

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS
RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E
EMPRESARIAIS II**

LUIZ EDUARDO GUNTHER

MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE

PAULLA CHRISTIANNE DA COSTA NEWTON

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

E27

Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais II [Recurso eletrônico on-line]
organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Luiz Eduardo Gunther, Marco Antônio César Villatore, Paulla Christianne Da Costa Newton
– Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-188-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Eficácia de Direitos Fundamentais.
3. Relações de Trabalho. 4. Relações Sociais. 5. Relações Empresariais. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. :
2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC

www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS II

Apresentação

A Coordenação do Grupo de Trabalho EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS II, do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, sente-se honrada por apresentar essa coletânea de artigos, fruto das pesquisas e dos debates que serão realizados no âmbito do XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, cujo tema é DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo.

O evento que será realizado na Capital Federal, desenvolverá suas atividades em três Instituições de Ensino Superior: Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília; Universidade Católica de Brasília – UCB; e Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP, no período de 06 a 09 de julho de 2016.

Dentre os inúmeros trabalhos encaminhados, provenientes de todas as regiões do País, dezoito artigos foram aprovados e selecionados para a nossa Coordenação, com temas ligados ao Direito Econômico, ao Direito Empresarial, ao Direito do Trabalho e ao Direito Ambiental.

O CONPEDI, desde 2005, fomenta o debate nas áreas do Direito Econômico em grupos de trabalho específicos, como aqueles voltados às relações de consumo e desenvolvimento, além de investigar a relação entre Direito Econômico, modernidade e análise econômica do Direito, e temas correlatos.

Não remanescem dúvidas de que a contribuição acadêmica dos pesquisadores participantes do Grupo de Trabalho EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS II é essencial para movimentar os debates social, econômico, ambiental, político e jurídico, revigorando a participação democrática.

Aproveitamos para, mais uma vez, tecer sinceros parabéns aos autores e, ainda, registrar nosso propósito de instauração de debates impulsionados pelos trabalhos que serão expostos no Congresso que se avizinha.

Brasília, julho de 2016.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Luiz Eduardo Gunther

Marco Antônio César Villatore

Paula Christianne Da Costa Newton

**POLÍTICA ANTITRUSTE: A APLICABILIDADE DO ACORDO DE LENIÊNCIA
JUNTO AO CADE NO COMBATE AOS CARTÉIS**

**ANTITRUST POLICY: TOGETHER LENIENCY AGREEMENT APPLICABILITY
CADE IN THE FIGHT FOR CARTELS**

**Pedro Franco De Lima
Viviane Coêlho de Séllos Knoerr**

Resumo

Tem-se como objetivo ressaltar a importância do Sistema de Defesa da Concorrência no Brasil em face da disputa por mercado em decorrência da globalização. Diante deste cenário, onde a busca pelo lucro faz surgir interesses contrários à liberdade concorrencial, a formação de cartéis é uma realidade presente, a qual através de um Estado atuante é sumariamente rechaçada através dos dispositivos legais, em especial a lei antitruste. Tendo por norte a ordem econômica, preconizada no art. 170 da Constituição Federal a Lei nº 8.884/94 e suas alterações trouxe a previsão do Acordo de Leniência, permitindo ao infrator colaborar nas investigações.

Palavras-chave: Antitruste, Cartéis, Acordo, Leniência

Abstract/Resumen/Résumé

It is article in order to highlight the importance of Competition Defense System in Brazil in the face of fierce for market as a result of globalization. Where the quest for quick profit raises interests contrary to freedom, the formation of cartels is a present reality, which through an active state rejected by the legal provisions. Having north by the economic order as outlined in the Federal Constitution Law No. 8.884 / 94 and its amendments brought the weather leniency agreement which must be concluded with the Economic Development Secretariat (SDE), allowing the offender to cooperate in investigations.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Antitrust, Cartels, Agreement, Leniency

INTRODUÇÃO

Diante de um cenário comercial globalizado, onde os interesses e a busca por novos mercados fazem com que o empreendedor trabalhe sempre com os olhos voltados para a concorrência, não há mais como manter um modelo econômico liberal. Para que haja eficiência econômica deve haver disciplina, regida através de uma ordem econômica determinada juridicamente pelo Poder Estatal, de forma a proporcionar regras claras sobre concorrência.

