



A FORMAÇÃO DE CARTÉIS E A PROPOSIÇÃO DE ACORDOS DE LENIÊNCIA POR PARTE DAS EMPRESAS AUTORAS DE INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA

THE FORMATION OF CARTELS AND THE PROPOSITION OF LENIENCY AGREEMENTS BY COMPANIES PERPETRATORS OF VIOLATIONS OF THE ECONOMIC ORDER

¹ João Paulo Vieira Deschk

RESUMO

O cartel é considerado a mais grave lesão a concorrência, dentre as condutas anticompetitivas. Cartel é um acordo entre concorrentes, cujo objetivo é eliminar a concorrência, podendo ser através de fixação de preços, cotas de produção, divisão de mercados, entre outros. O cartel traz enormes prejuízos para a sociedade, aumentando o preço dos produtos e afetando sua disponibilidade no mercado, prejudicando os consumidores, o desenvolvimento da economia, e a inovação tecnológica, afetando de maneira considerável o bem-estar social, abordando a persecução dos cartéis pelas autoridades antitrustes, destacando-se os meios probatórios, especialmente o programa de leniência.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Concorrencial; Cartel; Acordo de Leniência; Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; CADE

ABSTRACT

The cartel is considered the most serious injury to competition among the anticompetitive conduct. Cartel is an agreement between competitors, whose goal is to eliminate competition, which may be through price fixing, production quotas, market division, among others. The cartel brings huge losses to the company, increasing the price of products and affecting their availability in the market. Harming consumers, economic development, and technological innovation, affecting considerably the social well-being, addressing the prosecution of cartels by antitrust authorities, highlighting the evidentiary means, especially the leniency program.

KEYWORDS: Competition Law; Cartel; Leniency Agreement; Brazilian System for the Defense of Competition; CADE

¹ Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, Brasília, DF, (Brasil). Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, Paraná, PR, (Brasil), Especialista em Direito Empresarial Contemporâneo pelo Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais – CESCAGE, Paraná, PR, (Brasil). Professor da Faculdade da Sociedade Educativa e Cultural Amélia Ltda – SECAL, Paraná, PR, (Brasil). E-mail: martinho.botelho@yahoo.com.br.



INTRODUÇÃO

Nos últimos anos tem havido uma prevalência nos noticiários das imprensas falada e escrita de alguns temas, tais como: formação de cartéis e acordos de leniência; temas antes não veiculados nos meios tradicionais de comunicação.

Enfatiza-se neste trabalho que, embora de recente popularização no Brasil, principalmente pelos desdobramentos da operação lava-jato que apura os casos de fraude a licitações na Petrobrás; desde as primeiras relações comerciais da humanidade, os agentes econômicos com poder de mercado tendem a se associar visando a dominar os mercados através da disponibilidade de produtos, da eliminação da concorrência e do aumento de seus lucros pela manipulação de preços. Esse comportamento, ao longo dos tempos, fez com que regulamentações tivessem que ser criadas pelo Estado, a fim de coibir que tais associações fossem prejudiciais as populações.

Ressalta-se que a criação de normas e leis de combate às infrações contra a Ordem Econômica faz-se necessária porque as associações com tendência ao domínio de mercado mancham os principais princípios que fundamentam o Brasil, como o princípio da dignidade humana, dos valores sociais, da livre iniciativa e um dos princípios balizadores da ordem econômica, que é princípio da livre concorrência, ressaltando que essas práticas associativas impedem que as pessoas tenham uma existência digna, que é o maior bem a ser resguardado por uma nação, o qual o Brasil tem por excelência tentado garantir, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988.

