

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

BRENO ARAUJO DE SÁ

O ACORDO DE LENIÊNCIA COMO MEIO PARA A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA LIVRE CONCORRÊNCIA

SOUSA – PB

2017

BRENO ARAUJO DE SÁ

O ACORDO DE LENIÊNCIA COMO MEIO PARA A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA LIVRE CONCORRÊNCIA

Monografia de conclusão de curso
apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de bacharel em Direito,
no curso de graduação em Direito da
Universidade Federal de Campina Grande,
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais.
Orientador: Professor Eduardo Pordeus
Silva

SOUSA – PB

2017

BRENO ARAUJO DE SÁ

O ACORDO DE LENIÊNCIA COMO MEIO PARA A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA LIVRE CONCORRÊNCIA

Monografia de conclusão de curso
apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de bacharel em Direito,
no curso de graduação em Direito da
Universidade Federal de Campina Grande,
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais.
Orientador: Professor Eduardo Pordeus
Silva

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Orientador: Professor Eduardo Pordeus Silva

Banca Examinadora

Banca Examinadora

“O estresse do crescimento é muito menor que o do fracasso e da estagnação”.
(Flavio Augusto da Silva, Geração de Valor)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, quero agradecer a Deus por ter me proporcionado cursar um ensino superior em uma universidade pública federal, por ter feito com que eu tivesse saúde, determinação, foco e desejo de completar meu objetivo. Agradeço por ter cuidado de mim e dos meus familiares, no momento em que estive ausente.

Dedico este trabalho e a minha graduação a todos os meus familiares que de alguma forma me ajudaram a permanecer até o fim tão longe de casa, principalmente a minha mãe Kiu, meu pai “Véi”, meus avós Aninha, Leo, Gerson e “Bília”, minha tia Marta, meus irmãos Everton, Kauan e Luma, entre outros familiares e *in memoriam* ao meu primo Hermes.

Agradeço também imensamente ao povo da cidade sorriso do sertão paraibano, pelo acolhimento nesta cidade que anualmente recebe milhares de alunos que saem de todo Brasil em busca de um sonho e aqui fazem morada.

Agradecer as pessoas que conheci durante o período na universidade, todos serão lembrados com carinho e tiveram participação especial em minha vida, principalmente meus amigos do CDB: Arnaldo, Caio Toby, Caio Cabeça, Curirim, Denner, Gabriel, Glaubim, Heitor, Jean, Jevs, Leon, Lucas Vialli, Luis Henrique, Paolo, Paulim, Rick Martin, Sandoval, Talys, Valter, entre outros tantos que tive o prazer de conhecer durante essa breve morada em Sousa – Paraíba.

Agradeço também a minha namorada Rebeca Araujo, que fez meus últimos meses na Paraíba mais felizes e assim fará com o restante da minha vida.

Agradeço ainda a todos os professores da Universidade Federal de Campina Grande, em especial ao Professor Eduardo Pordeus, meu orientador; Prof. Joao de Deus Quirino Filho; Prof. Eduardo Jorge; Prof. Carla; Prof. Dr. Claudio Pedrosa; Prof. Rubasmate; e *in memoriam* Prof. Anrafael de Medeiros Lustosa.

Agradeço também aos professores de profissão, aqueles que me auxiliaram no estágio no Soares Advocacia e Consultoria Jurídica: a Dra. Geralda, Dra. Camila, Dra. Vanessa, Dra. Semyramis, Aparecida, Luana e Tina.

Mente quem diz que é fácil. Cruel, medíocre ou manipulador é quem diz que é impossível.

Afastese de ideias que tentem lhe fazer de vítima ou coitado.

*Por mais duro que pareça, agradeça aquelas que lhe dizem muitas vezes duras palavras que
lhe dão forças para você assumir o controle de seu destino com protagonismo.*

*Não importa a sua origem, a sua capacidade é grande o suficiente para não trocar a sua
preciosa liberdade por uma ração diária de subsistência.*

*Você é objeto de controle de tudo ou de quem você se torna dependente. Logo, quem tem uma
verdadeira fome e sede de liberdade encontra forças para vencer este sistema covarde,
medíocre e travestido de benevolente.*

(Flavio Augusto da Silva, Geração de Valor)

RESUMO

O aumento constate no decorrer do tempo das práticas de condutas ilícitas contra a ordem econômica e a dificuldade em identifica-los e impedi-los fez com que o Estado buscasse uma saída para combater esse problema. Diante disso, surge o Acordo de Leniência, experiência de sucesso em ordenamentos jurídicos estrangeiros e que também foi implantado no Brasil, em busca da preservação da ordem econômica e proteção da concorrência. O presente trabalho monográfico tem o objetivo de analisar o Programa de Leniência, firmado entre agentes econômicos participantes de cartel e o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, para averiguar se este programa é meio eficaz para a efetivação do princípio constitucional da livre concorrência. O acordo de leniência foi instituído inicialmente nos Estados Unidos e chegou ao Brasil nos anos 2000, sendo que em 2011 passou por uma reestruturação institucional e legal. Para alcançar o seu objetivo, o presente trabalho iniciará fazendo um estudo sobre Direito e Economia, identificando a origem dessa união. Em seguida, será estudado de forma minuciosa o Direito Concorrencial, a necessidade de ser tutelado, modo de identificação das condutas anticoncorrenciais, tipos de acordos celebrados entre os agentes econômicos e, por fim, um estudo acerca da tutela penal da concorrência. Em derradeiro, será realizado um estudo sobre o acordo de leniência, começando por um esboço histórico do instituto, suas origens e desenvolvimento no ordenamento jurídico brasileiro, além de analisar se o programa de leniência é instrumento é meio eficaz para a busca da efetivação do princípio constitucional da livre concorrência.

Palavras-chave: Direito Econômico. Direito Concorrencial. Acordo de Leniência. Livre Concorrência.

ABSTRACT

The constant increase over time of practices of illicit conduct against the economic order and the difficulty in identifying and impeding them led the State to seek a solution to combat this problem. In view of this, the Leniency Agreement arises, an experience of success in foreign legal systems and that was also implanted in Brazil, in search of preservation of the economic order and protection of competition. The present monographic work has the objective of analyzing the Leniency Program, signed between cartel participants and the Administrative Council for the Defense of Competition, to find out if this program is effective for effectiveness of the constitutional principle of free competition. The leniency agreement It was initially instituted in the United States and arrived in Brazil in the 2000s, and in 2011 underwent institutional and legal restructuring. To achieve your goal, the present work will begin doing a study on Law and Economy, identifying the origin of this union. Then, will be studied in detail the Competition Law, the need to be tutored, mode of identification of anti-competitive conducts, types of agreements concluded between economic agents and, lastly, a study on the criminal protection of competition. In the end, a study will be carried out on the leniency agreement, beginning with a historical foreshortening of the institute, its origins and development in the Brazilian legal system, besides analyzing whether the program of leniency is an instrument and effective mean for the search of the effectiveness of constitutional principle of free competition.

Keywords: Economic Law. Competitive Law. Leniency Agreement. Free competition.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DIREITO E ECONOMIA	12
2.1 ECONOMIA E ESTADO REGULADOR.....	12
2.2 DIREITO ECONÔMICO E O MERCADO.....	18
2.3 ORDEM ECONÔMICA E CONSTITUIÇÃO	21
3 DIREITO DA CONCORRÊNCIA E SUAS CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS	27
3.1 DIREITO CONCORRENCIAL	27
3.1.1 A concorrência como objeto de tutela do estado brasileiro.....	31
3.2 CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS.....	34
3.3 MODALIDADES DE ACORDOS ENTRE OS AGENTES ECONÔMICOS	38
3.4 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA A REPRESSÃO PENAL ÀS PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS	43
4 O ACORDO DE LENIÊNCIA.....	48
4.1 DELINEAMENTO HISTÓRICO DO ACORDO DE LENIÊNCIA.....	49
4.2 REQUISITOS BÁSICOS DE CELEBRAÇÃO	53
4.3 ANÁLISE DA EFETIVIDADE DO ACORDO DE LENIÊNCIA NO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO	55
5 CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

As atribuições do Estado variaram muito no decorrer da história, tendo sempre como base as demandas exigidas pelo contexto social e econômico. A depender do contexto histórico analisado, podemos observar momentos em grande afastamento do Estado da economia, o qual se cita o período da Revolução Industrial e predominância do Liberalismo Econômico, até alcançarmos o Estado em que vivemos hoje, intervencionista.

A complicação das relações entre pessoas e mercados, obrigou o Estado a assumir uma postura ativa na economia, tendo em vista que a inércia já não estava mais conseguindo lidar com as demandas surgidas em novos contextos históricos. Com isso, o Estado buscou formas eficientes de intervir no sistema econômico, para que fossem garantidos o seu equilíbrio e a manutenção de princípios, como o da livre concorrência.

A presente medida se tornou necessário à intervenção do Estado no domínio econômico, haja vista que diferente do que pregava as teóricas econômicas, a ausência do Estado na Economia criava um cenário de concentração econômica. Em um cenário de liberalismo econômico ideal, a concentração de capital era tratada como exceção, contudo, naquele contexto histórico se tornou regra e exigiu uma postura estatal.

Em reação a essas exigências, surgiu as legislações que buscavam garantir a ordem econômica através de normas jurídicas, criando dispositivos de lei que pudessem assegurar os mínimos padrões econômicos, surgindo inicialmente no direito americano.

No Brasil, a preocupação com a defesa da concorrência surgiu de forma tardia, sendo incorporada inicialmente em nosso ordenamento jurídico apenas em 1962, através da Lei 4.137/62 que tratava de normas em defesa da concorrência e criava o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência.

Contudo, a norma não se mostrou eficaz ao controlar os abusos do poder econômico, por isso, foi promulgada a Lei 8.884/94 que foi realmente a primeira legislação que atendeu as demandas da defesa da concorrência e o combate às práticas anticoncorrenciais. Essa legislação transformou o CADE em uma autarquia federal e implantou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Dentre as condutas antitrustes combatidas pela legislação brasileira, o cartel é o mais nocivo ao sistema econômico, pois ele impede a concorrência, impossibilita a livre escolha dos consumidores e eleva os preços dos produtos e serviços, além de coibir as inovações do mercado.

Atualmente, o cartel é a conduta que mais preocupa os órgãos antitrustes nos dias de hoje. Tanto que, em quase todas as legislações que há existência do direito concorrencial, há uma norma que proíbe e coíbe a prática do cartel. O Brasil não poderia ser diferente e determinou punição administrativa, penal e cível para quem praticasse esse tipo de conduta tão lesiva a ordem econômica.

As condutas ilícitas do direito concorrencial são de difícil investigação, tendo em vista que na maioria das vezes, há grande informalidade na prática, não havendo documentação ou qualquer tipo de prova hábil para instruir a investigação e resultar em punições.

Em busca de aperfeiçoar os instrumentos investigativos, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e demais órgãos do Poder Público começaram a utilizar diversos recursos de praxe do Poder Judiciário para auxiliar nas investigações, tais como busca e apreensão e interceptações de todos os tipos.

De modo a agregar aos instrumentos de combate a prática de condutas anticompetitivas, em 2000 foi criada o Programa de Leniência, objeto de estudo deste trabalho, o qual foi incorporado a Lei 8.884/94 por meio da Lei 10.149/00 os artigos 35-B e 35-C. Desde a sua implantação, o programa vem trazendo resultados satisfatórios para o combate as condutas antitruste, principalmente no combate aos cartéis.

O programa de leniência é um acordo firmado entre o praticante de condutas anticoncorrenciais e a autoridade antitruste brasileira, para que este, ao prestar informações de modo a penalizar os demais participantes do cartel, consiga para si anistia penal e administrativa, caso preencha os requisitos legais.

Tamanha importância se enxergar neste instituto, que em 2011 ele passou por uma reestruturação, o qual trouxe inovações internas, pois reestruturou a autarquia federal e modernizou a legislação antitruste brasileira, além de sistematizá-la.

Desde quando foi instituído, o programa de leniência se tornou a ferramenta que mais trazia resultados no combate às condutas anticoncorrenciais do direito antitruste brasileiro. Assim, há de ser analisado a sua efetividade para a proteção e efetivação dos princípios da ordem econômica, especificamente o princípio da livre concorrência.

Este trabalho tem o condão de analisar esta celeuma. Tem como objetivo primordial a análise crítica do Programa de Leniência, analisando os números decorrentes de sua implantação, para que seja possível concluir que o programa de leniência, na forma como está posta atualmente, busca a efetivação do princípio constitucional da livre concorrência.

Como metodologia de abordagem foi utilizado o método dialético, tendo em vista que o objetivo aqui traçado por este trabalho não é necessariamente tangível, por se tratar de uma argumentação racional e consistente. Como método de procedimento, utilizou-se o método estatístico e histórico, pois o primeiro permite o uso de dados e informações combinados com argumentos científicos; já o segundo nos permite uma utilização da origem histórico-evolutiva do instituto. Utilizou-se como método de pesquisa o meio direto e indireto, haja vista a utilização de normas, documentos e dados expedidos pelo CADE; e a utilização de teses doutrinárias e cartilhas feitas pelo órgão antitruste brasileiro.

Para se alcançar o tema principal, inicialmente deve haver um estudo sobre a disciplina econômica, para que seja identificada em qual contexto histórico ela começa se relacionar com o Direito, surgindo as Constituições Econômicas. Partindo desse pressuposto, será estudada a regulação da economia pelo Estado, buscando entender o momento em que passou a buscar a regulação da concorrência e preservação do mercado.

Posteriormente, será tratado sobre o direito concorrencial, buscando entender as suas origens e as motivações para a sua regulação nos ordenamentos jurídicos estrangeiros e brasileiros. Tratará também acerca das condutas anticoncorrenciais do direito antitruste brasileiro, que são aquelas condutas consideradas infrações contra a ordem econômica, com isso, irá se dedicar a explicação das formas de cartel possíveis. Em seguida será tratada de forma resumida, uma abordagem histórica acerca da tutela penal da concorrência.

Por fim, o último capítulo tratará do acordo de leniência, abordando as origens do instituto e suas evoluções nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, além de fazer um estudo sobre a sua implantação no sistema jurídico brasileiro. Subsequentemente, haverá uma abordagem acerca dos requisitos legais exigidos pelo direito antitruste brasileiro para a celebração do acordo. Derradeiramente, serão analisados os números decorrentes das assinaturas do acordo de leniência durante o período implantado, analisando as duas legislações e os resultados trazidos para a ordem econômica nacional.

Em face do que aqui foi exposto, o presente trabalho irá buscar demonstrar através de estatísticas extraídas do Balanço Anual do CADE de que o Programa de Leniência é um meio para se buscar a efetivação do princípio constitucional do direito brasileiro da livre concorrência e combater de forma eficaz os cartéis.

2 DIREITO E ECONOMIA

Antes que seja abordado o tema central deste projeto monográfico, faz-se necessária uma abordagem história dos rumos econômicos mundiais desde os primórdios até os tempos atuais, de modo a compreender as legislações atuais de um ponto de vista histórico-evolutivo, assimilando a criação das instituições atuais com os fatos histórico-econômicos.

2.1 ECONOMIA E ESTADO REGULADOR

O homem é naturalmente dotado de inúmeras necessidades básicas. Algumas dessas necessidades são tão importantes que sejam satisfeitas por completo que, não o sendo, podem comprometer a sobrevivência do sujeito. Essas necessidades com o decorrer do tempo tendem a aumentar de forma indefinida e ilimitada, beirando ao infinito.

Paradoxalmente, em descompasso com a multiplicação incessante das necessidades humanas, os recursos são escassos, ou seja, tendem ao seu esgotamento, obrigando o indivíduo a buscar formas racionais de utilização dos bens disponíveis. Tendo em vista que, mesmo com o seu uso controlado e com as diversas tentativas de adiar a escassez dos produtos, estas medidas serão apenas paliativas, de modo que apenas adiarão o problema.

A Lei da Escassez é a conceituada por Nusdeo (1980, p. 24 - 25), o qual diz que é:

Uma lei férrea e incontornável, tendo submetido os homens ao seu jugo desde sempre, levando-os a se organizarem e estabelecerem entre si relações específicas a fim de enfrentá-la ou, melhor falando, conviver com ela, atenuando-lhe o quanto possível a severidade.

Sendo assim, conclui-se que os bens econômicos são aqueles bens escassos que tem o condão de satisfazer a uma necessidade do indivíduo. Isso porque só haverá escassez de algum bem se houver uma demanda por ele, ou seja, uma necessidade que aquele recurso dispõe a atender. Assim, o consumidor tem o poder de escolher quais bens irá adquirir, de modo a se basear de acordo com suas preferências, necessidades e poder de compra que detém.

