, já que, como se trata de uma dominação e eliminação da concorrência, não há medidas alternativas ao cliente que consome o produto final, a não ser aceitar o produto fruto de uma infração à ordem econômica.

A sincronia de decisões que reúne dois entes (públicos ou privados) ou mais, exercendo influência acerca de preços, oferta e demanda de produto final ou matéria-prima para produção, qualidade do produto, orientação localizada do mercado por região, dentre outras características, pode configurar um cartel.⁷

No contexto do direito positivo brasileiro, a principal definição de cartel se dá por meio do art. 4º da Lei 8.137/90⁸, onde são tipificadas como infrações à ordem econômica a dominação de determinado mercado, visando à eliminação total ou parcial da concorrência.

⁷ LEAL, João Paulo G. Cartéis. **Rev. do IBRAC**, São Paulo, n. 8, v. 8, p. 47-86, 2001. Acesso em: 3 jun. de 2020, p. 47-86.

⁸ . BRASIL. **Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm. Acesso em: 3 jun. de 2020

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica conceitua a prática de cartel como:

Qualquer acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer quotas ou restringir produção, adotar posturas pré-combinadas em licitação pública, ou que tenha por objeto qualquer variável concorrencialmente sensível. Os cartéis, por implicarem aumentos de preços e restrição de oferta e nenhum benefício econômico compensatório, causam graves prejuízos aos consumidores tornando bens e serviços completamente inacessíveis a alguns e desnecessariamente caros para outros.⁹

Nesta seara, observa-se o quanto a defesa da concorrência é necessário para o equilíbrio econômico, ao passo que, da mesma forma que combate a combinação de ofertas, preços, demandas e acordos abusivos, também corrobora para a defesa intrínseca do consumidor final e das pequenas indústrias, garantindo aos primeiros o acesso à tecnologia que o referido produto e mercado disponibilizam e, aos últimos a chance de observar a movimentação do mercado, de forma a preparar-se com novas ofertas e tecnologias para competir com empresas do mesmo ramo.

É visando a preservar o equilíbrio do mercado que os entes reguladores atuam visando eliminar (repressiva e preventivamente) os abusos contra a ordem econômica. O acordo de leniência celebrado no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, por exemplo, é um instrumento de combate repressivo à infração, tendo como base a cooperação de entes públicos e privados envolvidos em crimes contra a ordem econômica. O grande questionamento, que será observado nos próximos capítulos, ocorre em torno da eficácia do referido acordo, medido pelos índices de reincidência e recuperação das empresas.

1.4. Os acordos de leniência como um novo instituto de confissão e coleta de provas

O acordo de leniência é um instituto utilizado como instrumento de prova na formação de cartéis hard core¹⁰ no Brasil e no mundo, tendo como eficácia a aplicação

⁹ Id. Ministério da Justiça. **Cartilha geral sobre concorrência**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: 3 jun. de 2020.

¹⁰ Segundo entendimento consonante da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), um cartel hard core pode ser

de uma sanção mais branda e suave concedida em razão de uma participação plena e voluntária no curso de uma investigação de cartéis, uma vez que a maior dificuldade encontrada no escopo de uma investigação de combinação de preços é o escapamento de informações e a infiltração de agentes de informação.

Nesta seara, os acordos de leniência vêm despontando no mercado como uma maneira de acesso a esses grupos de informação, podendo a autoridade investigativa oferecer uma multa menor, uma pena mais branda ou o perdão completo em troca de informações válidas para a investigação¹¹.

Os referidos acordos, no âmbito do ordenamento pátrio, possuem natureza ambivalente, uma vez que há a imputação da infração nas esferas penal e administrativa. Esse ponto é, inclusive, tema de algumas controvérsias, já que a leniência poderá se tornar um meio efetivo de imunidade para a responsabilização criminal. Acerca do tema, há um debate acerca da constitucionalidade do acordo de leniência na esfera criminal, uma vez que o termo é celebrado com um ente administrativo, sem intervenção judicial, o que ofende o exercício da jurisdição no âmbito criminal. O tema ainda é frequentemente discutido e será tratado em tópico oportuno.

Diante do observado, vê-se que os acordos de leniência têm importantes atribuições institucionais no combate à corrupção, tornado-se parte do microssistema que auxilia em investigações ligadas a crimes contra a ordem econômica. O questionamento do presente trabalho, no entanto, fundamenta-se em demonstrar a (in) constitucionalidades de acordos verificados por amostragem, bem como seus desdobramentos e efeitos jurídicos.

definido pela “conduta que se configura como uma ação concertada entre concorrentes com ao menos um dos seguintes objetivos: fixação de preço/quantidade, divisão de mercado ou participação em licitação.”

¹¹ OECD. **Recommendation of the OECD council concerning effective action against hard core cartels, 1998 - As approved by Council on 25 March 1998.** Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>. Acesso em: 13 de jun. de 2020.

CAPÍTULO 2 – ACORDOS DE LENIÊNCIA NO ÂMBITO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA: PRINCIPAIS REQUISITOS E DESDOBRAMENTOS

2.1. Principais requisitos para a celebração de um acordo de leniência

O instituto do acordo de Leniência é formado por sete pilares principais, que estruturam e auxiliam no pleno processo investigativo no que tange à infração de ordem econômica. Nem todos os pilares são obrigatórios, mas se fazem presentes na relação jurídica como um todo, sendo os facultativos justificados por meio do processo de tomada de decisão e condições do acordo celebrado com a autarquia.

O acordo celebrado entre uma pessoa jurídica ou uma pessoa física permite a detecção de uma prática que era total ou parcialmente desconhecida. No acordo de leniência total, há todas as imunidades ao colaborador; nos acordos verificados como parciais, usualmente a própria autarquia já possui determinadas informações sobre o caso, o que torna o auxílio do colaborador uma ajuda secundária e, portanto, as imunidades concedidas ocorrem de maneira parcial.

O primeiro pilar, portanto, perfaz a gravidade do ato, bem como seu grau de conhecimento dentro dos entes públicos. Quanto mais conhecido for o ato, menos imunidade o colaborador terá. Em contrapartida, quanto mais difícil for penetrar em determinado mercado ou local, mais imunidades o colaborador poderá obter, o que performa na equalização e convergência de interesses entre o poder público e o ente privado.

O segundo pilar essencial à celebração de um acordo de leniência se dá na verificação de obtenção de provas. Por meio de um acordo de leniência é possível obter documentações de quem de fato participou da prática, como comunicações internas, siglas, início dos controles, dentre outras evidências. Nesse sentido, verifica-se uma relevante importância na colaboração, aumentando a verossimilhança das provas, bem como seus fundamentos.

O terceiro pilar se dá em razão de que o acordo de leniência aumenta a eficiência investigativa. Inicialmente, o caso vem por meio de um colaborador e os custos de

instauração de uma investigação são minimizados. Os detalhes, depoimentos e documentações trazidos também economizam tempo e trazem maior potencialidade aos resultados.

O quarto pilar se dá pela cessação da prática criminosa. Há uma obrigação de que o signatário do acordo cesse imediatamente a participação no ato ilícito a partir da assinatura do acordo, minimizando os prejuízos sociais e econômicos do feito em questão.

Sendo assim, para que ocorra o recebimento das imunidades ou reduções na aplicação da pena, faz-se necessária a cessação imediata do colaborador na prática criminosa, uma vez que os benefícios dados ao colaborador serão medidos diretamente pela sua ajuda e atuação junto ao ente para combater a prática anticoncorrencial.

O sexto pilar se dá por meio da reparação pecuniária que deverá ser devolvida à sociedade como um todo, em virtude das atividades ilícitas e abusivas praticadas. Não se demonstra como cláusula obrigatória nos acordos de leniência. O ressarcimento poderá ocorrer de maneira total ou parcial. No âmbito de cooperação entre os órgãos de investigação, poderá ser realizado ainda um cálculo unificado a fim de consolidar a multa pecuniária em virtude da prática. No entanto, tem-se que a ausência de ressarcimento de maneira expressa em um acordo permite o ajuizamento de ações indenizatórias no âmbito cível, em razão dos malefícios deixados ao mercado em virtude de tal prática.

O sétimo e último pilar é o incentivo ao fracasso de práticas infracionárias no mercado, uma vez que haverá um certo receio de denúncias sobre o ato, além de ser sopesado o risco *versus* a vantagem na prática de determinado mercado.

Logo, diante de todo o conteúdo listado acima, tem-se que os acordos de leniência são pautados, especificamente pelo: 1) anseio do delator acerca da força investigativa presente na autoridade pública; 2) receio de severas punições - autoridade precisa ser forte o suficiente para ser capaz de detectar e punir a conduta anticoncorrencial; 3) transparência, previsibilidade e segurança jurídica: as partes não podem sair daquela

negociação prejudicados de maneira que, no momento em que a celebração do acordo chegue a termo, o colaborador saia pior do que entrou.

Cabe salientar que todos os pontos abordados serão rebatidos criticamente em momento oportuno no presente trabalho.

2.2. Fases dos acordos de leniência celebrados no âmbito do CADE

Além dos pilares já demonstrados que norteiam as relações para a celebração do acordo de leniência, o procedimento administrativo do feito é marcado por três fases principais, que regem o atual programa de leniência do CADE¹²: o pedido de *marker*, a fase de comprovação das informações (investigação *strictu sensu*) e a formalização propriamente dita do acordo.

Do momento em que o colaborador decide informar ao CADE a existência de um cartel até o fim de sua investigação, decorrem três fases administrativas. As próximas fases dependerão exclusivamente do levantamento da última, posto que o fim da última fase culmina com a extinção da culpabilidade do agente, consoante disposto no art. 87, parágrafo único, da Lei 12,529/2011.¹³

Na primeira fase ocorre o pedido de *marker*, que se denota no momento onde o colaborador se comunica com a Superintendência Geral do CADE para informar acerca de seu interesse na celebração do acordo, bem como falar acerca da conduta lesiva à ordem econômica, de cunho coletivo, que deseja delatar. Cabe observar que a primeira fase somente será válida se o proponente for o primeiro a se comunicar com a autarquia.

¹² CADE. **Regimento interno**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/REGIMENTOINTERNODOCONSELHOADMINISTRATIVODEFESAECOMICAINDICESISTEMATICOAtualizado.pdf>. Acesso em 04 jul. 2020.

¹³ Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

Caso existam outros interessados, o programa de leniência do CADE dispõe de uma “fila de espera” para proponentes que desejam se beneficiar com o referido instituto.¹⁴

Esta fase preliminar resulta normalmente em uma corrida entre os delatores, buscando a realização de contato formal com o ente a fim de formalizar a composição. A formalização do contato deve se dar diretamente com o chefe de gabinete da Superintendência Geral ou, em caso de ausência do primeiro, com o Superintendente adjunto, comumente via telefone, de maneira presencial ou por escrito, por meio de requerimento específico publicizado no site da autoridade antitruste, na forma dos arts. 198 caput e 200 do Regimento Interno do CADE (RiCade).¹⁵

No ato da comunicação outrora mencionada, o proponente do ato precisa responder algumas indagações, tais como a identidade dos autores que integram a infração, o setor a que pertence (trazendo a perspectiva do objetivo principal dos negócios, produtos e serviços), o prolongamento da infração ao longo do tempo e o local de concentração da infração.

As perguntas acima não precisam ser necessariamente precisas, mas tem de fornecer à Superintendência do ente um panorama, a fim de verificar se já existem investigações em curso no mesmo sentido, bem como se há acordo de leniência firmado com outro proponente, até que seja realizada a anuência no ato proposto pelo colaborador. O CADE tem cinco dias úteis para informar se celebrará o referido acordo ou não, nos termos do art. 198, §2º do RiCade.¹⁶

Ocorrendo a anuência da autoridade antitruste quanto ao acordo, os demais proponentes restarão em uma espécie de “fila de espera”, a fim de verificar se o colaborador de fato assinará o acordo, uma vez que este poderá desistir da proposta a qualquer momento antes do ato da assinatura, na forma do art. 205 do Ricade. Tem-se aqui um cenário nebuloso, ao passo que o proponente desistente será restituído de toda a documentação apresentada (art. 86, §9º da Lei nº 12.529/201), mantendo-se ainda sob

¹⁴ CADE. **Regimento interno**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/REGIMENTOINTERNOCONSELHOADMINISTRATIVODEFESAECOMICAINDICESISTEMATICOAtualizado.pdf>. Acesso em 04 jul. 2020.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

sigilo todas as informações verificadas até a desistência, limitando os poderes e fins investigativos da autarquia.

