
O ACORDO DE LENIÊNCIA NA INVESTIGAÇÃO ANTITRUSTE: DA LEGISLAÇÃO AO LEADING CASE BRASILEIRO

Lívia Cardoso Viana Gonçalves
Procuradora Federal

Consultora Jurídica Substituta do Ministério da Defesa

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Inspiração no Direito Norte-Americano; 2 Da Experiência Antitruste Brasileira; 2.1 Evolução Legislativa; 2.2 Da infração à ordem econômica; 2.3 Procedimentos e competências para o Acordo de Leniência; 2.4 Leading Case – Caso dos Vigilantes; 3 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: A discrepante relação entre o parco poder de investigação da administração antitruste e o imponente poder econômico das empresas potencializa, e em parte caracteriza, um mercado marcado por infrações concorrenciais que geram incontáveis prejuízos à eficiente alocação de recursos. Na realidade pátria, esse desequilíbrio é refletido na severa dificuldade na obtenção de prova dos ilícitos, no alto custo investigativo e na demora da investigação antitruste os quais, associados à atuação repressiva de esferas diversas estatais, tem impedido a efetiva proteção da ordem econômica.

Na busca por um saudável ambiente concorrencial, estabeleceram-se, por meio de inovações legislativas, mecanismos de investigação mais eficazes para inibir as práticas descritas, especialmente a formação de cartéis. Destaca-se, nesse contexto, a Medida Provisória nº 2.055, consolidada pela Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000, que criou o Acordo de Leniência. Pelo Acordo, um agente – parte no conluio – revela ou delata detalhes do funcionamento do ilícito em troca de um tratamento leniente ou favorecido.

Neste contexto, o artigo ser propõe a perquirir se o Acordo de Leniência, enquanto instituto jurídico, é adequado e útil à investigação antitruste, e quais os limites e as possibilidades da sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, além do estudo comparado o estudo recorrerá à análise de um caso em concreto (*bringing a case*), no caso conhecido como “Cartel dos Vigilantes”.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de Leniência. Investigação antitruste. estudo comparado. *bringing a case*.

ABSTRACT: The conflicting relation between the administration antitrust power of investigation and the companies economical power reinforces, and in part it characterizes, a market with competitive breaches that produce countless damages to the efficient allocation of resources. In fact, this imbalance is reflected in the severe trouble to get proof of the illicit ones, in the high cost of investigation and in the delay of the investigation antitrust which has been obstructing the effective protection of the economical order.

In the search for a healthy competitive environment, more efficient mechanisms of investigation were established, mostly through legislative innovations, to inhibit the described practices, specially the formation of cartels. In this context, the Provisional Measure nº 2.055, consolidated by the Law nº 10.149, of 21 of December of 2000, which created the *Acordo de Leniência*, has an especial meaning. For this *Acordo de Leniência*, an agent – part of the collusion – reveals

details of the functioning of the illicit, looking for a treatment favored.

This article proposes to question if the *Acordo de Leniência*, while a legal institute, is adapted and usefulness to the investigation antitrust, and which are the limits and the means of his application in the legal Brazilian context. On this way, it will uses the study compared and the analysis of a concrete case: known like “*Cartel dos Vigilantes*”.

KEYWORD: Acordo de Leniência. Investigation Antitrust. Compared Study. bringng a case.

INTRODUÇÃO

A discrepante relação entre o parco poder de investigação da administração antitruste e o imponente poder econômico das empresas potencializa, e em parte caracteriza, um mercado marcado por infrações concorrenciais que geram incontáveis prejuízos à eficiente alocação de recursos.¹ Na realidade pátria, esse desequilíbrio é refletido na severa dificuldade para obtenção de prova dos ilícitos, no alto custo investigativo e na demora da investigação antitruste, características que, associadas à atuação repressiva de esferas diversas estatais, têm impedido a efetiva proteção da ordem econômica.

Na busca por um ambiente concorrencial saudável, estabeleceram-se, por meio de inovações legislativas, mecanismos de investigação mais eficazes para inibir as práticas descritas, especialmente a formação de cartéis. Destaca-se, nesse contexto, a Medida Provisória nº 2.055, consolidada pela Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000, que criou o Acordo de Leniência².

1 Segundo estimativas da organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), os cartéis geram um sobrepreço estimado de 10 a 20% comparado ao preço em um mercado competitivo, causando prejuízos de centenas de bilhões de reais aos consumidores anualmente. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Combate a Cartéis e Programa de Leniência*. Brasília: 2008. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sde/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B1CA84DF6-D84B-486E-9EACA956F7194D2B%7D&Ser viceInstUID=%7B2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A%7D>>. Acesso em: 29 set. 2008.

2 Embora a lei use a palavra *leniência*, essa, segundo os dicionaristas, relaciona-se com conforto e consolação. De fato, fala-se em lenitivo como um remédio. Um dos significados da palavra *leniency*, traduzindo do inglês para o português, é *indulgência* e deve ser esta a tradução mais apropriada. O mais correto, entretanto, seria falar em acordo de imunidade ou de anistia, como, aliás, é feito em países de língua inglesa. GRINBERG, Mauro. *Programas de Leniência*. Rio de Janeiro, 2001. Apresentado no Seminário internacional: Condutas e Práticas Infrativas à Ordem Econômica. Não publicado.

A Secretaria de Direito Econômico (SDE/MJ), classifica-o como o “ pilar fundamental da Política Nacional da Ordem Econômica”³ e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) já reconheceu, em diversas ocasiões, que o Acordo de Leniência é o instrumento de investigação mais efetivo para se prevenir e punir cartéis.⁴

Com efeito, o Acordo de Leniência se desponta como um acelerador, na investigação antitruste, que viabiliza uma solução mais expedita e eficiente por parte das autoridades públicas. Pelo Acordo, um agente – parte no conluio – revela ou delata detalhes do funcionamento do ilícito em troca de um tratamento leniente ou favorecido. A delação é fundamental, pois sem ela o rompimento da colusão ilícita entre concorrentes seria muito mais demorado e a um custo muito mais alto para o Estado. A vantagem para o delator, por outro lado, é a redução total ou parcial da pena que lhe cabe ou, até mesmo, a extinção de punibilidade.

Perquirir, nessa perspectiva, se o Acordo de Leniência, enquanto instituto jurídico, é adequado e útil à investigação antitruste, e quais os limites e as possibilidades da sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro é a problemática central que se buscará apreciar neste artigo.⁵

3 Evenett consigna dúplice objetivo para a política de concorrência. Um congrega finalidades econômicas, tais como a liberdade de comerciar, a proteção do processo competitivo (não necessariamente dos competidores), além de imperativos de eficiência. O outro se resume em finalidades não econômicas, como preocupações de equidade e justiça social. Para Evenett, o direito da concorrência é apenas um dos muitos instrumentos da política de concorrência. São os objetivos e prioridades da política concorrencial que influenciam o desenvolvimento e a interpretação das leis de concorrência. Cf. EVENETT, Simon and Levenstein, Margaret C.; Suslow, Valerie Y. *International cartel enforcement: lessons from the 1990s*. 2001Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=26574>, *apud* OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. *Direito e economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 25.

4 Cf. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Combate a Cartéis e Programa de Leniência. Brasília: 2008. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sde/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B1CA84DF6-D84B-486E-9EACA956F7194D2B%7D&ServiceInstUID=%7B2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A%7D>>. Acesso em: 29 set. 2008.

5 Ressalte-se que o Marco Teórico utilizado como pressuposto de elaboração e desenvolvimento do artigo foi um prisma recortado pelo utilitarismo. O utilitarismo, de acordo com Busse e Urmson, é a teoria empírica segundo a qual o valor ou correção das ações dependem das conseqüências que trazem consigo, do bem ou mal que produzem. Quando observadas em coletividade ou quanto objetos coletivos, as ações devem ser medidas pelo bem maior ou pelo maior número de benefícios. As ações são boas e úteis na medida em que se aproximam desta finalidade. Então, a correção de uma ação deve estar parametrizada pela contribuição que ela realiza para o aumento da felicidade e para a diminuição da miséria humana. A teoria formulada por Hutcheson em 1726 pode ser sintetizada pela seguinte frase: “A melhor ação é aquela que produz a maior felicidade ao maior número de pessoas.” Dessarte, opta-se pela determinação da utilidade diretamente pela regra da razão, recorrendo, em parte, ao estudo elaborado por José Inácio Gonzaga Franceschini, Edgard Antonio Pereira e Eleni Lagroteria da Silva. A contribuição da obra, como

O enfrentamento do problema sobredito, sob o aspecto estrutural do artigo, passará pelo estudo sobre a origem do Acordo de Leniência no território norte-americano, ingressando no tratamento conferido pelo ordenamento jurídico pátrio às infrações à ordem econômica, examinando, em seguida, a dificuldade de se caracterizar e provar as infrações antitruste. Por fim, analisando o cenário em que se insere o Acordo de Leniência, examinar-se-á um caso em concreto de aplicação do Instituto (*briefing a case*⁶), que propiciará algumas reflexões sobre sua importância e eficiência.

Portanto, o objeto de estudo será relativo ao primeiro Acordo de Leniência celebrado no Brasil no caso conhecido como “Cartel dos Vigilantes”⁷, porquanto representou uma grande mudança legislativa e estratégica na atuação do Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência – SBDC⁸. Isso permitirá apreender as bases da figura jurídica do Acordo de Leniência aplicado à investigação antitruste à luz da legislação nacional e avaliar a sua eficácia mediante parâmetros conferidos pela filosofia utilitarista.

afirmam esses autores, *ipsis litteris*, é postura paradigmática que coloca em destaque a interação entre os condicionantes privados da decisão de apresentar denúncia de prática anticompetitiva e os custos sociais envolvidos na atuação do sistema de defesa da concorrência. Cf. FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; PEREIRA, Edgard Antônio; SILVA, Eleni Lagroteriada. Denúnciação de práticas anticompetitivas. In: *Revista de Direito Econômico*, ano I, nº 26, p.47 a 62, Ago/Dez 1997.