Neste diapasão, onde há um aumento imoderado das necessidades humanas em efeito reverso ao crescimento das disponibilidades de recursos, surge o denominado sistema econômico, o qual de acordo com Lacombe (2004) seria um sistema de propriedade, de decisão sobre aplicação de recursos produtos, de preços, e outros mecanismos que são importantes para a sociedade e a distribuição destes produtos para os agentes econômicos.

Em síntese, o chamado sistema econômico é um conjunto de regras, relações e instituições criadas para organizar a forma como o indivíduo lidar com o problema da escassez dos recursos que saciam suas necessidades humanas básicas. A partir desses aspectos introdutórios e conceituais sobre as necessidades humanas e a teoria da escassez, faz-se necessária debruçar-se acerca do estudo das ciências econômicas.

A ciência da Economia tem diversas linhas conceituais no decorrer da história da humanidade. Para os economistas clássicos, a economia seria o estudo do processo de produção, distribuição, circulação e consumo dos bens e serviços. Já para os economistas neoclássicos, a Economia pode ser definida como a ciência das trocas ou escolhas, de modo a lidar com o comportamento humano cotidiano pela escassez dos recursos. É ciência que trata da relação entre fins e meios (escassos) disponíveis para atingi-los.

Para os economistas modernos, a Economia é definida por Souza (2000, p. 16) como “a ciência que estuda o emprego de recursos escassos, entre usos alternativos, com o fim de obter os melhores resultados, seja na produção de bens, ou na prestação de serviços”.

Segundo Mankiw (2005), não há nada de misterioso sobre o que é uma economia. Em qualquer parte do mundo, uma economia é um grupo de pessoas que estão interagindo umas com as outras e, dessa forma, vão levando a vida.

A ordem econômica global tem o condão de relacionar as partes autônomas, respeitando a soberania nacional, mediante fluxos de comércio, investimento e crédito. A globalização é fruto da abertura dos mercados nacionais para o mercado estrangeiro, por meio da flexibilização das barreiras alfandegárias. Assim, o Liberalismo Econômico passou a ser pregado nas relações internacionais.

Para Aguillar (2009, p. 61), o Liberalismo Econômico é uma “[...] política econômica estatal de atribuir ao empreendedor privado o papel de liderança na distribuição e alocação de riquezas [...]”. Já para Grau (1981, p. 16), “[...] o liberalismo consubstancia um movimento de reação ao corporativismo, ensejado por circunstâncias de ordem econômica”.

O ideal liberal surgiu como ideia de organização econômica por estudiosos do século XVIII, encontrando um campo altamente propício para a sua propagação, em vista da busca por expansão e desenvolvimento da indústria de produção em escala europeia. Neste contexto

a oferta e a procura, combinados com o a busca de melhores resultados com a aplicação de menos recursos, seriam suficientes para a justa precificação dos produtos e serviços ali negociados. Com isso, não seria necessária a atuação de uma força externa – o Estado – para regular a economia, pois o mercado seria regulado pela mão invisível, teorizada por Adam Smith.

De acordo com Greene (1983, p. 30 - 31) o Liberalismo Econômico:

[...] Sugere pelo menos por associação histórica, o supremo valor da liberdade como condição primordial para a criatividade do indivíduo e a solidariedade de uma sociedade livre e a ameaça fundamental que a escravidão oferece a todas as aspirações e progressos humanos. Evidencia a vida do espírito e seus supremos valores sem que isso implique nosso compromisso com qualquer formulação dogmática desses valores ou quaisquer meios específicos para a sua realização. [...] A atitude liberal é a expressão natural da fé na liberdade.

Com isso, houve uma ascensão da burguesia, uma classe que detinha ideais e interesses próprios e a Revolução Francesa criou um momento propício para a propagação das ideias liberais. Assim, pouco a pouco foi criando força o pensamento liberal, onde os agentes econômicos – empresas, famílias e governo – buscam obter maiores resultados com emprego de menos recursos, investimentos e horas de trabalho.

Assim, a essência do pensamento liberal era baseada propriedade privada dos meios de produção, liberdade de produção e de comércio, livre concorrência e liberdade de iniciativa. Essas liberdades e garantias possibilitariam alcançar uma divisão do trabalho e cooperação social, alcançado por uma busca incessante do interesse individual e, como consequência, do interesse coletivo.

De acordo com Nusdeo (2000, p. 126), por volta de 1776, diversos eventos ocorridos colocaram em evidência os ideais de liberdade, ocasionando diversas mudanças políticas, sociais e econômicas. Como fato político, naquele ano houve a proclamação da independência americana, sendo a primeira nação no mundo que foi criada baseando sua organização política e econômica fundados em princípios da liberdade.

Como aspecto econômico, pode ser referenciado a publicação do livro *A riqueza das nações*, escrito por Adam Smith. Nele, o economista elenca diversos ensinamentos para uma ciência econômica totalmente independente. Neste livro, Adam Smith teorizou a ideia de mão invisível. De acordo com essa teoria, essa mão invisível se encarregaria de levar os bens escassos para os locais de maiores necessidades e conseqüentemente, melhores aplicação. Isso, de acordo com o autor, daria aos indivíduos o direito de escolha entre produtos e serviços que desejassem consumir, mediante o sistema de preços.

Na seara jurídica, foi feito na França o *Décret d'allarde*, o qual extinguiu as corporações de ofício, permitindo a todos os indivíduos que pudessem exercer a profissão que desejasse sem a necessidade de estar vinculado a qualquer tipo de organização ou se obrigação de ser licenciado por quaisquer entidades.

Em avanços tecnológicos, pode ser citada a utilização da máquina a vapor pela indústria têxtil americana, deflagrando-se a Revolução Industrial e um ininterrupto processo de modernização dos meios de produção com aplicação de conhecimento científico, o qual acontece até os dias atuais.

Diversos fatores contribuíram para o fracasso do Liberalismo Econômico. Além do conflito frequente entre o capital e o trabalho, ambos exigiam uma mudança no regime econômico vigente, pregando uma proteção ao sistema capitalista. Isso tudo agravado pelo totalitarismo econômico, ocasionado pela liberdade indiscriminada da indústria.

Além de outros fatores históricos, Aguillar (2009, p. 62) diz que:

Por volta da década de 30 do século XX, as ideias liberais se encontravam muito enfraquecidas em meio aos escombros do colapso financeiro de 1929. Tamanha liberdade de movimentação de capitais e de concentração de riquezas havia conduzido ao desastre.

Outro fator contributivo foram as duas guerras mundiais, que fizeram com que surgissem as economias de guerra. Isso porque, como algumas nações tiveram que se preparar para a guerra, ampliando as atribuições estatais. Assim, foi o estopim para o fracasso do liberalismo econômico, já que cada vez mais o Estado se via obrigado a sair da sua posição de agente econômico passivo para um verdadeiro agente econômico ativo, corrigindo as falhas daquele regime econômico.

Conceitua-se agente econômico como sendo qualquer pessoa física ou jurídica (empresa privada ou pública, com fins lucrativos ou não, indústrias, comércio, profissional liberal, etc.) que participem como sujeitos da atividade econômica, atuando isolada ou coletivamente e organizado formalmente ou não (CARTILHA DO CADE, 2016, p. 11).

Para Grau (1981) essa intervenção estatal no processo econômico transformava o estudioso desta ciência em um verdadeiro médico econômico, pois em seus estudos conseguem propor medidas que possam corrigir as distorções do sistema econômico e propor soluções de adequação. Sendo assim, a possibilidade da intervenção estatal no domínio econômico só restou possível conforme se avançava nos estudos das ciências econômicas. O sistema liberal trouxe grandes avanços para o mercado, no que tange a disponibilidade de

bens e serviços, além do progresso e o desenvolvimento das atividades econômicas. Todavia, como disserta Nusdeo (2000) as análises econômicas concluíram que o procedimento do mercado seria viável e operacional. Entretanto, essa operacionalidade, dependeria de diversos fatores que o sistema liberal não obteve êxito em cativar, assim, com a ausência destes fatores o sistema operacional do mercado começou a apresentar falhas.

As falhas de mercado colocavam em evidência que o mercado por si só não produzia resultados eficientes, necessitando de uma intervenção externa. Essas falhas de mercado foram denominadas, de acordo com Araujo (2010) como: mobilidades dos fatores de produção, acesso à informação, concentração econômica, efeitos externos e falhas de incentivo ao suprimento de bens coletivos.

Para que os mercados funcionassem, acreditou-se que havia uma mobilidade dos fatores de produção. Essa mobilidade faria com que os produtos e serviços responderiam as indicações do mercado que era representado pelo preço. Com isso, os indicativos mercadológicos fariam com que, automaticamente, as situações indesejadas fossem revertidas. Porém, essa mobilidade não existia, pelo contrário havia, de acordo com Nusdeo, 2000, p. 139: “[...] uma rigidez mais ou menos pronunciada em quase todos os fatores, impedindo-lhes esses deslocamentos céleres, automáticos e oportunos. Rigidez de toda ordem: física, operacional, institucional e psicológica”.

Há uma pressuposição de que todos os operadores do mercado têm acesso sobre as informações características do mesmo e acerca dos produtos e serviços ali comercializados. Baseavam-se nas informações transmitidas pelo preço do produto/serviço. Neste diapasão, eles retiravam informações importantes acerca da escassez e abundância de um produto/serviço, de acordo com a alta ou baixa dos preços. É inegável que preços e mercado são o pilar incentivador da economia. Entretanto, a informação defeituosa embaraça a disposição dos mercados de realizar serviços de sua competência.

No ideal liberal, o sistema de mercado perfeito era composto por certo número de compradores e vendedores, entretanto, nenhum deles teria uma importância excessiva, de modo que pudesse influenciar demasiadamente o mercado ou uma atuação relevante. Inicialmente, o mercado ideal poderia ser alcançado, tendo em vista que havia predominância de pequenos produtores que utilizam meios de produção ainda rudimentar.

Após a Revolução Industrial o cenário alterou, já que a produção em escala criou um seleto grupo que apresentava condições financeiras para ampliar seus negócios e majorar a sua participação no mercado. Isso ocasionou o aparecimento de produtores com grande importância no sistema de mercado, trazendo problemas para o sistema de mercado idealizado

pelos liberais. Essa concentração mercadológica trazia problemas para o mercado, já que nem sempre uma alta de preços, decorrente de uma grande demanda terá como consequência o aumento da oferta. Com isso, diversos países se preveniram das práticas decorrentes da concentração de mercado, criando uma legislação antitruste, buscando coibir esses excessos.

Outra falha de mercado trazida pelo Liberalismo Econômico foram os efeitos externos das ações individuais. Acontece quando um indivíduo ou uma empresa pratica uma ação que irá afetar terceiros diretamente, podendo encadear efeitos positivos ou negativos. As positivas trazem benefícios injustos a terceiros, já as negativas lhe trazem custos. Em ambos os casos, elas ocasionam a desestabilização do mercado, fazendo-se necessária uma intervenção estatal.

Há no mercado liberal uma tendência à priorização da produção de bens exclusivos em detrimento dos bens coletivos. De acordo com Nusdeo (2000, p. 161) os bens coletivos são aqueles “aptos ao atendimento simultâneo das necessidades de um grupo ou coletividade para os quais não vigora o princípio da exclusão do ato de seu uso ou de seu consumo”. Já os bens exclusivos são aqueles em que o uso por um indivíduo impede a utilização pelos demais.

A falha mercadológica aqui se consubstancia no fato de que, tendo em vista a preferência do consumidor por bens exclusivos, já que os coletivos o indivíduo terá participação ínfima e poderá agraciar terceiros que não colaboraram com sua efetivação, há uma preferência de mercado para a produção de bens exclusivos, em detrimento dos coletivos.

Após a identificação de todas essas falhas trazidas pelo Estado Liberal, houve diversas:

Décadas de intervencionismo estatal em todos os países capitalistas, com políticas de seguridade social, proteção contra o desemprego, subsídios estatais e empresas capitalizadas e conduzidas pelo Estado, o chamado *welfare state* (Estado do bem-estar social) (AGUILLAR, 2009, p. 62).

Neste momento, no Estado Social, de acordo com Grau (1981) o Estado passa a ser responsável pela metodologia econômica, criando políticas e normas. Assim, cria-se uma regulamentação jurídica para as atividades econômicas. Sendo assim, o Estado, desempenhando seu novo papel intervencionista, como implementador de políticas públicas, reordena a sua função de integração, modernização e legitimação capitalista.

2.2 DIREITO ECONÔMICO E O MERCADO

O Direito Econômico começou a desapontar no período do século XIX, quando a economia política se tornou política econômica. Logo em um período em que o capitalismo atomista, marcado pela iniciativa e atuação individual do agente, se transformou em um capitalismo de grupo, onde havia uma concentração dos agentes e buscavam a maximização do lucro e aumento de influência no mercado.

Assim, as empresas buscando uma consolidação de seus mercados, buscaram a concentração econômica, fortalecendo-se em grupos e, conseqüente, elevar ao máximo as suas margens de lucro. A partir da diminuição das incertezas mercadológicas, surgiu um poderio econômico privado em detrimento do poder estatal.

Em decorrência dos efeitos das guerras mundiais, as falhas de mercado trazidas pelo Liberalismo Econômico e o aumento demasiado do poder econômico privado foi necessária alteração da postura do Estado, trazendo infinitas transformações aos rumos do Direito. Conforme ditam as lições de Fonseca (2003, p. 6), há “uma nova juridicização, a uma nova manifestação reguladora do Direito direcionada a um fato novo”.

Assim, podemos definir o direito econômico como sendo, com base no entendimento de Aguillar, 2009, p. 1:

O direito das políticas públicas na economia. É o conjunto de normas e institutos jurídicos que permitem ao Estado exercer influência, orientar, direcionar, estimular, proibir ou reprimir comportamentos dos agentes econômicos num dado país ou conjunto de países. Direito Econômico é também expressão que designa o estudo dessas normas e institutos jurídicos.

Com isso, o Estado em busca de uma reconstrução e reparação dos danos causados pelos acontecimentos históricos daquela época, deveria buscar diretrizes totalmente diferentes daquelas adotadas anteriormente. Assim, veio-se a ideia de que a intervenção econômica estatal seria necessária para dar trilhos ao sistema econômico, buscando salvar a liberdade de iniciativa, utilizando-se de ferramentas compatíveis com a realidade da época.

Aguillar (2009, p. 6), neste sentido, diz que:

A evolução histórica do capitalismo, em 200 anos, sempre apontou no sentido de que as crises estruturais eram remediadas por mais ação estatal. Se não se pode falar em termos históricos, como uma evolução linear – e inegavelmente as intempéries conjunturais trazem muitas exceções a regras gerais –, isso não impede que se constate que a participação estatal no universo econômico se fez aumentar em

quantidade e intensidade desde a Revolução Industrial inglesa até os anos 80 do século XX.

Os pioneiros da legalização da intervenção estatal no domínio econômico têm-se o México, através da sua Constituição de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. A primeira previa que a propriedade privada deveria estar em observância do interesse público, estabelecendo o combate ao regime de monopólio e à concentração econômica. Já a Constituição de Weimar havia previsões sobre a organização da vida econômica e fixava limites para o exercício de liberdades econômica individual.

Houve naquela época um movimento tendente ao dirigismo estatal na economia, avocando o Estado, para si, a concentração das decisões econômicas. Sendo assim, essa posituação da intervenção pública no meio econômico se mostra como uma resposta de um Direito novo as novas exigências que se mostre eficácia e eficiência na atuação estatal frente às realidades econômicas e sociais. Chegava ao fim à ideia de que havia uma ordem natural da economia para conduzir os fenômenos econômicos.

A partir desse fato novo, a intervenção estatal, que antes se caracterizava como uma exceção tornou-se a regra, sendo agora um elemento fundamental do Estado. Aguillar (2009, p. 3.) preleciona que:

Esses papéis do Estado, portanto, não são definitivos. Novas tendências econômicas poderão afetar os mercados e o governo poderá precisar alterar seu perfil de atuação. Políticas econômicas tem várias consequências, além daquelas que o governo pretende atingir. Por isso, após a introdução de certas medidas, o Estado é obrigado a implementar outras para corrigir desvios, atenuar efeitos negativos, limitar o alcance das medidas. [...] O ambiente econômico é muito dinâmico, em permanente transformação, exigindo do Estado grande agilidade nas reações.

Explica o autor que esse novo papel do Estado não é definitivo, ou seja, enxergando mudanças no cenário econômico, deve o ente público agir ou para contornar os efeitos ou para alterar o limite de alcance daquela medida, devendo sempre estar ciente de que, tendo em vista a volatilidade dessa atuação, é imperioso a agilidade estatal para tomar atitude frente às transformações.

Como exemplo disso, vemos a situação do Estado assistencialista/intervencionista, que não contava com participação democrática e tampouco legitimação jurídica. Este no decorrer de sua atuação se demonstrou ineficiente para cumprir aquilo que propunha que seria implantar direitos fundamentais, trazer desenvolvimento econômico, e maximizar a riqueza coletiva. Desse modo, exigia-se do Estado uma solução rápida para a sua ineficiência.