Os proponentes da fila de espera, caso não consigam realizar o acordo de leniência, poderão vir a celebrar o termo de compromisso de cessação (TCC), previsto no art. 199, §4º do RiCade. O fim da primeira fase é marcado pela assinatura do termo de *marker* (anexo A - termo de *maker*).

A segunda fase é marcada pelo fornecimento de informações, onde chega-se ao ponto de comprovar as informações contidas nas primeiras declarações do proponente.

O RiCade expõe como rol necessário os documentos listados nos arts. 201 ao 203, onde lista-se, como exemplo, uma descrição de informações e documentos relacionados à prática que serão juntados na ocasião da assinatura do acordo. As informações devem ser apresentadas de acordo com o conhecimento obtido pelo colaborador e da maneira mais completa possível, de forma que a autoridade antitruste se dê por convencida, em seu poder discricionário, de que as informações prestadas são suficientes.

A juntada compõe a apresentação de e-mails, mensagens, correspondências, provas orais, documentais, extratos bancários, bem como qualquer outro meio que possa apontar as ilegalidades mencionadas. A partir daí, tem-se o início de uma micro fase de investigação *strictu sensu*. A análise final da documentação é enviada ao Superintendente Geral, que delibera sobre o caso. Se a análise for positiva, tem-se o início da fase de celebração do ato, dando início à terceira fase.

A terceira fase da negociação é composta de maneira única e exclusiva da formalização do acordo. Para tanto, é necessária a apresentação de documentações constitutivas, traduções juramentadas, se for o caso. É obrigatório o comparecimento do proponente (sendo pessoa jurídica, com o comparecimento de seus representantes) ao ato de assinatura do acordo. É na presente etapa que inicia-se o contato com o Ministério Público, visando apresentar o referido acordo.

É válido ressaltar que, para o ente, a participação do Ministério Público na negociação é de agente interveniente, não havendo estabelecimento de obrigatoriedade da participação do Ministério Público atuando como fiscal da lei.

Contudo, verifica-se no parágrafo anterior certa problemática. Tendo em vista que, a participação do Ministério Público é de natureza facultativa, observa-se a ausência de zelo com a supremacia do interesse público, sem prezar a colaboração insterstitucional do Estado.¹⁷ Tal atitude pode gerar uma cadeia de inseguranças jurídicas, podendo vir a culminar com a perda da credibilidade do ente responsável pela investigação.

Após o preenchimento de todos os requisitos legais para a assinatura do acordo, é importante explicitar as cláusulas de conteúdo essenciais que deverão estar contidas, na forma do art. 206, incisos de I a VIII do RiCade, como a qualificação completa dos proponentes e de seus representantes, os endereços para cadastro de intimações, a exposição da infração noticiada, a confissão expressa do signatário, bem como a declaração de cessação da conduta anticoncorrencial, a listagem de documentos e informações já levantados e as obrigações constantes do signatário do acordo, para que seja dado o efetivo cumprimento.

É válido ressaltar que o entendimento do CADE acerca do descumprimento do acordo é de que eventual descumprimento do signatário (sendo pessoa física ou jurídica) não prejudica o cumprimento do acordo em relação aos demais beneficiários.

Sendo assim, tem-se que, após o julgamento de processo administrativo pelo Tribunal do CADE, bem como de eventual apenso, é atestado o cumprimento de todas as obrigações do signatário. Relembra-se ainda que a obrigação de cooperação do colaborador finda no processo administrativo, não obrigando-o a cooperar em ações judiciais, por exemplo. Tal ausência de obrigatoriedade não exime o signatário de apresentar todos os acordos celebrados e todas as ações que envolvem o dado caso.

¹⁷ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/guia-pratico-acordo-leniencia/arquivos/Estudo-Tecnico-01-2017.pdf>

2.3. Desdobramentos: a responsabilização em ação civil por reparação de danos

É cediço o entendimento de que é cabível o ajuizamento da ação de reparação de danos civis decorrentes da prática de cartel pelos consumidores diretamente afetados pela conduta criminosa de tipificação de preços e dominação de regiões.

O ajuizamento das ações se faz necessário para reparar o dano, no entanto há alguns entraves no caminho, sendo os principais deles a produção da prova acerca da formação de cartel, a quantificação do dano e o receio de perder relações comerciais.¹⁸

Os organismos internacionais têm compreendido que a ação de reparação de danos decorrentes de cartel (ARDCs) possuem papel fundamental no ordenamento, uma vez que fazem parte dos cálculos da relação entre custo e benefício de realizar o ato ou não.¹⁹

Apesar de todo o incentivo, o número de ações indenizatórias nesse sentido é baixo no ordenamento jurídico brasileiro, levando em consideração os aspectos supracitados e o custo processual elevado em razão do valor da causa que normalmente é alto. Consultando o sítio eletrônico dos tribunais, verifica-se que atualmente exista em média 117 ARDCs ajuizadas no Brasil²⁰

Acerca do tema, tem-se que a quantificação dos danos tem sido o maior risco em relação ao ajuizamento das referidas ações, uma vez que não é possível alcançar um *quantum* específico, mas tão somente uma estimativa da realidade.²¹

Muito além das dificuldades já verificadas, nota-se uma inércia por parte do judiciário, da doutrina e do CADE acerca da matéria. A lei de acesso à informação (Lei

¹⁸ CARVALHO, Henrique Araújo de. Quantificação do dano em ações reparatórias individuais por danos decorrentes da prática de cartel no Brasil: indo além do *an debeat*. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, n. 1, jun. 2019. p. 108. Disponível em: <http://200.198.193.188/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/387/21>. Acesso em: 13 jun. 2020.

¹⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira. *Revista de Defesa da Concorrência*, n. 2, nov. 2013. p. 1. Disponível em: <http://200.198.193.188/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/387/219>.

²⁰ Pesquisa feita levando em consideração somente os tribunais de justiça do estado de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais.

²¹ HOVENKAMP, Herbert. Quantification of Harm in Private Antitrust Actions in the United States, 2011, p. 6.

12.527/2011) que publicizou os dados dos entes públicos auxilia na instrução dessas ações, mas ainda assim não é suficiente, tendo em vista que a maioria esmagadora dos documentos vêm acompanhados de tarjas de sigilo, impedindo a leitura de dados cruciais a serem juntados nas ações reparatorias.

Segundo Ana Pauta Martinez e Mariana Tavares de Araújo²², o número de ARDCs ajuizadas recentemente no Brasil não guardam proporcionalidade direta com a robusta elevação de condenações por cartel. Enquanto verificam-se 117 casos nos principais tribunais do Brasil, tem-se que, de 2015 a 2020 o CADE aplicou multas referentes à condenação por prática de cartel que chega ao montante de R\$ 1.835.092.139,44 (um bilhão, oitocentos e trinta e cinco milhões, noventa e dois mil, cento e trinta e nove reais e quarenta e quatro centavos), totalizando 37 (trinta e sete) condenações por prática de cartel, conforme resta demonstrado nas figuras abaixo:

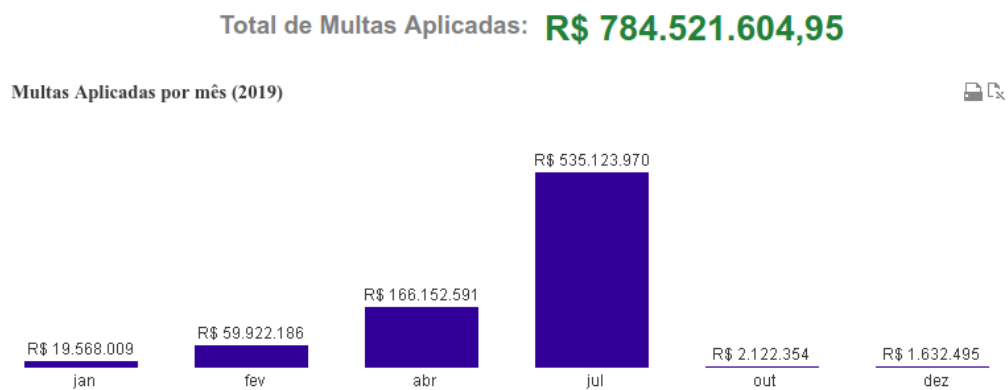
Figura 1 - Condenações por prática de cartel no âmbito do CADE em 2020



Fonte: CADE, 2016.

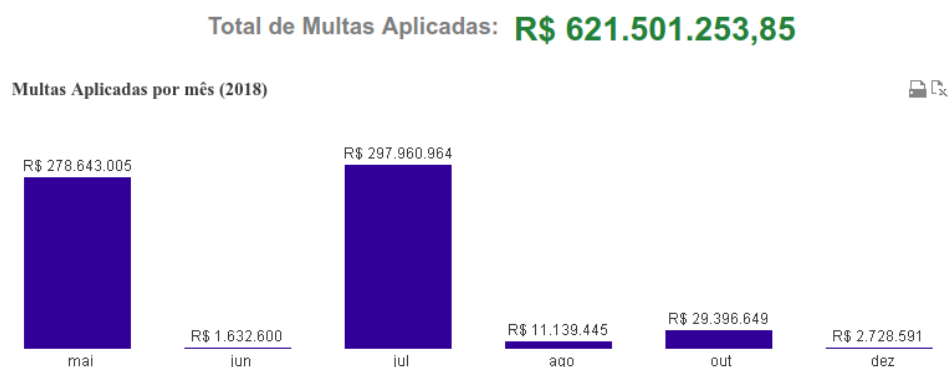
MARTINEZ, Ana Paula; ARAÚJO, Mariana Tavares de. **Private Damages in Brazil: Early Beginnings, Big Stumbling Blocks.** Disponível em: <https://www.levysalomao.com.br/publications/Article/private-damages-in-brazil-early-beginnings-big-stumbling-blocks>. Acesso em: 05 jul. 2020, p. 2-3.

Figura 2 - Condenações por prática de cartel no âmbito do CADE em 2019



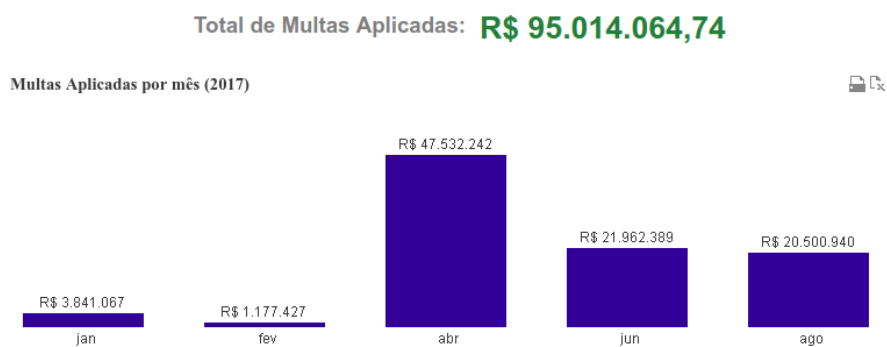
Fonte: CADE, 2016.