Assevera-se que a confiabilidade da utilização da regra da razão se encontra no estabelecimento objetivo de um método de determinação dos custos/benefícios sociais ao se punir ou não determinada prática que afronte a norma, considerando, para tanto, os custos sociais processuais. Nessa perspectiva, sustentar o desenvolvimento deste artigo na regra da razão significa fazer subsistir uma abordagem de custo/benefício (segundo a qual um instituto só possui validade enquanto seus efeitos nocivos não superem os efeitos do mal combatido) em toda análise a ser realizada.

- 6 Um bom método de trabalho para quem se aproxima dos problemas de interpretação das normas constitucionais é fazer um *briefing* de um caso concreto (*briefing a case*). Se possível escolha-se: (1) um “caso difícil (*hard case*); (2) um caso paradigmático (*standard case, leading case*). [...]” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2001. p. 1084 et seq.
- 7 Esclareça-se que o alvo desse cartel eram licitações organizadas principalmente pela Superintendência Regional da Receita Federal no Rio Grande do Sul e pela Secretaria Municipal de Saúde de Porto Alegre.
- 8 No Brasil esse sistema é composto por órgãos com poderes especializados em análise e intervenção direta. O CADE, auxiliado pela SDE órgão do Ministério da Justiça e pela SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda). Esses órgãos são encarregados de julgar, investigar e analisar os atos prejudiciais à concorrência pelo controle de atos e contratos e a decisão sobre a existência de infração à ordem econômica. Cumpre essencialmente às secretarias a função de investigar e ao Conselho Administrativo de Direito Econômico a função de julgar.

1 A INSPIRAÇÃO NO DIREITO NORTE-AMERICANO

O avanço tecnológico atua como fonte propulsora de modificação da ordem econômica. Diante dessa premissa, destaque-se, em especial, aquela promovida pela Revolução Industrial, em que a produção passou a ser realizada em série e em economias de escala. As empresas com maior poder tecnológico passaram a dominar o mercado, fator que, com o fluxo temporal, favoreceu a concentração do poder econômico.

Economistas achavam que o mercado se auto-regularia, que a dominação do mercado pelas grandes empresas fazia parte do jogo econômico. No entanto, com o transcorrer do tempo, observou-se tanto a desmaterialização da liberdade econômica, quanto a formação de uma verdadeira ameaça ao poder político dos países.⁹

Em 1890, no escopo de regulamentar esse contexto, promulgou-se, nos Estados Unidos, o *Sherman Act*¹⁰. Essa Lei tipificava como ilícito penal¹¹ todos os acordos entre empresas concorrentes para fixar preços, restringir ou combinar produção, ou de outra maneira restringir a força da concorrência; sujeitava os infratores a pesadas multas e ordenava a imediata dissolução do pacto. Com isso,

[...] as técnicas que, às escancaras, eram adotadas para se obter a maximização de lucros, à mais fiel obediência ao espírito capitalista, passaram, dali por diante, a serem seguidas de forma clandestina, dificilmente detectáveis.¹²

Em 1978, surge o Acordo de Leniência, criado pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América, por meio do qual se concedia

9 Esta influência se estendia desde a dependência do Estado, em matéria de obtenção de recursos, seguindo a tradição dos forçamentos de arrecadações tributárias para fazer a sua manutenção, até a corrupção pelo voto, elegendo legisladores e administradores ou pelo comprometimento direto em negócios mais ou menos escusos. A concentração afirmava-se como uma fatalidade da economia de mercado, de vez que na regra fundamental da luta, aquele que não cresce, acaba por perecer diante do competidor mais poderoso. Cf. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

10 O *Sherman Act*, juntamente com as Leis Clayton e Robinson Patman, bem como a Agência Federal Trade Commission, constituem o arcabouço legal do sistema antitruste norte-americano.

11 Destaque-se que o benefício da tipificação penal conferida pelo *Sherman Act* às práticas abusivas consiste em direcionar seu potencial punitivo aos empresários que, em grande maioria, se beneficiam pessoalmente da conduta criminosa, pouco se importando com multas sobre a empresa, consideradas um custo extra do negócio.

12 Cf. MARLAD, Neide Teresinha. *O Cartel*. In: *Revista de Direito Econômico*. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cade. nº 21, outubro/dezembro 1995. p. 33.

o perdão judicial no âmbito criminal caso os infratores se antecipassem à agência governamental para, antes do início das investigações, confessar a prática ilícita.¹³ Todavia, esse projeto não foi um sucesso desde o momento inaugural:

Inicialmente, o programa não se demonstrou exitoso, pois a margem de discricionariedade para o ato concessão do perdão era muito larga, deixando os infratores na dependência de um alto grau de arbítrio por parte do governo. O programa, portanto, gerava muita desconfiança, do que decorria a baixa procura pela tentativa de acordo, acarretando o seu insucesso. [À época de sua criação, o Acordo de Leniência só era possível se proposto antes do início das investigações, o que levou a uma arrecadação anual de US\$ 30 milhões por ano sem que fosse descoberto nenhum cartel internacional.¹⁴]

Em busca de um programa efetivo, que proporcionasse o incremento das investigações levadas a efeito pelo Departamento de Justiça dos EUA, em 1993, foi criado o Programa de Leniência Corporativa, o “Amnesty Program”. Com a diretriz sintetizada na expressão *“Making companies an offer they shouldn’t refuse”*, o Departamento intentou estender as oportunidades e aumentar os benefícios a empresas que delatassem condutas criminosas e cooperassem com as investigações. No ano seguinte, estendeu o programa a pessoas físicas que se apresentassem às autoridades autonomamente, que não estivesse à frente da responsabilização pela conduta das empresas envolvidas.¹⁵

Em 1993, o Acordo de Leniência ganhou maior aceitação graças à adoção da anistia automática, acompanhada pela taxatividade dos requisitos de adesão, bastando que o infrator levasse ao conhecimento da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos informação desconhecida ou, ainda que conhecida, que agregasse detalhes substanciais à investigação.

13 Como as multas são proporcionais às vendas nos EUA, o programa de leniência também ajudou a avaliar a extensão real dos danos provocados pelos cartéis à economia.

14 Cf. MINISTÉRIO DA FAZENDA. Governo reforça medidas contra os cartéis. Brasília: 2000. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/releases/2000/r000811.html>>. Acesso em: 22 set. 2008

15 SANTOS, André Maciel Vargas dos. O acordo de leniência e seus reflexos no direito penal. Eneas Correa, 2007. Disponível em: <<http://www.eneascorrea.com/news/139/ARTICLE/1248/2007-08-12.html>>. Acesso em: 28 set. 2008.

Com efeito, o *leniency program* se mostrou tão eficiente que o número de cartéis descobertos aumentou cinco vezes desde sua adoção.¹⁶ Isso porque, além do benefício direto aos consumidores, agredidos pela manipulação do mercado e pela elevação abusiva dos preços, o programa se mostrou apto a acelerar a tramitação dos processos e reduzir os custos das investigações.

Esses bons resultados motivaram um processo de globalização do Acordo de Leniência, que passou a ter previsão em vários ordenamentos jurídicos internacionais. Para aqueles países em que o cartel é considerado como crime, a promotoria é incumbida de promover os Acordos; por outro lado, para aqueles que o situam na esfera administrativa, não há produção de efeitos na seara penal. No Brasil, todavia, porque a um só tempo as infrações à concorrência são classificadas como ilícito penal e administrativo, adotou-se um sistema peculiar que passará a ser objeto de análise.¹⁷

2 DA EXPERIÊNCIA ANTITRUSTE BRASILEIRA

2.1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

As primeiras leis de defesa da concorrência, sob influência norteamericana, passaram a reprimir o abuso do poder econômico, exercido mediante uma série de condutas restritivas à livre concorrência e à livre iniciativa.¹⁸

16 Cf. MINISTÉRIO DA FAZENDA. Governo reforça medidas contra os cartéis. Brasília: 2000. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/releases/2000/r000811.html>>. Acesso em: 22 set. 2008.

17 Embora o processo administrativo seja mais rápido que o jurisdicional, sua sanção possui menos intimidação e publicidade que a pena criminal. De onde se provém o benefício do emprego conjugado do direito administrativo com o direito penal na repressão dos ilícitos contra o direito concorrencial. Por outro lado, esse concurso pode provocar, na prática, a despenalização, em virtude da imensa maioria dos procedimentos terem lugar no CADE, e o cúmulo das sanções mencionadas. Por esse motivo, Conte assevera que o direito penal para ser eficaz na esfera concorrencial não pode visar o direito concorrencial propriamente dito, mas deve operar de modo indireto. Ao invés de visar o abuso de posição econômica e os cartéis, o direito concorrencial deveria mirar as infrações próprias do direito do código do consumidor e da propriedade industrial. Cf. CONTE, Philippe. *Diritto penale e concorrenza*. In: *Rivista Trimestrale Di Diritto Penale Dell'economia*, v. XII, n. 4, p. 869-877.