Aguillar (2009, p. 6) pondera que:

Podemos afirmar que o pêndulo atingiu o ápice da intervenção estatal no capitalismo com o *Welfare State*, o Estado do Bem-Estar Social. E refluíu. Ao atingir o ápice do intervencionismo estatal, no final do século XX, o sistema nem ruiu, nem deixou de ser capitalista. Ao contrário, posto em xeque pelas crises fiscais e pela insuficiência de recursos públicos para a dinamização da economia, o Estado capitalista recorreu à estratégia de ceder espaço à iniciativa privada.

A partir disso, surge uma remodelação do Estado, adotando um paradigma constitucional. Surge então uma teoria da constitucionalidade econômica, a qual tem compatibilidade com o exercício da cidadania (aspecto democrático), contando com uma política econômica executora de direitos fundamentais, trazida pelo arcabouço jurídico da livre criação e da isonomia, contraditório e ampla defesa da ordem econômica.

Diante disso, tornava-se necessária uma legislação que pudesse disciplinar e conduzir este novo fenômeno, já que “[...] o fato econômico se apresenta de forma diferente, e o Direito se curva sobre ele para moldá-lo às novas instituições ideológicas” (FONSECA, 2003, p. 7). A busca do Direito em direcionar os caminhos da economia fez com que surgisse o Direito Econômico. Assim, para Grau (1981, p. 23): “[...] o Direito da política econômica – de uma política que projeta em concreção momentos de uma determinada ideologia econômica”.

Essa dimensão jurídica denominada de Direito Econômico, no entendimento de Araujo (2010), é possível com a passagem de uma concepção de Estado liberal para uma concepção de Estado social, que é caracterizado por uma política de intervencionismo econômico e que implicou em um processo econômico juridicamente regulado.

Apesar de a regulamentação jurídica ser oriunda de fatos econômicos, às vezes há o efeito reverso, o qual os fatos econômicos se originam de uma regulamentação jurídica, tornando-se assim, o Direito, um elemento de natureza funcional. Assim, de acordo com Aguillar (2009, p. 2) o Estado introduz variável, seja esta compulsória ou facultativa, elas influenciam as decisões individuais na liberdade de empreender. Sendo que, essas variáveis podem ser inseridas a partir de interesses gerais, coletivos ou sociais e predominantemente público.

Dessa maneira, ainda de acordo com o autor, as regulações econômicas têm como finalidade estimular, reprimir ou modificar a direção que a economia seguiria sem que houvesse a intervenção do Estado. De tal forma que, conclui-se que o Direito Econômico busca garantir a coordenação e o desempenho da economia, corrigindo falhas de mercado que possam surgir, buscando sempre o interesse econômico geral.

No ordenamento jurídico brasileiro, o Direito Econômico é matéria constitucional prevista no artigo 24 da Constituição Federal Brasileira, aduzindo que: “Compete à União, aos

Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico [...]”.

É evidente que a intervenção estatal na economia se dá por meio de leis, regulamentos, decretos, atuando, assim, o Poder Público como ente fiscalizador de toda a ordem econômica.

2.3 ORDEM ECONÔMICA E CONSTITUIÇÃO

A expressão ordem econômica começou a aparecer na linguagem dos juristas a partir da metade do século XX, quando as constituições, baseadas nas influências de políticas liberais passaram a regulamentá-la. Com enorme eficácia, a Constituição de Weimar, de 1919, contribuiu para o surgimento desta expressão.

No Brasil, a primeira utilização da expressão “ordem econômica” se remete a Constituição de 1937, tendo em vista que as Constituições de 1934 e as seguintes utilizavam a expressão “ordem econômica e social”, excetuando, neste caso, a Constituição de 1988 que utiliza ambas as expressões de forma separada, tendo as duas ordens uma “econômica” e outra “social”.

A definição do conceito de *ordem econômica* é bastante discutida na doutrina, haja vista há diversas conotações interpretativas acerca da expressão. Entretanto, apesar do imbróglio, a sua definição torna-se extremamente necessária para a continuidade deste trabalho, pelo fato de expressar o início do relacionamento entre Direito e Economia e pelo fato de definir o objeto de crimes previstos na Lei 8.137/90, especialmente o delito de formação de cartel, objeto de estudo deste trabalho.

Moreira (1973, p. 67 - 71) em suas anotações especifica as distintas conotações trazidas pela expressão, diz que:

Em um primeiro sentido, “ordem econômica” é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão aqui é termo de um *conceito de fato* e não de um conceito normativo ou de valor (é conceito do mundo do ser, portanto); o que o caracteriza é a circunstância de referir-se [...] a uma relação entre fenômenos econômicos e materiais, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato. Em um segundo sentido, “ordem econômica” é expressão que designa o conjunto de todas as *normas* ou (regras de conduta), qualquer que seja a

sua natureza (jurídica, religiosa, moral, etc.), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica. Em um terceiro sentido, “ordem econômica” significa ordem jurídica da economia.

Extraí-se dessas anotações que podemos ter a expressão “ordem econômica” empregada no mundo do ser, como podemos citar o artigo 170 da Constituição de 1988 que aduz que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”; e no mundo do dever ser, podendo ser elencado o §5º do artigo 173, o qual disciplina que “a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a as punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

Tomando por base o terceiro sentido anotado por Moreira (1973, p. 67 - 71), vemos que a ordem econômica é na verdade um complexo de normas jurídicas que dita como a economia será organizada e sua forma de funcionamento. Tendo isso, deve esse conjunto de normas determinar qual sistema econômico regerá aquela economia. No caso das Constituições brasileiras, elegeu o sistema econômico capitalista.

Apesar de não estar definida esta escolha de forma explícita na Constituição de 1988, uma análise dos princípios básicos que regem a economia brasileira, tais como a livre iniciativa, na propriedade privada dos meios de produção e na livre concorrência, torna-se evidente a definição pelo sistema capitalista, já que esses são seus princípios norteadores.

Mesmo com a adoção do sistema capitalista, o constituinte reservou para o Estado poderes de intervir na economia, tais como a exploração direta da atividade econômica pelo Estado (art. 173), prestar serviços públicos (art. 175) e ser eleito como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174).

Na ordem econômica, extraem-se os princípios que fundamentam a situação da atividade econômica, sendo orientados por princípios liberais basilares, quais sejam, o princípio da propriedade privada e do contrato. Em contrapartida, ao legalizar a ordem econômica, há um condicionamento da atividade econômica aos fins políticos do Estado, levando a conclusão de que a ordem econômica é a negação a tese da ordem natural pregada pelo Liberalismo Econômico.

A ordem econômica funciona ora como limite, ora como impulso ao Estado, considerando que é inviável a execução de uma política econômica que se opõe aquela

política prevista nas normas constitucionais, além de impor ao Estado que este realize a política econômica tal qual foi instituída. A definição de “ordem econômica”, tratando-se da ordem constitucional, se aproxima das ideias de Constituição econômica, principalmente se for levado em consideração que a ordem econômica não se exaure em dispositivos constitucionais. Já que, de acordo com Grau (1981, p. 44), a “constituição apenas traça o perfil da ordem econômica, perfil esse que é preenchido no nível da legislação ordinária – primordialmente no âmbito das normas de Direito Econômico”.

Na maioria das vezes, as normas constitucionais que tratam do campo econômico veem em capítulos específicos. Para que haja a possibilidade da criação de normas de cunho econômico, torna-se necessária que haja uma adequação entre a norma e o fato. Sendo assim, é necessário que se tenha uma análise da realidade econômica no momento em que o legislador decide criar uma norma jurídica de cunho econômico.

A partir do momento que o Direito começou a ditar os rumos da economia em grau constitucional, surgiu a ideia de Constituição Econômica. Essa ideia surgiu, inicialmente, na doutrina alemã, no século XX, tendo como base, mais uma vez, a Constituição Mexicana e a de Weimar, que disciplinaram a vida econômica. Tendo ainda como propulsor a Primeira e a Segunda Guerra Mundial, além da crise do capitalismo em 1929. Para Moreira (1979, p. 21 - 22), a criação desta expressão veio em momento oportuno, já que:

A idéia de constituição econômica tinha precisamente por fim efetivar esses objetivos de reordenação econômica, através, desde logo, do estabelecimento de uma constituição jurídica da economia. Tal como a idéia de constituição começou por ser uma idéia de luta no princípio do século 19, também agora a idéia de constituição econômica se apresentava como *Kampfbegriff*. Tal como na idéia de constituição se continha a representação de uma nova sociedade e de um novo estado, contra a realidade *ancien regime* também agora na idéia de constituição econômica se continha a negação de uma ordem econômica liberal a favor da representação de uma nova ordem econômica.

Nesse diapasão, o autor Moreira (1979, p. 35) definiu Constituição Econômica como sendo:

O conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica.

Assim, as constituições econômicas vieram com a finalidade de organizar o sistema econômico com uma força jurídica. De modo que servisse como guia para aqueles responsáveis por ditar os rumos da economia dos países que assim o fizeram.

A Constituição Mexicana foi pioneira ao tratar acerca da ordem econômica. Esse pioneirismo foi decorrente da Revolução de 1910, que tinha como missão resolver os problemas oriundos do modelo de colonização e da estrutura de exploração econômica ali aplicada. Com base nesse objetivo, a Constituição Mexicana disciplinou em diversos artigos disposições acerca da ordem econômica, trazendo mudanças radicais ao país.

Já na Constituição de Weimar, decorreu de um Estado de Direita burguesa, que determinava um pacto-social e trazia novos direitos. No que tange a disciplina acerca da ordem econômica, diferencia-se da anterior, pois dedicou todo um capítulo para tratar da ordem econômica. Em contrapartida, havia diversas normas que permitiam a intervenção estatal.

As Constituições Brasileiras o constituinte originário acrescentou em nossa Carta Política diversas disposições jurídicas que tratam da configuração da ordem de nossa economia. No decorrer das várias constituições, ao tratarem acerca da ordem econômica, os constituintes sempre seguiram um viés liberal, principalmente a Constituição Imperial e a de 1891.

Como diz Araujo (2010, p. 25) a Constituição Econômica:

Encarrega-se de estatuir os direitos e deveres daqueles que, em conjunto, são denominados agentes econômicos, e seu conteúdo engloba princípios da atividade econômica, bem como as políticas urbana, agrícola, fundiária e o sistema financeiro nacional.

Com isso, as constituições econômicas têm o dever de definir os princípios gerais da organização econômica adotada, determinar qual será o campo de atuação da iniciativa privada, delimitar a ação estatal e definir qual será o regime dos fatores de produção.

A Constituição do Império teve como fonte de inspiração a Revolução Francesa e refletia o liberalismo novecentista. Deu grande prestígio aos direitos de propriedade e a livre iniciativa, o que era justificável, tendo em vista que sua escrita foi totalmente influenciada por ordenamentos liberais. Poucas alterações tiveram desta para a Constituição de 1891, que por influência do jurista Rui Barbosa tomou por base o modelo constitucionalista norte-americano. Sendo assim, manteve a influência do Liberalismo Econômico em suas disposições, protegendo a propriedade privada e a livre iniciativa.

Apesar de tratar de matérias importantes, a Constituição de 1891 ignorou por completo as ânsias sociais do fim do século XX, como a questão social, a repartição do que era produzido entre empregado e empregador, além da coibição das imperfeições da

concorrência, que já estava sendo legislada no exterior. Como forma de corrigir as falhas e as omissões, foi promulgada a Constituição de 1934, que marcou o rompimento da ordem jurídica com o liberalismo puro. Foi à primeira Constituição brasileira a trazer um capítulo específico para a ordem econômica, intitulado de *Ordem econômica e social*. Outras inovações trazidas pela Constituição de 1934 foi o surgimento de normas trabalhistas e previdenciárias. A Carta tinha um viés variado, trazendo teses liberais, autoritárias e corporativistas. Porém, ainda não enfrentava questões concorrenciais e acerca do desenvolvimento econômico.

A Constituição de 1937 alterou o título que tratava acerca da ordem econômica, retirando a palavra “social”. No mais, a Carta veio sem grandes novidades no que tange a ordem econômica, porém foi a primeira a introduzir normas que tratava de questões concorrenciais. A carta tinha um viés ideológico de luta contra os comunistas e contra a democracia liberal.

A Constituição de 1946 tomou por base a Constituição de 1934 e tinha um título específico para tratar da ordem econômica. Trouxe como princípios fundamentais da ordem econômica a justiça social, a liberdade de iniciativa e a valorização do trabalho humano. A Carta ainda teve inovações, como a punição ao abuso de poder econômico e um piloto do que seria o princípio da função social da propriedade. Além disso, restabeleceu a democracia e o sistema capitalista regido pelo mercado e pela propriedade privada, devendo sempre ser observados o bem-estar e o combate aos abusos do poder econômico.

As Constituições de 1967 e 1969 foram editadas com base nos ditames liberais e com foco na segurança nacional. Surgiu aqui pela primeira vez o princípio do desenvolvimento econômico. Assim, concluem-se que essas Constituições mantiveram o sistema capitalista, com base em princípios do liberalismo econômico, tais qual o direito de propriedade, a livre iniciativa e a liberdade de concorrência, dando ao Poder Público a possibilidade de intervir na economia.

A Constituição 1988 provocou uma transformação no quadro da Constituição Econômica, isso porque trouxe grandes e profundas alterações ideológicas. Tinha um viés do regime liberal e capitalista, com a proteção da propriedade, da livre iniciativa e da livre concorrência, com a possibilidade de uma intervenção estatal na economia, podendo ser de forma direta ou indireta.

Assim, há diversas ideologias opostas que estão consagradas nesta carta política, a exemplo do impedimento de um dirigismo absoluto do Estado na economia, em contrapartida também não se admite que a economia seja guiada conforme os ditames do liberalismo.

Acrescenta-se ainda que apesar de ser defendida a livre iniciativa, devem ser observados os limites da concorrência, respeitando, conseqüentemente, este princípio norteador da atividade econômica.

3 DIREITO DA CONCORRÊNCIA E SUAS CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS

Para se chegar ao detalhamento das condutas anticoncorrenciais e a forma como elas se dão, faz-se necessária uma abrangência histórica acerca da disciplina que trata do Direito Concorrencial, desde os seus projetos embrionários até o desenvolvimento atual, objetivando o conhecimento da origem desse instituto.

3.1 DIREITO CONCORRENCIAL

A primeira regulação acerca da concorrência nos remete a Antiguidade Grega, ao passo que o Governo, com intuito de aumentar a arrecadação, regulamentava os monopólios. Na maioria das vezes, eram criados esses monopólios em período de baixa arrecadação e por curto período. Em contrapartida, o Governo mantinha leis que coíbiavam o abuso dos sujeitos econômicos, visando o bem-estar social.

Na Roma Antiga também se via as práticas gregas da criação de monopólios para o Estado, como forma de aumentar a arrecadação tributária da época. No caso romano, havia ainda a concessão desses monopólios a particulares. Nessa época, já se podia enxergar um início da preocupação com as práticas ofensivas à concorrência.

Durante a Idade Média ações nocivas à concorrência continuavam a acontecer, a exemplo das Corporações de Ofício, comparadas aos cartéis atualmente, já que são associações entre agentes econômicos de modo com o objetivo de protegerem seus interesses. Eram organizações altamente aparelhadas, já que possuíam regras e estatutos que regulavam as suas atividades, de modo a reduzir o quanto fosse possível à concorrência entre eles.

Na época mercantilista, podemos citar a exclusividade de fornecedores com determinadas colônias. Isso fazia com que fosse criado um relacionamento comercial exclusivo, sendo garantido que apenas aqueles comerciantes poderiam fazer negócios com determinadas colônias, criando um monopólio de produtos e serviços.

As primeiras reações contra atos lesivos ao monopólio são remetidas ao final do século XVI, quando o Parlamento da Inglaterra aprovou o *Statute of Monopolies*, em 1624, que impedia a concessão pelos soberanos europeus desses monopólios. Atualmente, é

considerado para os norte-americanos um grande marco da história antitruste, em consequência de diversas decisões dos tribunais da Inglaterra que teve como consequência a aprovação deste estatuto.

A Revolução Industrial foi um momento histórico de necessidade de restabelecer a concorrência. Tendo em vista que as mudanças trazidas pela revolução no sistema de produção, há uma necessidade de buscar por novos mercados e que estes sejam abertos e livres, inclusive na fixação do preço do produto ou serviço. Assim, com a influência dos iluministas, abre espaço para o liberalismo que tem como princípio fundamental a livre concorrência.

Nessa época que Smith (2003) publicou seu livro *A riqueza das nações* que trazia uma visão científica da economia, afirmando que as interferências e restrições governamentais em matéria econômica atrapalhavam o crescimento. Acreditava o autor que havia uma mão invisível que regulava o mercado naturalmente e que essa regulação automática do mercado ocasionaria produtos melhores e preços mais baixos decorrentes da competição.