Figura 3 - Condenações por prática de cartel no âmbito do CADE em 2018



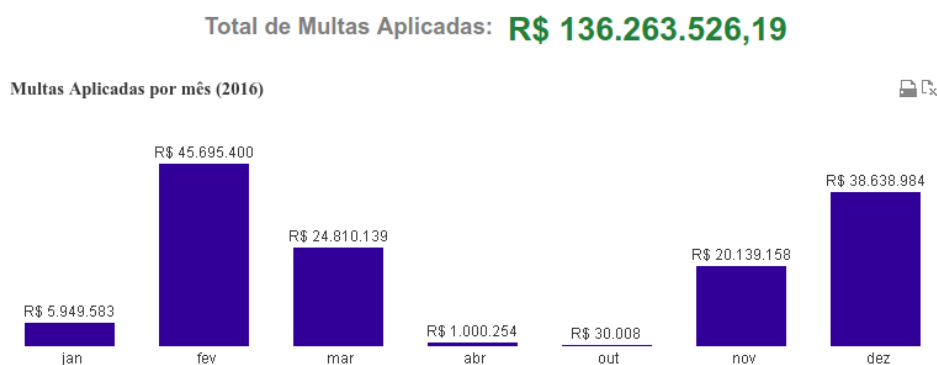
Fonte: CADE, 2020.

Figura 4 - Condenações por prática de cartel no âmbito do CADE em 2017



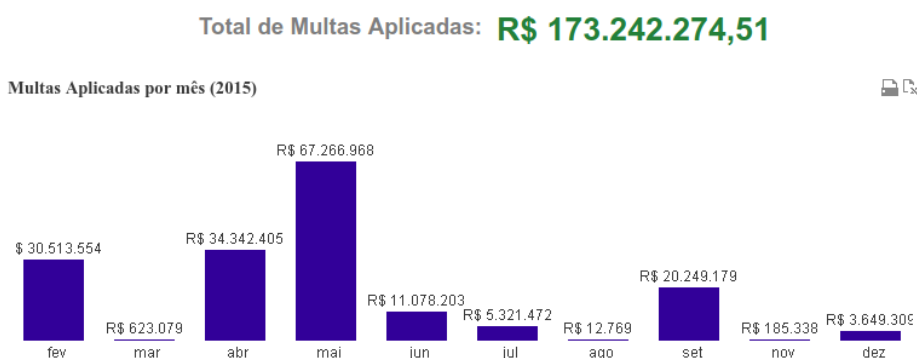
Fonte: CADE, 2020.

Figura 5 - Condenações por prática de cartel no âmbito do CADE em 2016



Fonte: CADE, 2020.

Figura 6 - Condenações por prática de cartel no âmbito do CADE em 2015



Fonte: CADE, 2020.

O efeito de uma formação de cartel no mercado tem em seu fim a diminuição do produto comercializado (perda decorrente de produtividade e eficiência do mercado), causando uma desvantagem indireta à sociedade e aos demais integrantes do mercado em questão e de mercados correlacionados. É válido citar ainda o prejuízo causado no âmbito individual em razão da subida dos preços a níveis anticompetitivos, preços serem suportados por compradores, distribuidores e consumidores, o que causa diminuição direta de patrimônio e diminuição dos lucros.²³

²³ CARVALHO, Henrique Araújo de. Quantificação do dano em ações reparatórias individuais por danos decorrentes da prática de cartel no Brasil: indo além do *an debeatur*. Revista de Defesa da Concorrência, n. 1, jun. 2019. p. 108. Disponível em: <http://200.198.193.188/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/387/219>

Acerca do prejuízo patrimonial em razão do crime anticoncorrencial, o ordenamento tem respondido com um importante instrumento: a indenização pela prática de ações anticompetitivas.

No Brasil, o a linha de estudos sobre a reparação integral ganhou força, de modo que não se admite a especulação em estimativas de indenização pecuniária. Posto isso, é válido informar que a doutrina da reparação integral divide-se em função compensatória (a indenização deve ser suficiente para ressarcir o dano em toda sua dimensão), função indenitária (visando educar o ofensor) e a função concretizadora (determina que o judiciário avalie o dano caso a caso, não admitindo formas genéricas para a extensão do dano).²⁴

No ordenamento jurídico brasileiro, a função da ação de reparação de danos civis em razão da prática de cartel tem sido somente de identificar a quantidade do prejuízo e buscar a indenização em cima do *quantum*, ocorrendo a perda da função dissuasória e reparatória da condenação nas referidas ações. Verifica-se, portanto, um abismo institucional entre o poder punitivo do CADE e das esferas criminais em relação às ações indenizatórias. O que ocorre na verdade é um conflito entre o princípio da reparação integral e da quantificação de danos, posto que não há um patamar mínimo de indenização, nem ao menos indícios públicos suficientes do cartel, para comprovação do dano sofrido.²⁵

Em contrapartida, os Estados Unidos e a União Europeia desenvolvem por meio da doutrina e da jurisprudência mecanismos que consigam conjugar uma justa indenização com instrumentos de prevenção e controle em condutas anticoncorrenciais, atrelando cooperações judiciais e administrativas.²⁶

Logo, diante de todo o exposto, compreende-se que o consumidor e intermediador, ainda que lesado, não necessariamente receberá justa indenização pela diminuição de volume patrimonial e prejudicialização do negócio, encontrando óbice, para além da quantificação do dano, na seara de produção de provas.

²⁴ CARVALHO, Henrique Araújo. Op. cit., p. 108.

²⁵ Idem.

²⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Op. cit., p. 1.

Especificamente sobre a produção de provas em matérias judicializadas, há quem acredite que o acordo de leniência pode ser utilizado como prova emprestada.

Nesse sentido, é importante ressaltar que tem-se como prova emprestada àquela já produzida em outro feito que é transportada a processo distinto como instrumento necessário na formação do conhecimento do juiz.²⁷

O instituto da prova emprestada é positivado no art. 372 do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

O entendimento majoritário acerca do tema é no sentido de reconhecer a coincidência para utilização da prova. Portanto, o instituto da prova emprestada em ação de reparação de danos tem sido aceita em seu sentido formal, mas há controvérsias em seu sentido material, já que há densa discussão ao redor do sigilo do acordo celebrado.

2.4. Desdobramentos: a cooperação internacional nos acordos de leniência celebrados no âmbito do CADE

Em regra, o CADE não compartilha informações sobre um acordo de leniência com membros da administração pública de outros países, nem tampouco com membros de organizações internacionais ligadas ao antitruste.

No entanto, caso haja expressa anuência das pessoas físicas signatárias do ato, poderá ocorrer o compartilhamento de informações a nível internacional. O referido consentimento se dá por meio de um termo de renúncia - waiver. O compartilhamento de informações poderá se dar sob aspectos formal e material e normalmente só é aceito dentro de um cartel de natureza transnacional.²⁸

²⁷ CAMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo. Atlas, 2017. Acesso em: 05 jul. 2020, p. 241.

²⁸ CADE. **Programa de leniência**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>. Acesso em: 05 jul. 2020.

O programa de leniência do CADE dispõe ainda que, buscando preservar as investigações, é admitida a cooperação entre o CADE e as autoridades anticorrupção estrangeiras, para que possam falar acerca da exposição do caso à sociedade, bem como negociar o momento de instauração de processo administrativo e publicização ao acordo, conforme art. 50 c/c art. 140, §1º do RICade.²⁹

A doutrina compreende que, de uma forma bem contemporânea, há um novo arcabouço para essa cooperação, tendo o CADE um papel principal no papel de autoridade central para cooperação internacional de forma bilateral.³⁰

A edição do decreto 9.011/2017³¹ gerou uma nova era da cooperação concorrencial internacional, já que os instrumentos normativos acima alinham o CADE às recomendações dos fóruns internacionais de defesa da concorrência, além de fomentar a cooperação interna dentro de agências reguladoras no Brasil. No novo arcabouço legal, o CADE passa a ser autoridade competente para executar medidas importantes, como a troca de informações submetidas a sigilo e a notificação diversa. Tais medidas foram tomadas em virtude do expressivo crescimento de cartéis transnacionais que tentam driblar as jurisdições, bem como suas competências.³²

No entanto, tem-se que o referido decreto sofreu parcial revogação, tendo sido retirados do escopo do ato normativo a assessoria internacional do CADE, bem como sua autoridade para firmar acordos de cooperação internacional.

²⁹ Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/historico-de-modificacoes>

³⁰ ARANOVICH, Tatiana de Campos. Inovações na cooperação jurídica internacional para o CADE. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, n. 1, p. 124-148, mai. 2013. Disponível em: <http://200.198.193.188/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/52/15>. Acesso em: 05 jul. 2020.

³¹ BRASIL. Decreto n. 9011, de 23 de março de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9011.htm. Acesso em: 05 jul. 2020.

³² ARANOVICH, Tatiana de Campos. Op. cit.

CAPÍTULO 3 – OS ACORDOS DE LENIÊNCIA NO MERCADO NACIONAL E SEUS EFEITOS SOCIAIS

3.1. O impacto social na prática anticoncorrencial: um olhar sobre o hipossuficiente

O impacto da infração à ordem econômica no consumidor final é uma equação visível e compreendida em uma perspectiva leiga. A partir do momento em que há concentração de mercado em determinado local e setor, privilegiando somente parte dos agentes e impedindo a livre concorrência, tem-se uma prejudicial direta ao consumidor final, que será privado da livre escolha do produto não somente em relação ao preço, mas em relação à qualidade e relacionamento transparente do ente jurídico com a pessoa física que consome o produto. Diversas possibilidades que poderiam existir em um mercado de concorrência saudável são bloqueadas, figurando em um bloqueio de alternativas e opções que poderiam vir a existir no mundo fático, mas foram massacradas pela prática anticoncorrencial.

Nesse contexto, é inevitável não contextualizar a concorrência e a pobreza, tendo em vista que a concorrência leal oferece uma harmonia entre oferta e demanda, impulsionando assim a diversificação de setores, a queda de preços, a inovação para produtos e serviços, bem como o crescimento de empresas que, em um cenário desleal, não conseguiriam competir no mercado, em razão da ausência de recursos, conhecimento e estabilidade no mercado.

Uma empresa inserida em um mercado altamente competitivo não localiza fatores para a realização de condutas anticompetitivas, uma vez que, para obterem bons resultados econômicos, necessitam de uma produtividade grande e de alta qualidade, com o fito de entregar o melhor serviço e produto, por um preço competitivo. Os fatores narrados, portanto, afastam a incidência de favoritismo, uma vez que a organicidade do próprio mercado desafia as práticas e os produtos costumeiros.

A observação do ilícito à ordem econômica, dentro de um contexto social que estimula o nepotismo e conseqüentemente agride o poder de crédito do consumidor³³ é

³³ “Confiança, segurança, boa reputação. Facilidade para obter empréstimos ou abrir contas em casas comerciais.” GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário jurídico**. 23 ed. São Paulo. Riddel, 2019, p. 87.

a ofensa clara à obtenção de direitos sociais previstos no art. 6º da CRFB/88, uma vez que a limitação do crédito traz óbice ao aproveitamento social como um todo, podendo atingir inclusive a dignidade da pessoa humana e alguns direitos fundamentais previstos no art. 5º da CRFB/88, uma vez que a ausência de bons produtos e serviços conderados essenciais, de acordo com o crédito disponibilizado no mercado, dificulta o acesso a determinados serviços e produtos.

Dados da Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF) elaborada pelo IBGE³⁴ e atualizada até o mês de novembro de 2019 indica que do período de 2017 a 2018, a população mais vulnerável teve os maiores gastos com alimentação, habitação e transporte urbano, se comparada ao contingente populacional que possui mais de R\$ 23,850,00 de renda familiar, conforme tabela abaixo:

Tabela 1 - Verificação de consumo por renda familiar

Verificação Realizada Tendo Como Base o Período de 2017 a 2018		
Despesa	Faixa de Rendimento Familiar	
	Rendimentos até R\$ 1.908,00	Renda acima de R\$ 23.850,00
Alimentação	22,6%	7,6%
Habitação (Aluguel)	20,6%	10,7%
Transporte Urbano	2,1%	0,4%

Fonte: Autoria própria, 2020.

Os gastos com alimentação na despesa total indicam que há um consumo maior nas classes de menor rendimento, tendo alcançado 22,6% quando os rendimentos foram menores e 7,6% na classe superior demonstrada.

Quanto à habitação, a participação com gastos nessa área referente a despesas com aluguel somente foi de 20,6% contra 10,7% do grupo com rendimentos mais elevados, o que também indica um consumo maior para o grupo mais vulnerável.