1 - DEFINIÇÃO DE CARTEL

Segundo o Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, cartel é definido como “acordo comercial entre empresas, visando à distribuição entre elas das cotas de produção e do mercado com a finalidade de determinar os preços e limitar a concorrência”. (HOUAISS e VILLAR)

No mesmo sentido, o Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa define cartel como “acordo comercial entre empresas produtoras, as quais, embora conservem a autonomia interna, se organizando em sindicatos para distribuir entre si cotas de produção e os mercados, e determinar os preços, suprimindo a livre concorrência”. (FERREIRA, 1995, p. 133)



O vocábulo cartel (*kartell* em alemão) foi utilizado pela primeira vez, na acepção atual, por Eugen Richter (1838-1906), deputado liberal da *Reichstag*, para descrever um acordo feito entre fornecedores de trilhos e locomotivas, cujo objetivo era elevar o preço dos produtos no mercado doméstico (MAGGI, 2010, p. 58). Sua origem denota do francês medieval *cartel* (carta de desafio para um duelo), mas foi difundido pelas línguas europeias com o sentido contemporâneo.

O conceito de cartel para o CADE segue essa mesma linha, como denota-se da sua Resolução nº 20/1999, que define cartel como:

[...] acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio. (BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 1999)

O CADE, ainda, sintetiza o conceito de cartel na cartilha Combate a Cartéis e Programa de Leniência do SDE/CADE, definindo-o como “um acordo entre concorrentes para, principalmente, fixação de preços ou quotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação”.

Depreende-se então, que a atividade de cartel, de forma geral, é o acordo entre empresas concorrentes atuantes em um mesmo mercado relevante que, alterando artificialmente as condições de mercado, promove a restrição ou a eliminação da concorrência. Assim, a atividade de cartelização objetiva a eliminação da concorrência, empregando práticas anticompetitivas.

1.1 - Definição de cartel na legislação administrativa

Na legislação antitruste brasileira a palavra cartel não é mencionada nenhuma vez, sua definição é dada doutrinariamente, com base nos incisos I e II, do art. 36, §3º, da Lei 12.529/2011, assim dispostos:

Art. 36 [...]



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

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

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

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; (BRASIL, 2011)

Ao exigir que as práticas equivalentes ao cartel configurem as hipóteses do art. 36, *caput*, a legislação delimitou a caracterização infracional do ato, não vedando o cartel *per se*. Para que seja considerado infração antitruste, o cartel precisa ter como objetivo, ou possibilidade de efeito, as hipóteses do artigo 36, *caput*:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante. (BRASIL, 2011)

A não vedação a todo e qualquer acordo entre concorrentes na legislação brasileira, advém do fato da economia moderna e globalizada exigir diferentes formas de cooperação entre concorrentes, vez que o grau de interdependência de diferentes unidades produtoras aumentou, não significando prejuízo ao mercado e ao consumidor, podendo ser benéfica a estes. Como exemplo de cooperações benéficas pode se citar as associações de produtores rurais que se organizam de forma a combater conjuntamente determinadas pragas ou doenças,



ou de fornecedores que se reúnem para acordar em relação a um padrão técnico necessário para atender clientes em escala global. (OLIVEIRA e RODAS, 2013, p. 53)

Ao mesmo tempo, a legislação não se limitou ao conceito clássico de cartel, e nem mesmo às hipóteses do §3º, do art. 36, para caracterizar o ato ilícito. Sendo vedado, portanto, qualquer acordo, desde que o mesmo se enquadre nas hipóteses do *caput*, do art. 36.

É relevante destacar que o CADE tem dividido os cartéis em duas espécies, os chamados cartéis clássicos, ou *hard-core*, e os cartéis difusos, ou *soft-core*. Em ambas as formas, os cartéis são acordos entre concorrentes que objetivam a fixação de preços e condições de venda, a divisão de consumidores, a definição de nível de produção ou o impedimento a entrada de novas empresas no mercado.

A diferença do cartel clássico para o difuso está no fato de o primeiro ter caráter permanente, exigindo alguma forma de institucionalidade, como reuniões periódicas ou princípios de comportamento, por exemplo. Enquanto o segundo tem caráter eventual e não institucionalizado, por exemplo quando um grupo de empresas se reúnem para acordarem um aumento de preço, muitas vezes em função de um fator externo que as afetou simultaneamente. (GABAN e DOMINGUES, 2012, p. 161).