18 O Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945, cuja tônica eram os 'atos contrários à ordem moral e econômica' – de feição administrativa e não penal – é considerado o primeiro diploma brasileiro de repressão ao abuso do poder econômico, o qual, por sua tônica protecionista e nacionalista, se diz inspirado no *Sherman Act*. A idéia-força subjacente a este Decreto-Lei ressoou na Assembléia Constituinte de 1946, em particular no art. 148, fazendo com que a Constituição dela resultante consagrasse a repressão ao 'abuso do poder econômico'. Desta forma, deu-se foro constitucional ao fulcro do direito concorrencial e deixou em segundo plano o tratamento das minúcias, por mera legislação ordinária, de cunho penal e

No âmbito constitucional, diz-se que a Constituição Federal de 1946 inaugurou a mencionada repressão. No âmbito da legislação infraconstitucional, por sua vez, em 10 de setembro de 1962, editou-se a Lei nº 4.137/62¹⁹. Essa Lei tipificou, em seu art. 2º, as três espécies de ilícitos concorrenciais e vários ilícitos a eles ligados: os atos tendentes à dominação dos mercados (inc. I), o abuso de posição dominante (inc. II, III e IV) e a concorrência desleal (inc. V).

Já sob égide da Constituição Federal hodierna, que elencou a livre concorrência entre os princípios da ordem econômica (art. 170, inc. IV) e determinou que a “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, § 4º), foi promulgada a Lei nº 8.137/90, em 27 de dezembro de 1990. Essa Lei, definidora de crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, previu, em seus artigos 4º, 5º e 6º, crimes contra a ordem econômica, impondo penas de detenção e reclusão ou multa.²⁰

Do Decreto nº 99.244, de 10 de maio de 1990, materializou-se a Lei nº 8.158, de 8 de fevereiro de 1991, que intentou:

[...]“conferir eficiência e rapidez à atuação do poder público”, no momento em que a economia brasileira abria-se ao mundo, acabava-

administrativo. OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 18.

19 Consoante o Deputado Agamemnon Magalhães, autor do projeto que deu origem a esta Lei, o desiderato era armar o Estado contra o poder dos grupos econômicos, protegendo o consumidor brasileiro – seguindo a experiência norte-americana que combina a repressão administrativa com a judicial. Por esse motivo, alguns autores consagram a Lei nº 4.137/62 como marco inicial do tratamento legal do antitruste no Brasil. Cf. OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. Op. cit. p. 19.

20 Registre-se que a Lei nº 8.137/90 continua a vigor mesmo ante a superveniência da Lei nº 8.884/94, que dispôs sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Isto porque, a Lei nº 8.884/94 reforçou a vigência da primeira, pois seu artigo 84 alterou a redação do art. 5º, inc. VIII. Reforçando este entendimento, cabe ainda ressaltar que o art. 35-C da Lei nº 8.884/94 faz uma referência explícita aos crimes estabelecidos pela Lei nº 8.137/90, e determina a suspensão do curso do prazo prescricional e o impedimento de oferecimento de denúncia quando da celebração do Acordo de Leniência. Todavia, importa ressaltar o peculiar posicionamento de Franceschini (1998) a respeito deste ponto. Para esse autor, possuindo a Lei nº 8.884/94 natureza penal-econômica – e sendo o direito penal econômico ramo do direito penal comum –, sua promulgação teria significado a derrogação dos artigos 4º e 5º da Lei nº 8.137/90, com exceção do inc. VII do art. 4º, por força do determinado expressamente no art. 85 daquela Lei. Tais artigos, em grande parte, reproduzem dispositivos da Lei nº 4.137/62. Dessa maneira, a única legislação concorrenciais vigente seria a Lei nº 8.884/94, cuja aplicação cabe ao SBDC. Franceschini considera que o CADE, dotado estruturalmente de caráter administrativo tem função quase-jurisdicional, exerce atividade de para-jurisdicional penal. Por força constitucional (art. 173, § 4º), o Conselho revestiria do direito de persecução penal-econômica. Cf. OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. Op. cit. p. 357-361.

se o controle de preços e iniciava-se o processo de privatização das empresas estatais, trazendo grandes inovações. Embora mantendo expressamente, as normas definidoras de ilícito e respectivas sanções, constantes da Lei nº 4.137/62 e outras, sobre abuso do poder econômico (art. 23), definiu infração à ordem econômica, exemplificando-as em dezoito alíneas (art. 3º).²¹

Visando materializar maior concisão, reclamada pela dualidade de legislações concorrenciais instaurada com o advento da Lei nº 8.158/91, vigendo conjuntamente com dispositivos não revogados da Lei nº 4.137/62 –, o legislador de 1994, por meio da Lei nº 8.884/94²², previu ilícitos relativos às infrações à concorrência em um só artigo (art. 21), subordinou a sua caracterização àquelas três categorias firmadas no dispositivo anterior (art. 20) e expressamente revogou as Leis nº 4.137/62 e nº 8.158/91. A Lei em comento objetivou:

[...] (a) dar liberdade suficiente para o juiz na formulação de uma regra da razão dentro dos limites estabelecidos pelos princípios do art. 20, (b) dificultar, através da fixação dos princípios gerais (art. 20), a contestação constitucional da tipologia aberta que se estava criando, e (c) fornecer aos agentes econômicos suficiente segurança jurídica através da declaração expressa de um certo número – ainda que não fechado – de infrações puníveis (art. 21).²³

A Lei nº 8.884/94 sofreu várias mudanças, sendo a mais significativa aquela operada pela Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000, que se caracterizou pela busca de mecanismos mais efetivos de atuação e pelo aperfeiçoamento de dispositivos de repressão às infrações. Ressalte-se, dentre eles, o Acordo de Leniência²⁴, que, por suas

21 OLIVEIRA; RODAS, op. cit., p. 21.

22 A Lei nº 8.884/94 deixou patente sua aplicação a todas as pessoas jurídicas e físicas, de direito público ou privado, bem como associações ou grupamentos, inclusive os temporários e os desprovidos de personalidade jurídica; previu, também, a responsabilidade individual dos respectivos dirigentes e administradores, solidariamente entre si e com a empresa. Mais ainda: o artigo 18 defende a possibilidade, em certas hipóteses, da aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. A responsabilidade administrativa do titular de posição dominante é prevista pelo diploma em seu artigo 20, desde que haja suporte fático respectivo para caracterização.

23 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 74.

24 O Acordo de Leniência encontra-se disciplinado pelo art. 35-B e 35-C da Lei nº 8.884/94, acrescentados pela Lei nº 10.149/00. Essa Lei, de 2000, conferiu à SDE/MJ e à SEAE/MF maiores e mais eficazes poderes de investigação para obtenção de prova e troca de informação entre as diferentes jurisdições. Para

características, intenta aumentar a probabilidade da autoridade descobrir e punir o ilícito concorrencial, além de produzir maior instabilidade no cartel ao instigar maior desconfiança e, conseqüentemente, aumentar o custo de monitoramento e estabelecer a possibilidade de adoção de estratégias não cooperativas. Essas mudanças surgiram, consoantes explicitado, ante a necessidade de se ampliar os poderes de investigação das autoridades para combater, de forma expedita e eficiente, as infrações à ordem econômica.

2.2 DA INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA

Para caracterizar uma infração à ordem econômica é preciso que o agente econômico detentor de poder de mercado tenha por objetivo ou possa produzir os seguintes efeitos: limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa por meio de atos, sob qualquer forma manifestados, e aumentar arbitrariamente os lucros. Tais efeitos podem advir de várias práticas, tais como a venda casa, o preço predatório, a recusa de venda, mas dentre elas, a mais perigosa, causadora de maiores danos ao mercado, é a infração colusiva de agentes – cartel.²⁵

Nos termos da Resolução nº 20, de 1999, do CADE, o cartel pode ser definido como:

[...] acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes de mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio.²⁶

tanto, introduziu a limitação do sigilo nas averiguações preliminares, a inspeção na sede, *in loco*, a busca e apreensão de documentos das empresas investigadas por parte de técnicos da SDE e da SEAE como meios de prova, criou mecanismos para obtenção de documentos das matrizes das sociedades estrangeiras atuando no país, estabeleceu multas aplicáveis por obstrução das investigações, instituiu a limitação ao compromisso de cessação de prática. Consegui-se, ainda, que, pela primeira vez, fez-se menção à expressão SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência – para se referir conjuntamente ao CADE, SDE e SEAE.

25 A formação de cartel é o principal motivo de denúncias relacionadas à concorrência desleal. Este tipo de prática representa 50% do total de denúncias apresentadas à SDE/MJ e à SEAE. A outra metade se refere, principalmente, à venda casada e ao tratamento diferenciado entre adquirentes. Cf. MATSUURA, Lilian. *Concorrência desleal: cartel é a infração mais praticada pelas empresas*. Consultor Jurídico, 2006. Disponível em: <<http://conjur.estadao.br>>. Acesso em 22 set. 2008.

26 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 20 de 09 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94.

Exigem-se, pois, dois elementos para caracterização da infração, a existência de acordo entre os concorrentes e a aptidão de tal acordo para produzir os efeitos descritos. Todavia, importa advertir que: (i) nem todo paralelismo constitui um cartel, pois é possível que sua existência advenha dos movimentos do mercado, onde não entram os pressupostos de racionalidade da prática infrativa; e (ii) a existência de condições facilitadoras de cartel²⁷, por si só, não bastam para configurá-lo. A primeira ressalva decorre do fato de que um comportamento uniforme pode ser explicado por uma decisão racional e individual de uma empresa de seguir a empresa líder do mercado, sem que, no entanto, tenha havido combinação.

Reitere-se, para caracterização do cartel importa constatar a realização de conluio entre os concorrentes e, mediante análise do mercado relevante e das circunstâncias específicas de cada caso, verificar que o comportamento das variáveis econômicas prejudiciais à concorrência não possa ser explicada por nenhuma outra razão se não pelo acordo artificial entre os membros do cartel.²⁸

Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 jun. 1999.