Smith (2003, p. 165) em sua obra já reconhecia que algumas atitudes estatais para restringir certos atos econômicos eram necessárias, tendo em vista que a formação de cartéis na época poderia atrapalhar o desenvolvimento da mão invisível, teorizada por este, tendo, inclusive, denunciado monopólios e princípios de organizações de cartéis, como forma de proteger o desempenho da chamada mão invisível.

A partir dessas constatações, é possível concluir que no início do liberalismo econômico, após a revolução industrial, havia certa restrição estatal na economia, mesmo que de forma tímida, de modo a proteger o interesse público e o novo cenário econômico que ali surgia. Foi nesse momento que a concorrência passou a ser vista como uma forma de tornar harmônica a relação entre a liberdade econômica com o interesse coletivo.

Sobre isso Grau (2012, p. 22) aduz em sua obra que:

O modelo clássico de mercado ignorava e recusava a ideia de poder econômico. Na prática, todavia, os defensores do poder econômico, porque plenamente conscientes de sua capacidade de dominação, atuando a largas braçadas sob a égide de um princípio sem princípios – o princípio do livre mercado – passaram e desde então perseveraram a controlar os mercados. Daí o arranjo inteligente das leis antitruste, que preservam as estruturas dos mercados, sem, contudo, extirpar a hegemonia dos monopólios e oligopólios.

Conforme Aguillar (2002), com todos os acontecimentos históricos, em 1889, no Canadá, surgiu à primeira lei antitruste, o *Act for the prevention and Suppression of*

Combinations Formed in Restraint of Trade. Surgiu a partir de uma fracassada tentativa de política de proteger a industrial nacional, que queria evitar que o Canadá se tornasse um satélite da econômica norte-americana. Contudo, a política se demonstrou fracassada, já que a supressão da concorrência externa provocou a prática de atitudes anticoncorrenciais.

Apesar de ter havido legislações antitruste no país vizinho é o Estados Unidos que tem o texto legislativo mais conhecido, o *Sherman Act*, instituído em 1890. Sua criação foi decorrente do crescente e contínuo desenvolvimento da economia norte-americana durante aquele período. Houve um fortalecimento contínuo da economia industrial e importantes avanços tecnológicos. Por conta disso, o país virou o destino de imigrantes e de capital de todas as partes do mundo.

A grande concentração de empresas, antes vista como vigor da economia nacional, tornou-se um problema. Isso porque, com grande concentração de mercado, os empresários trabalhavam com os preços que desejassem muitas vezes abusivos. Extrai-se que a instituição do *Sherman Act* não visava à proteção dos concorrentes entre si, mas sim uma proteção do consumidor.

O diploma legislativo americano é considerado o pontapé dos estudos jurídicos relacionados ao poderio econômico. Neste período, tornou-se necessário que fossem reparadas as distorções mercadológicas trazidas pelo Liberalismo Econômico que concentrava grandes parcelas de poder na mão de alguns agentes econômicos. Neste momento, a concorrência era vista como essencial para o sistema econômico, entretanto, o Estado deveria começar agir para que se consertassem as falhas de mercado.

Assim, surge o Direito Concorrencial que para Vaz (1993, p. 242) é “[...] o conjunto de regras e instituições destinadas a apurar e reprimir as diferentes formas de abuso de poder econômico e a promover a defesa da livre concorrência”. Já para Oliveira & Rodas (2004, p. 29) é um “[...] conjunto de regras jurídicas destinadas a apurar, reprimir e prevenir as várias modalidades de abuso do poder econômico, com intuito de impedir a monopolização de mercados e favorecer a livre iniciativa, em favor da coletividade”.

Assim, o direito concorrencial aparece como uma arma para combater o abuso do poder econômico, de modo a resguardar a livre concorrência como uma instituição jurídica, prezando sempre o interesse coletivo.

Abuso de poder econômico, que se referem os doutrinadores acima citados, ocorre quando uma empresa ou um grupo de empresas utiliza seu poder de mercado para prejudicar a livre-concorrência, por meio de condutas anticompetitivas. Contudo, a simples existência de poder de mercado por si só não é considerado uma infração à ordem econômica. Deve haver

uma prática de uma conduta que, em cada caso concreto, possa prejudicar a livre concorrência. (CARTILHA DO CADE, 2016, p. 9).

Já Franceschini (1996, p. 8) insere a matéria no âmbito do Direito Penal definindo como “o ramo do Direito Penal-Econômico que disciplina as relações de mercado entre os agentes econômicos, tutelando-lhes, sob sanção, o pleno exercício do direito à livre concorrência, como instrumento da livre iniciativa, em prol da coletividade”.

Os ensinamentos de Forgioni (2012) dizem que a concorrência tem dupla instrumentalidade. De um lado, tem a função de organizar os processos que são guiados pelas regras da economia de mercado; por outro lado é o instrumento utilizado pelo Estado para influenciar nestes mesmos processos, com o intuito de alcançar seus objetivos de política socioeconômica.

Em busca do objetivo central do interesse que o direito concorrencial protegia, Oliveira & Rodas (2004, p. 8) afirmaram que:

[...] o pensamento sobre quem seriam os beneficiários finais desses objetivos também mudaram. (...) à medida que o bem-estar do consumidor e da sociedade como um todo foram erigidos ao status de beneficiário principal da concorrência, entraram em conflito as prioridades em maximizar a proteção do consumidor. [...] Proteger a ‘concorrência’ e não os concorrentes tornou-se o dogma fundamental da política da concorrência através dos anos.

Como bem asseverou Salomão Filho (2003) o objetivo primordial do Direito Concorrencial é garantir a efetividade da concorrência. Para que se alcance este objetivo, deve o Estado agir, conforme determina os dispositivos legais, ajudando ao mercado na mitigação de suas falhas e imperfeições, principalmente aquelas que tratam do desequilíbrio de informações, resguardando a concorrência.

Destarte, é possível concluir através dos conceitos aqui elencados de que o Direito Concorrencial tem como objeto a defesa dos abusos do poder econômico, para que sejam garantidos a estes o exercício da livre iniciativa e a livre concorrência para a coletividade, sendo está a titular do bem protegido pelas normas antitrustes.

Sobre esse assunto, Barroso (2008, p. 9 - 10) ensina que no princípio da concorrência há:

A crença de que a competição entre os agentes econômicos, de um lado, e a liberdade de escolha dos consumidores, de outro, produzirão os melhores resultados sociais: qualidade dos bens e serviço e preço justo. Daí decorre que o Poder Público não pode pretender substituir a regulação natural do mercado por sua ação cogente, salvo as situações de exceção (...). Por outro lado, os agentes privados têm não apenas direito subjetivo à livre concorrência, mas também o dever jurídico de não

adotarem comportamentos anticoncorrenciais, sob pena de se sujeitarem à ação disciplinadora e punitiva do Estado.

Deste modo, para Aguillar (2009, p. 258), o agente econômico deve ter em mente de que ele é livre para que possa empreender desde que, com isso, ele não prejudique a liberdade de outros agentes econômicos concorrer. Assim, o princípio da livre concorrência torna-se um direito do agente econômico em face de outro agente econômico, que busca proteção cobrando uma efetiva interferência estatal.

Com isso, o Direito busca aqui preservar a liberdade de escolha do indivíduo, sendo que essa tal liberdade só pode ser alcançada com a interferência e repressão estatal em agentes econômicos, pois o mercado nem sempre, como extraímos no decorrer da história, consegue alcançar este objetivo. Só com a concorrência conseguiremos alcançar o equilíbrio nas relações econômicas.

3.1.1 A concorrência como objeto de tutela do estado brasileiro

O Direito Econômico surgiu como um meio de intervenção estatal no âmbito das políticas socioeconômicas. Como foi dito em capítulo anterior, a necessidade da intervenção estatal de maneira proativa veio com as falhas de mercado criadas pelo liberalismo econômico, que ocasionaram distorções na economia. Isso contribuiu para que o Estado ao assumir o papel de responsável pela vida econômica, trazendo para si também a responsabilidade de punir os atos que atentavam contra a ordem econômica.

Incumbido dessa responsabilidade, o Estado passou a ter a concorrência como objeto de tutela estatal, buscando garantir que haja equilíbrio entre os agentes econômicos. Sendo assim, deve o Estado, como responsável pela ordem econômica criar condições para que haja o desenvolvimento de atividades econômicas assegurando a livre iniciativa e incentivando o uso correto do poder econômico.

O desenvolvimento econômico brasileiro só foi fomentado após a chegada de D. João VI, que desativou aquela política fiscalista portuguesa que almejava a obtenção de lucros cada vez maiores com a exploração da colônia. Com a criação do Banco do Brasil, iniciou-se uma abertura para a manufatura e indústria nacional, desde que estivessem alinhadas aos interesses nacionais.

No período de regência e do segundo reinado, havia um entendimento de que a busca pelo fortalecimento da indústria nacional funcionaria como um privilégio para a concentração. Assim, a legislação que reprimia os atos anticoncorrenciais não foi muito utilizada, já que no período de regulação concentrada, predominava no Brasil a busca por substituição de importações nacional-desenvolvimentista. Essa tendência também aconteceu na legislação americana, no final do século XIX, a formação de grandes grupos econômicos era vista como um sinal da firmeza do sistema econômico.

Somente com a Carta Magna de 1934 que a “liberdade econômica” foi elevada a nível constitucional, precisamente no artigo 115, que aduzia que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”.

Posteriormente, já com a Constituição de 1937, o Estado brasileiro acrescenta como princípio constitucional o da proteção à economia popular, no artigo 141. Como forma de regulamentá-lo, surgiu à primeira lei infraconstitucional a trazer aspectos de direito concorrencial, o Decreto-lei 869, de 18 de novembro de 1938, que tipificava como crime diversas práticas empresariais da época, como os acordos arbitrários de aumento de lucros e práticas comerciais que abusavam e impediam a competição.

Com isso, torna-se evidente que o direito concorrencial brasileiro era peculiar, já que como preleciona Forgioni (1998, p. 114) “o antitruste não nasce, no Brasil, como elo lógico de ligação entre o liberalismo econômico e (manutenção da) liberdade de concorrência”. Isso porque, naquela época, como foi dito anteriormente, não havia uma competição entre agentes econômicos, que fora incentivado posteriormente. Assim, continua a autora (FORGIONI, 1998, p. 114), o direito concorrencial brasileiro “nasce como repressão ao abuso do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, do consumidor”.

Segundo Aguillar (2002), apesar de ter sido a primeira lei infraconstitucional a tratar de aspectos do direito concorrencial no Brasil, ela tinha um contexto voltado para o controle de preços e de abastecimento. Devido a sua inaplicabilidade, muitos juristas brasileiros consideram como o primeiro diploma legal infraconstitucional a tratar sobre o direito concorrencial de forma sistemática foi a Lei Malaia, Decreto-lei 7.666, de 22 de junho de 1945, que tinha como função coibir atos que fossem contrários à ordem moral econômica.

Devido à influência da Lei Malaia, mesmo que ela não tenha sido utilizada de forma efetiva, na Constituição de 1946, precisamente no artigo 148, foi elevada a princípio

constitucional a repressão ao abuso do poder econômico. Em seguida, houve a promulgação da Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962. Essa legislação além de abordar temas antitruste, instituiu o Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Com a promulgação da Constituição Cidadã, de 1988, elevou-se a categoria de princípio constitucional da ordem econômica a livre concorrência, prevendo em seu artigo 173, §4º que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

A partir dos anos 90, com a mudança do perfil regulatório da economia, deu início ao período que via a competição entre os agentes econômicos com bons olhos, já que via esta competição como forma de controlar os preços e aumentar a qualidade dos bens e serviços. Aguillar (2002, p. 259) completa afirmando que “no Brasil foi à mudança de conceitos sobre como combater o descontrole dos preços que marcou o incremento da aplicabilidade da legislação antitruste”.

A legislação brasileira de maior relevância para o direito concorrencial é a Lei 8.884, de 11 de junho de 1994. Ela cuidou de sistematizar toda matéria antitruste nacional, criando o “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência” (SBDC). Nesse mesmo diploma legislativo transformou o CADE em autarquia, como parte dos esforços para o combate à inflação da época, com a implantação do Plano Real.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é composto pelo CADE, que é o órgão judicial, formado por um Plenário e uma Procuradoria. Sendo que, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE/MF) ficou responsável em orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico. Já a Secretária de Direito Econômico (SDE/MJ) é responsável pela instrução dos atos de concentração e investigação de atos ofensivos à concorrência.

Como forma de dinamizar e atualizar a legislação, em 30 de novembro de 2011 foi publicada a Lei 12.529/11 que alterou todo o sistema nacional de defesa da concorrência. Atualmente, o SBDC é formado apenas pelo CADE e pela Secretária de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, conforme dispõe o artigo 3º da lei supracitada. De acordo com o artigo 5º, o CADE será formado pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, o órgão judicante; a Superintendência-Geral que é competente para instaurar e instruir inquéritos e procedimentos administrativos para apurar infrações administrativas e atos de concentração econômica; e o Departamento de Estudos Econômicos, responsável por elaborar estudos e pareceres. Haverá ainda uma Procuradoria Nacional Especializada que funcionará juntamente com o CADE.

3.2 CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS

Inicialmente, é de suma importância salientar que a legislação atual do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência não utiliza a ideia de concorrência perfeita, isso porque é inevitável que haja concentrações econômicas e ganho de poder de mercado. Assim, de modo a atingir a eficácia dos dispositivos legais, a lei leva como base uma concorrência imperfeita, aonde são punidos os atos que se enxergam um abuso do poder econômico, de modo que possa alterar a estrutura do mercado, manipulando preços e/ou suprimir concorrentes.

Assim, para que se adiante os estudos acerca das condutas anticompetitivas, é necessário que conheçamos alguns conceitos da matéria. O poder de mercado é caracterizado quando uma empresa (ou um grupo de empresas) é capaz de manter seus preços acima da média do mercado sem que isso ocasione perda de clientes. Já o abuso de poder econômico é o comportamento empresarial que utilizam o seu poder de mercado para prejudicar a livre concorrência praticando condutas anticompetitivas. (CARTILHA DO CADE, 2016, p. 8 - 9).

Dessa forma, levando por base a dinâmica do sistema capitalista, é cediço que todos os agentes econômicos têm como objetivo aumentar o seu poder econômico, tendo em vista que o seu aumento garante a ele uma maior participação no mercado e, conseqüentemente, maiores lucros. Tendo em vista esta conclusão, é evidente que o poder econômico é intrínseco ao livre mercado, já que tem como princípios basilares a concorrência e a liberdade de iniciativa.

Assim, Nusdeo (2002, 240 – 241) conceitua poder econômico como sendo:

[...] Uma influência notável e a princípio previsível pela empresa dominante sobre o mercado, influenciando na conduta das demais concorrentes, ou, ainda, subtraindo-se à influência destas últimas, através de uma conduta indiferente e delas independente em alto grau.

Contudo, vale destacar que o poder de mercado por si só não configura conduta anticoncorrenciais. Para a caracterização deste, deve haver uma análise do caso concreto para auferir se as condutas ali praticadas feriram ou não a livre concorrência. Ademais, há diversos fatores a serem analisados para determinarem se determinada conduta é ou não abuso de poder econômico e por isso não está limitado a um conjunto restrito de práticas específicas. Com a investigação realizada pela autarquia federal competente, o CADE, por meio do

Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, se verificada as práticas em busca da eliminação da concorrência é necessária à atuação estatal de modo a reprimir a prática, assim como preconiza a Carta Magna de 1988, precisamente no artigo 173, §4º, o qual aduz que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Para que seja auferido o que é a dominação de mercados, é necessário que haja uma análise da fração mercadológica em que atua aquele agente econômico, devendo ser levado como base à influência que ele exerce naquele mercado específico. Assim, podemos conceituar mercado relevante como um produto ou grupo de produtos e uma área geográfica em que esses produtos são produzidos e vendidos, de forma que uma firma poderia impor um pequeno, mas significativo e não transitório aumento de preços, sem que com isso os consumidores migrassem para o consumo de outro produto ou o comprassem em outra região. (CADE, 2016, p. 8).

A aferição para dominação de mercado, de acordo com a legislação é feita de forma presumida. Isso quer dizer que, caso determinada empresa tenha participação no percentual de vinte por cento ele deve comprovar que, mesmo com tamanho percentual do mercado, não enseje a sua dominação.

Essa determinação está prevista no artigo 36, §2º da Lei 12.259/2011, a qual preconiza que:

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.

Para Salomão Filho (2002), tem-se então que o critério para a aferição da dominação de mercado é totalmente variável. Já que esse critério objetivo – o percentual de dominação do mercado relevante – deve ser totalmente flexível, de modo a ser adaptável a cada estrutura de mercado específica.