1.2 - Definição de cartel na legislação penal

Na legislação brasileira a prática de cartel constitui tanto infração administrativa, nos termos da Lei 12.529/2011, quanto crime, nos termos da Lei 8.137/1990. Sua tipificação penal está no art 4º desta lei, com a seguinte redação:

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;

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.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa. (BRASIL, 1990)

O inciso I, do art. 4º, apresenta as mesmas características da legislação administrativa, constituindo como crime apenas os ajustes ou acordos que abusem do poder econômico e conduzam à dominação do mercado ou eliminação de concorrência, ainda que parcialmente. Equivale-se, portanto, às hipóteses do art. 36, *caput*, da Lei 12.529/2011.

Já o inciso II, do art. 4º da Lei 8.137/90, veda, expressamente, os acordos que tenham como finalidade a fixação de preços ou quantidades, o controle regionalizado do mercado e da rede de distribuição ou de fornecedores em detrimento da concorrência. Depreende-se então, que nestes casos são considerados criminosos os cartéis *per se*, independentemente de abuso de poder econômico, ou de dominação de mercado. Não necessitando se quer ser comprovado que tais práticas resultem em danos à concorrência.

Essa constatação é de grande relevância, sobre tudo para a diferenciação de qual ramo do Direito se sujeita a violação legal. Ademais, implica em outros ramos do Direito, especialmente no Direito Civil, vez que qualquer negócio jurídico cujo objeto seja uma das hipóteses do inciso II, do art. 4º, será considerado nulo, por se tratar de objeto ilícito. (MAGGI, 2010, p. 71-72)

1.3 - Condições Favoráveis para a Formação de Cartéis

Partindo do princípio de que cartel é um acordo entre agentes, visando reproduzir, de forma artificial, um mercado monopolista, existem algumas características do mercado que propiciam esse comportamento, facilitando atingir o objetivo.

Forgioni (2014, p. 346-347), amparada por Richard A. Posner, enumera como elementos que caracterizam a predisposição do mercado à cartelização, sendo: (i) Pequeno número de agentes econômicos atuando no mercado, (ii) Homogeneidade do produto, (iii) Baixa elasticidade da demanda, (iv) Existência de barreiras à entrada de novos competidores no mercado, (v) Retração do mercado, (vi) Concentração elevada de mercado.



Oliveira e Rodas (2013, p. 58) destacam como fatores que facilitam a formação de cartéis: (i) pequeno número de empresas concorrentes, (ii) homogeneidade dos produtos, (iii) tecnologia e estrutura de custos estáveis, (iv) condições de demanda estáveis, (v) inelasticidade da demanda, e conseqüentemente elevado poder de mercado, (vi) restrições verticais, (vii) fácil aprendizado das políticas de preços dos concorrentes e (viii) elevadas barreiras à entrada de novos competidores.

1.3.1- Estrutura oligopolizada

Conforme visto, mercado com estrutura oligopolizada é aquele com pequeno número de empresas ofertantes, por serem em número reduzido estas empresas detém alto poder econômico, o que influencia em suas tomadas de decisão. Esta é uma característica altamente benéfica para a formação de cartéis.

Em um primeiro momento, o pequeno número de agentes econômicos atuando no mercado torna o cartel mais prático, já que em qualquer acordo, quanto menor o número de participantes, menor é a possibilidade de conflitos, e mais fácil a tomada de decisões, ocorrendo a estabilidade necessária para a prática do cartel.

Um segundo ponto, é o fato de o cartel necessitar de poder de mercado para fazer valer suas decisões. Maggi (2010, p. 26) indica que alguns estudos comprovam que caso as participações conjuntas de mercado dos membros do cartel sejam inferiores a 70%, dificilmente este obterá sucesso. Caso as participações dos membros do cartel sejam insuficientes para conferir poder de mercado aos mesmos, estes não terão força suficiente para influenciar o mercado e conseqüentemente obterem vantagens advindas da conduta cartelizada. Deste modo, para que o cartel alcance a participação de mercado necessária, precisará ter mais membros, e, como destacado anteriormente, quanto maior o número de membros, mais instável e suscetível de quebra estará o cartel.