Todo este conjunto de dispositivos legais é importante para coibir a existência de cartéis, os quais se revelam na verdade como os mais graves entraves à concorrência leal, uma vez que eliminam os concorrentes, prejudicam os consumidores, praticam a elevação de preços tanto de produtos quanto de serviços, fazendo com que os investimentos fiquem em segundo plano.

Através das previsões legais existentes em nosso arcabouço jurídico, em especial da regulamentação da lei antitruste o Brasil busca desfazer os cartéis, uma vez que veda a prática infracional tendente a desestabilizar a livre iniciativa.

Neste sentido o CADE, conforme será observado exerce um papel de fundamental importância, pois ao mesmo tempo que garante a livre concorrência, atua como órgão fiscalizador e agente de transformação, utilizando-se do Acordo de Leniência para chegar aos criminosos, tentando revelar o *iter criminis* e também a autoria dos delitos.

Certo é que aduzido Acordo contribui significativamente para se descobrir e aplicar a lei aos cartéis, como também gera incertezas aos seus membros, o que acaba por revelar a eficácia da Lei antitruste como um todo.

Todavia, importante anotar que nem sempre o leniente será privilegiado em decorrência de suas delações, devendo preencher diversos requisitos legais, uma vez que aduzida delação deve necessariamente corresponder a um benefício para a ordem econômica.

Dentro desta realidade é que se apresenta este artigo, buscando fazer uma análise do sistema brasileiro de defesa da concorrência, demonstrando os dispositivos legais pertinentes e, por consequência, apresentando o acordo de leniência como alternativa para o combate aos cartéis, os quais se revelam como um dos principais problemas para a liberdade de concorrência.

1. SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Diante do cenário comercial internacional, onde as mudanças acontecem diariamente, coube ao Estado, enquanto gestor da defesa da concorrência se adequar a esta nova realidade, desenvolvendo grandiosa atividade na seara econômica, em especial no tocante aos serviços públicos. (GRAU, 2006, p. 26).

Cumprir ressaltar ainda, a relevância do Estado, neste momento histórico, como órgão público, defensor dos interesses sociais e, por consequência, essencial para efetuar o controle do mercado, deixando em segundo plano os desmandos neoliberais, onde deveria se sobrepor um mercado autorregulado com intervenção mínima do Estado.

Conforme ensinamentos de (LIMA, 2012) a intervenção do Estado foi fundamental para estabilidade e pacificação econômica, uma vez que age como garantidor da propriedade privada, como também atuando de forma participativa no planejamento de suas próprias ações. Tais atitudes demonstram inequivocamente o alinhamento da estrutura governamental com os atos praticados pelos cidadãos, objetivando a concretude das normas preconizadas pela Carta Magna.

Sob este prisma, onde o Estado é o grande ator no cenário capitalista, a autorregulamentação do mercado ficou em segundo plano, uma vez que a intervenção mínima na economia – *saissez-faire* – apresentou-se ineficaz, haja vista que não serviu como garantidora do progresso social, tampouco econômico do país.

Através da intervenção mínima do Estado, conforme acentuam (PINHEIRO e SADDI, 2005), não há base de sustentação do mercado, uma vez que o mesmo fica vulnerável e a mercê de erros e interesses alheios a vontade social, ocorrendo o aparecimento de monopólios, cartéis, oligopólios, aparecimento de condutas ilícitas, ocasionando uma total ingerência do mercado.

É notório, portanto que a sociedade moderna carece de uma ordem econômica, na busca do fortalecimento e funcionamento do mercado. Segundo (FERREIRA, 2011), a luta dos produtores no sentido de vender seus produtos e serviços não obstante a existência de produtos e serviços similares caracterizam a própria dinâmica das relações sociais.