Importante esta flexibilidade, tendo em vista que é totalmente possível que uma empresa tenha uma parcela de mercado relativamente pequena, mas mesmo assim dominar o mercado, desde que as demais empresas não sejam grandes o suficiente para ameaçarem a sua independência.

A eliminação da concorrência prevista no texto constitucional se trata da restrição de determinado mercado para outros agentes econômicos. Isso se dá com a imposição de

obstáculos que dificultam a entrada de novos empresários naquele ramo. Vale lembrar que essa eliminação da concorrência pode se dar de forma parcial ou total, sendo puníveis as restrições à concorrência em qualquer grau.

Já o aumento arbitrário dos lucros, conduta demonizada pela Constituição, seria angariar lucros incompatíveis com o investimento realizado. É evidente que a busca pelo lucro é pressuposto essencial do regime capitalista, já que os indivíduos ao investirem em determinados empreendimentos, buscam a valorização dos seus ativos, captando lucro com a venda dos seus produtos ou a prestação do serviço. Essa busca fortalece as estruturas do livre mercado e a livre concorrência.

Todavia, o lucro deve ser consequência da correta exploração da atividade econômica ali desempenhada, os quais são justificados pela estrutura do mercado e seu funcionamento. Caso os lucros não estejam compatíveis com as justificativas estruturais do mercado pressupõe-se que aquelas práticas empresárias são exorbitantes e são nocivas para o mercado.

Tendo em conta que os abusos de poder econômico são difíceis de serem detectados, exigindo que seja feita uma análise de cada caso concreto, tendo por base uma diversificada gama de fatores, as tipificações de crimes anticoncorrenciais do artigo 36, §3º da Lei 12.529/11 são feitos em fórmulas gerais.

A tipificação desse modo faz com que o legislador, alterando a legislação anterior (Lei 8.884/94) que se debruçava sobre a forma de revelação do ato, passou a determinar a ilicitude de uma conduta apenas em razão dos seus resultados no mercado. Sobre o assunto, PEDRO DUTRA discorre afirmando que:

[...] Estes efeitos farão o objeto da análise do órgão de defesa da concorrência, para o fim de verificar se poderão eles limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes.

Para a análise das condutas anticompetitivas, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a regra da razão, assim, as condutas anticoncorrenciais só serão consideradas ilícitas caso traga um prejuízo para a concorrência.

Em sua obra, Salomão Filho (2003, p. 173) ensina que as normas que tipificam condutas anticoncorrenciais apenas são aplicáveis “[...] aqueles contratos que causassem uma desarrazoada (*unreasonable*) restrição ao comércio”. Para que essa restrição fosse devidamente caracterizada, deveria ter sido analisado dois aspectos. Inicialmente, quanto ao aspecto qualitativo, é necessário que a [...] restrição seja efetiva, ou seja, que realmente

restringa a competição. [...]” O segundo aspecto, quantitativo, é preciso que “[...] a restrição seja substancial, ou seja, analisadas as condições estruturais de cada mercado, promova uma substancial redução da competição”.

A regra, apesar da resistência inicial, faz total sentido a sua adoção no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, como restou demonstrado na interpretação do *Sherman Act* pelos tribunais, havia situações em que as práticas comerciais resultavam em resultados favoráveis a concorrência, aos consumidores. Assim, seria um desperdício de energia que o órgão antitruste responsável se debruçasse sobre práticas que não trouxessem prejuízos a concorrência.

Em decorrência da regra da razão, há uma flexibilidade interpretativa da legislação antitruste, tornando assim o elemento subjetivo como fundamental para a determinação da ilicitude ou não da conduta. Contudo, é importante salientar que não se deve confundir a aplicação da regra da razão com uma análise para cada caso concreto, pois a análise caso a caso é uma regra interpretativa trazida pela Constituição para a configuração de abusos do poder econômico.

Assim, para a configuração de uma infração concorrencial, é necessário que o empresário pratique uma das condutas previstas no artigo 36, §3º da Lei 12.529/11, ou semelhante, que tenham por objeto ou haja possibilidade de produzir quaisquer efeitos previstos no caput deste artigo, ou efeito semelhante.

Se uma conduta não for danosa a livre concorrência, a dominar mercado relevante, a aumentar os lucros arbitrariamente ou a exercer posição dominante de forma abusiva, não pode ser caracterizada como um ilícito concorrencial. A norma constitucional é clara ao determinar que só sejam reprimidas legalmente as infrações que prejudicarem as estruturas do livre mercado.

Com isso, para a caracterização da infração é indispensável que ela cause prejuízos graves à concorrência. Vejamos a conceituação de “conduta anticoncorrencial”:

De acordo com o artigo 36 da Lei 12.529/11, uma conduta é considerada infração à ordem econômica quando sua adoção tem por objeto ou possa acarretar os seguintes efeitos, ainda que só potencialmente: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência; aumentar arbitrariamente os lucros do agente econômico; dominar mercado relevante de bens ou serviços; ou quando tal conduta significar que o agente econômico está exercendo seu poder de mercado de forma abusiva. O artigo 36 da Lei 12.529/11 elenca algumas condutas que podem caracterizar infração à ordem econômica, na medida em que tenham por objeto ou possam produzir efeitos anticoncorrenciais (§3º).

[...] Esse dispositivo estabelece uma lista exemplificativa e não exaustiva de condutas que têm a possibilidade de causar danos à concorrência. Se tais condutas

realmente terão esse efeito quando adotadas é uma questão a ser analisada caso a caso” (CARTILHA DO CADE, 2016, p.14).

Desta feita, a repressão a qualquer conduta empresarial que não seja classificada como abuso de poder econômico, ou seja, não prejudique a livre concorrência, não domine mercado relevante, não aumente os lucros arbitrariamente, não exerça posição dominante abusiva será considerada inconstitucional, assim, deve o aplicador da lei e intérprete ter cautela quanto à aplicação e interpretação da legislação concorrencial constitucional e infraconstitucional.

3.3 MODALIDADES DE ACORDOS ENTRE OS AGENTES ECONÔMICOS

Os acordos entre os agentes econômicos é uma das formas de condutas ilícitas propensas ao abuso do poder econômico. Observando o quanto esses acordos são nocivos para a livre concorrência, tendo em vista a viabilização de cenários de monopólio, esses acordos são tradicionalmente tipificados nas legislações anticoncorrenciais. Todavia, há acordos que são aceitáveis, desde que não prejudiquem a livre concorrência ou que traga benefícios para o mercado.

Seguindo a tradição de legislações estrangeiras, o ordenamento jurídico brasileiro, desde o Decreto-lei 869/38 considerou os pactos empresariais firmados que trouxessem qualquer perigo a concorrência como ilícitos, baseando-se em seu objeto ou no efeito ocasionado. Tal medida parece óbvia, já que nosso arcabouço jurídico protege, a nível constitucional, a livre concorrência e considera ilegal o abuso do poder econômico.

Os acordos anticoncorrenciais devem ser analisados com base na regra da razão, quer dizer, deve ser utilizada toda uma estrutura teórica e metodológica da matéria antitruste, além da utilização de toda uma teoria econômica e jurídica relacionado ao tema, para, assim, estimar sua aceitabilidade ou não.

A utilização dessa regra é justificada pela diversidade de consequências trazidas por esses acordos para a sociedade tomando por base os diferentes níveis de cooperação, envolvimento e relacionamento entre os acordantes.

O artigo 36 da Lei 12.529/11 e seus incisos determinam quais são os acordos que são considerados ilícitos concorrenciais, desde que esses tenham por objeto ou possa produzir os seguintes efeitos: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a

livre iniciativa; dominar mercado relevantes de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; e exercer de forma abusiva posição dominante.

Nesse diapasão, o artigo 31 do mesmo diploma legal, estabelece que aquela lei é aplicável a qualquer tipo de agente econômico, desde que ele exerça uma posição no mercado, seja ele pessoa física ou jurídica, de direito privado ou público, associações ou entidades de pessoas constituídas de fato ou de direito, temporárias ou não, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerça a sua atividade em regime de monopólio legal.

Os acordos que restringem a concorrência são divididos em duas espécies, colusão vertical e horizontal.

As práticas restritivas verticais são restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (“de origem”) sobre mercados relacionados verticalmente – a montante ou a jusante – ao longo da cadeia produtiva (mercado “alvo”). (Anexo 1 da Resolução nº 20 CADE, 1999, p. 3). Esses acordos envolvem agentes econômicos que participam em fases distintas em uma cadeia de comercialização.

Segundo Forgioni (1998), essas práticas podem produzir seus efeitos no mercado relevante em que atua o produtor do bem ou serviço, no que atua o distribuidor ou ainda no mercado relevante do fornecedor de bens para o produtor.

Apesar da ilegalidade da conduta, há hipóteses em que ela irá gerar efeitos positivos para a concorrência, como no caso de restrição da concorrência entre agentes econômicos distribuidores de um mesmo bem ou serviço, que, irá impulsionar a concorrência no mercado relevante de outro produtor/distribuidor.

Por conta dos possíveis efeitos positivos, parte da doutrina, de acordo com Fergioni (1998), enxerga nas práticas restritivas verticais efeitos positivos a concorrência, como a viabilização de economias de escala mediante a redução de custos na distribuição; facilitação da entrada de novos agentes econômicos no mercado de distribuição, em razão do retorno do investimento utilizado; impedimento de *free riders*; inibição da concentração de distribuidores; permissão para a preservação da imagem do produto.

O CADE condiciona a consideração dessas restrições verticais como anticompetitivas quando:

Implicam a criação de mecanismos de exclusão dos rivais, seja por aumentarem as barreiras à entrada para competidores potenciais, seja por elevarem os custos dos competidores efetivos, ou ainda quando aumentam a probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado por parte de produtores/ofertantes, fornecedores ou distribuidores, pela constituição de mecanismos que permitem a superação de

obstáculos à coordenação que de outra forma existiriam” (Anexo 1 da Resolução nº 20 do CADE, 1998, p. 3).

Assim, certa conduta por ocasionar efeitos no mercado de origem e no mercado alvo, por isso se torna necessário uma análise minuciosa sobre as interações entre os diferentes mercados relevantes envolvidos. Ainda que essas restrições prejudiquem a livre concorrência, elas podem ser benéficas e por isso devem ser analisados de forma minuciosa os potenciais efeitos anticompetitivos com razoabilidade.

Oliveira & Rodas (2004, p.49 - 50) dividem as restrições verticais em três categorias:

A primeira contém as restrições de preços que envolvem a fixação do preço de revenda pelo produtor. [...] A segunda categoria inclui as restrições territoriais como a delimitação de áreas de exclusividade para a atuação de um revendedor ou para o fornecimento do produto. A terceira categoria compreende restrições aos tipos de clientes que podem ser atendidos.

Quanto às espécies, a doutrina em sua maioria enumera como os principais a venda casa, a exclusividade, a divisão de mercado e a determinação dos preços de revenda.

Para Salomão Filho (2003), na primeira espécie temos que o vendedor de determinado bem ou serviço condiciona a sua venda a compra de outro bem ou serviço diverso daquele ao comprador. Caracteriza-se venda casada também quando o preço cobrado por aquele bem ou serviço diverso não corresponda ao custo daquele acréscimo provocado ao vendedor pela separação dos produtos. Caso não exista mercado para o produto casado, não se configura a venda casada, pois ela se torna natural e não coercitiva.

A exclusividade se caracteriza quando os compradores de algum bem ou serviço se comprometem ao adquiri-lo com exclusividade de determinado vendedor e vice-versa, impedindo assim a comercialização de bens ou serviços concorrentes.

A divisão de mercado cria-se um monopólio territorial para cada vendedor, atribuindo para estes uma parte do mercado. São estabelecidas restrições territoriais de atuação, tornando restrita assim a concorrência e a atuação em regiões distintas.

Na determinação do preço de revenda o produtor fixa, por meio de contrato, o preço mínimo e máximo a ser utilizado para cada produto/serviço por seus revendedores. O prejuízo à concorrência aqui é evidente, já que há uma rigidez nos preços praticados de modo a não haver variações entre os revendedores.

Já as práticas restritivas horizontais consistem na tentativa de reduzir, eliminar ou neutralizar a concorrência no mercado, que podem ocorrer pela combinação de preços entre concorrentes do mesmo mercado relevante ou a prática de preços predatórios. (Anexo 1 da

Resolução nº 20 CADE, 1999, p. 2). Esse tipo de prática é altamente nocivo para a concorrência, visto que os agentes restringem indevidamente a produção e elevam os preços dos produtos ou serviços. Ao uniformizar suas ações empresariais, como preço e oferta de determinado produto no mercado, os agentes podem auferir lucros maiores do que em um ambiente sem esses acordos. Assim, como o tempo os acordantes podem dominar aquele mercado relevante ou proporciona-los melhor condições de atuação.

A principal prática restritiva horizontal são os denominados cartéis, que são acordos explícitos ou tácitos entre agentes econômicos que atuam no mesmo mercado, envolvendo parte considerável daquele mercado relevante, em torno de itens, quota de produção e distribuição, além de divisão territorial. O objetivo com a prática de cartéis é exacerbar os preços e lucros para se aproximar ao máximo de um monopólio. (Anexo 1 da Resolução nº 20 CADE, 1999, p. 2 - 3).

Os cartéis se caracterizam pelo acordo entre os agentes que, apesar do acordo, mantém suas independências financeiras, administrativa e financeira, com o intuito de eliminar ou diminuir a concorrência.

De acordo com Gaban & Domingues (2012, p. 149) o cartel:

Representa a restrição e até a eliminação da concorrência entre um conjunto de empresas, com a finalidade de auferir lucros maiores. A estrutura da oferta vigente é fixada e as participações do mercado são mantidas. Com a ação coordenada, cada empresa tem condições de praticar preços e conseguir lucros maiores. (...) Em paralelo ao conceito geral de cartel, tem-se a ideia de cartel hard core, ou cartel clássico, o qual se refere a acordo, prática ou arranjo comportamental realizado entre empresas concorrentes com objetivo de fixar preços, dividir mercados de bens e serviços por intermédio da alocação de clientes, provedores, delimitação geográfica ou de linhas de produção. Ainda no conceito de cartel clássico inserem-se acordos com escopo de restringir a produção ou delimitar a produção por meio da fixação de cotas.

A legislação concorrencial pátria, no artigo 36, §3º, inciso I considera cartel:

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.

Assim, o cartel está caracterizado como um acordo entre empresas de um mesmo segmento ou não, que atuam em um mesmo mercado relevante ou não, que alteram os preços (para mais ou para menos) de modo a diminuir ou neutralizar a concorrência, entre outros

efeitos. Suficiente ressaltar que, pela adoção da regra da razão, o cartel só será considerado uma infração anticoncorrencial desde que produza os efeitos previstos no *caput* do artigo 36 do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, caso contrário não será considerado infração a ordem econômica.

Assim, podemos definir um cartel como um acordo entre agentes econômicos de um mercado relevante a fim de eliminar, reduzir ou neutralizar a concorrência com a combinação de preços, determinação de quantidade de produção e distribuição, entre outros. Tendo por finalidade primordial o aumento dos lucros.

Conforme Gaban & Domingues (2012), dentre as práticas horizontais, o cartel é o mais danoso para a concorrência, tendo em vista que tem efeito direto sobre o bem-estar econômico, já que com a elevação dos preços para o comprador ou a redução para os vendedores ocasiona uma transferência de renda abrupta para os integrantes do cartel, como nos monopólios.

Com isso, é necessário que as análises sobre esses acordos restritivos horizontais sejam feitas pautados na razoabilidade, já que, possivelmente, esses acordos possam criar eficiências ao mercado, assim para que “(...) uma prática restritiva somente poderá gerar eficiências líquidas caso as eficiências econômicas dela derivadas compensem seus efeitos anticompetitivos” (Anexo 1 da Resolução nº 20 CADE, 1999, p. 2).

Neste assunto, Oliveira & Rodas (2004, p. 40) orientam que para que os acordos horizontais não sejam considerados infração à ordem econômica deve ser verificado se as empresas envolvidas possuem poder de mercado, isto é, se a conseguem ou não influenciar nos preços e nas quantidades vendidas, causando danos à concorrência; o objeto da cooperação poderia induzir ou facilitar a formação de um cartel; a prática constatada influencia a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes.

Há diversos tipos de cartéis. Um tipo que merece destaque, pela ocorrência cotidiana, é o cartel de preço, que são acordos que tem como finalidade o aumento, diminuição ou congelamento de preços, desde que seja distinto daquele praticados no mercado. Esses cartéis de preço eles podem ser divididos em dois subtipos, aqueles praticados por agentes de poder econômico semelhante ou aquele praticado por agente de poder consideravelmente superior aos demais.