Assim sendo, a estrutura oligopolizada é uma característica facilitadora da formação de cartéis, principalmente quando os agentes coludentes têm capacidade suficiente para exercer poder de mercado. Apesar de o pequeno número de agentes no mercado facilitar e incentivar a formação de cartéis, isto não é determinante, visto que mesmo diante desta



estrutura os agentes econômicos podem ser contrários a cartelização, de acordo com suas estratégias empresariais.

1.3.2- Possibilidade de exercício de poder econômico

Existem inúmeras definições de poder econômico, ou poder de mercado. Segundo Calixto Salomão Filho (2013, p. 142-143), a teoria Neoclássica define poder econômico como o poder de aumentar os preços, uma vez que, segundo esta, sua principal forma de manifestação está na faculdade de o agente aumentar seus preços através da redução da oferta de bem ou serviço. No entanto, Calixto Salomão considera a definição neoclássica bastante simplista, pois a preocupação desta teoria era exclusivamente o bem-estar do consumidor (*consumer welfare*), visto como o principal problema do direito antitruste da época. E conclui então, que:

A definição teoricamente mais correta de ‘poder no mercado’ não é a possibilidade de aumentar os preços, mas, sim, a possibilidade de escolher entre essas diferentes alternativas: grande participação no mercado e menor lucratividade, ou pequena participação e maior lucratividade.

Desta definição e levando-se em consideração a conceituação de outros autores, como Forgioni, pode-se considerar como poder econômico, a capacidade de determinado agente agir de maneira autônoma no mercado, aumentando ou diminuindo seus preços, de forma que suas ações influenciem as decisões dos demais agentes.

Quando duas ou mais empresas, conjuntamente, detém poder de mercado, será sempre possível exercê-lo, agindo de maneira coordenada para aumentar seus preços, sem que isso signifique queda na demanda, aumentando seus lucros. Quando não existe essa capacidade, mesmo que as empresas se cartelizem, elas não deterão poder suficiente para impor seus preços no mercado, perdendo lucratividade e tendo sua demanda deslocada para os agentes econômicos que não participem do acordo de colusão. Apesar da existência de poder econômico, a mesma não comprova a existência de um cartel, sendo, no entanto, característica necessária para a sua formação.



1.3.3 - Altas barreiras à entrada de novos competidores

O Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, estabelecido pela Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001, define como barreira à entrada “qualquer fator em um mercado que ponha um potencial competidor eficiente em desvantagem com relação aos agentes econômicos estabelecidos”. E enumera ainda como fatores que constituem importantes barreiras à entrada: (a) custos irrecuperáveis; (b) barreiras legais ou regulatórias; (c) recursos de propriedade exclusiva das empresas instaladas; (d) economias de escala e/ou de escopo; (e) o grau de integração da cadeia produtiva; (f) a fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas; e (g) a ameaça de reação dos competidores instalados.

As altas barreiras à entrada de novos competidores dificultam, ou até mesmo impossibilitam, que novos agentes econômicos entrem no mercado, influenciando diretamente o exercício do poder econômico e a elasticidade da oferta, já que desfrutam da liberdade de ação no mercado, sem serem incomodados por agentes externos.

Maggi (2010, p. 40-41) argumenta que, deste modo, “quanto maiores as barreiras à entrada, maior a chance de surgimento de um cartel, pois ele dificilmente será contestado e não sofrerá pressão competitiva de novos entrantes”. Assim, o cartel determinará a oferta, cabendo aos consumidores que se recusarem a pagar o preço do cartel deixar de adquirir o produto, ou optar pela compra de outro, se houver um substituto próximo.

1.3.4 - Disponibilidade de informações

Dependo do modo como determinado mercado é organizado e como interagem seus agentes econômicos, haverá maior ou menor disponibilidade de informações. Considerando um oligopólio, não existirá estímulo a formação de cartel se a disponibilidade de informações for muito alta ou muito baixa.