27 São condições facilitadoras de cartéis, além do número de empresas no mercado relevante e o grau de concentração da produção: "i) homogeneidade do produto permite uma avaliação acurada do diferencial de preços entre as empresas; ii) fases mais maduras do ciclo do produto tornam inovações menos frequentes, mantendo estável a tecnologia e os custos; iii) condições de demanda estáveis; iv) a inelasticidade da demanda reflete o menor leque de alternativas para o consumidor, elevando o poder de mercado; v) restrições verticais permitem controle sobre aquisição de insumos e sobre a rede de distribuidores, facilitando a coordenação entre os membros do cartel, vi) a ocorrência de licitações frequentes induz a um processo de aprendizado das políticas de preços dos concorrentes; vii) elevadas barreiras à entrada impede a atração de entrantes em busca dos lucros extraordinários do cartel; viii) circunstâncias que levem ao aprendizado acerca das políticas de preços entre os concorrentes como no caso de licitações periódicas." OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. op. cit. p. 40-43.,

28 O Conselheiro do CADE Luis Fernando Schuartz, em voto proferido no Processo Administrativo n.º 08012.007042/2001-33, ao analisar o art. 20, ressaltou adequadamente que: "§23 [...]. *De acordo com essa interpretação, o caput do art. 20 define o conceito de infração da ordem econômica de maneira dual: a infração se caracteriza pela presença seja (i) do propósito "objetivamente visado" de que se produza algum dos efeitos mencionados nos incisos; seja, ainda, (ii) da elevada probabilidade de que se produza algum desses efeitos.* No primeiro caso, predomina o caráter intencional da busca de um efeito com a conduta; no segundo, o risco objetivo, a ela associado, de produção do efeito. [...]. § 24. Nos termos da lei brasileira, portanto, uma infração da ordem econômica ocorrerá provando-se uma coisa ou outra, vale dizer: ou que o propósito "objetivamente visado" pelo agente com a sua conduta era a produção de um dos efeitos listados nos inc. I a IV do art. 20; ou então, que é elevada a probabilidade de que a sua conduta produza um desses efeitos. Note-se ainda que, em ambos os casos, o art. 20 é explícito ao dispor que a efetiva obtenção do efeito é irrelevante para a caracterização da infração (a não ser, obviamente, que se prove que o efeito ilícito foi de fato obtido)". BRASIL. CADE. Uso de tabela de honorários médicos. Adoção de conduta comercial uniforme. Processo Administrativo n.º 08012.007042/2001-33, Relator: Abraham Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. jan. 2006, grifou-se.

A mencionada apreciação do mercado relevante requer a sua definição em seus dois aspectos, produto e geográfico. A partir de sua delimitação, identifica-se o objeto e/ou os efeitos dos atos ou fatos e a aptidão dos agentes em produzi-los. Isso permite a obteção de indícios não só do controle das estruturas de mercado, como, também, da configuração da (ir)razoabilidade da conduta.²⁹ A importância desse estudo decorre do fato de que a lesão gerada pressupõe poder de mercado do agente econômico, que é auferido dentro de um dado mercado relevante (Lei nº 8.884/94, art. 20, inc. I).

Com efeito, há grande dificuldade e complexidade em se comprovar a existência de cartéis e puni-los, mas, por outro lado, há uma instabilidade estrutural dos cartéis que auxilia a tarefa.³⁰ A traição ao cartel podem gerar ganhos expressivos para o membro do conluio que decidir burlar o acordo, desde que não seja flagrado pelos demais integrantes. Isso faz com que os cartéis sejam obrigados a ter mecanismos de controle relativamente detalhados, os quais, por sua vez, pode facilitar a obtenção de flagrante pelas autoridades e a comprovação da existência do cartel.

Passando-se à apreciação dos efeitos gerados pelos cartéis, importa salientar que eles podem acarretar graves prejuízos não só aos demais agentes do mercado, como também aos consumidores e à própria ordem econômica constitucionalmente protegida. Por esse motivo, o referido artigo 173, § 4º, da Constituição Federal, prevê a repressão legal ao abuso do poder econômico que vise o domínio de mercado, a eliminação

29 A legislação da Comissão Europeia considera mercado relevante de produto, aquele que abrange todos os produtos tidos como intercambiáveis ou substituíveis pelo consumidor, por suas características próprias, seus preços e o uso pretendido; e considera mercado relevante geográfico aquela área na qual as empresas interessadas estão atuando na oferta e demanda dos produtos ou serviços, em condições de concorrência suficientemente homogêneas e claramente distinguíveis em suas diferenças das áreas vizinhas. Cf. PAMPLONA, Juliana Faria. A importância do conceito de mercado relevante na análise antitruste. Belo Horizonte: Jus Navigandi, 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2337>>. Acesso em 28 set. 2008.

30 Embora a atuação concertada gere a maximização do lucro conjunto de um setor, pode ocorrer que a melhor estratégia para uma empresa individual seja quebrar o acordo, obtendo um lucro maior (durante o período em que quebra o acordo) em relação ao que seria obtido se não adotasse tal ação. Quando uma firma quebra o acordo (reduzindo seu preço), na pressuposição de que as demais não o façam (ou seja, as demais não reduzem o preço), ela obtém ganhos de mercado e, com isto, aumento de seu lucro. Uma consequência possível da adoção de uma estratégia desse tipo, por uma das empresas, é a deflagração de uma guerra de preços no setor, com o típico resultado concorrencial associado a um menor lucro para as empresas. Para tentar evitar a violação do acordo, são adotadas regras de punição para as empresas que não se comportarem como previsto neste instrumento. Assim, ao tomar a decisão de quebrar o acordo, cada empresa pondera se as perdas que irá sofrer decorrentes da implementação da punição serão superiores aos ganhos que terá adotando tal ação. Cf. OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. *Direito e economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

da concorrência ou o aumento arbitrário de lucros como sinônimo de infração à ordem econômica.

Destaque-se, por esse prisma, que, embora não seja possível constatar a criminalização das infrações antitruste na Constituição Cidadã, nem nas anteriores, o § 4º do art. 173 é tido como permissivo para que a legislação ordinária alcance o mencionado enquadramento.³¹ Ademais, considerando a livre iniciativa como fundamento e a livre concorrência como princípio da ordem econômica constitucional, as empresas e o empresário podem ser responsabilizados na esfera civil e administrativa nos seguintes termos:

Administrativamente, o Estado tem como recurso a Lei nº 8.884/94, a qual prescreve diversas sanções a condutas atentatórias à ordem econômica, sendo, geralmente, penas pecuniárias. Civilmente, como tais condutas podem causar lesão a concorrentes e consumidores, os indivíduos – pessoas físicas ou jurídicas – diretamente prejudicados, bem como associações ou o Ministério Público, podem intentar a responsabilização indenizatória em razão do comportamento inadequado dos empreendedores. Penalmente, a Lei nº 8.137/90, prescreve penas restritivas de liberdade ou multas para os infratores da ordem econômica, trazendo tipos penais os quais, geralmente, repetem as condutas administrativamente proibidas.³²

Com essas medidas, o Estado procurou conciliar os princípios penais da reserva legal e da taxatividade com a necessidade de ampliar a órbita sancionatória decorrente de tipos abertos.³³

31 A criminalização de atividades econômicas visa à proteção de interesses difusos, diferentemente da criminalidade clássica, aquela que, em geral, prescreve normas dirigidas diretamente à proteção de interesses individuais da pessoa humana ou de entidades específicas, tais como o Estado ou outras entidades juridicamente reconhecidas. Dessa forma, o direito penal econômico está a proteger setores da organização social que, normalmente, são fiscalizados por órgãos estatais, e, conseqüentemente, a repercussão de uma conduta lesiva à ordem econômica, ao sistema financeiro, ao meio ambiente, ao consumidor ou a qualquer outro desses setores de interesses difusos refletir-se-á tanto nas esferas penal e cível, como na administrativa. Cf. SANTOS, André Maciel Vargas dos. O acordo de leniência e seus reflexos no direito penal. Eneas Correa, 2007. [on line] Disponível em: <<http://www.eneascorrea.com/news/139/ARTICLE/1248/2007-08-12.html>>. Acesso em 28 set. 2008.

32 SANTOS, André Maciel Vargas dos. O acordo de leniência e seus reflexos no direito penal. Eneas Correa, 2007. Disponível em: <<http://www.eneascorrea.com/news/139/ARTICLE/1248/2007-08-12.html>>. Acesso em: 29 set; 2008.

33 GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Formas de abuso de poder econômico. In: *Revista de direito mercantil*, vol. 66, p. 41, abril-junho 1987.

2.3 PROCEDIMENTOS E COMPETÊNCIAS PARA O ACORDO DE LENIÊNCIA

Dentre as medidas persecutórias do novo paradigma antitruste descrito, exsurge, com especial relevo, o Acordo de Leniência. Impendem, para apreciação desse Instituto, algumas considerações que passarão a ser realizadas.

Com relação aos atores envolvidos na celebração desse Acordo, assevere-se que compete à União, representada pelo Secretário da Secretaria de Direito Econômico, analisando os critérios objetivos e subjetivos, negociar e firmar o Acordo de Leniência com pessoas físicas e jurídicas, em troca de colaboração na investigação da prática denunciada, com a extinção total ou parcial das penalidades administrativas aplicáveis originalmente pela prática de cartel.³⁴ Os efeitos produzidos na seara penal podem gerar a extinção automática da punibilidade do beneficiário quanto aos crimes previstos na Lei nº 8.137/90, desde que observados os requisitos necessários. Registre-se que participação ativa do Secretário da SDE/MJ no processo investigatório habilita-o, de forma exclusiva, a realizar o Acordo. Isso porque, a revisão por outra autoridade antitruste, provavelmente, abalaria a segurança jurídica³⁵ e efetividade do Instituto.