Este encontro afirma (BUENO, 1983) é proveniente do choque de interesses dentro de um mercado de consumo é chamado de “concorrência”, termo derivado do latim “*concurrentia*”, de “*concurrere*”, que significa, competir, disputar.

Desta forma, importante identificar o conceito de mercado, o qual segundo (GOLDBERG, 2006) se traduz num conjunto de instituições jurídicas que possibilitam aos consumidores levar ao conhecimento dos produtores suas necessidades como um mecanismo

não linguístico de coordenação. Dentro de uma acirrada competitividade tanto procura quanto oferta interagem na busca do equilíbrio, buscando ofertar exatamente a quantidade de que a sociedade necessita pelo melhor preço possível.

Neste contexto, há um desenvolvimento do mercado de duas formas, conforme assevera João Bosco Leopoldino da Fonseca (2007):

A concorrência pode definir-se como perfeita ou imperfeita. A concorrência perfeita pressupõe uma absoluta igualdade de todos os integrantes do mercado, ou seja, pressupõe que todos os concorrentes são equivalentes a um átomo (atomicidade) e que a saída individual de um deles do mercado não afete a formação do preço dos bens. A concorrência imperfeita se caracteriza pelo rompimento ou mau funcionamento dos elementos que identificam a primeira. Em lugar de atomicidade, existe molecularidade, em que existe heterogeneidade dos sujeitos que atuam no mercado.

Porém, a concorrência não é perfeita, haja vista as diferenças entre os produtos e os produtores, próprios do sistema capitalista, da livre iniciativa e da livre concorrência, pelo que surge a necessidade de regulamentação, tornando os mercados eficientes, pois somente desta forma haverá desenvolvimento econômico.

Afirma (NUSDEO, 2002) que é justamente nesta realidade que surgem as normatizações antitruste, se fortalecendo através de uma “legislação que dá concretude aos princípios da livre iniciativa (art. 170, caput), da livre concorrência (art. 170, IV) e da repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, § 4º), princípios base da ordem econômica constitucional brasileira.”

Num primeiro momento através da política antitruste foi editada a Lei nº 8.884, de 11 de agosto de 1994, a qual tinha por meta normatizar a concorrência, buscando um sistema concorrencial ajustado as regras econômicas e que proporcionasse segurança à população. Ao Estado cabia este papel de agente regulador e também normatizador da economia, nos exatos termos do art. 174 da Constituição Federal.

Todavia (LIMA, 2012), destaca que em razão da evolução da economia brasileira, face ao grande desenvolvimento, houve a necessidade emergente de mudanças radicais na política de defesa da concorrência, uma vez que foram detectadas falhas na Lei Antitruste, em especial no tocante aos atos de concentração.

Com o advento da Lei nº 12.529/2011 houve o aprimoramento das normas referentes a defesa da concorrência, em especial na defesa do mercado face aos sistemas econômicos internacionais.

Esta nova realidade, na concepção de (TAVARES, 2011) deve ser vista com certa cautela, uma vez que a nova lei elimina a submissão obrigatória de operações sem potencial ofensivo, voltando os olhos para casos de grande relevância social, correndo o risco de alguma situação não ser observada, como também demonstra a vulnerabilidade do princípio da livre concorrência. Oportuno lembrar que aduzido princípio abarca também aquela gama de mercados regionais, uma vez que é aplicável a nível nacional, fragilizando a segurança e criando situação propícia ao surgimento de monopólios e oligopólios sem análise prévia do CADE.

Buscando atuar de forma eficiente as Leis nº 8.884/94 e a Lei nº 12.529/2011, não têm como norte o ideal de perfeição em uma concorrência, porém atuam de forma eficaz quando vislumbram junto ao mercado a abusividade do poder econômico, objetivando influenciar na manipulação de preços ou eliminação de concorrentes.

Logicamente que as grandes concentrações econômicas como também o ganho de poder de mercado fazem parte do cotidiano, todavia, adverte (SALOMI, 2012) que quando decorre de uma estratégia de poder e não de um fenômeno natural, se está diante de um indício de ilicitude da prática daquela conduta.