A colusão realizada por agentes de poder econômico semelhante tem poder finalidade exterminar os efeitos da concorrência sobre preços de determinados produtos ou serviços. Com a combinação, os acordantes não sofrem os efeitos das oscilações de mercado da oferta e da procura.

Já os acordos realizados por agentes de econômicos com um com poder econômico superior aos demais, os acordantes de poder econômico inferior seguem o preço daquele com poder econômico relevante. Nessa situação, às vezes não resta caracterizado a situação de cartel, mas sim de abuso de posição dominante.

Ciente da nocividade da prática anticoncorrenciais aqui estudadas, torna-se necessária à sua tipificação legal, em sede administrativa e penal, cumprindo assim os ditames constitucionais da tutela da ordem econômica.

3.4 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA A REPRESSÃO PENAL ÀS PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS

A primeira legislação brasileira a tratar acerca da repressão penal a práticas anticoncorrenciais foi a Constituição de 1934. Em seu artigo 141 ela criminaliza condutas que lesassem à economia popular:

Art. 141. A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processo e julgamento adequados à sua pronta e segura punição.

Em seguida, foi-se promulgado o Decreto-lei 431, de 18 de maio 1938, o qual além de trazer diversas tipificações de crime, previu em seu artigo 3º, alínea 23 a prática de “[...] tentar, por meio de artifícios, promover a alta ou baixa dos preços de gêneros de primeira necessidade, com o fito de lucro ou proveito”.

A atenção das normas legislativas até então era fixamente a proteção à economia popular, assim, as legislações mais antigas tinha como intenção a proteção do povo, dos direitos dos consumidores, não exatamente a concorrência em si.

Nessa mesma perspectiva foi publicado o Decreto-lei 869, de 18 de novembro de 1938, como sendo o primeiro dispositivo legal a prever, de forma específica, a repressão penal as condutas anticoncorrenciais, contudo denominava como crimes contra a economia popular.

Em 1945, foi publicado o Decreto-lei 7.666, de 22 de junho de 1945. Diferente das demais legislações, essa procurou elencar os mais comuns tipos de abuso de poder econômico, além de criar um órgão governamental especializado o Conselho Administrativo

de Defesa Econômica, o CADE. A Lei Malaia (Decreto-lei 7.666/45) tinha um viés estritamente administrativo, não se tratando de normas anticoncorrenciais penais. Tais normas só vieram a ser introduzida no ordenamento jurídico brasileiro em 26 de dezembro de 1951, a Lei 1.521/51, a qual tratava acerca dos crimes contra a economia popular, prevendo, de forma pioneira e específica, como ilícitos penais a prática de cartel.

[...] Art. 2º. São crimes desta natureza: (...)

VIII – celebrar ajuste para impor determinado preço de revenda ou exigir do comprador que não compre de outro vendedor;

Art. 3º. São também crimes dessa natureza: (...)

III – promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário dos lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio.

Tanto o Decreto-lei 7.666/45 quanto a Lei 1.521/51 não foram colocadas em prática, devido o momento político complicado que o país passava, entretanto, teve importante influência na legislação anticompetitiva brasileira. De forma a substituir as legislações retrocitadas, foi promulgado a Lei 8.137, de 28 de março de 1990, que trazia em seu artigo 4º, 5º e 6º as condutas consideradas crime contra a ordem econômica:

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante:

- a) ajuste ou acordo de empresas;
- b) aquisição de acervos de empresas ou cotas, ações, títulos ou direitos;
- c) coalizão, incorporação, fusão ou integração de empresas;
- d) concentração de ações, títulos, cotas, ou direitos em poder de empresa, empresas coligadas ou controladas, ou pessoas físicas;
- e) cessação parcial ou total das atividades da empresa;
- f) impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente.

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

- a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;
- b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;
- c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

III - discriminar preços de bens ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;

IV - açambarcar, sonegar, destruir ou inutilizar bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;

V - provocar oscilação de preços em detrimento de empresa concorrente ou vendedor de matéria-prima, mediante ajuste ou acordo, ou por outro meio fraudulento;

VI - vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência;

VII - elevar, sem justa causa, os preços de bens ou serviços, valendo-se de monopólio natural ou de fato.

VII - elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado. (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Art. 5º Constitui crime da mesma natureza: (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

I - exigir exclusividade de propaganda, transmissão ou difusão de publicidade, em detrimento de concorrência; (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

II - subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço; (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

III - sujeitar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de quantidade arbitrariamente determinada; (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

IV - recusar-se, sem justa causa, o diretor, administrador, ou gerente de empresa a prestar à autoridade competente ou prestá-la de modo inexato, informando sobre o custo de produção ou preço de venda. (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa. (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso IV. (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

Art. 6º Constitui crime da mesma natureza: (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

I - vender ou oferecer à venda mercadoria, ou contratar ou oferecer serviço, por preço superior ao oficialmente tabelado, ao regime legal de controle; (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

II - aplicar fórmula de reajustamento de preços ou indexação de contrato proibida, ou diversa daquela que for legalmente estabelecida, ou fixada por autoridade competente; (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

III - exigir, cobrar ou receber qualquer vantagem ou importância adicional de preço tabelado, congelado, administrado, fixado ou controlado pelo Poder Público, inclusive por meio da adoção ou de aumento de taxa ou outro percentual, incidente sobre qualquer contratação. (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, ou multa. (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

Em seguida, veio à promulgação da Lei 8.884/94 que trouxe uma sistematização a legislação anticoncorrencial, organizando todas as matérias legislativas, além de transformar o CADE em autarquia federal. Com a nova legislação, a Lei 8.137/90 foi mantida, tendo em vista que aquela se limita a esfera administrativa.

Para Reale Júnior (1999), a tipificação de condutas anticoncorrenciais por ambas as legislações, é evidente que ambas têm descrições típicas parecidas e que visam a proteção do mesmo bem jurídico, qual seja a livre concorrência, reprimindo o domínio de mercado relevante e o abuso de posição dominante. Contudo, há diferença no elemento subjetivo, tendo em vista que na legislação administrativa, há a necessidade de configuração da culpa para sua caracterização. Já na legislação penal, a ação do agente deve ser obrigatoriamente dolosa. A legislação mais recente, a Lei 12.529/11, manteve o enfoque da legislação anterior, preservando o sistema duplo de atuação, com a reprimenda e controle as condutas e estruturas.

Acerca do diploma legal mais recente, acentua Molan & Oliveira (2012, p. 72):

[...] A atividade de combate às condutas e estruturas anticoncorrenciais stricto sensu está aliada à atividade de divulgação e promoção da cultura da concorrência, dado que reforça, sem sombra de dúvidas, a eficácia social da defesa da concorrência no Brasil. Isso se fortalece, ainda, pelo fato de as sanções, nos termos da referida Lei, deverem ser balizadas em um duplo enfoque de finalidade, isto é, de punir aqueles que extraíram renda da sociedade com as práticas ilegais e de educar os agentes econômicos, de modo geral, para que no futuro não incorram em semelhantes e indesejáveis condutas.

A Lei 12.529/11 reestruturou todo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, inclusive alterando os dispositivos legais da Lei 8.137/90, principalmente os artigos 5º e 6º, os quais foram revogados e dada nova redação ao artigo 4º:

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

a) (revogada); (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

b) (revogada); (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

c) (revogada); (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

d) (revogada); (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

e) (revogada); (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

f) (revogada); (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

III - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

IV - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

V - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

VI - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

VII - (revogado). (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

Com a nova legislação, o único crime mantido na esfera penal da Lei 8.137/90 foi à prática de cartel. O CADE, em seu combate, utiliza o Acordo de Leniência, como é disposto na *Cartilha sobre o combate a cartéis e programa de leniência*:

Cartéis são difíceis de detectar e investigar sem a cooperação dos participantes da conduta, dado seu caráter sigiloso e fraudulento. Por essa razão, um número expressivo de jurisdições adotou programas de leniência de modo a desvendar tais condutas, tais como África do Sul, Alemanha, Austrália, Canadá, Espanha, Estados Unidos, França, Holanda, Hungria, Irlanda, Israel, Japão, Nova Zelândia, Portugal, Reino Unido e União Européia.

O Brasil não é exceção a essa regra: a Lei nº 8.884/94 reconhece que é do interesse dos consumidores brasileiros conceder benefícios àquele participante de cartel que queira pôr um fim na conduta e cooperar de forma plena e ampla com as autoridades de defesa da concorrência de modo a permitir a condenação dos demais participantes do cartel. O interesse dos cidadãos brasileiros de ver desvendados e punidos cartéis supera o interesse de sancionar uma única empresa ou indivíduo que possibilitou a identificação, desmantelamento e punição de todo o cartel.

Assim, por conta de sua complexidade prática, o crime de formação de cartel é de difícil dilação probatória, por conta do sigilo e informalidade que é dada em seu plano de ação, sendo quase impossível conseguir forma documental de seu objetivo.

Sobre a valoração das provas, assevera Molan & Oliveira (2012, p. 157):

Nesse sentido, o CADE tem trabalhado com vários tipos de provas admitidas em processo, como as provas documentais (contratos, atas de assembleias, acordos de acionistas), as provas testemunhais (colhidas nas audiências de instrução por meio de requisição de seus membros), e as provas obtidas em inspeções e, sobretudo, as provas colhidas em ações de busca e apreensão. A maior parte das provas colhidas decorre de indícios, os quais analisados sob a ótica econômica levam à existência de uma conduta restritiva da concorrência.

Desse modo, a análise econômica do direito (ou análise das estruturas do mercado envolvido) pode ser utilizada para a identificação das características que demonstram uma predisposição do mercado para realizar uma fixação de preços, e também para indicar a prova que aponta que determinado mercado sofre cartelização.

Assim, o CADE tem utilizado provas circunstâncias e análise econômica para realizar a dilação probatória de determinado processo administrativo. Mesmo com todo esse aparato e instituições em cooperação, como a Secretaria de Direito Econômico, o Ministério Público, a Polícia Federal e Civil, o CADE atualmente pode contar com um novo instrumento de investigação, os acordos de leniência.

4 O ACORDO DE LENIÊNCIA

A conduta anticoncorrencial denominada de “cartel” há muito tempo é considerado um ilícito jurídico nos ordenamentos jurídicos pelo mundo e no Brasil. Em território nacional, desde o ano de 1938 já se previa como ilícito penal. Atualmente, o cartel está tipificado no artigo 36, §3º, inciso I da Lei 12.529/11, sendo reprimida a conduta que tenha por objeto:

Acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens e serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens e à prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou seguimentos 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.

De acordo com a Portaria 456 do Ministério da Justiça (2010) o Programa de Leniência é “instrumento fundamental para garantir a plena concretização do princípio constitucional da livre concorrência, com especial relevância para a implementação da Política Brasileira de Combate a Cartéis”.

Oliveira & Rodas (2004, p. 41 – 42) define o Acordo de Leniência como:

[...] Uma transação entre o Estado e o delator que, em troca de informações que viabilizem a instauração, a celeridade e a melhor fundamentação do processo, possibilita um abrandamento ou extinção da sanção em que este incorreria, em virtude de haver também participado da conduta ilegal.

Extraí-se que o Programa de Leniência é um instrumento de política criminal, de modo que permite que os infratores possam colaborar com as autoridades investigativas responsáveis pelo órgão antitruste brasileiro, em troca de benefícios, como anistia total, caso preencha os requisitos determinados pela legislação anticompetitiva.

O sucesso do Programa de Leniência parte do pressuposto de que a qualquer momento os seus integrantes podem ser traídos pelos demais. Além do mais, cada membro tem necessidades distintas, como custos operacionais, mercados e objetivos distintos, o que dificulta de forma significativa uma harmonia entre os membros. Atualmente, o Programa de Leniência é a maior arma de combate à formação de cartéis no Brasil, previsto no artigo 86 e seguintes da Lei 12.529/11, o qual será minuciosamente detalhado neste capítulo e analisado a sua efetividade para a efetivação do princípio constitucional da livre concorrência.

4.1 DELINEAMENTO HISTÓRICO DO ACORDO DE LENIÊNCIA

O Acordo de Leniência é criação do direito norte-americano, que em 1978 instituiu a Lenience Program (Programa de Leniência) pelo Departamento de Justiça. Esse programa permitia que qualquer participante de cartel, desde que não estivessem iniciadas as investigações pelo órgão antitruste responsável e cumprisse alguns outros requisitos, denunciasse a prática seria concedida a anistia judicial administrativa e penal.

Para Rodas (2007), a anistia não era automática, era uma discricionariedade do Departamento de Justiça Americano. Por conta dessa característica, o primeiro modelo do Programa de Leniência estadunidense foi um fracasso. Estima-se que entre 1978 e 1993 foi celebrado, em média, um acordo de leniência por ano. Como forma de reparar o fracasso, em 1993 o programa americano foi reestruturado, concedendo novos benefícios e criando novas formas de abordagens com os delatores. Foi chamado de Programa de Leniência Corporativa (Corporate Leniency Policy). O novo programa garantia uma isenção automática para as empresas que resolvessem delatar antes de iniciadas as investigações; a possibilidade de participar de programa de leniência mesmo após o início das investigações quando as autoridades não tiverem elementos probatórios suficientes para condenar; e a proteção aos membros da empresa delatora de processos criminais, desde que eles colaborem.

Segundo, Griffin (2003), as alterações foram de suma importância para o sucesso do programa americano, pois trouxe uma confiança do empresariado com o órgão antitruste americano, tanto que o número de acordos disparou após a reforma, alcançando um por mês inicialmente e entre outubro de 2002 e março de 2003 chegou a serem celebrados três acordos de leniência por mês.

Posteriormente, o Estado americano acrescentou ao programa a “Anistia Plus”, analisando a tendência daqueles agentes econômicos de participar de outros cartéis, dava para eles a oportunidade de denunciarem o outro em troca de diminuição da pena no cartel em que estão em investigação e anistia total naquele segundo cartel informado as autoridades antitrustes. Assim, caso não obtivessem a anistia total com a denúncia do primeiro cartel, com a informação do segundo essa punição seria ainda mais reduzida.

De acordo com dados oficiais do Departamento de Justiça Americano, no ano fiscal de 2014 foram efetivamente arrecadados US \$ 1.300.000.000,00 (um bilhão e trezentos milhões de dólares) apenas de multa de infrações antitruste. Foram presos quarenta e quatro

executivos e dezoito empresas foram acusadas de práticas de condutas anticompetitivas. (THE UNITED STATES. DEPARTAMENT OF JUSTICE, 2017).

Rodas (2007) diz que, por conta do sucesso do programa americano, diversos outros países adotaram o programa de leniência em suas legislações anticoncorrenciais. Podemos destacar o programa de leniência europeu, criado em 1996 e denominado *Leniency Notice*. Baseado na experiência americana instituiu que os maiores benefícios seriam concedidos apenas para o primeiro que denunciasse e para os demais seria utilizada uma forma escalada de multas.

Como publicou o Jornal Oficial das Comunidades Europeias (1996), a primeira empresa que fechar acordo de leniência, sem que haja investigação prévia, colaborando na investigação, terá redução da multa no percentual de 75% a 100%; caso seja a primeira a fechar o acordo, mas haja investigação prévia, o benefício de redução da multa será de 50% a 75%; não sendo a primeira empresa a delatar, mas prestar informações importantes para a investigação e não contestar os fatos apresentados contra si terá redução na multa na ordem de 10% a 50%.

Em 2002, seguindo o exemplo norte-americano, o programa europeu passou por uma reforma estrutural que deu maiores garantias para as concessões de reduções de penas aos membros de cartéis que queiram participar do programa, os chamados *latecomers*.

Para que fossem concedidas essas reduções, era necessário que:

- (i) ofereçam provas contundentes acerca da existência do cartel; (ii) aceitem cooperar com o órgão antitruste de forma irrestrita; (iii) abandonem, definitivamente, as antigas condutas ilícitas; (iv) não tenham forçado a participação de quaisquer empresas no cartel. A anistia total, nos casos em que a investigação já tenha sido iniciada, somente será possível se a empresa for a primeira a cooperar com as autoridades antitruste, a fim de delatar evidências suficientes do cartel (RODAS, 2007, p. 25).

Essas reduções de pena eram feitas de forma escalonada, de modo que o primeiro que fechasse o acordo seria mais beneficiado que os demais, sendo que o primeiro recebia redução de 20% a 50%; o segundo tinha a chance de ter sua multa reduzida em 20% a 30%; já os demais membros do cartel que resolvessem colaborar posteriormente, tinham suas penas reduzidas em 20%. (JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 2002 – item 23).

Em 2006 o programa europeu foi aperfeiçoado e foi incluída a possibilidade do agente leniente dar continuidade da prática de cartel para que fossem arrecadadas provas para a criminalização dos demais. Evidente que essa continuidade era na medida do possível, já

que deveria ser mantida a integridade e confidencialidade dos termos negociados com a autoridade antitruste europeia. (JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 2006 – item 12b).