Com relação aos requisitos necessários para celebração do Acordo de Leniência, deve-se observar os itens elencados no parágrafo 2º do artigo 35-B, da Lei nº 8.884/94, a saber: (i) que a empresa ou pessoa física seja a primeira a se apresentar à SDE/MJ com respeito à infração noticiada ou sob investigação; que o proponente confesse sua participação no ilícito; (ii) que a empresa ou a pessoa física cesse completamente o seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data da propositura do Acordo; (iii) que a SDE/

34 Pela Portaria MJ nº 4, de 5 de janeiro de 2006, a fase de negociação é confidencial e dura 6 meses, prorrogáveis por outros 6 meses, a critério da SDE, desde que não haja outro candidato à leniência para o mesmo cartel. Apenas a Secretária de Direito Econômico e seu Chefe de Gabinete participam na fase de negociação. Se nenhum acordo for celebrado, todos os documentos referentes à negociação são devolvidos à parte. Por outro lado, caso o interessado que não se qualifique para um Acordo de Leniência relativo a um determinado cartel, mas forneça informações acerca de um outro cartel sobre o qual a SDE não tenha conhecimento, poderá obter todos os benefícios da leniência em relação à segunda infração e redução de um terço da pena que lhe seria aplicável com relação à primeira infração. Dá-se a essa hipótese a denominação de Leniência Plus. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Condutas anticompetitivas. Brasília. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F537202ITEMIDA0C5C3163D834AB588C7651A10B74C32PTBRIE.htm>>. Acesso em: 22 de set. 2008.

35 Segurança jurídica, para considerações dessa análise, é a previsibilidade a qual visa assegurar ao cidadão o direito de conhecer previamente suas obrigações para, com isso, ter meios hábeis para se adequar às novas situações.

MJ não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do Acordo; (iv) que o interessado coopere plenamente com as investigações; que cooperação resulte na identificação dos outros membros do cartel e na obtenção de provas da conduta, comparecendo o interessado, sob suas expensas a todos os atos processuais, até seu encerramento; e (v) que não tenha estado a frente da conduta infracionária (art. 35-B, § 1º da Lei nº 8.884/94)³⁶.

A taxatividade dos requisitos elencados, à semelhança daquela existente nos Estados Unidos, é de crucial importância para garantir a efetividade do programa, na medida em que permite melhor transparência e previsibilidade por parte do proponente do Acordo, bem como delimita a margem do arbítrio do representante da União.

No que concerte ao oferecimento da proposta do Acordo de Leniência, cumpre enfatizar que a proposta do Acordo, realizada por escrito ou oralmente³⁷, é sigilosa, não importando em confissão quanto à matéria de fato³⁸ e, caso seja rejeitada, não gerará reconhecimento de ilicitude da conduta analisada³⁹. Registre-se, dentre as características enumeradas, que o sigilo do Acordo de Leniência é uma necessidade decorrente da confissão, pois os proponentes podem sofrer retaliação

36 O art. 35-B, § 11, da Lei nº 8.884/94, objeto anterior da Medida Provisória nº 2.055, de 11 de agosto de 2000, ao dispor que a aplicação dos dispositivos dessa Lei concernentes ao Acordo de Leniência deverá observar a regulamentação a ser editada pelo Ministro de Estado da Justiça, autorizou a expedição a Portaria MJ nº 849/00. Essa portaria, por sua vez, conferiu melhor contorno à expressão “que tenha estado à frente da conduta infracionária”. Para tanto, definiu “como tendo estado à frente da conduta infracionária a pessoa física ou jurídica que tenha promovido ou organizado a cooperação da infração, dirigido a atividade ou ainda que tenha coagido alguém a cometê-la”. Embora essa Portaria tenha sido revogada pela Portaria MJ nº 4, de 5 de janeiro de 2006, entende-se que a definição, quanto ao mencionado termo, permanece como uma interpretação indicativa. BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria nº 849 de 22 de setembro de 2000. Aprova o regulamento das competências da Secretaria de Direito Econômico SDE deste Ministério da Justiça relativas à apuração de infrações à ordem econômica. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 set. 2000.

37 Pela Portaria MJ nº 4, de 5 de janeiro de 2006, na hipótese de proposta oral, apresentada pelo interessado, a SDE irá elaborar um termo único a ser preservado pelo interessado. Todavia, o Secretário da SDE poderá recusar a proposta e condicionar o seu recebimento à forma escrita. Cf. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Condutas anticompetitivas*. Brasília. Disponível em: < http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F53720_2ITEMID_A0C5C3163D834AB588C765_1A10B74C32_PTBR1E.htm>. Acesso em: 22 set. 2008.

38 Embora não haja dispositivo obstando que a SDE instaure investigações preliminares para investigar a prática delatada, o que pode gerar insegurança daqueles que pretendem colaborar com a investigação, não poderia a SDE restar engessada a tomar providências. Isto porque, dentro desta ótica, haveria um estímulo inverso que geraria a procura demasiada a partir de qualquer informação suspeita no intuito de não ver a prática descoberta e, conseqüentemente, punida.

39 Lei nº 8.884/94, art. 35-B, § 9º e § 10.

comercial e pessoal pela delação dos co-infratores, além disso, sob a perspectiva da administração, assegura o êxito nas investigações.

Uma vez celebrado, o Acordo de Leniência passa a produzir efeitos nos moldes previstos pelo art. 35-C da Lei nº 8.884/94; há o impedimento do oferecimento da denúncia e, por outro lado, a suspensão do prazo prescricional da pretensão punitiva. Com o cumprimento do Acordo, porque observados os requisitos formais, há a extinção da punibilidade, nos termos do sobredito artigo, ou a redução das penalidades, nos termos do art. 35-B.

Nesse ponto, importa apreciar um possível questionamento quanto à constitucionalidade do Acordo de Leniência, decorrente do fato de que, embora seja celebrado no âmbito da investigação administrativa, produz reflexos no âmbito da persecução e da punibilidade criminais, sobre as quais não há entendimento uniforme.⁴⁰ Isso ocorre porquanto, no Brasil, a formação de cartéis é classificada a um só tempo ilícito administrativo e penal, sujeitos à ação pública incondicionada.

Há quem entenda que as autoridades administrativas, não integrantes do Poder Judiciário, não poderiam tomar as mais importantes decisões em matéria criminal, de forma isolada e automática. Ao analisar as provas obtidas, definir qual crime foi cometido, ponderar se a identificação dos co-autores foi adequada e, por fim, extinguir a punibilidade do ilícito penal, esses entes estariam afrontando o art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal, que dispõe sobre o princípio da reserva da jurisdição.

Consigne-se, nesse desiderato, que o deslinde da controvérsia exposta passa pela resolução do seguinte ponto controvertido: caso a infração noticiada constitua crime de ação penal pública, a SDE/MJ, a pedido do proponente, deverá ou não consultar o Ministério Público acerca da possibilidade de enquadramento nos regimes de delação previstos na legislação penal, haja vista a existência dos efeitos de extinção da punibilidade, a suspensão do curso do prazo prescricional e o impedimento do oferecimento da denúncia.

40 A repressão administrativa ao cartel fica a cargo da SDE/MJ e do CADE. Participação subsidiária é atribuída à SEAE/MF. A repressão penal, por outro lado, conta com a máquina do Poder Judiciário, o qual pode se iniciar com o envolvimento da Polícia Federal, a quem cabe investigar e do Ministério Público, titular da ação penal. Essa atuação multiorgânica tem a vantagem de somar esforços para fortalecer a repressão no contexto de uma articulação harmonizada, os agentes públicos têm a oportunidade de se auxiliarem mutuamente. Desvantagem, porém, provavelmente é gerada pelo possível atrito na articulação entre os vários agentes públicos. O custo dessa transação pode ser a dispersão de recursos – já escassos – e conseqüente o enfraquecimento da repressão. Isto porque, atuando em duas frentes repressoras, pode se vislumbrar imperfeições geradas por contradições na interpretação das condutas e na percepção a ofensividade o bem juridicamente tutelado.

À luz da previsão contida na Lei nº 10.149/00, seria possível realizar duas interpretações distintas, a saber: i) que a Lei teria atribuído à SDE/MJ a faculdade de firmar o Acordo de Leniência, o qual, na esfera administrativa, impediria o ingresso da ação criminal pelo Ministério Público⁴¹⁻⁴²; e ii) que o consentimento do Ministério Público seria imprescindível para a realização do Acordo e para decretação da extinção da punibilidade.

A segunda interpretação, em princípio, reputa-se mais adequada. Com efeito, faz-se imperiosa a cooperação entre a SDE/MJ, o Ministério Público Federal e Estadual e Polícia Federal⁴³, tanto para garantir que os proponentes do Acordo de Leniência tenham assegurado o efeito proveniente ato realizado em esfera administrativa com alcance na esfera judicial; quanto para garantir a condenação dos dirigentes e administradores das empresas que não assinaram o Acordo.

Dessa forma, apesar da Lei nº 10.149/00 não impor a participação do Ministério Público na realização do acordo, sendo os crimes contra a ordem econômica sujeitos à ação pública incondicionada, caberia ao Ministério Público dispor ou restringir a sua aplicação. Contrariamente, ter-se-ia um desestímulo a denúncia dos atos de concentração do mercado, uma vez que o denunciante só teria a certeza do perdão na esfera administrativa do CADE, mas não a garantia da extinção da punibilidade.