2. FORMAÇÃO DE CARTÉIS

Conforme ensinamento de (MENDES, 2014), cartel é na verdade um pacto entre agentes econômicos que buscam oferecer ao mercado produtos substitutos, objetivando o consequente aumento de preços e maior lucratividade através da divisão de mercado, acerto com relação a preços, distribuição e controle de territórios. Caracteriza-se por um acordo onde tudo é fixado, no sentido simplesmente de captação de clientes, mercado e lucro, sendo o conluio a principal característica.

Segundo (MAGGI, 2010) nos dicionários a palavra cartel é encontrada como “acordo comercial entre empresas, visando à distribuição entre elas das cotas de produção e do mercado com a finalidade de determinar os preços e limitar a concorrência”, e também “acordo comercial entre empresas vendedoras, as quais, embora conservem a autonomia

interna, se organizam em sindicato para distribuir entre si cotas de produção e os mercados, e determinar os preços, suprimindo a livre concorrência.

Dentre os diversos meios de lesar o consumidor o Ministério da Justiça, enxerga o cartel como a mais grave das condutas anticompetitivas, afirmando que o mesmo se traduz num acordo entre concorrentes para, sobretudo, fixar preços ou quotas de produção e divisão de clientes e de mercados de atuação. Destaca ainda que os cartéis prejudicam seriamente os consumidores uma vez que aumentam preços e restringem a oferta, o que torna os bens e os serviços mais caros ou indisponíveis.

Cumprir trazer à baila o posicionamento de (FORGIONI, 2008), a qual embasada em importantes doutrinadores afirma que os seguintes elementos proporcionam ao mercado uma predisposição para a formação de cartel: a) pequeno número de agentes no mercado relevante; b) homogeneidade do produto; c) baixa elasticidade da procura em relação ao preço; d) existência de barreiras à entrada; e) mercado em retração e; f) mercados mais concentrados. Vale considerar que os mesmos elementos estão dentre os indicados pela SDE, podendo-se acrescentar ainda o pacto de vontades entre pessoas com interesses comuns, que aduzido órgão afirma ser um canal propício a existência de conchavos.

Sob esta mesma ótica (MAGGI, 2010) apud Ruy Santacruz, destaca que as empresas envolvidas no cartel devem deter grande poder de mercado para que realmente ele se torne eficaz, além de existirem ainda as seguintes condições: a) pequeno número de empresas; b) produto razoavelmente homogêneo; c) elevadas barreiras à entrada; d) baixo custo de monitoramento do cartel; e) ausência de estímulos à deserção; f) estruturas de custos semelhantes; g) tecnologia de produção madura; h) estabilidade nas participações de mercado e; i) regras que garantam a distribuição equitativa dos benefícios obtidos.

Nesta mesma linha de raciocínio há também o entendimento de (MALARD, 1995), a qual afirma que o surgimento de cartéis tem na alta concentração de mercado seu grande incentivador. Aduz ainda mencionada autora que os cartéis com mais de dez membros possuem dificuldade de operacionalização, sendo que as estruturas de preços devem ter algo em comum, sendo que o contrário poderá acarretar problemas na solução de conflitos, tornando o cartel ineficaz.

Os cartéis, preleciona (SALOMI, 2012) apud (BRANCO e BARRETO, 1964) são os acordos entre empresas concorrentes e que objetivam a neutralização da concorrência, tendo sua base o ajuste entre estes, e, apesar de suas características conservam independência financeira e administrativa, com o intuito de exterminar ou minorar com a concorrência, conseguindo monopolizar certos setores do mercado.

Através de uma análise mais abrangente, como cartel pode-se entender pacto entre empresas concorrentes, atuantes em um determinado mercado, cujo interesse principal é unicamente mascarar uma realidade, ou seja, passar ao consumidor uma realidade inexistente.

Entretanto, um conceito mais abrangente pode também ser encontrado, no Anexo I da antiga Resolução nº 20/1999, conforme acentua (LEVY, 2013):

Cartéis: acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio. (LEVY, 2016).