Acerca dos custos com transporte - especificamente o transporte urbano - a participação foi de 2,1% contra 0,4%.

³⁴ IBGE. **Pesquisas familiares.** Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/educacao/9050-pesquisa-de-orcamentos-familiares.html?edicao=9059&t=o-que-e>. Acesso em: 05 jul. 2020.

Assim, com base na tabela explicitada, verifica-se que a população com renda familiar menor consome mais produtos de natureza essencial, sendo assim mais prejudicada quando ocorrem infrações concorrenciais nos setores essenciais.

Nesse contexto, é cabível falar acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais entre as pessoas jurídicas de direito privado e os fornecedores finais. É sabido que o art. 5º, § 1º, da CRFB/88 estabelece que todos os direitos e garantias individuais, sociais e políticos possuem efeito imediato e vinculante, isso é, vinculam as autoridades estatais, o poder legislativo, que resta impedido de restringir um direito fundamental positivado na própria Constituição Federal. O referido direito possui, ainda, eficácia imediata, uma vez que a eficácia das normas de direitos fundamentais possui eficácia plena, não necessitando de normas infraconstitucionais para sua regulamentação.³⁵

Sendo assim, tem-se que os direitos fundamentais não limitam-se a versos políticos, mas possuem a total eficácia do limite dado pela Constituição, não dependendo de regulamentação supraconstitucional ou infralegal para a produção de seus efeitos plenos.

Tendo em vista o exposto, é válido ressaltar que o objetivo do ordenamento não se dá somente pela limitação ao poder do Estado, mas também pelo poder entre particulares, normalmente chamado de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que indica o respeito em todos os seus âmbitos na relação entre particulares. É o efeito perante terceiros, a vinculação de sujeitos que vai além do Estado.

O evidente desrespeito à eficácia horizontal dos direitos fundamentais se dá, sobretudo, quando depara-se em uma relação particular com uma evidente desproporção social, que é relacionada ao desequilíbrio estrutural de forças entre partes formalmente iguais, mas uma detém um poder tão avantajado sobre a outra que poderia, dentro da relação, ser comparada ao poder do Estado no âmbito da eficácia vertical dos direitos fundamentais.

³⁵ DIMOULIS, Leonardo Martins Dimitri. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5, ed. São Paulo. Atlas, 2014, p. 25.

É dentro desse desequilíbrio de forças e do desrespeito aos direitos fundamentais que as condutas criminosas contra a ordem econômica tomam força, gerando abusos corriqueiros ao consumidor final.

Tais condutas, então, portam-se como inconstitucionais perante o ordenamento jurídico pátrio, contribuindo para a criação de uma barreira de consumo a determinadas classes sociais, sem estimular, para além disso, a diversificação de produtos e serviços para diversos públicos.

Estudos recentes demonstram que a ausência de competitividade para o fornecimento de bens e serviços contribuem para o aumento da pobreza, em razão do consequente aumento de preços e baixa qualidade de produtos e serviços essenciais.³⁶

É válido informar que não é apenas a conduta anticoncorrencial de entes jurídicos que geram óbice ao poder de crédito para produtos elencados como essenciais. Tal fator se dá sobre a conduta criminosa aliada conjuntamente à ausência de fomento em políticas públicas que estimulem o consumidor e regulem a conduta dos entes jurídicos.³⁷

Tais condutas, então, portam-se como inconstitucionais perante o ordenamento jurídico pátrio, contribuindo para a criação de uma barreira de consumo a determinadas classes sociais, sem estimular, para além disso, a diversificação de produtos e serviços para diversos públicos.

Estudos recentes demonstram que os consumidores se beneficiam de maneira direta com a legislação que previne e combate as condutas anticoncorrenciais. Quanto à

³⁶ OCDE. **A Step Ahead: Competition Policy for Shared Prosperity and Inclusive Growth.** Washington: OCDE e Banco Mundial. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/27527/9781464809453.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso em: 12 jul. de 2020, p. 11. O estudo feito em 13 países da América Latina e África, incluindo o Brasil, demonstra que alimentos e bebidas não alcoólicas, residência e transporte representam, respectivamente, os maiores gastos da população de baixa renda. Tal estudo converge com os dados da Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF) do IBGE, que demonstra que os maiores gastos da população carente brasileira são com habitação, alimentos e transporte, respectivamente.

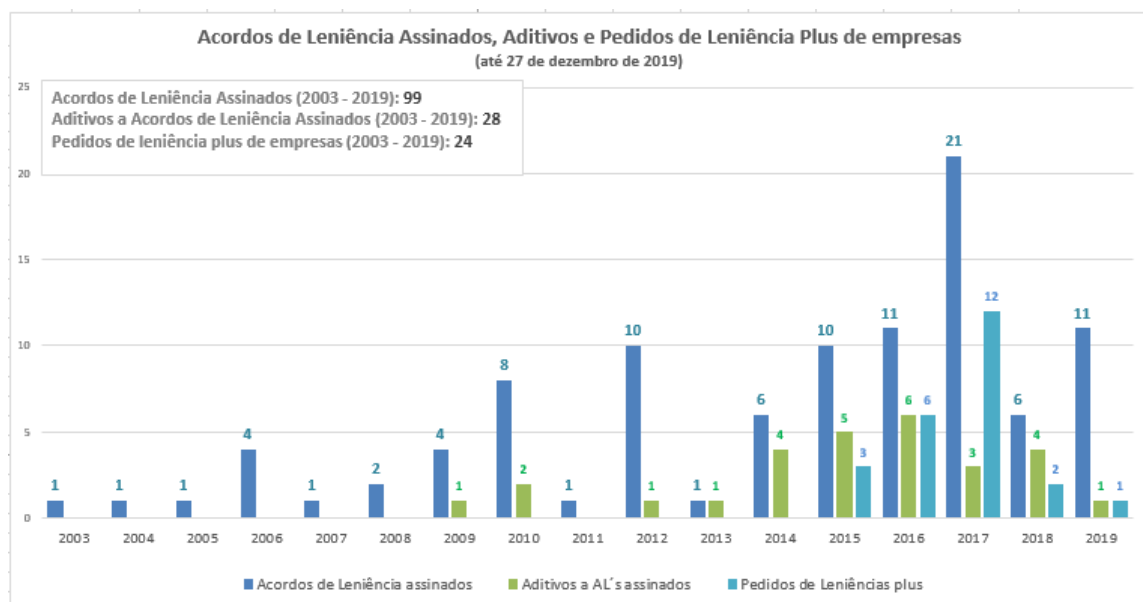
³⁷ SILVEIRA, Farani de Azevedo; BARQUEIRO, Paula. A jurisprudência do cade em casos de tabelas de preços: um estudo sobre as categorias de ilícito e metodologias de análise utilizadas. (Cade's Case Law on Price Fixing Tables: A Study of the Categories and the Analytical Methods Used to Determine Restrictions to Competition). JESUS, Agnes Macedo de *et al* (Orgs.). **Mulheres no antitruste.** São Paulo: Editora Singular, 2018, p. 19.

formação de cartéis, observa-se que tal comportamento é extremamente caro e conduz à formação de uma bolha de preços combinados, o que gera um grande prejuízo ao consumidor.

Já explicado o contexto geral da pobreza diante da concorrência, bem como das inconstitucionalidades que cercam o tema, cabe verificar ainda o impacto social dos acordos de leniência celebrados no âmbito do CADE entre 2017 e 2018, cruzando-os com os dados de consumo do IBGE.

Segundo estatísticas do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, os anos de 2017 e 2018 foram marcados pela assinatura de vinte e sete novos acordos de leniência, conforme gráfico abaixo:

Figura 7 – Acordos de Leniência Assinados, Aditivos e Pedidos de Leniência Plus de Empresas



Fonte: CADE, 2019.

Acerca do julgamento dos acordos, verifica-se que os anos de 2017 e 2018 apurou até a fase final administrativa um total de onze acordos, divididos por setores, conforme a tabela abaixo:

Figura 8 - Acordos julgados no âmbito do conselho administrativo de Defesa Econômica em 2017-2018

Tabela II - Tabela de Acordos de Leniência Julgados no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica nos anos de 2017-2018				
Natureza (Nacional ou Transnacional)	Número do Processo Administrativo	Ano de Julgamento	Setor Econômico Envolvido	Data do Acordo
Nacional	08700.004627/2015-49	2017	Rolos Cerâmicos Refratários	29/06/2015
Nacional	08012.006130/2006-22	2017	Manutenção Predial	23/06/2015
Nacional	08700.004631/2015-15	2017	Módulo de Airbag, cintos de segurança e volantes de direção	29/06/2015
Nacional	08700.000738/2016-67	2018	Alimentação (Laranjas)	12/1/2006
Nacional	08012.002812/2010-42	2018	Recarga Eletrônica para Celular Pré-Pago	12/3/2010
Nacional	08700.004073/2016-61	2018	Amortecedores para o Setor Automobilístico	24/09/2015
Internacional	08012.001376/2006-16	2018	Aparelhos eletroeletrônicos de direcionamento de fluxo de energia elétrica com isolamento a gás.	11/11/2015
Internacional	08012.002414/2009-92	2018	Cartel de Tubos para Imagem Colorida	12/12/2008
Internacional	08012.010338/2009-99	2018	Cartel de Tubos para Display Colorido	12/12/2008

Fonte: CADE, 2019.

A tabela acima constará como anexo no presente trabalho, bem como explicitará o índice de desigualdade entre produtos e serviços diante das graves violações concorrenciais apuradas.

Como amostra, pega-se o caso do cartel denominado de “Cartel das Laranjas”, distribuído sob o número 08700.000738/2016-67 e com acordo de leniência assinado em 12 de janeiro de 2006.

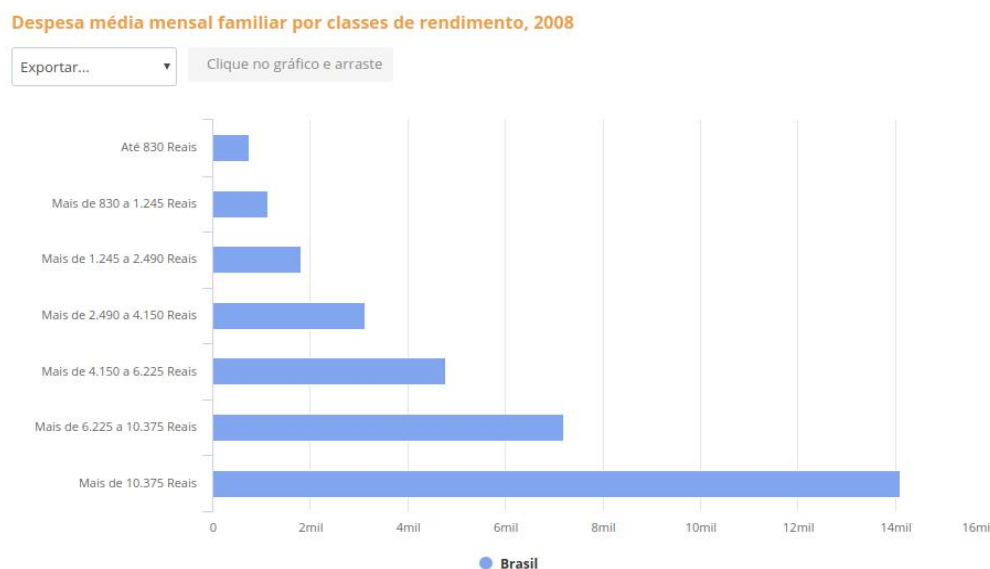
Apegando-se como parâmetro a partir do período em que ocorreu a celebração do referido acordo, observa-se grande diferença de acesso ao alimento entre as diferentes classes sociais.

Segundo dados do IBGE sobre aquisição monetária alimentar domiciliar per capita,³⁸ o consumo de laranja caiu entre a população mais vulnerável, gerando desequilíbrio econômico a produtores, por exemplo, mas sobretudo aos consumidores.