Vale destacar que a transação na esfera penal, realizada pelo Ministério Público, não é estranha ao ordenamento jurídico brasileiro. Na verdade, com a edição da Lei nº 8.072/90, art. 8º, § único, criou

41 Condiz com essa perspectiva a teoria segundo a qual a extinção de punibilidade criminal ocorrida no âmbito administrativo seria uma condição objetiva de punibilidade que impediria a propositura de ação penal, à semelhança da jurisprudência do STF quanto aos crimes de sonegação fiscal, em especial os elencados no art. 1º, da Lei nº 8.137/90, que adaptou o delito de sonegação fiscal aos contornos da moderna dogmática penal, que não admite a incidência do tipo penal sobre fato que não causa efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado. Conforme Tourinho Filho: “Se compete privativamente às Autoridades Administrativas verificar a ocorrência do fato gerador da responsabilidade tributária, burlar-se-ia o princípio da independência das instâncias administrativas e penal se esta se instaurasse sem o esgotamento daquela.” TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. 1, p.631 e 632.

42 Dessa forma, assim como a Receita Federal é responsável para instaurar o processo fiscal e perseguir o crédito tributário, se for o caso, o CADE seria o responsável por verificar a ocorrência de abuso do poder econômico e agir no que lhe cabe, quer seja impondo sanções, quer seja abrindo mão da reprimenda porque mais lhe interessa uma visão mais ampla do que tem acometido negativamente o mercado. Cf. SANTOS, André Maciel Vargas dos. *O acordo de leniência e seus reflexos no direito penal*. Eneas Correa, 2007. Disponível em: <<http://www.eneascorrea.com/news/139/ARTICLE/1248/2007-08-12.html>>. Acesso em: 28 set. 2008.

43 ASDE e o Departamento de Polícia Federal, ambos do Ministério da Justiça, assinaram, no final do ano de 2007, um convênio para cooperação no combate a cartéis, que alcança o planejamento de operações, buscas e apreensões, as perícias e as análises de documentos e informações.

a figura da delação premiada⁴⁴ que é causa de diminuição da pena e extinção da punibilidade⁴⁵, tal como o Acordo de Leniência.⁴⁶

Dentro do panorama traçado, de interação entre os integrantes do SBPC e Ministério Público, vale destacar o disposto no art. 30 da Portaria MJ nº 849, de 22 de setembro de 2000:

Portaria MJ nº 849, de 2000.

Art. 30. Se a infração noticiada ou sob investigação constituir crime de ação penal pública, a SDE, a pedido do proponente, consultará o órgão competente do Ministério Público acerca da possibilidade de seu enquadramento nos regimes de delação previstos na legislação penal, notadamente no Art. 13 da Lei nº 9.807, de 1999, ou ainda naquele estabelecido no parágrafo único do Art. 16 da Lei nº 8.137, de 1990. Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, a autoridade zelará pela preservação da identidade do proponente, salvo se sua revelação for autorizada previamente pelo mesmo.⁴⁷

Destarte, tem-se que a atuação conjunta da SDE/MJ e o Ministério Público resguarda a observância dos preceitos de natureza constitucional e infraconstitucional firmados pelo ordenamento. A ativa atuação do Ministério Público na celebração do Acordo de Leniência, na condição de titular da ação penal pública incondicionada, afasta eventual afronta ao princípio da reserva da jurisdição. Isso porque, em se tratando ação

44 A delação premiada é regulada no Brasil por diversas leis: a Lei de nº 8.072/90 (Leis dos Crimes Hediondos), a de nº 9.034/95 (Lei do Crime Organizado), a de nº 9.080/95 (acrescentou dispositivos à Lei dos Crimes de Collarinho Branco), a de nº 9.269/96 (acrescentou o art. 159, § 4º ao CP), a de nº 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro), a de nº 9.807/99 (Lei de Proteção das Vítimas e Testemunhas) e a de nº 10.409/02 (Nova Lei de Tóxicos), além da atenuante genérica já inserta no art. 65, inc. II, alínea b, do Código Penal.

45 A Lei nº 9.807/99 que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, prevê a possibilidade do juiz conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que colabore efetivamente.

46 Observe-se que, no caso da delação premiada, a pena não é reduzida automaticamente mediante acordo, sem prejuízo, o juiz observará o devido processo legal e a ampla atividade probatória. Diversamente, a extinção de punibilidade proveniente da realização do Acordo de Leniência ocorre de forma automática. O que não significa dizer que, por esse Instituto, o proponente aceita antecipadamente um pena. O que existe é uma adequação do agente econômico à legalidade, uma vez que a lei impõe a cessação do ato ilícito.

47 Embora essa Portaria tenha sido revogada pela Portaria MJ nº 4, de 5 de janeiro de 2006, entende-se que o parâmetro interpretativo dela extraído permanece incólume. BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria nº 849 de 22 de setembro de 2000. Aprova o regulamento das competências da Secretaria de Direito Econômico SDE deste Ministério da Justiça relativas à apuração de infrações à ordem econômica. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 set. 2000.

de penal incondicionada, a observância do princípio constitucional está sujeita ao conhecimento e avaliação prévia do Ministério Público, que examinará a existência dos requisitos autorizadores para a realização de Acordo e conseqüente extinção de punibilidade.

Dessa forma, os valores constitucionais, pelo envolvimento do titular da ação penal na realização do Acordo, restam atendidos, ainda que se garanta, aos particulares interessados em sua realização, a extinção de punibilidade.

Ainda relacionado à produção dos efeitos do Acordo de Leniência, cumpre delinear em que termos a competência do CADE é exercida. Segundo o Procurador-Chefe Substituto do CADE, Gilvandro Araújo, a competência do Conselho:

11. No ponto, não cabe a esta Procuradoria ou ao Conselho, nos presentes autos, qualquer análise a respeito da validade, cabimento e oportunidade na celebração do acordo de leniência.

12. Ao contrário de outros atos processuais, como o Termo de Compromisso de Cessação (art. 53 da Lei nº 8.884/94), a competência da União para celebrar acordo de leniência não é exercida *ad referendum* do CADE. A União, por intermédio da SDE é a única e última instância administrativa.

13. Enfim, a competência do CADE restringe-se a fixar a pena cabível (extinção total da punibilidade ou redução da pena de um a dois terços, na forma do art. 35-B, § 4º, II, da Lei nº 8.884/94). Art 35-B, § 4º: *A celebração do acordo de leniência não se sujeita à aprovação do CADE, competindo-lhe, no entanto, quando do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo: I- decretar a extinção da ação punitiva... II- nas demais hipóteses, reduzir de um a dois terços as penas aplicáveis ...*

14. Com efeito, o acordo de leniência propicia sempre para os celebrantes do acordo o juízo da União sobre o seu cumprimento: i) cumpriu o acordo, o CADE irá extinguir a punibilidade ou reduzir a penalidade nos termos legais (art. 35-B, § 4º); ii) não cumpriu o acordo, consoante informado pela União, a pessoa física ou jurídica pode sofrer as penalidades da Lei nº 8.884/94, acaso juízo do Conselho referente às provas imponha essa perspectiva.

15. Quanto aos demais infratores, os quais não celebraram o acordo de leniência, o CADE ao apreciar as provas proferirá sua

decisão de condenação ou não, como se dá em todos os processos administrativos (art. 30 e seguintes da Lei nº 8.884/94).⁴⁸

No mesmo sentido, o Conselheiro Relator Abraham Sicsú acrescenta:

[...] 23. No entanto, o momento final da comprovação dos benefícios pelo Conselho não deve ser entendido como mera chancela do juízo da União. Na verdade, trata-se do ato final que consubstancia a política pública de concorrência, com efeitos no campo jurídico e no campo dos incentivos. O efeito jurídico da materialização dos benefícios pelo CADE é aquilo que os beneficiários buscam desde o início da colaboração.

24. O efeito moral da decisão do CADE se espalha na comunidade empresarial e sinaliza muito fortemente no sentido de estimular novas delações. Assim, hoje é o primeiro passo na construção de reputação sólida para o programa de leniência no Brasil.⁴⁹

Com efeito, constata-se que o legislador buscou disciplinar todos os aspectos relativos à sistemática do Acordo de Leniência. Todavia, nos três primeiros anos, não se realizou nenhum Acordo porque (i) se duvidava dos benefícios que poderia agregar à sistemática e (ii) se questionava sua compatibilidade com o ordenamento positivo.

Ressalte-se, no entanto, que esse contexto passou por uma forte transformação com a celebração do primeiro Acordo, porquanto esse permitiu a resolução, em grande parte, dos questionamentos suscitados. Por esse motivo, mister apreciar em que termos foi celebrado e quais os seus reflexos.

2.4 *LEADING CASE* – CASO DOS VIGILANTES

Em 29 de outubro de 2003, a SDE/MJ instaurou o Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10 contra 55 pessoas (representadas). A investigação direcionou-se à atuação de empresas que

48 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Procuradoria-Geral Federal. Da manifestação referente ao Cartel em serviços de vigilância privada para licitações no RS. Acordo de Leniência. *PARECER N° 2007/PG/CADE*, protocolizada em 13/02/2007. Procurador Geral Substituto do CADE: Dr. Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, fls. 7774/7776 dos autos.