Importante esclarecer que aduzido posicionamento se traduz em explícita afronta ao dispositivo constitucional da livre concorrência, devidamente delineado através do art. 170, IV da Carta Magna, o qual tem como norte a referência de que ninguém com poder de mercado pode estabelecer regras para a concorrência, com poderes difusos.

Pelo exposto, a livre concorrência se traduz na disponibilização de melhores produtos e preços mais acessíveis aos consumidores, fomentando ainda o desenvolvimento de novos produtos, haja vista que em um mercado acirrado a tendência natural é que os preços sejam cada vez menores.

2.1 TIPOS DE CARTÉIS

Através do art. 173, §4º, da Constituição Federal de 1988 há previsão legal no sentido de que cabe à lei coibir a formação de cartéis ou qualquer outro abuso de poder econômico, diminuição ou eliminação dos concorrentes e ainda aumentos arbitrários.

A Lei nº 12.529/2011, apresenta a definição legal, efeitos e sanções aplicados em razão da existência de cartel. Observem, portanto, a previsão legal contida no art. 36, caput e no parágrafo 3º, da referida Lei, in verbis: (MARQUES, 2003, p. 205),

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
II - dominar mercado relevante de bens ou serviços¹⁴ ;
III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º- A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º - Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

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

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

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

Enfim, todos os conceitos apresentados pelos autores são extremamente necessários na formação de um cartel ou até mesmo fomentar a sua existência. Face ao exposto (MAGGI, 2010) apud (OLIVEIRA, 2008), destaca que em estudo realizado sobre o Cartel das Pedras Britadas, considerando ainda decisão proferida pelo CADE e todos os dados disponíveis nos Autos, relacionou as características indicadas na tabela abaixo como presentes naquele mercado e o seu grau de importância para a facilitação da formação do cartel. (MAGGI, 2016).

CARACTERÍSTICAS DO MERCADO FACILITADORAS DO CARTEL	GRAU DE FACILITAÇÃO
Elasticidade da demanda Estoque e excesso de capacidade Barreiras à entrada	BAIXO
Concentração do mercado Ligação entre competidores Poder do comprador Simetria Informalidade	MÉDIO

Destaca ainda o autor que uma vez estabelecido o cartel, algumas das características são importantes para que funcione bem, como a possibilidade de punição dos traidores e a

existência de regras rígidas para tal punição, todavia não são de suma importância. Acrescenta que outras podem ser muito úteis para incentivar a formação do cartel, propiciando um ambiente seguro para sua existência, como a comunicabilidade constante entre os agentes, estrutura de produção idêntica entre os fornecedores e capacidade ociosa, porém não são características que definem a existência do cartel, sem as quais ele não poderia ser formado.

(SALOMI, 2012), adverte que é oportuno esclarecer que não se pode falar em cartel como infração administrativa à luz da Lei nº 8.884/94, se um acordo pactuado não restringe a livre concorrência ou não acarreta a incidência de qualquer um dos incisos do artigo 20 desta lei. Importante esclarecer ainda que a orientação foi mantida através da Lei nº 12.529/2011 em seu art. 36, incisos I a IV do *caput*. (SALOMI, 2011).

Neste particular importante lembrar que à luz do art. 20 da Lei nº 8.884/94 existe a previsão legal para a existência de acordos, obviamente, sem que representem infração para a ordem econômica, todavia, não podem ser utilizados como pretexto para sustentar uma situação vedada pelos dispositivos legais.

Sob o mesmo prisma, destaca (SALOMI, 2012), é o entendimento do Anexo I da Resolução do CADE nº 20/1999, a qual consigna que, em diferentes graus, as práticas restritivas horizontais podem até gerar benefícios em termos de bem-estar ao mercado, de forma que *“(...) é preciso ponderar tais efeitos vis-à-vis os potenciais impactos anticompetitivos da conduta (...) uma prática restritiva somente poderá gerar eficiências líquidas caso as eficiências econômicas dela derivadas compensem seus efeitos anticompetitivos.”*.(SALOMI, 2011).