Caso as informações de estratégias de mercado sejam de fácil acesso, os agentes poderão adotar comportamento paralelo, mesmo sem se organizarem para tal, visto que através das informações de mercado poderão traçar sua estratégia de acordo com o movimento dos concorrentes. De outro modo, se as informações forem de difícil acesso, o cartel não conseguirá monitorar as condutas de seus membros de maneira efetiva. Levando-se



em conta que o comportamento oportunista e o alto nível de traição são características inerentes aos membros de um cartel, o monitoramento minucioso se faz necessário para garantir a estabilidade do cartel. (MAGGI, 2010, p. 42)

Portanto, para se facilitar a formação de cartéis, o acesso a informações do mercado deve ter um nível razoável, de modo que não sejam totalmente públicas, possibilitando uma conduta isolada dos agentes econômicos, e nem secretas, impedindo o monitoramento do cartel.

2 - ACORDOS DE LENIÊNCIA

Devido à dificuldade de se provar as infrações à ordem econômica, especialmente nos casos de formação de cartel, os órgãos antitrustes têm se utilizado dos acordos de leniência como meio de verificação e obtenção de provas da formação de cartéis, sendo este instrumento bastante difundido e divulgado pela OCDE. Sobre a leniência Gaban e Domingues (2012, p. 257) dispõem que:

A palavra leniência, do latim *leniate*, significa brandura, suavidade. Esse termo para o direito da concorrência significa a aplicação de uma sanção ou obrigação mais branda, com menor severidade, concedida em decorrência de uma cooperação voluntária e plena que ajude na investigação da formação de cartéis *hard core*.

Os acordos de leniência, em geral, têm como premissa encorajar um dos participantes do cartel a confessar sua conduta, apontar os demais participantes, bem como, oferecer mais evidências da formação do cartel. Em troca, a autoridade antitruste promete uma pena menor, ou até mesmo o perdão completo.

No Brasil, o instituto da leniência foi introduzido pela Lei n. 10.149 de 21 de dezembro de 2000, oriunda da Medida Provisória 2.055/2000, acrescentando os arts. 35-B e 35-C à Lei n. 8.884/1994, que previam que a União, por intermédio da SDE, poderia celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável. Essa Lei definia ainda que nos crimes contra a ordem econômica, a celebração de acordo de leniência, suspendia o curso do prazo prescricional e impedia o oferecimento da denúncia.



A lei 12.529/2011 revogou a Lei n.10.149/2000, disciplinando os acordos de leniência nos arts. 86 e 87. A principal inovação da Lei n. 12.529/2011 foi alteração da competência para firmar acordos de leniência, passando essa para a Superintendência-Geral, sendo o CADE o responsável por sua regulamentação, que ocorre através do Regimento Interno do CADE (RICade).

O RICade, em seu art. 197, define os objetivos específicos do programa de leniência, a saber:

- I - detectar, investigar e punir infrações contra ordem econômica;
- II - informar e orientar permanentemente as empresas e os cidadãos em geral a respeito dos direitos e garantias previstos nos arts. 86 e 87 da Lei nº 12.529, de 2011; e
- III - incentivar, orientar e assistir os proponentes à celebração de acordo de leniência.

2.1 - Requisitos do acordo de leniência

Segundo o art. 86 da Lei 12.529/2011, podem ser proponentes de acordos de leniência pessoas físicas e jurídicas que sejam autoras da infração econômica, e que cumpram os requisitos do seu §1º, regulamentado pelo art. 198 do RICade, segundo o qual deve ser preenchido, cumulativamente, com a seguinte redação:

Art. 198. Podem ser proponentes de acordo de leniência pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica e que preencham, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;
- II - cesse sua participação na infração noticiada ou sob investigação;
- III - no momento da propositura do acordo, a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação do proponente;
- IV - confesse sua participação no ilícito;



V - coopere plena e permanentemente com a investigação e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitado, a todos os atos processuais, até a decisão final sobre a infração noticiada proferida pelo Cade; e

VI - da cooperação, resulte a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. (BRASIL, 2011)

Segundo Maíra Beaucham Salomi (2012, p. 132) o primeiro requisito demonstra a preocupação do legislador em possibilitar que apenas uma empresa firme o acordo de leniência, e goze de seus benefícios. Essa oportunidade única tem como objetivo a desestabilização do cartel, causando uma verdadeira corrida às autoridades antitrustes, instigando as empresas e seus funcionários a trair o cartel o mais rápido possível, sob pena de não receber a imunidade e a impunidade desejada.