49 BRASIL. CADE. Cartel em serviços de vigilância privada para licitações no RS. Acordo de Leniência. Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10, Relator: Abraham Benzaquen Sicsú. p. 8345, set. 2007.

estariam ofertando seus serviços de modo concertado em prejuízo de licitações públicas. Nesse sentido, relatou-se no mencionado processo:

92. O cartel iniciava suas atividades pelo menos em 1990. [...]

93. Mais tarde, em 1994, o cartel passava a ser formalizado, com a criação da Associação das Empresas de Vigilância do Rio Grande do Sul – ASSEVIRGS [que funcionava ativamente da coordenação do cartel], como demonstram as atas de reunião e o estatuto de fundação (fl. 49/59). A essa época, já funcionava em paralelo, um sindicado patronal, o Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado Rio Grande do Sul – SEVERGS, sucedido posteriormente pelo Sindicato das Empresas de Segurança Privada – SINDESP-RS.

94. À época, eram praticamente as mesmas pessoas que formavam o Sindicato e Associação, com diferença de apenas alguns sócios (fl. 5758). Havia reuniões todas as segundas-feiras na sede do sindicato, ocasião em que todas as empresas levavam os editais das licitações a ocorrer durante a semana, quando era decidido quem venceria e qual preço seria dado na licitação. A troca de propostas também se realizava por e-mails e envelopes trocados entre as empresas nas semanas que antecediam as licitações.

95. Nessas reuniões, também eram decididos casos especiais, como a definição de subornos a servidores públicos encarregados da elaboração do edital ou a criação da exigência de certidões negativas das empresas junto ao Sindicato para participar de licitações. Era o Certificado SEVERGS, documento usado como instrumento de coação à participação no cartel (fl. 5759; 5791). Também se exigiam altas quantias financeiras para que as empresas se filiassem ao sindicato patronal com vistas a compensações futuras com os lucros do cartel.

96. Nos contratos para empresas privadas, quando da tomada de preço, os prestadores se reuniam com os demais membros do cartel para decidir qual o preço a ser oferecido. Nos contratos públicos, o cartel escolhia a empresa que venceria a licitação por meio de sorteio feito por diversos meios, em conformidade com o porte da licitação. A lógica era de rodízio de acordo com as horas de trabalho

dos vigilantes de cada contrato, de modo a ocorrer uma divisão equilibrada.⁵⁰

Consigne-se que a maioria das provas obtidas na descrição realizada foi obtida graças à realização, em 8 de outubro de 2003, do primeiro Acordo de Leniência da história do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o qual, por sua vez, viabilizou a instauração do mencionado processo administrativo. Os proponentes do Acordo apresentaram à SDE uma relação dos nomes das pessoas e empresas envolvidas no cartel. Tais provas, juntamente com a análise técnica elaborada pela SEAE/MF, permitiram delinear o mercado relevante⁵¹ e comprovar a existência do cartel⁵².

50 BRASIL. CADE. Cartel em serviços de vigilância privada para licitações no RS. Acordo de Leniência. Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10, Relator: Abraham Benzaquen Sicsú. p. 8356, set. 2007.

51 A SEAE/MF definiu como mercado relevante, na hipótese, o “mercado” de serviços de vigilância em prédios públicos no Estado do Rio Grande do Sul. O Ministro Relator Abraham Sicsú, ratificando o posicionamento da Secretaria, destacou, ainda, a existência de um mercado relevante temporal formado pela própria licitação, que estabelece as características do produto e limita o número de concorrentes efetivos. Para o caso concreto, indicou-se que os mercados relevantes são formados por cada uma das licitações de serviços de vigilância objeto de investigação. Considerando que a divisão de mercado ocorre de maneira prévia ao próprio processo licitatório, é de se convir que exista um cartel para dividir as licitações. No que concerne às características do mercado, constatou-se que existem características que favorecem a manutenção de prática cartelizadora. Isto porque, o número de empresas participantes das licitações investigadas é reduzido (apesar da existência de 72 empresas, poucas atendem os requisitos necessários para participação de licitações públicas) e o serviço ofertado é bastante homogêneo, porquanto seja cotado nas licitações por hora de trabalho. Soma-se a esse contexto de barreiras à entrada, o fato que as empresas integrantes do cartel impunham uma punição as empresas caso não aderissem à colusão. Cite-se, como exemplo, a realização de denúncias ao INSS, à Receita Federal e a prática de dumping. Nesse contexto, porque o conluio realizado tinha aptidão para limitar a concorrência restou caracterizada a prática do cartel. Cf. BRASIL. CADE. Cartel em serviços de vigilância privada para licitações no RS. Acordo de Leniência. Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10, Relator: Abraham Benzaquen Sicsú. p. 8350-8358, set. 2007.

52 A SDE/MJ demonstrou e o CADE confirmou a existência dos seguintes elementos fáticos comprobatórios da colusão: i) a empresa Rota-Sul saiu vencedora de todas as 14 licitações analisadas; ii) em pelo menos 11 licitações, somente a Rota-Sul tinha representante credenciado presente na sessão de habilitação; iii) embora tenham ocorrido 15 inabilitações, não houve recurso apresentado pelas empresas não habilitadas; iv) houve inabilitações decorrentes do não preenchimento de formulários; v) em 07 licitações não houve nenhuma empresa habilitada e classificada, senão a Rota-Sul; vi) não há uma abertura de propostas em que haja representante credenciado de outra empresa que não seja a Rota-Sul; vii) todas as 35 desclassificações ocorridas nas 14 licitações ocorreram por não ter havido proposta ou por apresentação de preço excessivo. Com fulcro nas mencionadas características, a SEAE considerou que o cartel no mercado em comento operacionaliza-se mediante duas práticas, *bid supression* e *complementary bidding*. O *bid supression* baseia-se na exclusão de concorrentes, de forma concertada, em que um ou mais competidores deixam de apresentar proposta, ou as retira em tempo hábil, a fim de beneficiar uma firma previamente determinada. O *complementary bidding*, por outro lado, é verificado quando os concorrentes combinam o oferecimento de propostas com preços mais elevados, ou condições desarrazoadas, para beneficiar a empresa escolhida

Haja vista o preenchimento dos requisitos necessários para celebração do Acordo de Leniência⁵³, o Conselheiro Relator indicou, e os demais Conselheiros confirmaram por unanimidade, a aplicação dos benefícios aos proponentes – Vigilância Antares e Rubem Orelí –, extinguindo quanto a esses a ação punitiva da administração pública e declarando-lhes inaplicáveis outras penalidades. Quanto a Alexandre Luzardo, também proponente, considerou-o ser inimputável, em razão de sua condição de gerente-empregado.⁵⁴ Quanto às demais empresas, porquanto comprovada a intenção dos agentes e a produção dos efeitos de falseamento completo do processo competitivo, imputou-se a infração a ordem econômica.⁵⁵

Ademais, o CADE impôs multas a 16 empresas que variam de 15 a 20% sobre faturamento obtido no ano de 2002, aos executivos das empresas condenadas e às três associações de classe. A quantia total dessas multas foi superior a R\$ 40 milhões. Além disso, as empresas foram proibidas de participar em licitações por cinco anos, incluindo qualquer forma de contratação emergencial, bem como a proibição de prorrogação de contratos.

No âmbito da persecução criminal, ocorreu intensa cooperação entre a SDE/MJ e o Ministério Público, que resultou na instauração de procedimentos criminais, inclusive contra as pessoas físicas envolvidas. Essa atuação é comprovada pela descrição contida nas alíneas 12 e 13 do Acordo de Leniência celebrado, as quais asseveram que os proponentes colaboraram com as investigações conduzidas pela SDE/MJ e o Ministério Público Estadual, o que viabilizou a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa. Ao final, expressamente, o Ministério Público declarou que, tendo os proponentes cumprido os

pelo grupo para vencer o certame. Por vezes, as empresas acordam em submeter preços inferiores, mas sem atendimento aos parâmetros técnicos exigidos pelo órgão contratante. Nessa situação, as empresas fornecem propostas simbólicas, dando aparência de que efetivamente estão participando do certame.

53 Embora os representados tenham alegado que já havia notícias que evidenciavam a prática do aludido cartel quando da celebração do Acordo de Leniência, importa salientar que a SDE/MJ não dispunha de provas suficientes para assegurar a condenação dos representados, conforme a alínea 13 do Acordo realizado. Desse modo, considerando que cumpre à essa Secretaria o juízo quanto à suficiência ou não de provas, uma vez asseverada a insuficiência, faz-se legítima a realização do Instituto.

54 Por maioria, o Plenário determinou o arquivamento do presente processo com relação ao Representado Alexandre Luzardo da Silva. Vencidos, nesse tocante, o Conselheiro Schuartz e a Presidente, que votaram pela condenação, deixando, porém, de aplicar a pena, em razão da extinção da punibilidade. Declarou-se impedido o Conselheiro Rigato.

55 A conduta das empresas e pessoas físicas foi enquadrada no art. 21, inc. I e VIII, da Lei nº 8.884/94, que tratar da fixação concertada de preços de prestação de serviços. A conduta dos sindicatos e da associação foram configuradas no art. 21, inc. II, que trata de obtenção e influência na adoção de conduta comercial uniforme ou concertada. Ressalve-se a absolvição de cinco empresas por ausência de provas.

termos do Acordo, fariam *jus* aos benefícios dos artigos 13 e 14 da Lei nº 9.807/99.