Portanto, não basta a simples existência de um ambiente propício ao surgimento de um cartel, há a necessidade de que de fato exista para que se apliquem as medidas protetivas do mercado. Neste sentido (SALOMÃO FILHO, 2002), diz que não é suficiente para a formação do ilícito a simples existência do ato ou conduta, sendo importante demonstrar ainda que referido ilícito tem como pano de fundo a dominação do mercado. (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 158).

3. ACORDO DE LENIÊNCIA

Leniência do latim *lenitate*, semelhante à lenidade, corresponde à brandura, suavidade, doçura ou mansidão, o que no contexto da lei de repressão às infrações contra a ordem econômica dá às sanções contra práticas anti-concorrenciais a qualidade de *lene*, isto é, o abrandamento da punição a ser imposta. (COSTA, 2016).

No dicionário o termo leniência tem o significado de suavidade, doçura ou mansidão. Foi colocado na lei antitruste, buscando retratar a ideia de suavizar uma pena decorrente de práticas abusivas. (FERREIRA, 2005, p. 1200).

Em um mercado onde as disputas estão cada vez mais intensas, haja vista a globalização, a qual tornou-se responsável pela internacionalização das economias, (VILELA, 2005) acrescenta que criou-se um cenário propício ao surgimento de operações de concentração de empresas e também formação de cartéis. (VILELA, 2005, p. 202).

Notadamente, são inúmeros os prejuízos que um cartel apresenta ao mercado ao limitar artificialmente a concorrência, pois acaba prejudicando a inovação, por impedir que outros concorrentes aprimorem seus processos produtivos além de prejudicar ainda o lançamento de novos produtos. Esta prática culmina em lesão ao direito do consumidor, e, por consequência, perda da competitividade da economia de uma forma geral. (CARTILHA DE LENIÊNCIA, 2009, p. 06).

Face ao exposto, importante colacionar o posicionamento de Ibrahim Acácio Espírito Sobral (2001, p. 134), o qual destaca que:

“Os órgãos de defesa da concorrência têm, atualmente, a formação e a atuação de cartéis como o distúrbio à ordem econômica que mais os desafia, gerando grandes dificuldades à efetiva responsabilização dos agentes, pois a obtenção de dados demonstra-se precária. Dada a ilegalidade e a clandestinidade que revestem a formação e a atuação de cartéis, a sua investigação e a comprovação são bastante complexas, exigindo dos órgãos estatais mecanismos capazes de desestruturar internamente o cartel de modo que a prática venha a público”

Esta prática criminosa tem exigido das autoridades responsáveis a utilização de instrumentos cada vez mais eficientes para o combate aos cartéis, uma vez que se torna extremamente difícil combater alguém que esteja na ilegalidade e na clandestinidade.

Associado a todo este aparato, e, mesmo através do aumento de sanções e adoção de meios coercitivos os cartéis permaneciam atuantes, pelo que houve a necessidade de criar um programa de leniência, onde a cooperação dos agentes que compõe o ilícito é fundamental para desestruturar referidas organizações criminosas.

Referido programa de leniência iniciou-se com o advento da Lei nº 8.884/94, sendo que atualmente está em vigor a Lei nº 12.529/2011, regulamentado ainda pela Portaria do Ministério da Justiça nº 456, de 15 de março de 2010.

A aduzida Lei inseriu ainda, no ordenamento jurídico brasileiro, o Acordo de Leniência, objeto desta estudo, por meio das alterações introduzidas pela Lei nº 10.149 de 21 de dezembro de 2010 que prevê em seu artigo 35-B:

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

Segundo (COELHO, 1995) a ineficiência dos instrumentos de combate aos atos de concentração de mercado, fez com que as autoridades vissem no acordo de leniência um caminho para ampliar os horizontes e por consequência melhorar o poder de investigação, fazendo com que através de incentivos os agentes econômicos forneçam subsídios que auxiliem na condenação dos membros dos cartéis. (COELHO, 1995, pp. 13 e 14).