O art. 199 possibilita ao proponente que ainda não tenha posse de todas as provas, documentos e informações da infração que pretende denunciar, receber um atestado da Superintendência-Geral certificando que o mesmo foi o a comparecer perante a mesma com o objetivo de firmar um acordo de leniência. Neste caso será dado uma senha (*marker*) para o proponente e marcada uma reunião em até 30 (trinta) dias, para que o mesmo apresente as provas, documentos e informações necessárias para a celebração do acordo. Ainda que não seja o primeiro a propor o acordo, a empresa pode pegar uma senha, de modo que se não for efetivada a celebração do acordo por outra empresa, esta tem seu lugar reservado.

O segundo requisito para a celebração do acordo é que se cesse a conduta por parte do proponente, sendo um requisito óbvio, uma vez que uma das finalidades do acordo de leniência é o fim da prática do cartel, da maneira mais rápida possível, de modo a não causar mais danos ao mercado e aos consumidores.

O terceiro requisito é que a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para a condenação do proponente. Este requisito satisfaz o caráter instrumental do acordo de leniência, segundo o qual a sua função é apenas permitir à autoridade antitruste a comprovação da infração e a condenação dos infratores, não tendo, portanto, nenhum cabimento de se firmar um acordo de leniência, se as provas já colhidas são suficientes para a condenação dos infratores.



São ainda requisitos a confissão do ilícito pelo proponente, e sua cooperação plena com as autoridades. Tal cooperação deverá ser observada até a decisão final sobre a infração denunciada, sob pena de perder todos os benefícios proporcionados pelo acordo de leniência.

Para que seja celebrado o acordo, o mesmo deverá resultar na identificação dos demais envolvidos, bem como na comprovação da infração denunciada, através de informações e documentos apresentados pelo proponente.

2.2 - Benefícios do acordo de leniência

No âmbito administrativo, a celebração do Acordo de Leniência com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo poderá obter o benefício da extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos caput e do §4º do artigo 86 da Lei 12.529/ 2011

§ 4º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II - nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência. (BRASIL, 2011)

No âmbito criminal, os benefícios da celebração de Acordo de Leniência estão elencados no caput e no parágrafo único do artigo 87 da referida lei antitruste:

Art. 87 – Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-



Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. (grifo nosso)

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo. (grifo nosso) (BRASIL, 2011)

Verifica-se então, que na esfera criminal, a celebração do acordo de leniência suspende o prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia em relação ao agente beneficiário da leniência e o efetivo cumprimento do Acordo de Leniência extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes previstos no caput do art. 87, crimes contra a Ordem Econômica.

Observa-se que tais benefícios serão efetivamente concedidos com a declaração de cumprimento do Acordo de Leniência pelo Tribunal do Cade, por ocasião do julgamento do Processo Administrativo (art. 86, §4º, I e II da Lei nº 12.529/2011).

A grande controvérsia quanto ao programa de leniência está na capacidade de as autoridades concorrenciais administrativas tomarem medidas que refletem no âmbito penal, já que o Ministério Público tem o monopólio da ação. Como forma de impedir esses questionamentos, as autoridades antitrustes celebram os acordos de leniência em parceria com o Ministério Público apto para tal, com este ratificando o acordo, dando a devida segurança jurídica que o mesmo exige para sua real efetividade.

Com a análise dos dispositivos legais, pode-se dizer que o programa de leniência concede na esfera administrativa o benefício da imunidade total ou parcial para as empresas e pessoas físicas, dependendo de a Superintendência-Geral ter ou não conhecimento prévio da conduta ilegal em questão. Assim, obterá a extinção da punibilidade ou imunidade total se a Superintendência-Geral não tiver conhecimento do cartel, enquanto que no caso de a Superintendência-Geral já conhecer previamente as atividades do cartel o benefício será de redução de um a dois terços da multa, dependendo da efetividade da cooperação e da boa-fé da parte no cumprimento do Acordo de Leniência.