A resolução do caso em concreto, nos termos descritos, constitui uma amostra da eficácia do Instituto como instrumento viabilizador e assegurador da concorrência. Para a SDE/MJ, o Acordo tem sido extremamente importante para os esforços no combate aos cartéis. Corroborando esse entendimento, o Ministério da Justiça constatou que:

Aproximadamente 10 acordos de leniência foram assinados desde 2003, e outros estão sendo negociados atualmente, incluindo com membros de cartéis internacionais. Como reflexo disso, o número de mandados de busca e apreensão tem aumentado significativamente: de 2003 a 2005, 11 mandados foram cumpridos e 2 pessoas foram temporariamente presas, em 2006, 19 mandados foram cumpridos, e, em 2007, 84 mandados foram cumpridos e 30 pessoas foram temporariamente presas por suspeita de participação no ilícito de cartel.⁵⁶

Nesse sentido, consoante destacado, os reflexos positivos auferidos pelo *leading case* – celebração do primeiro Acordo de Leniência – alcançaram toda a sistemática de investigação antitruste, na medida em que o caso estabeleceu um novo paradigma para a investigação das infrações à ordem econômica.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de uma dificuldade vestibular de implementação da Lei nº 8.884/94, ilustrada pela carência crônica de recursos na proteção da política da concorrência e o excesso de fragmentação dos órgãos de defesa, exsurge um comprometimento material em se obter uma rápida punição às infrações à ordem econômica e superar a ineficácia dos instrumentos repressivos.

Dentro desse cenário marcado por incertezas e baixos índices de condenação, emerge o Acordo de Leniência como um instrumento persecutório expedito e de baixo custo.⁵⁷ Entretanto, apesar de ter sido

⁵⁶ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Condutas anticompetitivas*. Brasília. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F537202ITEMIDA0C5C3163D834AB588C765_1A10B74C_32PTBRIE.htm>. Acesso em: 22 set. 2008.

⁵⁷ Do ponto de vista econômico, a medida se mostra eficiente, porquanto viabiliza o crescimento da instabilidade do cartel ao estimular a delação. O prêmio pela colaboração aumenta a probabilidade de punição, reduz as vantagens econômicas

inserido no ordenamento jurídico em dezembro de 2000, o primeiro Acordo de Leniência somente foi realizado em outubro de 2003 e, em setembro de 2007, ratificado integralmente pelo CADE.

Poder-se-ia atribuir essa inicial timidez à falta de consciência da plena ilicitude, à falta de vontade efetiva de agir de acordo com a lei, e à inexistência do receio real de punição. As duas primeiras causas podem ser atribuídas a uma situação cultural: diz-se que o brasileiro vê a delação como algo pior até do que a infração. Todavia, é exatamente a inexistência do receio real de punição que leva à dificuldade de aplicação do Acordo de Leniência. Um empresário só se apresenta à autoridade para confessar sua participação em um cartel se tem a razoável certeza de que está na iminência de sofrer punição por esta participação, e mais, que essa punição será severa o suficiente para que as vantagens obtidas com a manutenção do cartel sejam abandonadas.

Com efeito, a modificação esperada quando da inserção do Acordo de Leniência no ordenamento, só ocorre a partir a celebração do *leading case*, que abrandou as dúvidas instauradas no momento inaugural. Por esse motivo, o ano de 2003 é considerado pelos órgãos antitruste como marco temporal em que o Brasil priorizou o combate aos cartéis.⁵⁸

Portanto, a partir de 2003, a utilização de ferramentas de investigação mais sofisticadas pela SDE/MJ, a imposição pelo CADE de multas recorde às empresas e aos administradores considerados culpados pela prática de cartéis, e a intensa cooperação da SDE/MJ com os Ministérios Públicos e a Polícia Federal na persecução criminal passaram a ser características presentes na política da concorrência.

O caso relativo ao cartel dos vigilantes é paradigmático na media em que permitiu conferir maior clareza e previsibilidade quanto aos termos de realização do Acordo de Leniência e seus efeitos, além de ter firmado esse Instituto como eficiente instrumento de investigação, repressão e prevenção às infrações à ordem econômica.

A eficiência do Acordo de Leniência, sob a perspectiva da filosofia utilitarista, pode ainda ser auferida pela análise da relação

da infração, e facilita a obtenção de provas que dificilmente seriam obtidas por outra forma, dado ao caráter clandestino e sutil como as infrações à concorrência ocorrem.

58 No Brasil, até setembro de 2006, cinco acordos de leniência haviam sido assinados. Posteriormente ao AL n° 1/03, a SDE, em maio de 2004, iniciou a investigação no setor químico a partir de informações de acordo. Em janeiro de 2006, a União celebrou Acordo de Leniência com o ex-diretor comercial de uma das empresas investigadas no caso do suposto cartel no processamento de laranjas. BRASIL. CADE. Cartel em serviços de vigilância privada para licitações no RS. Acordo de Leniência. Processo Administrativo n° 08012.001826/2003-10, Relator: Abraham Benzaquen Sicsú. p. 8343, set. 2007.

custo/benefício. Desse modo, o Instituto será útil na medida em que se comprove que os efeitos nocivos gerados por sua celebração não superem os efeitos do mal combatido.

Observe-se que a realização do Acordo proporciona, dentre outros efeitos positivos, a cessação imediata da prática, a desconstituição da colusão da prática do cartel e a responsabilização da maioria dos participantes pelos danos até então causados. Desvantagem, porém, exsurge com a “impunidade” que passa a gozar o delator, embora seja um dos participantes da conduta coordenada.

Finalmente, pode-se afirmar que, considerando a grande dificuldade de comprovação da existência dos ilícitos concorrenciais, a infração à ordem econômica dificilmente seria detectada e os danos gerados reparados sem a utilização desses Acordos. Dessarte, da premissa estabelecida pelo marco teórico – de que importa obter o melhor custo/benefício social – associada aos resultados práticos obtidos pelo Acordo – observados pela análise do *leading case* brasileiro –, constata-se que o Acordo de Leniência é instrumento de investigação antitruste eficaz e consolida a política pública econômica de defesa da concorrência, principalmente no que concerne à desarticulação e condenação de cartéis.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Procuradoria-Geral Federal. Da manifestação referente ao Cartel em serviços de vigilância privada para licitações no RS. Acordo de Leniência. *PARECER N° 2007/PG/CADE*, protocolizada em 13/02/2007. Procurador Geral Substituto do CADE: Dr. Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, fls. 7774/7776 dos autos.

BRASIL. CADE. Cartel em serviços de vigilância privada para licitações no RS. Acordo de Leniência. Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10, Relator: Abraham Benzaquen Sicsú. p. 8338/8389, set. 2007.

BRASIL. CADE. Uso de tabela de honorários médicos. Adoção de conduta comercial uniforme. Processo Administrativo nº 08012.007042/2001-33, Relator: Abraham Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. jan. 2006.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 20 de 09 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 jun. 1999.

BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria n.º 849 de 22 de setembro de 2000. Aprova o regulamento das competências da Secretaria de Direito Econômico SDE deste Ministério da Justiça relativas à apuração de infrações à ordem econômica. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 set. 2000.

BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria n.º 4 de 5 de janeiro de 2006. Regulamenta as diversas espécies de processos administrativos previstos nos arts. 26, caput; 26, § 5º; 26-A; 30; 32; 35, § 2º; 35-A; e 54 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, com as alterações determinadas pela Lei n.º 9.021, de 30 de março de 1995 e Lei n.º 10.149, de 21 de dezembro de 2000, para apuração, prevenção ou repressão de infrações contra a ordem econômica, no âmbito da Secretaria de Direito Econômico, e revoga a Portaria MJ n.º 849, de 22 de setembro de 2000, Portaria SDE n.º 05, de 25 de setembro de 1996, Portaria SDE n.º 15, de 22 de abril de 2004 e Portaria SDE n.º 16, de 26 de maio de 2004. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 6 jan. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CONTE, Philippe. *Diritto penale e concorrenza*. In: *Rivista Trimestrale Di Diritto Penale Dell'economia*, v. XII, n. 4.

EVENETT, Simon and Levenstein, Margaret C.; Suslow, Valerie Y. (2001), *International cartel enforcement: lessons from the 1990s*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=26574>.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Formas de abuso de poder econômico. In: *Revista de direito mercantil*, vol. 66, p. 41, abril-junho 1987.

GRINBERG, Mauro. *Programas de Leniência*. Rio de Janeiro: 2001. Apresentado no Seminário internacional: Condutas e Práticas Infrativas à Ordem Econômica. Não publicado.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; PEREIRA, Edgard Antônio; SILVA, Eleni Lagroteriada. Denúnciação de práticas anticompetitivas. In: *Revista de Direito Econômico*, ano I, n.º 26, p.47-62, Ago/Dez 1997.

MARLAD, Neide Teresinha. *O Cartel*. In: *Revista de Direito Econômico*. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cade. n.º 21, outubro/dezembro 1995.

MATSUURA, Lilian. *Concorrência desleal: cartel é a infração mais praticada pelas empresa*. Consultor Jurídico, 2006. Disponível em: <<http://www.conjur.estadao.br>>. Acesso em: 22 set. 2008.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Governo reforça medidas contra os cartéis*. Brasília: 2000. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/releases/2000/r000811.html>>. Acesso em: 22 set. 2008.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Combate a Cartéis e Programa de Leniência. Brasília: 2008. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sde/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B1CA84DF6-D84B-486E-9EACA956F7194D2B%7D&ServiceInstUID=%7B2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A%7D>>. Acesso em: 29 set. 2008.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Condutas anticompetitivas*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F537202ITEMIDA0C5C3163D834AB588C7651A10B74C32PTBRIE.htm>>. Acesso em: 22 set. 2008.

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

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTOS, André Maciel Vargas dos. *O acordo de leniência e seus reflexos no direito penal*. Eneas Correa, 2007. Disponível em: <<http://www.eneascorrea.com/news/139/ARTICLE/1248/2007-08-12.html>>. Acesso em: 28 set. 2008.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

PAMPLONA, Juliana Faria. *A importância do conceito de mercado relevante na análise antitruste*. Belo Horizonte: Jus Navigandi, 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2337>>. Acesso em: 28 set. 2008.