Assim, pode-se concluir que se trata de mais um instrumento de ajuda a repressão de ilícito, o qual amplia os poderes dos órgãos responsáveis pela fiscalização, oportunizando ao infrator que auxilie os Poderes estatais na pacificação do conflito.

O referido acordo como também seus requisitos estão previstos na Lei nº 8.884/94, como também no art. 59 e seguintes da Portaria do Ministério da Justiça nº 456 de 15 de março de 2010. Face ao exposto, importante colacionar o art. 35-B da Lei nº 8.884/94, o qual dispõe em seu § 2º existem requisitos para a celebração do acordo, conforme seguem:

“I – empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;
II – a empresa ou pessoa física cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data da propositura do acordo;
III – a SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo; e
IV – a empresa ou pessoa física confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.”¹

Neste particular importante destacar que o legislador buscou assegurar-se de que somente um dos envolvidos pudesse fazer o Acordo de Leniência e por conseguinte, conseguisse benefício pela imunidade.

¹ Os requisitos e condições para celebração do Acordo de Leniência também constam dos artigos 60, 61 e 73 da Portaria do Ministério da Justiça nº 456, de 15 de março de 2010.

Destaca (SALOMI, 2012), que o privilégio concedido à somente o primeiro acaba instigando as demais empresas, funcionários e representantes a trair o cartel, pois somente aquele que ceder a tentação de abandonar o pacto existente e efetivamente receber a imunidade é que ficará impune. Destaca ainda a autora que a confissão impõe a posterior concessão dos benefícios de redução da pena ou extinção da punibilidade. Desta forma, além de confessar o delator deverá cooperar permanentemente com as investigações e o processo administrativo até o seu encerramento, inclusive comparecendo a todos os atos processuais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da acirrada competição globalizada as empresas passaram a buscar nos acordos mútuos o fortalecimento necessário para fazer frente às grandes corporações, tanto na oferta de produtos e tecnologias quanto na disponibilização de produtos cada vez mais baratos.

Todavia, os interesses particulares passaram a se sobrepor aos interesses da coletividade, fazendo com que o Estado deixasse em segundo plano o liberalismo, passando a intervir através de normatizações junto ao mercado econômico.

Tal procedimento foi importante em razão da crescente necessidade de disciplina, uma vez que começaram a haver abusos, onde os conluíus, conchavos e acordos bilaterais passaram a ser a tônica do mercado, fazendo com que o surgimento de cartéis acabasse prejudicando os rumos da própria economia.

Neste sentido as Leis 8.884/94 e 12.529/2011 e demais dispositivos legais passaram a ser utilizados dentro do direito econômico para disciplinar a concorrência, afastando as lesões provenientes do livre mercado.

Assim, o Acordo de Leniência é visto como mais um instrumento que busca coibir as atividades anticoncorrenciais praticadas pelos cartéis, os quais detém potencial lesivo para provocar diversos prejuízos, afetando a sociedade e todo o sistema econômico.

Uma vez abarcados os requisitos legais referido Acordo, junto à esfera administrativa, reduz sanções e pode ainda extinguir ação punitiva da administração, contribuindo significativamente para a aplicabilidade plena da lei antitruste.

Por outro lado, aduzido Acordo de Leniência é visto com certa cautela, uma vez que a legislação posta concede declaração automática somente através das autoridades administrativas, porém não faz referências a apreciação da matéria pelo Poder Judiciário.

Enfim, apesar do instituto merecer avanços nos estudos face a alguns problemas pontuais em especial em relação a extinção de punibilidade junto a esfera criminal é fato o avanço que trouxe para a garantia da livre concorrência, uma vez que estabelece formas de punição nos atos de concentração escusos, na formação de cartéis e por conseguinte, dá ao empreendedor a segurança necessária para o desenvolvimento dos trabalhos, para a melhoria dos produtos, diminuição de custos e preços, proporcionando uma concorrência leal e justa através da estabilização do mercado.

REFERÊNCIAS

BUENO, Francisco da Silveira. Dicionário Escolar da Língua Portuguesa. 11ª Edição. Rio de Janeiro: FENAME, 1983.