De acordo com a Comissão Europeia (2017) de 2013 até fevereiro de 2017 já tinham sido aplicado € 7.513.422.000,00 (sete bilhões, quinhentos e treze milhões, quatrocentos e vinte e dois mil euros), tendo como destaque o ano de 2016, em que foram aplicadas multas no montante de € 3.726.976.000,00 (três bilhões, setecentos e vinte e seis milhões, novecentos e setenta e seis mil euros). (EUROPEAN COMMISSION, 2017).

O programa de leniência brasileiro foi instituído em 2000, através da Medida Provisória nº 2.005 de 11 de agosto de 2000, que foi convertida na Lei 10.149/2000, que alterou e acrescentou na Lei 8.884/94 os artigos 35-B e 35-C, que tratavam da matéria dos acordos de leniência, meio investigativo hábil para o combate a cartéis.

Os órgãos antitrustes brasileiro, inicialmente formados pela Secretaria de Direito Econômico, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Ministério da Justiça inicialmente passaram a trabalhar de forma massiva na divulgação do programa recém-chegado ao país, entretanto, o primeiro Acordo de Leniência fechado no país foi em 2003.

No passar dos anos, a Secretaria de Defesa Econômica foi aperfeiçoando o programa com a intenção de torna-lo mais transparente e previsível. Os resultados apareceram. Até julho de 2011 o CADE tinha 23 acordos celebrados. Após a promulgação da nova legislação, a Lei 12.529/11, foi celebrada 10 acordos no ano seguinte a sua publicação – 2012. Atualmente, até dezembro de 2016, o CADE tem 61 acordos de leniência celebrados. (CADE, 2017).

Na antiga legislação, exigia-se do acordante o preenchimento dos seguintes requisitos para a assinatura do acordo de leniência:

- (a) O proponente (empresa ou pessoa física) deve ser o primeiro a se apresentar à SDE e a admitir sua participação na prática denunciada. Se uma empresa se habilita para leniência, todos os seus funcionários que admitirem seu envolvimento no cartel receberão o benefício da leniência da mesma forma que a empresa, desde que assinem o Acordo de Leniência juntamente com a empresa e colaborem com a SDE durante as investigações. Por outro lado, caso a empresa não queira aplicar para o Programa de Leniência, seu funcionário poderia fazê-lo individualmente, caso em que a proteção não se estende à empresa. (b) O proponente deve cessar seu envolvimento na prática denunciada. (c) O proponente não pode ser o líder da prática denunciada. (d) O proponente deve concordar em cooperar com a investigação. (e) A cooperação deve resultar na identificação dos outros membros do cartel e na obtenção de provas que demonstrem a prática denunciada. (f) No momento da propositura do Acordo, a SDE não pode dispor de provas suficientes para assegurar a condenação do proponente. (SDE/CADE, 2009, p. 20).

Ou seja, o proponente a assinatura do acordo de leniência deveria preencher seis requisitos, quais sejam: ser o primeiro a denunciar o cartel; interromper de forma definitiva a sua participação; cooperação irrestrita com a investigação; e ausência de provas para incriminar o proponente no momento da proposição do acordo.

No que tange as imunidades, a assinatura do acordo propunha anistia administrativa e penal para a empresa e todos os seus membros signatários, caso o órgão antitruste não tivesse informação alguma da prática da conduta anticoncorrencial. Em caso da Secretaria de Defesa Econômica tiver informações a pena poderá ser reduzida com a prestação de informações através de Acordo de Leniência.

Uma característica única e interessante criada pelo ordenamento jurídico brasileiro foi o sistema de senhas. Esse sistema serve para garantir o pioneirismo na denúncia ao CADE acerca da conduta anticompetitiva. Essa senha fica válida por cerca de trinta dias e serve para o proponente obter as informações e provas necessárias acerca da conduta delatada.

Durante a vigência desta legislação, houve a implementação da “Leniência Plus”, a qual era para aqueles proponentes que não cumpriram os requisitos ou eram os líderes do cartel. Para que possa obter os benefícios do Programa de Leniência ele deve denunciar outro cartel em que faça parte, recebendo anistia (caso preencha os requisitos) para este e uma redução de um terço para a denúncia em que não preencheu os requisitos legais.

A ideia da extinta SDE era “incentivar empresas e pessoas investigadas a levar em consideração a possibilidade de se habilitarem junto à SDE a um Acordo de Leniência com relação a todos seus mercados de atuação” (SDE/CADE, 2009, p. 24).

Em 2011 a legislação antitruste brasileira passou uma reestruturação e organização, de forma a alinhar todos os dispositivos legais em um só diploma legal: a Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Inicialmente, houve uma reestruturação do CADE, que de acordo com o que dispõe o artigo 5º ele é constituído pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; Superintendência-Geral; e Departamento de Estudos Econômicos.

A novel legislação trouxe ao direito brasileiro uma reestruturação para as entidades antitruste e o direito concorrencial, não se alterou os benefícios do programa de leniência. Contudo, alterou dispositivo importante. Na legislação vigente atualmente é possível que o líder do cartel possa firmar Acordo de Leniência com o CADE e obter os benefícios máximos, o que antes era impedido pela Lei 8.884/90.

Outra inovação trazida foi à abrangência de outros crimes, como os dispostos na Lei de Licitações, a Lei 8.666/93 e do artigo 288 do Código Penal (associação criminosa). Pelo critério da legislação atual, as empresas condenadas pagarão multas no valor de 0,1 a 20% do

faturamento bruto da empresa, devendo este faturamento ser o do exercício anterior à instauração do processo administrativo. Em caso de reincidência, pagará a multa em dobro (art. 37, §1º). Caso os envolvidos seja pessoa física ou entidade em que não possa levantar dados sobre faturamento, a multa aplicada variará de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais) (art. 37, II). Há também a penalização dos administradores, com multas que variam de 10 a 20% da sanção aplicada a empresa.

Além das sanções cominatórias, o acordante fica impedido de contratar com instituições financeiras oficiais e de participar de licitações por cinco anos.

As duras multas têm o condão de desestimular os agentes econômicos a praticarem condutas anticoncorrenciais que sejam lesivas ao sistema econômico, além de penalizar de forma dura aqueles que assim fizeram. Tem também o condão de estimular aqueles que estão em prática de condutas anticompetitivas a cessarem seus atos e denunciarem o cartel, de modo a ficarem protegidos das condutas ilícitas cometidas.

4.2 REQUISITOS BÁSICOS DE CELEBRAÇÃO

O programa de leniência consiste em um acordo entre o CADE, através da Superintendência-Geral, com agentes econômicos participantes de cartéis que queiram colaborar com o órgão antitruste e em troca ter anistia de suas condutas. Entretanto, para que possa ser celebrado o Acordo de Leniência, o proponente deve preencher cumulativamente os seguintes requisitos:

I – identificação dos envolvidos na infração; II – obtenção de documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação; III - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; IV - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; V - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e VI - a empresa 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 (BRASIL, 2011).

No caso do acordo leniência firmado por pessoas físicas (art. 86, §2º), só são exigidos o preenchimento do requisito I, II, IV, V e VI retro citados.

Como dispõe no primeiro requisito, para que o Acordo de Leniência seja considerado válido, o agente deve colaborar efetivamente com as investigações, da qual deve resultar na identificação dos demais agentes econômicos na infração, além de garantir a obtenção de documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. Já que, como se sabe, o cartel, por conta de sua informalidade em suas tratativas, há grande dificuldade por parte dos órgãos antitruste pelo mundo de identificar e reprimir essa prática. Por isso o programa de leniência se mostra tão importante.

Esses requisitos inicialmente explicitados são requisitos posteriores de validade para a firmação do acordo de leniência, pois eles serão apreciados após o início do processo administrativo, ou seja, são objetivos que devem ser alcançados no fim do processo administrativo, é o resultado após a investigação.

Os requisitos anteriores de validade são os previstos no §1º do artigo 86 da Lei 12.529/11. O primeiro requisito é que o proponente seja o primeiro a denunciar a Superintendência-Geral sobre aquela prática, além de confessar sua participação na prática denunciada. A exigência de que apenas o primeiro delator recebe a anistia total, caso preencha os requisitos, cria uma corrida literal entre os membros do cartel, já que a qualquer momento eles podem ser denunciados e perderem a imunidade total, garantida apenas para o primeiro denunciante.

A ordem de apresentação da denúncia é assegurada por um sistema de senhas, ao qual é válido por 30 dias, nesse período o denunciante deve obter informações e provas necessárias sobre a conduta denunciada.

O pedido de senha (“marker”) é o ato em que o proponente do Acordo de Leniência entra em contato com a Superintendência-Geral do Cade a fim de comunicar o interesse em propor Acordo de Leniência em relação a uma determinada conduta anticoncorrencial coletiva e, assim, garantir que é o primeiro proponente em relação a essa conduta. Trata-se, portanto, de uma espécie de corrida entre os participantes da conduta anticompetitiva para contatar a autoridade antitruste e reportar a infração e, com isso, se candidatar aos benefícios do Acordo de Leniência – os quais são conferidos apenas ao primeiro proponente a se qualificar junto a SG/Cade. (SG/CADE, 2016, p. 25).

Esse sistema de senhas não é aplicado a Leniência Individual. Quando a empresa se habilita para realizar acordo de leniência, ela abrange todos os membros da empresa, desde que eles sejam signatários daquele acordo firmado. O oposto já não é verdadeiro, tendo em vista que o programa de leniência individual não abrange a empresa.

O próximo requisito anterior exige que a empresa cesse imediatamente as relações com o cartel (art. 87, §1º, II), todavia há possibilidades do proponente se manter na prática

ilícita para não levantar suspeitas acerca das tratativas do acordo e também para que possam ser obtidas provas acerca de outros membros do cartel em uma operação de busca e apreensão.

A Cartilha de Combate a Cartéis e Programa de Leniência prevê que:

A SDE poderá requerer que o candidato aja de forma que não permita a identificação da ciência da SDE sobre o cartel pelos outros envolvidos, o que possibilitará à SDE maiores chances de obter provas importantes contra os outros participantes do cartel. (SDE/CADE, 2009, p. 28 – 29).

O requisito seguinte para a formalização da proposta de Acordo de Leniência é que a autoridade antitruste não disponha de prova capaz para condenar o proponente (art. 87, §1º, III). Caso contrário, o agente econômico não teria o que oferecer para o órgão antitruste, já que o órgão antitruste já dispunha de provas suficientes para garantir a sua condenação.

Além de todos os requisitos anteriores, deve o agente econômico confessar o ilícito e garantir que coopere de forma irrestrita com a investigação e o processo administrativo consequente, do início ao fim (art. 87, §1º, IV).

Preenchido todos os requisitos exigidos, o agente firmará acordo de leniência com o órgão antitruste, sendo garantida aos dirigentes e administradores da empresa leniente a imunidade na esfera administrativa e penal (art. 86, §4º, I e II e art. 87).

4.3 ANÁLISE DA EFETIVIDADE DO ACORDO DE LENIÊNCIA NO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO

O Programa de Leniência brasileiro, juntamente com as autoridades antitruste meio indispensável para o combate às condutas anticompetitivas no sistema econômico nacional, preservando a instituição jurídica “concorrência” e os direitos coletivos difusos. Sendo assim, é instituto jurídico capaz de alcançar a efetivação do princípio constitucional da livre concorrência e a preservação dos demais princípios decorrentes.

Desde a sua inclusão no ordenamento jurídico brasileiro, o Programa de Leniência se tornou uma ferramenta essencial para a prevenção e combate contra condutas abusivas do poder econômico, principalmente no combate aos cartéis. O programa se mostra como indispensável pelo fato de que, com a assinatura do acordo, o CADE economiza tempo e

recursos nas investigações, podendo tomar conhecimento de cartéis sequer imaginados pela autoridade antitruste brasileira.

Para o acordante, é evidente a sua vantagem na assinatura do acordo, tendo em vista que ele garante imunidade penal e administrativa, caso haja preenchimento de todos os requisitos legais, para a pessoa jurídica e as pessoas físicas que a compõe, desde que sejam signatários do acordo.

Em uma busca constante no combate as condutas anticompetitivas, o Ministério da Justiça, por meio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e seus órgãos componentes têm trabalhado de forma intensa para a divulgação do Programa de Leniência, criando cartilhas de modo a facilitar o acesso à informação e o conhecimento deste instituto jurídico.

Com essa postura, o CADE cada vez mais vem galgando reconhecimento por parte do empresariado, tendo como consequência o aumento de acordos de leniência firmados pela autarquia.

Acerca desse assunto, Sobral (p. 14) assevera que:

Faz-se mister a necessidade e transparência e credibilidade dos órgãos de defesa da concorrência na condução das negociações com o candidato a leniência. Considerando que a agência normalmente não saberá da existência da prática anticoncorrencial, o processo de assinatura de um acordo de leniência geralmente começara pela aproximação do particular.

O pensamento do autor retro citado faz total sentido, tendo em vista que é evidente que os agentes de condutas anticoncorrenciais só irão atrás de participar do Programa de Leniência caso tenham confiança na transparência e credibilidade da autoridade antitruste brasileira.

Pode ser citada como exemplo a primeira forma do programa de leniência americano, quando não havia garantias para os lenientes da concessão da anistia. A forma do programa afastava os candidatos a lenientes, tanto que durante esse período o programa não realizava mais que um acordo por ano. Após a alteração e obtenção de confiança e credibilidade do órgão antitruste americano, os números começaram a subir.

Após as alterações legislativas e reestruturação do CADE, além de ter aumentado a eficiência da autarquia antitruste brasileira, trouxe reconhecimento internacional. No ano de 2012, o qual teve como base a avaliação do ano de 2011, a revista britânica *Global Competition Review (GCR)* classificou a autoridade antitruste brasileira com três estrelas e meia, mantendo-se assim a avaliação do ano anterior (ranking de 2011 com base nos

resultados de 2010) (CADE, 2012). Naquele ano – 2011 – a autarquia realizou apenas um acordo de leniência (CADE, 2017).

No ano seguinte, com a implantação das mudanças trazidas pela Lei 12.529/11, o CADE, de acordo com a revista a agência teve uma ótima execução na transição de legislação e construção de uma nova agência e por isso aumentou sua classificação para quatro estrelas, ficando atrás apenas das agências da União Europeia, França, Alemanha, Reino Unido, Estados Unidos e Japão. Naquele ano – 2012 – a agência assinou dez acordos de leniência (CADE, 2017). Além da elevação no *ranking*:

A GCR destacou de forma positiva o regime de análise prévia atribuído pela nova lei, que permitiu ao Cade analisar atos de concentrações considerados simples em um prazo médio de 19 dias – um dos mais rápidos do mundo, segundo a revista. Também conferiram agilidade à atuação da autarquia os critérios mais rígidos para notificação de fusões e aquisições – como o critério de faturamento anual em operações de compra e venda, estabelecido nos limites de R\$ 750 milhões para uma das empresas e de R\$ 75 milhões para a outra.

A publicação apontou ainda que, embora poucos casos de conduta anticompetitivas tenham sido abertos no ano passado, o Cade intensificou o trabalho para encerrar investigações antigas de cartéis e outras práticas anticoncorrenciais. Além disso, o órgão aperfeiçoou os métodos de negociação em programa de leniência – que confere imunidade administrativa e criminal ou redução das penalidades aplicáveis a um participante de conduta anticoncorrencial que denuncie a prática e coopere com as investigações.

No ano de 2015, a agência antitruste brasileira ganhou o título de agência antitruste das Américas em 2014, realizado pela revista britânica *Global Competition Review*, a mais importante a nível mundial deste segmento (CADE, 2015).

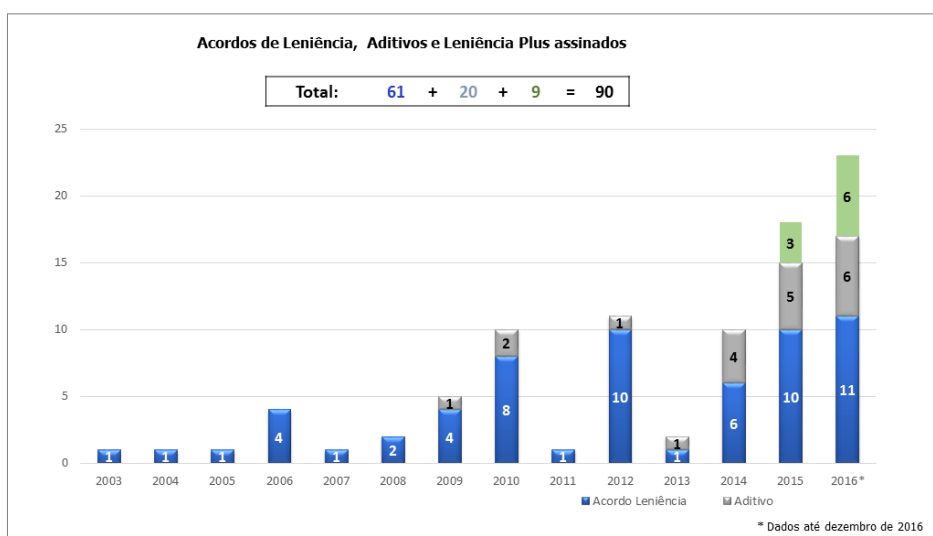
Em 2016, o CADE está entre os finalistas de duas categorias da premiação da revista britânica *Global Competition Review*. A primeira é o título “*Agency of the year – Americas*”, a qual foi vencedor em 2015, promovido pela. A segunda indicação é ao prêmio “*Behavioural matter of the year (Agency) – Americas*”, a qual dois casos da autarquia concorrem: a celebração de acordo de leniência e de termo de compromisso de cessação cumulado com leniência plus com a empresa Construções e Comércio Camargo Correa, no âmbito da operação lava-jato; e a celebração de acordo judicial com a Ambev, no âmbito do processo que condenou a empresa por prática de exigência de exclusividade (CADE, 2016).