O §6º do art. 86 estende às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de



leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas. Caso o acordo não seja firmado em conjunto, ainda há possibilidade de se firmar um aditivo ao acordo de leniência, como estabelece o §2º do art. 198 do RICade:

§2º A adesão ao acordo assinado pela proponente, mesmo que formalizada em documento apartado e em momento subsequente, quando admitida pela autoridade, segundo critério de conveniência e oportunidade, terá o mesmo efeito da assinatura em conjunto.

Apesar da imunidade administrativa e penal em decorrência da celebração do acordo de leniência, não há imunidade civil para o agente que celebra o acordo, podendo o mesmo responsabilizado civilmente pelos danos causados. A falta de imunidade civil tem um caráter contraproducente na leniência, uma vez que as ações de responsabilidade civil têm um valor elevado e a necessidade de confissão da conduta ilícita para a celebração do acordo aumenta a probabilidade de condenação na esfera cível, o que pode afastar possíveis proponentes a acordo de leniência. Este fator torna ainda mais importante a confidencialidade do acordo de leniência, de modo a proteger os celebrantes na esfera cível, como também em âmbito internacional.

2.3 - Termo de compromisso de cessação (TCC)

O termo de compromisso de cessação (TCC) é o instrumento que permite as demais empresas envolvidas no cartel, não habilitadas para celebração de acordo de leniência, e que se proponham a cessar as atividades ilícitas, bem como, colaborar com as investigações, de vir a obter benefícios nas esferas cível e administrativa, mesmo com a continuidade da responsabilidade penal (RDC, Vol. 3, nº 1, maio 2015, pp. 13). O art. 85 da Lei n. 12.529/11 prevê:

Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.



§ 1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos:

I - a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis;

II - a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas;

III - a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível.

O quadro a seguir apresenta o número de Termo de Compromisso de Cessação de prática anticompetitiva (TCC) firmados entre o Cade e a parte investigada no período de 2010-2015:

Ano	Nº de TCC
2010	11
2011	03
2012	05
2013	53
2014	36
2015	58

Quadro 03. TCCs firmados pelo Cade no período 2010-2015

(fonte: Cade - Balanço 2015)

O número de TCCs firmados em processos que apuram infrações à ordem econômica em 2015, cinquenta e oito, foi o maior já registrado pelo Cade. O montante em pagamentos de contribuição pecuniária estabelecido pelo Cade através de TCCs em 2015 foi de R\$ 464.633.904,74.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho pode se constatar que, desde a antiguidade, Grécia, Roma, idade média, colonialismo até os dias de hoje existiu a necessidade de regulamentação pelo Estado, da Ordem Econômica; com a finalidade de proteger o consumidor contra a dominação dos mercados através da manipulação de preços, da disponibilidade de produtos e da eliminação da concorrência, pelos agentes econômicos detentores do “poder de mercado”. Em vários momentos da história a insatisfação social com o abuso do poder econômico levou o Estado a editar normas coibindo tal prática.

A autoridade antitruste considera o cartel como a prática anticompetitiva que produz a mais grave lesão à concorrência. E tem como principal prioridade o combate a esse tipo de prática, utilizando-se da Lei 12.529/2011 e seus instrumentos probatórios.

Os cartéis prejudicam os consumidores ao aumentar preços de produtos e serviços, ao restringir à oferta, e ao desestimular a inovação, conduzindo-o a uma perda de bem-estar social, afetando sua existência digna e, no longo prazo, ocasionando a perda de competitividade da economia como um todo, gerando uma perda generalizada do bem-estar social para toda a sociedade.