Em pesquisa de orçamentos realizada no ano de 2002/2003, as famílias de rendimento monetário de no mínimo R\$ 400,00 conseguia consumir um percentual de 2,03%, enquanto famílias com mais de R\$ 3.000,00, apresentavam um percentual de 8,53%. Já no ano de 2008, o coeficiente foi de 2,4% e 2,23%. Há, desta forma, enorme discrepância percentual em um primeiro cenário, onde havia uma formação de cartel de laranjas. A elevação artificial dos preços criou à época um abismo de classes no consumo da fruta.³⁹

A despeito do informado, observa-se gráfico formulado pela própria autarquia sobre consumo alimentar:

Figura 9 - Despesa média mensal familiar por classes de rendimento



Fonte: IBGE, 2019.

O exemplo encontrado no cartel das Laranjas é apenas uma amostra dentro do universo que realiza práticas anticoncorrenciais e prejudica diretamente o consumidor

³⁸ IBGE. **Pesquisas familiares.** Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/educacao/9050-pesquisa-de-orcamentos-familiares.html?edicao=9059&t=o-que-e>. Acesso em: 05 jul. 2020

³⁹ Ibid.

final, privando-o do consumo familiar e individual, reforçando assim a desigualdade regional.

As pesquisas empíricas indicam ainda que a falta de concorrência prejudica o consumidor, no entanto, a presença de uma política de concorrência leal lhe traz excelentes vantagens, ao passo que os bens necessários restam barateados, dando lugar à aquisição de bens não essenciais.

Logo, com base em toda a argumentação supracitada, empreende-se que a concorrência vai muito além de uma política empresarial ou uma lei que versa sobre anticorrupção: é composta por todo um sistema que atinge uma série de direitos sociais e fundamentais. Portanto, sua defesa deve ser apresentada de maneira macro, observando o comportamento dos mercados e setores, monitorando as atividades e estimulando a prevenção e o combate a atos ilícitos ligados à ordem econômica.

CAPÍTULO 4 – AS CATEGORIAS DE ILÍCITO E A APLICAÇÃO DA PENA NO ÂMBITO DO CADE: EXPOSIÇÕES E METODOLOGIAS

As categorias de ilícito por objeto, ilícito por efeitos e regra da razão são figuras permeadas normalmente nas razões de decidir do judiciário e de diversos órgãos administrativos, inclusive o CADE, ainda que não estejam expressas ou positivadas em nenhum texto legislativo.

Pode-se observar que, desde a constituição do CADE, a jurisprudência da autarquia não é uniforme nesse sentido, gerando algumas confusões sobre quais condutas poderiam ser tomadas condutas ilícitas em razão do objeto e efeito; ou a utilização da verificação da conduta pela regra *per se*.

Não existe, portanto, após longos anos, a segurança jurídica acerca da verificação das condutas, bem como de seus efeitos, tendo em vista que as razões de decidir oscilam nesse sentido.⁴⁰

4.1. CADE. a regra *per se* e o ilícito pelo objeto

O art. 36 da Lei 12,529/2011 define a constituição de infração á ordem econômica qualquer manifestação, independentemente de culpa, que possa produzir efeitos, ainda que não alcançados.⁴¹

Tendo em vista o disposto pela lei, há de se observar que a relação de presunção de culpa e potencial para efeitos ofensivos, advindos do modelo europeu de defesa da concorrência, são elementos cruciais para a responsabilização por infração à ordem econômica. Dentro desse contexto, há de se observar que o conceito central de ilícito por objeto não é descrito de maneira restrita, não havendo uma tipificação específica.

Num primeiro ponto, cabe primeiramente definir que os termos retirados pelo estudo do desdobramento da culpa e dos efeitos de ilícitos na ordem econômica iniciaram os questionamentos da regra da razão e da teoria do ilícito pelo objeto. Ambos

⁴⁰ BAQUEIRO, Paula; SILVEIRA, Paula. A jurisprudência do CADE em casos de tabelas de preços: um estudo sobre as categorias de ilícito e metodologias de análise utilizadas. In: JESUS, Agnes Macedo de *et al* (Orgs.). **Mulheres no antitruste**. São Paulo: Editora Singular, 2018, p. 143.

⁴¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm

têm sua origem no ordenamento jurídico norte-americano e europeu, tendo sido inseridos no ordenamento jurídico brasileiro por meio de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

De um lado, tem-se que a regra da razão (*per se*) se apresenta como um mecanismo de análise por meio do qual um acordo não pode ser justificado, sendo racionalmente ilegal, bastando tão somente a existência do acordo, sem contar com eventual elevação de preços e prejuízos aos consumidores e ao mercado como um todo. Foi desenvolvida em razão da amplitude da *Sherman Act* (lei antitruste americana que versava sobre regulações comerciais) e é sempre comparada na doutrina e jurisprudência com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade presentes no ordenamento jurídico brasileiro.⁴²

De uma forma sintética, compreende-se como regra *per se* (regra da razão), as práticas ilegais que realizam a diminuição da livre concorrência de maneira razoável.⁴³ Tal conceito indica, de maneira inevitável, um conceito mais abrangente de conduta, remetendo-se inclusive à ponderações e utilização da razoabilidade e proporcionalidade em caso de colisão de direitos fundamentais. Tal regra, quando aplicada pela autoridade criminal/antitruste traz uma caracterização mais generalizada da análise acerca da conduta.

Nesta mesma seara, tem-se também a proibição *per se*, que consiste no repúdio do ato que vai contra a ordem econômica simplesmente por ser ilegal, sendo dispensada uma análise jurídica profunda da autoridade criminal/antitruste acerca do tema.⁴⁴ Não é uma corrente onde admite-se diferenciadas vertentes, tendo em vista sua objetividade e reduzido escopo para discussão. Se choca, entretanto, com as diferentes correntes que versam sobre conduta e efeitos da conduta anticoncorrencial no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

⁴² IBAQUEIRO, Paula e SILVEIRA, Paula. A jurisprudência do CADE em casos de tabelas de preços: um estudo sobre as categorias de ilícito e metodologias de análise utilizadas. Mulheres no antitruste. Organização Agnes Macedo de Jesus, Amanda Athayde, Isabela Maiolino, Juliana Oliveira Domingues, Leonor Cordovil e Mylena Augusto de Matos . São Paulo: Editora Singular, 2018, p. 143.

⁴³ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 10 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 207..

⁴⁴ Id., p. 209.

A regra *per se* se apresenta como uma forma menos onerosa para a realização de análise de ilícitos concorrenciais, tendo em vista que dispensa a necessidade de comprovação de todos os elementos do ilícito, em razão da presunção de efeitos negativos derivados da conduta anticompetitiva. O papel da autoridade, sob essa interpretação, é tão somente comprovar a materialidade e autoria da conduta, o que reduz de maneira substancial a possibilidade de defesa do réu/representado, tendo em vista que a única defesa capaz de rebater a presunção é a comprovação de ausência do ilícito.

Já o conceito de ilícito por objeto, denota-se que se dá diante da presunção de ilicitude, trazendo uma incumbência crucial para a defesa: a inversão do ônus da prova, tendo em vista que este conceito, em seu ponto mais extremo, exclui qualquer contextualização factual, sendo necessária somente a comprovação acerca da conduta praticada e do nexos causal, baseando-se totalmente na responsabilidade objetiva.⁴⁵

Dentro da perspectiva antitruste brasileira, observa-se que a proibição quanto ao objeto está presente na jurisprudência do CADE desde meados do ano de 2013, materializando-se por meio do julgamento do processo administrativo 08012.006923/2002-18⁴⁶ envolvendo a Associação Brasileira de Viagens do Rio de Janeiro. No presente julgado, resta claro que a presunção de ilicitude que acompanha uma infração à ordem econômica tem como pilares principais a experiência no conteúdo do acordo de preços e na grande chance em prejudicar o bem jurídico tutelado.

Não há uma necessidade de presunção da ilicitude nesse cenário, tendo em vista que a autoridade judiciária ou administrativa deve se encarregar das provas carreadas aos autos, cabendo inclusive à autoridade realizar a já mencionada inversão do ônus da prova ao representado, com o fito de provar que a restrição à concorrência ocorreu de maneira secundária em relação ao objeto lícito e distinto. Há de ser provado também que os benefícios do objetivo principal são maiores e superam os riscos detectados à ordem econômica.

⁴⁵ RODAS, João Grandino; FRIED, Jonathan. Competition and Cartels in the Americas. **Organization of American States General Secretariat**, Washington, 2005, p. 343.

⁴⁶ CADE. **Processo n. 08012.006923/2002-18**. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnfV5WSDi1t9klg1cIHxjkDRUb2DdCI8amA-1BQfipAeO. Acesso em: 05 jul. 2020.

A regra da razão, *per se*, é utilizada na jurisprudência do CADE em virtude da economia processual, sobretudo para cartéis *hard core*, uma vez que há sempre um resultado expressivo para a sociedade diante da conduta praticada, resultando conseqüentemente em um custo líquido social. Portanto, ao invés da autoridade criminal/antitruste passar por toda uma análise da conduta, realiza-se somente uma análise econômica simples, focada nas provas alocadas aos autos para o exercício de tomada de decisão.

A grande problemática da regra da razão se dá em virtude de organizar diferentes infrações do ponto de vista criminal, antitruste, econômico e social nas mesmas categorias. Tem-se, como exemplo, a diferenciação entre um cartel *hard core* e um cartel “*soft*”. Este último poderá se dar em razão de acertos entre concorrentes, configurando um amontoado de condutas ilícitas sem interseção e verificação de uma formação *hard core* (importação e exportação).⁴⁷

Veja-se que os dois pontos são totalmente contrapostos mas, se colocados em cheque, sofrem as mesmas penalidades pelas mesmas razões, motivo pelo qual reputa-se certa ausência de razoabilidade na verificação pela regra *per se*, uma vez que o condicionamento ao agrupamento de informações pode desaguar em iguais resultados para condutas de gravidades não necessariamente iguais, o que pode ferir o princípio da isonomia previsto no art. 5º, caput, da CRFB/88.

Acerca do mencionado, pode-se afirmar que atualmente o direito antitruste no Brasil resume a regra *per se* à análise da infração, sendo utilizada em larga escala pela jurisprudência e a teoria do ilícito por objeto encontra previsão legal na lei de defesa da concorrência.

Da jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica surgiu ainda o ilícito *per se*, que nada mais é do que a aplicabilidade *da* presunção absoluta, após a comprovação da materialidade e autoria do fato. Tal conceito surgiu em em razão do voto da relatora Ana Frazão no processo administrativo n. 08012.001591/2004-47, conforme abaixo:

⁴⁷ RODAS, João Grandino; FRIED, Jonathan. Competition and Cartels in the Americas. **Organization of American States General Secretariat**, Washington, 2005, p. 343.

No exame da jurisprudência do Conselho, cabe ainda destacar o voto do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no PA nº08012.006923/2002-18 (...) [O] Conselheiro fez questão de ressaltar que, mesmo constituindo uma infração por objeto, a divulgação de tabela de preços não configura uma infração *per se*. Logo, a presunção de ilicitude poderá ser afastada caso seja possível demonstrar, diante das circunstâncias concretas, que a sugestão de preços foi utilizada para a realização de outro objeto lícito e razoável, como a compensação de eventual poder de oligopsonia.⁴⁸

A doutrina aponta como uma das vantagens principais do raciocínio *per se* a dissuasão da conduta anticompetitiva e a economia processual, já que a análise do ocorrido dispensa estudos de longo prazo sobre impactos no mercado, se atendo à conduta e efeitos, o que gera absurda economia processual. Como pontos principais de desvantagem da teoria, observa-se um aprofundamento na disparidade de informações colhidas como um todo, de maneira geral, já que sob essa visão não há um estudo aprofundado sobre o impacto das condutas no setor atuante nem no mercado.⁴⁹

Logo, com base no verificado na lei e na jurisprudência, há de se constatar que a razoabilidade e proporcionalidade são parâmetros que não podem ser retirados da vista dos Conselheiros responsáveis pelos julgamentos antitruste, mas também a ausência de contexto fático probatório não é o suficiente, a depender de caso, para presumir a inocência ou culpabilidade do ato. O Brasil, nesse sentido, ainda possui um longo caminho pela frente na seara administrativa e criminal, a fim de que as condutas e efeitos possam convergir nas tipificações e objetivos adequados, visando sempre tutelar os bens jurídicos corretos, bem como a proporcionar o bem-estar social.