A segunda premiação em que concorre é da revista francesa *Concurrences* com a publicação do Guia de Compliance, que foi indicado ao prêmio *Antitrust Writing Awards 2016*, na categoria *Best Soft Law*. (CADE, 2016).

O programa de leniência apesar de sua demora em “emplacar”, já que o primeiro acordo só foi definitivamente assinado após três anos de sua criação, o programa hoje se

mostra altamente eficiente para o combate as condutas anticoncorrenais. Até dezembro de 2016, o CADE já fechou sessenta e um acordos de leniência, vinte aditivos e nove acordos de leniência *plus*. Com a nova legislação, a partir de 2012, já foram realizados trinta e sete acordos de leniência, quinze aditivos e nove acordos de leniência *plus*. (CADE, 2017).

Além disso, de acordo com o Balanço Anual do CADE (2016) aumentou em 510% os pedidos de *markers* (sistema de senhas). Expõe a autarquia também que para cada acordo de leniência fechado, há mais de um que foi rejeitado ou houve desistência (CADE, 2017).



Fonte: <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>

É de se destacar que para cada acordo de leniência assinado entre um agente econômico e a autoridade antitruste brasileira, há diversos participantes penalizados pela sua participação no cartel, haja vista é requisito essencial para a firmação dos acordos a prestação de informações que sejam capazes de demonstrar o cartel.

Com isso, grandes quantias já foram arrecadas nas multas fixadas pelo CADE. No gráfico abaixo, divulgado no Balanço Anual do CADE (2016), está disposto à evolução da arrecadação pelos anos do CADE, entre 2013 e 2016 os valores foram setuplicados (CADE, 2017).



O aumento dos valores nos últimos anos pode ser justificado pela alternância da legislação e reestruturação da agência antitruste brasileira, além do trabalho dos seus servidores que buscam conscientizar a população acerca das condutas anticoncorrenciais por meio de cartilhas, palestras, etc.

Os dados e o Balanço Anual do CADE (2016) só demonstram a efetividade da autarquia federal no combate aos abusos do poder econômico no país, buscando de forma contínua preservar o sistema econômico, a livre concorrência e, conseqüentemente, a livre iniciativa.

Os princípios da livre concorrência e livre iniciativa propiciam ao mercado a entrada e a permanência de novos produtores e fornecedores, de todas as proporções. Isso favorece ao desenvolvimento econômico, além de garantir maior empregabilidade, maior qualidade dos produtos fornecidos e preços mais competitivos.

Como dispõe Clark (2001, p. 126) em sua obra:

A livre iniciativa garante o acesso à luta pelo mercado, “democratizando” a entrada nele, sendo assim um dos pilares fundamentais do capitalismo. Diferentemente, a livre concorrência é a garantia da sobrevivência de todos os agentes econômicos que estão ou querem chegar ao mercado (...) A livre concorrência destina-se a criar condições possíveis de disputa do mercado, em um ambiente onde existem concorrentes com força e tamanho diferentes, fomentados pela livre iniciativa. Busca, assim, por intermédio do Direito, criar condições de disputa entre desiguais.

Assim, de suma importância é a busca da efetivação do princípio constitucional da livre concorrência, tendo em vista este princípio cria condições favoráveis para a manutenção dos agentes econômicos no mercado. O Programa de Leniência e o CADE neste sentido se mostram eficazes para tomar frente dessa busca: efetivação do princípio da livre concorrência;

já que o órgão antitruste brasileiro nos últimos anos tem desempenhado de forma satisfatória seu papel, sendo premiado de forma constante como uma das melhores agências antitruste do mundo.

A partir do momento que o CADE busca através de seus mecanismos sancionar aqueles que praticam condutas anticoncorrenciais, nocivas para a livre concorrência e livre iniciativa estão buscando e proporcionando para a coletividade, titular dos bens jurídicos tutelados pela Lei 12.529/11, garantir um mercado com preço justo e de maior qualidade, evitando que o domínio deste por poucos ou só por um e combatendo de forma eficiente o abuso de posição dominante e o aumento arbitrário dos lucros.

Um ponto preponderante para o sucesso dos últimos anos do Programa de Leniência é que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é totalmente focado no combate a cartéis, tornando-se assim uma atividade prioritária do CADE.

Por tudo que foi exposto, é possível concluir que o Programa de Leniência tem o condão de buscar a efetivação do princípio da livre concorrência, haja vista combater a formação de cartéis, conduta anticoncorrencial do sistema econômico. Assim, mesmo não havendo uma pesquisa científica palpável acerca desses resultados, a apresentação dos dados do CADE aqui expostos se mostram suficientes para chegar à conclusão de que o programa de leniência é capaz de lutar e garantir a efetivação do princípio da livre iniciativa, preservando a ordem econômica.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou realizar uma análise do Programa de Leniência brasileiro, de modo a averiguar se este seria meio eficaz para a efetivação do princípio da livre concorrência. Para se alcançar tal dilema, é necessária uma passagem pelos ensinamentos básicos da economia, o seu tratamento jurídico e a legislação concorrencial.

Em combinação com as ideias iluministas, o liberalismo econômico surgiu posteriormente a Revolução Francesa. Nesse sistema econômico, o Estado era apenas mais um agente e não intervia na economia. De acordo com os estudiosos e defensores dos ideais liberais, o mercado iria se autorregular com o processo natural da oferta e procura.

Ao longo do tempo, o liberalismo econômico foi demonstrando a sua diversidade em comparação as teorias. Isso porque, com o passar dos anos, o liberalismo econômico apresentou diversas falhas de mercado que trouxe graves prejuízos para toda a coletividade. Assim, tornou-se necessária a intervenção estatal para corrigir os erros trazidos pelo sistema econômico liberal.

Assim, com a intervenção Estatal na economia surgiu o Direito Econômico, que é basicamente o segmento do direito que organiza o funcionamento da economia. Assim, as o direito econômico passou a organizar o funcionamento econômico, buscando a correção das falhas de mercado trazidas pelo liberalismo econômico. A partir dessas premissas, surgiram as Constituições Econômicas, que eram o estabelecimento de princípios e regras constitucionais que tratavam da ordem econômica.

Posteriormente, passou-se a tratar sobre o surgiu o direito concorrencial, derivado do direito econômico, nasceu para tutelar o princípio da livre concorrência. Para isso, o Estado se utilizava de sua legislação para reprimir o abuso do poder econômico, de modo a preservar a livre concorrência.

Nesse diapasão, surgiram normas que buscavam punir a prática de condutas anticoncorrenciais pelos agentes econômicos, assim, surgiram normas penais, cíveis e administrativas que tinham como bem tutelado a instituição jurídica da concorrência.

Buscou também demonstrar os danos causados pelas condutas anticompetitivas na economia, que de acordo com os órgãos especializados, a prática de cartel rende bilhões aos participantes e altamente danosa ao mercado, tendo em vista os aspectos retrógrados causados pelo pacto.

Além disso, foram detalhados quais são os tipos de cartéis conhecidos pela doutrina de direito concorrencial. Buscou-se também enfatizar a dificuldade dos órgãos antitruste em identificar a prática de cartel, por conta de sua informalidade e dificuldade de percepção.

Dentre as condutas passíveis de punição pela legislação antitruste, o cartel é a mais danosa para o sistema econômico. Isso porque, essa conduta tem o condão de impedir a concorrência, impossibilitar a livre escolha dos consumidores e elevar os preços dos produtos e serviços, além de coibir as inovações do mercado.

Como instrumento para combatê-lo, surge o chamado Programa de Leniência, inicialmente nos Estados Unidos e depois se espalhou nos ordenamentos estrangeiros, até chegar ao Brasil, em 2000. O fato de o instituto ter chegado ao Brasil de forma tardia, não corresponde ao seu atraso, pelo contrário, atualmente, o Programa de Leniência brasileiro é referência entre os principais do mundo, recebendo diversos prêmios de publicações especializadas de renome.

O CADE tem trabalho de forma contínua para aperfeiçoar o programa, tanto que em 2011, por meio da Lei 12.529, ele foi totalmente reestruturado, tanto institucionalmente como juridicamente, trazendo novidades como a possibilidade de o líder do cartel realizar o acordo de leniência e a criação da leniência *plus*.

Com o programa, pode se observar que desde a sua instituição, foi responsável por desmontar sessenta e um cartéis, sendo que para cada acordo fechado, há mais de um recusado e/ou que o agente recusou. Só no ano de 2016 foram fechados onze acordos de leniência, seis aditivos e seis acordos de leniência *plus*. Em arrecada, computando multas e outras verbas, em 2016 o órgão arrecadou mais de setecentos milhões de reais.

O sucesso dos últimos anos do Programa de Leniência e a atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é que eles tratam o combate aos cartéis como prioridade em sua pasta.

A proteção aos princípios da livre concorrência e consequentemente a livre iniciativa, tendo em vista as suas compatibilidades, favorece o desenvolvimento econômico, pois permite a entrada de novos produtores e fornecedores no mercado, garantindo maior empregabilidade, qualidades dos produtos fornecidos e preços mais atrativos.

Assim, de suma importância se faz a proteção ao princípio constitucional da livre concorrência e a busca pela sua efetivação. Nesse diapasão, o Programa de Leniência e a agência antitruste – CADE – brasileira se demonstram como instrumentos eficazes para que busque a cada dia a efetivação do princípio constitucional da livre concorrência.

Dessa forma, a efetivação, estará proporcionando para a coletividade, titular dos bens jurídicos tutelados pela Lei 12.529/11, um mercado com preço justo e de maior qualidade, evitando que haja concentração econômica, abuso de posição dominante e o aumento arbitrário dos lucros.

Por tudo que foi exposto, o presente trabalho considera que o Programa de Leniência tem o substrato para buscar a efetivação do princípio da livre concorrência, haja vista a sua eficiência no combate aos cartéis. Destarte, a apresentação dos dados do CADE aqui expostos alinhados a uma argumentação teórica se mostram suficientes para afirmar que o programa de leniência é meio efetivo para lutar e garantir a efetivação do princípio da livre concorrência, preservando a ordem econômica.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ARAÚJO, Eugenio Rosa de. **Direito econômico**. 4. ed. rev., amp., e atual., Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

BAROSSO, Luis Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 14, maio/junho/julho, 2008. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 08 de fev. 2017.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso: 1º de jan. 2016.

_____. Lei Federal nº 8.884, de 11 de junho de 1994. **Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 16 de fev. 2017.

_____. Lei Federal nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000. **Altera e acrescenta dispositivos à Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10149.htm>. Acesso em: 16 de fev. 2017.

_____. Lei Federal nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. **Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acesso em: 16 de fev. 2017.

_____. Lei Federal nº 4.137, de 10 de setembro de 1962. **Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137.htm>. Acesso em: 16 de fev. 2017.

_____. Lei Federal nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. **Vigência Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/L12529.htm>. Acesso em: 16 de fev. 2017.

_____. Lei Federal nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951. **Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1521.htm>. Acesso em: 16 de fev. 2017.

_____. Decreto-lei nº 869, de 12 de setembro de 1969. **Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0869.htm>. Acesso em: 16 de fev. 2017.

_____. Decreto-lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945. **Dispõe sobre os atos contrários à ordem moral e econômica.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7666.htm>. Acesso em: 16 de fev. 2017.

_____. Decreto-lei nº 431, de 18 de maio de 1938. **Define crimes contra a personalidade internacional, a estrutura e a segurança do Estado e contra a ordem social.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0431.htm>. Acesso em: 16 de fev. 2017.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. **Cartilha do CADE.** Disponível na internet: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais>>. Acesso em: 09 de fev. 2017.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. **Combate a cartéis e programa de leniência.** 3ª ed. Disponível na internet: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais>>. Acesso em: 14 de fev. 2017.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. **Programa de Leniência Antitruste do CADE.** Disponível na internet: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em: 15 de fev. 2017.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. **Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999.** Disponível na internet: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf>>. Acesso em: 12 de fev. 2017.

CADE. **Cade é avaliado com três estrelas e meia no ranking 2012 da GCR.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-e-avaliado-com-tres-estrelas-e-meia-no-ranking-2012-da-gcr>>. Acesso em: 16 de fev. 2017.

_____. **Programa de Leniência.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em: 16 de fev. 2017.

_____. **Cade recebe título de agência antitruste das Américas em 2014.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-recebe-titulo-de-agencia-antitruste-das-americas-em-2014>>. Acesso em: 16 de fev. 2017.

_____. **Cade é finalista em dois prêmios internacionais.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-e-finalista-em-dois-premios-internacionais>>. Acesso em: 17 de fev. 2017.

_____. **Cade apresenta balanço de suas atividades em 2016.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-apresenta-balanco-de-suas-atividades-em-2016>>. Acesso em: 16 de fev. 2017.

CLARK, G. **O município em face do direito econômico.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 280.

EUROPEAN COMMISSION. **1. Cartel Statistic.** Disponível na internet: <<http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>>. Acesso em: 14 de fev. de 2017.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial – as condutas.** 1. Ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Direito concorrencial: as estruturas.** 3. ed., São Paulo, Malheiros, 2002.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito econômico.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste.** 2. ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FRANCESCHINI, Jose Inacio Gonzaga. **Introdução ao direito da concorrência.** São Paulo: Malheiros, 1996.

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

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica.** 15. Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Elementos de direito econômico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

GREENE, Theodore Meyer. **Liberalismo: teoria e prática.** São Paulo: Ibrasa, 1983.

GRIFFIN, James M. **A summary overview of the antitrust division's criminal enforcement program. The modern leniency program after ten years.** Disponível na internet: <<https://www.justice.gov/atr/speech/modern-lenieny-program-after-ten-years-summary-overview-antitrust-divisions-criminal>>. Acesso em: 14 de fev. 2017.

JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas.** (96/C, 207/04, de 18 de julho de 1996). Disponível na internet: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:C:1996:207:TOC>>. Acesso em: 14 de fev. 2017.

_____. **Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis.** (2002/C, 45/03, de 19 de fevereiro de 2002). Disponível na internet: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:C:2002:045:TOC>>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2017.

_____. **Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis.** (2006/C, 298/11, de 08 de dezembro de 2006). Disponível na internet: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:C:2006:298:TOC>>. Acesso em: 14 de fev. 2017.

LACOMBE, Francisco José Masset. **Dicionário de Administração.** São Paulo: Saraiva, 2004.

MANIKW, N. Gregory. **Introdução à Economia.** Rio de Janeiro: Campus, 1999.

MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo.** Coimbra, Centelha, 1973.

_____. **Economia e constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

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

NUSDEO, Fabio. **Curso de economia:** introdução ao Direito Econômico. 6. ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PINTO, Aníbal. **Curso de Economia:** elementos de teoria econômica. 8 ed. Rio de Janeiro: Unilivros, 1980.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Despenalização no direito penal econômico:** uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: IBCCRIM, nº 28, v. 7, pp. 116-129, out/dez., 1999.

RODAS, João Grandino. **Acordos de leniência em direito concorrencial:** práticas e recomendações. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 862, v. 96, pp. 22/33, ago., 2007.

SILVEIRA, Renato Mello Jorge. **Direito penal supraindividual: interesses difusos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

SOBRAL, Ibrahim Acácio Espirito. **O acordo de leniência:** avanço ou precipitação? Revista do IBRAC. São Paulo, vol. 8, nº 02, 2001, pp. 131 – 146.

SOUZA, Nali de Jesus. **Curso de economia.** São Paulo: Atlas, 2000.

THE UNITED STATES. DEPARTMENT OF JUSTICE. **Criminal Program Update 2015.** Disponível na internet: <<https://www.justice.gov/atr/division-update/2015/criminal-program-update>>. Acesso em: 14 de fev. 2017.

VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência.** Rio de Janeiro: Forense, 1993.