A Lei 12.529/2011 ao tratar do programa de leniência em seus art. 86 e 87, dispõe que ao ser celebrado o acordo de leniência, além da extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, na esfera criminal suspende o prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia em relação ao agente beneficiário da leniência, e que o efetivo cumprimento do Acordo de Leniência extingue automaticamente a punibilidade dos crimes previstos no caput do art. 87, crimes contra a Ordem Econômica. Com a extinção da punibilidade nas esferas administrativa e criminal a motivação para aderir ao programa de leniência ficou bem maior, o que explica em parte o aumento do número de acordos de leniência nos últimos anos. A atuação conjunta da Superintendência-Geral e dos Ministérios Público na celebração dos acordos de leniência tem dado maior segurança jurídica para os proponentes, e conseqüentemente tendo maior adesão dos mesmos.

Fica claro que, atualmente, a leniência é o principal instrumento das autoridades antitrustes no combate aos cartéis. Apesar da legislação ter avançado nesse ponto, ainda há



fatores que precisam ser melhorados no programa de leniência brasileiro, como a não integração harmoniosa do acordo de leniência com outros ramos do direito, especialmente o direito penal e civil, o que gera elevada insegurança jurídica, afastando os possíveis proponentes e dificulta a comprovação das condutas cartelizadoras.

A Lei 12.529/2011 prevê, ainda, as possibilidades de celebração de termo de compromisso de cessação (TCC) em seu art. 85 e a leniência *plus* no seu art. 86, §§ 7º e 8º que são acordos firmados com empresas, participante de cartel e delatada em acordo de leniência que implicam, respectivamente, na cessação das atividades ilícitas, bem como, colaborar com as investigações no cartel em que foi delatada e no fornecimento de provas da existência de outro cartel desconhecido do CADE. Esses dois últimos mecanismos facilitam a obtenção de provas da atividade de cartel e torna mais facilitada a sua caracterização e punibilidade. Aqui, ressalta-se a necessidade de modernização da legislação antitruste de tempos em tempos já que os agentes de práticas anticompetitivas vivem aperfeiçoando as técnicas para burlar a mesma.

REFERENCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. Lei n. 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>.

BRASIL. Lei n. 12.529 de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Regimento Interno do Cade. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/RICADE%20atual.pdf>>. Acesso em: 12 Fevereiro 2016.



BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. Resolução n. 20 de 9 de junho de 1999. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2020,%20de%209%20de%20junho%20de%201999.pdf>>. Acesso em: 13 Fevereiro 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. **Combate a Cartéis e Programa de Leniência**. 3ª. ed. Brasília: Publicação Oficial, 2009. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CADE.pdf>. Acesso em: 17 Fevereiro 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Conceitos Básicos. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a09362b749de35fe0b38085ffd>>. Acesso em: 5 Janeiro 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. O Departamento de Estudos Econômicos. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?9696969a61bf401a2e2f05>>. Acesso em: 20 Janeiro 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Balanço do CADE em 2015. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Balan%C3%A7o%20-%202015%20%28final-site%29.pdf>>. Acesso em 20 de Janeiro de 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. **Processo Administrativo n. 08012.02127/2002-04. Voto do Conselheiro-Relator Luiz Carlos Thadeu Delorme Prados, proferido em 13 de julho de 2005**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/plenario/Sessao_351/Votos/33-Voto-PA-2002-08012-002127-Sindipedras-PRADO.pdf>. Acesso em: 13 Fevereiro 2016.



BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. **Requerimento de Termo de Cessação de Conduta n. 08700.001369/2009-09. Voto do Conselheiro-Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, proferido em 30 de setembro de 2009.** Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/19-Voto_Requerimento_08700001369_2009-09_Ragazzo_Publico.pdf>. Acesso em: 13 Fevereiro 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque De Holanda. **Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa.** São Paulo: Nova Fronteira, 1995.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial.** 1ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste.** 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa - Versão Eletrônica. **UOL Dicionário Houaiss.** Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=cartel>>. Acesso em: 8 Janeiro 2016.

MAGGI, Bruno Oliveira. **O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil.** 233 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SALOMI, Maíra Beauchamp. **O Acordo de Leniência e Seus Reflexos Penais.** 293 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.



VASCONCELLOS, Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de Economia.**
1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.