4.2. A aplicabilidade das penas em com base nas razões de decidir do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

O formato de punição para infrações à ordem econômica, segundo recomendação da OCDE, consiste na imposição de multa em razão do efeito dissuasório, além das multas em relação às pessoas físicas, que também carregam um viés dissuasório.⁵⁰

⁴⁸ PA 08012.001591/2004-47, voto da Relatora Ana Frazão.

⁴⁹ BAQUEIRO, Paula e SILVEIRA, Paula. Op. cit., p. 143.

⁵⁰ SANTOS, Flavia Chiquito dos. **Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 142.

O principal arcabouço legal no ordenamento jurídico brasileiro para atos que infringem a ordem econômica é Lei 12.529/2011, que instituiu o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A referida norma surgiu como fruto de diversas críticas acerca da tipificação de condutas anticompetitivas, que se apresentava deficitária na antiga lei.

A lei que instituiu o sistema brasileiro de defesa da concorrência, trouxe à baila as reivindicadas tipificações dos crimes contra a ordem econômica, no entanto, no entanto, não impõe gamas individuais de sanção, o que gera ampla subjetividade e insegurança ao ordenamento,⁵¹

Vejamos o art. 37, em seus incisos I, II e III da Lei 12,529/2011:

Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);

III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

Precipuamente, observa-se que a legislação realiza três diferenciações principais para a aplicação das sanções cabíveis: as empresas, demais pessoas físicas ou jurídicas e administradores, sendo esse o único dispositivo da referida lei que estabelece faixas de punição, o que abre uma possibilidade de discricionariedade dos julgados por parte do poder público.

⁵¹ VALLADARES, Hugo Emmanuel. **Metodologia para a dosimetria da pena de multa em casos de cartel**. 2016. 134 f., il. Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 12.

Não ocorre, no bojo da legislação, a indicação do melhor caminho para a primeira fase da dosimetria, qual seja, a aplicação da pena-base, no art. 36, nem tampouco para a fixação das majorantes e minorantes no art. 45. Essas ausências em relação aos parâmetros firmados acentuam brechas de arbitrariedade, bem como podem levar à uma subtração demasiada da pena, deixando de lado sua função dissuasiva.⁵²

A função social da multa, no âmbito do ilícito concorrencial, objetiva reparar o dano e dissuadir o infrator ao cometimento da nova infração. Face à dependência econômica e à responsabilidade social de pessoas jurídicas diante da sociedade, toma-se como parâmetro o princípio da razoabilidade e proporcionalidade junto à aplicação das multas, visando reintegrar a empresa ao mercado de forma idônea, mantendo os empregos e a geração de capital necessárias à economia local e regional.

Há quem acredite que a fixação jurisprudencial da multa-base é uma tentativa utópica de uniformização da jurisprudência administrativa do CADE. A referida autarquia, como solução, tem procurado padronizar a fixação da multa-base em casos de cartéis, apesar das grandes oscilações de faturamento bruto de empresas condenadas.⁵³

Como exemplo do supracitado, apenas um cartel de posto de combustível ao longo da história da autarquia foi punido em menos de 15% do faturamento bruto, restando as demais condenações na faixa de 10% a 20% do faturamento das empresas.

Acerca do tema, a doutrina, em conjunto com o direito econômico, fórmula diversas discussões sobre qual seria o cálculo ideal, que integrasse a dissuasão de encontro com os custos sociais.

O primeiro autor a formular uma equação que relacionasse a conduta com a sanção foi o economista Becker. Na equação Becker, multiplicava-se o estabelecimento de uma sanção pela probabilidade da conduta em ser detectada e punida, que deve ser igual aos danos sociais. Para Becker, todas as condutas em que o ganho do infrator seja menor do que o ganho social, a sanção esperada deve ser maior que o ganho, já que o infrator não procederá com determinada conduta se o seu ganho, com isso, for negativo.

⁵² Ibid., p. 12.

⁵³ Ibid., p. 13.

A regra de Becker foi aperfeiçoada por Polinsky e Shavell, os quais sugerem que as sanções deveriam levar em conta que os danos causados à sociedade são maiores do que os acumulados pelo agente que cometeu o ato ilícito, somando-se ainda o valor economizado na organização em virtude do descumprimento da lei.⁵⁴

Acerca do nível aplicado às penas para condutas anticompetitivas, Wils Wouter enfatiza que o fato de ainda existirem condutas como essa não significa que as penas aplicadas anteriormente eram insuficientes. O autor defende, ainda, que a imposição de grandes volumes de multa implicaria diretamente na saúde financeira da empresa, havendo de ter, portanto, uma razoabilidade entre o valor cobrado e a possibilidade de pagamento.⁵⁵

Sobre esse último ponto, discorda com veemência Massino Motta⁵⁶, que repudia os argumentos de que elevadas multas levam empresas à falência, pontuando que as multas aplicadas por condutas anticoncorrenciais não são repassadas aos consumidores por meio de aumento de preço.

Um relatório publicado pelo OFT expôs uma pesquisa empírica realizada com o apoio da Deloitte a fim de saber, por meio da opinião de juristas e empresários, a melhor medida para aplicabilidade de fins dissuasórios para a punição de cartel, que resultou na opinião comum entre advogados e empresários em penas criminais, privativas de liberdade, tendo as ações privadas de danos ocupado o quinto lugar do ranking.⁵⁷

É válido ressaltar que a pesquisa relatada não expõe a realidade de várias sociedades ou vários ordenamentos jurídicos. É possível que a mesma pesquisa, ao ser realizada nos Estados Unidos, concluísse pela ação privada de danos em um patamar maior no ranking, tendo em vista a cultura indenizatória do país.

⁵⁴ SANTOS, Flavia Chiquito dos. Op. cit., p. 140-141.

⁵⁵ WILS, Wouter. Optimal antitrust fines: theory and practice. **World Competition**, London v. 29, n. 2, jun. 2006. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=883102. Acesso em: 05 jul. 2020, p. 16.

⁵⁶ MOTTA, Massimo. On cartel deterrence and fines in the European Union. **European Competition Law Review**, n.4, v. 29, p. 209-2020, 2008, p. 1-14.

⁵⁷ REINO UNIDO. The deterrent effect of competition enforcement by the OFT. OFT Report, n. 962, nov. 2007.

Há de se observar, portanto, que o efeito dissuasório esperado diante da prática de ilícitos concorrenciais depende de um sistema efetivo de sanções, mas também de qualidade administrativa e procedimental da administração pública responsável pela regulação e monitoramento do mercado, agindo de maneira preventiva na detecção das condutas, que vá além do CADE e realize, sobretudo, a interface das esferas administrativa, civil e criminal.⁵⁸

Segundo Santos⁵⁹, observando a jurisprudência do CADE, e atendo-se somente às penas aplicadas para as empresas inclusas no polo passivo de processos administrativos, utilizando-se das seguintes variáveis: (i) os percentuais constantes da pena segundo a antiga Lei de Defesa da Concorrência, qual seja, a 8.894/1994; (ii) a possibilidade de dissuasão por meio das penas; (iii) a possibilidade de retribuição pelas penas face ao ilícito praticado; (iv) as agravantes e atenuantes; (v) a obrigação de fazer ou abster-se de fazer; (vi) o caráter metodológico que consistia no cruzamento dos tópicos acima com os votos, relatórios e ementas de conselheiros do CADE no julgamento de processos administrativos.

Como fechamento da pesquisa realizada, sagrou-se que apenas 48% das decisões proferidas adotaram a dosimetria da pena, com resultado de 15 votos, partindo de um total de 29 acórdãos verificados. O critério adotado no Cartel da Areia apresentou uma metodologia e aplicação da pena de maneira mais precisa e sistemática, fixando pena base para o cartel em si em separação com a pena base fixada aos seus líderes; agravou a pena aos líderes do cartel em razão da consumação da infração e do intuito de ajuda externa e continuidade do ato; atenuou a pena com base na situação econômica das empresas.⁶⁰

Acerca dos métodos metodológicos para a aplicação da pena, Chiquito⁶¹ ainda observou que de 29 decisões analisadas, apenas em 9 o CADE indicou jurisprudência própria para impor sanção às condutas provenientes de cartel.

⁵⁸ SANTOS, Flavia Chiquito dos. Op. cit., p. 158.

⁵⁹ Ibid., p. 162.

⁶⁰ CADE. **Processo n. 08012.006923/2002-18.** Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnfV5WSDi1t9klg1cIHxjkDRUb2DdCI8amA-1BQfipAeO. Acesso em: 05 jul. 2020.

⁶¹ SANTOS, Flavia Chiquito dos. Op. cit., p. 170- 178.

Desta maneira, com base no verificado, observa-se que o CADE não possui jurisprudência uniforme acerca da aplicação de sanção para casos de cartel, além de não fazer referência à sua própria jurisprudência em suas decisões, o que pode gerar uma gama de insegurança jurídica, bem como ausência de uniformização jurisprudencial diante da Administração Pública.

Mais assertivo seria, então, se a Autarquia justificasse cada fase de aplicabilidade com base na lei fundamentada e nas razões de decidir do próprio CADE, a fim de ser formado um sistema de precedentes capaz de construir jurisprudencialmente a aplicabilidade das penas de acordo com o volume infracional encontrado.

Acerca do explicitado, tem-se que, na realização de acordos de leniência, não há condenação e aplicação de pena para o colaborador, mas há aplicabilidade de sanção aos demais participantes, motivo pelo qual a exposição da referida pesquisa se faz necessária, de maneira que demonstre a volatilidade jurisprudencial e autárquica da administração pública e dos entes privados nas negociações observadas, tema que será tratado no próximo capítulo.

CAPÍTULO 5 – ANÁLISE CRÍTICA DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA - PANORAMA GERAL DO CADE NO COMBATE A CARTEIS E SEU POSICIONAMENTO ANTE AO ACORDO DE LENIÊNCIA

5.1. A participação do Ministério Público nos acordos de leniência firmados no âmbito do CADE

A Constituição da República Federativa do Brasil consagra em seu art. 127 o Ministério Público como instituição essencial dentro do poder organizacional do Estado, tendo como funções a atuação como fiscal da lei, sendo responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais disponíveis.⁶²

Na esfera do antitruste, o Ministério Público pode atuar nos âmbitos penal, cível e administrativo. A previsibilidade de participação do Ministério Público na esfera administrativa encontra previsão no art. 20 da Lei 12.529/2011, emitindo parecer em processos administrativos para sanções administrativas que tenham ferido a ordem econômica, sendo a participação provocada por meio de ofício elaborado pelo Procurador Geral da República.⁶³

Como regra, a atuação do Ministério Público na seara do direito concorrencial se dá nas esferas penal, cível e administrativa. A atuação na esfera administrativa ocorre é promovida por meio da elaboração de ofício enviado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica ao Ministério Público correspondente, tendo como base para tal feito a Lei 12.529/2011.⁶⁴

Como atribuições do Ministério Público na esfera do antitruste, tem-se que seu escopo se encontra na defesa da ordem econômica, que garante a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, a isonomia, a defesa do consumidor e a função social da propriedade, prevista nos arts. 170 a 173 da Constituição da República Federativa do

⁶² Constituição Federal de 1988: Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

⁶³ Lei nº 12.529/2011: Art. 20. O Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, emitir parecer, nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, de ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator.

⁶⁴ Idem.

Brasil, sendo derivados da principiologia do art. 5º do referido dispositivo constitucional.

Noutro giro, verifica-se também que é de responsabilidade do Ministério Público promover a ação penal pública, na forma do art. 129, I, da CRFB/88, além de promover também o inquérito civil e ação civil pública, tendo como fito os interesses difusos e coletivos, incluindo nesse rol de interesses a defesa da concorrência, na forma do art. 129, III da CRFB/88.