CARTILHA DE LENIÊNCIA. Coleção SDE/CADE nº 01/2009. Combate a Cartéis e Programa de Leniência. 2009, p. 06.

COELHO, Fábio Ulhôa. Direito Antitruste Brasileiro: Comentários à Lei n. 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 13 e 14.

Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações. Cartilha emitida pelo Ministério da Justiça. Coleção SDE/DPDE nº 03/2009. Disponível em: http://abpa-br.com.br/files/cartilha_sindicatos.pdf. Acessado em: 17/01/2016.

COSTA, Adriano Turcato. Acordo de Leniência. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14475&revista_caderno=16. Acessado em: 17/01/2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio – Dicionário da Língua Portuguesa – Século XXI. Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 2005, p. 1200.

FERREIRA, Pedro Luciano Evangelista. Fundamentos Constitucionais para a proteção da Concorrência no Brasil. Artigo publicado na Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, vol. 3, nº 5, Jul.-Dez., p. 227-250. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista6/fundamentosPedro.pdf>. Acessado em: 17/01/2016.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência. Comentários à Legislação Antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 3ª Edição. São Paulo: RT, 2008, PP. 406-408.

GRAU Eros Roberto. Ordem Econômica na Constituição de 1988. 11ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 26.

GOLDBERG, Daniel Krepel. Poder de Compra e Política Antitruste. São Paulo: Singular, 2006, p. 28.

LEVY, Isabelle de Oliveira Petrus. Uma Análise da Jurisprudência do CADE Acerca dos Cartéis na Revenda de Combustíveis. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na FGV Direito Rio. 2013. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11411/Isabelle%20de%20Oliveira%20Petrus%20Levy.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acessado em: 17/01/2016.

LIMA, Raquel Araújo. O Novo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC À Luz da Lei nº 12.529/2011: Concentração Econômica em Contrariedade ao Desenvolvimento e à Redução das Desigualdades Sociais e Regionais. Artigo disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=63c6598e9ddd2961>. Acessado em: 17/01/2016.

MAGGI, Bruno Oliveira. O Cartel e seus Efeitos no Âmbito da Responsabilidade Civil. Dissertação de Mestrado apresentada na USP. 2010. Disponível em: file:///C:/Users/maquina02/Downloads/Bruno_Oliveira_Maggi_Dissertacao_O_cartel_e_seus_efeitos_no.pdf. Acessado em: 17/01/2016.

MALARD, Neide Terezinha. O Cartel. In: Revista de Direito Econômico, vol. 21, Brasília, CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, out./dez. de 1995, pp. 36-38.

MARQUES, Fernando de Oliveira. Direito Concorrencial: Aspectos Jurídicos e Econômicos – Comentários à Lei n. 8.884/94 e Estudos Doutrinários. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 205.

MENDES, Denise Nogueira Magri. Combate à Formação de Cartéis na Defesa da Concorrência. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,combate-a-formacao-de-carteis-na-defesa-da-concorrenca,48809.html>. Acessado em: 17/01/2016.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: o controle da concentração de empresas. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 63.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 257-258.

TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. São Paulo: Método, 2011, p. 258.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e Concorrência (estudos e pareceres). São Paulo: Malheiros, 2002, p. 158.

SALOMI, Máira Beauchamp. O Acordo de Leniência e seus Reflexos Penais. 2012. Dissertação de Mestrado apresentada ao curso de Direito da USP. Disponível em: file:///C:/Users/maquina02/Downloads/O_acordo_de_leniencia_e_seus_reflexos_penais_Maira_Beduchamp_Salomi.pdf. Acessado em: 16/01/2016.

SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. O Acordo de Leniência: Avanço ou Precipitação. Revista do IBRAC, São Paulo, vol. 8, p. 131-146, nº 2, 2001, p. 134.

VILELA, Juliana Girardelli. Aspectos Relevantes do Programa de Leniência. 2005, p. 202.

Os requisitos e condições para celebração do Acordo de Leniência também constam dos artigos 60, 61 e 73 da Portaria do Ministério da Justiça nº 456, de 15 de março de 2010.