Acerca das funções do Ministério Público apura-se, portanto: a função investigativa e extrajudicial de ilícitos concorrenciais, na esfera administrativa e criminal; a instauração de inquérito civil para averiguar fatos que tenham potencial para lesionar bens que estão sob sua tutela; e o procedimento investigatório criminal, que tem como escopo investigar as infrações penais, embasando eventual denúncia em justiça competente, como é o caso dos cartéis.⁶⁵

Especificamente no âmbito do CADE, conforme delineado pela Lei de Defesa da Concorrência, ocorre a designação de um membro do Ministério Público para confeccionar pareceres em processos administrativos que tramitem no âmbito do CADE.

Acerca da contribuição do Ministério Público no *enforcement* antitruste, há de se observar que a OCDE, na *peer review* de 2010 informou que as atribuições do Ministério Público seria atuar com independência e representando o interesse público dentro do CADE.⁶⁶

Assim, o enquadramento geral do parquet, dentro da autarquia, seria a defesa dos valores da livre concorrência em prol da defesa do consumidor, bem como fortalecer o sistema de defesa da concorrência,

A Lei que institui o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência não institui, em si, a participação do Ministério Público no programa de leniência especificamente, mas,

⁶⁵ LIMA, Marcio Barra. **A atuação do Ministério Público Federal junto ao CADE**. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, n. 1, vol. 6, p. 5-23, mai. 2018, p. 5-23.

⁶⁶ OCDE. **Lei e Política da Concorrência no Brasil - Uma Revisão pelos Pares**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2020.

como tal atitude pode vir a ter como efeitos a imunidade penal, o CADE inclui a figura do Ministério Público em seu atual programa de leniência, na figura de interveniente-anuente.

Apesar de toda a relevância do *parquet*, tem-se que sua participação não é obrigatória para a validação e eficácia do acordo, não possuindo um escopo de ação definido quando da assinatura.

O chamamento do Ministério Público por parte do Conselho Administrativo de Defesa Econômica no momento da assinatura advém das controvérsias a respeito dos efeitos dos acordos de leniência, tendo em vista que ocorrem consequências também na esfera penal e a ordem econômica faz parte do bem comum, sendo portanto o Ministério Público o legitimado ativo para o ajuizamento de uma ação.

Acerca do tema, a doutrina expõe:

Há certa dúvida, entre os operadores do direito da concorrência, surgida na vigência da Lei 8.884/1990, sobre a possibilidade de a autoridade administrativa conceder a anistia penal, sendo o Ministério Público o titular da ação penal. Para evitar qualquer discussão futura que possa comprometer o programa de leniência (sendo certo que a insegurança sobre este ponto seria um senão à celebração de leniências), o Ministério Público é frequentemente chamado a assinar acordos.⁶⁷

Observa-se, portanto, que o Ministério Público exerce um papel importante, mas não completamente satisfatório, diante dos incontáveis efeitos que o programa de leniência pode causar nas esferas cível, econômica e administrativa.

Merece destaque também a controvérsia acerca dos pareceres do Ministério Público Federal junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Não é possível saber se deve haver uma vinculação obrigatória entre a *opinio* do Ministério Público e o CADE. Se o parecer do Ministério Público não for seguido, não resta claro quais instrumentos no âmbito administrativo são cabíveis para a reforma da decisão, por exemplo.⁶⁸

⁶⁷ CORDOVIL, Leonor *et al.* **Nova lei de defesa da concorrência comentada: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012., p. 193.

⁶⁸ NASCIMENTO, Rodrigo Zingalles Oller do. **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 85.

Em um contraponto, entende-se que a parte que assina o referido acordo pode não se sentir à vontade com a participação do Ministério Público como *custus legis*, visto que ele é quem indica os pontos passíveis de inquérito. Em razão disso, instaura-se uma promiscuidade entre a via administrativa e judicial, com diferentes pressupostos.⁶⁹

Interpretando, ainda, o último parágrafo do art. 20 disposto na Lei Brasileira de Defesa da Concorrência, há dúvidas acerca da obrigatoriedade da manifestação do MP, uma vez que a última linha expressa que a emissão de parecer pode ser solicitada por ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator. Tal texto provoca uma ambiguidade, já que não se faz possível compreender se o parecer é uma regra e se são adotados critérios para a participação do fiscal da lei.⁷⁰

Cabe ressaltar que o Ministério Público, em tese, não poderia atuar na seara administrativa de defesa da concorrência, já que uma vez apurada a infração à ordem econômica, os autos deverão ser remetidos ao Ministério Público, que avaliará as questões com base no binômio necessidade e adequação.

E, dentre elas, a mais contemporânea controvérsia, é a legitimidade da comunicação entre o Ministério Público, as esferas administrativas e a polícia federal na investigação proveniente de supostos ilícitos criminais. Não é possível avaliar ainda, a longo prazo, os efeitos que a profunda interface entre a Administração Pública, o Ministério Público e a Polícia Federal poderão gerar no ordenamento jurídico brasileiro e em toda sociedade, levando em consideração a confusão de competências estabelecidas no âmbito da Defesa da Concorrência.

Segundo nota técnica emitida pela quinta Câmara de Coordenação e Revisão de Combate à corrupção do Ministério Público Federal, não deveria ocorrer a assinatura do mais recente termo de cooperação técnica sobre leniência que foi proposto, visto que os acordos celebrados não tem gerado efeitos sistemáticos de forma que esvaziam a

⁶⁹ Ibid., p. 86.

⁷⁰ Ibid., p. 86.

atuação do Ministério Público Federal, que é o órgão indispensável para uma atuação de qualidade.⁷¹

Nota-se, portanto, que o MPF vem perdendo um pouco a sistemática e o papel de auxiliador e interveniente anuente, o que contribui, inclusive, para um descrédito dos acordos firmados pela máquina pública.

5.2. Dos desafios e perspectivas para o acordo de leniência no âmbito do CADE no Brasil

A conclusão apressada de que a celebração de um acordo de leniência junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica funciona como uma blindagem à corrupção e, conseqüentemente, à reiteração da prática delituosa é uma forma equivocada de enxergar a administração pública e o escopo que é proposto por meio da autarquia.

Segundo dados obtidos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, de 2015 a 2020 foram julgados 27 acordos de leniência acerca de condutas anticompetitivas.⁷² Sob a mesma perspectiva, de 2015 em diante, o CADE assinou 65 acordos de leniência, destacando que houve recebimento de 22 pedidos de leniência *plus* e 19 renovações e aditivos.

Desta forma, observa-se que há um movimento em prol da defesa da concorrência legítimo e válido. A pergunta a se fazer, entretanto, é: quais serão os efeitos das decisões tomadas na seara administrativa a longo prazo e qual é o papel máximo do CADE nessas relações?

A Lei 12.529 de 2011 concedeu ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica maior autonomia e liberdade no que tange às investigações sobre infrações contra a ordem econômica, como a análise de prévia de atos de concentração e aplicação de sanções pecuniárias.

⁷¹ Ministério Público Federal. **Nota técnica n. 2/2020**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/nota-tecnica-5a-camara-leniencia.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2020.

⁷² CADE. **Programa de leniência**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>. Acesso em: 05 jul. 2020.

Todavia, necessidades práticas comprometem a total eficácia das decisões proferidas pelo CADE, como a comprovação da ilegalidade e a dificuldade de entrar em um mercado por meio de uma delação que poderá gerar um acordo de leniência.

Dentro do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, pode-se vislumbrar três cenários possíveis para a imagem da leniência no âmbito do CADE no futuro: o primeiro seria um programa que incentiva a formação de ilícitos concorrenciais, frustrando o disposto pela lei de defesa da concorrência; o segundo seria um cenário que não demonstra pilares suficientes, gerando insegurança nos colaboradores e instituições; o terceiro cenário seria o parâmetro ideal do programa, com metas e claras e um destaque importante no combate a cartéis.⁷³

Motta e Polo indicam que, caso o programa de leniência receba estrutura e eficiência da administração pública, maior será a chance de detectar informações de maneira independente, sem necessariamente depender da leniência para adentrar nas infrações à ordem econômica de determinado mercado.⁷⁴

Nessa visão, então, a leniência seria considerada como um instrumento de “último recurso”, perdendo seu sentido colaborativo e tornando-se assim, um mero instrumento que visa a redução e imunidade de penas.⁷⁵

Um outro ponto a ser considerado é o risco de geração de um efeito colusivo, em razão da nova lei de defesa da concorrência admitir que o líder do cartel se candidate ao programa de leniência, o que fere o princípio da vedação ao benefício da própria torpeza. Noutro giro, excluir o líder do programa de leniência poderia desestimular outros agentes a celebrarem o acordo referente ao ilícito anticoncorrencial praticado.

⁷³ PEREIRA FILHO, Venicio Branquinho. Programa de leniência no direito concorrenciais brasileiro: uma análise de seus escopos e desafios. **Revista de Defesa da Concorrência**, n. 2, v. 3, p. 15. Disponível em: [file:///home/bia/Downloads/155-Texto%20do%20artigo-878-1-10-20151201%20\(2\).pdf](file:///home/bia/Downloads/155-Texto%20do%20artigo-878-1-10-20151201%20(2).pdf). Acesso em: 05 jul. 2020.

⁷⁴ MOTTA, Massimo; POLO, Michele. Leniency programs and cartel prosecution. *International Journal of Industrial Organization*. **Elsevier**, Amsterdam, n. 3, v. 21, mar., 2003.

⁷⁵ PEREIRA FILHO, Venicio Branquinho. Op. cit.

Com efeito, tem-se que a colusão poderia gerar efeitos perversos inclusive entre os próprios concorrentes, já que o líder poderia unir-se aos colaboradores em um dado momento, colaborando com o ilícito e logo após delatá-los em uma leniência, beneficiando-se do programa e dos requisitos elencados pelo art. 86 da Lei de Defesa da Concorrência, quais sejam: (i) o cumprimento do acordo pelo agente; (ii) a ausência de conhecimento prévio do ilícito pela Superintendência Geral do CADE.⁷⁶

É válido ressaltar que o efeito conclusivo tem como argumentações contrárias o fato de que nem todo cartel possui um líder, além de destacar que, a partir do momento em que um acordo de leniência é firmado, a colaboração e auxílio do proponente tornam-se essenciais, o que poderia deixar as referidas informações expostas, indicando assim um alto risco a ser traçado.

Reforça-se ainda que a responsabilidade civil se apresenta como um fator prejudicial ao programa de leniência, tendo em vista que as ações de responsabilidade civil por prática de cartel demandam o provisionamento de altos valores pelas companhias e não são abarcadas pelos programas de leniência.

Uma outra problemática que surge em torno do tema é de que o acordo celebrado serve como embasamento para as ARDC's, o que desestimula ainda mais os colaboradores, tendo em vista que há a exposição de muitos dados e afirmações.

Acerca do programa de leniência para cartéis internacionais, tem-se que tal tema é apresentado ainda de maneira tortuosa e a cooperação internacional da autarquia caminha de forma lenta em relação a esses procedimentos.

Os cartéis internacionais envolvem o conluio de determinados mercados a nível transnacional. A Lei Brasileira de Defesa da Concorrência adota o critério da territorialidade e dos efeitos para a verificar qual lei será aplicada, o que permite que agentes internacionais sejam condenados pelo CADE.

⁷⁶ Idem.

Outro fator problemático diante de um cartel de mercado transnacional é o fator de que a celebração do acordo se limita à jurisdição de sua celebração, o que enfraquece a colaboração entre países e, conseqüentemente, entre as agências antitruste.

Logo, diante das perspectivas apontadas, vislumbra-se que o programa de leniência, muito embora seja objeto de grande relevância no atual cenário, deve desenvolver-se em pontos essenciais que vêm se perdendo ao longo da trajetória do programa junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

CONCLUSÃO

Os acordos de leniência celebrados no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, na era contemporânea do administrativismo, apresentam-se com uma estrutura espessa e consolidada frente ao mercado e ao ordenamento jurídico, tanto para fatores intrínsecos, relacionados à organização da administração pública, como para fatores extrínsecos, relacionados à opinião externa sobre a autarquia na comunidade nacional e internacional.

No entanto, apesar das boas práticas e do árduo trabalho da autarquia, percebe-se algumas falhas de execução advindos do próprio sistema de leniência que poderá prejudicar, em si, ambas as partes, levando em conta ainda os revendedores e o consumidor em sentido amplo, causando um impacto direto no produto e, conseqüentemente, no consumidor final.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, instaurado por meio da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, trouxe o Conselho Administrativo de Defesa Econômica como autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, funcionando de forma autônoma e descentralizada, contando com um Tribunal Administrativo para julgamento das infrações relacionadas à defesa da concorrência. Sua natureza de autarquia, bem como a incorporação da Superintendência Geral ao CADE trouxe maior descentralização do ente, coadunando ainda mais com os princípios de defesa da concorrência, o que conseqüentemente gerou maior autonomia e autenticidade em sua organização e decisões.

Dentro deste âmbito autárquico e administrativo onde surgiu a estrutura do programa de leniência, insurgem-se os questionamentos principais apontados no presente trabalho: a organização estrutural, compelindo os critérios de escolha para imunidade total ou parcial, cada fase da leniência até que ocorra a homologação do acordo se escolhe o “primeiro” para delatar, como se dá cada fase até o momento da homologação, bem como se dá o papel do Ministério Público no presente feito.

De tudo que se verifica, é viável observar que o programa de leniência, para além de bem estruturado, guarda alguns aspectos inconstitucionais e outros, ainda que

materialmente e formalmente constitucionais, mas que causam insegurança jurídica às instituições, colocando não somente a administração pública, mas todos os demais setores, em um enxame de informações diversificadas que ora beneficia e ora prejudica os envolvidos.

Como principais fatores críticos ao programa, elenca-se: (i) o critério de escolha e a fixação do primeiro contribuinte para o acordo, que afronta o princípio da pessoalidade, previsto no art. 37, caput, da CRFB, uma vez que esta verificação pode ser realizada somente por um contato telefônico ou com uma comunicação com o Superintendente Geral do CADE; (ii) as informações prestadas acerca de determinado conluio são profundamente valiosas, tendo em vista que, em determinados mercados, é impossível que a fiscalização da administração pública chegue a esse patamar, o que expõe a administração pública, em troca de uma imunidade; (iii) como consequência do item anterior, gera-se uma disputa pela delação em busca da imunidade, o que pode gerar a desestabilização do programa, tendo em vista que o primeiro poderá celebrar a leniência e os demais poderão negociar um termo de cessação de conduta mais benéfico do que uma investigação passiva de multa sobre o tema; (iv) há uma linha tênue acerca da atuação do Ministério Público nos acordos de leniência celebrados no âmbito do CADE, tendo em vista que sua atuação não se dá como fiscalizador da ordem jurídica, mas em alguns momentos ocorre somente como mero expectador do acordo, ainda que diante de algumas ofensas aos princípios da administração pública intrínsecos às regras do acordo; (v) há uma tensão entre as esferas administrativa, cível e criminal acerca das condenações impostas e do sistema de provas emprestadas, não havendo entendimentos consolidados sobre o tema, o que faz com que a celebração de um acordo de leniência gere diversos efeitos ainda não regulados.

Ressalta-se que, além do aspecto empresarial e das consequências jurídicas que a formação de cartel possa gerar, o maior impacto se dá perante o consumidor final, que passa a ser privado do acesso a determinado mercado, bloqueando o consumo de diversos produtos e serviços a determinadas faixas salariais, tornando os produtos do conluio o privilégio somente de algumas classes. Nasce, daí, a contribuição diretamente proporcional das condutas anticoncorrencias com o aumento da pobreza e miserabilidade, reforçando assim desigualdade em sentido amplo, de maneira cíclica por meio dos acessos a determinados mercados por renda individual e *per capita*.

O acordo de leniência deve ser sempre, no âmbito dos cartéis *hard core*, verificado como uma exceção, e não como a regra, já que deve derivar da impossibilidade de fiscalização do Estado pelos meios tradicionais, com o fito de não proporcionar uma fiscalização baseada em leniência e termos de cessação de conduta.

Ademais, devem ser abordadas a dosimetria das multas frente ao CADE, evidenciadas pela regra *per se* e o ilícito pelo objeto, ambos utilizados pelo CADE em diferentes situações, não contando ainda com uma jurisprudência otimizada e pacificada.

De todo o verificado, pensa-se que os acordos de leniência firmados funcionam como forma eficaz de extinção da punibilidade na esfera administrativa perante a Superintendência Geral do CADE, servindo como uma maneira otimista de impedir a propagação de combinações de preços e formalização de barreiras entre concorrentes, bem como na reincidência em práticas anticompetitivas.

Noutro giro, tem-se que a formalização dos referidos acordos, bem como suas perspectivas e efeitos futuros no ordenamento ainda não se encontram bem delineados, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou acerca da efetividade da leniência administrativa no âmbito criminal, o que gera ainda a responsabilidade de indenizar na esfera do direito civil, materializada normalmente nas ARDC's, normalmente ajuizadas por fornecedores ou consumidores equiparados dentro da cadeia produtiva.

Não há, em razão disso, efetivas respostas acerca dos efeitos dos acordos firmados, mas tão somente algumas incertezas futuras sobre a efetividade integrada de seus efeitos, bem como suas consequências para o Estado que zela pelo bem-estar social, tanto do consumidor final e equiparado quanto das empresas geradoras de emprego e renda.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANOVICH, Tatiana de Campos. Inovações na cooperação jurídica internacional para o CADE. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, n. 1, p. 124-148, mai. 2013. Disponível em: <http://200.198.193.188/index.php/revistadedefesadaa/article/view/52/15>. Acesso em: 05 jul. 2020.

BANDEIRA, Moniz. **Cartéis e desnacionalização**. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

BAQUEIRO, Paula; SILVEIRA, Paula. A jurisprudência do CADE em casos de tabelas de preços: um estudo sobre as categorias de ilícito e metodologias de análise utilizadas. JESUS, Agnes Macedo de *et al* (Orgs.). **Mulheres no antitruste**. São Paulo: Editora Singular, 2018.

BRASIL. **Decreto n. 9011, de 23 de março de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9011.htm. Acesso em: 05 jul. 2020.

_____. **Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em: 3 jun. de 2020.

_____. **Lei 112529**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 05 jul. 2020.

_____. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 01 ago. 2020.

_____. Ministério da Justiça. **Cartilha geral sobre concorrência**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: 3 jun. de 2020.

_____. Ministério Público Federal. **Nota técnica n. 2/2020**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/nota-tecnica-5a-camara-leniencia.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2020.

CADE. **Cartilha do CADE**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: 13 de jun. de 2020.

_____. **Cade em números**. Disponível em: <http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCAD E%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>. Acesso em: 05 jul. 2020.

_____. **Processo n. 08012.006923/2002-18**. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnfV5WSDi1t9klg1cIHxjkDRUb2DdCI8amA-1BQfipAeO. Acesso em: 05 jul. 2020.

_____. **Programa de leniência**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>. Acesso em: 05 jul. 2020.

_____. **Regimento interno**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/REGIMENTOINTERNODOCONSELHOADMINISTRATIVODEFESA ECONOMICAINDICESISTEMATICOAtualizado.pdf>. Acesso em 04 jul. 2020.

CAMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo. Atlas, 2017. Acesso em: 05 jul. 2020.

CARVALHO, Henrique Araújo de. Quantificação do dano em ações reparatórias individuais por danos decorrentes da prática de cartel no Brasil: indo além do *an debeatur*. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, n. 1, jun. 2019. p. 108. Disponível em: <http://200.198.193.188/index.php/revistadedefesadaa/article/view/387/21>. Acesso em: 13 jun. 2020.

CORDOVIL, Leonor *et al.* **Nova lei de defesa da concorrência comentada: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

DIMOULIS, Leonardo Martins Dimitri. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo. Atlas, 2014

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, n. 2, nov. 2013.

Disponível em:
<http://200.198.193.188/index.php/revistadedefesadaa/article/view/387/21>. Acesso em:
13 jun. 2020.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 10 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

DIMOULIS, Leonardo Martins Dimitri. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5, ed. São Paulo. Atlas, 2014, p. 25

GABAN, Eduardo Molan; OLIVEIRA, Juliana Oliveira Domingues. **Direito antitruste**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HOVENKAMP, Herbert. Quantification of Harm in Private Antitrust Actions in the United States, 2011.

IBGE. **Pesquisas familiares**. Disponível em:
<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/educacao/9050-pesquisa-de-orcamentos-familiares.html?edicao=9059&t=o-que-e>. Acesso em: 05 jul. 2020.

LEAL, João Paulo G. Cartéis. **Rev. do IBRAC**, São Paulo, n. 8, v. 8, p. 47-86, 2001. Acesso em: 3 jun. de 2020.

LIMA, Marcio Barra. **A atuação do Ministério Público Federal junto ao CADE. Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, n. 1, vol. 6, p. 5-23, mai. 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os Acordos Substitutivos do Procedimento Sancionatório E Da Sanção. **Rev. Eletr. de Dir. Adm. e Econ. (REDAE)**, Salvador, n. 27, ago/out. 2011. Disponível em:
<<http://www.direitodoestado.com.br/revista/REDAE/-27-AGOSTO-2011-FLORIANOAZEVEDO-TATIANA-MATIELLO-.pdf>>. Acesso em: 14 de abr. de 2019.

MARTINEZ, Ana Paula; ARAÚJO, Mariana Tavares de. **Private Damages in Brazil: Early Beginnings, Big Stumbling Blocks**. Disponível em:
<https://www.levysalomao.com.br/publications/Article/private-damages-in-brazil-early-beginnings-big-stumbling-blocks>. Acesso em: 05 jul. 2020.

MOTTA, Massimo. On cartel deterrence and fines in the European Union. **European Competition Law Review**, n.4, v. 29, p. 209-2020, 2008.

_____; POLO, Michele. Leniency programs and cartel prosecution. *International Journal of Industrial Organization*. Elsevier, Amsterdam, n. 3, v. 21, mar., 2003.

NASCIMENTO, Rodrigo Zingalles Oller do. **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

OCDE. **Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência**. São Paulo: Singular, 2003. Acesso em: 13 de jun. de 2020.

_____. **Lei e Política da Concorrência no Brasil - Uma Revisão pelos Pares**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2020.

_____. **A Step Ahead: Competition Policy for Shared Prosperity and Inclusive Growth. Washington: OCDE e Banco Mundial**. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/27527/9781464809453.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso em: 12 jul. de 2020.

_____. **Recommendation of the OECD council concerning effective action against hard core cartels, 1998 - As approved by Council on 25 March 1998**. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>. Acesso em: 13 de jun. de 2020.

PASSOS JÚNIOR, Reinaldo Pereira. **A participação do Ministério Público no Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13)**. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/13385>. Acesso em: 05 jul. 2020.

PEREIRA, Luis. **Acordo de leniência e combate à corrupção**. Atas sobre o I curso sobre o combate à corrupção na contratação pública. 2019.

PEREIRA FILHO, Venicio Branquinho. Programa de leniência no direito concorrencial brasileiro: uma análise de seus escopos e desafios. **Revista de Defesa da Concorrência**, n. 2, v. 3, p. 15. Disponível em: [file:///home/bia/Downloads/155-Texto%20do%20artigo-878-1-10-20151201%20\(2\).pdf](file:///home/bia/Downloads/155-Texto%20do%20artigo-878-1-10-20151201%20(2).pdf). Acesso em: 05 jul. 2020.

RODAS, João Grandino; FRIED, Jonathan. *Competition and Cartels in the Americas*. **Organization of American States General Secretariat**, Washington, 2005.

SANTOS, Flavia Chiquito dos. **Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

VALLADARES, Hugo Emmanuel. **Metodologia para a dosimetria da pena de multa em casos de cartel**. 2016. 134 f., il. Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

WILS, Wouter. Optimal antitrust fines: theory and practice. **World Competition**, London v. 29, n. 2, jun. 2006. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=883102. Acesso em: 05 jul. 2020.